

K09.004

Samenvatting

De klacht van Merck is gericht tegen het aanbieden van de Menopur® patiëntentas van Ferring. Merck is van mening dat door het aanbieden van deze patiëntentas met en zonder de lichaamsverzorgende producten van Rituals sprake is van verboden gunstbetoon, herhaalde publieksreclame en niet naleving van de uitspraak KK08.001.

De Codecommissie is van mening dat ten aanzien van de Travel Rituals die in de patiëntentas zitten/zaten, sprake is van reclame en wel in de vorm van geschenken. Van het aanbieden hiervan gaat onmiskenbaar een aanprijzende werking uit, zowel in de richting van de voorschrijvende arts als naar de eindgebruikster. In het eerste geval wordt naar het oordeel van de Codecommissie gehandeld in strijd met de regel dat deze vorm van reclame het rationele gebruik niet bevordert (art. 4.3 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame) en in het tweede geval is sprake van verboden publieksreclame voor een UR-geneesmiddel. Ook het aanbieden van de tas zelf, zonder cosmetische producten, is naar het oordeel van de Codecommissie een vorm van reclame waarvoor hetzelfde geldt. De Codecommissie is van oordeel dat deze niet anders dan als cadeautje voor de patiënte kan worden aangemerkt. Dit onderdeel van de klacht van Merck is gegrond.

Het laatste onderdeel van de klacht van Merck houdt in dat Ferring in strijd met de uitspraak van de Codecommissie KOAG KAG d.d. 4 juli 2008 (met nummer KK08.001) heeft gehandeld. Voornoemde uitspraak handelt over een klacht van Merck tegen Ferring gericht tegen een artikel van Ferring, getiteld "*Ferring. Niet meer dan menselijk!*" in het Freya Magazine (2007-5, december 2007). In dit artikel stond onder andere de tekst "*Om u extra te ondersteunen tijdens uw behandeling biedt Ferring daarom kosteloos de Menopur® patiëntentas aan*". De Codecommissie is van oordeel dat de onderhavige overtreding van de Code Publieksreclame niet wordt bestreken door de motivering van de uitspraak KK08.001. Het aanbieden van de patiëntentas is weliswaar in het Freya artikel genoemd en dat artikel is ook in de uitspraak geciteerd met inbegrip van de zinsnede over de patiëntentas, maar laatstbedoelde zinsnede is niet met zoveel woorden in het toenmalige oordeel van de Codecommissie betrokken. Dit onderdeel van de klacht van Merck is dan ook ongegrond.

27 maart 2009

De Codecommissie (Kamer I) heeft het navolgende overwogen en beslist naar aanleiding van de klacht in kort geding (CGR nummer: K09.004) op de voet van artikel 30 van het Reglement van de Codecommissie en de Commissie van Beroep van de Stichting CGR (hierna: het Reglement) van:

MERCK B.V.

gevestigd te Schiphol-Rijk,

verder te noemen: Merck

tegen:

FERRING B.V.

gevestigd te Hoofddorp,
verder te noemen: Ferring

inzake verspreiding van een Menopur® tas met inhoud voor patiënten;

1. Het verloop van het kort geding

1.1 De Codecommissie CGR heeft kennisgenomen van:

- het klaagschrift van mr. ir. A.E. Heezius, advocaat te Amsterdam, namens Merck van 19 februari 2009;
- brief van mr. ir. A.E. Heezius, namens Merck aan Codecommissie CGR van 19 februari 2009;
- het verweerschrift van mr. M.E. Wallheimer, advocaat te Amsterdam, namens Ferring van 3 maart 2009;
- de pleitnota's van beide partijen.

De inhoud van voornoemde documenten geldt als hier ingelast.

1.2 De Codecommissie CGR heeft de klacht in kort geding behandeld ter zitting van 9 maart 2009 te Gouda. Ter zitting waren namens Merck aanwezig mevrouw S. Kirstalijn (Medical Liaison Officer) en de heer A. van Maaren (Pharmaceutical Affairs Manager), bijgestaan door mr. Heezius voornoemd. Namens Ferring waren aanwezig de heren drs. W. Overeem (Business Unit Manager Gynaecologie), dr. S.A. Schoonderwoerd (Marketing Manager Gynaecologie) en H.M.D. Veerman (Hoofd Medische Afdeling), bijgestaan door mr. Wallheimer voornoemd.

2. De vaststaande feiten

2.1 Voor de beslissing in deze zaak kan van de volgende - tussen partijen niet omstreden - feiten worden uitgegaan.

Zowel Merck als Ferring zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen die (onder andere) gebruikt worden voor de behandeling van stoornissen van de fertiliteit. Ferring is houdster van de handelsvergunningen van onder andere Menopur® (werkzame stof: menotrofine). Menopur® is een UR-geneesmiddel.

2.2. Ferring heeft meermalen een Menopur® patiëntentas – toiletas – aangeboden aan voorschrijvende artsen met de bedoeling dat dezen de tas zouden doorgeven aan hun patiënten. De inhoud van deze patiëntentas bestond uit:

- twee boekjes van Ferring met de titels “Het gebruik van Menopur®” en “Een verwachtingsvolle tijd”;
- een kaartje met verwijzing naar de website www.ferringfemale.com;
- een naaldendispenser;
- ampulbrekers;
- alcoholdoekjes;
- een verpakking van drie flesjes Rituals® lichaamsverzorgende producten (‘Travel Rituals’).

2.3 De Codecommissie KOAG KAG heeft op 4 juli 2008 uitspraak gedaan inzake een klacht van Serono Benelux B.V. tegen Ferring B.V. Daarbij is de klacht tegen Ferring voor een deel gegrond verklaard. Tegen deze uitspraak heeft geen van partijen hoger beroep ingesteld. Deze uitspraak is geregistreerd onder nummer KK08.001.

3. De klacht van Merck

3.1 Merck richt haar klacht tegen het gebruik van de Menopur® patiëntentas van Ferring voor haar geneesmiddel Menopur® en stelt dat dit gebruik in strijd is met de Gedragscode Geneesmiddelenreclame.

3.2 Merck gaat ervan uit dat de patiëntentas door Ferring aan het publiek wordt aangeboden en dat de tas niet wordt aangeboden om geneesmiddelen en toebehoren in op te bergen. De drie Travel Rituals® (lichaamsverzorgende producten) hebben een winkelwaarde van 12,90 Euro en de waarde van de tas wordt door Merck geschat op 25 Euro. De tas is op 28 januari 2009 in het bezit van Merck gesteld door een verpleegkundige werkzaam in een ziekenhuis in Nederland.

3.3 Het uitreiken van de Menopur® tas aan patiënten is volgens Merck ongeoorloofd, omdat a) dit een vorm van ongeoorloofd gunstbetoon betreft, omdat b) Ferring zo opnieuw haar receptgeneesmiddel Menopur® aan het publiek aanprijst en omdat c) Ferring bij uitspraak van 4 juli 2008 is verboden publieksreclame te maken voor Menopur® en Ferring de uitspraak KK08.001 derhalve niet naleeft.

3.4 Het aanbieden van de Menopur® patiëntentas is op zichzelf, maar in elk geval in combinatie met de lichaamsverzorgende producten ontoelaatbaar gunstbetoon. De totale waarde van het geschenk bedraagt naar schatting 37,90 Euro. Het aanbieden van voornoemde tas, zeker in combinatie met de lichaamsverzorgende producten, is in strijd met artikel 94 van de Geneesmiddelenwet en artikel 4.3 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame.

3.5 Door Menopur® aan patiënten in deze verpakking aan te bieden (met extra geschenken)

is sprake van aanprijzing van het receptgeneesmiddel Menopur® aan het publiek, althans, indien dit via de arts verloopt, van het doen aanprijzen en daarmee van verboden publieksreclame. Dit is in strijd met artikel 85 van de Geneesmiddelenwet en artikel 3 van de Code Publieksreclame Geneesmiddelen en artikel 10 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame.

3.6 Merck stelt zich voorts op het standpunt dat Ferring in strijd met het verbod zoals neergelegd in de uitspraak van de Codecommissie KOAG/KAG met nummer KK08.001 heeft gehandeld.

4. Het verzoek van Merck

4.1 Merck verzoekt de Codecommissie bij beslissing in kort geding:

1. Ferring te berispen, met name ten aanzien van het maken van publieksreclame voor receptgeneesmiddelen;
2. Ferring te bevelen, met onmiddellijke ingang het (doen) aanbieden aan het publiek van een Menopur® patiëntentas, althans een tas met daarin één of meerdere geschenken zoals lichaamsverzorgende producten, en het zich (doen) bedienen van vergelijkbaar gunstbetoon, te staken en gestaakt te houden;
3. Ferring te bevelen, met onmiddellijke ingang het (doen) aanprijzen van Menopur® aan het publiek, door bij het geneesmiddel een Menopur® patiëntentas aan te bieden, althans een tas met daarin één of meerdere geschenken zoals lichaamsverzorgende producten, en het op vergelijkbare wijze (doen) aanprijzen van receptgeneesmiddelen aan het publiek, te staken en gestaakt te houden;
4. Ferring te gebieden om de nog in voorraad gehouden exemplaren van de Menopur® patiëntentas met geschenken binnen zeven dagen na deze uitspraak te (doen) vernietigen, onder verzending van bewijs daarvan aan de advocaat van Merck;
5. Voor zover CGR van oordeel is dat er sprake is van niet-naleving van KK08.001, dat CGR (althans KOAG KAG) als separaat item op haar website publiceert dat Ferring uitspraak KK08.001 niet heeft nageleefd;
6. Ferring te gebieden om binnen zeven dagen na de uitspraak van de Codecommissie het gunstbetoon alsmede het niet naleven van de uitspraak KK08.001 te rectificeren, door middel van het sturen van een brief aan alle gynaecologen in Nederland, en het gedurende 30 dagen plaatsen van een opvallend zichtbare banner op de website www.ferring.nl, met uitsluitend de door Merck voorgestelde tekst, althans met een door de Codecommissie vast te stellen tekst, een en ander op het normale briefpapier van Ferring en wel zonder enig begeleidend commentaar of verdere mededelingen in beeld of geschrift en ook zonder toevoeging van enig ander materiaal; met afschrift van de geplaatste rectificatie en van alle brieven aan beroepsbeoefenaren aan de advocaat van Merck;
7. Ferring te gebieden binnen zeven dagen na de uitspraak van de Codecommissie de advocaat van Merck een lijst over te leggen met de namen en adressen van de beroepsbeoefenaren aan wie de rectificatiebrief is verzonden met afschriften van de

hiervoor bedoelde rectificatiebrief;

8. Ferring te veroordelen in de proceskosten van deze procedure;
9. te bepalen dat de beslissing uitvoerbaar bij voorraad is.

5. Het verweer van Ferring

5.1 Ferring stelt dat in geval van behandeling met Menopur® in de meeste gevallen gedurende twaalf dagen ook Decapeptyl® gebruikt moet worden. Dit middel – eveneens een product van Ferring - dient gekoeld bewaard te worden. Het is dus noodzakelijk dat de patiënt het middel wanneer zij het moet vervoeren, gekoeld kan meenemen. De patiëntentas biedt ruimte voor een koelelement. Bij het bereiden van Menopur® heeft een patiënt hulpmiddelen nodig, en na het injecteren dient de patiënt de naalden veilig te kunnen weggooiden. Ferring biedt beroepsbeoefenaren patiëntentasjes aan die zij ter beschikking kunnen stellen aan hun patiënten. Na het voorschrijven van Menopur® kan de arts aan de patiënt een toilettasje geven waarin een deel van de voor de behandeling noodzakelijke hulpmiddelen zijn verpakt en waarin voldoende ruimte is voor de overige noodzakelijke hulpmiddelen, namelijk een naaldendispenser, ampulbrekers, alcoholdoekjes en (verwijzing naar) instructiemateriaal voor Menopur® en verwijzing naar websites met informatie over het ziektebeeld en de behandeling. De stelling van Merck dat de tas aantoonbaar niet aangeboden wordt om geneesmiddelen en toebehoren in op te bergen is volgens Ferring onjuist.

5.2 Ferring stelt de patiëntentas al meer dan vijf jaar op deze wijze aan de voorschrijvers ter beschikking. De recente toevoeging van het Rituals setje, bestaande uit drie flacons met lichaamsverzorgende producten, met een winkelwaarde van in totaal 10,90 Euro, was een attentie van Ferring om de beroepsbeoefenaren in de gelegenheid te stellen patiënten een sympathieke vorm van morele ondersteuning te bieden. Het was een tijdelijk gebaar. Deze producten zijn inmiddels uit de toilettas verwijderd en zullen daaraan ook niet opnieuw worden toegevoegd. Ferring betwist dat er sprake is van een luxe toilettas. Het tasje heeft een waarde van 7,75 Euro.

5.3 Ferring betwist dat zij de patiëntentas aanbiedt aan het publiek. Zij biedt de patiëntentas aan aan behandelend artsen. De arts of verpleegkundige kan vervolgens de tas aan de patiënt meegeven wanneer deze Menopur® krijgt voorgeschreven.

5.4 Het uitreiken van de patiëntentas is niet aan te merken als gunstbetoon. De lichaamsverzorgende producten met een winkelwaarde van 10,90 Euro zaten slechts tijdelijk in de patiëntentas. Deze tas wordt inmiddels geleverd zonder dit aardigheidje en de producten worden in de toekomst niet meer aan de tas toegevoegd. Het aanbieden van de patiëntentas zoals hierboven omschreven, met daarin de noodzakelijke toebehoren voor de therapie is niet aan te merken als gunstbetoon.

5.5 Ferring betwist dat het aanbieden van de patiëntentas in samenhang met Menopur® het product in een positief daglicht plaatst en dat daardoor sprake is van reclame. De wijze van verpakken van de hulpmiddelen mits praktisch, toegesneden op de geneesmiddelen waarvoor

zij bestemd zijn, kan gelet op de geringe waarde niet worden aangemerkt als reclame. De patiëntentas wordt bovendien pas na het voorschrijven door de arts ter beschikking gesteld aan de patiënt.

5.6 Ferring stelt dat zij de uitspraak KK08.001 zorgvuldig heeft nageleefd.

5.7 De klacht van Merck dient volgens Ferring op grond van het bovenstaande ongegrond te worden verklaard en de gevraagde voorzieningen afgewezen te worden.

6. De overwegingen van de Codecommissie CGR in kort geding

6.1 Merck heeft de voorzitter van Kamer I van de Codecommissie verzocht ten behoeve van een gelijktijdige behandeling in kort geding op 9 maart 2009 met de klacht van Ferring tegen Merck (geregistreerd onder nummer K09.002) om op grond van artikel 6.4 van het Reglement van haar normale taakverdeling af te wijken. Ferring heeft tegen dit verzoek geen bezwaar gemaakt. Uit oogpunt van efficiency acht de voorzitter voldoende redenen aanwezig om af te wijken van de in de artikelen 6.2 en 6.3 van het Reglement gegeven bevoegdheidsverdeling.

6.2 De spoedeisendheid ten aanzien van de klacht van Merck wordt door Ferring niet bestreden. De Codecommissie heeft gezien de aard van de zaak ook geen reden om niet van een spoedeisend belang bij de gevraagde maatregelen in deze uit te gaan.

6.3 De klacht van Merck is gericht tegen het aanbieden van de Menopur® patiëntentas van Ferring, zoals omschreven in punt 2.2. Merck beschouwt het aanbieden van de patiëntentas via voorschrijvende beroepsbeoefenaren als reclame en neemt het standpunt in dat deze niet voldoet aan de eisen die de Gedragscode Geneesmiddelenreclame daaraan stelt. Merck is – kort gezegd – van mening dat door het aanbieden van deze patiëntentas met en zonder de lichaamsverzorgende producten van Rituals sprake is van verboden gunstbetoon, herhaalde publieksreclame en niet naleving van de uitspraak KK08.001.

6.4 Ferring heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Ter zitting heeft Ferring uitdrukkelijk toegezegd dat het setje lichaamsverzorgende producten van Rituals niet langer in de patiëntentas wordt opgenomen en dat geen (andere) attentie in de plaats daarvan aan de patiëntentas zal worden toegevoegd. Ferring stelt zich op het standpunt dat het aanbieden van de patiëntentas zonder de lichaamsverzorgende producten toelaatbaar is. Een dergelijke patiëntentas is volgens Ferring een functioneel, de therapie ondersteunend artikel van geringe financiële doch veel praktische waarde.

6.5 De Codecommissie zal hieronder uit praktische overwegingen eerst het tweede onderdeel van de klacht van Merck behandelen, daarbij ingaande op de inhoud van de tas en vervolgens op het aanbieden van de tas zelf.

De inhoud van de patiëntentas is/was driedelig. Voor een deel wordt de inhoud gevormd door voorwerpen welke ten dienste staan van het geneesmiddelgebruik, te weten de

naaldendispenser, de ampulbrekers en alcoholdoekjes. Nu gebleken is dat deze voorwerpen hulpmiddelen zijn die direct verband houden met het gebruik van Menopur®, is het verstrekken van deze voorwerpen aan patiënten op zichzelf niet als reclame aan te merken.

De tas bevat tevens enkele drukwerkjes van Ferring ten behoeve van het publiek, waarop onder meer de merknaam Menopur® voorkomt. Patiënten worden daarin verwezen naar een website van Ferring onder de naam ferringfemale.com. Ofschoon het drukwerk van een visueel aantrekkelijke vorm, illustraties en kleuren is voorzien, meent de Codecommissie hieraan toch niet de kwalificatie reclame te moeten toekennen. Het drukwerk heeft kennelijk voornamelijk de functie van een bijsluiter voor de gebruikster, die desgewenst op de genoemde website meer informatie over de behandeling kan verkrijgen.

Ten aanzien van de Travel Rituals meent de Codecommissie echter dat hier sprake is van reclame, zulks in de vorm van geschenken. Partijen verschillen van mening over de waarde van deze producten (€12,90 dan wel €10,90), maar wat hier ook van zij, van het aanbieden ervan gaat onmiskenbaar een aanprijzende werking uit, zowel in de richting van de voorschrijvende arts – die daardoor wellicht wordt bewogen juist dit product van Ferring voor te schrijven en aldus het geschenk aan zijn patiënt ten goede te laten komen – als naar de eindgebruikster, wier geneesmiddelgebruik wordt beloond met enkele gratis voor haar bestemde cosmetische producten. In het eerste geval wordt gehandeld in strijd met de regel dat deze vorm van reclame het rationele gebruik niet bevordert (art. 4.3 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame), in het tweede geval is sprake van verboden publieksreclame voor een UR-geneesmiddel.

Tenslotte meent de Codecommissie dat ook het aanbieden van de tas zelf, zonder cosmetische producten, een vorm van reclame is waarvoor hetzelfde geldt als in de voorgaande alinea overwogen. Ook hier zijn partijen het niet eens over de waarde van de tas (€25,- dan wel € 7,75). Wat er zij van de werkelijke winkelwaarde, de commissie heeft de tas ter zitting gezien en is van oordeel dat deze niet anders dan als cadeautje voor de patiënte kan worden aangemerkt. Dit cadeautje is niet functioneel, zoals Ferring heeft betoogd. Voor het opbergen van de hulpmiddelen (van klein volume) is deze tas niet nodig en kan met bijvoorbeeld een eenvoudig kartonnen doosje worden volstaan, indien de vergunninghouder deze voorwerpen al zelf zou willen meeleveren. Voor het koelen van het product heeft de tas evenmin een functie. Daarvoor zijn geen aanwijzingen voor de gebruikster bijgevoegd en een koelelement ontbreekt, zodat de gebruikster meestal ook niet op de gedachte zal komen de tas voor dit doel te gebruiken.

Het aanbieden van de Menopur® patiëntentas via voorschrijvende beroepsbeoefenaren, met of zonder inhoud, is naar het oordeel van de Codecommissie op grond van het bovenstaande aan te merken als publieksreclame in de zin van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen (CPG). Deze vorm van publieksreclame is verboden op grond van het bepaalde in artikel 3 CPG welke daardoor een inbreuk vormt op het bepaalde in artikel 10 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. Dit onderdeel van de klacht is gegrond. Gelet op het vorengaande behoeft het eerste onderdeel van de klacht van Merck derhalve geen verdere behandeling.

6.6 Het derde onderdeel van de klacht van Merck houdt in dat Ferring in strijd met de uitspraak van de Codecommissie KOAG KAG d.d. 4 juli 2008 (met nummer KK08.001) heeft gehandeld. Voornoemde uitspraak handelt over een klacht van Merck tegen Ferring gericht tegen een artikel van Ferring, getiteld “*Ferring. Niet meer dan menselijk!*” in het Freya Magazine (2007-5, december 2007). In dit artikel stond onder andere de tekst “*Om u extra te ondersteunen tijdens uw behandeling biedt Ferring daarom kosteloos de Menopur® patiëntentas aan*”.

De Codecommissie heeft destijds op basis van de tekst van het artikel – waarvan voornoemde zin slechts een klein onderdeel was – geoordeeld dat het artikel aangemerkt moest worden als publieksreclame in de zin van artikel 1 onderdeel a en b CPG en als zodanig in strijd was met artikel 3 CPG juncto artikel 10 Gedragscode Geneesmiddelenreclame. De Codecommissie heeft Ferring bevolen ieder gebruik van voornoemde claim en vergelijkbare uitingen te (doen) staken.

In de motivering van bovengenoemd oordeel is vermeld – voor zover hier van belang – dat in het Freya artikel prominent en herhaaldelijk UR-geneesmiddelen waaronder Menopur® worden genoemd en dat de tekst van het artikel met daarin genoemde claims in zodanige bewoordingen is opgesteld dat deze (bewoordingen) als aanprijzing moesten worden beschouwd. Van een informatief karakter van het artikel was geen sprake, aldus de Codecommissie in haar uitspraak van 4 juli 2008.

De thans gewraakte overtreding van de Code Publieksreclame wordt niet bestreken door bovengenoemde motivering. Het aanbieden van de patiëntentas is weliswaar in het Freya artikel genoemd en dat artikel is ook in de uitspraak geciteerd met inbegrip van de zinsnede over de patiëntentas, maar laatstbedoelde zinsnede is niet met zoveel woorden in het toenmalige oordeel van de Codecommissie betrokken. Niet gezegd kan worden dat dit oordeel mede op deze – niet in de rechtsoverwegingen genoemde - zinsnede betrekking heeft. Dit onderdeel van de klacht is dan ook ongegrond.

6.7 Op grond van het bovenstaande moet de klacht van Merck voor een deel – te weten publieksreclame voor een UR geneesmiddel - gegrond worden verklaard. De Codecommissie zal Ferring bevelen het aanbieden van de patiëntentas zowel met als zonder inhoud te staken en gestaakt te houden. Voor de overige verzochte maatregelen acht de Codecommissie onvoldoende gronden aanwezig.

6.8 Aangezien Ferring op onderdelen in strijd met de Gedragscode Geneesmiddelenreclame heeft gehandeld, zal zij op de voet van artikel 28 lid 1 van het Reglement worden veroordeeld tot vergoeding van het griffiegeld en van de procedurekosten.

7. De beslissing van de Codecommissie in kort geding:

De Codecommissie (Kamer I) in kort geding:

- Verklaart de klacht van Merck gegrond ter zake van het maken van publieksreclame voor een UR-geneesmiddel, in zoverre zulks hierboven is overwogen en beslist;
- Beveelt Ferring met onmiddellijke ingang het (doen) aanbieden aan het publiek van de hierboven bedoelde Menopur® patiëntentas, althans van vergelijkbare tassen, zowel met als zonder inhoud, te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;
- Veroordeelt Ferring tot betaling van het griffiegeld, zijnde €1.250 en van de procedurekosten als bedoeld in artikel 28 lid 1 van het Reglement, welke kosten zijn vastgesteld op een bedrag van €6.600;
- Verklaart deze beslissing uitvoerbaar bij voorraad;
- Wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen te Gouda op 27 maart 2009 door mr. M. de Boer, voorzitter, mr. drs. J. Koggink, dr. L.E. Visser, leden, in aanwezigheid van mr. E.C. van Duuren, griffier, en ondertekend door de voorzitter en de griffier.