

Beslissing 7 juli 2009

B09.007/09.02/01

**BESLISSING VAN DE COMMISSIE VAN BEROEP VAN DE STICHTING CODE
GENEESMIDDELENRECLAME IN KORT GEDING**

In de zaak van:

MERCK B.V. h.o.d.n. “MERCK SERONO”
gevestigd te Schiphol Rijk,
verzoekster,
hierna ook te noemen “Merck”,
advocaat: mr A.E. Heezius,

tegen:

SANOFI-AVENTIS NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Gouda,
verweerster,
hierna ook te noemen “Sanofi”,
advocaat: mr L. Oosting.

1. HET GEDING

1.1 Bij brief van 24 juni 2009 heeft Merck verzocht de uitvoerbaar bij voorraad verklaring van de beslissing van de Codecommissie van de Stichting CGR in kort geding van 22 juni 2009 (zaak K09.007) op te schorten totdat de Commissie van Beroep in deze zaak in hoger beroep uitspraak zal hebben gedaan, in elk geval ten aanzien van de geboden en verboden die MySupport betreffen.

1.2 Sanofi heeft bij brief van 29 juni 2009 verzocht het verzoek van Merck af te wijzen.

1.3 Bij beroepschrift van 6 juli 2009 is Merck in beroep gekomen van de in 1.1. genoemde beslissing van de Codecommissie.

2. DE GRONDEN VAN HET VERZOEK

2.1 Merck stelt dat de Codecommissie een (groot) aantal kennelijke juridische en feitelijke misslagen heeft begaan en dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de toegewezen vorderingen uitvoert zonder eerst de uitspraak in hoger beroep af te wachten.

Het gaat volgens haar met name om de volgende misslagen:

- de Codecommissie is geheel voorbijgegaan aan het door haar (Merck) gestelde gebrek aan belang omdat alle uitingen - behalve één - al (lang) gestaakt waren,
- de Codecommissie heeft zonder enige motivering een verbod opgelegd voor al die uitingen waarvan zij (Merck) al schriftelijk verklaard had dat deze al gestaakt waren,
- de Codecommissie is geheel en zonder motivering voorbijgegaan aan een advies van de Codecommissie van MySupport (A09.033),
- de Codecommissie is geheel voorbijgegaan aan stellingen en bewijs van haar (Merck) ten aanzien van de inhoud van het programma MySupport,
- de Codecommissie heeft een rectificatiebevel opgelegd van een ongekennde omvang zonder te motiveren dat daarbij een belang bestaat; niet een keer oordeelt de Codecommissie dat sprake is van misleiding,
- de Codecommissie is geheel voorbijgegaan aan haar stelling dat de EMEA in Giovannoni “48 weken resultaten” de effectiviteit en veiligheid bevestigd had gezien.

2.2 Sanofi voert het volgende aan.

De Codecommissie heeft terecht overwogen:

- dat zij (Sanofi) belang heeft bij de gevraagde maatregelen, nu Merck in het verleden niet afdoende aan haar bezwaren tegemoet is gekomen en wel gedane toezeggingen keer op keer niet gestand heeft gedaan;
- dat Merck medeverantwoordelijk is voor de inhoud van de website www.mysupport.nl en de reclame-uitingen van het My Support Programma, waaronder de well-being evenementen; dat de wederom aangevoerde argumenten uitvoerig zijn besproken bij de Codecommissie en dat de beoordeling van de Codecommissie heeft plaatsgevonden op basis van een gedegen afweging van door beide partijen aangevoerde argumenten;
- dat Merck al eerder door de Codecommissie was veroordeeld ter zake van het gebruik van misleidende effectiviteitsclaims op basis van de voorlopige “48 weken resultaten” in een door Bayer B.V. aanhangig gemaakte procedure (uitspraak K08.006);
- dat de Giovannoni “48 weken resultaten” voorlopige resultaten zijn van een 96 weken durende studie waarin niet de effectiviteit en veiligheid van Rebif® is onderzocht, zoals Merck ten onrechte suggereert.

3. DE BEOORDELING VAN HET VERZOEK

3.1 Op grond van artikel 46 van het Reglement van de Codecommissie en Commissie van Beroep van de Stichting CGR wordt gedurende de beroepstermijn en na afloop daarvan, indien het beroep binnen de beroepstermijn is ingesteld, de betrokken beslissing van de

Codecommissie niet ten uitvoer gelegd, totdat de Commissie van Beroep op het beroep onherroepelijk heeft beslist, tenzij bij een dergelijke beslissing uitdrukkelijk is bepaald dat deze uitvoerbaar bij voorraad is. Indien hoger beroep is ingesteld van een beslissing van de Codecommissie in kort geding die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, kan de uitvoerbaarheid bij voorraad slechts worden opgeschort indien de Commissie van Beroep op verzoek van degene tegen wie de klacht is gericht daartoe uitdrukkelijk besluit.

3.2 De Commissie van Beroep stelt voorop dat voor opschorting van de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beslissing van de Codecommissie slechts plaats is indien de executant (Sanofi), mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde (Merck) die door de tenuitvoerlegging worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. Hiervan kan met name sprake zijn indien de te executeren beslissing klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien na de beslissing voorgevallen of aan het licht gekomen feiten meebrengen dat de tenuitvoerlegging van de beslissing klaarblijkelijk een noodtoestand zou doen ontstaan voor degene te wiens laste de uitspraak wordt ten uitvoer gelegd.

3.3 De Commissie van Beroep overweegt het volgende. Merck heeft een beroep gedaan op door haar gedane toezeggingen. Daartegenover heeft Sanofi aangevoerd dat Merck in het verleden niet afdoende aan haar bezwaren is tegemoetgekomen en gedane toezeggingen keer op keer niet gestand heeft gedaan. Nu de stelling van Merck in deze procedure niet is geconcretiseerd en evenmin met stukken is onderbouwd, gaat de Commissie van Beroep er vanuit dat de toezeggingen niet voldoende waren. Derhalve geldt in deze procedure dat Sanofi voldoende belang had en heeft bij de gevraagde en toegewezen maatregelen. Bovendien heeft Merck niet gesteld dat zij het gebruik van alle litigieuze uitingen heeft gestaakt.

3.4 Wat de bezwaren tegen de website www.my-support.nl en/of het My Supportprogramma betreft bestond tussen partijen verschil van mening omtrent de vraag of uitsluitend ApotheekZorg dan wel naast Apotheekzorg mede Merck daarvoor verantwoordelijk was. Op grond van de stukken (producties 5A en 5B) is de Codecommissie tot het oordeel gekomen dat dit laatste het geval was. Nu er kennelijk redelijke argumenten over en weer zijn aangevoerd en deze zijn gewogen door de Codecommissie kan niet worden gezegd dat sprake is van een klaarblijkelijke misslag. Dit laatste geldt ook ten aanzien van hetgeen de Codecommissie heeft overwogen ten aanzien de website www.rebif.nl.

3.5 Met betrekking tot de onderbouwing van de litigieuze effectiviteitsclaims heeft de Codecommissie verwezen naar haar uitspraak van 28 mei 2008 (K08.006) waarin is geoordeeld dat de opzet van de studie van Giovannoni et.al. niet aan de Guideline on Clinical Investigation of Medical Products For The Treatment Of Multiple Sclerose van de EMEA voldoet vanwege de korte duur van het onderzoek, zodat voorzichtigheid moet worden betracht ten aanzien van het gebruik van deze voorlopige studieresultaten. Blijkens de genoemde beslissing K08.006 wordt in deze richtlijnen aangegeven dat de duur van een studie naar de effecten op het terugvallen bij het gebruik van een geneesmiddel voor de behandeling van MS-patiënten twee jaar moet zijn. De Codecommissie heeft voorts overwogen dat de claims omtrent effectiviteit en

veiligheid van de gewijzigde Rebif® formulering door deze studie niet of onvoldoende worden onderbouwd en dat de studie van Giovannoni niet is aan te merken als een rechtstreeks vergelijkende studie waarin (de injectieplaatsreacties bij injectie met) Rebif New Formulation® wordt/worden vergeleken met (de injectieplaatsreacties bij injectie met) Rebif® oude formulering.

Gelet hierop kan naar het oordeel van de Commissie van Beroep de door Merck gestelde en door Sanofi betwiste omstandigheid dat de EMEA in de voorlopige 48 weken studieresultaten de effectiviteit en veiligheid bevestigd zou zien, niet leiden tot het oordeel dat de beslissing van de Codecommissie op dit punt klaarblijkelijk onjuist is.

3.6 Merck heeft niet gesteld dat na de beslissing van de Codecommissie feiten zijn voorgevallen of aan het licht gekomen die meebrengen dat de tenuitvoerlegging van de beslissing klaarblijkelijk voor haar een noodtoestand zal doen ontstaan. Ook hetgeen door Merck voor het overige is gesteld kan niet tot het oordeel leiden dat er sprake is van een juridische of feitelijke misslag of overigens van misbruik.

4. Het vorenstaande leidt tot na te melden beslissing. Merck zal als de in het ongelijk gestelde partij met overeenkomstige toepassing van artikel 45, aanhef en onder a. onderscheidenlijk de artikelen 28.1 juncto artikel 54 van voormeld Reglement worden veroordeeld in de procedurekosten.

4. BESLISSING

De Commissie van Beroep:

- wijst het verzoek af;
- veroordeelt Merck in de kosten van het verzoek en veroordeelt Merck mitsdien tot betaling van een bedrag van €3100,- (exclusief BTW) voor het indienen van het verzoek en een bedrag van €3.000,- (exclusief BTW) aan procedurekosten.

Deze beslissing is gegeven op 7 juli 2009 door mr J.C. Fasseur-van Santen, voorzitter, mr E.J. van Sandick en mr E.A. Maan, leden, in aanwezigheid van S. van Rutten, griffier.