

Aanbevolen citeerwijze:
IER 2003, p. ...
IER is een uitgave van Kluwer BV

Redactie:

Mevr. mr. drs. Madeleine de Cock Buning (MdCB)
Prof. mr. Charles Gielen (ChG)
Prof. mr. F. Willem Grosheide (FWG)
Mevr. mr. Ebba H. Hoogenraad (EHH)
Prof. mr. Jan J.C. Kabel (JK)
Mr. Ernst J. Numann (EJN)
Jhr mr. Remco E.P. de Ranitz (REPdR)
Mr. Herman M.H. Speyart (HMHS)
Mr. Severin de Wit (SdW)

Redactiesecretaris:

Mr. Rogier W. de Vrey (RWdV)

Redactieadres:

Molengraaff Instituut (CIER)
Nobelstraat 2a, 3512 EN Utrecht
telefoon: 030-2539193
telefax: 030-2537203
e-mail: R.devrey@law.uu.nl

Uitgever:

Kluwer Juridische Uitgevers,
Postbus 23, 7400 GA Deventer

Zetwerk en opmaak:

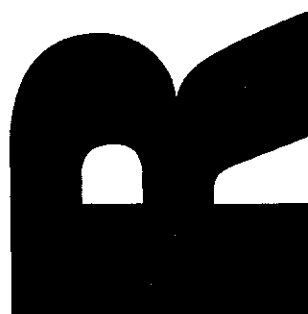
Trend-Set Snelzet bv / Meppel

Drukwerk:

Giethoorn Ten Brink bv / Meppel

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements-) overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.



Abonnementenadministratie en productinformatie: Kluwer Afdeling Klantcontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer, telefoon 0570-673449, automatische bestellijn 0570-673511, fax 0570-691555, email info@kluwer.nl

Abonnementsprijs: € 157,80 (incl. BTW, verzendkosten en band); voor studenten € 78,90 (incl. BTW, verzendkosten en band), losse nummers € 29.

Nieuwe abonnementen: Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valt de aanvang van een abonnement niet samen met het kalenderjaar, dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in rekening gebracht. Nieuwe abonnementen kunnen schriftelijk of telefonisch aan de uitgever of aan Libresso b.v. (0570) 67 35 55 worden opgegeven.

U vindt IER ook online: www.ier.nl

Adreswijzigingen: Bij wijziging van naam en/of adres verzoeken wij u de enveloppe met het juiste adres of de juiste naam toe te zenden aan Libresso b.v., Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Beëindiging abonnement: Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot uiterlijk drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een jaar verlengd.

Advertentietarieven: Op aanvraag. De kosten voor het zetten van advertenties worden afzonderlijk in rekening gebracht.

Verschijsning: 6 x per jaar.

KLUWER



Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Inhoudsopgave

Naschrift bij de recentelijk verschenen artikelen omtrent zekerstelling op IE-rechten – hoe verdere hoofdbreken te voorkomen? / Mevr. mr. drs. M.J. de Boer	141
Inschrijving van IE-rechten en rechtshandelingen betreffende IE-rechten: het blijft een lastig vraagstuk / Mr. Ch.A.M. Domingus	142
Nawoord bij reacties Domingus & De Boer / Mr. Th.C.J.A. van Engelen	145
De directe werking van het TRIPs-Verdrag en de gevolgen voor het Nederlandse octrooirecht / Mevr. mr. N.A.H. Hendriks	146
Vindt het HvJ EG de A-G's eis van continu en publiek gebruik normaal? / Mevr. mr. M.V. Wellink-Vollmer	154
Rechtspraak	
Nr. 29 Vzng. Rb. Amsterdam 30-01-2003 (Chat Boy)	166
Nr. 30 Hof Amsterdam 30-01-2003 (Bassie II) m.nt. EHH	168
Nr. 31 Hof van Justitie EG 11-03-2003 (Ansul/Ajax)	172
Nr. 32 Vzng. Rb. Amsterdam 23-01-2003 (Vitalife) m.nt. ChG	176
Nr. 33 Hoge Raad 24-01-2003 (WINNER TACO/cassatie)	178
Nr. 34 Vzng. Rb. Haarlem 04-02-2003 ('Van Gils made' stuntverkoop) m.nt. Red.	182
Nr. 35 Rb. 's-Gravenhage 16-01-2003 (Billijke vergoeding; gemis aan octrooi)	184
Nr. 36 Vzng. Rb. Arnhem 27-01-2003 (De Nationale Sporttotalisator/Ladbroskes Ltd) m.nt. JK	188
Nr. 37 RCC 14-01-2003 (Basiq Air) m.nt. MdCB	189
Nr. 38 Vzng. Rb. Dordrecht 27-11-2002 (De Dordtenaar/Van Maren)	192
Nr. 39 Vzng. Rb. 's-Hertogenbosch 17-12-2002 (Sanofi/Novartis) m.nt. JK	196
Nr. 40 CGR 06-02-2003 (Eli Lilly/Janssen-Cilag)	201
Agenda	
JAARGANG 19, NUMMER 3, JUNI 2003	

de inhoud van het onderhavige persbericht niet in strijd met voornoemde beslissing.

6.9. In het tweede onderdeel van de klacht van Eli Lilly wordt erover geklaagd dat het persbericht ontoelaatbare publieksreclame is voor Risperdal®. Nu gebleken is dat het persbericht als reclame voor een UR-geneesmiddel dient te worden beschouwd en dat het persbericht op eenvoudige wijze toegankelijk is gemaakt voor het algemeen publiek, moet de conclusie luiden dat zulks in strijd is met de wet en de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. De klacht is in zoverre gegrond en er dient een verbod te volgen.

6.10. Het derde onderdeel van de klacht betreft het feit dat bij de vergelijkingen in het persbericht wordt verwezen naar niet nader aangeduide bronnen. De Codecommissie deelt de mening van Eli Lilly dat de reclame-uiting in relatie tot de totaliteit van de reclame voor het betreffende geneesmiddel accuraat, actueel, waarheidsgetrouw en in zijn onderdelen juist en controleerbaar dient te zijn en dat alle citaten van publicaties juist en met bronvermelding moeten zijn weergegeven. Hieraan wordt in het persbericht niet voldaan. Een vermelding als 'data published this week' en 'data published in medical journal' is te enen male onvoldoende om de juistheid van de uiting te controleren. Het persbericht is in strijd met het bepaalde in de art. 5.3 en 5.7 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. Dit onderdeel van de klacht van Eli Lilly is derhalve gegrond.

6.11. Het vierde onderdeel van de klacht betreft het ontbreken van gegevens van essentiële betekenis dan wel het ontbreken van een verwijzing naar de 1B-tekst van RISPERDAL® in het persbericht. De Codecommissie constateert dat het persbericht niet de essentiële gegevens bevat, zoals vermeld onder art. 11 lid 1 sub *b* van het Reclamebesluit Geneesmiddelen, zodat het in strijd moet worden geacht met de wet en het bepaalde in art. 5.3, 5.7 en 8.1 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. Dit onderdeel van de klacht is derhalve gegrond.

6.12. De Codecommissie ziet voor het plaatsen van een rectificatie op de websites en in de door Eli Lilly genoemde tijdschriften geen reden. Niet gesteld of gebleken is dat publicatie van de gewraakte uitingen in die tijdschriften heeft plaatsgevonden. Niet aannemelijk is geworden dat die uitingen een zodanig brede aandacht hebben gekregen dat het noodzakelijk of wenselijk is om andermaal in brede kring aandacht op deze kwestie te vestigen op de website of in tijdschriften.

6.13. Aangezien Janssen-Cilag B.V. in het ongelijk wordt gesteld, zal zij in de proceskosten worden veroordeeld.

7. De beslissing van de Codecommissie in kort geding:

De Codecommissie (Kamer I):

– Verklaart Eli Lilly niet ontvankelijk in haar klacht, voor zover deze is gericht tegen Janssen-Cilag N.V. en Janssen-Cilag International N.V.;

– Verklaart de klacht van Eli Lilly, voor zover deze is gericht tegen Janssen-Cilag B.V. op de hierboven genoemde onderdelen gegrond;

– Beveelt Janssen-Cilag B.V. ervoor zorg te dragen dat bovengenoemd persbericht met onmiddellijke ingang van de website van ANP, www.perssupport.nl wordt verwijderd;

– Beveelt Janssen-Cilag B.V. de publicatie en/of verspreiding van bovengenoemd persbericht met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden alsmede in de toekomst niet langer dergelijke uitingen te verspreiden;

– Veroordeelt Janssen-Cilag B.V. in de kosten van deze procedure, zijnde € 453;

– Verklaart de beslissing tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

– Wijst het meer of anders verzochte af.

Kort Commentaar bij de beslissing van de Codecommissie d.d. 6 februari 2003 inzake Eli Lilly / Janssen-Cilag c.s.

In deze zaak gaat het wederom over de grens tussen voorlichting en reclame. De Codecommissie stelt vast dat de informatie van Janssen-Cilag 'reclame' is, omdat deze én niet voldoet aan de criteria voor 'voorlichting' én aanprijzende elementen bevat. Hieruit kan worden afgeleid dat de Codecommissie vasthoudt aan de 'twee stappen'-beoordeling uit de CGR Richtlijn Nader Invulling van het onderscheid tussen Reclame en Informatie voor geneesmiddelen en niet de benadering volgt die lijkt te volgen uit de recente arresten van de Hoge Raad inzake GlaxoSmithKline en Roche (HR 15 oktober 2002, *IER* 2003, p. 67). Deze beslissing bevat echter twee andere overwegingen, waar enige kritische kanttekeningen bij kunnen worden geplaatst.

In de eerste plaats rechtsoverweging 6.2. Daarin overweegt de Codecommissie dat van 'vergunninghouder' in de zin van de Gedragscode Geneesmiddelen slechts sprake is, als deze in Nederland is gevestigd. De Codecommissie impliceert dus dat zij zich niet-ontvankelijk zal verklaren ten

aanzien van klachten die gericht zijn tegen in het buitenland gevestigde ondernemingen. Dit klopt feitelijk niet helemaal. De Codecommissie veroordeelde bijvoorbeeld in januari 2002 de in België (de stad Puurs om precies te zijn) gevestigde vennootschap Galderma S.A. wegens verboden geneesmiddelenreclame voor haar geneesmiddel Silkis. De overweging van de Codecommissie kan echter in de praktijk ook tot onwenselijke situaties leiden. De Gedragscode Geneesmiddelenreclame verwijst in de definitie van 'vergunninghouder' naar art. 2 lid 1 sub *d* van de Wet op de geneesmiddelenvoorziening ('WOG'). Daarin wordt bepaald dat vergunningen tot het bereiden en afleveren van geneesmiddelen door de Minister van VWS worden afgegeven aan in Nederland gevestigde (rechts) personen, zoals de industrie en de groothandel. Dit zijn echter *andere* vergunningen dan de vergunningen die het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen ('CBG') verleent tot het in de handel brengen van geneesmiddelen. Deze 'handelsvergunningen' worden namelijk verleend aan de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het in Nederland in de handel brengen van een geneesmiddel. Handelsvergunningen kunnen op grond van de verordening 2309/93 wél worden afgegeven aan buitenlandse rechtspersonen, als zij maar gevestigd zijn in lidstaten van de Europese Unie of in landen partij bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Een buitenlands bedrijf kan dus wel beschikken over een Nederlandse *handels*vergunning, maar niet over vergunning in de zin van art. 2 lid 1 sub *d* WOG. Het buitenlandse bedrijf verantwoordelijk voor de verhandeling in Nederland zal het afleveren en bereiden van het geneesmiddel altijd moeten overlaten aan een in Nederland gevestigd bedrijf, zoals bijvoorbeeld een importeur, dat wél over een vergunning in de zin van art. 2 lid 1 sub *d* beschikt. Deze complexe situatie brengt de klager bij de Codecommissie in een lastig parket. Stel: de klager ziet in een tijdschrift een advertentie voor geneesmiddel X van bedrijf Y. De klager kijkt in het register van het CBG en ziet daar staan dat de houder van de handelsvergunning bedrijf Y is, dat gevestigd is in België. Dient de klager zijn klacht dan in tegen bedrijf Y, dan zal de Codecommissie de klager niet ontvankelijk moeten verklaren. Bedrijf Y is immers weliswaar houder van de handelsvergunning, maar niet van de vergunning in de zin van art. 2 lid 1 sub *d* WOG. De klager zal dan dus op zoek moeten naar de importeur in Nederland die deze vergunning wel heeft,

en deze importeur moeten aanspreken op verboden reclame. Dit lijkt mij geen goede praktijk. Naar mijn mening moet de klager af kunnen gaan op de vermelding van de vergunninghouder in het register van het CBG. Ik pleit er dan ook voor dat de Codecommissie niet alleen klachten in behandeling neemt tegen houder van een vergunning in de zin van art. 2 lid 1 sub *d* WOG, maar ook tegen (eventueel buitenlandse) handelsvergunninghouders in de zin van art. 3 van de WOG. Zo nodig kan de Gedragscode Geneesmiddelenreclame op dit punt worden aangepast. Dan rechtsoverweging 6.4.

Hier wreekt zich opnieuw dat de Gedragscode Geneesmiddelenreclame slechts van toepassing is op reclame door Nederlandse vergunninghouders. De buitenlandse moedermaatschappij die in Nederland geneesmiddelenreclame maakt kan niet worden aangeklaagd bij de Codecommissie, omdat zij nu eenmaal niet de Nederlandse vergunninghouder is. De Codecommissie werkt deze lacune weg door een wel hele ruime uitleg van het begrip 'toerekenbaar'. Volgens de Codecommissie is de Nederlandse vergunninghouder mede aansprakelijk voor geneesmiddelenreclame in Nederland die afkomstig is van aan haar gelieerde (buitenlandse) vennootschappen. Dit geldt volgens de Codecommissie zelfs indien de Nederlandse vergunninghouder geen enkele betrokkenheid heeft gehad c.q. kan hebben gehad bij de reclame. Dat vind ik te ver gaan. In feite legt de Code-

commissie hiermee een risicoaansprakelijkheid bij de Nederlandse vergunninghouder voor alle geneesmiddeleninformatie die in Nederland wordt verspreid door een onderneming binnen het concern waartoe zij behoort. Een dergelijke risicoaansprakelijkheid kan eigenlijk slechts bij wet worden vastgesteld. Juridisch gezien is in ieder geval geen sprake van 'toerekenbaarheid' in de zin van art. 6:162 BW. Om 'toerekenbaarheid' te kunnen aannemen moet de Nederlandse vergunninghouder op z'n minst enige betrokkenheid bij de verspreiding van de informatie hebben gehad of kunnen hebben gehad. De Codecommissie stelt echter dat de risicoaansprakelijkheid gerechtvaardigd is omdat de Nederlandse vergunninghouder anders eenvoudig de regels zou kunnen omzeilen door de verspreiding te laten plaatsvinden door aan gelieerde buitenlandse vennootschappen. Dit lijkt mij echter geen juiste redenering. Als kan worden aangetoond dat de Nederlandse vergunninghouder (mede) verantwoordelijk is voor verspreiding van de informatie bericht door de gelieerde buitenlandse vennootschap, dan kan juridisch de verspreiding immers wél worden toegerekend. De buitenlandse vennootschap is dan immers slechts een stroman voor de Nederlandse vergunninghouder.

De meest logische benadering lijkt mij de volgende. Als de Nederlandse vergunninghouder betrokken is bij geneesmiddelenreclame in Nederland, dan kan dit aan hem

worden toegerekend, ook als de verspreiding feitelijk plaatsvindt door een andere, eventueel buitenlandse, onderneming. Heeft de Nederlandse vergunninghouder echter geen enkele bemoeienis gehad met de verspreiding, dan kan de verspreiding niet aan hem worden toegerekend, ook niet als het gaat om een gelieerde vennootschap. De klager zal zijn pijlen dan moeten richten op de verantwoordelijke voor de verspreiding. Mogelijk kan dan niet worden geklaagd bij de Codecommissie van de CGR, maar de weg naar de burgerlijke rechter staat natuurlijk ook nog open. Dit lijkt mij afdoende rechtsbescherming. Ten slotte: de situatie ligt mijns inziens wel iets anders wanneer de Nederlandse vergunninghouder weet dat in Nederland informatie wordt verspreid die strijdig is met de Gedragscode Geneesmiddelenreclame. Het lijkt mij verdedigbaar dat de Nederlandse vergunninghouder dan in ieder geval de inspanningsplicht heeft om er alles aan te doen om de verspreiding van deze informatie te staken. Ook hier geldt echter dat het de Nederlandse vergunninghouder niet aangerekend kan worden, als dit – ondanks zijn inspanningen – geen effect heeft.

P. Swens¹

¹ Mr. O.P. Swens is advocaat bij Steinhauser Hoogenraad Advocaten te Amsterdam.

TOEZENDEN RECHTSPRAAK

Een ieder die een uitspraak op het gebied van intellectuele eigendom en reclame onder ogen krijgt, wordt verzocht deze uitspraak (gewonnen of verloren, meer of minder interessant) toe te zenden aan het redactiesecretariaat, Postbus 75140, 1070 AC Amsterdam.

AGENDA

CIER LEZING

18 juni 2003: Prof. mr. Jan J. Brinkhof, hoogleraar industriële eigendom Universiteit Utrecht (MI/CIER), advocaat Stibbe
Onderwerp: *Is de Hoge Raad duidelijk over de beschermingsomvang van een octrooi?*

Deze lezingen zijn voor belangstellenden vrij toegankelijk. Na afloop is er een borrel.

Plaats: Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nobelstraat 2A, 3512 EN Utrecht.
Aanvang: 16.00 uur.

Aanmelding kan geschieden bij mw. J. Borlée of mw. M. Rijlaarsdam, telefoon: 030-2537743 of via e-mail: J.Borlee@law.uu.nl.