



Op 29 augustus 2008 is het volgende advies (A08.056) gegeven.

De feiten

1.1 In mei 2008 heeft de Codecommissie uitspraak gedaan in de zaak K08.0xx, betreffende een geschil tussen A B.V., hierna A en B B.V., hierna B, inzake reclame-uitingen voor het geneesmiddel X van B. Bij die uitspraak heeft de Codecommissie in kort geding, samengevat en voor zover voor dit advies van belang, geoordeeld:

- dat claim Z van B met betrekking tot het geneesmiddel X in strijd is met - onder meer – artikel 5.7 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame;
- dat de wijze van presentatie van claim Z misleidend is en dat niet is voldaan aan de eisen die door artikel 5.3 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame aan de uiting worden gesteld;
- dat de beoordeelde reclame-uitingen in strijd zijn met artikel 4.3 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, omdat zij het rationele voorschrijfgedrag van beroepsbeoefenaren niet bevorderen.

1.2 De Codecommissie acht in haar oordeel de overtreding van B van ernstige aard en is – voor zover voor dit advies van belang - tot de volgende beslissingen gekomen:

De Codecommissie (Kamer I) in kort geding:

- *verklaart de klacht van A gegrond in zoverre zulks hierboven is overwogen en beslist;*
- *Beveelt B ieder gebruik van de hierboven bedoelde claim en claims van gelijke strekking, in welke vorm dan ook, met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden;*
- *Beveelt B om binnen een week na heden gedurende vier weken onderstaand bericht te plaatsen op haar homepage:*

"Onlangs heeft B advertenties voor het geneesmiddel X geplaatst met daarin opgenomen de claim "Z". Daarbij werd verwezen naar een onderzoek uitgevoerd door Y. De tussentijdse resultaten genoemd in de studie van Y bieden echter geen grondslag voor de claim. De claim zoals opgenomen in de advertenties vindt ook geen steun in de IB1-tekst van dit middel.

In haar beslissing van mei 2008 (onder nummer K08.0xx) heeft de Codecommissie van de Stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR) beslist dat deze reclame in strijd is met de Gedragscode Geneesmiddelen Reclame. Zij heeft B daarbij verboden deze claim nog te gebruiken. Op de website van de CGR, www.cgr.nl kunt u de volledige uitspraak van de Codecommissie vinden."

Verder werd B bevolen een brief met inhoud van dezelfde strekking op haar briefpapier te zenden aan alle in Nederland werkzame neurologen.

De klacht van A

2.1 Na deze uitspraak is tussen A en B geschil ontstaan over de vraag of B (volledig) uitvoering heeft gegeven aan de beslissingen van de Codecommissie.

2.2 Blijkens de brief van haar raadsman van 9 juli 2008 aan het Bestuur stelt A zich op het standpunt dat B in strijd heeft gehandeld met de beslissingen van de Codecommissie. Zij voert de volgende grieven aan.

a. Na de uitspraak van 28 mei 2008 is in het wetenschappelijk gezaghebbende tijdschrift C (Dutch Edition), hierna C, op de binnenpagina van de omslag de gewraakte reclame-uiting voor X wederom openbaar gemaakt.

b. Eerst op maandag 23 juni 2008 heeft B op de homepage www.B.nl een hyperlink geplaatst naar een pdf-document met daarin opgenomen de door de Codecommissie ten behoeve van de brief aan de neurologen voorgeschreven rectificatietekst. Dezelfde hyperlink is ook opgenomen op de homepage www.mB.nl. Volgens A voldoet de rectificatie als opgenomen op deze beide websites niet aan het bevel van de Codecommissie. De rectificatie is niet geplaatst op de homepage van www.B.nl, maar op een andere pagina: http://www.B.nl/Brief_CGR_k08006.pdf. Daarnaast ontbreekt in de rectificatie de hyperlink naar de website www.cgr.nl, met de vermelding dat op die website de volledige uitspraak is terug te vinden, nu niet de rectificatietekst ten behoeve van de website, maar die voor de brief aan de neurologen op de website is geplaatst.

3. Het verweer van B zal voor zover van belang bij de beoordeling van de klacht van A worden besproken.



De beoordeling

4.1 B stelt zich allereerst op het standpunt dat A niet ontvankelijk is in haar klacht omdat zij zich in haar brief van 9 juli 2008 bedient van kwalijke, tegenover B onrechtmatige, beschuldigingen, die schadelijk zijn voor de reputatie van B ten overstaan van de Stichting, waarvan zij, B, afhankelijk is. In ieder geval wenst B dat het Bestuur de onrechtmatige en voor B schadelijke passages buiten beschouwing zal laten.

4.2 Het beroep op niet ontvankelijkheid van A vanwege door haar gebruikte terminologie dient te worden verworpen. De Codecommissie oordeelt op grond van feiten, getoetst aan de Gedragscode tegen de achtergrond van de statuten van de Stichting en is in staat zich tot een oordeel op grond van de relevante feiten te beperken. De tussen partijen over en weer na de uitspraak van mei 2008 gewisselde stekeligheden zullen en kunnen buiten beschouwing worden gelaten.

4.3 Volgens B heeft zij de beslissing van de Codecommissie volledig nageleefd.

4.4.1 Met betrekking tot de publicatie in C stelt B dat zij direct na die uitspraak aan de uitgever van C kenbaar heeft gemaakt dat tengevolge van de uitspraak van de Codecommissie de gewraakte advertentie niet meer mocht worden geplaatst, maar dat zij van de uitgever moest vernemen dat het in verband met de productietijd van C niet meer mogelijk was de plaatsing van de gewraakte advertentie te voorkomen. Volgens B is het een algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan een uitspraak in redelijkheid gevolg dient te worden gegeven en treft haar op dit punt geen verwijt.

4.4.2 Met B is de Codecommissie van oordeel dat het onmogelijke niet van haar kan worden verlangd en dat de uitspraak daartoe ook niet dwingt. Uit een door B in geding gebrachte brief van de uitgever van C blijkt dat B op of omstreeks de datum van de uitspraak van de Codecommissie de uitgever heeft verzocht de gewraakte advertentie niet meer te plaatsen en dat zij een andere advertentie voor plaatsing aan de uitgever beschikbaar heeft gesteld. Omdat ten tijde van de ontvangst van dit bericht C, editie Nederland, al gedrukt werd was aanpassing pas voor de juli-editie mogelijk.

Dit in aanmerking nemend kan niet worden gezegd dat B, die op dit punt direct na kennisneming van de uitspraak heeft getracht verdere publicatie van de gewraakte uiting te voorkomen, in strijd met de uitspraak heeft gehandeld. Het bevel aan B om ieder gebruik van de bedoelde claim en claims van gelijke strekking te staken ziet op handelen van B vanaf de datum van uitspraak, niet op handelen in het verleden.

4.5.1 Vaststaat dat B niet heeft voldaan aan het bevel van de Codecommissie van mei 2008 om binnen één week na de uitspraak van de Codecommissie het hiervoor onder 1.2 hiervoor aangehaald bericht op haar homepage te plaatsen. Zij heeft eerst op 23 juni 2008 enig gevolg aan dit bevel gegeven door het plaatsen van een hyperlink naar een pdf-document op de homepages van de websites www.B.nl en www.mB.nl. Dat pdf-document, dat op een andere pagina staat dan de homepage van die websites, is ook niet het bericht dat de Codecommissie aan B heeft voorgeschreven, maar betreft de tekst bestemd voor de brief aan de neurologen. Ook ontbreekt de verwijzing naar de website van de CGR met vermelding dat daarop kennis kan worden genomen van de volledige uitspraak van de Codecommissie.

4.5.2 Volgens B kan haar niet worden verweten dat zij het bevel niet, althans niet volledig, heeft opgevolgd, omdat zij zelf niet beschikt over een eigen website, zodat zij niet aan de uitspraak kan voldoen. De beide genoemde websites behoren toe aan MB International S.A., hierna MB. Op verzoek van B heeft MB zich bereid verklaard door het plaatsen van een hyperlink op haar websites er voor te zorgen dat de rectificatietekst op het internet te raadplegen is. Verder meent B, zo leest de Codecommissie haar verweer, dat A over de manier waarop zij, B, gevolg heeft gegeven aan het hier bedoelde bevel van de Codecommissie geen recht tot klagen meer toekomt. Immers, aldus B, tussen partijen is overleg gevoerd nadat zij op 6 juni 2008 aan de raadsman van A had meegedeeld dat B niet over een eigen website beschikte. In vervolg op dit overleg schreef de raadvrouw van B aan de raadsman van A op 19 juni 2008 een e-mail, luidende:

*“Na ons gesprek van vanmorgen heeft cliënte mij bevestigd dat zij de tekst van de rectificatie via de website van de holding op het internet toegankelijk zal maken. Zij zal, zonder enige erkenning van gehoudenheid, op de homepage van de holding een bericht doen plaatsen als volgt:
“Uitspraak CGR K08.0xx – rectificatie” als rechtstreekse link naar de rectificatietekst.*

Cliënte is van mening dat de homepage van de holding niet als “haar homepage” gezien kan worden; met het plaatsen van de volledige tekst direct op de homepage van de holding stemt de holding niet in.



Een en ander zal zo spoedig mogelijk maar uiterlijk a.s. maandag gereed zijn. Zonder tegenbericht ga ik ervan uit dat hiermee voldoende aan uw bezwaren is tegemoet gekomen."

Aangezien van (de raadsman van) A geen tegenbericht is ontvangen mocht B ervan uitgaan dat tussen haar en A overeenstemming is bereikt over de wijze van plaatsing van de rectificatie, aldus B.

4.5.3 Met haar opvatting dat A met haar overeenstemming heeft bereikt over de wijze van publicatie van het door de Codecommissie bevolen bericht en dat de klacht van A daarom terzijde moet worden gelegd, miskent B het karakter van haar gebondenheid aan de Gedragsregels en haar plicht tot uitvoering van de beslissingen van de Codecommissie.

B is gehouden én op grond van de Geneesmiddelenwet (art. 84 en volgende) én op grond van het feit dat zij zich, door participatie in een klachtenprocedure van de Stichting CGR heeft onderworpen aan het gezag van de Stichting CGR, de in de Gedragsregels in het kader van zelfregulering nader uitgewerkte wettelijke verplichtingen met betrekking tot reclame na te leven, ook indien over haar gedragingen niet wordt geklaagd. Het belang van de naleving van die Gedragsregels is immers niet alleen dat A bij de afzet van haar product nadeel kan ondervinden van met die Gedragsregels strijdig gedrag van B, maar is meer nog dat de maatschappij wordt beschermd tegen reclame die het rationele gebruik van een geneesmiddel niet bevordert wegens het ontbreken van een objectieve voorstelling van zaken (art. 84 lid 3 Geneesmiddelenwet). Ongeacht de vraag of haar wederpartij in een klachtprocedure tevreden is over de wijze waarop B gevolg geeft aan de beslissing(en) van de Codecommissie is het dan ook een eigen verantwoordelijkheid van B aan die uitspraken uitvoering te geven.

4.6.1 Zoals hiervoor is overwogen kan het onmogelijke niet van B worden gevergd. Indien zij geen eigen website heeft kan niet van haar worden verlangd dat zij het bevel tot plaatsing van het bericht op haar website opvolgt.

4.6.2 Echter, naar het oordeel van de Codecommissie heeft B bij de behandeling van de klacht die heeft geleid tot de uitspraak van mei 2008 zich noch jegens A, noch jegens de Commissie gedragen zoals van een deelnemer aan een stelsel van zelfregulering mag worden verwacht.

De betrouwbaarheid van een dergelijk stelsel en daarmee het vertrouwen van de overheid in het functioneren van dat stelsel, zodat die overheid er geen belang bij heeft ten koste van zelfregulering de regelgeving en handhaving geheel aan zich te trekken, staat en valt met de oprechtheid waarmee de deelnemers aan zelfregulering hun handelen door de eigen toezichthoudende organen laten toetsen.

4.6.3 A heeft in haar inleidend klaagschrift onder andere de Codecommissie verzocht :

"B te bevelen binnen een week na de uitspraak gedurende vier weken een door A nader geformuleerd bericht te plaatsen op haar homepage waarin wordt verwezen naar de uitspraak van de Codecommissie in het onderhavige geschil."

In het licht van dit verzoek van A had het op de weg van B gelegen om hetzij ter gelegenheid van de schriftelijke behandeling, hetzij uiterlijk ter gelegenheid van de mondelinge behandeling van de klacht van A, A en de Commissie er op te wijzen dat het verzoek zoals door A geformuleerd niet toewijsbaar zou zijn, omdat B niet over een eigen website beschikte.

De Codecommissie is van oordeel dat B, nu zij zich door participatie in een procedure bij de Stichting CGR aan het gezag van de Stichting CGR heeft onderworpen, naar analogie van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zich jegens A en jegens de Codecommissie dient te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid, zodat zij had dienen te voorkomen dat de Codecommissie, gezien het verzoek van A, tot een uitspraak zou kunnen komen die onuitvoerbaar zou blijken.

Indien al zou moeten worden aangenomen dat B tijdens de behandeling van de zaak zelf niet ermee bekend was dat zij niet beschikte over een eigen website, had het, zodra haar bleek dat de uitspraak door het ontbreken van een eigen website onuitvoerbaar was, op haar weg gelegen, hetzij samen met A, hetzij alleen, de Codecommissie te benaderen en haar te vragen om een nadere uitspraak en aan de Codecommissie daartoe de benodigde gegevens te verschaffen.

4.6.4. Het plaatsen van een hyperlink op twee websites van de holding naar een andere website voldoet niet aan de uitspraak van de Codecommissie, noch naar de letter, noch naar de geest, niet alleen omdat die website niet van B zelf is en omdat de hyperlink zelfs niet verwijst naar het bericht als opgedragen door de Codecommissie, maar vooral ook omdat door de enkele vermelding van een hyperlink aan degene die één van de websites bezoekt geenszins aanstonds duidelijk is dat de Codecommissie op klacht van A B een bevel tot rectificatie heeft gegeven, welke duidelijkheid ontegenzeggelijk door de Codecommissie met haar bevel wel is beoogd.

4.7.1 Op de gronden als hiervoor overwogen onder 4.5.1 en volgende en 4.6.1 en volgende moet worden geconstateerd dat B zich niet heeft gedragen zoals van een deelnemer aan de zelfregulering op het terrein van



de geneesmiddelenreclame mag worden verlangd en dat zij aan een deel van de uitspraak van 28 mei 2008 geen uitvoering heeft gegeven.

4.7.2 Blijkens de Werkafspraken van 23 november 2007, hierna de Werkafspraken, tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg, hierna de Inspectie, en de Stichting CGR draagt de Stichting CGR er zorg voor de naleving van de regels voor de geneesmiddelenreclame te bevorderen en overtredingen te voorkomen (4.b.1 Werkafspraken). Het is in dat kader ook de taak van de stichting CGR na te gaan of de uitspraken van de Codecommissie en de Commissie van Beroep worden nageleefd.

4.7.3 Nu vaststaat dat B zich ter gelegenheid van de behandeling van de klacht van A niet heeft gedragen, zoals van een deelnemer aan zelfregulering mag worden verlangd, waardoor de Codecommissie een uitspraak heeft kunnen doen die deels niet uitvoerbaar is gebleken, terwijl B voorts ook, voor zover zij door het plaatsen van een hyperlink pretendeerde aan de uitspraak te voldoen, nog in strijd met die uitspraak heeft gehandeld door de verkeerde tekst op te nemen en de verwijzing naar de volledige uitspraak van de Codecommissie van 28 mei 2008 achterwege te laten, is er naar het oordeel van de Codecommissie in beginsel aanleiding voor het Bestuur op de voet van artikel 6 lid 2 van de Werkafspraken de klacht door te leiden naar de Inspectie.

4.7.4 De Codecommissie kan zich echter voorstellen dat het Bestuur, alvorens tot doorleiding van de klacht over te gaan, B in de gelegenheid stelt haar tekortkoming alsnog op te heffen door op korte termijn, bijvoorbeeld uiterlijk acht dagen nadat het Bestuur haar daartoe in de gelegenheid heeft gesteld, alsnog op een daartoe geëigende website volledig uitvoering te geven aan het bevel van de Codecommissie in haar uitspraak van 28 mei 2008 voor zover dit ziet op publicatie van het daarin genoemde bevel.

Het ligt voor de hand dat B, nu zij niet beschikt over een eigen website en het verwijt van A ziet op onjuiste informatie over het geneesmiddel X, ervoor zorg draagt dat deze publicatie plaats vindt op de in de Nederlandse taal gestelde website www.X.nl, ook indien die website wordt beheerd door haar holding of een andere met haar verbonden vennootschap.

Het is aan B aan haar holding of aan die andere met haar verbonden vennootschap als beheerder van die website haar belang bij publicatie op die website kenbaar te maken en haar holding te overtuigen van de noodzaak tot medewerking aan die publicatie. Het risico dat zij de beheerder van die website niet kan overtuigen van de noodzakelijkheid van die publicatie komt voor haar rekening.

5. De slotsom is dat de klacht van A als verwoord in haar brief van 9 juli 2008 deels gegrond en deels ongegrond is.

Advies

6. De Codecommissie adviseert het Bestuur de klacht van A over de nalatigheid van B bij het opvolgen van het hiervoor besproken bevel van de Codecommissie door te leiden naar de Inspectie, tenzij B uiterlijk acht dagen nadat het Bestuur haar daartoe alsnog in de gelegenheid heeft gesteld volledig gevolg heeft gegeven aan dat bevel door plaatsing van de door de Codecommissie in haar uitspraak van mei 2008 voorgeschreven tekst op de homepage van de website www.X.nl.

Aldus gegeven op 29 augustus door mr. J.A.J. Peeters, voorzitter.