

K02.003

21 mei 2002

De Codecommissie (Kamer I) heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K02.003) op de voet van artikel 11 van het Reglement voor de Codecommissie van:

Merck Sharp & Dohme B.V.

gevestigd te Haarlem
verder te noemen: MSD

met betrekking tot een uiting van geneesmiddelenreclame van:

Pfizer B.V.

gevestigd te Capelle aan den IJssel
verder te noemen: Pfizer

voor:

Lipitor
en in reconventie de klacht van laatstgenoemde inzake Zocor

De Codecommissie CGR heeft kennisgenomen van:

- het klaagschrift met produkties van mr L. Oosting, advocaat te Amsterdam, namens MSD d.d. 4 april 2002;
- klacht in reconventie met produkties van mr G.S.P. Vos, advocaat te Amsterdam, namens Pfizer d.d. 3 mei 2002;
- brief met produkties van mr L. Oosting d.d. 6 mei 2002;
- de pleitnota's met bijlagen van beide partijen.

De Codecommissie CGR heeft de klacht behandeld in kort geding ter zitting van 7 mei 2002. Ter zitting werd MSD vertegenwoordigd door mevrouw P. Esders en de heer R. Buirma bijgestaan door mr L. Oosting. Namens Pfizer waren aanwezig de heren M. Lodewijks en R. Jager, bijgestaan door mr G.S.P. Vos. Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht en vragen van de Codecommissie beantwoord. Daarbij zijn de pleitnota's met bijlagen overgelegd.

A. De vaststaande feiten in conventie en reconventie:

Voor de beslissing in deze zaak kan van de volgende -tussen partijen niet omstreden- feiten worden uitgegaan. Zowel MSD als Pfizer zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen.

MSD is de producent van Zocor (simvastatine) en Pfizer van Lipitor (atorvastatine). Beide

middelen zijn statines, geneesmiddelen die worden toegepast bij -kort gezegd- verhoogd cholesterol. Lipitor en Zocor zijn direct concurrerende producten.

Voorts staat vast dat de Codecommissie op 11 februari 2002 uitspraak heeft gedaan in een tussen hen aanhangig geschil inzake reclame-uitingen voor Lipitor en Zocor 40 mg waarbij klachten van partijen voor een deel gegrond werden verklaard. Daarbij is geen maatregel van rectificatie opgelegd.

B. De klacht in conventie:

Op 12 december 2001 heeft MSD bezwaar gemaakt tegen de advertentie van Pfizer met betrekking tot Lipitor op de navolgende drie onderdelen:

1. het onjuist en/of misleidend gebruik c.q. weergave van de ASAP-studie;
2. het onjuist en misleidend gebruik c.q. weergave van de LIZO-studie/onjuiste en/of misleidende folder "switch naar succes";
3. onjuist en/of misleidend gebruik c.q. weergave van de term "evidence based" c.q. de website evid-based-med.nl in verband met de ASAP- en LIZO-studie en andere studies (MIRACL en AVERT) en/of in verband met of voor Lipitor en de website "www.evid-based-med.nl".

Op deze klachten heeft de Codecommissie op 11 februari 2002 uitspraak gedaan als bovengenoemd zonder dat zij daarbij een rectificatie door Pfizer heeft bevolen.

Inmiddels heeft MSD moeten constateren dat, Pfizer nog steeds advertenties openbaar maakt waarin de gewraakte uitlatingen worden gehanteerd. Het betreft uitingen in het NTVG van 23 februari 2002, in het tijdschrift Amice van februari/maart en The Lancet van 9 maart 2002. MSD heeft geduld betracht ten aanzien van de aanpassing van de advertentiecampagne na de beslissing van de Codecommissie. Zij heeft Pfizer de gelegenheid gegeven om reclame-uitingen aan te passen aan de beslissing van de Codecommissie, maar heeft moeten constateren dat toch op ruime schaal advertenties werden verspreid die al lang hadden kunnen worden aangepast. Door deze voortdurende overtreding van de beslissing van de Codecommissie wordt de door de Codecommissie vastgestelde misleiding alleen maar versterkt. MSD meent dat door deze voortdurende overtreding van de beslissing van de Codecommissie en de daardoor veroorzaakte aanzienlijke vergroting van de misleiding een nieuwe situatie in het leven wordt geroepen die slechts passend geredresseerd kan worden middels een rectificatie.

MSD verzoekt de Codecommissie om, uitvoerbaar bij voorraad Pfizer te bevelen:

1. een rectificatie te plaatsen in de tijdschriften waarin de misleidende advertenties zijn gepubliceerd (op dezelfde plaats, in dezelfde grootte en zonder enig commentaar of toevoeging);
2. Pfizer te veroordelen in de kosten van de procedure.

Het verweer van Pfizer in conventie:

Pfizer stelt in haar verweer dat zij naar aanleiding van de uitspraak van de Codecommissie in de eerdere klacht tussen partijen onmiddellijk de dag na de beslissing, dat wil zeggen op 12 februari j.l., per aangetekende brief alle media heeft aangeschreven waaraan zij al opdracht had gegeven tot het plaatsen van de bewuste door de Codecommissie misleidend geachte, advertenties, met het verzoek om deze per onmiddellijk niet meer te plaatsen. Desondanks bleek het voor een aantal tijdschriften niet meer mogelijk te zijn de eerdere gegeven opdrachten te annuleren. Dit gold voor drie tijdschriften; The Lancet, Amice en het NTVG. Pfizer heeft alles gedaan wat zij kon doen en wat van haar verwacht mocht worden om te voorkomen dat de bewuste advertentie nog verder zou worden openbaar gemaakt. Uit overgelegde produkties zou blijken dat de reden van verschijning van de advertentie in genoemde tijdschriften, niet aan Pfizer maar aan de tijdschriften zelf te wijten is om technische redenen. Het is Pfizer niet duidelijk waarom zij MSD met deze uitleg niet kan overtuigen. Zij verzoekt de Codecommissie om de klacht van MSD ongegrond te verklaren.

C. De klacht in reconventie:

De eerdere bezwaren van Pfizer richten zich tegen de reclamecampagne van MSD voor Zocor, waarbij MSD consequent reclame maakt voor gebruik van Zocor in een dosering van 40 mg. Dat is een hogere dosering dan de gebruikelijk aanbevolen startdosering van 10 of 20 mg. De Codecommissie heeft in haar uitspraak van 11 februari deze reclame-uitingen ongeoorloofd en misleidend geacht wegens strijdigheid met de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, in dier voege dat hierdoor het rationele gebruik van het geneesmiddel door de eenzijdige nadruk op slechts één van de beschikbare doseringen niet wordt bevorderd. Met name werd in aanmerking genomen dat een gerede kans zou bestaan dat in veel gevallen 40 mg ten onrechte als aanvangsdosis zou worden gebruikt, hetgeen in strijd zou zijn met de 1B tekst. Als gevolg hiervan heeft de Codecommissie MSD bevolen met onmiddellijke ingang het verspreiden of anderszins openbaar maken van de hiervoor genoemde reclame-uitingen en het doen van mededelingen van gelijke strekking te staken en gestaakt te houden en heeft tevens MSD bevolen alle reclame-uitingen in welke vorm dan ook, in haar bezit of onder haar controle, waarin de hiervoor genoemde mededelingen voorkwamen te (doen) vernietigen.

Pfizer heeft moeten bemerken dat de door MSD verspreide misleidende reclame-uitingen nog steeds bij beroepsbeoefenaren worden aangetroffen. Zo heeft Pfizer bij beroepsbeoefenaren onder meer 'bureaukalenders' aangetroffen, waarop nog steeds Zocor 40 op de eerder in het geding zijnde wijze staat afgebeeld. Deze kalenders zijn nog geldig voor heel 2002. Dit betekent dat beroepsbeoefenaren nog het gehele jaar, en gelet op de aard van de kalender op indringende wijze, met de misleidende mededelingen van MSD worden geconfronteerd. Op de kalendervellen staan overigens ook nog andere advertenties voor andere geneesmiddelen van andere fabrikanten afgebeeld.

Behalve de bureaukalenders, heeft Pfizer ook een zogenaamde "Congresplanner Cardiologie" aangetroffen. Op deze congresplanner staat dezelfde advertentie voor Zocor 40 en ook hiervoor geldt dat de beroepsbeoefenaar nog gedurende het hele jaar op indringende wijze met de misleidende mededeling wordt geconfronteerd.

Ten tijde van de eerste uitspraak van de Codecommissie tussen partijen was Pfizer nog niet bekend met deze 'kalender'-uitingen van MSD. Pfizer wist niet beter dan dat MSD eenmalige advertenties had gebruikt en wist niet dat zij ook materiaal had verspreid dat een zo lange levensduur zou hebben als de thans aangetroffen 'kalenderadvertenties'.

Pfizer verzoekt op grond van het bovenstaande om de volgende maatregelen te treffen:

1. MSD te bevelen met onmiddellijke ingang het verspreiden of anderszins openbaar maken van de hiervoor genoemde reclame-uitingen en het doen van mededelingen van gelijke strekking, in welke vorm ook, te staken en gestaakt te houden;
2. MSD te bevelen alle reclame-uitingen, in welke vorm dan ook, in haar bezit of (mede) onder haar controle, waaronder begrepen maar niet beperkt tot reclame-uitingen waarin ook reclame-uitingen van andere producenten voorkomen, die zich bij beroepsbeoefenaren bevinden en nog voor langere termijn geldig zijn, waarin de hiervoor genoemde mededelingen of mededelingen van gelijke strekking voorkomen te (doen) vernietigen en de raadsman van Pfizer daarvan bewijs te verstrekken;
3. MSD te bevelen alle personen die reclame-uitingen, in welke vorm dan ook, hebben ontvangen waarin de hiervoor genoemde mededelingen of mededelingen van gelijke strekking voorkomen, een rectificatie toe te zenden met een in overleg met Pfizer te bepalen inhoud en de oproep om reclame-uitingen voorzover die nog in het bezit zijn van geadresseerde te vernietigen of aan MSD te retourneren;
4. MSD te veroordelen in de kosten van de procedure
5. te bepalen dat de getroffen maatregelen uitvoerbaar bij voorraad zijn.

Het verweer van MSD in reconventie:

MSD stelt in haar verweer dat de Codecommissie in haar uitspraak van 11 februari 2002 MSD niet bevolen heeft de betreffende uitingen terzake van Zocor terug te halen c.q. de bij de beroepsbeoefenaren aanwezige uitingen te retourneren dan wel een rectificatie te plaatsen. De bureaualenders en de congresplanner betreffen uitingen die reeds dateren van december 2001.

MSD heeft onmiddellijk na de uitspraak van de Codecommissie er voor zorg gedragen dat de betreffende advertenties terzake van Zocor niet meer geplaatst zouden worden. Sinds deze uitspraak is niet gebleken van nieuwe feiten waarover een klacht ingediend zou kunnen worden. Zo dit al het geval zou zijn is geen sprake van klachtwaardig handelen van de zijde van MSD.. Overigens betreft de 'bureaualender' een multi-sponsoringsactiviteit, waarbij niet slechts voor Zocor maar tevens voor andere geneesmiddelen reclame wordt gemaakt. Zo ook voor Lipitor en Norvasc van de firma Pfizer. In de laatstgenoemde reclame wordt overigens prominent gebruik gemaakt van een afbeelding van een "evidence based medicine"-stempel, hetgeen volgens MSD evident in strijd is met de uitspraak van de Codecommissie van 11 februari 2002.

MSD concludeert, tot afwijzing van de gevraagde voorziening in reconventie onder veroordeling van Pfizer in de kosten van de procedure.

D. De overwegingen van de Codecommissie CGR:

In conventie:

Ter zitting is gebleken dat de drie advertenties van Pfizer op zichzelf staan en niet zullen worden herhaald. De opdrachten tot plaatsing waren reeds voor de uitspraak van 11 februari 2002 aan de uitgevers van de tijdschriften gegeven. Voorts heeft Pfizer voldoende aannemelijk gemaakt dat zij onmiddellijk na ontvangst van de uitspraak contact heeft opgenomen met haar advertising agent, Prins en van Waard, welke laatste zich reeds op 12 februari middels aangetekende brieven tot de desbetreffende uitgevers heeft gewend met de opdracht met onmiddellijke ingang geen gebruik meer te maken van de eerder gebruikte litho's. Blijkens schriftelijke verklaringen van de uitgevers kon voor de onderhavige drie gevallen niet meer aan het verzoek om wijziging worden voldaan.

De Codecommissie is van oordeel dat de klacht van MSD onder deze omstandigheden als ongegrond moet worden aangemerkt in zoverre dat de handelwijze van Pfizer in geen geval een rectificatie rechtvaardigt zoals verzocht. Weliswaar heeft MSD aannemelijk gemaakt dat bij de onmogelijkheid van wijziging door de uitgevers vraagtekens kunnen worden gezet -zelf heeft zij wel op korte termijn wijzigingen in advertentieteksten kunnen effectueren-; echter, de enkele veronderstelling dat met meer aandrang en druk op uitgevers wellicht toch een wijziging mogelijk zou zijn geweest kan een ingrijpende maatregel als een rectificatie aan alle beroepsbeoefenaren niet wettigen, mede in aanmerking nemende dat de gewraakte uiting eens en voor altijd tot het verleden behoort. MSD plaatst haar klacht in het licht van de omstandigheid dat -anders dan bij een kort-gedingvonnis bij de burgerlijke rechter-dwangmiddelen haar in een procedure als de onderhavige ontbreken, maar dit argument snijdt juist in een situatie als deze, waar de reclame-uitingen definitief zijn gestaakt, geen hout. De klacht is derhalve ongegrond en MSD dient in de kosten van het geding te worden verwezen.

In reconventie:

Pfizer klaagt over uitingen van MSD welke eveneens door de Codecommissie zijn afgekeurd in haar uitspraak van 11 februari 2002. Tussen partijen is in confesso dat het materiaal waarin deze uitingen voorkomen voor indiening van de vorige klacht, te weten in het najaar van 2001, is verspreid onder beroepsbeoefenaren (cardiologen en huisartsen). Het gaat om een door Mediselect uitgegeven kalender (afscheurbloc) voor het jaar 2002, bestemd voor gebruik op het bureau van de arts, formaat ca. 55 x 42 cm, met advertenties voor een tiental producten van meerdere fabrikanten onder wie Pfizer en enkele anderen, alsmede een Congresplanner voor het jaar 2002, een poster van groot formaat eveneens met advertenties van derden.

Ongegrond is het verweer van MSD dat Pfizer niet ontvankelijk zou zijn omdat -nu dit materiaal al in 2001 was verspreid, geen sprake is van een nieuw feit dat de behandeling van deze klacht rechtvaardigt. Vaststaat immers dat het thans aangedragen materiaal geen onderdeel heeft uitgemaakt van de toetsing door de commissie dd. 11 februari 2002. Het staat Pfizer dan ook vrij de inhoud van dit materiaal aan het oordeel van de Codecommissie te onderwerpen nu dit later onder haar aandacht is gekomen.

De beslissing van 11 februari houdt onder meer in dat op grond van de nadrukkelijke, herhaalde en onjuiste boodschap inzake Zocor 40 in beginsel een rectificatie met betrekking tot

Zocor 40 zeer wel denkbaar zou zijn, maar dat daarvan wordt afgezien "nu uit de reclame-uitingen ("Cholesterol verder omlaag") is af te leiden dat beoogd is deze vooral te richten op gevallen van reeds lopende medicamenteuze therapie, in welke gevallen voornoemde problematiek niet klemmend is." Thans moet worden beslist of de door Pfizer aangevoerde feiten en omstandigheden zouden moeten leiden tot wijziging van dit eerder oordeel van de commissie in de door Pfizer voorgestane zin. Daartoe dient wederom een afweging plaats te vinden van de belangen van de volksgezondheid en het adequaat geneesmiddelengebruik enerzijds en de belangen van partijen anderzijds.

Juist is het betoog van Pfizer dat het onderhavige materiaal naar zijn aard en bestemming lange tijd, tot het einde van de 2002, zal worden gebruikt en onder de aandacht van artsen zal blijven. Daar staat echter tegenover dat de inhoud van de reclame-uitingen welke voorkomen op de kalender en de congresplanner alleen qua formaat maar overigens in geen enkel opzicht afwijkt van die welke op 11 februari door de commissie zijn beoordeeld. De enkele omstandigheid dat het materiaal een langere gebruiksduur heeft is naar het oordeel van de commissie onvoldoende om thans over te gaan tot het opleggen van een maatregel.

Daarbij komt dat het zeer twijfelachtig is of een brief houdende rectificatie ertoe zal leiden dat de kalenders en posters daadwerkelijk uit de spreekkamers zullen worden verwijderd. Het doel van de voorgestelde rectificatie -terstond beëindigen van het gebruik en zorgen dat het materiaal voortijdig in de prullenbak belandt- zal in dit geval waarschijnlijk niet worden bereikt.

Pfizer heeft tevens verzocht te bevelen dat MSD alle zich nog bij de artsen bevindende reclame-uitingen zal vernietigen. Dit is evenwel de facto welhaast onmogelijk en kan bovendien niet zonder meer van MSD worden verlangd aangezien het materiaal ook advertenties van derden bevat en mede voor rekening van die derden is vervaardigd en verspreid. De enige mogelijkheid zou dan ook bestaan in de verspreiding van een tweede herziene druk op kosten van MSD hoewel ook dan de daadwerkelijke vervanging van oud door nieuw materiaal in de spreekkamer geenszins gewaarborgd is. Dit alles overziende komt de Codecommissie tot het oordeel dat rectificatie noch herdruk proportionele middelen zijn die door de gegeven omstandigheden worden gerechtvaardigd.

De klacht van Pfizer is dus op zichzelf beschouwd en op grond van dezelfde overwegingen als die van 11 februari 2002 gegrond maar dit kan niet tot een ander oordeel leiden. De proceskosten worden zodanig gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt.

E. De beslissing in kort geding:

De Codecommissie (Kamer I) in kort geding:

In Conventie:

- Verklaart de klacht van MSD ongegrond.
- Verwijst MSD in de kosten van het geding, zijnde €453,--.

In reconventie:

- Verklaart de klacht van Pfizer gegrond.
- Wijst af het meer of anders verzochte.
- Compenseert de proceskosten zodanig dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Aldus gewezen te Utrecht op 21 mei 2002 door mr M. de Boer, voorzitter, drs. T.G.M. van Hoogdalem - Hazelzet, apotheker en dr ir P.J.M. Reijnders, leden, in aanwezigheid van drs. H.L. Zilverentant secretaris.