

Hoge Raad, 10 november 2006, AstraZeneca c.s. v. Menzis c.s. II



RECLAMERECHT

Onrechtmatige daad - relativiteit

- Bij relativiteitsvereiste komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt

De onderdelen falen omdat zij berusten op een opvatting naar welke het hof een maatstaf had dienen aan te leggen die te beperkt en dus onjuist is. Immers, bij de beantwoording van de vraag of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (HR 24 maart 2006, nr. C04/325, RvdW 2006, 310). Het hof heeft met zijn oordeel deze maatstaf niet miskend.

- Uitgangspunt dat normen van Reclamebesluit geneesmiddelen en Wet Tarieven Gezondheidszorg beschermen tegen alle schade die AstraZeneca c.s. als gevolg van schending lijden, onjuist

In het bijzonder heeft het hof zich terecht niet laten leiden door het onjuiste uitgangspunt dat de normen van het Rbg en de WTG die, naar het hof in het midden heeft gelaten en in cassatie daarom veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, door het gewraakte handelen van Menzis zijn geschonden, in beginsel beschermen tegen alle schade die AstraZeneca c.s. als gevolg van die schending lijden en die aan Menzis kan worden toegerekend.

- Doeleinden Reclamebesluit geneesmiddelen en Wet Tarieven Gezondheidszorg strekken niet tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen.

De voorzieningenrechter en het hof hebben, in cassatie niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de regelgeving waarvan zowel het Rbg als de WTG deel uitmaakt de hiervoor onder 3.2.2 vermelde doeleinden dient. (...)De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis van 14 oktober 2005 geoordeeld dat de strenge regule-

ring van de markt een aantal doeleinden dient, vooral: - de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven; - de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en - in dat kader - een goede publieksvoorlichting moeten voldoen; - de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg; - de kwaliteit van de gezondheidszorg. In hoger beroep is dit oordeel niet bestreden zodat ook het hof daarvan is uitgegaan. (...)De genoemde doeleinden maken immers duidelijk dat het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen.

- Correctie Langemeijer: hoewel geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de geleden schade, toch aansprakelijkheid omdat onder omstandigheden van het geval zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming tegen die schade biedt

Deze opvatting is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade. Voorzover onderdeel 6 berust op een andere opvatting dan hiervoor als juist is aangemerkt, faalt het. Voorzover onderdeel 6 in het bijzonder beoogt erover te klagen dat het hof heeft nagelaten aansprakelijkheid aan te nemen op grond van toepassing van die correctie, laat het na voldoende concreet aan te geven op grond waarvan het hof daartoe gehouden zou zijn geweest. De enkele verwijzing naar de omvang van het door AstraZeneca c.s. te lijden omzetverlies is onvoldoende. Het onderdeel faalt dus ook in zoverre.

Vindplaatsen: LJN: [AY9317](#); IER 2007, nr. 14, p. 42; JGR 2007, nr. 3, p. 22.

Hoge Raad, 10 november 2006

(J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, J.C. van Oven, F.B. Bakels en W.D.H. Asser)

(...)

Arrest

in de zaak van:

1. ASTRAZENECA B.V.,
gevestigd te Zoetermeer,
2. MERCK SHARP & DOHME B.V.,
gevestigd te Haarlem,
3. PFIZER B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
4. ALTANA PHARMA B.V.,
gevestigd te Zwanenburg,
EISERESSEN tot cassatie,
advocaat: mr. C.J.J.C. van Nispen,

t e g e n

1. de onderlinge waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid ONDERLINGE WAARBORG-MAATSCHAPPIJ AMICON ZORGVERZEKERAAR ZIEKENFONDS U.A., mede handelend onder de naam Amicon Zorgverzekeraar, gevestigd te Wageningen,

2. de onderlinge waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid ONDERLINGE WAARBORG-MAATSCHAPPIJ GEOVE ZORGVERZEKERAAR U.A., gevestigd te Groningen,

3. de onderlinge waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid ONDERLINGE WAARBORG-MAATSCHAPPIJ MENZIS PARTICULIER U.A., (mede) handelend onder de naam onderlinge waarborgmaatschappij Geove U.A., gevestigd te Zwolle,

4. de naamloze vennootschap MENZIS VERZEKERINGEN N.V., gevestigd te Zwolle,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MENZIS EERSTELIJNS ZORG HOLDING B.V., gevestigd te Zwolle,

6. de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid COÖPERATIE MENZIS U.A., gevestigd te Zwolle,

7. de stichting STICHTING MENZIS EERSTELIJNS ZORG, gevestigd te Zwolle,

8. de naamloze vennootschap NVS CONFIOR ZORGVERZEKERAAR N.V., gevestigd te Rotterdam,

9. de onderlinge waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid ONDERLINGE ZIEKENFONDS MAATSCHAPPIJ ANDERZORG U.A., gevestigd te Groningen,

10. de onderlinge waarborgmaatschappij met uitgesloten aansprakelijkheid ONDERLINGE WAARBORGMAATSCHAPPIJ ZIEKENFONDS NEDERZORG U.A., gevestigd te Rotterdam,

VERWEERSTERS in cassatie, advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie - verder te noemen: AstraZeneca c.s. - hebben bij exploit van 21 september 2005 verweersters in cassatie - verder in enkelvoud te noemen: Menzis - in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem en gevorderd, bij vonnis, volledig uitvoerbaar bij voorraad en op straffe van een dwangsom:

1. Menzis met onmiddellijke ingang te verbieden de "module rationeel voorschrijven" en vergelijkbare modules (verder) uit te voeren en aan te prijzen;

2. Menzis te gebieden binnen 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis een rectificatie als weergegeven in het petitum goed zichtbaar op te nemen bovenaan de homepages van al hun websites en deze tekst gedurende 45 dagen geplaatst te houden;

3. Menzis te gebieden binnen 48 uur na betekening van het te wijzen vonnis in een landelijk en regionaal dagblad binnen elk van haar drie kernwerkgebieden een bericht te plaatsen met de onder 2. bedoelde tekst, voorzien van de logo's en merknamen van alle zorgverzekeraars die deel uitmaken van de Menzischgroep;

4. Menzis te gebieden binnen 48 uur na betekening van het te wijzen vonnis aan alle bij hen onder contract staande huisartsen en alle overige (rechts)personen waaraan zij de module "rationeel voorschrijven" heeft gestuurd, een rectificatiebrief te zenden als weergegeven in het petitum onder 4;

5. Menzis te veroordelen binnen 72 uur na betekening van het te wijzen vonnis een kopie van de onder 4. bedoelde brief aan de raadslieden van AstraZeneca c.s. ter hand te stellen, vergezeld van een lijst met contactgegevens van alle (rechts)personen aan wie de brief is verstuurd.

Menzis heeft de vorderingen bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 14 oktober 2005 de gevorderde voorziening geweigerd.

Tegen dit vonnis hebben AstraZeneca c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij arrest van 3 januari 2006 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben AstraZeneca c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Menzis heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Menzis mede door mr. G.R.J. de Groot, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van AstraZeneca c.s. heeft bij brief van 25 augustus 2006 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

(i) Menzis behoort tot de vier grootste 'all-care verzekeraars' in Nederland. Onderdeel van Menzis zijn de zorgverzekeraars Amicon, Geové, Anderzorg, Nederzorg, NVS, Rijnmond en het arbo- en re-integratiebedrijf Ardyn en Prové.

(ii) Binnen de kernwerkgebieden in Noord-, Midden- en Oost-Nederland heeft Menzis ongeveer 70% van de - toen nog - (ziekenfonds)verzekerden "onder contract". Alle huisartsen binnen deze regio's hebben een contract met Menzis en hebben dit contract nodig om de huisartsenpraktijk te kunnen uitoefenen. Het huisartsencontract omvat een standaardovereenkomst en bijkomende modules.

(iii) Nederlandse (verzekerde) patiënten hebben op grond van de Regeling farmaceutische hulp aanspraak op een basispakket geneesmiddelen. Daartoe behoren onder meer de zogenaamde cholesterolverlagende geneesmiddelen ('statines') en de zogenaamde maagzuurremmers ('protonpompremmers').

(iv) Op grond van de Regeling farmaceutische hulp is Menzis gehouden alle statines en protonpompremmers te vergoeden binnen de daarvoor geldende kaders.

(v) Binnen de groepen statines en protonpompremmers zijn innovatieve merkgeneesmiddelen ('spécialités') verkrijgbaar maar ook generieke preparaten. Deze laatste mogen op de markt worden gebracht als de octrooien voor de corresponderende spécialités zijn verlopen; zij zijn goedkoper dan de specialités. Binnen de groep statines zijn simvastatine en pravastatine als generiek geneesmiddel verkrijgbaar; binnen de groep protonpompremmers is dat omeprazol.

(vi) AstraZeneca c.s. zijn fabrikanten van spécialités.

(vii) Menzis heeft bij brief van 1 september 2005 aan de gecontracteerde huisartsen in het kernwerkgebied een nieuwe contractmodule aangeboden, genaamd 'module rationeel voorschrijven'. De inhoud van deze brief luidt, voorzover hier van belang:

"Waarom de module rationeel voorschrijven?

(...) Uitgangspunt is het belonen voor rationeel voorschrijfgedrag, dus het realiseren van kwalitatief goede en doelmatige zorgverlening.

Er is sprake van kwalitatief goed voorschrijfgedrag als voorschrijvers zich in hun handelen laten leiden door behandelrichtlijnen die door de beroepsgroepen zelf zijn opgesteld en die gebaseerd zijn op wetenschappelijke studies. Wij doelen hiermee op NHG standaarden of erkende regionale behandelrichtlijnen (...).

Rationeel voorschrijfbeleid betekent ook dat doelmatigheidsaspecten in de overwegingen betrokken worden. (...)

Richtlijnen en individueel voorschrijfbeleid

Wij hechten eraan te benadrukken dat de module geen afbreuk doet aan vigerende richtlijnen of protocollen. Bovendien vinden wij het belangrijk dat u vrij bent en blijft in uw individuele voorschrijfbeleid. Vanzelfsprekend gaan wij er ook van uit dat u uw patiënten eveneens betreft in en informeert over eventuele afwijkingen om van medicatie te veranderen.

Hoe werkt de module Rationeel Voorschrijven?

U kunt op basis van vrijwilligheid deelnemen aan de module Rationeel voorschrijven. De module richt zich met name op het voorschrijven van twee groepen geneesmiddelen: maagzuurremmers en cholesterolverlagers. Bij deelname ontvangt u een financiële vergoeding als u aantoonbare resultaten boekt op het gebied van kwalitatief goed en doelmatig voorschrijfbeleid.

De module kent verscheidene onderdelen waarop u apart kunt intekenen:

- Het voorschrijven van het meest doelmatige middel als de patiënt voor de eerste maal dat middel van u krijgt voorgeschreven

- Het actief omzetten van de medicatie van bestaande patiënten (die deze middelen dus al langer gebruiken) naar een doelmatiger middel (...)"

(viii) De module rationeel voorschrijven luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

"MODULE RATIONEEL VOORSCHRIJVEN

(...)

B. Activiteiten waarvoor honorering mogelijk is

Indien de huisarts bereid is specifieke afspraken te maken over ??n of meer van de onderstaande activiteiten en de te bereiken resultaten dan zal daartegenover extra honorering plaatsvinden, als ook de resultaten zijn gerealiseerd. (...)

Geneesmiddelengroep cholesterolverlagers

3. Als het voorschrijven van een cholesterolverlager medisch noodzakelijk is, dan gaat de voorkeur uit naar het meest doelmatige middel. Op grond van het huidige door de beroepsgroepen algemeen geaccepteerde Transmuraal Formularium van de PFG, is dat op dit moment simvastatine. Bij minimaal 80% van de patiënten zal simvastatine generiek, 40 mg op het 1e recept voor cholesterol verlagende middelen (statines) worden voorgeschreven.

4. Het actief omzetten van spécialité cholesterolverlagende middelen naar het meest doelmatige middel (simvastatine-generiek) bij een deel van de patiënten.

Geneesmiddelengroep protonpompremmers

5. Als het voorschrijven van een protonpompremmer medisch noodzakelijk is, dan gaat de voorkeur uit naar het meest doelmatige middel. Op grond van het huidige door de beroepsgroepen algemeen geaccepteerde Transmuraal Formularium van de PFG, is dat op dit moment omeprazol. Bij minimaal 95% van de patiënten zal omeprazol generiek op het 1e recept voor maagzuurremmende middelen ('protonpompremmers') worden voorgeschreven.

6. Het actief omzetten van spécialité protonpompremmers naar het meest doelmatige middel (omeprazol-generiek) bij een deel van de patiënten."

(ix) Op 12 september 2005 heeft Menzis een persbericht doen uitgaan dat, voor zover hier van belang, als volgt luidt:

"Menzis gaat huisartsen belonen als zij als eerste keus medicijnen voorschrijven die als - veel goedkopere - merkloze geneesmiddelen verkrijgbaar zijn. Menzis verwacht in 2006 3,2 miljoen euro te besparen, alleen al door het voorschrijven van beproefde merkloze cholesterolverlagers en maagzuurremmers. (...)

Het geld dat Menzis bespaart, steekt ze in betere zorg. Zo stimuleert Menzis onder andere het voorschrijven van cholesterolverlagers aan ouderdomsdiabeten. Uit onderzoek blijkt namelijk, dat deze middelen standaard horen te worden voorgeschreven aan ouderdomsdiabeten, maar dat dit nog weinig gebeurt. Terwijl daarmee voor deze patiënten het risico op ernstige hart- en vaatziekten en sterfte duidelijk afneemt.

(...)"

(x) De Codecommissie van de Stichting Codecommissie Geneesmiddelenreclame (CGR) heeft op 4 oktober 2005 een adviesoordeel 2005 uitgebracht na een adviesaanvraag van het bestuur van de CGR. Uit het adviesoordeel blijkt dat de aanleiding voor deze adviesaanvraag een brief was van 27 juni 2005 van de voorzitter van de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV). Daarin werd het bestuur van de CGR in overweging gegeven de Codecommissie te verzoeken een standpunt in te nemen over contracten tussen zorgverzekeraars en voorschrijvers van geneesmiddelen, waarin het voorschrijfgedrag van huisartsen wordt be-

ïnvloed, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichting om bij bepaalde indicaties "generiek voor te schrijven" en om patiënten om te zetten van een specialist? naar een generiek geneesmiddel, waarbij die verplichting soms het karakter heeft van een inspannings- en soms van een resultaatsverplichting; zulks terwijl het naleven van die verplichting vaak is gekoppeld aan financiële consequenties. In genoemde brief van de LHV, waarin om een advies van de Codecommissie wordt verzocht, neemt de LHV het standpunt in dat de geschetste aanpak door zorgverzekeraars gelijk te stellen is aan de in de Gedragscode geneesmiddelenreclame (de Code) en het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) verboden promotionele activiteiten gericht op het voorschrijven van bepaalde geneesmiddelen door het toekennen, aanbieden of het in het vooruitzicht stellen van voordelen in geld. De zorgverzekeraar geeft immers een financiële incentive als bepaalde geneesmiddelen (niet) worden voorgeschreven, hetgeen valt onder de definitie van reclame in de zin van zowel de Code als het Rbg. De LHV neemt voorts het standpunt in dat bovendien sprake is van evident onwenselijke beïnvloeding van het voorschrijfgedrag omdat het een bedreiging vormt voor de professionele autonomie van de arts en daarmee een inbreuk is in de relatie tussen de arts en patiënt.

(xi) De Codecommissie heeft in haar advies het oordeel uitgesproken:

- dat het Rbg in beginsel op een ieder van toepassing is;
- dat de definitie van het begrip reclame in het Rbg zeer ruim is; in beginsel wordt iedere stimulering bedoeld om de verkoop, het afleveren, het voorschrijven of het verbruik van geneesmiddelen te bevorderen als reclame in de zin van het Rbg bestempeld;
- dat het vastleggen van een bepaald voorschrijfgedrag in medewerkerovereenkomsten en zeker als dat voorschrijfgedrag wordt gekoppeld aan een financiële beloning, als reclame in de zin van het Rbg is aan te merken, omdat het gaat om een stimulering, bedoeld om het afleveren, het voorschrijven of het verbruik van bepaalde geneesmiddelen te bevorderen.

(xii) Van de zijde van Menzis, de Zorgverzekeraars Nederland en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport is kritiek geuit op het onder (xi) genoemde adviesoordeel, in het bijzonder ten aanzien van de wijze van totstandkoming van het advies.

(xiii) De Inspectie voor de Gezondheidszorg, die onder meer belast is met het toezicht op de naleving van de bepalingen in het Rbg, heeft bij brief van 22 juli 2005 aan Menzis en bij brief van 22 november 2005 aan CGR geconcludeerd dat afspraken tussen zorgverzekeraars en voorschrijvers van geneesmiddelen niet als reclame aangemerkt kunnen worden, indien aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:

- de module mag niet aanzetten tot extra voorschriften; de module van Menzis voldoet hieraan, omdat het gaat om doelmatigheid en niet om vergroting van de afzet;
- het gaat om de meest doelmatige middelen en niet om de afzet van simvastatine en omeprazol; op basis van objectieve bronnen kom je, aldus de Inspectie, momenteel uit op deze producten;

- de module dient regelmatig getoetst en aangepast te worden aan de stand van de wetenschap.

3.2.1 Het geschil dat partijen verdeeld houdt betreft, de vraag of, zoals AstraZeneca c.s. aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd maar Menzis betwist, het aanbieden door Menzis van de hiervoor onder 3.1 (viii) geciteerde module rationeel voorschrijven in strijd is met het Rbg, met de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG) en met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens AstraZeneca c.s. betaamt. Het verweer van Menzis houdt onder meer in dat noch de in het Rbg en de WTG neergelegde normen noch de zorgvuldigheidsnorm dat artsen niet in hun voorschrijfbeleid moeten worden beïnvloed door financiële stimulansen, op welke normen AstraZeneca c.s. zich beroepen, strekken tot bescherming tegen de schade zoals AstraZeneca c.s. stellen als gevolg van het aanbieden van de module te lijden.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis van 14 oktober 2005 geoordeeld dat de strenge regulering van de markt een aantal doeleinden dient, vooral:

- de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven;
- de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en - in dat kader - een goede publieksvoorlichting moeten voldoen;
- de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg;
- de kwaliteit van de gezondheidszorg.

In hoger beroep is dit oordeel niet bestreden zodat ook het hof daarvan is uitgegaan.

De voorzieningenrechter heeft voorts beslist dat de hier genoemde doeleinden niet dienen ter bescherming van de belangen van fabrikanten van geneesmiddelen zoals AstraZeneca c.s. Daartegen kwamen AstraZeneca c.s. in hoger beroep op. Zij stelden, in de samenvatting van het hof, dat de voorzieningenrechter zijn oordeel heeft gebaseerd op een onjuiste beschrijving en bepaling van de wederzijdse belangen van partijen. Het belang van de fabrikanten in deze is niet "het commerciële belang om hun geneesmiddelen in de pen van de arts te krijgen", maar het gaat de fabrikanten erom dat zij gevrijwaard blijven van financiële incentives van zorgverzekeraars die erop gericht zijn om hun geneesmiddelen "uit de pen" van de arts te krijgen. Anders gezegd: het gaat om een "level playing field". Niemand, ook een verzekeraar niet, mag de voorschrijfkeuze van artsen met financiële incentives beïnvloeden, aldus AstraZeneca c.s.

3.2.3 Het hof heeft dit betoog verworpen en daartoe in rov. 4.5 het volgende overwogen.

"Het "level playing field" houdt in dat voor alle ondernemingen in een bepaalde sector dezelfde spelregels gelden zodat zij gelijke kansen in de concurrentiestrijd hebben. Menzis houdt zich als zorgverzekeraar niet bezig met het ontwikkelen, vervaardigen en op de markt brengen van geneesmiddelen, zoals de farmaceutische ondernemingen doen. Menzis is dus geen concurrent van AstraZeneca c.s. Naar het voorlopig oordeel van het hof doet de module rationeel voorschrijven van Menzis niets af aan het "level playing field" tussen

concurrerende farmaceutische ondernemingen. De farmaceutische ondernemingen kunnen zich tegenover elkaar op het RBG beroepen. De zogenaamde correctie-Langemeijer brengt echter niet mee dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels.

Het RBG beoogt niet het belang van AstraZeneca c.s. bij behoud en vergroting van de afzet van haar producten te beschermen, net zo min als dit het geval is ten aanzien van de WTG, die strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars. Daarom, mede omdat geen van beide wettelijke regelingen bepalingen bevat die meebrengen dat dit anders zou zijn, hebben AstraZeneca c.s. rechtens onvoldoende belang bij een uitspraak van de voorzieningenrechter over de vraag of de module rationeel voorschrijven wel of niet in strijd is met het RBG en de WTG."

3.3.1 Tegen dit oordeel komt middel I op. Onderdeel 1 berust op de opvatting dat art. 6:163 BW ervan uitgaat dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, en wel tegen alle schade die aan de dader op de voet van art. 6:98 als gevolg van de overtreding kan worden toegerekend. Het hof zou dit hebben miskend. Van deze opvatting uitgaande betoogt onderdeel 2, dat het hof heeft miskend dat voor een beroep op art. 6:163 BW moet komen vast te staan dat de betrokken norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen schade, zoals hij deze heeft geleden en dat dit hier niet reeds volgt uit de door het hof genoemde doeleinden van het Rbg en de WTG.

3.3.2 De onderdelen falen omdat zij berusten op een opvatting naar welke het hof een maatstaf had dienen aan te leggen die te beperkt en dus onjuist is. Immers, bij de beantwoording van de vraag of aan het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt (HR 24 maart 2006, nr. C04/325, RvdW 2006, 310). Het hof heeft met zijn oordeel deze maatstaf niet miskend. In het bijzonder heeft het hof zich terecht niet laten leiden door het onjuiste uitgangspunt dat de normen van het Rbg en de WTG die, naar het hof in het midden heeft gelaten en in cassatie daarom veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, door het gewraakte handelen van Menzis zijn geschonden, in beginsel beschermen tegen alle schade die AstraZeneca c.s. als gevolg van die schending lijden en die aan Menzis kan worden toegerekend.

3.3.3 De onderdelen 3 en 4 keren zich tegen het oordeel van het hof dat, kort gezegd, ten aanzien van de door AstraZeneca c.s. gestelde schade als gevolg van de - veronderstellenderwijs aan te nemen - schending door Menzis van het Rbg (onderdeel 3) en de WTG (onderdeel 4), niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. De onderdelen betogen kort gezegd dat dit oordeel onjuist is als het gaat om een zorgverzekeraar die deze regelingen overtreedt in een actie die gericht is tegen

AstraZeneca c.s. of beoogt dat, althans voor Menzis voorzienbaar direct ten gevolge heeft dat voor AstraZeneca c.s. nog slechts 20% van de markt voor statines en slechts 5% van de markt voor protonpompremmers overblijft.

De onderdelen falen want 's hofs oordeel is juist. De voorzieningenrechter en het hof hebben, in cassatie niet bestreden, tot uitgangspunt genomen dat de regelgeving waarvan zowel het Rbg als de WTG deel uitmaakt de hiervoor onder 3.2.2 vermelde doeleinden dient.

Dit uitgangspunt vindt ten aanzien van het Rbg steun in de toelichtende stukken op deze regeling en de desbetreffende Europese richtlijnen, zoals nader is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.12 - 5.16, en ten aanzien van het WTG in de wetsgeschiedenis en literatuur zoals is vermeld in die conclusie onder 5.36 - 5.40. Gelet op deze doeleinden staat de omvang van het omzetverlies en daarmee de daaruit voortvloeiende schade die AstraZeneca c.s. stellen te lijden als gevolg van de gewraakte gedragingen van Menzis, niet eraan in de weg dat Menzis zich ten aanzien van de schade die het gevolg zou zijn van schending van het Rbg en de WTG kan beroepen op het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. De genoemde doeleinden maken immers duidelijk dat het Rbg en de WTG niet strekken tot bescherming van farmaceutische bedrijven tegen omzetverlies en daaruit resulterende schade als gevolg van bepaald voorschrijfgedrag van artsen.

3.3.4 Onderdeel 5, dat klaagt over 's hofs overweging dat Menzis geen concurrent is van AstraZeneca c.s., keert zich tegen een deel van de motivering van het hierboven juist bevonden oordeel van het hof. Het onderdeel kan daarom bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.3.5 Of, (mede) gelet op (a) de omstandigheid dat Menzis door haar handelen het Rbg en de WTG heeft geschonden, (b) de omvang van de schade en (c) de eventuele voorzienbaarheid daarvan voor Menzis, wellicht aangenomen zou moeten worden dat Menzis met haar handelen jegens AstraZeneca c.s. tevens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden en daarmee jegens AstraZeneca c.s. onrechtmatig heeft gehandeld en uit dien hoofde aansprakelijk is voor de als gevolg daarvan door AstraZeneca c.s. geleden schade, is een andere vraag, namelijk die naar de eventuele toepassing van de correctie-Langemeijer. Aan 's hofs overweging dat de zogeheten correctie-Langemeijer niet meebrengt dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels, ligt kennelijk ten grondslag de opvatting dat toepassing van deze correctie niet meebrengt dat het relativiteitsvereiste wordt opzijgezet. Deze opvatting is juist omdat de genoemde correctie daarin bestaat dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvul-

digheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade. Voorzover onderdeel 6 berust op een andere opvatting dan hiervoor als juist is aangemerkt, faalt het.

Voorzover onderdeel 6 in het bijzonder beoogt erover te klagen dat het hof heeft nagelaten aansprakelijkheid aan te nemen op grond van toepassing van die correctie, laat het na voldoende concreet aan te geven op grond waarvan het hof daartoe gehouden zou zijn geweest. De enkele verwijzing naar de omvang van het door AstraZeneca c.s. te lijden omzetverlies is onvoldoende. Het onderdeel faalt dus ook in zoverre.

3.4.1 In rov. 4.6 heeft het hof het volgende overwogen: *"Wat de door AstraZeneca c.s. gestelde strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid betreft, is het hof voorshands van oordeel dat de beweerdelijk geschonden norm, te weten dat artsen niet in hun voorschrijfbeleid moeten worden beïnvloed door financiële stimulansen, evenmin beoogt het belang van AstraZeneca c.s. bij behoud of vergroting van de afzet van haar producten te beschermen. Bedoelde norm strekt ter bescherming van de professionele verantwoordelijkheid van de arts en ter bescherming van het individuele patiëntenbelang. Dit brengt mee dat AstraZeneca c.s. zich ook niet kunnen beroepen op de gestelde schending van deze norm door zorgverzekeraar Menzis. Ten aanzien van de stelling van AstraZeneca c.s. dat Menzis ook in strijd handelt met de algemene zorgvuldigheidsnorm dat zij niet zo maar een ander schade mag toebrengen als zij van die schade op de hoogte is, overweegt het hof het volgende. Menzis tracht met de module rationeel voorschrijven te bewerkstelligen dat van de cholesterolverlagers en de maagzuurremmers, zo vaak als dat verantwoord mogelijk is, het goedkoopste geneesmiddel wordt voorgeschreven. Aldus streeft Menzis naar een normale werking van de markt, waar, bij onderling vergelijkbare geneesmiddelen, gekozen wordt voor het goedkoopste product in plaats van voor dure middelen. Als AstraZeneca c.s. daardoor marktaandeel verliezen, is dit niet door het doelbewust toebrengen van schade door Menzis, maar door de werking van de markt. Het element in de module rationeel voorschrijven dat artsen de beloning eerst ontvangen als zij ten minste 80% van de patiënten die cholesterolverlagers nodig hebben, (om)zetten op simvastatine en ten minste 95% van de patiënten die maagzuurremmers nodig hebben, (om)zetten op omeprazol, zou een te ver gaande stimulans kunnen zijn, maar vooralsnog ziet het hof geen grond voor een ordemaatregel, omdat de module inhoudt dat een arts die een patiënt vervolgens weer (terug)zet op een andere cholesterolverlager of maagzuurremmer zijn bonus niet verliest".*

3.4.2 Hiertegen keren zich de middelen II en III.

3.4.3 Middel II faalt omdat het in al zijn onderdelen ten aanzien van de door het hof genoemde zorgvuldigheidsnorm berust op dezelfde, hiervoor verworpen opvatting met betrekking tot het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste.

3.4.4 Middel III kan niet tot cassatie leiden. Zulks behoort, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de

klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt AstraZeneca c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Menzis begroot op € 367,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal J. Spier

1. Feiten

1.1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende, door het Hof Arnhem in rov. 3.2, onder 1-9, van zijn arrest van 3 januari 2006 vastgestelde feiten.

1.1.2 Menzis behoort tot de vier grootste 'all-care verzekeraars' in Nederland. Onderdeel van Menzis zijn de zorgverzekeraars Amicon, Geov?, Anderzorg, Nederzorg, NVS, Rijnmond en het arbo- en re-integratiebedrijf Ardyn en Prov?.

1.1.3 Binnen de kernwerkgebieden in Noord-, Midden- en Oost-Nederland heeft Menzis ongeveer 70% van de - toen nog, JS -(ziekenfonds)verzekerden "onder contract". Alle huisartsen binnen deze regio's hebben een contract met Menzis en hebben dit contract nodig om de huisartsenpraktijk te kunnen uitoefenen. Het huisartsencontract omvat een standaardovereenkomst en bijkomende modules.

1.1.4 Nederlandse (verzekerde) patiënten hebben op grond van de Regeling farmaceutische hulp aanspraak op een basispakket geneesmiddelen. Daartoe behoren onder meer de zogenaamde cholesterolverlagende geneesmiddelen ('statines') en de zogenaamde maagzuurremmers ('protonpompremmers').

1.1.5 Op grond van de Regeling farmaceutische hulp is Menzis gehouden alle statines en protonpompremmers te vergoeden binnen de daarvoor geldende kaders.

1.1.6 Binnen de groepen statines en protonpompremmers zijn innovatieve merkgeneesmiddelen ('specialités') verkrijgbaar maar ook generieke preparaten. Deze laatste mogen op de markt worden gebracht als de octrooien voor de corresponderende specialités zijn verlopen; zij zijn goedkoper dan de specialités. Binnen de groep statines zijn simvastatine en pravastatine als generiek geneesmiddel verkrijgbaar; binnen de groep protonpompremmers is dat omeprazol.

1.1.7 AstraZeneca c.s. zijn fabrikanten van specialités.

1.1.8 Menzis heeft bij brief van 1 september 2005 aan de gecontracteerde huisartsen in het kernwerkgebied een nieuwe contractmodule aangeboden, genaamd 'module rationeel voorschrijven'. De inhoud van deze brief luidt, voorzover hier van belang:

"Waarom de module rationeel voorschrijven?

(...) Uitgangspunt is het belonen voor rationeel voorschrijfgedrag, dus het realiseren van kwalitatief goede en doelmatige zorgverlening.

Er is sprake van kwalitatief goed voorschrijfgedrag als voorschrijvers zich in hun handelen laten leiden door

behandelrichtlijnen die door de beroepsgroepen zelf zijn opgesteld en die gebaseerd zijn op wetenschappelijke studies. Wij doelen hiermee op NHG standaarden of erkende regionale behandelrichtlijnen (...).

Rationeel voorschrijfbeleid betekent ook dat doelmatigheidsaspecten in de overwegingen betrokken worden. (...)

Richtlijnen en individueel voorschrijfbeleid

Wij hechten eraan te benadrukken dat de module geen afbreuk doet aan vigerende richtlijnen of protocollen. Bovendien vinden wij het belangrijk dat u vrij bent en blijft in uw individuele voorschrijfbeleid. Vanzelfsprekend gaan wij er ook van uit dat u uw patiënten eveneens betreft in en informeert over eventuele afwijkingen om van medicatie te veranderen.

Hoe werkt de module Rationeel Voorschrijven?

U kunt op basis van vrijwilligheid deelnemen aan de module Rationeel voorschrijven. De module richt zich met name op het voorschrijven van twee groepen geneesmiddelen: maagzuurremmers en cholesterolverlagers. Bij deelname ontvangt u een financiële vergoeding als u aantoonbare resultaten boekt op het gebied van kwalitatief goed en doelmatig voorschrijfbeleid.

De module kent verscheidene onderdelen waarop u apart kunt intekenen:

- Het voorschrijven van het meest doelmatige middel als de patiënt voor de eerste maal dat middel van u krijgt voorgeschreven

- Het actief omzetten van de medicatie van bestaande patiënten (die deze middelen dus al langer gebruiken) naar een doelmatiger middel (...)"

1.1.9 De module rationeel voorschrijven luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

"MODULE RATIONEEL VOORSCHRIJVEN
(...)

B. Activiteiten waarvoor honorering mogelijk is

Indien de huisarts bereid is specifieke afspraken te maken over ??n of meer van de onderstaande activiteiten en de te bereiken resultaten dan zal daartegenover extra honorering plaatsvinden, als ook de resultaten zijn gerealiseerd. (...)

Geneesmiddelengroep cholesterolverlagers

3. Als het voorschrijven van een cholesterolverlager medisch noodzakelijk is, dan gaat de voorkeur uit naar het meest doelmatige middel. Op grond van het huidige door de beroepsgroepen algemeen geaccepteerde Transmuraal Formularium van de PFG, is dat op dit moment simvastatine. Bij minimaal 80% van de patiënten zal simvastatine generiek, 40 mg op het 1e recept voor cholesterol verlagende middelen (statines) worden voorgeschreven.

4. Het actief omzetten van specialit? cholesterolverlagende middelen naar het meest doelmatige middel (simvastatine-generiek) bij een deel van de patiënten.

Geneesmiddelengroep protonpompremmers

5. Als het voorschrijven van een protonpompremmer medisch noodzakelijk is, dan gaat de voorkeur uit naar het meest doelmatige middel. Op grond van het huidige door de beroepsgroepen algemeen geaccepteerde Transmuraal Formularium van de PFG, is dat op dit

moment omeprazol. Bij minimaal 95% van de patiënten zal omeprazol generiek op het 1e recept voor maagzuurremmende middelen ('protonpompremmers') worden voorgeschreven.

6. Het actief omzetten van specialit? protonpompremmers naar het meest doelmatige middel (omeprazol-generiek) bij een deel van de patiënten."

1.1.10 Op 12 september 2005 heeft Menzis een persbericht doen uitgaan dat, voor zover hier van belang, als volgt luidt:

"Menzis gaat huisartsen belonen als zij als eerste keus medicijnen voorschrijven die als - veel goedkopere - merkloze geneesmiddelen verkrijgbaar zijn. Menzis verwacht in 2006 3,2 miljoen euro te besparen, alleen al door het voorschrijven van beproefde merkloze cholesterolverlagers en maagzuurremmers. (...)

Het geld dat Menzis bespaart, steekt ze in betere zorg. Zo stimuleert Menzis onder andere het voorschrijven van cholesterolverlagers aan ouderdomsdiabeten. Uit onderzoek blijkt namelijk, dat deze middelen standaard horen te worden voorgeschreven aan ouderdomsdiabeten, maar dat dit nog weinig gebeurt. Terwijl daarmee voor deze patiënten het risico op ernstige hart- en vaatziekten en sterfte duidelijk afneemt. (...)"

1.2.1 Voorts kan in cassatie als vaststaand - want in cassatie niet bestreden - worden aangenomen hetgeen het Hof in rov. 3.3-3.5 van zijn arrest heeft overwogen. Het gaat daarbij om het volgende.

1.2.2 De Codecommissie van de Stichting Codecommissie Geneesmiddelenreclame (CGR) heeft op 4 oktober 2005 een adviesoordeel 2005 uitgebracht na een adviesaanvraag van het bestuur van de CGR. Uit het adviesoordeel blijkt dat de aanleiding voor deze adviesaanvraag een brief was van 27 juni 2005 van de voorzitter van de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV). Daarin werd het bestuur van de CGR in overweging gegeven de Codecommissie te verzoeken een standpunt in te nemen over contracten tussen zorgverzekeraars en voorschrijvers van geneesmiddelen, waarin het voorschrijfgedrag van huisartsen wordt beïnvloed, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichting om bij bepaalde indicaties "generiek voor te schrijven" en om patiënten om te zetten van een specialit? naar een generiek geneesmiddel, waarbij die verplichting soms het karakter heeft van een inspannings- en soms van een resultaatsverplichting; zulks terwijl het naleven van die verplichting vaak is gekoppeld aan financiële consequenties. In genoemde brief van de LHV, waarin om een advies van de Codecommissie wordt verzocht, neemt de LHV het standpunt in dat de geschetste aanpak door zorgverzekeraars gelijk te stellen is aan de in de Gedragscode geneesmiddelenreclame (de Code) en het Reclamebesluit geneesmiddelen (Rbg) verboden promotionele activiteiten gericht op het voorschrijven van bepaalde geneesmiddelen door het toekennen, aanbieden of het in het vooruitzicht stellen van voordelen in geld. De zorgverzekeraar geeft immers een financiële incentive als bepaalde geneesmiddelen (niet) worden voorgeschreven, hetgeen valt onder de definitie van re-

clame in de zin van zowel de Code als het Rbg. De LHV neemt voorts het standpunt in dat bovendien sprake is van evident onwenselijke beïnvloeding van het voorschrijfgedrag omdat het een bedreiging vormt voor de professionele autonomie van de arts en daarmee een inbreuk is in de relatie tussen de arts en patiënt.

1.2.3 De Codecommissie heeft in haar advies het volgende oordeel uitgesproken:

- het Rbg is in beginsel op een ieder van toepassing;
- de definitie van het begrip reclame in het Rbg is zeer ruim (in beginsel wordt iedere stimulering bedoeld om de verkoop, het afleveren, het voorschrijven of het verbruik van geneesmiddelen te bevorderen als reclame in de zin van het Rbg bestempeld);
- het vastleggen van een bepaald voorschrijfgedrag in medewerkersovereenkomsten en zeker als dat voorschrijfgedrag wordt gekoppeld aan een financiële beloning, is als reclame in de zin van het Rbg aan te merken, omdat het gaat om een stimulering, bedoeld om het afleveren, het voorschrijven of het verbruik van bepaalde geneesmiddelen te bevorderen.

1.2.4 Van de zijde van Menzis, de Zorgverzekeraars Nederland en de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport is kritiek geuit op het onder 1.2.3 genoemde adviesoordeel, in het bijzonder ten aanzien van de wijze van totstandkoming van het advies.

1.2.5 De Inspectie voor de Gezondheidszorg, die onder meer belast is met het toezicht op de naleving van de bepalingen in het Rbg, heeft bij brief van 22 juli 2005 aan Menzis en bij brief van 22 november 2005 aan CGR geconcludeerd dat afspraken tussen zorgverzekeraars en voorschrijvers van geneesmiddelen niet als reclame aangemerkt kunnen worden, indien aan de volgende drie voorwaarden wordt voldaan:

- de module mag niet aanzetten tot extra voorschriften; de module van Menzis voldoet hieraan, omdat het gaat om doelmatigheid en niet om vergroting van de afzet;
- het gaat om de meest doelmatige middelen en niet om de afzet van simvastatine en omeprazol; op basis van objectieve bronnen "kom je" aldus de Inspectie, momenteel uit op deze producten;
- de module dient regelmatig getoetst en aangepast te worden aan de stand van de wetenschap.

2. Procesverloop

2.1.1 Bij exploiten van 21 september 2005 hebben AstraZeneca c.s. Menzis (in kort geding) gedagvaard voor (de voorzieningenrechter van) de Rechtbank Arnhem. AstraZeneca c.s. hebben gevorderd, zakelijk weergegeven, dat Menzis op straffe van een dwangsom (als nader uitgewerkt in het petitum onder 6):

- i) met onmiddellijke ingang wordt verboden de "module rationeel voorschrijven" en vergelijkbare modules (verder) uit te voeren en aan te prijzen;
- ii) wordt geboden binnen 24 uur na betekening van het te wijzen vonnis een rectificatie (als weergegeven in het petitum) goed zichtbaar op te nemen bovenaan de homepage van haar websites en deze tekst gedurende 45 dagen geplaatst te houden;
- iii) wordt geboden om binnen 48 uur na betekening van het te wijzen vonnis in een landelijk en regionaal dag-

blad binnen elk van haar drie kernwerkgebieden een bericht te plaatsen met de onder ii) bedoelde tekst, voorzien van de logo's en merknamen van alle zorgverzekeraars die deel uitmaken van de Menzis-groep;

iv) wordt geboden om binnen 48 uur na betekening van het te wijzen vonnis aan alle bij hen onder contract staande huisartsen en alle overige (rechts)personen waaraan zij de module "rationeel voorschrijven" heeft gestuurd, een rectificatiebrief te zenden (als weergegeven in het petitum onder 4(1));

v) wordt veroordeeld binnen 72 uur na betekening van het te wijzen vonnis een kopie van de onder iv) bedoelde brief aan de "raadslieden"(2) van AstraZeneca c.s. ter hand te stellen, vergezeld van een lijst met contactgegevens van alle (rechts)personen aan wie de brief is verstuurd, zulks met de gebruikelijke nevenvordering.

2.1.2 AstraZeneca c.s. hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd - heel kort samengevat - dat Menzis onrechtmatig jegens hen handelt door huisartsen een financiële vergoeding toe te kennen als zij aan hun patiënten een bepaald geneesmiddel, t.w. (generiek) simvastatine en (generiek) omeprazol, voorschrijven, ten gevolge waarvan AstraZeneca c.s. aanzienlijke en onomkeerbare schade zullen lijden. Het aanbieden van de module rationeel voorschrijven achten zij in strijd met het Rbg, de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg) en, in elk geval, met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zij werken deze stellingen uitvoerig uit.

2.1.3 AstraZeneca c.s. hebben voorts aangevoerd dat nog maar de vraag is of de prijs/kwaliteitverhouding in het voordeel van de "generieke preparaten" uitvalt en dat "serieuze discussies" plaatsvinden over de risico's van omzetting. Deze kwesties plaatsen zij evenwel uitdrukkelijk buiten de rechtsstrijd (dagv. onder 13, NB en NB2).

2.1.4 AstraZeneca hebben er ten slotte aandacht voor gevraagd dat andere zorgverzekeraars niet hebben laten blijken "tot een dergelijke v?rgaande maatregel te moeten overgaan" (dagv. onder 48).

2.2.1 Menzis heeft betwist dat zij onrechtmatig handelt jegens AstraZeneca c.s. Zij heeft zich op het standpunt gesteld met de module rationeel voorschrijven te beogen op geoorloofde wijze de trend te keren waarin farmaceutische bedrijven onder artsen het voorschrijven van dure eigen producten (specialités) met succes promoten, terwijl daarvoor goedkopere en kwalitatief gelijkwaardige alternatieven bestaan.(3) Volgens Menzis is derhalve sprake van relatief hoge kosten(4) die uiteindelijk alle door de verzekerden via de premies moeten worden opgebracht, zonder dat sprake is van wezenlijke voordelen voor de patiënt.(5) Meer in het bijzonder heeft Menzis betoogd dat het Rbg niet op haar van toepassing is (maar uitsluitend op de farmaceutische sector), en dat zij, voorzover de Rbg-bepalingen voor haar zouden gelden, daarmee niet in strijd handelt. Daarnaast heeft Menzis aangevoerd dat de Wtg niet ertoe strekt de belangen van AstraZeneca c.s. te beschermen en dat overigens haar handelen niet strijdig is met de Wtg. Menzis heeft voorts bestreden dat het

aanbieden van de "module rationeel voorschrijven" in strijd is met de maatschappelijke zorgvuldigheid.(6)

2.2.2 Volgens Menzis zouden "ook andere verzekeraars" (waarvan zij een aantal namen noemt) "dezelfde doelstelling als de module van Menzis [hebben], maar [zij] kennen afwijkende voorwaarden en financieringsvorm" (pleitnota Prof. De Groot blz. 8).

2.3.1 Bij vonnis van 14 oktober 2005 heeft de voorzieningenrechter de gevorderde voorzieningen geweigerd op de navolgende gronden.

2.3.2 De strenge regulering van de markt dient vooral een aantal doeleinden:

* vrijheid van de arts aan de hand van professionele normen medicijnen voor te schrijven;

* normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en - in dat kader - een goede publieksvoorlichting moet voldoen;

* kostenbeheersing;

* kwaliteit van de gezondheidszorg.

Geen van de hier relevante regelingen verschaft "een bijzondere bescherming" van de commerciële belangen van de fabrikanten (rov. 4).

2.3.3 Menzis valt niet onder het bereik van het Rbg, zoals volgt uit de - in het vonnis geciteerde - considerans van Richtlijn 92/28/EEG en van Richtlijn 2001/83/EG, de - eveneens geciteerde - nota toelichting op het Rbg waarmee Richtlijn 92/28/EEG in Nederland is uitgevoerd en geïmplementeerd, alsmede de - ook geciteerde - toelichting op de beleidsregels van 4 februari 2003 betreffende de nadere invulling van het begrip gunstbetoon in art. 14-17 Rbg (rov. 6-9).

2.3.4 Er is geen sprake van dat Menzis op een ontoelaatbare wijze het voorschrijfbeleid van de arts beïnvloedt (rov. 10-12 en 14). Hierop strandt het betoog van AstraZeneca c.s. dat Menzis geen reclame mag maken voor geneesmiddelen omdat zij de artsnijbereidkunst niet mag uitoefenen. Immers maakt Menzis niet "op grond van de inhoud" reclame; zij maakt slechts reclame voor haar eigen beleid (rov.13).

2.3.5 Dat de werking van de specialités en de generieke geneesmiddelen gelijk is, is in deze procedure niet gebleken zodat de stelling van AstraZeneca c.s. dat de module rationeel voorschrijven zulks ten onrechte vermeldt, wordt verworpen (rov. 16).

2.3.6 AstraZeneca c.s. kunnen geen beroep doen op de bepalingen van de Wtg aangezien deze wet ten doel heeft evenwichtige tarieven tot stand te brengen, vooral met het oog op de beheersing van de kosten van de gezondheidszorg. Zij strekt niet tot bescherming van commerciële belangen zoals die van de fabrikanten en leveranciers van geneesmiddelen (rov. 18). Het is niet aannemelijk geworden dat Menzis de procedure van art. 15 Wtg heeft omzeild, waarbij zorgverzekeraars een ontheffing van het verbod van art. 2 Wtg kan worden verleend. Zelfs indien Menzis art. 2 Wtg overtreedt, geldt evenzeer dat sprake is van een norm die niet strekt tot bescherming van het commerciële belang van AstraZeneca c.s. om de door hen vervaardigde geneesmiddelen 'in de pen van de arts te krijgen'.

2.4.1 Bij (spoedappel)dagvaarding zijn AstraZeneca c.s. in hoger beroep gekomen bij het Hof Arnhem.

2.4.2 AstraZeneca c.s. hebben acht grieven geformuleerd. Menzis heeft die grieven bestreden.

2.5.1 In zijn arrest van 3 januari 2006 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang, heeft het Hof zijn beslissing op de volgende overwegingen gebaseerd:(7)

"4.3 Wat het RBG en de WTG betreft, acht het hof van belang dat geen grief is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de strenge regulering van de markt een aantal doeleinden dient, vooral:

- de vrijheid van de arts om aan de hand van zijn professionele normen geneesmiddelen voor te schrijven;

- de normen waaraan reclame voor geneesmiddelen ten aanzien van inhoud en verspreiding in het belang van de volksgezondheid en - in dat kader - een goede publieksvoorlichting moeten voldoen;

- de beheersing van de kosten in de gezondheidszorg;

- de kwaliteit van de gezondheidszorg.

4.4 Tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat die doeleinden niet dienen ter bescherming van de belangen van fabrikanten van geneesmiddelen zoals AstraZeneca c.s., is grief VI gericht. AstraZeneca c.s. stellen in dit verband het volgende. De voorzieningenrechter heeft zijn oordeel gebaseerd op een onjuiste beschrijving en bepaling van de wederzijdse belangen van partijen. Het belang van de fabrikanten in deze is niet "het commerciële belang ... om hun geneesmiddelen in de pen van de arts te krijgen", maar het gaat de fabrikanten erom dat zij gevrijwaard blijven van financiële incentives van zorgverzekeraars die erop gericht zijn om hun geneesmiddelen "uit de pen" van de arts te krijgen. Anders gezegd: het gaat om een "level playing field". Niemand, ook een verzekeraar niet, mag de voorschrijfkeuze van artsen met financiële incentives beïnvloeden.

4.5 Het hof verworpt dit betoog. Het "level playing field" houdt in dat voor alle ondernemingen in een bepaalde sector dezelfde spelregels gelden zodat zij gelijke kansen in de concurrentiestrijd hebben. Menzis houdt zich als zorgverzekeraar niet bezig met het ontwikkelen, vervaardigen en op de markt brengen van geneesmiddelen, zoals de farmaceutische ondernemingen doen. Menzis is dus geen concurrent van AstraZeneca c.s. Naar het voorlopig oordeel van het hof doet de module rationeel voorschrijven van Menzis niets af aan het "level playing field" tussen concurrerende farmaceutische ondernemingen. De farmaceutische ondernemingen kunnen zich tegenover elkaar op het RBG beroepen. De zogenaamde correctie-Langemeijer brengt echter niet mee dat farmaceutische bedrijven zich ook tegenover een zorgverzekeraar als Menzis kunnen beroepen op schending van reclameregels. Het RBG beoogt niet het belang van AstraZeneca c.s. bij behoud en vergroting van de afzet van haar producten te beschermen, net zo min als dit het geval is ten aanzien van de WTG, die strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars. Daarom, mede omdat geen van beide wettelijke regelingen bepalingen bevat die meebrengen dat dit anders

zou zijn, hebben AstraZeneca c.s. rechtens onvoldoende belang bij een uitspraak van de voorzieningenrechter over de vraag of de module rationeel voorschrijven wel of niet in strijd is met het RBG en de WTG.

4.6 Wat de door AstraZeneca c.s. gestelde strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid betreft, is het hof voorschrijfs van oordeel dat de beweerdelijk geschonden norm, te weten dat artsen niet in hun voorschrijfsbeleid moeten worden beïnvloed door financiële stimulansen, evenmin beoogt het belang van AstraZeneca c.s. bij behoud of vergroting van de afzet van haar producten te beschermen. Bedoelde norm strekt ter bescherming van de professionele verantwoordelijkheid van de arts en ter bescherming van het individuele patiëntenbelang. Dit brengt mee dat AstraZeneca c.s. zich ook niet kunnen beroepen op de gestelde schending van deze norm door zorgverzekeraar Menzis. Ten aanzien van de stelling van AstraZeneca c.s. dat Menzis ook in strijd handelt met de algemene zorgvuldigheidsnorm dat zij niet zo maar een ander schade mag toebrengen als zij van die schade op de hoogte is, overweegt het hof het volgende. Menzis tracht met de module rationeel voorschrijven te bewerkstelligen dat van de cholesterolverlagers en de maagzuurremmers, zo vaak als dat verantwoord mogelijk is, het goedkoopste geneesmiddel wordt voorgeschreven. Aldus streeft Menzis naar een normale werking van de markt, waar, bij onderling vergelijkbare geneesmiddelen, gekozen wordt voor het goedkoopste product in plaats van voor dure middelen. Als AstraZeneca c.s. daardoor marktaandeel verliezen, is dit niet door het doelbewust toebrengen van schade door Menzis, maar door de werking van de markt. Het element in de module rationeel voorschrijven dat artsen de beloning eerst ontvangen als zij ten minste 80% van de patiënten die cholesterolverlagers nodig hebben, (om)zetten op simvastatine en ten minste 95% van de patiënten die maagzuurremmers nodig hebben, (om)zetten op omeprazol, zou een te ver gaande stimulans kunnen zijn, maar vooralsnog ziet het hof geen grond voor een ordemaatregel, omdat de module inhoudt dat een arts die een patiënt vervolgens weer (terug)zet op een andere cholesterolverlager of maagzuurremmer zijn bonus niet verliest."

2.6 AstraZeneca c.s. hebben tijdig beroep in cassatie ingesteld. Menzis heeft het beroep bestreden. Vervolgens hebben partijen hun stellingen schriftelijk toegelicht, waarna Menzis nog heeft gedupliceerd.

3. Inleiding

3.1 Het gaat in deze kort geding-procedure om een uitermate principiële kwestie. Een kwestie die de samenleving (potentieel) in het hart raakt: de gezondheidszorg.

3.2 Een ogenblik afgezien van de hoogst interessante juridische problematiek waarover beide partijen belangwekkende en tot nadenken stemmende stellingen hebben geïtaleerd, botsen potentieel twee belangen:

- a. kostenbeheersing. Zeker in een "vergrijzende samenleving" springt de betekenis daarvan in het oog;
- b. adequate medische zorg en verstrekking van adequate medicijnen. Ik ga hier niet in op de goeddeels

rechtspolitieke vraag wat precies moet worden verstaan onder "adequaat". Voldoende maar tevens noodzakelijk is erop te wijzen dat daarvan m.i. in het algemeen geen sprake zal zijn wanneer patiënten genoeg moeten nemen met medicijnen die relevante negatieve bijwerkingen hebben of die in relevante mate minder effectief zijn dan andere, maar duurere, medicijnen. De vraag wat "relevant" betekent, zal m.i. in belangrijke mate worden bepaald door de ernst en duur van de bijwerkingen of de ernst en duur van de kwaal die wordt bestreden. Hier dringt zich - zo merk ik ambtshalve op - een parallel op met het Halcion-arrest(8) en meer in het algemeen met de kelderluikcriteria.(9) (10)

3.3.1 Het is daarom, in zekere zin, te betreuren dat de rechtsvragen waartoe dit cassatieberoep noopt in feite goeddeels in het luchtledige moeten worden beantwoord.(11) Over de onder 3.2 genoemde kwesties heeft het Hof niets vastgesteld. Partijen hebben er wel en passant iets over gezegd, maar AstraZeneca c.s. hebben er voor gekozen deze kwestie te laten rusten; zie onder 2.1.3. Ik kom hierop onder 5.5. terug bij de bespreking van het derde middel.

3.3.2 Prof. Van Nispen probeert dit gevaar in zijn s.t. te bezweren. Zijn beschouwing onder 29-31 kan AstraZeneca c.s. niet baten. Op deze en dergelijke stellingen - die een onderzoek van feitelijke aard zouden vergen waarvoor in een kort geding geen plaats is - hebben de fabrikanten hun vordering immers niet gebaseerd. Ik moge verwijzen naar rov. 4.1 van het bestreden arrest waarin het Hof aangeeft waarop de vordering stoelt. Dat oordeel is in cassatie niet bestreden.

3.4.1 Het ligt voor de hand te veronderstellen dat het hier niet alleen om een Nederlands probleem gaat. Het heeft mij daarom getroffen dat partijen - de hoogst aanzienlijke belangen die voor hen en (naar in de rede ligt ook) voor de samenleving op het spel staan ten spijt - niets hebben gezegd over de wijze waarop andere landen daarmee omgaan; zeker AstraZeneca c.s. die (voor een belangrijk deel) behoren tot grote internationaal opererende concerns, moeten over deze informatie beschikken.

3.4.2 Beslissend zou een en ander uiteraard niet zijn geweest. Maar het is evenmin op voorhand van (ieder) belang gespeend.

3.4.3 Ik heb ervan afgezien om zelf naar deze gegevens op zoek te gaan. Het is immers zeer de vraag of openbaar toegankelijke informatie zonder meer betrouwbaar en volledig is, hetgeen ik niet goed zou kunnen beoordelen. Het ligt, zo dat in beginsel al geoorloofd zou zijn, niet voor de hand om naar niet publiekelijk toegankelijke bronnen te gaan speuren. De kans op fouten of vergissingen bij een volledig ambtshalve uitgevoerd onderzoek op een zo doornig terrein als het onderhavige is bovendien te groot. Gezien de beperkingen in tijd en omvang van "Borgers-brieven" zouden partijen daarop ook niet meer adequaat kunnen reageren.

3.5 Menzis heeft, met enkele stukken gestaafd, aangegeven dat ook twee andere verzekeraars vergelijkbare stappen proberen te zetten; mva blz. 17; AstraZeneca c.s. hebben daarbij sterk relativerende kanttekeningen geplaatst (pleitnota mr Meulenbelt in app?l onder 39

e.v.). Niet uit de verf is gekomen - allicht mede gezien de aard van de onderhavige procedure - wat andere zorgverzekeraars doen (om de kosten van geneesmiddelen binnen de perken te houden). Ook dat zou wellicht gewicht in de schaal kunnen leggen. Ik werk dat niet nader uit.

3.6.1 Menzis heeft er bij herhaling aandacht voor gevraagd dat geneesmiddelenproducenten zelf (ook) allerlei wegen zoeken om artsen te beïnvloeden. Het zou daarbij de facto gaan om financiële prikkels. Het Hof heeft daaromtrent niets vastgesteld. Geheel onaanvaardbaar is het betoog van Menzis zeker niet.(12)

3.6.2 Indien zulks vast zou staan, zou dat zeer wel in de weg kunnen staan aan de vordering van AstraZeneca c.s. op grond van het aloude - en in het algemeen maatschappelijk allerminst onwenselijke - leerstuk in *pari delicto*.(13)

3.7 Menzis zou de door AstraZeneca c.s. gewraakte "module" in 2006 hebben aangepast; zie s.t. Prof. Van Nispen onder 29. Als ik het goed zie dan is de kern daarvan niet gewijzigd zodat partijen belang houden bij een inhoudelijke bespreking van de klachten.(14)

3.8 Ten slotte: ik wil niet verhelen het bedrag dat huisartsen voor slechts twee generieke producten als "inkomenssteun" krijgen aangeboden fors te vinden; eens te meer wanneer wordt bedacht dat de gemiddelde huisarts ongetwijfeld contracten heeft met meer verzekeraars dan alleen Menzis.(15) (16) Mogelijk was Menzis tot datzelfde oordeel gekomen. Met ingang van 2006 mogen de bedragen - naar zij heeft aangevoerd - nog slechts worden besteed voor "kwaliteitsbevordering in de huisartsenpraktijk" (mva blz. 19).

4. Bespreking van (de klacht over) de (beweerdelijk) "nieuwe betekenis" van art. 6:163 BW

4.1 In zijn s.t. heeft Prof. Van Nispen aandacht gevraagd voor de - in zijn ogen - nieuwe opzet van art. 6:163 BW ten opzichte van het oude art. 1401 BW en de daarop gezante rechtspraak. Ik meen zijn betoog aldus te mogen samenvatten dat normen in beginsel een algemene strekking hebben. Dat wil, als ik het goed zie, zeggen dat zij worden vermoed te strekken ter bescherming van de belangen van "een ieder" die door overtreding ervan schade lijdt. De "argumentatielast" van het tegendeel ligt op de gedaagde. Hij moet "aantonen" dat de ingeroepen norm eisers belang niet beschermt. Daartoe is, nog steeds volgens Prof. Van Nispen, "een beroep op de wetsgeschiedenis, waarin daarover niets is te vinden, onvoldoende" (vooral s.t. onder 20 en 22).

4.2 Als ik het goed zie dan behelzen het eerste en tweede onderdeel van middel I een hierop gerichte klacht; daarop wijst ook - zij het niet ten volle duidelijk - de s.t. onder 35.

4.3 De vraag of een dergelijke klacht al dan niet in het middel moet worden gelezen, is m.i. lood om oud ijzer. Als de onder 4.1 weergegeven stelling juist zou zijn, dan zal de kernvraag die in cassatie aan de orde wordt gesteld (waartoe strekken de normen waarop AstraZeneca c.s. zich hebben beroepen) in die sleutel moeten worden beoordeeld.

4.4 Het komt mij voor dat de door AstraZeneca c.s. bepleite benadering niet gemakkelijk toepasbaar is. Zij geven (dan ook) niet goed aan hoe de rechter, die binnen het door hen geschetste raamwerk tewerk wil gaan, zou moeten beoordelen of al dan niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

4.5 Opmerking verdient al aanstonds dat het hier - zoals Prof. Van Nispen uiteraard onderkent - gaat om een rechtsvraag. Deze leent zich niet (goed) voor bewijslevering en evenmin door het aantonen van de (diepere) zin of strekking door partijen. De rechter zal zich daarover zelfstandig een oordeel moeten vormen.

4.6 Wellicht - het is niet goed duidelijk - bedoelt Prof. Van Nispen tot uitdrukking te brengen dat het niet (zozeer) aankomt op de argumentatielast van deze of gene partij, maar dat er goede gronden moeten zijn om aan te nemen dat een (wettelijke) norm de belangen van een specifieke schadelijder niet beoogt te beschermen. Zulks in dier voege dat er klemmende argumenten moeten zijn om een dergelijke van de hoofdregel afwijkende regel te rechtvaardigen.

4.7 Ook in deze laatste benadering wordt de bijl gezet aan de regel dat rechtsoordelen - waarom het hier evident gaat - geen motivering behoeven. En ook in deze benadering doet zich de moeilijkheid gevoelen dat niet steeds spijkerharde of eenduidige aanwijzingen zullen bestaan voor deze of gene strekking, terwijl al met al voldoende duidelijk is dat een bepaald geldingsbereik van een norm w?l dan wel juist niet is bedoeld. Hoe men het keert of wendt: de door AstraZeneca c.s. bepleite regel zet de aansprakelijkheidssluisen verder open dan wenselijk.

4.8.1 Hieraan doet niet af dat in de wetsgeschiedenis van art. 6:163 BW wel enig aanknopingspunt is te vinden voor de door de fabrikanten verdedigde opvatting,(17) al is hetgeen aldair wordt betoogd niet geheel duidelijk. In het betoog lijkt ook een zekere tegenspraak te schuilen.

4.8.2 Immers wordt eerst benadrukt dat de wetgever "zelden uitdrukkelijk aangeeft, in hoeverre degenen die ten gevolge van de schending van die verplichting schade lijden" daaraan op grond van art. 6:162 BW een aanspraak op schadevergoeding kunnen ontleen. Enkele regels verderop wordt gezegd dat "in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft."

4.8.3 Nog daargelaten dat de passage door de clausule-ring "in het algemeen" niet zonder meer koren op der fabrikanten molen is, is niet aanstonds duidelijk hoe zou kunnen worden vastgesteld dat een norm een bepaalde strekking niet heeft wanneer de wetgever zijn bedoelingen op dit punt zelden uitdrukkelijk prijsgeeft.

4.9.1 De evenmin geheel duidelijke uiteenzetting in de MvA maakt dit niet anders. Eerst wordt uiteengezet dat de vordering moet worden afgewezen wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming van eiser.(18) Een benadering die het tegendeel inhoudt van hetgeen het onderdeel bepleit.

4.9.2 De bewindsman vervolgt dan met de stelling dat "een norm in beginsel strekt tot bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden" om af te ronden met de stelling dat "voor een beroep op het artikel (...) derhalve [moet] komen vast te staan dat de betreffende norm de eiser in het gegeven geval niet beschermt tegen de schade, zoals hij deze heeft geleden."(19) Men kan daarin steun lezen voor de door Prof. Van Nispen verdedigde opvatting. Dwingend is die lezing niet. Veeleer - mede in het licht van hetgeen verder in dit hoofdstuk 4 wordt betoogd - ligt voor de hand dat niet meer of anders wordt bedoeld dan dat een vordering moet worden afgewezen voor zover niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste.

4.9.3 De hier verworpen opvatting zou ook tot maatschappelijk volstrekt onmogelijke en ongewenste consequenties leiden. Zij gaat blijkbaar uit van de irrationele gedachte dat een wetgever alle situaties die hij niet wil beschermen en die, voor een deel, in de verre toekomst en in voorkomende gevallen in een geheel andere setting en onder volstrekt gewijzigde omstandigheden aan de orde komen, kan voorzien. En dat hij op grond van deze helderziendheid nu al kan aangeven welke belangen hij niet wenst te beschermen. In de woorden van de beroemde discourspreliminaire van Portalis:

"il serait absurde de se livrer ? des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative".(20)

Ook AstraZeneca c.s. zullen met deze realiteit moeten leven.

4.10 Bij dit alles moet nog worden bedacht dat de uitspraken in de MvA klaarblijkelijk een reactie zijn op het VV II. Daarin wordt, zowel in het kader van de relativiteit als in dat van de toerekening op de voet van (thans) art. 6:98 BW de zorg uitgesproken dat de rechter "alles wat (...) [hij] maar wenselijk vindt" zou kunnen doen;(21) of, zoals het verderop wordt uitgedrukt een zaak zou kunnen beslissen "overeenkomstig de maatschappelijke inzichten waarover hij beschikt".(22)

4.11.1 Zowel de toerekening van art. 6:98 BW als de relativiteitsnorm waren destijds nog betrekkelijk nieuwe leerruilen. De zorg van de Tweede Kamer zal ongetwijfeld mede tegen deze achtergrond moeten worden begrepen. Inmiddels is de kritiek allang verstomd(23) en zijn we met beide leerstukken geheel vertrouwd geraakt, hoe lastig toepassing ervan in concrete gevallen ook kan zijn.(24)

4.11.2 Dat laat onverlet dat het, zeker in gevoelig liggende zaken, wenselijk is dat de rechter motiveert waarom hij een dam opwerpt tegen (volledige) aansprakelijkheid. Zowel de voorzieningenrechter als het Hof hebben dat in casu ook gedaan.

4.12.1 Met mijn ambtgenoot Keus komt het mij voor dat het huidige art. 6:163 BW niet in de door het onderdeel voorgestane zin moet worden begrepen.(25) Naar gangbare opvattingen - die ik voor juist houd - is het doel van de leer, in de bewoordingen van Hartkamp, een te uitgebreide aansprakelijkheid te voorkomen.(26) Dat doel kan moeilijk worden bereikt door het hanteren van (hoofd)regels als door het onder-

deel bepleit. Veeleer is nodig om van geval tot geval te bezien of aan het relativiteitsvereiste is voldaan en of aansprakelijkheid tot onwenselijke gevolgen zou leiden.

4.12.2 Het relativiteitsvereiste geldt niet in alle landen.(27) Dat betekent niet dat aansprakelijkheid in landen waar het niet geldt onbeperkt is. In dergelijke landen past de rechter in voorkomende gevallen een mouw aan het spook van ongebreidelde aansprakelijkheid. In de Principles of European Tort Law is het vereiste verankerd in art. 2:102; een benadering als door AstraZeneca c.s. bepleit wordt daarin niet omarmd.(28)

4.12.3 In zijn recente belangwekkende European Tort Law sluit Cees van Dam zijn rechtsvergelijkende onderzoekstocht als volgt af (met weglating van voetnoten):

"The lesson of this chapter is that unlawfulness or wrongfulness cannot be one-sidedly on the infringement of a right (as is the primary approach in ? 823 I BGB) or one-sidedly on a certain kind of conduct (as is the primary approach in the English tort of negligence). Unlawfulness or wrongfulness is rather determined by balancing the interests of both the claimant (the protection of his life, goods, and financial interests) and the defendant (the protection of his freedom to act). This makes tort law a special branch of the fine art of balancing (...)".(29)

4.13 Anders dan Prof. Van Nispen meent,(30) heeft de Hoge Raad zich naar aanleiding van een soortgelijke klacht zijnerzijds in een eerdere zaak m.i. wel degelijk uitgelaten in de zaak Pfizer c.s./Cosmétique Active.(31) In rov. 4.2.2 geeft de Hoge Raad de strekking van onderdeel 1 - die overeenkomt met het thans voorgedragen betoog - weer. Deze klacht sneeft. Weliswaar wordt zij in rov. 4.2.3 niet met zoveel woorden als onjuist ontmaskerd, maar het is m.i. niet aan twijfel onderhevig dat dit wel gebeurt. Immers aangegeven wordt hoe het relativiteitsvereiste moet worden begrepen. Het komt aan op doel en strekking van de norm aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijze van ontstaan van de schade de met de regeling beoogde bescherming zich uitstrekt.(32) Dat oordeel staat haaks op de gedachte dat sprake is van een beschermd belang tenzij

4.14 Te bedenken valt ten slotte nog dat het bij de vraag naar de beschermingsomvang van een norm mede aankomt op de strekking. Daarin moet niet alleen acht worden geslagen op de bedoeling van de wetgever, maar bestaat - in de woorden van Hijma(33) - ook ruimte voor weging en honorering van andere factoren zoals de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten, redelijkheid en dergelijke meer. In de door de fabrikanten voorgestane benadering is daarvoor, als ik het goed zie, geen plaats.

4.15 Voor het Rbg komt hier nog bij dat het daar sprake is van een op Europese regelgeving gebaseerde wetgeving. Bij de uitleg van (de strekking van) zulk een regel komt het vanzelfsprekend niet (alleen) aan op Nederlandse inzichten.

5. Bespreking van de (overige) klachten

5.1.1 Middel I neemt met een aantal klachten - "redenen", hierna: onderdelen - stelling tegen rov. 4.5. De eerste vier onderdelen zien op de juiste toepassing van art. 6:163 BW, meer in het bijzonder op de door het Hof ontkennend beantwoorde vraag of wat betreft de (door AstraZeneca c.s.) gestelde schending van het Rbg en de Wtg is voldaan aan het relativiteitsvereiste als bedoeld in art. 6:163 BW.

5.1.2 Volgens onderdeel 1 is rechtens onjuist 's Hofs overweging dat "mede omdat geen van beide wettelijke regelingen bepalingen bevat die meebrengen dat dit anders zou zijn, [...] AstraZeneca c.s. rechtens onvoldoende belang [hebben] bij een uitspraak van de voorzieningenrechter over de vraag of de module rationeel voorschrijven wel of niet in strijd is met het RBG en de WTG". Aldus zou het Hof hebben miskend dat art. 6:163 BW ervan uit gaat dat een norm in beginsel strekt ter bescherming van allen die als gevolg van overtreding ervan schade kunnen lijden, dan wel ter bescherming tegen alle schade die aan de dader op de voet van art. 6:98 BW als gevolg van die overtreding kan worden toegerekend. Hierop werd onder 4 al ingegaan.

5.1.3 Onderdeel 2 stelt dat het Hof heeft miskend dat voor een beroep op art. 6:163 BW moet komen vast te staan dat de betreffende (geschonden) norm in het gegeven geval niet beschermt tegen de schade, zoals de eiser deze heeft geleden. Dit is niet reeds het geval als vaststaat, aldus het onderdeel onder verwijzing naar rov. 4.3, dat wat het Rbg en de Wtg betreft de strenge regulering van de markt een aantal - vooral de in rov. 4.3 genoemde - doeleinden dient, omdat uit zo'n enumeratieve opsomming niet zonder meer volgt dat het Rbg en de Wtg AstraZeneca c.s. in casu niet beschermen in hun belang bij behoud en vergroting van de afzet van hun producten.

5.1.4 Onderdeel 3 betoogt dat rechtens ook onjuist is 's Hofs overweging dat het Rbg niet beoogt het belang van AstraZeneca c.s. bij behoud en vergroting van de afzet van haar producten te beschermen, zeker als het gaat om een zorgverzekeraar die het Rbg overtreedt in een actie die is gericht tegen AstraZeneca c.s. en/of beoogt, althans naar voor Menzis voorzienbaar is, direct ten gevolge heeft dat voor AstraZeneca c.s. nog slechts 20% van de markt voor statines en slechts 5% van de markt voor protonpompremmers overblijft. Zulks zou te meer gelden nu AstraZeneca c.s. zelf (ook) aan het Rbg zijn gebonden.

5.1.5 Volgens onderdeel 4 is verder rechtens onjuist 's Hofs overweging dat de Wtg strekt ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars en niet beoogt voormeld belang van AstraZeneca c.s. te beschermen, zeker als het gaat om een zorgverlener die de Wtg overtreedt in een actie die gericht is tegen AstraZeneca c.s. en/of beoogt, althans naar voor Menzis voorzienbaar is, direct ten gevolge heeft dat voor AstraZeneca c.s. nog slechts 20% van de markt voor statines en slechts 5% van die voor protonpompremmers overblijft.

5.2 De onderdelen lenen zich m.i. voor gezamenlijke behandeling. Immers strekken zij alle ten betoge dat Wtg en Rtg w?l strekken ter bescherming van de door AstraZeneca c.s. ingeroepen belangen.

5.3.1 Vooropgesteld zij dat AstraZeneca c.s. - naar het Hof met juistheid heeft overwogen en dan ook in cassatie niet wordt bestreden - in app?l geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de Rechtbank waarin wordt aangegeven waartoe de strenge regulering van de markt "vooral" dient (rov. 4.3). Uit rov. 4 van het vonnis van de Rechtbank blijkt dat zij bij bedoelde regulering vooral het oog heeft op reclame en kostenbeheersing. Ook dat is in app?l niet bestreden.

5.3.2 Het vonnis van de Rechtbank - en datzelfde geldt trouwens voor 's Hofs arrest - kan niet anders worden begrepen dan aldus dat ook de uit de regulering(sdrang) voortvloeiende maatregelen op het stuk van reclame in het bijzonder worden ingegeven door de in rov. 4 van het vonnis (en rov. 4.3 van het arrest) genoemde omstandigheden. Het commerciële belang van de fabrikanten behoort daartoe niet. Het ligt ver af van hetgeen met deze regulering w?l wordt beoogd. Dat brengt mee dat AstraZeneca c.s. zich hooguit nog aan een strohalm van een eventuele bijbedoeling van de wetgever (of van de "nevenstrekking" van de litigieuze regelingen) kunnen optrekken. Daarvoor is dan wel vereist dat daarvan voldoende blijkt.

5.4 Ingevolge art. 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Zoals onder 4.13 reeds werd vermeld komt het bij de beantwoording van de vraag of aan dit relativiteitsvereiste is voldaan aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.

5.5 Het Hof heeft met zijn in rov. 4.5 vervatte oordeel de zojuist genoemde maatstaf niet miskend.⁽³⁴⁾ Het Hof brengt daarin - het zij erkend: in geheel eigen bewoordingen - tot uitdrukking dat, mede in het licht van de in rov. 4.3 weergegeven overweging van de voorzieningenrechter omtrent de doeleinden van de strenge regulering van de markt in het Rbg en de Wtg, de bescherming die het Rbg en de Wtg beoogen te geven zich niet uitstrekt tot (het belang bij behoud en vergroting van de afzet van de producten van) farmaceutische bedrijven (in casu geneesmiddelenfabrikanten als AstraZeneca c.s.). Immers strekken bedoelde regelingen "ter bescherming van de belangen van patiënten, zorgverleners en verzekeraars". Uit niets blijkt dat dit anders is, aldus nog steeds het Hof.

5.6.1 Uit de s.t. van Prof. Van Nispen blijkt dat de wetsgeschiedenis nauwelijks aanknopingspunten biedt voor het door de fabrikanten verdedigde standpunt. In elk geval worden deze - met uitzondering van de onder 5.6.2 vermelde - niet genoemd. Zij zoeken hun heil bij een wet die nog niet in werking is getreden (onder 35). In de uitvoerige en rijk gedocumenteerde s.t. van mr Van Duijvendijk-Brand en Prof. De Groot worden

daarentegen (onder 3.3, blz. 9 e.v.) veel bronnen genoemd die tegen het standpunt van de fabrikanten pleiten. In essentie onderschrijf ik de in deze laatste s.t. ontwikkelde gedachtegang.

5.6.2 De s.t. van Prof. Van Nispen zoekt uitsluitend heil bij de MvT op de nieuwe Geneesmiddelenwet.(35) Hij beroept zich met name op de volgende uitlating:

"De meeste normen van het onderhavige hoofdstuk [Geneesmiddelenreclame, JS] richten zich tot een ieder."(36)

5.6.3 De fabrikanten laten de rest van de uiteenzetting weg. Het lijkt toch goed deze w?l te citeren:

"Er zijn evenwel een paar normen die uitsluitend zijn gericht tot farmaceutische ondernemingen. In de praktijk blijkt dat het meestal de houders van de handelsvergunning zijn die zelf reclame maken voor hun geneesmiddelen of daartoe opdracht geven.

Doch ook fabrikanten en groothandelaren die niet tevens zijn houder van de handelsvergunning, kunnen er belang bij hebben reclame te maken voor de geneesmiddelen die zij bereiden onderscheidenlijk distribueren. Met de mogelijkheid dat zij daartoe overgaan moet derhalve rekening worden gehouden. Gemakshalve zijn de farmaceutische bedrijven die in de praktijk zelf reclame maken (...) of dat door anderen laten doen, onder ??n noemer gebracht."(37)

5.6.4 Mij is, met alle respect, niet goed duidelijk waarom het citaat, in zijn geheel gelezen, de fabrikanten zou kunnen baten. Voor mij is duidelijk dat de Minister met "een ieder" weliswaar ook anderen op het oog had dan alleen de farmaceutische industrie, maar er valt geen enkele aanwijzing uit te putten dat hij mede het oog heeft gehad op bijvoorbeeld zorgverzekeraars. Ware dat al anders, dan zou aan de onder 5.6.2 geciteerde passage in het licht van al het navolgende onvoldoende belang kunnen worden gehecht.

5.7 Het Rbg (besluit van 31 oktober 1994, Stb. 1994, 787, nadien gewijzigd) is gebaseerd op art. 26, aanhef en onder a en f, Wet op de geneesmiddelenvoorziening (Wgv). In het Pfizer/Cosm?tique-arrest(38) (rov. 4.2.3) heeft de Hoge Raad als juist aangemerkt:

"s Hofs oordeel, dat erop neerkomt dat de WGV, gelet op de parlementaire geschiedenis, zowel van de oorspronkelijke wet als van de wijzigingswet waarbij Richtlijn 65/65/EEG is ge?mplementeerd (Wet van 8 december 1977, Stb. 692), en mede in het licht van de doelstellingen van de - hiervoor in 3.2 vermelde - Europese richtlijnen, slechts ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen en dat de geschonden bepalingen van de WGV niet strekken tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie (...)."(39)

5.8 Het Rbg dient (mede) ter implementatie van Richtlijn 92/28/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik(40) (hierna: Richtlijn 1992/28). In de considerans van Richtlijn 1992/28 valt onder andere te lezen (cursivering toegevoegd):

"Overwegende dat alle Lid-Staten bovendien bijzondere maatregelen betreffende reclame voor geneesmiddelen hebben getroffen; dat deze maatregelen onderling verschillen; dat deze verschillen van invloed zijn op de totstandkoming en de werking van de interne markt omdat reclame die in een Lid-Staat wordt verbreid consequenties kan hebben in de andere Lid-Staten;

(...)

Overwegende dat in een buitensporige en ondoordachte vorm gebrachte publieksreclame voor geneesmiddelen die zonder recept kunnen worden afgeleverd, van invloed kan zijn op de volksgezondheid; dat deze reclame, voor zover zij is toegestaan, bijgevolg moet voldoen aan bepaalde essentiële criteria die nader dienen te worden omschreven;

(...)

Overwegende dat reclame voor geneesmiddelen die is gericht op personen die bevoegd zijn om deze voor te schrijven of af te leveren, tot de voorlichting van deze personen bijdraagt; dat dergelijke reclame evenwel dient te worden onderworpen aan strenge voorwaarden en aan een doeltreffende controle, waarbij met name wordt aangehaakt bij de werkzaamheden die in het kader van de Raad van Europa zijn verricht;

(...)

Overwegende dat personen die bevoegd zijn om geneesmiddelen voor te schrijven, in staat moeten zijn deze taken volkomen objectief te verrichten zonder te worden beïnvloed door rechtstreekse of onrechtstreekse financiële stimulansen;

Overwegende dat moet worden toegestaan, mits aan bepaalde beperkende voorwaarden is voldaan, dat aan personen die bevoegd zijn om geneesmiddelen voor te schrijven of af te leveren, gratis monsters van geneesmiddelen worden verstrekt ten einde hen in staat te stellen met nieuwe geneesmiddelen vertrouwd te raken en ervaring met het gebruik ervan te verkrijgen".

5.9 Tezamen met een aantal andere richtlijnen inzake geneesmiddelen voor menselijk gebruik is Richtlijn 1992/28 gecodificeerd en in ??n tekst samengebracht in Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik(41) (hierna: Richtlijn 2001/83). In de considerans van Richtlijn 2001/83 is onder andere overwogen (cursivering toegevoegd):

"(2) Elke regeling op het gebied van de productie, distributie en gebruik van geneesmiddelen moet de bescherming van de volksgezondheid tot voornaamste doelstelling hebben.

(3) Evenwel moet dit doel worden bereikt door maatregelen die de ontwikkeling van de farmaceutische industrie en de handel in geneesmiddelen binnen de gemeenschap niet mogen afremmen.

(4) De verschillen tussen sommige nationale voorschriften, inzonderheid tussen de voorschriften inzake geneesmiddelen, uitgezonderd substanties of samengestelde substanties die levensmiddelen, voedsel voor dieren en cosmetische producten zijn, hebben ten gevolge dat de handel in geneesmiddelen binnen de

gemeenschap wordt belemmerd en daardoor rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

(5) Het is derhalve van belang deze belemmeringen op te heffen en, om deze doelstelling te verwezenlijken, is een aanpassing van de betreffende voorschriften noodzakelijk.

(...)

(14) Deze richtlijn vormt een belangrijke stap op de weg naar het vrije verkeer van geneesmiddelen. Te dien einde kunnen, naar aanleiding van de met name in voorengenoemd comit? voor farmaceutische specialiteiten opgedane ervaring, nieuwe maatregelen nodig blijken teneinde de nog overblijvende belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen.

(...)

(47) Reclame voor geneesmiddelen die is gericht op personen die gemachtigd zijn om deze voor te schrijven of af te leveren, draagt tot de voorlichting van deze personen bij. Dergelijke reclame dient evenwel te worden onderworpen aan strenge voorwaarden en aan een doeltreffende controle, waarbij met name wordt aangehaakt bij de werkzaamheden die in het kader van de Raad van Europa zijn verricht.

(...)

(50) Personen die gemachtigd zijn om geneesmiddelen voor te schrijven, moeten in staat zijn deze taken volkomen objectief te verrichten zonder te worden beïnvloed door rechtstreekse of onrechtstreekse financiële stimulansen.

(51) Er moet worden toegestaan, mits aan bepaalde beperkende voorwaarden is voldaan, dat aan personen die gemachtigd zijn geneesmiddelen voor te schrijven of af te leveren, gratis monsters van geneesmiddelen worden verstrekt teneinde hen in staat te stellen met nieuwe geneesmiddelen vertrouwd te geraken en ervaring met het gebruik ervan te verkrijgen.

(52) Het is, daar waar personen die gemachtigd zijn om geneesmiddelen voor te schrijven of af te leveren, dienen te beschikken over neutrale of objectieve informatiebronnen met betrekking tot de geneesmiddelen die in de handel zijn, de taak van de lidstaten, afhankelijk van hun bijzondere situatie, passende maatregelen ter zake te nemen.

(...)

(54) Teneinde de veiligheid van geneesmiddelen bij het gebruik blijvend te waarborgen moet ervoor worden gezorgd dat de systemen voor geneesmiddelenbewaking in de gemeenschap voortdurend worden aangepast aan de vorderingen op het gebied van wetenschap en techniek."

5.10 Richtlijn 2001/83 EG is gewijzigd bij een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004.(42) In de considerans wordt onder meer overwogen:

"(2) De communautaire wetgeving heeft tot dusverre een belangrijke bijdrage geleverd aan het vrije en veilige verkeer van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de verwijdering van de belemmeringen van het handelsverkeer in deze producten. Gezien de opgedane ervaringen blijken echter nieuwe maatregelen nodig om

de resterende belemmeringen van het vrije verkeer weg te nemen.

(...)

(4) Alle regelgeving op het gebied van de vervaardiging en distributie van geneesmiddelen voor menselijk gebruik moet de bescherming van de volksgezondheid als hoofddoel hebben. Dit doel moet echter worden bereikt met middelen die de ontwikkeling van de bedrijfstak en de handel in geneesmiddelen binnen de Gemeenschap niet mogen afremmen."

5.11.1 Er kan m.i. geen redelijke twijfel over bestaan dat richtlijn 1992/28 en de daarop volgende regels primair in het teken staan van bescherming van de volksgezondheid(43) en bevordering van de werking van de interne markt. De verschillende hiervoor geciteerde passages uit de onderscheidene consideransen spreken wat dat betreft boekdelen.

5.11.2 Vooral - maar, niet uitsluitend(44) - met het oog daarop worden regels gegeven met betrekking tot (de regulering van) reclame inzake geneesmiddelen. In dat kader wordt ook beklemtoond dat de voorlichting aan (kort gezegd) artsen objectief moet zijn; zij moeten onafhankelijk en niet verleid door giften of geschenken hun werk kunnen doen.

5.12 De Nota van Toelichting behorende bij het Rbg ademt eenzelfde geest:

"Deze richtlijn [Richtlijn 1992/28, JS] is tot stand gekomen in het kader van de harmonisatie van wetgeving voor de productie, distributie en het verbruik van geneesmiddelen die zich vanaf 1995 gestaag heeft ontwikkeld. Bij deze harmonisatie gaat het niet alleen om de vraag om het uit de weg ruimen van handelsbelemmeringen tussen de lid-staten van de EG (...) maar ook om de bescherming van de volksgezondheid in die landen en het waarborgen van betere kwaliteit, grotere veiligheid en werkzaamheid van geneesmiddelen. Reclame voor geneesmiddelen (...) zal zich binnen deze doeleinden moeten afspelen. Daarvoor zijn in EG-verband criteria ontwikkeld waaraan de reclame voor geneesmiddelen, voor zover zij is toegestaan, moet voldoen."(45)

5.13 In de Nota van Toelichting wordt voorts opgemerkt:

"In het Reclamebesluit komt tot uiting hoe de Kroonwetgever wil dat er verder met reclame voor geneesmiddelen wordt omgegaan en wat pers? niet mag. Ten opzichte van de normstelling in eerdere wet- en regelgeving, kan gesproken worden van intensivering van het overheidsbeleid op reclame-terrein. De overheid treedt daarmee in het beleid dat tot nu toe in feite overgelaten werd aan het bedrijfsleven in de farmaceutische sector; ondernemingsbeleid, dat gecorrdineerd en bewaakt werd door de organisaties van fabrikanten, importeurs, groothandelaren en detailhandelaren in het kader van hun - statutaire - toezicht op reclame van verschillende aard.

(...)

Toegepast op het beleidsterrein van reclame voor geneesmiddelen, betekent dit, dat met de nieuwe regelgeving het verantwoordelijkheidsgehalte van de overheid verstrekt [lees: versterkt, JS] wordt ten op-

zichte van de verantwoordelijkheid van de bedrijfstak en beroepsorganisaties voor het doen en laten van de bedrijfs- en beroepsgenoten op reclame-terrein. Illustratief daarvoor is de verschuiving in normstelling. Tal van normen die voorheen als zorgvuldigheidsnormen golden voor de onderlinge omgang van ondernemers en beroepsoefenaren, betrokken bij de geneesmiddelenvoorziening, zijn thans als rechtsnormen opgenomen in het Reclamebesluit."(46)

5.14.1 Over het uitgebreide begrip "reclame" in het derde lid van art. 1 Rbg wordt in de Nota van Toelichting opgemerkt:

"(...) Deze uitbreiding houdt verband met de relatie die in de richtlijn wordt gelegd tussen het aanbieden, aanvaarden van en vragen om lucratieve zaken die tot de zogenaamde "cadeau-cultuur" worden gerekend - premies en (andere) voordelen in geld of natura voor rekening van een fabrikant van geneesmiddelen. (...)"(47)

5.14.2 Met betrekking tot het doel van reclame heet het dat

"[H]et gaat om het bevorderen van het rationele, doelmatige gebruik van geneesmiddelen door middel van een objectieve, goed doordachte presentatie ervan, waarheidsgetrouw."(48)

5.15 De Nota van Toelichting staat vervolgens stil bij de reclame voor beroepsbeoefenaren:

"Onder het kopje "Gunstbetoning" zijn in ? 5 van het Reclamebesluit geneesmiddelen, bepalingen opgenomen over wat in de farmaceutische bedrijfstak bekend staat als "aanbiedingen", c.q. "het plegen van transacties met betrekking tot farmaceutische producten, waardoor naar men redelijkerwijs moet verwachten, apothekers en apotheekhoudende artsen op enigerlei wijze in conflict zouden kunnen raken met hun beroep of met uit andere hoofde in het kader van de uitoefening van hun beroep op hen rustende verplichtingen".

Artikel 14, eerste lid, behelst het verbod, gericht aan het adres van ondernemers in de farmaceutische bedrijfstak, tot het doen van al te genereuze aanbiedingen in de vorm van premies of voordelen in geld of natura. (...)

Artikel 14, tweede lid, biedt farmaceutische ondernemingen de mogelijkheid zich tijdens congressen, conferenties e.d. van beroepsoefenaren uit de gezondheidssector, die zij financieel steunen, gastvrij op te stellen. (...)"(49)

5.16.1 Wat onder "gunstbetoon" in ? 5 Rbg dient te worden begrepen, is uitgewerkt in de Beleidsregels van 4 februari 2003 van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, betreffende de nadere invulling van het begrip gunstbetoon, zoals neergelegd in de artikelen 14 tot en met 17 van het Reclamebesluit geneesmiddelen.(50) Daarin wordt onder andere opgemerkt:

"(...) Deze definitie van gunstbetoon gaat uit van wederkerigheid. Beide betrokken partijen (farmaceutische industrie en beroepsoefenaar) hebben ten aanzien van de normen inzake gunstbetoon hun eigen verantwoordelijkheid. De voorschriften inzake gunstbetoon (...)

zijn ontleend aan de artikelen 9 en 10 van de richtlijn 92/28.(...)

In de praktijk bestaan er vele diverse verhoudingen tussen farmaceutische bedrijven enerzijds en beroepsoefenaren anderzijds. (...)"(51)

5.16.2 Daaraan voorafgaand zet de bewindsman nog uiteen dat

"de beslissing tot het voorschrijven of afleveren van een geneesmiddel moet zijn gebaseerd op rationele overwegingen en dat de kwaliteit van zo'n beslissing niet op onwenselijke wijze dient te worden beïnvloed door verkoopbevorderende activiteiten van de farmaceutische bedrijfstak."(52)

5.17 De onder 5.12-5.16 weergegeven uiteenzettingen van Nederlandse bewindspersonen onderstrepen dat ook de Nederlandse regelgeving in het teken staat van de volksgezondheid en het wegnemen van communautaire handelsbeperkingen. Daarenboven is duidelijk dat naar hun oordeel de litigieuze regels zijn toegesneden op de geneesmiddelenfabrikanten. Zij leggen hen verplichtingen op.

5.18 De bedoelingen en inzichten van de Nederlandse wetgever leggen geen doorslaggevend gewicht in de schaal nu het Rbg gaat is gebaseerd op Europese regelgeving.

5.19 De beschermingsomvang van de aan het Rbg ten grondslag liggende richtlijnen komt alleen aan de orde als Menzis het Rbg zou hebben overtreden. Het Hof is daar veronderstellenderwijs vanuit gegaan. Ik veroorloof mij nochtans kort op deze kwestie in te gaan. Zou boven redelijke twijfel verheven zijn dat zodanige strijd ontbreekt dan missen AstraZeneca c.s. belang bij hun klachten.

5.20 Om de onder 5.18 vermelde reden stap ik aanstonds over het Rbg heen naar de richtlijnen. De reclametitel (VIII) van Richtlijn 2001/83 ziet op bevordering van het voorschrijven van geneesmiddelen (art. 86 lid 1). Men zou kunnen betogen (zoals Menzis ook heeft gedaan) dat dit alleen door producenten en niet door zorgverzekeraars gebeurt. Deze laatste zouden, in de gedachtegang van Menzis, alleen willen dat een generiek middel wordt voorgeschreven, niet d't een middel wordt voorgeschreven.

5.21 Dit betoog overtuigt niet. Ook geneesmiddelenfabrikanten willen, naar valt aan te nemen, niet dat lukraak geneesmiddelen worden voorgeschreven. Zij willen "slechts" dat "hun" middel wordt voorgeschreven als de arts meent dat sprake is van een bepaalde kwaal (zoals verhoogde bloeddruk). In zoverre bestaat m.i. geen wezenlijk verschil tussen Menzis en de fabrikanten. Uit art. 86 kan dan ook niet (dwingend) worden afgeleid dat het niet ziet op zorgverzekeraars.

5.22 Datzelfde geldt in mijn ogen voor art. 87. De eigenschappen moeten objectief worden voorgesteld. Waarom zou dat ook niet kunnen (en, zo voeg ik toe: moeten) gelden voor zorgverzekeraars? Zouden zij mogen beweren dat bepaalde middelen even goed zijn als andere zonder dat dit het geval is? Het is niet onmogelijk dat de richtlijn daarop niet ziet. Maar volstrekt evident is dat niet. Voor art. 91 geldt dit gelijkelijk.

5.23 De regel dat de verkoop van geneesmiddelen niet mag worden bevorderd door premies en dergelijke meer in het vooruitzicht te stellen ziet onmiskenbaar op geneesmiddelenfabrikanten. Het is best mogelijk dat hij geen betrekking heeft zorgverzekeraars. Vanzelfsprekend is dat evenwel niet.

5.24 Dat niet in het oog springt dat de richtlijn slechts verplichtingen op geneesmiddelenfabrikanten en niet op bijvoorbeeld zorgverzekeraars legt, valt m.i. ook af te leiden uit de dragende grond: bescherming van de volksgezondheid. Deze is in geding wanneer artsen worden aangezet medicijnen voor te schrijven omwille van eigen voordeel en zonder zich te bekommeren om de vraag of deze medicijnen wel het meest geschikt zijn voor de betrokken patiënt. Die situatie doet zich voor als de fabrikant eigenschappen aan het medicijn toedicht dat dit niet heeft. Het speelt eveneens wanneer een zorgverzekeraar in strijd met de werkelijkheid beweert dat een generiek middel even goed (of beter) is als een spécialité.

5.25 Kort en goed: het lijkt mij zeker geen acte claire dat Menzis niet valt onder de richtlijnen en daarmee onder het Rbg.

5.26 Ik kom dan op de vraag of de richtlijnen en het Rbg mede strekken ter bescherming van de belangen van AstraZeneca c.s. Uit het voorafgaande moge volgen dat van een dergelijke bedoeling niet, laat staan duidelijk, blijkt. Doel en strekking is bescherming van de volksgezondheid en het wegnemen van communautaire handelsbeperkingen. Op deze laatste is in casu door AstraZeneca c.s. geen beroep gedaan. Zij moeten daarom verder buiten beschouwing blijven.

5.27.1 Het enige aanknopingspunt ten faveure van AstraZeneca is de laatste volzin van de onder 5.10 sub 4 geciteerde considerans: het hoofddoel (bescherming van de volksgezondheid) mag niet worden bereikt met middelen die de ontwikkeling van "de bedrijfstak" afremmen.

5.27.2 Op dit argument hebben AstraZeneca c.s. geen beroep gedaan. Laat staan dat zij (in feitelijke aanleg) te berde hebben gebracht dat de ontwikkeling van "de bedrijfstak" door de handelwijze van Menzis zou worden afgeremd. Zij hebben slechts aangevoerd dat de verkoop van hun middelen lijdt onder de handelwijze van Menzis.

5.28 Alleen wanneer het begrip "bedrijfstak" zo zou moeten worden begrepen dat daaronder ook individuele fabrikanten (of wellicht fabrikanten van spécialités tezamen) vallen, kan uit de communautaire regelgeving zelf een argument worden geput ten gunste van AstraZeneca c.s.

5.29 Ik ben geneigd te denken dat "bedrijfstak" niet in de zojuist bedoelde zin moet worden verstaan. Zeker is dat evenwel niet.

5.30 De vraag rijst bovendien of de litigieuze EEG-regels wel zonder meer naar de letter van tekst en considerans moeten worden beoordeeld. Achter het onderhavige geschil gaat een maatschappelijke discussie schuil die allicht niet alleen in ons land speelt of gaat spelen. Daarbij staan aanzienlijke maatschappelijke en bedrijfsbelangen op het spel. In een notendop

samengevat: hoe de belangen van de samenleving op een goede gezondheidszorg te verzoenen met het in de hand houden van de kosten zonder inbreuk te maken op gerechtvaardigde belangen van (bepaalde takken van) de geneesmiddelenindustrie. Ik formuleer dit alles met opzet erg open omdat het in belangrijke mate gaat om politieke kwesties. Spelen dergelijke kwesties een rol bij de uitleg van de onderhavige richtlijnen? Beantwoording van die vraag ligt m.i. niet op de weg van de Nederlandse rechter. En het ligt nog minder op de weg van een nationale rechter om - indien dat nodig zou zijn - Europese regels in een rechtspolitieke context uit te leggen.

5.31 Hoewel, als gezegd, m.i. geen sprake is van een acte claire, komt het mij voor dat het in de onderhavige zaak niet nodig is om prejudiciële vragen te stellen. Immers:

a. het is aan gereede twijfel onderhevig of de hier besproken klachten voldoen aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Zij blijven steken in de stelling dat 's Hofs oordeel onjuist is zonder aan te geven waarom dat het geval is. Met name gaan zij in geen enkel opzicht in op de hier beslissende vraag naar de uitleg van de aan het Rbg ten grondslag liggende richtlijnen. Ook de s.t. gaat op deze kwestie niet in;

b. in cassatie is niet bestreden 's Hofs oordeel dat de onderhavige regulering vooral de in rov. 4.3 genoemde doelen dient;

c. AstraZeneca c.s. hebben nauwelijks feiten gesteld die aanknopingspunten bieden voor beoordeling van het geschil. Met name hebben zij niet aan hun vordering ten grondslag gelegd dat de middelen waarvan Menzis het voorschrijven met financiële prikkels bevordert uit een oogpunt van volksgezondheid in rechtens relevante mate onderdoen voor de door haar in de handel gebrachte spécialités. Aldus zou het HvJ EG niet beschikken over een voor beoordeling van prejudiciële vragen nuttig en noodzakelijk feitensubstraat

d. sprake is van een kort geding-procedure, terwijl partijen desgewenst een bodemprocedure kunnen entameren waarin - zo voeg ik toe - zij desverkiezend de degens kunnen kruisen over feitelijke geschilpunten die in deze procedure alleen en passant zijn genoemd zonder dat zij aan de vordering ten grondslag zijn gelegd.(53)

5.32 Of Menzis zelf al dan niet aan het Rbg is gebonden, doet - anders dan onderdeel 3 aanvoert - niet ter zake. Ook als dit het geval zou zijn - hetgeen niet ondenkbaar is en waarvan het Hof veronderstellenderwijs is uitgegaan - blijft overeind dat het niet strekt ter bescherming van de onderhavige belangen van de fabrikanten.

5.33 Nu het Rbg niet de door AstraZeneca c.s. ingeroepen strekking heeft, doet evenmin ter zake of voor hen door de handelwijze van Menzis nog slechts een (betrekkelijk) klein deel van de markt over blijft. Nog daargelaten dat die stelling minder juist is, reeds omdat:

a. Menzis niet de gehele markt beheerst;

b. niets eraan in de weg staat dat AstraZeneca c.s. zelf (ook) generieke preparaten (gaan) vervaardigen.

5.34 Op dezelfde grond kunnen AstraZeneca c.s. geen baat vinden bij de omstandigheid dat Menzis kan voorzien dat zij schade lijden door haar handelwijze (onderdeel 4).

5.35 Dit laat onverlet dat de handelwijze van Menzis onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig zou kunnen zijn. Daaromtrent hebben AstraZeneca c.s. evenwel te weinig gesteld. De onrechtmatigheid kan evenwel niet alleen worden gezocht in de - verondersteltenderwijs aangenomen - overtreding van het Bgh, zulks gezien de in dit opzicht beperkte strekking daarvan.

5.36 De considerans van de Wtg (wet van 20 november 1980, Stb. 1980, 646, nadien gewijzigd) stelt:

"dat het wenselijk is regelen te stellen ter bevordering van een evenwichtig stelsel van tarieven op het gebied van de gezondheidszorg mede met het oog op de beheersing van de kostenontwikkeling daarvan".

5.37 In de MvT wordt in dit verband het volgende beoogd:

"Met het onderhavige wetsonwerp wordt beoogd gestalte te geven aan de in de Structuurnota Gezondheidszorg aangeduide wens om te komen tot een stroomlijning, uniformering en onderlinge afstemming van de tarief- en honoreringssystemen in de gezondheidszorg. Uit die Structuurnota blijkt dat de thans in de gezondheidszorg geldende tarief- en honoreringssystemen weinig overzichtelijk, sterk verbrokken en nauwelijks samenhangend zijn. Dit werkt belemmerend voor het doelmatig functioneren van het stelsel van organen voor gezondheidszorg.

(...)

De laatste tijd is bovendien het vraagstuk van de kostenbeheersing bij de sociale voorzieningen een grotere rol gaan spelen. Ook deze situatie heeft ertoe geleid dat de ondergetekenden met spoed willen voorzien in de wettelijke leemten die er thans bestaan ten aanzien van het ontwikkelen van een evenwichtig en inzichtelijk stelsel van tarieven op het gebied van de gezondheidszorg."(54)

5.38 In zijn proefschrift heeft G.R.J. de Groot - thans ??n van de advocaten van Menzis - uit deze passage in MvT vier, met elkaar samenhangende, doelstellingen van de Wtg afgeleid, te weten het scheppen van een eenvormige procedure voor de totstandkoming van tarieven, het totstandbrengen van een evenwichtig stelsel van tarieven, bijdragen aan het doelmatig functioneren van de gezondheidszorg en beheersing van de kosten daarvan.(55)

5.39 Bij de wijziging van de Wtg die heeft geleid tot de wet van 9 december 2004, Stb. 2005, 24, zijn de doelstellingen van de Wtg nog eens bevestigd:

"De WTG heeft vier doelstellingen: evenwichtige tarieven, uniforme procedures voor een transparante totstandkoming van tarieven, een doelmatige organisatie van de zorg en kostenbeheersing. Door het raamwetkarakter van de WTG kan er flexibel worden ingespeeld op veranderingen. Dit voorstel versterkt die flexibiliteit. De doelstellingen van de WTG blijven ongewijzigd."(56)

5.40 Verder is met deze laatste wet beoogd om meer speelruimte te bieden aan zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars; verder is een betere marktwerking beoogd (onder meer) door concurrentie op de markt.(57) Hierbij heeft het Hof klaarblijkelijk aangesloten waar het spreekt van het "level playing field" en gelijke kansen in de ooncurrentiestrijd (rov. 4.4 en 4.5).

5.41.1 Uit het voorafgaande moge volgen dat ook het beroep van de fabrikanten op de ratio van de Wtg faalt.

5.41.2 Bij deze stand van zaken kom ik niet meer toe aan de belangwekkende uiteenzetting in de s.t. van mrs Van Duijvendijk-Brand en De Groot (blz. 18 e.v.). Hetgeen zij daar aanvoeren onderstreept andermaal dat de door AstraZeneca c.s. aangevoerde klachten falen.

5.42 Onderdeel 5 keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen 's Hofs overweging dat Menzis geen concurrent is van AstraZeneca c.s. omdat Menzis zich als zorgverzekeraar niet bezighoudt met het ontwikkelen, vervaardigen en op de markt brengen van geneesmiddelen, zoals de farmaceutische ondernemingen doen. Aldus gaat het Hof, volgens het onderdeel, uit van een te beperkt begrip concurrentie, als het erom gaat wie zich tegenover wie op de bescherming van regelen van ongeoorloofde mededinging kan beroepen.

5.43 In rov. 4.5, waartegen ook dit onderdeel is gericht, bespreekt het Hof grief VI. Deze grief is, zo blijkt uit ? 100 van de mvg, gericht tegen het oordeel van de Rechtbank dat "de normen waarop de fabrikanten zich beroepen, geen van alle strekken tot bescherming van hun belangen". Verderop hebben de fabrikanten nog aangevoerd dat Menzis een eigen belang nastreeft (? 105, met uitwerking in ? 111).

5.44 Kort en goed: de door het Hof verworpen grief zit geheel op het spoor van het relativiteitsvereiste. De daarop betrekking hebbende klachten werden hiervoor besproken en ongegrond bevonden. Reeds daarop stuit het onderdeel af.

5.45 De vraag of 's Hofs oordeel strookt met het mededingingsrecht, levert een ongeoorloofd novum in cassatie op.(58) Deze kwestie doet bovendien niet ter zake. Ook als Menzis zou gelden als concurrent van AstraZeneca c.s. blijft overeind dat de wettelijke regels waarop zij zich beroepen, niet strekken tot de door hen ingeroepen belangen.

5.46 Onderdeel 6 werpt in het kader van schending van de reclameregels de zogenaamde correctie Langemeijer in de strijd.(59) 's Hofs oordeel daaromtrent zou rechtens onjuist zijn.

5.47 M.i. voldoet deze klacht niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. Immers wordt in het geheel niet aangegeven waarom toepassing van bedoelde "correctie" tot een ander oordeel zou nopen. Noch ook wordt beroep gedaan op enige uitlating in de gedingstukken in feitelijke aanleg waar dat uit de doeken wordt gedaan.

5.48.1 De s.t. van Prof. Van Nispen onder 39 onderstreept dit nog eens. Daarin wordt immers opgemerkt dat "de vraag [is] of een juiste toepassing van art. 6:163 BW nog wel ruimte openlaat voor het bestaan van de correctie van Langemeijer."

5.48.2 Het betoog vervolgt dan met een exclamatieve volzin die is geplaatst in de sleutel van de concurren-

tieverhoudingen. Waar in feitelijke aanleg op dat aanbeeld is gehamerd, wordt evenwel niet aangegeven zodat ook in zoverre niet wordt voldaan aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

5.49 Middel II richt zich met drie onderdelen tegen de eerste drie volzinnen van rov. 4.6. De onderdelen 1 en 2 zijn grotendeels op dezelfde leest geschoeid als de eerste twee onderdelen van middel I en moeten daarom op de onder 4 ontwikkelde gronden hetzelfde lot delen.

5.50 Onderdeel 3 strekt ten betoge dat 's Hofs oordeel dat de norm dat artsen niet door financiële stimulansen in hun voorschrijfbeleid mogen worden beïnvloed niet strekt ter bescherming van het belang van AstraZeneca c.s. "bij behoud of vergroting van de afzet van haar producten" onjuist is. Dat zou "zeker" gelden als het gaat om een zorgverzekeraar die "deze norm" overtreedt in een tegen hen gerichte actie en/of voor Menzis voorzienbaar is dat voor hen nog slechts een klein deel van de markt overblijft. "Temeer" nu de fabrikanten zelf ook aan de norm zijn gebonden.

5.51.1 Voor zover het onderdeel de stelling ingang wil doen vinden dat de door het Hof genoemde norm ertoe strekt dat de fabrikanten worden beschermd in hun afzetmogelijkheden van - naar in cassatie veronderstellenderwijs zal moeten worden aangenomen(60) - verhoudingsgewijs peperdure middelen(61) ten detrimente van vergelijkbare maar veel goedkopere middelen is het gedoemd te falen. Dat behoeft weinig betoog.

5.51.2 Voor zover het onderdeel een andere klacht bedoelt te vertolken, is onvoldoende duidelijk wat deze inhoudt.

5.52.1 Dat sprake zou zijn van een "tegen AstraZeneca c.s. gerichte actie" heeft het Hof niet vastgesteld. Waar die stelling in feitelijke aanleg zou zijn betrokken, wordt niet aangegeven. In zoverre voldoet de klacht niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

5.52.2 Opmerking verdient nog dat het Hof - niet bestreden - in rov. 4.6 heeft geoordeeld dat geen sprake is van doelbewust schade berokkenen.

5.53 De enkele omstandigheid dat voor Menzis (allicht) voorzienbaar was/is dat haar handelwijze de afzet van de fabrikanten nadelig beïnvloedt, is onvoldoende voor een tegengesteld oordeel. Eens te minder omdat het onderdeel 's Hofs oordeel op dit punt, neergeslagen in rov. 4.6 vanaf "Ten aanzien van", niet bestrijdt.

5.54 Middel III komt met vijf onderdelen op tegen de vierde tot en met de zevende volzin van rov. 4.6.

5.55 Onderdeel 1 is klaarblijkelijk een inleiding; het behelst geen zelfstandige klacht. Het stelt dat het Hof ten onrechte heeft overwogen dat Menzis streeft naar een normale werking van de markt waar, bij onderling vergelijkbare geneesmiddelen, gekozen wordt voor het goedkoopste product in plaats van voor dure middelen, en dat ontoelaatbaar onduidelijk is wat het Hof heeft bedoeld met 'onderling vergelijkbare geneesmiddelen'.

5.56 Voor het geval het Hof met 'onderling vergelijkbare geneesmiddelen' heeft bedoeld dat de geneesmiddelen onderling uitwisselbaar zijn, heeft het volgens onderdeel 2 miskend dat in cassatie ervan uit mag worden gegaan dat de geneesmiddelen elk een an-

dere werkzame stof hebben en zij onderling verschillen qua eigenschappen, klinische effecten en bijwerkingen. In het licht van het debat tussen partijen - het onderdeel verwijst in dit verband naar een aantal passages in de gedingstukken - zou 's Hofs overweging dat in deze zin sprake is van onderling vergelijkbare geneesmiddelen onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd zijn.

5.57 Het Hof heeft in rov. 4.1 aangegeven waarop AstraZeneca c.s. hun vorderingen hebben gebaseerd. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden. Tot die grondslag behoort niet de stelling dat sprake is van onderling verschillende medicijnen, des dat de patiënten - kort gezegd - beter af zouden zijn met hun dure specialités dan met de veel goedkopere generieke middelen welke Menzis tracht te laten voorschrijven.

5.58 M.i. lopen alle klachten van middel III reeds hierop stuk. Nog daargelaten dat zelfs het middel een dergelijke stelling niet betreft. Het blijft steken in vaagheden als onderlinge verschillen zonder aan te geven dat deze voor patiënten wezenlijk zijn. Laat staan dat AstraZeneca c.s. aangeven dat de aan de artsen gelaten marge van 5 respectievelijk 20% onvoldoende zou zijn om "maatwerk te leveren".

5.59 Hier komt nog het volgende bij. Het verweer van Menzis tegen de vorderingen van AstraZeneca c.s. heeft het Hof - in cassatie onbestreden - in rov. 4.2 als volgt weergegeven (cursivering toegevoegd):

"(...) Daarbij beroept Menzis zich erop dat de geneesmiddelenmarkt geen normale markt is, omdat veel minder dan men zou verwachten gekozen wordt voor de goedkoopste geschikte geneesmiddelen wegens de invloed die de farmaceutische industrie weet uit te oefenen op het voorschrijfgedrag van de arts. Daardoor worden ook producten voorgeschreven die veel duurder zijn dan de goedkoopste, net zo geschikte producten. (...) Het initiatief van Menzis met de module rationeel voorschrijven heeft tot doel - met respectering van de professionele standaard, want de arts is en blijft vrij in zijn individuele voorschrijfbeleid - het resultaat dat bij een normale werking van de markt zou ontstaan, te benaderen. De arts die, waar mogelijk, kiest voor het goedkoopste product uit telkens een reeks van onderling vervangbare producten, bespaart onnodige kosten en ontvangt daarvoor een financiële tegemoetkoming. Menzis stelt dat zij aldus wil bijdragen aan bestrijding van de maatschappelijk misstand dat louter met het oog op economisch gewin onnodig dure geneesmiddelen aan patiënten worden voorgeschreven, terwijl een goedkoper alternatief net zo goed is. (...)"

5.60.1 In rov. 4.6 heeft het Hof vervolgens overwogen (cursivering toegevoegd):

"(...) Menzis tracht met de module rationeel voorschrijven te bewerkstelligen dat van de cholesterolverlagende en de maagzuurremmers, zo vaak als dat verantwoord mogelijk is, het goedkoopste geneesmiddel wordt voorgeschreven. (...)"

5.60.2 Hierop volgt dan de thans gewraakte overweging:

"(...) Aldus streeft Menzis naar een normale werking van de markt, waar, bij onderling vergelijkbare ge-

neesmiddelen, gekozen wordt voor het goedkoopste product in plaats van voor dure middelen. (...)"

5.61 Uit de onder 5.59 en 5.60.1 geciteerde overwegingen, gelet in het bijzonder op de daarin gecursiveerde passages, en gegeven het feit dat het Hof in rov. 4.6 het betoog (verweer) van Menzis heeft onderschreven, volgt dat het Hof met 'onderling vergelijkbare geneesmiddelen' klaarblijkelijk heeft gedoeld op (dure en goedkope) geneesmiddelen die in zoverre onderling vergelijkbaar zijn dat een arts, met respectering van zijn professionele standaard en zonder onverantwoordelijk te handelen, het goedkope(re) boven het veel duurdere middel kan kiezen (en voorschrijven). Geneesmiddelen derhalve die binnen de marges van de professionele standaard en een verantwoord voorschrijfbeleid onderling uitwisselbaar (vervangbaar) zijn.

5.62 Anders dan het onderdeel betoogt, is 's Hofs overweging dat de geneesmiddelen onderling vergelijkbaar zijn in evenbedoelde zin, allermindst onbegrijpelijk noch ook onvoldoende gemotiveerd. Nog daargelaten dat voor een uitspraak in kort geding minder strenge motiveringseisen gelden.(62) Het onderdeel loopt hierin spaak.

5.63 Ten overvloede sta ik nog stil bij hetgeen AstraZeneca c.s. hebben gesteld op de in het onderdeel genoemde plaatsen in de dingtalen. Daarbij roep ik in herinnering dat zij in de inleidende dagvaarding als eerste NB op blz. 10 hebben aangevoerd dat het vergelijken van prijs/kwaliteitverhouding van geneesmiddelen "een aparte tak van wetenschap" is. Discussie daarover valt echter buiten het kader van deze procedure, zo ronden de fabrikanten af. Dat zij die discussie in cassatie weer trachten aan te zwengelen, verrast daarom enigszins.

5.64.1 Het is op zich juist dat de fabrikanten hebben gesteld dat de geneesmiddelen elk een andere werkzame stof hebben en dat zij onderling verschillen qua eigenschappen, klinische effecten en bijwerkingen (zie inleidende dagvaarding, onder 6; pleitnota in eerste aanleg mr. Meulenbelt, onder 15 en 22; pleitnota in app?l mr. Meulenbelt, onder 13, 14 en 16-22).

5.64.2 AstraZeneca c.s. laten gemakshalve na te vermelden dat zij eveneens hebben beklemtoond dat na het vervallen van een octrooi "generieke fabrikanten op de markt [komen] met kopie?n van dat product. (...) De generieke fabrikanten maken dus allemaal hetzelfde product, en zij concurreren onderling puur op basis van prijs" (pleitnota mr Meulenbelt in prima onder 17).

5.65 Het onderdeel wijst er voorts op dat Menzis zou hebben erkend dat het zowel bij de protonpomprenners als bij de statines gaat om vijf verschillende werkzame stoffen, waarvan de eigenschappen niet geheel identiek zijn (mva blz. 33), dat medisch-farmaceutisch gezien individuele verschillen tussen patiënten te verwachten zijn (pleitnota in eerste aanleg mr. De Groot, blz. 8-9) en dat onder omstandigheden, afhankelijk van de bijzonderheden van de patiënt, een ander middel dan de generieke versies van omeprazol en simvastatine aangewezen kan zijn (mva blz. 30) en

zulks al bij het eerste voorschrift kan blijken (mva blz. 16).

5.66.1 Het onder 5.64.1 weergegeven betoog ziet er aan voorbij dat het bij de 'onderling vergelijkbare geneesmiddelen' als door het Hof bedoeld erom gaat dat zij, gemeten naar de professionele standaard en vanuit het oogpunt van een verantwoord voorschrijfbeleid, geen relevante verschillen vertonen. Aldus heeft het Hof - zoals reeds opgemerkt onder 5.61 - het standpunt van Menzis terzake onderschreven (dat in cassatie door AstraZeneca c.s. vrij ongenueanceerd wordt weergegeven).

5.66.2 Het standpunt van Menzis is onder andere als volgt verwoord:

"(...) Menzis heeft er rekening mee gehouden dat er gevallen kunnen zijn waarin het meest doelmatige [bedoeld is kennelijk: goedkoopste, JS] voor een individuele patiënt niet geschikt is, omdat zich bijvoorbeeld een bepaalde bijwerking voordoet die bij een ander product uitblijft of omdat en patiënt voor het ene middel overgevoelig is en voor het andere niet. Daarom is in de module welbewust niet de eis gesteld dat de huisarts in 100% van de gevallen het meest doelmatige product voorschrijft. Het percentage is gesteld op 80% voor de statines en op 95% voor de protonpomprenners.

(...)

Dat hier voor verschillende percentages is gekozen, valt te verklaren doordat medisch-farmaceutisch gezien individuele verschillen tussen partijen bij protonpomprenners nauwelijks te verwachten zijn en bij statines in een iets groter aantal gevallen. Menzis heeft voor de percentages 80 resp. 95 gekozen omdat zij ieder risico wil voorkomen dat een huisarts zich door de module zou laten leiden toch het goedkoopste product voor te schrijven in gevallen waarin dat medisch niet verantwoord is" (pleitnota in eerste aanleg mr. De Groot, blz. 8-9).

"(...) Menzis wil bereiken dat de arts die een statine of protonpomprenner wil voorschrijven, primair denkt aan het goedkoopste product uit een categorie van producten, die onderling vervangbaar zijn en behoudens incidentele uitzonderingen voor iedere voor een statine of protompomprenner ge?ndiceerde patiënt geschikt zijn.

(...)

Uit de relevante richtlijnen blijkt inmiddels dat er geen argumenten zijn om bij de keuze van een protonpomprenner of statine de voorkeur te laten uitgaan naar een duurder geneesmiddel dan de generieke versies van omeprazol en simvastatine. Hieruit volgt dat een huisarts die zich richt naar de module rationeel voorschrijven, niet in strijd handelt met de voor hem geldende richtlijnen. Menzis heeft hierbij onderkend dat onder omstandigheden, afhankelijk van de bijzonderheden van de patiënt, een ander middel dan de generieke versies van omeprazol en simvastatine aangewezen kan zijn. Met het oog daarop zijn de percentages van 80% resp. 95% gekozen. (...)

(...)

Het is juist dat het zowel bij de protonpompremmers als bij de statines gaat om vijf verschillende werkzame stoffen, waarvan de eigenschappen niet geheel identiek zijn. Zoals hiervoor echter, onder verwijzing naar de in huisartsenkring gehanteerde standaarden en naar het gvs, is uiteengezet, zijn de protonpompremmers en de statines onderling vervangbaar doordat er geen verschillen in eigenschappen zijn die, in het algemeen, bepalend zijn, of zouden moeten zijn, voor de keuze van de arts. (...) Daarbij is bovendien van belang dat in de module met de percentages van 80 en 95% voldoende rekening is gehouden met individuele gevallen waarin een keuze voor een ander geneesmiddel dan de generieke versies van omeprazol of simvastatine aangewezen is. (...)" (mva, blz. 30, 30-31 en 33).

5.67 Anders gezegd: het Hof heeft onderkend dat de geneesmiddelen van AstraZeneca c.s. en die welke Menzis wil laten voorschrijven niet volledig identiek zijn. 's Hofs oordeel is dan ook toegesneden op de situatie waarin Menzis tracht:

"te bewerkstelligen dat van de cholesterolverlagers en maagzuurremmers, zo vaak als dat verantwoord mogelijk is, het goedkoopste geneesmiddel wordt voorgeschreven" (rov. 4.6).

5.68 Wanneer het Hof even verderop spreekt van "onderling vergelijkbare geneesmiddelen" heeft het onmiskenbaar de zojuist bedoelde situatie op het oog; zie onder 5.61.

5.69 Ook hierop strandt het onderdeel.

5.70 Voor zover onderdeel 3 een zelfstandige klacht bedoelt te vertolken en feitelijke grondslag zou hebben, is mij niet goed duidelijk wat deze klacht behelst.

5.71 Waarop in onderdeel 3 wordt gedoeld met "de uitgangspunten van het geneesmiddelenvergoedingssysteem" is evenmin duidelijk. Nog minder waarom 's Hofs oordeel in het licht daarvan onjuist of onbegrijpelijk zou zijn. De klacht voldoet daarom niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv.

5.72 Voor zover moet worden aangenomen dat wordt gedoeld op de aan het begin van het middel genoemde regelingen (de s.t. vermeldt, zonder verwijzing naar enig onderdeel, slechts naar Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering en de Regeling zorgverzekering) en voor zover een middel dat het aan de Hoge Raad overlaat om:

a. uit te zoeken wat de vindplaats is van niet gemakkelijk toegankelijke regelgeving;

b. zelf te bepalen welke van verschillende wettelijke regels wellicht in een onderdeel zouden kunnen zijn bedoeld aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. zou kunnen voldoen, ga ik er kort op in.

5.73 In art. 2.8 lid 5 Besluit zorgverzekering(63) is sprake van "onderling vervangbare geneesmiddelen". Bij ministeriële regeling - genoemd in lid 1 - worden regels gesteld met betrekking de systematiek in de indeling in groepen van onderling vervangbare geneesmiddelen. De relevantie van deze bepaling is zonder nadere toelichting niet duidelijk. Daar komt nog bij dat niet wordt aangegeven dat, laat staan waar, in feitelijke aanleg voor deze regeling aandacht is gevraagd.

5.74.1 Art. 2.40 Regeling zorgverzekering(64) geeft in lid 1 aan wanneer geneesmiddelen als onderling vervangbaar worden aangemerkt. Dat hangt af van het "indicatiegebied", de "toedieningsweg" (nader uitgewerkt in lid 2) en de leeftijdscategorie voor wie ze zijn bestemd. Daarom is evenwel niets aangevoerd.

5.74.2 Lid 3 bepaalt dat van de leden 1 en 2 wordt afgeweken, onder meer als tussen de middelen verschillen in eigenschappen bestaan. Mogelijk - het middel zwijgt geheel op dat punt; de s.t. onder 44 signaleert dit, andermaal zonder dat het betoog aan enige concrete klacht wordt gekoppeld - wordt op dit derde lid gedoeld. Als dat zo is, laboreert het onderdeel aan de hiervoor signaleerde misvatting over hetgeen het Hof in rov. 4.6 tot uitdrukking brengt.

5.75 Volgens de s.t. van Prof. Van Nispen onder 44 zou de onder 5.74 besproken regeling de opvolger zijn van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering. AstraZeneca c.s. missen daarom belang bij een zelfstandig onderzoek daarnaar.

5.76 Onderdeel 4 berust, als ik het goed begrijp, op de gedachte dat het Hof in rov. 4.6 zou hebben geoordeeld dat het niet uitsluit dat bij onderling vervangbare geneesmiddelen sprake is van onderling relevante verschillen. In dat geval is zijn oordeel "dat bij een normale werking van de markt bij producten met onderling relevante verschillen gekozen wordt voor het goedkoopste product", onjuist en/of onbegrijpelijk.

5.77 Deze klacht berust op een verkeerde lezing van rov. 4.6, zulks op de hiervoor uiteengezette gronden.

5.78 Onderdeel 5 gaat eveneens uit van een andere lezing van 'onderling vergelijkbare geneesmiddelen' dan hiervoor vermeld. Het deelt daarom het lot van zijn voorgangers.

6. Afronding

6.1 De westerse wereld - en, op aandrang van Wereldbank en IMF, ook delen van de zogenaamde derde wereld(65) - is in de ban van marktwerking en deregulering. Daardoor vallen de samenleving ongetwijfeld talloze zegeningen ten deel. Kostenbesparing door een efficiënt werkende markt is, als ik het goed zie, een van de drijvende krachten achter deze benadering. Het gevolg van deze trend is ook veel - vaak voorzienbare - ellende.

6.2 Ook op het vlak van de gezondheidszorg heeft marktwerking haar intrede gedaan. Deze procedure is daarvan, naar mijn indruk, een uitvloeisel. De vraag dringt zich (evenwel) op of het voor de samenleving de beste en goedkoopste oplossing is om artsen aanzienlijke bedragen toe te (laten) stoppen door zorgverzekeraars teneinde hen te bewegen bepaalde medicijnen voor te schrijven. Deze aanzienlijke kosten zouden allicht bespaard kunnen worden wanneer de overheid zelf de nodige maatregelen nam.

6.3 De vraag of dergelijke maatregelen nuttig en rechtens toelaatbaar zijn, laat ik uitdrukkelijk rusten. Het antwoord zou zeer wel kunnen afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij met name valt te denken aan kwesties als onder 3.2 genoemd.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Waarbij Menzis kennelijk mag kiezen tussen "hoogachtend" en "met vriendelijke groet".

2 Geheel duidelijk is dat begrip niet. Alleen al niet omdat - mogelijk abusievelijk - aan het slot van de dagvaarding "contactpersonen" worden genoemd die slechts ten dele overeen stemmen met de op blz. 1 genoemde advocaten.

3 M.b.t. protonpompremmers heeft zij aangevoerd dat "geen grote verschillen in interacties en bijwerkingen" bestaan tussen beide producten; pleitnota Prof. De Groot blz. 1 met nadere uitwerking op blz. 2 en 3. Voor statines zou het beeld "in wezen hetzelfde" zijn: blz. 3 met verdere uitwerking daarna.

4 Zij stelt jaarlijks ca. ? 33 miljoen aan protonpompremmers en ? 38 miljoen aan statines uit te geven: pleitnota blz. 16.

5 De kosten van het generieke omeprazol "per product" zijn ? 17,85; de merkpreparaten kosten tussen ? 37,40 en ? 50,50. Het generieke statine-product kost ? 20,00; de merkproducten tussen ? 29,30 en ? 42,72; pleitnota Prof. De Groot blz. 3 en 4.

6 Menzis noemt haar module zorgvuldig onder meer omdat "zij een extra honorering mogelijk maakt boven het gewone inkomen, zodat de huisarts voor zijn inkomen niet van de module afhankelijk is" (pleitnota blz. 9).

7 Het middel komt niet op tegen 's Hofs oordeel over de inzet van de procedure in rov. 4.1.

8 HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 CJHB.

9 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 GJS; nader uitgewerkt in een reeks van vervolgarresten. Zie nader C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht nr 801.

10 Zie nader HvJ EG 20 januari 2005, C-74/03 rov. 16 onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.

11 Onbegrijpelijk is het natuurlijk niet. Het gaat om een kort geding en daarin is geen plaats voor gedegen feitenonderzoek.

12 Zie nader de noot van J.M. van der Most onder Hof Leeuwarden 23 april 2003, RZA 2003, 157 sub 1.

13 Vgl. HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463 HB en G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad blz. 90 e.v. Opmerking verdient dat Menzis dit verweer in feitelijke aanleg niet heeft gevoerd.

14 Een discussie op dit punt zou niet meer mogelijk zijn omdat sprake zou zijn van nova. Slechts als partijen het erover eens zouden zijn dat de opzet van de "module" zodanig is gewijzigd dat de inzet van de procedure alleen nog belang heeft voor de kostenveroordeling zou dat relevante informatie zijn. Het zou de stoot kunnen geven tot een aanzienlijk kortere afhandeling van de klachten dan hierna geschiedt. Die situatie doet zich, als ik het goed zie, evenwel alerminst voor.

15 Hieraan doet niet af dat, volgens Menzis, geen sprake zou zijn van een jaarlijks terugkerend bedrag; mva blz. 16.

16 Bij mva blz. 15 heeft Menzis getracht de hoogte van dit bedrag te rechtvaardigen. Haar betoog ziet evenwel niet op de - niet nader gespecificeerde maar allicht aanzienlijke - vergoeding waar geen werkzaamheden tegenover staan. Bovendien bijt Menzis in haar eigen staart met het betoog dat zorgvuldige bestudering van het medisch dossier en zo nodig overleg met de behandelend specialist nodig is bij "omzetting". Dat is immers niet goed te rijmen met de elders met verve betrokken stelling dat - kort gezegd - tussen de generieke middelen en de specialités geen wezenlijke verschillen bestaan; datzelfde geldt voor blz. 16.

17 PG boek 6 blz. 632.

18 PG boek 6 blz. 637.

19 PG boek 6 blz. 638.

20 ? 5.

21 PG boek 6 blz. 342.

22 PG boek 6 blz. 637.

23 Zie Onrechtmatige Daad art. 163 (Van Maanen) aant. 9.

24 Zie Asser-Hartkamp III nr 106.

25 Conclusie voor HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 310 onder 2.10. De door het onderdeel bepleite opvatting wordt onderschreven in Onrechtmatige Daad art. 163 (Van Maanen) aant. 6 met een beroep op de wetsgeschiedenis.

26 Asser-Hartkamp III (2006) nr 95.

27 Zie bijv. Christian von Bar, Gemeineuropa?ches Deliktsrecht II nr 222.

28 Zie nader Text and Commentary (Koziol) blz. 30 e.v.

29 Cees van Dam, European Tort Law (2006) nr 705 blz. 181.

30 S.t. onder 27; in de in de tekst verdedigde zin ook de s.t. van mrs Van Duijvendijk-Brand en De Groot blz. 7.

31 HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 310.

32 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 JH.

33 Onder HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 sub 4; zie nader G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad blz. 117 e.v.

34 Als 's Hofs maatstaf onjuist zou zijn, dan is dat veeleer omdat het te gunstig is voor de fabrikanten. Het Hof heeft de zaak afgedaan op wetshistorische gronden. Het heeft zich niet kenbaar de vraag gesteld wat de strekking van de litigieuze regelingen is in de hedendaagse context; zie onder 4.14. In de s.t. van Prof. Van Nispen onder 35 wordt deze kwestie wellicht aangevoerd; ik kom daarop onder 5.30 terug.

35 TK, zitting 2003-2004, 23359 nr 3.

36 Blz. 67.

37 Idem.

38 HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 310.

39 De inzet van de in dit arrest beslechte zaak was een andere dan in de onderhavige procedure. Maar dat doet niet ter zake. De bewoordingen van het arrest zijn volstrekt duidelijk en zij luiden heel algemeen. Zie verder de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Keus onder 2.10.

- 40 Pb. L-113.
41 Pb. L-311.
42 Pb. L 136.
43 Vgl. A-G Tizzano in zijn conclusie voor HvJ EG 1 april 2004, C-112/02 (Kohlpharma/Bondsrepubliek Duitsland) sub 65; A-G Jacobs in zijn conclusie voor HvJ EG 20 januari 2005, C-74/03 (SmithKline Beecham/Laegemiddelstryreisen) onder 10.
44 Zie uitdrukkelijk bijv. de considerans geciteerd onder 5.9 sub 2 en 5.11 sub 4.
45 Stb. 1994, 787, blz. 8. Vgl. ook beleidsregels betreffende nadere invulling van het begrip gunstbetoon, Str. 5 maart 2003, nr. 45, blz. 24: "Een van de achterliggende gedachten van deze richtlijn is geweest dat de beslissing tot het voorschrijven of afleveren van een geneesmiddel moet zijn gebaseerd op rationele overwegingen en dat de kwaliteit van zo'n beslissing niet op onwenselijke wijze dient te worden beïnvloed door verkoopbevorderende activiteiten van de farmaceutische bedrijfstak."
46 Stb. 1994, 787, blz. 9 en 10. Ingevolge art. 1 lid 1 aanhef en onder d Rbg wordt verstaan onder "beroeps-oefenaren" apothekers, apotheekhoudende artsen, apothekersassistenten in de zin van de Wgv, personen op wie art. 2f, eerste lid, van de Wgv van toepassing is, alsmede artsen, tandartsen en verloskundigen, en onder "ondernemingen" rechtspersoonlijkheid bezittende organistaties waaraan een vergunning is verleend als bedoeld in art. 2 lid 1 aanhef en onder d Wgv (: "Tot uitoefening van der artsenijbereidkunst zijn bevoegd: (...) d. in Nederland gevestigde personen, rechtspersonen daaronder begrepen, aan wie door Onze Minister vergunning is verleend, hetzij tot het bereiden van geneesmiddelen en het afleveren daarvan, hetzij uitsluitend tot het afleveren van geneesmiddelen (...)").
47 Stb. 1994, 787, blz. 11.
48 Stb. 1994, 787 blz. 12.
49 Stb. 1994, 787, blz. 14-15.
50 Scrt. 5 maart 2003 nr 45.
51 Scrt. 5 maart 2003, nr. 45, blz. 24.
52 Idem.
53 Zie nader Handleiding prejudiciële procedure ? Wanneer verwijzen.
54 TK, zitting 1976-1977, 14182, nr. 3 blz. 17.
55 G.R.J. de Groot, Tarieven in de gezondheidszorg, diss. UU (1998), blz. 26.
56 TK zitting 2003-2004, 29 379, nr. 3, blz. 9.
57 H.M.M. Debets en K. Schroten (red.), WTG ExPres blz. 5 en 6.
58 Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie in burgerlijke zaken (2005), nr. 137.
59 Zie daarover Onrechtmatige Daad art. 163 (Van Maanen) aant. 10.
60 Het Hof spreekt in rov. 4.6 over "onderling vergelijkbare geneesmiddelen". Dat wordt niet bestreden.
61 Zie hiervoor voetnoot 5. Deze stellingen van Menzis hebben AstraZeneca c.s. niet bestreden zodat van de juistheid daarvan zal mogen worden uitgegaan.
62 Zie, met verwijzingen naar rechtspraak, Asser/Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie in burgerlijke zaken (2005), nr. 125.
- 63 Stb. 2005, 389.
64 Stb. 2005, 171.
65 Zie nader bijv. J. Stiglitz, Globalization and Its Discontents.
-