

K99.009

De Codecommissie van de Stichting CGR heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K99009) op de voet van artikel 11 van het Reglement voor de Codecommissie van:

Boehringer Ingelheim BV,

gevestigd te Alkmaar,
verder te noemen: Boehringer Ingelheim

met betrekking tot een uiting van geneesmiddelenreclame van:

Searle, divisie van Monsanto Nederland BV,

gevestigd te Maarssen,
verder te noemen: Searle

voor het middel:

Arthrotec ®

De Codecommissie heeft kennisgenomen van:

- het klaagschrift van Boehringer Ingelheim BV dd 13 december 1999 met bijlagen;
- de brief van mr Vles, advocaat van Searle dd 25 januari 2000;
- de pleitnota's van beide partijen.

De Codecommissie heeft de klacht behandeld in kort geding ter zitting van 7 maart 2000. Ter zitting werd Boehringer Ingelheim vertegenwoordigd door mevrouw M. Hetterscheid, arts MBA, marketing manager en de heer Bos bijgestaan door mevrouw mr E. M. Polak, advocaat te Amsterdam; namens Searle waren aanwezig, de heer E. Luttik marketing manager en de heer Ypenga, bijgestaan door mr R.J. Vles, advocaat te Amsterdam. Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht en vragen van de Codecommissie beantwoord. Daarbij zijn de pleitnota's overgelegd.

A. De vaststaande feiten in conventie en reconventie :

Zowel Boehringer Ingelheim als Searle zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen. Searle brengt onder meer het geneesmiddel Arthrotec op de markt, dat wordt toegepast en geregistreerd is als prostaglandinesynthaseremmer bij behandeling van gewrichtsaandoeningen.

Searle biedt de bezoeker van haar Nederlandse web-site www.arthrotec.nl de mogelijkheid om door te klikken naar de Amerikaanse site van Searle www.searlehealthnet.com.

Partijen zijn het erover eens dat deze laatste site reclame voor geneesmiddelen bevat.

B. De stellingen van Boehringer Ingelheim:

In conventie:

De klacht van Boehringer Ingelheim heeft betrekking op de volgende twee onderdelen: De directe doorklikmogelijkheid van de website arthrotec.nl naar de website searlehealthnet.com is volgens klager te beschouwen als reclame maken voor het op die Amerikaanse site genoemde geneesmiddel Celebrex dat in de Verenigde Staten wel, maar in Nederland nog niet geregistreerd is. Daarmee is Searle volgens klager in overtreding van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, het Reclamebesluit Geneesmiddelen en de Code Geneesmiddelenreclame. Searle heeft op haar website www.arthrotec.nl een wachtwoord geïnstalleerd. Dit wachtwoord is volgens Boehringer Ingelheim een voor de hand liggend en voor iedereen identiek woord dat gemakkelijk en snel te vinden is, ook zonder het van te voren te kennen. Dit wachtwoord “*arthrotec*” voorkomt volgens het oordeel van de klager niet dat het publiek, niet zijnde een beroepsbeoefenaar, de web-site bezoekt. Aangezien op de web-site www.arthrotec.nl medische claims staan over het middel Arthrotec en er een directe verbinding bestaat met sites waarop reclame wordt gemaakt voor het nog niet in Nederland geregistreerde middel Celebrex, is er naar de mening van Boehringer Ingelheim -mede- sprake van publieksreclame. Searle handelt hiermee tevens in strijd met de richtlijnen van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen en het Reclamebesluit Geneesmiddelen waarin een verbod op publieksreclame voor UR-geneesmiddelen staat.

Overigens heeft Boehringer Ingelheim op de dag van de mondelinge behandeling van betrokken klacht moeten constateren dat Searle het password “*arthrotec*” vervangen heeft door een nieuw wachtwoord.

Op grond van het vorenstaande verzoekt Boehringer Ingelheim aan de Codecommissie om aan Searle op te leggen:

- het verbod promotie te verrichten voor Celebrex zolang dit geneesmiddel nog niet in Nederland geregistreerd is;
- het verbod publieksreclame te maken voor Arthrotec alsmede Celebrex.

C. Het verweer van Searle:

In conventie:

1. Wachtwoord:

Volgens Searle is het nooit de bedoeling geweest om de betrokken web-site op het publiek te richten. Het web-site adres www.arthrotec.nl is uitsluitend naar artsen gecommuniceerd en bewust bij geen enkele zoekmachine op het internet aangemeld. Searle heeft na bezwaren van Boehringer Ingelheim de betrokken site van een password voorzien. Hierbij stelt Searle dat geen enkel wachtwoord absolute bescherming biedt, in die zin dat bijna alle gecodeerde web-sites zijn te kraken. Daardoor kunnen niet-beroepsbeoefenaren met enige moeite ook een dergelijke site bezoeken. Searle stelt tevens dat over het algemeen voor de codering gezocht zal

worden naar een woord dat op enigerlei wijze associatie oproept met de betreffende site, omdat het anders voor de gerechtigde groep in praktijk niet te doen is al die passwords te onthouden. Op de door Boehringer Ingelheim geponeerde stelling dat het gekozen wachtwoord te voor de hand liggend is reageert Searle door te stellen dat er vele honderden wachtwoorden zijn, die als voor de hand liggend kunnen worden beschouwd. Dat alleen al betekent dat elk van die wachtwoorden toch al een duidelijke drempel oproept. Waar het volgens Searle daadwerkelijk over gaat is het feit dat de Arthrotec-site zich niet op het publiek mag richten. Dat is volgens haar wat anders dan dat je er alles aan moet doen om te verhinderen dat het publiek een dergelijke internet-site zal kunnen bezoeken. Searle stelt dat het volstrekt geaccepteerd is dat aan reclame voor receptgeneesmiddelen in professionele bladen, die zich richten op de beroepsbeoefenaren, geen extra voorwaarden worden gesteld om te voorkomen dat zo'n tijdschrift in handen van het publiek komt. Tenslotte zijn er talloze mogelijkheden waarbij een niet-beroepsbeoefenaar in staat is een dergelijk professioneel tijdschrift in te zien. Het gaat daarbij dan niet om publieksreclame, omdat het tijdschrift zich niet op consumenten richt. Hierbij haalt Searle de recente uitspraak in hoger beroep van de Rechtbank te Utrecht aan, waarbij de advertenties in het Blad "Arts en Auto", bedoeld voor de leden van de VVAA niet als publieksreclame zijn aan te merken, zulks ondanks het feit dat er een substantiële groep lezers is die niet tot de groep van beroepsbeoefenaren behoort. Tevens merkt Searle op dat eveneens uit recente Engelse jurisprudentie met betrekking tot de internetversie van het "British Medical Journal" (inclusief de advertenties voor geneesmiddelen) blijkt dat de betreffende web-site niet gericht was tot het publiek, ook al bleek dat ook niet-beroepsbeoefenaren een bezoek aan de web-site brachten. Volgens Searle moet geconcludeerd worden dat het er dus om gaat of de internet-site wel of niet op het publiek is gericht en dat het er niet toe doet of in absolute zin tot afgrendeling wordt gekomen ten aanzien van die groep potentiële bezoekers op wie de site zich niet richt. Derhalve dient de klacht van Boehringer Ingelheim op dit punt te worden afgewezen.

2. Doorklikmogelijkheid:

Voor wat betreft de doorklikmogelijkheid getuigt het volgens Searle niet van voldoende realiteitszin wanneer deze mogelijkheid wordt gezien als "reclame maken" voor een nog niet geregistreerd geneesmiddel i.c. Celebrex. Volgens Searle betreft de doorklikmogelijkheid niet het middel Celebrex direct. Het gaat om Searle's (US)-site "HealthNet", waarop heel veel informatie over Searle en haar producten staat. Daarbij wordt ook het in de USA al geregistreerde middel Celebrex genoemd. Het is absoluut niet zo, dat Celebrex dan onmiddellijk in het oog valt. Als een arts er voor open staat zal Celebrex hem niet ontgaan, maar in zo'n geval zal diezelfde arts zonder meer ook Celebrex tegenkomen als hij via een van de zoekmachines het internet opgaat. Het kost namelijk niet meer moeite om dezelfde informatie (of zelfs meer) via een direct in te typen web-site adres te vinden dan om zulks te doen door het intikken van een trefwoord op een van de op het internet actieve zoekmachines. Er is ook nauwelijks verschil bij het gebruik van een zogenaamde "hyperlink" (een directe doorklikmogelijkheid). Searle heeft ter zitting een en ander gedemonstreerd. Naar de mening van Searle kan Boehringer Ingelheim niet serieus menen dat een hyperlink tot gevolg zou hebben dat de inhoud van de site waarmee verbonden wordt, als de inhoud van de Nederlandse web-site wordt beschouwd. Indien dat het geval is zou Boehringer Ingelheim zich zelf ook schuldig maken aan hetgeen zij Searle verwijt. Een bezoek namelijk aan de voor het

publiek toegankelijke en op het Nederlandse en Belgische publiek gerichte web-site “www.boehringer-ingelheim.be/nl” biedt namelijk de mogelijkheid om direct door te klikken naar de “internationale website” waardoor men direct op deze internationale web-site terecht komt. Dat is dus volgens Searle hetzelfde als een hyperlink, waarover de onderhavige klacht gaat. Searle heeft daarbij geconstateerd dat op deze site eveneens producten genoemd worden die nog niet in Nederland zijn geregistreerd (Spiriva en Alocril). Volgens Searle bewijst dit dat Boehringer Ingelheim zelf ook niet de hyperlink ziet als een mechaniek waarmee wordt bereikt dat de inhoud van de web-site waarmee wordt verbonden wordt beschouwd onderdeel te zijn van de web-site waarop de hyperlinkmogelijkheid wordt gegeven. Op grond van het bovenstaande concludeert Searle dat ook dit onderdeel van de klacht van Boehringer Ingelheim moet worden afgewezen.

Subsidiar dient Searle in reconventie een klacht in tegen Boehringer Ingelheim met betrekking tot de directe doorklikmogelijkheid naar de internationale web-site www.boehringer-ingelheim.com en verzoekt in geval de oorspronkelijke klacht van Boehringer Ingelheim op het punt van de hyperlink zal worden toegewezen ook de, in de ogen van Searle identieke, handelwijze van Boehringer Ingelheim te veroordelen en in geval van een kostenvergoeding de kosten te compenseren.

D. De overwegingen van de Codecommissie:

In conventie:

De Codecommissie onderkent dat de populariteit van Internet recent een grote vlucht genomen heeft. Hierdoor is voor velen de informatie op het net toegankelijk geworden. Op beroepsbeoefenaren gerichte informatie danwel reclame kunnen door de huidige technische stand van zaken ook binnen het bereik komen van niet-beroepsbeoefenaren. Bij ontbreken van op reclame op Internet toegespitste specifieke regelgeving moet volgens de Codecommissie uitgegaan worden van de bestaande Nederlandse regelgeving met betrekking tot geneesmiddelenreclame. Deze regelgeving houdt in dat reclame voor receptgeneesmiddelen gericht op het publiek niet is toegestaan. Tevens is reclame voor nog niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen verboden. Geneesmiddelenfabrikanten zijn derhalve aan deze beperkingen gebonden bij het maken van hun web-sites en het toegang geven tot informatie over cq het maken van reclame voor hun producten.

Van een farmaceutisch bedrijf mag worden verwacht dat men alle nodige en redelijkerwijs mogelijke voorzorgen neemt om te verhinderen dat het brede publiek toegang krijgt tot louter voor beroepsbeoefenaren bestemde informatie en/of reclame over receptgeneesmiddelen. Anders dan Searle is de Codecommissie van oordeel dat het er niet om gaat of de informatie via de website al dan niet op een bepaalde doelgroep is gericht. De motieven van degene die reclame maakt zijn immers niet relevant; in casu is beslissend de keuze van het medium en de beschikbaarheid en de toegankelijkheid van dat medium voor het brede publiek. De door Searle gemaakte vergelijking met de advertenties in “Arts en Auto” gaat niet op aangezien dit medium in beginsel niet voor het brede publiek beschikbaar is maar de website wel.

De vraag is voorts wat onder voornoemd begrip, alle nodige en redelijkerwijs mogelijke

voorzorgen, moet worden verstaan. Deze vraag kan niet in zijn algemeenheid en los van de omstandigheden van het geval worden beantwoord. In de onderhavige zaak moet worden geoordeeld dat tenminste aan de doelgroep van beroepsbeoefenaren een password moet worden gegeven dat zodanig is gekozen dat het voor derden niet -althans niet zonder bijzondere inspanning- mogelijk is snel toegang te verkrijgen tot een site waarop reclame voor geneesmiddelen wordt gemaakt. Met betrekking tot niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen zoals Celebrex moet de eis van niet-toegankelijkheid ook voor beroepsbeoefenaren worden gesteld. De klacht van Boehringer Ingelheim is derhalve gegrond en onderstaande maatregelen zullen worden opgelegd.

In reconventie:

Aan Searle kan worden toegegeven dat de door haar bedoelde uitingen van Boehringer Ingelheim als grensgeval zijn aan te merken. De Codecommissie is niettemin van oordeel dat aannemelijk is gemaakt dat de desbetreffende website in beginsel is bestemd voor het Nederlandstalig deel van België en dat de uitlatingen in dit geval meer het karakter hebben van bedrijfsinformatie dan van reclame voor geneesmiddelen. De klacht van Searle moet dan ook ongegrond worden geacht.

E. De beslissing:

In Conventie:

De Codecommissie verklaart de klacht van Boehringer Ingelheim gegrond.

De Codecommissie legt aan Searle de volgende maatregelen op:

- beveelt Searle om zich te onthouden van reclame -al dan niet via Internet- voor Celebrex zolang dit produkt niet in Nederland is geregistreerd;

Onder verwijzing naar artikel 27.4 van het reglement van de Codecommissie wordt Searle veroordeeld tot vergoeding van de kosten van deze procedure à f 1000,--.

Verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

Wijst af het meer of anders verzochte.

In reconventie:

Verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen te Utrecht op 24 maart 2000 door mr M. de Boer, voorzitter, drs. C. van Winzum en drs. P. Klene, leden , in aanwezigheid van drs. H.L. Zilverentant secretaris.