

14 januari 2004

De Codecommissie (Kamer I) heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K03.019) op de voet van artikel 11 van het Reglement voor de Codecommissie van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ABBOTT B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
verder te noemen: Abbott,

met betrekking tot een aantal uitingen van geneesmiddelenreclame van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ROCHE
NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Mijdrecht,
verder te noemen: Roche,

voor **Xenical®**.

1. Het verloop van het kort geding

1.1. De Codecommissie heeft kennisgenomen van:

- o het op 24 september 2003 gedateerde klaagschrift met de producties 1 tot en met 3 van mr. J.A. Schuman, advocaat te Utrecht, namens Abbott,
- o het schrijven van 30 oktober 2003 van mw.mr. K. van Lessen Kloeke, advocaat te Amsterdam, optredend namens Roche, met daarbij gevoegd de producties 1 tot en met 8 van Roche,
- o het schrijven van 30 oktober 2003 van mw.mr. K. van Lessen Kloeke, met daarbij gevoegd de producties 9 tot en met 12 van Roche,
- o het faxbericht van 4 november 2003 van mr. J.A. Schuman, met daarbij gevoegd de productie 4 van Abbott,
- o de pleitnotities van mr. Schuman,
- o de pleitnotities van mw.mr. K. van Lessen Kloeke.

1.2. De Codecommissie heeft de klacht behandeld ter zitting van 5 november 2003 te Gouda. Ter zitting werd Abbott vertegenwoordigd door drs. E. Geervliet (apotheker/scientific affairs manager), Anton Mat (product manager Reductil®), Eugène van Leeuwen MBA (business unit manager), bijgestaan door mr. J.A. Schuman en diens kantoorgenoot mr. W. van den Bout. Namens Roche waren aanwezig drs. Geert-Jan Reijmer (Pharma manager), mw. Karien Heijstek-Touw (product manager) en dr. Frits Doornekamp (medical manager), bijgestaan door mr. K. van Lessen Kloeke.

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 Abbott als Roche 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.

2.2. Bij haar uitspraak van 2 juli 2003 (gegeven onder nummer K03.011) heeft de Codecommissie = voor zover hier van belang = in conventie onder meer geoordeeld:

- dat de kortingsactie van Roche voor Xenical®, waarbij de gebruiker de 4de verpakking gratis krijgt, in strijd is met artikel 4.2. van de Gedragscode, nu met die actie het voorschrijfgedrag van de arts op een met de strekking van de Gedragscode strijdige wijze kan worden beïnvloed;
- dat die kortingsactie bovendien als publieksreclame moet 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;
- dat het Telefonisch Ondersteuningsprogramma (TOP) van Roche evenzeer als verboden publieksreclame in de zin van artikel 3 van de Code voor de Publieksreclame moet worden gezien.

Op grond van die bevindingen heeft de Codecommissie de klacht van Abbott in zoverre die de kortingsactie en het TOP-programma betrof, gegrond verklaard en Roche geboden om met onmiddellijke ingang het gebruik van de gewraakte reclameuitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden. Tegen deze -uitvoerbaar bij voorraad verklaarde - uitspraak, die bij brief van 29 juli 2003 aan partijen werd gezonden, is door geen der partijen beroep ingesteld.

3. De klacht van Abbott

3.1. Abbott stelt - zakelijk weergegeven- dat Roche zich niet houdt aan de onder overweging 2.2. bedoelde uitspraak en zich derhalve nog steeds c.q. andermaal schuldig maakt aan handelen in strijd met de Gedragscode door het TOP in on-gewijzigde vorm voort te zetten en door gratis verpakkingen te blijven verstrekken aan patiënten die vóór

30 juli 2003 voor het TOP zijn aangemeld.

3.2. Ter toelichting op deze klacht voert Abbott aan:

1. Medio augustus 2003 heeft Roche de mailing 'Fat Control System: Gewichtscntrole door geïntegreerde aanpak, stopzetting kortingsactie' aan beroepsbeoefenaren verstuurd. Uit die mailing blijkt dat nog steeds alleen Xenical®-gebruikers mee kunnen doen aan het TOP. Door die mailing prijst Roche Xenical® aan en gebruikt zij het TOP - in weerwil van meerbedoelde uitspraak van de Codecommissie - als marketingtool. Voorts blijkt uit de mailing dat er nog steeds telefonisch contact plaatsvindt tussen Xenical®-gebruikers en Roche, hetgeen door de Codecommissie als ongeoorloofd is gekwalificeerd.
2. Bij voormelde mailing heeft Roche een aantal deelnamekaarten meegestuurd, die de arts aan de patiënt moet verstrekken. Uit de tekst op die deelnamekaart blijkt dat de patiënt zichzelf moet aanmelden voor het TOP en dat het TOP alleen voor Xenical®-gebruikers open staat. De aanprijzing voor het TOP en de verplichte combinatie met Xenical® wordt derhalve gecommuniceerd met de patiënt en dat is ongeoorloofde publieksreclame. Bovendien is het aannemelijk dat de patiënt telefonisch contact opneemt met Roche voordat hij/zij Xenical® gebruikt, aangezien op de deelnamekaart het informatienummer van Roche wordt genoemd, zo stelt Abbott.
3. Roche brengt in de gewraakte mailing opnieuw de gratis vierde verpakking (= kortingsactie) onder de aandacht en wekt met de gebezigde tekst bij het publiek en bij de beroepsbeoefenaren de suggestie dat zij (gedeeltelijk) met de kortingsactie doorgaat. Daardoor profiteert Roche van een door haar onrechtmatig opgezette actie. De kortingsactie kan immers een prikkel voor artsen blijven vormen om na de (succesvolle) initiële behandeling het gebruik van Xenical® voort te zetten, terwijl op dat moment ook voor Reductil® gekozen zou kunnen worden.
4. In de tijdschriften 'Medisch Vandaag' dd. 13 augustus 2003, 'Arts en Auto' dd. 30 augustus 2003 en 'DCN Nieuwsbrief' van augustus 2003 ("de Advertenties") heeft Roche opnieuw het TOP aangeprezen.
5. Abbott heeft Roche verscheidene malen gewezen op haar bezwaren tegen het handelen van Roche en uitdrukkelijk verzocht zich met onmiddellijke ingang volledig te conformeren aan de eerder genoemde uitspraak van de Codecommissie. Roche heeft in reactie daarop slechts aangegeven dat de onder punt 4) genoemde advertenties abusievelijk over het hoofd waren gezien en, in een later stadium, dat zij (Roche) het TOP inmiddels heeft opengesteld voor 'iedereen' en dat zij derhalve de verplichte koppeling tussen het gebruik van Xenical® en deelname aan het TOP heeft laten vervallen.

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling van de zaak heeft Abbott opgemerkt dat Roche tijdens een gesprek tussen de business unit managers van beide bedrijven (Van Leeuwen respectievelijk Reijmer) kenbaar heeft gemaakt dat Roche het TOP inmiddels ook voor niet Xenical® gebruikers heeft opengesteld maar dat dit onverlet laat dat het TOP nog steeds als verboden publieksreclame heeft te gelden aangezien er nog steeds

telefonisch contact plaatsvindt tussen de deelnemers aan het TOP en Roche niet kan garanderen dat er enkel informatie wordt gegeven aan de patiënt, ook niet indien er nauwgezette instructies worden gegeven aan de telefonistes. Om die reden dient Roche het telefonische element in het TOP te staken en gestaakt te houden, aldus Abbott.

4. **Het verzoek van Abbott** Op de in overweging 3.2 vermelde gronden verzoekt Abbott de Codecommissie voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- Roche te gebieden om met onmiddellijke ingang het verzenden, aanbieden, presenteren of anderszins openbaar maken van het TOP en de daarbij behorende 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 het TOP onmiddellijk te vernietigen;
- Roche te gebieden om telefonisch contact met patiënten binnen TOP, dan wel binnen andere serviceprogramma's, met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- 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 kortingsactie met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, waaronder mede begrepen het verstrekken van kortingen aan personen die reeds vóór datum uitspraak in de zaak K03.011 over de kortingsactie op de hoogte zijn gesteld;
- 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, waaronder in elk geval huisartsen, internisten, apothekhoudenden en diëtisten, een rectificatiebrief te sturen op het gebruikelijke briefpapier van Roche, zonder enig begeleidend commentaar of verdere mededelingen in beeld of geschrift en ook zonder toevoeging van enig ander materiaal, met een tekst zoals nader geformuleerd in het klaagschrift van Abbott;
- Roche te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie alle gebruikers van Xenical® die zich hebben aangemeld voor het TOP en/of de kortingsactie, een rectificatiebrief te sturen met een tekst als nader geformuleerd in het klaagschrift;
- Roche te gebieden om binnen 7 dagen na de uitspraak van de Codecommissie aan de gemachtigde van Abbott een lijst over te leggen met de namen en adressen van de beroepsbeoefenaren aan wie de mailing is verzonden, een lijst met de namen en adressen van patiënten die zich reeds hebben aangemeld voor het TOP, 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

5.1. Roche stelt dat Abbott geen onmiddellijk belang meer heeft bij een uitspraak in dit kort geding nu Roche thans geen marketingactiviteiten meer onderneemt waarin TOP in combinatie met Xenical® wordt aangeprezen en er ook geen telefoon-gesprekken meer plaatsvinden in het kader van het TOP totdat er een systeem is gevonden voor (telefonische) ondersteuning dat voldoet aan de regels met betrekking tot reclame voor geneesmiddelen.

5.2. Ter toelichting daarop stelt Roche dat zij eerst op 30 juli 2003 kennis heeft kunnen nemen van de uitspraak van de Codecommissie van 2 juli 2003 omdat zij eerst toen een afschrift ontving van die beslissing en de gronden waarop die beslissing rustte.

Voorts stelt Roche dat zij, op het moment dat Abbott de onderhavige klacht indiende, al haar promotionele uitingen waarin het Fat Control System en het TOP in combinatie met Xenical® werden genoemd al had gestaakt en dat Abbott daarvan op de hoogte was. Aanvankelijk gaf zij namelijk een andere uitleg aan de beslissing van de Codecommissie dan dat zij nu doet. In eerste instantie waren de door haar getroffen maatregelen vooral gericht op het stoppen van de kortingsactie. Eerst later heeft zij ingezien dat ook het TOP een inhoudelijke wijziging diende te ondergaan en wel in die zin dat alle obese patiënten hier toegang toe dienden te krijgen. Zoals ook in het gesprek van 30 september 2003 tussen haar directeur G.J. Reijmer en directeur E. van Leeuwen van Abbott is bevestigd, heeft Roche al haar marketingactiviteiten gestopt en alle materialen waarin het FatControlSystem en het TOP in combinatie met Xenical® werd genoemd ingetrokken. Aan Abbott is bovendien duidelijk gemaakt dat de koppeling tussen TOP en Xenical® ongedaan is gemaakt en dat het TOP- programma nu voor iedereen, dus ook voor obese patiënten die geen geneesmiddelen voor de medicamenteuze behandeling van obesitas gebruiken, is opengesteld.

5.3. Roche stelt voorts dat zij direct na de ontvangst van meerbedoelde uitspraak van de Codecommissie de beroepsbeoefenaren heeft laten weten dat degenen die na 30 juli 2003 worden ingeschreven voor het TOP geen korting meer krijgen. Degenen die vóór die tijd zijn ingeschreven, kunnen nog wel in aanmerking komen voor de korting. In de opvatting van Roche volgt namelijk uit de overwegingen van de Codecommissie niet dat de korting niet meer verstrekt zou mogen worden aan patiënten die al deelnamen aan het TOP. Ten aanzien van die gebruikers heeft zij zich aan haar belofte te houden, zo stelt Roche. Roche verwijst in dat verband ook naar de uitspraak van de Codecommissie van 24 september 2003 (K03.016: Fujisawa Holland BV/Novartis Pharma BV), alsmede naar het feit dat ook Abbott - naar blijkt uit haar klaagschrift - een zekere uitlooperperiode redelijk acht.

5.4. In de visie van Roche blijkt uit de eerder tussen partijen gegeven uitspraak van de

Codecommissie niet dat het element van het in het kader van het TOP bestaande telefonisch contact direct en volledig uit het programma dient te worden geschrapt, noch dat met patiënten die reeds deelnemen aan het TOP geen telefonisch contact meer mag plaatsvinden. De Codecommissie heeft zich niet in algemene zin uitgesproken over de toelaatbaarheid van telefoongesprekken en meer in het bijzonder over telefonische ondersteuningsprogramma's, aldus Roche. Zou dit wel het geval zijn geweest, dan zou de overweging ten overvloede onbegrijpelijk zijn. Daarin overweegt de Codecommissie immers dat het ware aan te bevelen dat het ondersteuningsprogramma van Roche (evenals dat van Abbott), ontdaan van de aanprijzende elementen (en dus zonder in strijd te handelen met de betreffende regelgeving) voort wordt gezet. In de visie van Roche zou een algeheel verbod tot het hebben van telefonisch contact tussen de registratiehouder en het publiek, zoals Abbott dat kennelijk voor ogen heeft, véél te ver gaan. Dit zou de vrijheid van meningsuiting en het recht op informatie te vergaand beperken.

In verband met het vorenstaande wijst Roche er ook op dat Abbott niet heeft aangetoond dat na de uitspraak van de Codecommissie nog gesprekken hebben plaatsgevonden waarvan een aanprijzende werking uitging. De telefoniste die het in productie 4 van Abbott gerelateerde telefoongesprek heeft gevoerd, is al eerder van haar taak ontheven, aldus Roche.

5.5. Tot slot merkt Roche nog op dat er geen regel is aan te wijzen die haar verbiedt het TOP bij beroepsbeoefenaren onder de aandacht te brengen in combinatie met Xenical®, zolang eveneens duidelijk wordt gemaakt dat het programma voor alle obese patiënten toegankelijk is en zolang de mededeling aan beroepsbeoefenaren voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

De door Abbott gevorderde gegevens van de patiënten die zich reeds hebben aangemeld voor het TOP moet naar het oordeel van Roche zonder meer worden afgewezen gelet op de bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens, terwijl Abbott bovendien met die gegevens niets kan.

Roche merkt op dat Abbott kennelijk van de Codecommissie een handzame regel wil krijgen over de voorwaarde waaronder naar het oordeel van de Codecommissie een ondersteuningsprogramma mag bestaan opdat zij op die wijze haar eigen gewijzigde ondersteuningsprogramma kan toetsen aan die voorwaarden. De onderhavige procedure is daar echter niet voor bedoeld, aldus Roche.

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

6. De overwegingen van de Codecommissie CGR

6.1 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 mede zien op uitingen gericht op beroepsbeoefenaren en de verschillende onderdelen van de klachten nauw met elkaar verbonden zijn, acht de Codecommissie voldoende redenen aanwezig om af te wijken van de in de artikelen 5.2 en 5.3 van voornoemd Reglement gegeven bevoegdheidsverdeling en om tevens de klachten, voorzover deze mogelijk betrekking hebben op reclame-uitingen gericht tot het publiek, te behandelen.

De kortingsactie

6.2 In haar uitspraak van 2 juli 2003 heeft de Codecommissie - onder verwerping van de verweren daartegen van Roche - overwogen dat de kortingsactie van Roche (bestaande uit de verstrekking van een gratis 4de verpakking) en het zogenaamde TOP in strijd met het bepaalde in artikel 4.2 van de Gedragscode moet worden beschouwd en tevens als publieksreclame 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. Op grond daarvan heeft de Codecommissie Roche het gebod opgelegd de kortingsactie en het TOP met onmiddellijke ingang te (doen) staken en gestaakt te houden. Deze uitspraak is op 30 juli 2003 ter kennis van partijen gekomen.

6.3 In de visie van Roche volgt uit die uitspraak niet dat zij die korting ook ten aanzien van patiënten die reeds vóór 30 juli 2003 aan het TOP deelnamen, niet meer zou mogen nakomen. Het ontgaat de Codecommissie volledig op welke onderdelen van de uitspraak Roche dit standpunt denkt te kunnen baseren. De Codecommissie heeft immers in overweging 8.9 van die uitspraak uitdrukkelijk overwogen dat de kortingsactie niet alleen een prikkel voor de arts zou kunnen vormen om het middel Xenical® bij aanvang van de behandeling voor te schrijven, maar dat die actie bovendien een prikkel zou kunnen 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. Uit deze overweging, in samenhang met de eerdere overwegingen van de uitspraak, vloeit reeds onmiskenbaar voort dat de kortingsactie ook bij patiënten die reeds van het TOP gebruik maken als ongeoorloofde reclame moet worden beschouwd. Dit geldt temeer nu Roche ter zitting heeft verklaard dat bij patiënten die Xenical gebruiken telkens wanneer Xenical bij herhalingsrecept wordt voorgeschreven de korting wordt toegepast. Op die wijze blijft de kortingsactie het voorschrijfgedrag van beroepsbeoefenaren op een met de Gedragscode strijdige wijze beïnvloeden.

6.4 Anders dan Roche kennelijk meent is bovenstaande uitspraak ook in andere opzichten niet voor meerdere uitleg vatbaar. De Codecommissie heeft de kortingsactie op de in de uitspraak opgenomen gronden in strijd met het bepaalde in de Gedragscode geacht en heeft daarbij geen enkel onderscheid gemaakt tussen het aanbieden van kortingen aan patiënten die na de uitspraak zouden worden ingeschreven voor het TOP en kortingen aan patiënten die reeds waren ingeschreven. Juist nu de Codecommissie

daarin geen onderscheid heeft gemaakt, had Roche de uitspraak niet anders kunnen opvatten dan dat het gebod onmiddellijk het gebruik van de gewraakte reclame-uitingen (en derhalve ook van de kortingsactie) te staken mede omvatte het gebod de kortingsactie ten aanzien van patiënten die reeds deelnamen aan het TOP met onmiddellijke ingang te beëindigen.

6.5 Roche heeft ter rechtvaardiging van het voortzetten van haar kortingsactie ten aanzien van gebruikers van Xenical® die reeds vóór 30 juli 2003 aan het TOP deelnamen, nog aangevoerd dat zij ten aanzien van die personen haar belofte diende na te komen. Ook dat verweer snijdt geen hout. Het moge zo zijn dat Roche mogelijkwjs civielrechtelijk gehouden is ten aanzien van bedoelde groep Xenical®-gebruikers haar toezegging gestand te doen doch dit rechtvaardigt niet het voortzetten van een door de Codecommissie in strijd met de Gedragscode geachte reclame-uiting.

6.6 Tot slot overweegt de Codecommissie dat ook de door Roche gemaakte vergelijking met de uitspraak van de Codecommissie van 24 september 2003 (K03.016: Fujisawa Holland BV/Novartis Pharma BV) geen doel treft. De situatie die aan die uitspraak ten grondslag lag is niet vergelijkbaar met de onderhavige casus. Zo was onder meer in die zaak van het begin af duidelijk dat het om een tijdelijke, tot 1 oktober 2003 lopende, kortingsactie ging die derhalve binnen zeer korte tijd na de uitspraak definitief zou eindigen. Dit in tegenstelling tot het onderhavige geval waarin Roche het voornemen heeft geuit de korting te blijven toepassen ten aanzien van patiënten die reeds waren aangemeld. Het belang van de klagende partij bij onmiddellijke stopzetting woog daarom in bovenbedoelde zaak, mede gezien de reeds verstreken tijd waarin de actie had plaatsgevonden, niet op tegen het nadeel dat patiënten bij onmiddellijke stopzetting eventueel zouden lijden. Daar komt bij dat Roche, toen zij medio augustus 2003 naar aanleiding van de uitspraak van de Codecommissie een mailing liet uitgaan omtrent de wijzigingen in haar kortingsactie, aan de door haar genoemde uitspraak geen argument voor haar uitleg van de uitspraak van de Codecommissie in het tussen haar en Abbott bestaande geschil kon ontleen. De uitspraak in de zaak Fujisawa Holland BV / Novartis Pharma BV is immers eerst in september 2003 gedaan.

6.7 Uit het bovenstaande volgt dat de klacht van Abbott ten aanzien van de gewraakte mailing van augustus 2003, voorzover daarin de aandacht wordt gevestigd op de kortingsactie voor patiënten die reeds zijn aangemeld, en ten aanzien van het voortzetten van de kortingsactie voor die groep patiënten als zodanig naar het voorlopig oordeel van de Codecommissie gegrond is.

Het TOP

6.8 In haar uitspraak van 2 juli 2003 heeft de Codecommissie ten aanzien van het telefonische ondersteuningsprogramma van Roche overwogen dat ook het TOP als verboden publieksreclame moet worden aangemerkt. Zij overwoog daartoe, zakelijk weergegeven, onder meer:

- o dat in de gewraakte mailings van Roche het TOP-programma werd aangeprezen waaraan slechts in combinatie met het gebruik van Xenical® kon worden deelgenomen;
- o dat door die combinatie en het regelmatig noemen van de naam van het middel Xenical® wordt aangeprezen;
- o dat het zeer waarschijnlijk is dat ook patiënten die het middel Xenical® nog niet voorgeschreven hebben gekregen telefonisch contact opnemen en het TOP-programma aangeprezen krijgen;
- o dat patiënten bij het vragen van informatie op de hoogte worden gesteld van de kortingsactie, terwijl Roche geenszins aannemelijk heeft 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.

6.9 Zowel de klacht van Abbott dat Roche in de mailing en de Advertenties van augustus 2003 het TOP nog steeds in combinatie met het gebruik van Xenical aanprijst als de klacht dat Roche, gezien de eerdere uitspraak van de Codecommissie, ten onrechte doorgestaan is met het onderhouden van telefonische contacten met patiënten in het kader van het TOP is gegrond. Ook in dit opzicht is de uitspraak van de Codecommissie van 2 juli 2003 niet voor meerdere uitleg vatbaar. De Codecommissie verwijst daarvoor naar de hierboven weergegeven overwegingen. In feite bevatten de mailing van augustus 2003 en de Advertenties dezelfde uitingen die de Codecommissie in deze overwegingen als ongeoorloofde reclame heeft aangemerkt. Mede in het licht van deze uitingen moet ook het voortzetten van telefonische contacten met patiënten in het kader van het TOP ongeoorloofd worden geacht.

6.10 In feite is Roche met verzending van de mailing van augustus 2003 en de daarbij behorende aanmeldingskaarten en de Advertenties nagenoeg ongewijzigd voortgegaan met gedragingen die de Codecommissie als ongeoorloofd heeft aangemerkt. Van Roche had mogen worden verwacht dat zij onmiddellijk na ontvangst van de uitspraak van de Codecommissie van 2 juli 2003, te weten op 30 juli 2003, alle seinen op rood had gezet en de betreffende reclame-uitingen, inclusief het TOP, volledig stop had gezet om die eerst te hervatten nadat zij met zekerheid kon stellen dat het nieuwe concept voor het TOP in alle opzichten voldeed aan de bepalingen van de Gedragscode. Dat Roche dit niet heeft gedaan en voortgegaan is met gedragingen waarvan Roche moest weten dat deze ongeoorloofd waren valt Roche bijzonder zwaar aan te rekenen. Om die reden ziet de Codecommissie voldoende gronden om de hierna te noemen maatregelen op te leggen.

6.11 De stellingen van Roche dat zij reeds het TOP voor alle obesitas patiënten heeft opengesteld, geen uitingen meer doet waarin het TOP in combinatie met het gebruik van

Xenical wordt aanbevolen en de telefoongesprekken in het kader van het TOP heeft gestaakt totdat er een systeem is gevonden voor (telefonische) ondersteuning dat voldoet aan de regels met betrekking tot reclame voor geneesmiddelen brengen geen wijziging in vorenstaand oordeel. Vaststaat dat Roche met de eerdere gedragingen de bepalingen van de Gedragscode, gezien de eerdere uitspraak van de Codecommissie, op ernstige wijze heeft overtreden, zodat Abbott belang heeft bij de toe te wijzen maatregelen. Bovendien heeft Roche, zoals ter zitting is gebleken, de door haar aangebrachte wijzigingen in het TOP op geen enkele wijze gecommuniceerd met beroepsbeoefenaren of patiënten en heeft zij ook overigens geen respectievelijk geen afdoende maatregelen getroffen om haar eerdere met de Gedragscode strijdige gedragingen ongedaan te maken en om nakoming van de bepalingen van de Gedragscode in de toekomst te waarborgen, waardoor het ongeoorloofde karakter aan het voortzetten van de telefonische ondersteuning in het kader van het TOP niet is ontnomen. Alleen het openstellen van het TOP voor alle obesitas patiënten en het zich onthouden van uitingen waarin het TOP in combinatie met Xenical wordt aanbevolen was en is daartoe in elk geval onvoldoende.

6.12 Ook het beroep van Roche op de overweging ten overvloede in voornoemde uitspraak van de Codecommissie kan Roche niet baten. Met de overweging heeft de Codecommissie niets anders tot uitdrukking willen brengen dan dat ondersteuningsprogramma's ten behoeve van obesitas patiënten zoals die van partijen in het belang van die patiënten kunnen zijn, mits deze vorm worden gegeven op een wijze die in overeenstemming is met de bepalingen van de Gedragscode en niet als marketingtool worden gebruikt. De Codecommissie heeft daarmee echter geenszins beoogd zich uit te spreken over de geoorloofdheid van enig onderdeel van deze programma's anders dan zij reeds in de daaraan voorafgaande overwegingen had gedaan.

6.13 Voorzover door partijen de vraag aan de orde wordt gesteld of en in hoeverre in het algemeen rechtstreekse telefonische contacten tussen een vergunninghouder en patiënten in het kader van een ondersteuningsprogramma als het TOP geoorloofd zijn, beperkt de Codecommissie zich tot vorenstaand oordeel en onthoudt de Codecommissie zich van een verder oordeel daaromtrent. Beantwoording van deze vraag is in de onderhavige procedure niet noodzakelijk, nu deze telefonische contacten voor wat betreft het verleden, zoals volgt uit bovenstaand oordeel, ongeoorloofd moeten worden geacht en voor wat betreft de toekomst onder de gegeven omstandigheden evenzeer ongeoorloofd moeten worden geacht.

6.14 Ten overvloede merkt de Codecommissie op dat een antwoord op de in paragraaf 6.13 bedoelde vraag in het algemeen ook niet te geven valt, omdat dit afhankelijk is van het geheel van concrete omstandigheden die met dergelijke contacten samenhangen. Wel kan opgemerkt worden dat de Codecommissie zeer terughoudend is om dergelijke contacten geoorloofd te achten en dat de Codecommissie deze in elk geval niet geoorloofd zal achten indien de betrokken vergunninghouder niet aantoont dat er voldoende waarborgen zijn geschapen om te vermijden dat de bepalingen van de Gedragscode worden overtreden. Verwezen wordt in dit verband naar onder meer de

uitspraak van de Codecommissie van 6 januari 2000 (K99008) en het Advies van de Codecommissie van 3 februari 2003 (A03.008). Daarbij is overigens zeer de vraag of de hiervoor bedoelde waarborgen wel kunnen worden geschapen wanneer de betreffende contacten rechtstreeks door of namens de vergunninghouder worden onderhouden.

7. De kosten van de procedure

Nu Roche in het ongelijk wordt gesteld, ziet de Codecommissie daarin aanleiding te bepalen dat Roche de kosten van deze procedure zal dienen te dragen.

8. De beslissing van de Codecommissie in kort geding:

De Codecommissie (Kamer I):

- o verklaart de klacht van Abbott gegrond in zoverre zulks hierboven is overwogen en beslist;
- o beveelt Roche om met onmiddellijke ingang de hierboven bedoelde kortingsactie en bijbehorende uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, óók ten aanzien van de personen die vóór 30 juli 2003 reeds voor het TOP waren aangemeld;
- o beveelt Roche op de hierboven aangegeven gronden het TOP en de daarmee samenhangende uitingen, waaronder in het bijzonder het verzenden van de aanmeldingskaarten en de in het kader van het TOP te onderhouden telefonische contacten, te staken en gestaakt te houden;
- o beveelt Roche om de mailing van augustus 2003 te rectificeren door uiterlijk binnen 7 dagen na verzending van deze uitspraak een brief te zenden aan alle beroepsbeoefenaren aan wie de brief van medio augustus 2003 is verzonden, met letterlijk - derhalve zonder toevoeging in woord of beeld of enigerlei begeleidend commentaar - de volgende inhoud:

" Geachte...

Naar aanleiding van de uitspraken K03.011 dd. 2 juli 2003 en K03.019 dd. 7 januari 2004 van de Codecommissie Geneesmiddelenreclame berichten wij u als volgt.

De Codecommissie CGR acht het Telefonisch Ondersteuning Programma (TOP) en de kortingsactie voor Xenical in strijd met de Gedragscode Geneesmiddelenreclame en de Code Publieksreclame.

In augustus hebben wij een mailing verstuurd terzake Xenical®. Daarin hebben wij gewezen op het feit dat de kortingsactie voor Xenical®-gebruikers, die na 30 juli 2003 voor het TOP zouden aanmelden, beëindigd moest worden op last van de Codecommissie CGR. Wij hebben toen gesteld dat de kortingsactie wel door zou lopen voor patiënten die zich hebben

aangemeld vóór 30 juli 2003. We hebben u toen tevens nieuwe deelnamekaarten voor ons TOP programma toegestuurd.

De Codecommissie CGR heeft ons bevolen volledig met de kortingsactie te stoppen, dus ook ten aanzien van patiënten die zich vóór 30 juli 2003 hebben aangemeld.

Wij verzoeken u dringend alle deelnamekaarten voor het TOP te vernietigen. Wij hebben het TOP en de kortingsactie met onmiddellijke ingang gestaakt.

Hoogachtend,

Roche Nederland B.V ";

- o beveelt Roche om, uiterlijk binnen 7 dagen na verzending van deze uitspraak, een brief te zenden aan alle gebruikers van Xenical®, die zich hebben aangemeld voor het TOP en/of de kortingsactie, een rectificatie-brief te sturen met letterlijk - derhalve zonder toevoeging in woord of beeld of enigerlei begeleidend commentaar - de volgende inhoud:

" Geachte...

Naar aanleiding van uw aanmelding voor het Telefonisch Ondersteunings Programma (TOP) en de daarbij behorende kortingsactie, berichten wij u als volgt.

De Codecommissie CGR heeft bij uitspraak van 7 januari 2004 bepaald dat het Telefonisch Ondersteuning Programma (TOP) en de kortingsactie in strijd met de regelgeving op het gebied van geneesmiddelenreclame moet worden geacht. Dit is dan ook de reden dat het TOP en de kortingsactie per heden zijn stopgezet.

Hoogachtend,

Roche Nederland B.V ";

- o Verklaart deze uitspraak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- o Wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen te Gouda op 14 januari 2004 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, secretaris.

J.A.J. van den Boom,
secretaris

mr M.V. van der Storm,
voorzitter