

K03.011

2 juli 2003

De Codecommissie (Kamer I) heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K03.011) op de voet van artikel 11 van het Reglement voor de Codecommissie van:

ABBOTT B.V.

gevestigd te Hoofddorp,
verder te noemen: Abbott,

met betrekking tot een aantal uitingen van geneesmiddelenreclame van:

ROCHE NEDERLAND B.V.

gevestigd te Mijdrecht,
verder te noemen: Roche,

voor **Xenical®**, alsmede met betrekking tot een aantal uitingen van geneesmiddelen-reclame van Abbott voor **Reductil®**, waaromtrent door Roche in voorwaardelijke reconventie wordt geklaagd.

1. Het verloop van het kort geding

1.1. De Codecommissie heeft kennisgenomen van:

- het 22 mei 2003 gedateerde klaagschrift met de producties 1 tot en met 4 van mr. J.A. Schuman, advocaat te Utrecht, namens Abbott,
- het schrijven van 17 juni 2003 van mr. J.A. Schuman, met daarbij gevoegd de producties 4a tot en met 9 van Roche,
- het schrijven van 17 juni 2003 van mr. J.A. Schuman, met daarbij gevoegd de ontbrekende pagina van productie 9 van Roche,
- de door mw. mr. K. van Lessen Kloeke, advocaat te Amsterdam, namens Roche ingediende klacht in voorwaardelijke reconventie met de producties 1 tot en met 9,
- het verweerschrift in voorwaardelijke reconventie van mr. J.A. Schuman,
- de uit 2 delen bestaande pleitnotities van mw.mr. Van Lessen Kloeke,
- de pleitnotities van mr. Schuman.

1.2. De Codecommissie heeft de klachten behandeld ter zitting van 25 juni 2003 te Gouda.

Ter zitting hebben partijen hun standpunten toegelicht en vragen van de Code-commissie beantwoord. De inhoud van de onder 1.1. genoemde stukken geldt als hier ingelast.

2. De vaststaande feiten

2.1. Voor de beslissing in deze zaak kan van de volgende -tussen partijen niet bestreden- feiten worden uitgegaan. Zowel Roche als Abbott zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen. Roche brengt onder meer het geneesmiddel Xenical® (orlistat) op de markt, een farmaceutisch product dat is geregistreerd voor de medicamenteuze behandeling van obesitas. Abbott brengt het geneesmiddel Reductil® (sibutramine) op de markt, welk middel eveneens is geïndiceerd voor de behandeling van obesitas. Beide firma's zijn derhalve vergunninghouder in de zin van de Gedragscode voor de geneesmiddelenreclame (nader: de Gedragscode), terwijl genoemde geneesmiddelen rechtstreeks concurrerend met elkaar zijn. Voor beide geneesmiddelen geldt dat deze niet worden vergoed en dat de patiënt deze derhalve zelf dient te bekostigen.

3. De klacht van Abbott in conventie

3.1. Abbott stelt dat Roche onlangs in een tweetal aan artsen verzonden mailings, één bestaande uit een brochure en één bestaande uit een brief gericht op beroepsbeoefenaren, aandacht heeft gevraagd voor het zogeheten Fat Control System (dit is een systeem waarbij het gebruik van het geneesmiddel Xenical® wordt gecombineerd met deelname aan het Telefonisch Ondersteunings-Programma [nader: het TOP] van Roche), dat die mailings moeten worden aangemerkt als reclame in de zin van het Reclamebesluit en de Gedragscode Geneesmiddelenreclame [nader: de Gedragscode], dat in die mailings een kortingsactie is opgenomen en dat die kortingsactie - op grond waarvan gebruikers van het geneesmiddel Xenical® bij deelname aan het TOP 100% korting krijgen op de vierde verpakking - ontoelaatbaar moet worden geacht.

Abbott maakt voorts bezwaar tegen de door Roche in haar promotiemateriaal voor Xenical® gebruikte claim: "Xenical® zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren". Die claim is in strijd met artikel 12 lid 2 van het Reclamebesluit en de artikelen 5.2 en 5.3 van de Gedragscode, zo meent Abbott.

Kortingsactie

3.2. Ter toelichting op het eerste onderdeel van haar klacht stelt Abbott dat de mailings van Roche ertoe strekken de verkoop van het geneesmiddel Xenical® te bevorderen. Uit de eerste mailing blijkt dat in het kader van de kortingsactie diensten worden gevraagd van de betrokken beroepsbeoefenaren. De betrokken arts dient namelijk met een aan de mailing gehechte antwoordkaart een doos met deelnamekaarten voor het TOP te bestellen. Die deelnamekaarten dienen vervolgens aan de patiënt te worden overhandigd opdat deze patiënt zich kan opgeven voor deelname aan het TOP. In de visie van Abbott strekken de diensten van de arts ertoe om Xenical® aan te prijzen, en dus om de afzet van het geneesmiddel te bevorderen. Bovendien heeft de kortingsactie op zichzelf gezien eveneens tot doel het gebruik van het middel aan te prijzen en de verkoop, het voorschrijven en het verbruik van het geneesmiddel te bevorderen. In de visie van Abbott is de kortingsactie van Roche te beschouwen als een tijdelijke compensatieregeling omdat er een prikkel vanuit kan gaan voor de voorschrijvende beroepsbeoefenaren om in voorkomende gevallen met het oog op het financiële belang van de patiënt te kiezen voor het middel waarvoor de betreffende actie geldt.

Strijd met artikel 4.2. Gedragscode

Abbott acht deze kortingsactie van Roche in strijd met artikel 4.2 van de Gedragscode, zelfs al zou de patiënt niets van de actie merken. De actie kan immers het voorschrijfgedrag van de arts op een met de Gedragscode strijdige wijze beïnvloeden. De actie geeft een financiële prikkel die strijdig kan zijn met het normale (rationele) voorschrijfgedrag van de arts. Voor zover Roche wellicht met haar actie een bredere doelstelling voor ogen heeft dan uitsluitend het verhogen van de afzet van Xenical® doet dit aan het vorenstaande niet af, aldus Abbott.

Strijd met artikel 3 van de Code Publieksreclame

Tevens kan de onderhavige kortingsactie worden gezien als indirecte publieks-reclame, aangezien het niet is uitgesloten dat de arts zich zal laten leiden door de wensen van de patiënten met betrekking tot de keuze voor in dit geval Xenical®. Ook op grond van artikel 3 van de Code Publieksreclame is de kortingsactie derhalve ontoelaatbaar, aldus Abbott.

Daar komt bij dat sprake is van een ontoelaatbare directe aanprijzing gericht op het publiek. Immers uit de mailing blijkt dat patiënten na aanmelding voor het

TOP nadere informatie krijgen over de korting van 100% op de vierde verpakking van Xenical®.

Strijd met artikel 5 Code Publieksreclame

Tot slot wijst Abbott erop dat de kortingsactie van Roche ook in strijd is met artikel 5 van de Code Publieksreclame. Uit de jurisprudentie van de Codecommissie blijkt namelijk dat naast refundacties ook actieaanbiedingen of het om niet verstrekken van publieksverpakkingen ontoelaatbaar zijn. Waar die regel geldt voor zelfzorggeneesmiddelen, geldt die regel zeker voor een receptgeneesmiddel als Xenical®, aldus Abbott.

Tot slot wijst Abbott erop dat het TOP in strijd is met het advies van de Codecommissie (A03.008). Weliswaar is dit advies niet bindend maar Abbott vermoedt dat de vrees voor ontoelaatbare uitingen, waarover in het advies wordt gesproken, bewaarheid wordt in het TOP en dat Roche het middel Xenical aan individuele gebruikers aanprijst hetgeen in strijd is met artikel 3 Code Publieksreclame.

Claim: 'zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren'

3.3 Abbott stelt ter onderbouwing van het tweede deel van haar klacht dat het gebruik door Roche in promotiemateriaal voor het geneesmiddel Xenical® van de claim: "zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren" ontoelaatbaar is, aangezien Roche die claim in het geheel niet onderbouwt. Het door Roche aangehaalde artikel van S. Phelan en T.A. Wadden "Combining Behavioral and Pharmacological Treatments for Obesity" (Obesity research, 2002 Vol.10, no.6, pp 560-574) gaat slechts over de farmacotherapeutische interventie in het algemeen die gecombineerd met levensstijl verandering een additief effect heeft op het gewichtsverlies.

Nergens in dat artikel wordt gesuggereerd, laat staan gesteld, dat orlistat (Xenical®) het eetpatroon zou kunnen wijzigen. Bovendien betreft dit een overzichtsartikel waarin geen nieuwe onderzoeksresultaten worden gepubliceerd die de betreffende claim zouden kunnen ondersteunen.

Abbott voegt daar tot slot aan toe dat in de correspondentie die aan deze procedure is voorafgegaan van de zijde van Roche is medegedeeld dat zij al sinds geruime tijd geen gebruik meer maakt van dit materiaal maar dat, in weerwil van die mededeling, de onderhavige claim onlangs nog voorkwam op een stand van Roche tijdens de beurs van de Nederlandse Vereniging van Diëtisten 2003. Teneinde te voorkomen dat Roche de onderhavige claim in de toekomst toch weer zal gebruiken, wenst Abbott daaromtrent een uitspraak van de Codecommissie.

4. Het verzoek van Abbott

Op de in overwegingen 3.2 en 3.3 vermelde gronden verzoekt Abbott de Code- commissie voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- Roche te gebieden om met onmiddellijke ingang het verzenden, aanbieden, presenteren of anderszins openbaar maken van de kortingsactie en bijbehorende uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- Roche te gebieden om de nog in voorraad gehouden exemplaren van de mailings en andere uitingen met betrekking tot de kortingsactie onmiddellijk te vernietigen;
- Roche te gebieden om het Telefonisch Ondersteunings Programma (TOP) met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden en tevens het hebben van telefonische contacten met gebruikers van Xenical® te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- Roche te gebieden om met onmiddellijke ingang het gebruik van de claim "zou je eetpatroon wel eens kunnen verbeteren" te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- Roche te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie alle beroepsbeoefenaren, die door Roche (op welke wijze dan ook) bekend zijn gemaakt met de kortingsactie en/of het TOP-programma, een rectificatiebrief te sturen, waarin zonder enig begeleidend commentaar en/of verdere mededelingen in beeld of geschrift en ook zonder toevoeging van enig ander materiaal, bericht zal worden dat de kortingsactie en het TOP-programma met onmiddellijke ingang zullen worden gestaakt en gestaakt zullen worden gehouden;
- Roche te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie alle gebruikers van Xenical® die zich hebben aangemeld voor het TOP-programma en/of de kortingsactie, een rectificatiebrief te sturen, waarin zonder enig begeleidend commentaar en/of verdere mededelingen in beeld of geschrift en ook zonder toevoeging van enig ander materiaal, bericht zal worden dat de kortingsactie en het TOP-programma onrechtmatig zijn en met onmiddellijke ingang zullen worden gestaakt en gestaakt zullen worden gehouden;
- Roche te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie de gemachtigde van Abbott een lijst over te leggen met de namen en adressen van de

beroepsbeoefenaren aan wie de mailings zijn verzonden, een lijst met de namen en adressen van patiënten die zich reeds hebben aangemeld voor het TOP-programma, en een afschrift van voornoemde rectificatiebrieven.

Tot slot verzoekt Abbott om Roche te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Abbott stelt in verband met haar verzoek dat haar klachten niet voor separate behandeling in aanmerking komen omdat die klachten met elkaar verbonden zijn en de ene klacht om die reden in het licht van de andere klacht moet worden beoordeeld. Om die reden verzoekt zij de voorzitter van Kamer I van de Codecommissie om op grond van artikel 5.3 van de Gedragscode van de normale taakverdeling af te wijken.

5. Het verweer van Roche in conventie

t.a.v. de kortingsactie

5.1. Roche stelt dat onderzoek (o.a. het genoemde artikel van S. Phelan en T.A. Wadden) heeft uitgewezen dat farmacotherapeutische behandeling van obesitas, gecombineerd met een programma dat erop is gericht de leefwijze en het gedrag van patiënten met obesitas te veranderen, tot betere, langdurige resultaten leidt. Deelnemers aan het TOP krijgen tijdens het gebruik van Xenical® individuele ondersteuning. De behandeling met Xenical® en deelname aan het TOP zijn gericht op het realiseren van een aanmerkelijke gezondheidswinst voor de patiënt door gewichtsverlies. Roche wil derhalve in de eerste plaats de geïntegreerde aanpak middels het TOP onder de aandacht van beroepsbeoefenaren brengen alsmede de gezondheidswinst die patiënten met behulp van het TOP kunnen bereiken. Zij is van mening dat de wijze waarop zij aandacht vraagt voor die geïntegreerde aanpak niet in strijd is met enige bepaling.

Noch het Reclamebesluit, noch de gedragscode verbiedt om reclame te maken die tot beroepsbeoefenaren is gericht. Wil sprake zijn van gedragingen die onder de reikwijdte van de Code voor de Publieksreclame voor geneesmiddelen vallen, dan dient sprake te zijn van 'publieksreclame' of van reclame die 'tot het publiek gericht' is. In haar ogen is in het kader van deze procedure cruciaal het antwoord op de vraag of de deelnemers aan het TOP kunnen worden aangemerkt als 'publiek' in de zin van de regelgeving met betrekking tot geneesmiddelenreclame. Noch het Reclamebesluit noch de Richtlijn geeft een definitie van het begrip 'publiek' maar uit de Nota van Toelichting bij het Besluit volgt wel dat er sprake moet zijn van 'het brede publiek' en dus niet van 'een deel van het publiek' of 'een publiek', aldus Roche. Zij ziet voor haar visie een aanknopingspunt in de Nederlandse Reclame Code en de Code voor publieksreclame voor geneesmiddelen waarin -kort gezegd- aanprijzingen die niet in het openbaar plaatsvinden niet onder de definitie vallen. 'In het openbaar' is derhalve een constitutief element van de kwalificatie van een aanprijzing als 'reclame', ongeacht de vorm waarin reclame wordt gemaakt, aldus Roche.

Roche stelt - kort gezegd - dat de gebruikers van Xenical® niet (langer) als 'publiek' zijn aan te

merken en dat de contacten in het kader van het TOP niet in het openbaar plaatsvinden. Bovendien moet die contacten worden beschouwd als verzoeken om informatie.

Roche voert voorts aan dat Abbott, door uitsluitend aandacht te vestigen op de actie met betrekking tot de vierde verpakking Xenical® de bredere doelstelling van haar actie miskent.

Anders dan Abbott doet voorkomen, attendeert Roche de artsen slechts op de mogelijkheid om aanmeldingskaarten te bestellen en verplicht zij hen verder tot niets. Van de artsen worden derhalve geen diensten verlangd en de arts ontvangt evenmin een tegenprestatie. Van de arts wordt evenmin gevraagd dat hij voorlichting geeft over de actie of bemiddelt bij het verkrijgen van de vierde verpakking. In de visie van Roche kunnen de aanmeldingskaarten niet worden aangemerkt als het equivalent van een waardebon, zodat de vergelijking met de door Abbott in haar klaagschrift genoemde jurisprudentie niet opgaat. Evenmin kan de actie met betrekking tot de vierde verpakking Xenical® worden vergeleken met een compensatieregeling. Roche verleent immers pas (100%) korting op de vierde verpakking Xenical®. Dit betekent dat de deelnemers aan het TOP eerst 3 verpakkingen verbruikt moeten hebben, alvorens zij in aanmerking kunnen komen voor de korting op de vierde verpakking.

Geen strijd met artikel 4.2. Gedragscode

Roche stelt voorts dat Abbott niet kan worden gevolgd in haar opvatting dat de actie van Roche een financiële prikkel geeft die strijdig kan zijn met het normale (rationele) voorschrijfgedrag van de arts. Voor zover de actie al als een vorm van dienstverlening zou kunnen worden aangemerkt -quod non, aldus Roche- stelt Roche zich op het standpunt dat van beïnvloeding van het voorschrijfgedrag van beroepsbeoefenaren op een met de strekking van de Gedragscode strijdige wijze, geen sprake kan zijn. De artsen ontvangen van Roche geen tegenprestatie. De arts, en niet de patiënt, bepaalt of gebruik van receptgeneesmiddelen noodzakelijk is. De arts zal zich bij de keuze voor Xenical® en bij de keuze voor de voortzetting van de farmacotherapie laten leiden door de medische indicatie, in welk verband de therapeutische indicatie van het geneesmiddel het rationele gebruik bepaalt. De IB-tekst van Xenical® geeft een duidelijke restrictie aan voor het gebruik ervan. Zo zal de behandeling met Xenical® na 12 weken dienen te worden gestopt als de patiënt niet in staat is gebleken om ten minste 5% van zijn lichaamsgewicht, zoals dat gemeten is bij het begin van de therapie, te verliezen. De verpakking van Xenical® bevat 84 capsules. Dat is voldoende voor 4 weken. Dit betekent doorgaans dat na 12 weken drie verpakkingen zijn verbruikt. Roche geeft de korting uitsluitend indien de deelnemer aan het TOP aantoonbaar beschikt over een recept van zijn arts. Die arts zal derhalve voormelde afweging (stoppen of doorgaan met de therapie) hebben gemaakt op basis van het vermelde criterium van 5% gewichtsverlies na 12 weken. Roche is om die reden van oordeel dat haar actie geen nadelige beïnvloeding van het rationele gebruik van Xenical® kan opleveren.

Geen strijd met artikel 3 Code Publiksreclame

Roche betwist dat haar actie ontoelaatbaar is op grond van artikel 3 van de Code voor de Publiksreclame voor geneesmiddelen.

Uit de door Abbott in het geding gebrachte producties blijkt dat in het kader van de actie van Roche een tweetal aanmeldingsformulieren zijn ontwikkeld: één formulier dat door de arts dient te worden ingevuld en één aanmeldingsformulier voor de patiënt. Het aanmeldingsformulier voor de arts bestaat uit 2 kaarten die door middel van een scheurlijn van elkaar gescheiden zijn. De ene kaart is bestemd voor de arts, de andere kaart is bedoeld voor de patiënt. Op de kaart voor de patiënt is uitdrukkelijk aangegeven dat slechts patiënten die Xenical® reeds gebruiken kunnen worden aangemeld voor het TOP. De kaart die is bedoeld voor de arts is tevens het aanmeldingsformulier waarmee de arts op zijn initiatief de patiënt aanmeldt voor het TOP. De arts functioneert derhalve als een 'poortwachter' en aan hem is de uiteindelijke beslissing of de patiënt al dan niet zal deelnemen aan het programma. De kaart die in het kader van de aanmelding voor het TOP aan de patiënt ter beschikking wordt gesteld, bevat geen mededelingen met betrekking tot de korting, noch gegevens over Xenical®, zo benadrukt Roche.

Roche stelt dat reeds uit de gescheiden informatie op de aanmeldingskaarten volgt dat de stelling van Abbott dat Roche via de beroepsbeoefenaren richting de patiënten reclame maakt voor Xenical® en dat zij via de arts geïnformeerd worden over het bestaan van de korting, onjuist is.

Bovendien gaat Abbott er in de visie van Roche ten onrechte vanuit dat patiënten die reeds Xenical® voorgeschreven hebben gekregen en deelnemen aan het TOP, als 'publiek' kunnen worden beschouwd. Na aanmelding van de betrokken patiënt vindt er een bevestiging van de aanmelding plaats en tijdens het eerste telefoongesprek met de betrokken persoon wordt geverifieerd of deze inderdaad Xenical® gebruikt. In de visie van Roche kan vanaf dat moment niet (langer) worden gesteld dat de activiteiten in het kader van het TOP in het openbaar plaatsvinden; die activiteiten vinden juist plaats in besloten kring. Van overtreding van de bepalingen van het Reclamebesluit Geneesmiddelen is dan ook geen sprake, aldus Roche. Roche is van oordeel dat de informatie die zij aan deelnemers van het TOP verstrekt omtrent Xenical®, informatie is over geneesmiddelen die mag worden verstrekt indien daarom wordt gevraagd.

Roche wijst er voorts op dat het risico voor het in de jurisprudentie van de Code-commissie verboden 'pull marketing effect' in het kader van haar reclameactie voor Xenical® niet aanwezig is. De patiënten die Xenical® krijgen voorgeschreven worden bij aanvang van het gebruik ervan immers - zie in dat verband de tekst van de aanmeldingsformulieren - in het geheel niet geïnformeerd omtrent de actie met de vierde verpakking, terwijl de arts de patiënt pas voor het TOP kan aanmelden indien hij de patiënt Xenical® heeft voorgeschreven. De informatie over de vierde verpakking volgt pas later. Die korting is bovendien slechts aan de orde indien de betrokken patiënt aantoonbaar drie verpakkingen heeft verbruikt en beschikt over een recept voor Xenical®. Op dat moment heeft de arts reeds, mede op basis van de hierboven genoemde 5%-gewichtsverliesregel, beoordeeld of voortzetting van het gebruik van Xenical® geïndiceerd is.

Roche merkt voorts nog op dat zij het onwaarschijnlijk acht dat een arts tijdens een gesprek

met een Obesitaspatiënt de kortingsactie op het geneesmiddel zal aanhalen als één van de redenen om aan het TOP mee te doen en dus ook om het middel te gebruiken. Uit de door Abbott geproduceerde transcripties van telefoongesprekken blijkt juist dat de patiënten niet afwisten van de actie voordat zij met Roche contact opnamen. Zulks bevestigt juist dat artsen die actie niet zullen laten meewegen in hun beslissing om Xenical® voor te schrijven.

Anders dan Abbott stelt, is er volgens Roche geen sprake van een indirecte aanprijzing, gericht tot het publiek. Laat staan van 'ontoelaatbare directe publieksreclame'. De omstandigheid dat er na aanmelding voor het TOP contact plaatsvindt tussen Roche en de deelnemer, maakt niet dat van publieksreclame sprake is. In de visie van Roche moeten die telefoongesprekken worden beschouwd als een uitdrukkelijk verzoek om informatie. Tijdens de telefoongesprekken wordt niet ingegaan op medisch/inhoudelijke zaken doch alleen op de motivatie van de patiënt. De door Abbott genoemde vrees dat tijdens die gesprekken het middel Xenical® wordt aangeprezen is ongegrond. Bovendien is die enkele vrees onvoldoende om de opzet van het TOP reeds in strijd te achten met de reclamevoorschriften.

Geen strijd met artikel 5 Code Publieksreclame

Roche stelt dat aan de stelling van Abbott dat haar kortingsactie en het TOP toch als reclame moet worden beschouwd, het doek over die uiting valt. De klacht van Abbott, voor zover ontleend aan artikel 5 van de Code Publieksreclame, heeft derhalve geen zelfstandige betekenis, aldus Roche.

Voor het geval de Codecommissie aan die klacht wel zelfstandige betekenis toekent, stelt Roche dat van handelen in strijd met genoemd artikel geen sprake is. Er is geen sprake van gratis monsters, de actie kan niet worden aangemerkt als een 'refund-actie', terwijl evenmin sprake is van het 'om niet' verstrekken van publieksverpakkingen of van een waardebon. De stelling van Abbott dat aan de patiënt gratis Xenical® wordt verstrekt is onjuist. Patiënten dienen te beschikken over een recept om in aanmerking te kunnen komen voor de verstrekking van de vierde verpakking. Voor dit recept moet op grond van de Wet op de tarieven voor de gezondheidszorg een receptregelvergoeding worden betaald. In de visie van Roche staat vast dat de vierde verpakking Xenical® (daarmee) door een derde wordt betaald.

M.b.t. claim "zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren"

Roche stelt dat de claim "zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren" geen deel uitmaakt van de promotiecampagne die zij thans voert met betrekking tot Xenical®. Deze claim werd gebruikt in oud promotiemateriaal dat al sinds geruime tijd niet meer wordt gebruikt. Zulks heeft zij ook aan Abbott laten weten, zo stelt Roche.

Reeds om voormelde reden dient de klacht terzijde te worden gelegd, aldus Roche. Maar ook inhoudelijk beoordeeld, snijdt de klacht in haar visie geen hout. Van een overdrijving van de eigenschappen van Xenical® is immers geen sprake. Er zijn meerdere studies en publicaties, zoals die van S. Phelan en T.A. Wadden "Combining Behavioural and Pharmacological Treatments for Obesity", Obesity Research, 2002, vol. 10, no.6 p. 561-562", waarin onder

meer wordt gesteld "...orlistat could also affect food preference through conditioning...."
Roche meent dat zij voldoende voorzichtigheid heeft betracht bij het formuleren van haar claim en het geenszins zo is dat de claim suggestief dan wel speculatief is.

5.2. Concluderend stelt Roche dat er voor de door Abbott gevorderde maatregelen geen gronden bestaan en dat deze behoren te worden afgewezen, een ander onder veroordeling van Abbott in de kosten van het geding.

Roche wijst er tot slot nog op dat de vordering van Abbott met betrekking tot het verstrekken van een opgave van de namen en adressen van patiënten die zich reeds hebben aangemeld voor het TOP sowieso niet kan worden toegewezen aangezien die gegevens als bijzondere persoonsgegevens in de zin van artikel 16 van de Wet Bescherming Persoonsgegevens moeten worden aangemerkt omdat zij informatie verschaffen over de gezondheid van die personen. Zowel Roche als het door haar ten behoeve van het TOP ingeschakelde callcenter hebben ter zake een geheimhoudingsplicht.

Tot slot verzoekt Roche bij het opleggen van maatregelen, die uitspraak in ieder geval niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren met het oog op het eventueel instellen van hoger beroep. De nadelige (financiële) gevolgen die deelnemers aan het TOP van die uitspraak zouden ondervinden, indien deze uitspraak vervolgens in hoger beroep zou worden vernietigd, dienen naar het oordeel van Roche groter te worden geacht dan de nadelige gevolgen die Abbott ondervindt in afwachting van het verstrijken van de termijn voor beroep dan wel een eventuele uitspraak in beroep.

6. De klacht van Roche in voorwaardelijke reconventie

6.1. Roche stelt dat Abbott een met haar TOP-actie vergelijkbare actie voert met betrekking tot Reductil®. Primair stelt zij dat die actie niet in strijd is met artikel 4.2 van de Gedragscode aangezien geen sprake kan zijn van nadelige beïnvloeding van het rationele gebruik van Reductil®. Mocht de Codecommissie evenwel tot het oordeel komen dat klachten van Abbott met betrekking tot het TOP gegrond zijn, dan stelt Roche (subsidiar) dat dit tevens tot het oordeel moet leiden dat de actie van Abbott met betrekking tot Reductil® eveneens ongeoorloofd is.

6.2. Ter toelichting op haar subsidiaire standpunt (c.q. haar voorwaardelijke klacht) stelt Roche het volgende:

Abbott maakt gebruik van een mailing met als onderwerp "Rapport Gezondheidsraad en Reductil®" en een folder "Reductil® - De weg naar een gezond gewicht", welke mailing en folder door Abbott is verspreid onder beroepsbeoefenaren.

In de mailing vraagt Abbott aandacht voor het WeightSupport-programma waaraan patiënten die Reductil® gebruiken kosteloos kunnen deelnemen. De patiënt krijgt dan - zo blijkt uit de mailing - over een periode van 6 maanden 10 delen informatie toegezonden over voeding, beweging en ondersteuning, terwijl hij tevens een kosteloos voedingsadvies kan krijgen bij een van de aangesloten diëtisten.

In de visie van Roche is deze mailing, gericht aan voorschrijvers als reclame in de zin van het Reclamebesluit geneesmiddelen en de Gedragscode aan te merken.

Abbott vraagt immers de voorschrijvers de brochure met het aanmeldings-formulier aan hun patiënten te overhandigen, om hun patiënten daarmee in staat te stellen zich aan te melden voor het WeightSupport-programma en de Diëtistenbon te ontvangen. De diensten van de voorschrijvers strekken ertoe om Reductil® aan te prijzen, en dus om de afzet van dit geneesmiddel te bevorderen. De actie waarmee een gratis bezoek aan de diëtiste verkregen kan worden, heeft op zichzelf gezien eveneens de bedoeling het gebruik van Reductil® te bevorderen. Aannemelijk is dat een dergelijke compensatieregeling waarmee een patiënt een kosteloos voedingsadvies kan verkrijgen bij de diëtiste een prikkel kan vormen voor de voorschrijvende beroepsbeoefenaar om, mede met het oog op het financiële belang van patiënten te kiezen voor Reductil®.

Strijd met artikel 4.2. Gedragscode

Voor zover de Codecommissie het standpunt van Abbott mocht delen dat de kortingsactie in het TOP in strijd is met artikel 4.2 van de Gedragscode, dan geldt zulks eveneens voor de onderhavige actie van Abbott, aldus Roche.

Strijd met artikel 3 Code Publiksreclame

Indien de Codecommissie het standpunt van Abbott onderschrijft dat de kortingsactie van Roche kan worden gezien als indirecte publiksreclame, geldt zulks ook voor de actie van Abbott. Aangezien Reductil® een receptgeneesmiddel is, is publiksreclame voor dat middel verboden op grond van de Code voor Publiksreclame voor Geneesmiddelen.

In dat geval is er ten aanzien van de actie van Abbott dan tevens sprake van ontoelaatbare directe publiksreclame voor Reductil®. Blijkens de folder "Reductil® - De weg naar een gezond gewicht" wordt de naam Reductil® en het WeightSupport-programma veelvuldig genoemd en alzo nadrukkelijk onder de aandacht van het publiek gebracht. Een en ander moet worden beschouwd als een vorm van stimulering die bedoeld is om de verkoop, het afleveren, het voorschrijven of het verbruik van het geneesmiddel (in de toekomst) te bevorderen en is derhalve reclame.

Strijd met artikel 5 Code Publiekreclame

Tot slot stelt Roche dat, indien de Codecommissie mocht beslissen dat haar kortingsactie voor Xenical® onder de reikwijdte van artikel 5 van de Code

Publiekreclame, zulks eveneens heeft te gelden voor de actie van Abbott waarmee patiënten die Reductil® gebruiken een gratis voedingsadvies van een diëtiste kunnen verkrijgen. Ook dat moet dan als een ontoelaatbare aanprijzing gericht op het publiek worden beschouwd. De diëtistenbon moet worden beschouwd als een waardebon in de zin van dit artikel.

Aan het WeightSupport-programma van Abbott kleven soortgelijke bezwaren als Abbott heeft genoemd ten aanzien van het TOP van Roche. Onder verantwoordelijkheid van Abbott wordt de website www.weightsupport.nl bijgehouden. Op die site wordt uitdrukkelijk aangegeven dat beroepsbeoefenaren betrokken zijn bij het WeightSupport-programma. Dit betekent dat daarmee niet valt te voorspellen welke vragen en antwoorden zullen worden uitgewisseld. Het is geenszins uit te sluiten dat dit vragen betreft die op het terrein van de arts liggen, aldus Roche.

6.3. Op grond van bovenstaande argumenten, verzoekt Roche voorwaardelijk, namelijk voor het geval de Codecommissie mocht oordelen dat de klacht van Abbott in conventie geheel of gedeeltelijk gegrond is, uitvoerbaar bij voorraad:

1. Abbott te gebieden om met onmiddellijke ingang het verzenden, aanbieden, presenteren of anderszins openbaar maken van de diëtistenactie en bijbehorende uitingen evenals de patiëntenfolder "Reductil® - De weg naar een gezond gewicht", te (doen) staken en gestaakt te houden en de exemplaren die nog in haar bezit zijn te vernietigen;
2. Abbott te gebieden om de actie met betrekking tot het kosteloos voedingsadvies voor deelnemers aan het WeightSupport-programma met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden en tevens het hebben van e-mail-contacten met gebruikers van Reductil® in het kader van dat programma te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
3. Abbott te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie van de website <http://www.weightsupport.nl> het vragenformulier te verwijderen, en bezoekers van de site ook niet langer op andere wijze in de gelegenheid te stellen om via de site contact op te nemen met Abbott, althans om de site aan te passen overeenkomstig de door de Codecommissie te geven aanwijzingen;
4. Abbott te gebieden binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie alle beroepsbeoefenaren, die de mailing hebben ontvangen, een brief te zenden met de tekst zoals door Roche in haar voorwaardelijk klacht van 18 juni 2003 geformuleerd, althans een door de Codecommissie vast te stellen tekst, welke brieven dienen te worden verstuurd op het normale briefpapier van Abbott, zonder toevoeging in woord en/of beeld en/of enig begeleidend commentaar, en onder opgave aan Roche van de personen aan wie die brieven zijn verstuurd, vergezeld van een accountantsverklaring waaruit blijkt dat die opgave volledig is;
5. Abbott te gebieden binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie aan alle gebruikers van Reductil® die zich hebben aangemeld voor het WeightSupport-programma en/of gebruik hebben gemaakt van de diëtistenactie, een brief te zenden met de tekst zoals door Roche in haar voorwaardelijk klacht van 18 juni 2003 geformuleerd, althans een door de Codecommissie vast te stellen tekst, welke brieven dienen te worden verstuurd op het normale briefpapier van Abbott, zonder toevoeging in woord en/of beeld en/of enig begeleidend commentaar, en onder opgave aan Roche van de personen aan wie die brieven zijn verstuurd, vergezeld van een accountantsverklaring waaruit blijkt dat die opgave volledig is;
6. Abbott te verbieden gebruik te maken van publicaties met een strekking zoals de gewraakte mailing en de patiëntenfolder, een en ander met veroordeling van Abbott in de kosten van deze procedure.

7. Het verweer van Abbott in voorwaardelijke reconventie

7.1. Abbott bestrijdt dat -zoals Roche stelt- het TOP en de kortingsactie enerzijds en het schriftelijk stellen respectievelijk beantwoorden van vragen en de actie met de diëtistenbon anderzijds met elkaar te vergelijken zijn. Zij meent niet in strijd te handelen met de Gedragscode en de Code Publieksreclame Geneesmiddelen.

Diëtistenbon

Ter toelichting op dit standpunt voert Abbott aan dat het verstrekken van een diëtistenbon niet vergelijkbaar is met het gratis weggeven van medicijnen. Het verstrekken van een diëtistenbon is niet bedoeld om het gebruik van Reductil® aan te prijzen, de verkoop, het voorschrijven en het verbruik ervan te bevorderen. De bedoeling ervan is slechts - zoals ook in de 1B1-tekst wordt aangegeven - de behandeling met Reductil® te laten geschieden als onderdeel van een op lange termijn geïntegreerde therapeutische aanpak voor gewichtsverlies. De inschakeling van een diëtiste kan onderdeel zijn van deze geïntegreerde aanpak om ervoor te zorgen dat het eetpatroon van de patiënt blijvend verandert. Van een compensatieregeling is geen sprake omdat, anders dan in het geval van de gratis vierde verpakking Xenical®, de patiënt niet sowieso kosten voor een diëtistenbezoek maakt. De keuze om al dan niet naar een diëtiste te gaan, maakt zelf die keuze.

Abbott wijst er in verband met het vorenstaande nog op dat een dieet 'op maat' het meest effectief is, althans effectiever dan een algemene (schriftelijke) brochure. De informatie die zij in beginsel zelf aan de patiënt mag verstrekken, mag ook via een diëtiste te worden gegeven. Abbott als onderneming noch Reductil® als product worden door de diëtisten gepromoot.

Geen strijd met artikel 4.2. Gedragscode

Het rationele voorschrijfgedrag van de beroepsbeoefenaar wordt door de diëtistenbon niet nadelig beïnvloed. Zulks blijkt ook uit het feit dat sinds de introductie van de bon door slechts 5% van de WeightSupport-deelnemers gebruik is gemaakt van de bon.

Geen strijd met artikel 3 Code Publieksreclame

Het verstrekken van een diëtistenbon kan volgens Abbott ook niet worden gezien als indirecte publieksreclame, zoals Roche stelt. Daarvan zou sprake kunnen zijn indien niet uitgesloten is dat de arts zich zal laten leiden door de wensen van patiënten met betrekking tot de keuze voor Reductil®. In het onderhavige geval is echter niet aannemelijk dat patiënten richting de beroepsbeoefenaar de wens uitspreken om Reductil® voorgeschreven te krijgen vanwege het feit dat er een diëtistenbon bij wordt gegeven. Dit blijkt ook wel uit het feit dat slechts een zeer beperkt aantal personen gebruik maakt van de bon. Van strijd met artikel 3 Code Publieksreclame is dan ook geen sprake, aldus Abbott.

Geen schending van artikel 5 Code Publieksreclame

Ook van strijd met artikel 5 van de Code Publieksreclame is geen sprake, zo stelt Abbott. Dat artikel heeft geen betrekking op waardebonnen die recht geven op iets anders dan een geneesmiddel. Bovendien wordt het verbruik van Reductil® niet verhoogd door de diëtistenbon. De patiënt ontvangt de bon immers al bij het allereerste gebruik van het middel en niet, zoals bij Xenical®, pas bij de vierde verpakking.

Folder "Reductil® - De weg naar een gezond gewicht"

Abbott betwist de juistheid van de stelling van Roche dat de folder "Reductil® - De weg naar een gezond gewicht" als directe publieksreclame moet worden aangemerkt en ontoelaatbaar is op grond van artikel 3 Code Publieksreclame voor Geneesmiddelen. Roche gaat er namelijk ten onrechte van uit dat de folder, gelet op de inhoud en strekking, mede bedoeld is voor patiënten met wie de behandelend arts het overgewicht heeft besproken, maar waarbij de arts nog geen beslissing heeft genomen over het geneesmiddel dat hij in het kader van de behandeling van het overgewicht van de patiënt zal voorschrijven.

Zoals in de mailing "Rapport Gezondheidsraad en Reductil®" ook duidelijk is aangegeven, richt de folder zich niet tot het 'brede' publiek maar is deze uitsluitend bedoeld voor patiënten aan wie de behandelend arts Reductil® heeft voorgeschreven. De arts zal aan de patiënt met overgewicht, ten aanzien waarvan hij nog niet heeft besloten welk geneesmiddel hij zal voorschrijven, juist de folder "Over gewicht" meegeven. Abbott benadrukt dat zij juist om die reden twee patiëntenfolders heeft: één algemene informatiefolder en één folder voor de gebruiker van Reductil®. De arts zal dat onderscheid zeker goed kunnen maken.

Schriftelijk vragen stellen

Abbott voert aan dat de website www.weightsupport.nl geen onderdeel vormt van het WeightSupport-programma. De website is voor iedereen toegankelijk. Alle geïnteresseerden kunnen (schriftelijk) vragen stellen via die website. Ook de beantwoording van die vragen geschiedt schriftelijk op een zorgvuldige en controleerbare wijze. Daar komt bij dat tussen patiënt en farmaceutisch bedrijf mag worden gecorrespondeerd ter inwilliging van een specifiek verzoek om informatie over een bepaald geneesmiddel. Abbott bestrijdt dan ook de opvatting van Roche dat sprake zou zijn van overtreding van het Reclamebesluit Geneesmiddelen en de Gedragscode.

7.2. Concluderend stelt Abbott dat de klachten van Roche ongegrond moeten worden verklaard en dat Roche de proceskosten van de voorwaardelijke reconventie dient te dragen.

7.3. Voor het geval de Codecommissie de klachten toch, al dan niet gedeeltelijk, gegrond acht, merkt Abbott nog op dat het verzoek van Roche onder punt D van haar verzoek niet helemaal correct is geformuleerd. Daarnaast acht zij het verzoek om een rectificatie vergezeld te doen gaan van een accountantsverklaring disproportioneel. Tot slot stelt Abbott dat haar aanbod om een diëtistenbon in te wisselen voor een gratis consult bij een diëtiste niet eenzijdig door haar kan worden ingetrokken aangezien in de voorwaarden van de diëtistenbon geen voorbehoud

met betrekking tot een beslissing van de Codecommissie is opgenomen. Hooguit zou zij de deelnemers van het WeightSupport-programma kunnen verzoeken om geen gebruik te maken van de bon, aldus Abbott.

8. De overwegingen van de Codecommissie CGR

In conventie

8.1. Abbott heeft, zoals vermeld in overweging 4, de voorzitter van Kamer 1 van de Codecommissie verzocht, wegens de nauwe verbondenheid van haar klachten op grond van artikel 5.3 van het Reglement van de Codecommissie en de Commissie van Beroep van de Stichting CGR van de normale taakverdeling af te wijken. Roche heeft tegen dat verzoek geen bezwaar gemaakt. Aangezien de klachten in conventie en reconventie mede zien op uitingen gericht op beroepsbeoefenaren en de verschillende onderdelen van de klachten nauw met elkaar zijn verbonden acht de Codecommissie voldoende gronden aanwezig af te wijken van de in de artikelen 5.2 en 5.3 van het Reglement van de Codecommissie en de Commissie van Beroep van de Stichting CGR gegeven bevoegdheidsverdeling en tevens de klachten voorzover deze mogelijk betrekking op reclame-uitingen gericht tot het publiek te behandelen.

De kortingsactie van Roche

8.2. Krachtens hoofdstuk III van de Gedragscode dient onder reclame te worden verstaan iedere aanprijzing van geneesmiddelen en daarmee samenhangende diensten of denkbeelden, daaronder begrepen het aanbieden of vragen van diensten of goederen in de omgang tussen vergunninghouders en beroepsbeoefenaren. Doorslaggevend daarbij is het aanprijzende karakter van de uiting, zoals valt te lezen uit de Nadere Invulling van het Onderscheid tussen Reclame en Informatie voor Geneesmiddelen van de Stichting CGR. Naar het oordeel van de Codecommissie wordt er in de mailings onmiskenbaar het middel Xenical® van Roche aangeprezen. Zo wordt in de mailings regelmatig de productnaam Xenical® genoemd, wordt het FatControlssystem van Roche als geïntegreerde aanpak van obesitas aangeprezen bestaande uit het Telefonisch Ondersteunings Programma in combinatie met het gebruik van Xenical® en wordt 100% korting op de vierde verpakking Xenical® in het vooruitzicht gesteld. Deze mededelingen hebben slechts tot doel voorschrijvende artsen te stimuleren het Fatcontrolssystem, waarvan het gebruik van Xenical® een onlosmakelijk onderdeel vormt, aan patiënten aan te bieden en daarmee het gebruik dan wel voortgezet gebruik van Xenical® te bevorderen. Dit moet als reclame in de zin van de Gedragscode worden beschouwd.

8.3. De Codecommissie is voorts van oordeel dat de kortingsactie van Roche met betrekking tot de vierde verpakking van Xenical® op zichzelf ook als reclame moet worden beschouwd. In het kader van de actie worden er diensten van de voorschrijvende artsen verlangd, aangezien patiënten uitsluitend voor de korting in aanmerking komen wanneer zij deelnemen aan het FatControlssystem van Roche en het Telefonisch Ondersteunings Programma waarvoor de artsen de aanmeldingsformulieren aan de patiënten moeten overhandigen. Volgens vaste jurisprudentie van de Codecommissie en de Commissie van Beroep moet het vragen van dergelijke diensten als reclame worden beschouwd. In dit verband merkt de Codecommissie nog op dat de stelling van Roche dat zij de artsen slechts attendeert op de mogelijkheid aanmeldingskaarten voor het TOP-programma te bestellen onjuist is, nu bij de tot de mailings

behorende brief aanmeldingskaarten worden meegezonden.

8.4. De mededelingen omtrent de korting hebben primair tot doel het gebruik van Xenical® aan te prijzen, nu de korting bij aanwezigheid van een vergelijkbaar middel op de markt een prikkel voor voorschrijvende artsen kan vormen in voorkomende gevallen mede met het oog op het financiële belang van patiënten te kiezen voor het middel waarvoor de korting geldt. De kortingsactie moet dan ook in strijd met artikel 4.2 van de Gedragscode worden beschouwd, nu daarmee het voorschrijfgedrag van de arts op een met de strekking van de Gedragscode strijdige wijze kan worden beïnvloed. De Codecommissie verwijst daarvoor onder meer naar de beslissing van de Commissie van Beroep van 18 september 1999 (nr. 2/2001).

8.5. Het door Roche in haar verweer gestelde met betrekking tot het begrip "diensten" laat het voorgaande onverlet. Zelfs al zou juist zijn dat de Stichting CGR met het begrip "diensten" het oog heeft gehad op het vragen van diensten in het kader van zogenaamd gunstbetoon, blijkt uit niets dat de Stichting CGR het begrip "diensten" heeft willen beperken tot gevallen van gunstbetoon en niet mede betrekking heeft willen doen hebben op gevallen als het onderhavige. De verwijzing naar de "Toelichting bij de uitwerking normen gunstbetoon, artikelen 16 t/m 22 Gedragscode Geneesmiddelenreclame" gaat niet op, nu deze toelichting juist alleen ziet op gevallen van gunstbetoon en niet op gevallen als het onderhavige.

8.6. Voorts moet de kortingsactie als publieksreclame worden beschouwd welke verboden is krachtens het bepaalde in artikel 3 van de Code voor de Publieksreclame en welke daardoor een inbreuk vormt op het bepaalde in artikel 10 van de Gedragscode. Het betoog van Roche dat er hier geen sprake zou zijn van reclame gericht tot het publiek, omdat de reclame niet in het "openbaar" plaatsvindt, maar "in besloten kring" aangezien slechts patiënten die Xenical® voorgeschreven hebben gekregen en aangemeld zijn voor het TOP-programma informatie over de korting krijgen, kan de Codecommissie niet honoreren. Het argument gaat reeds daarom niet op, omdat Roche ter zitting heeft erkend en in elk geval niet heeft weersproken dat de brochure met aangehechte aanmeldingskaarten veelal in de wachtkamer van voorschrijvende artsen terechtkomt waardoor de informatie over de korting beschikbaar is voor alle patiënten die aan de aandoening obesitas lijden, welke in ieder geval als publiek in de zin van de relevante regelgeving moeten worden gezien. Bovendien is de kans zeer groot dat de voorschrijvende artsen door voornoemde prikkel ertoe overgaan al hun obesitas patiënten op de hoogte te stellen van de kortingsregeling waardoor de reclame, zij het indirect, het publiek bereikt. Het op deze wijze stimuleren van medewerking van beroepsbeoefenaren welke erin resulteert dat zij bijdragen aan een verboden vorm van publieksreclame acht de Codecommissie ontoelaatbaar.

8.7. Overigens meent de Codecommissie dat het begrip "publiek" in het kader van de relevante regelgeving niet de beperkte betekenis heeft die Roche daaraan wil hechten. Zo kan bijvoorbeeld een reclame-uiting gericht tot alle gebruikers van Xenical® niet als een reclame-uiting gezien worden die in besloten kring plaatsvindt, ook al is deze groep van patiënten een beperkte. Dit zou namelijk ook betekenen dat bij een reclame-uiting gericht tot alle obesitas patiënten deze groep als een besloten kring zou moeten worden beschouwd, aangezien deze groep ook slechts een beperkt deel van het "brede publiek" vormt. Dit kan niet de bedoeling van de regelgevers zijn.

8.8. Ook het argument dat de arts en niet de patiënt bepaalt of een bepaald geneesmiddel wordt voorgeschreven doet naar het oordeel van de Codecommissie aan het voorgaande niet af. Zoals reeds in een eerdere uitspraak overwogen, kan als een feit van algemene bekendheid gelden dat het door middel van reclame bij het publiek creëren of vergroten van de vraag naar een geneesmiddel met behulp van het zogenaamde "pull marketing effect" kan leiden tot ontoelaatbare beïnvloeding van het voorschrijfgedrag van artsen, omdat geenszins uitgesloten is dat de artsen zich in voorkomende gevallen zouden laten leiden door de wensen van patiënten in de keuze van een geneesmiddel, zeker wanneer er geen doorslaggevende medische indicatie is om voor een ander geneesmiddel te kiezen. In casu dient een dergelijk effect waarschijnlijk worden geacht, nu, zoals hiervoor is vastgesteld, de informatie voor het publiek beschikbaar is.

8.9. De omstandigheid dat deelnemers pas korting krijgen op de vierde verpakking bevestigt de Codecommissie slechts in haar opvatting. De kortingsactie vormt daarmee niet alleen een prikkel voor de arts het middel Xenical® bij aanvang van de behandeling voor te schrijven, maar kan bovendien een prikkel vormen om het gebruik van het middel na de (succesvolle) initiële behandeling voort te zetten. De arts zou er alsdan immers ook voor kunnen kiezen het gebruik van Reductil® voor te schrijven.

Het TOP

8.10. De Codecommissie is van oordeel dat het Telefonisch Ondersteunings Programma van Roche evenzeer als verboden publieksreclame moet worden gezien. Zoals hiervoor reeds overwogen, wordt in de gewraakte mailings van Roche het TOP-programma aangeprezen waaraan slechts in combinatie met gebruik van Xenical® deelgenomen kan worden en wordt door deze combinatie en het regelmatig noemen van de naam van het middel mede Xenical® aangeprezen. Nu, zoals reeds is vastgesteld, deze aanprijzing ook door het publiek wordt ontvangen en door het vermelden in de mailings van een telefonisch informatienummer voor informatie over het TOP-programma zeer waarschijnlijk is dat ook patiënten die het middel Xenical® nog niet voorgeschreven hebben gekregen telefonisch contact opnemen en het TOP-programma aangeprezen krijgen, vindt met deze aanprijzing ongeoorloofde publieksreclame in de zin van artikel 3 van de Code voor de Publieksreclame plaats. Dit wordt nog eens versterkt door het feit dat patiënten bij het vragen van informatie op de hoogte worden gesteld van de kortingsactie wat door Roche niet is ontkend. Bovendien heeft Roche geenszins aannemelijk gemaakt dat de overige informatie die in het kader van het TOP-programma aan patiënten wordt verstrekt geen aanprijzingen van Xenical® bevatten, zodat niet vastgesteld kan worden dat die informatie als informatie en niet als reclame in de zin van de Nadere Invulling van het Onderscheid tussen Reclame en Informatie voor Geneesmiddelen van de Stichting CGR moet worden beschouwd.

De claim "zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren"

8.11. De Codecommissie is van oordeel dat, zoals Roche feitelijk ook heeft erkend, het gebruik van de claim "zou het eetpatroon wel eens kunnen verbeteren" onjuist is. Voor die claim is immers geen, althans onvoldoende wetenschappelijke basis aanwezig, nu deze slechts gebaseerd is op een overzichtsartikel en niet op door de auteurs zelfstandig verricht onderzoek naar de werking van het geneesmiddel. Die claim is derhalve in strijd met artikel 5.3. van de

Gedragcode.

Conclusie

8.12. De bezwaren van Abbott tegen de kortingsactie, het TOP-programma en de claim "zou het eetpatroon wel eens kunnen veranderen" moeten gegrond worden geacht. De Codecommissie zal Roche bevelen het gebruik van deze reclame-uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden. De Codecommissie acht, mede gezien het hierna overwogene, onvoldoende gronden aanwezig voor het toewijzen van de overige door Abbott gevorderde maatregelen.

8.13. Roche heeft nog verzocht de beslissing, in geval de Codecommissie haar verweren zou passeren en mocht besluiten maatregelen op te leggen, in ieder geval niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Aan dit verzoek zal de Codecommissie geen gevolg geven, omdat de Codecommissie, gezien de eerdere uitspraken van de Codecommissie en de Commissie van Beroep, de kans gering acht dat in beroep anders zal worden beslist.

9. In reconventie

9.1 De Codecommissie is van oordeel dat hetgeen zij in conventie heeft overwogen met betrekking tot de kortingsactie en het TOP-programma van Roche, mutatis mutandis, vrijwel integraal geldt voor de actie van Abbott voor haar geneesmiddel Reductil®, bestaande uit het WeightSupport-programma en het verstrekken van de diëtistenbon. Op dezelfde gronden als in conventie overwogen acht de Codecommissie die actie strijdig met het bepaalde in artikel 4.2. van de Gedragcode, artikel 3 van de Code voor de Publieksreclame en artikel 10 van de Gedragcode, zodat de voorwaardelijke klacht van Roche gegrond is. Deze klacht is onvoorwaardelijk geworden, nu de klachten van Abbott in conventie gegrond zijn.

9.2 De Codecommissie zal Abbott bevelen het gebruik van de reclame-uitingen ter zake van het WeightSupport-programma en de diëtistenbon te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden. Voor de overige verzochte maatregelen acht de Codecommissie vooralsnog onvoldoende gronden aanwezig.

Ten overvloede in conventie en in reconventie

De Codecommissie is van oordeel dat zowel het ondersteuningsprogramma TOP van Roche als de actie met het gratis bezoek aan een diëtist van Abbott in beginsel in het belang van de betrokken patiënt moet worden geacht. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat mensen met obesitas met ondersteuning van derden beter in staat zijn hun leefwijze aan te passen dan wanneer zij dit volledig op eigen benen moeten doen. Door echter die programma's als marketingtools in te zetten, gedragen zowel Abbott als Roche zich - zoals hiervoor overwogen - niet conform de geldende regels. Het ware derhalve, in het belang van de betrokken patiënten aan te bevelen indien beide partijen hun acties, ontdaan van de aanprijzende elementen, dus zonder in strijd te handelen met de betreffende regelgeving, voort zouden zetten.

10. De kosten van de procedure

De Codecommissie ziet aanleiding te bepalen dat Roche als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij in conventie de proceskosten zal dienen te dragen en dat Abbott om dezelfde reden de in reconventie gevallen proceskosten zal moeten dragen.

11. De beslissing van de Codecommissie in kort geding:

De Codecommissie (Kamer I):

In conventie:

- verklaart de klacht van Abbott gegrond in zoverre zulks de kortingsactie, het TOP-programma en de claim "zou je eetpatroon wel eens kunnen verbeteren", zoals in de overwegingen weergegeven, betreft;
- gebiedt Roche om met onmiddellijke ingang het gebruik van de hiervoor bedoelde reclame-uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

In reconventie

- verklaart de klacht van Roche gegrond in zoverre het het WeightSupport-programma en het verstrekken van de diëtistenbon, zoals hiervoor weer-gegeven betreft;
- gebiedt Abbott om met onmiddellijke ingang het gebruik van de hiervoor bedoelde reclame-uitingen te (doen) staken en gestaakt te houden;
- verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders verzochte.

Aldus gewezen te Gouda op 2 juli 2003 door mr M.V. van der Storm, voorzitter, mevrouw drs. A. van Zon-Brouwer en de heer drs. A. Dockheer, leden, in aanwezigheid van J.A.J. van den Boom, griffier.