

Rb Arnhem, 26 april 2007, Prevner

Prevner



Zovirax met Koortslip test en wekker



## ONGEOORLOOFDE MEDEDINGING

Wet op de Medische Hulpmiddelen  
Geen handelsverbod.

- Nog afgezien van het antwoord op de vraag of wel is voldaan aan het in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste
- Niet gesteld of gebleken is dat de registratie- of notificatie procedure voor een medisch hulpmiddel in de wellicht van toepassing zijnde klasse 2a of 2b (midden risico) zo veel tijd in beslag zou nemen dat Prevner, indien Pronova deze procedure wel zou hebben gevolgd, op dit moment nog niet op de markt zou zijn.

## VERGELIJKENDE RECLAME

Nodeloos denigrerend

Door de wijze waarop de Prevner tube de Zovirax Koortslip wekker verbrijzelt laat Pronova zich kleinerend uit over het product Zovirax Koortslip van GSK

Superioriteitsclaim niet onderbouwd

De voorzieningenrechter volgt het standpunt van GSK dat de commercial, door de combinatie van de tube Prevner die de Zovirax Koortslip wekker verbrijzelt met de tekst 'Het is tijd voor een koortslippencreme die werkt', de suggestie wekt dat Prevner effectiever is dan en/of superieur is aan Zovirax. Sterker nog, er wordt zelfs de suggestie gewekt dat Zovirax in het geheel niet werkt.

Vindplaatsen: [Boek9](#); LJN: [BA5363](#); IER 2007, nr. 89, p. 329, m.nt. Hoogenraad; JGR 2007, nr. 31, p. 275

Vzgr Rb Arnhem, 26 april 2007

(G. Noordraven)

zaaknummer / rolnummer: 154864 / KG ZA 07-239

Vonnis in kort geding van 26 april 2007

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE B.V.,

gevestigd te Utrecht,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

procureur mr. F.J. Boom,

advocaten mr. A. Kwaspen en mr. K.A.J. Bisschop te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRONOVAMEDICAL B.V.,

gevestigd te Amstelveen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRONOVA DISTRIBUTIONS B.V.,

gevestigd te Amstelveen,

gedaagden in conventie,

eiseressen in reconventie,

procureur mr. R.P.H. Elzas,

advocaat mr. D.M. Wille te Amsterdam.

Eiseres zal hierna GSK worden genoemd. Gedaagden zullen gezamenlijk Pronova worden genoemd.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de eiswijziging
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota's van GSK
- de pleitnota van Pronova
- de eis in reconventie.

1.2. Ten slotte heeft de voorzieningenrechter vanwege de grote spoedeisendheid van de zaak het vonnis bepaald op 26 april 2007, met dien verstande dat de motivering van de beslissing uiterlijk 14 mei 2007 volledig op schrift zou worden gesteld. De overwegingen waarop die beslissing steunt worden hierna weergegeven.

### 2. De feiten

2.1. GSK is een bedrijf dat geneesmiddelen op de markt brengt, waaronder geneesmiddelen die zonder recept verkrijgbaar zijn: de zogeheten OTC-producten (OTC: 'over the counter'). Eén van deze producten is Zovirax Koortslip. Dit geneesmiddel is door het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (hierna: het CBG) beoordeeld en heeft een handelsvergunning (nr. RVG 19078) verkregen voor het gebruik ter behandeling van een koortslip, welke vergunning is goedgekeurd / vernieuwd op 8 februari 1995 en laatstelijk is herzien in november 2006.

2.2. GSK is in Nederland marktleider op het gebied van producten tegen een koortslip en heeft een marktaandeel van meer dan 50%. Zovirax is als woord-

en beeldmerk in veel landen (waaronder de Benelux) geregistreerd op naam van The Welcome Foundation Limited. Het beeldmerk bestaat (onder meer) uit het woord Zovirax, beginnend met een grote, gestyleerde 'Z'.

2.3. GSK heeft in de door haar gevoerde reclamecampagne voor Zovirax televisiecommercials vertoond als ook reclamematerialen verspreid waarin een vrouwengezicht te zien is met op haar lippen een lichtblauwe (rinkelende) wekker, bedoeld als 'alarmbel' voor een opkomende koortslip.

2.4. Pronova is een bedrijf dat sinds 1997 innovatieve medische producten ontwikkelt en op de markt brengt. Sinds januari 2006 brengt zij (via internet) de koortslippencreme Prevner op de markt, waarvoor zij recent een grootschalige reclamecampagne op de Nederlandse markt heeft geïntroduceerd. Deze reclamecampagne bestaat tot op heden uit een tv-commercial, de afgelopen weken veelvuldig uitgezonden tussen 18.00 en 23.00 uur op Net TIEN (Talpa) en een verwijzing daarin naar de website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl).

2.5. De televisiecommercial van Pronova start met een afbeelding van een lichtblauwe rinkelende wekker met daarin de letter "Z". Vervolgens verschijnt een tube Prevner koortslippencreme in beeld die boven op de rinkelende wekker valt en deze verbrijzelt. Op hetzelfde moment verschijnt de volgende tekst in beeld (die ook wordt gesproken): "Het is tijd voor een koortslippencreme die werkt".

2.6. Op de website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl) wordt verwezen naar de resultaten van een klinisch onderzoek ter zake van Prevner onder 80 personen die zeer vaak last hebben van een koortslip en van een consumentenonderzoek. In het consumentenonderzoek, gehouden onder kopers van Prevner, is de vraag "Wat vindt u van de werkzaamheid van Prevner?" zowel gesteld aan "gebruikers van alle producten" als aan "gebruikers van Zovirax". De antwoorden van beide gebruikers zijn naast elkaar weergegeven. Op de vraag "Wat vindt u van de werkzaamheid van Prevner in vergelijking met de werkzaamheid van het product dat u eerder gebruikte?" is ook onderscheid gemaakt tussen "in vergelijking met alle producten" en "in vergelijking met Zovirax".

2.7. GSK heeft Pronova bij brief van 13 april 2007 gesommeerd de misleidende en onnodig denigrerende reclame te staken. Pronova heeft hieraan geen gehoor gegeven

### 3. Het geschil in conventie

3.1. GSK vordert, na wijziging van eis, om uitvoerbaar bij voorraad op de minuut op alle dagen en uren, (samengevat):

- Pronova te bevelen de verhandeling (aanbieding, verkoop, aflevering) van Prevner te staken,
- Pronova te bevelen aan alle afnemers van het product Prevner een brief te sturen, onder toezending van een kopie van deze brief aan de advocaat van GSK, met de volgende inhoud:

"Geachte..,

*Bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem van .....is beslist dat Prevner niet aan*

*de vereiste wet- en regelgeving voldoet. Ten onrechte hebben wij dit product, alvorens het op de markt te brengen, niet voorgelegd aan een onafhankelijke toetsingsinstantie. Als gevolg daarvan mag Prevner niet verder worden verhandeld. Wij verzoeken u dan ook dringend de bij u in de winkel en/of apotheek zijnde Prevner producten, alsook de bij u in voorraad resterende Prevner producten op onze kosten en tegen terugbetaling van het aankoopbedrag aan ons te retourneren en deze niet verder te verkopen. Onze excuses voor het ongemak.*

*Hoogachtend,*

*PronovaMedical B.V. en Pronova Distributions B.V."*

(c) Pronova te gebieden de in de dagvaarding genoemde of hieraan soortgelijke reclame-uitingen te staken,

(d) Pronova te verbieden enige reclame-uiting openbaar te (laten) maken waarin Prevner wordt gepresenteerd als beter en/of effectiever dan Zovirax Koortslip,

(e) Pronova te verbieden enige reclame-uiting openbaar te (laten) maken waarbij de merknaam, handelsnaam, logo en / of ander onderscheidend teken van Zovirax Koortslip, waaronder doch niet beperkt tot de Zovirax Koortslip wekker en / of het Zovirax "Z"-teken, op een onnodig denigrerende wijze gebruikt of gepresenteerd wordt,

(f) Pronova te bevelen om een rectificatie te doen verschijnen op alle televisiekanalen, waarop de campagne is uitgezonden en wel op identieke uitzendtijden en van een identieke tijdsduur, alsmede deze rectificatie ook te doen plaatsen op haar website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl) en de landelijke dagbladen (de Telegraaf, het AD en het NRC) in tenminste A-4 formaat, zonder enige toevoeging of commentaar en in de normale huisstijl waarin Prevner wordt gepresenteerd:

*"Rectificatie Prevner*

*Pronova heeft onlangs de koortslippencreme Prevner geïntroduceerd. Bij de introductie is geclaimd dat het product effectiever is dan de koortslippencreme Zovirax. Dit was onjuist en misleidend. In werkelijkheid is niet bewezen dat Prevner effectiever is dan andere koortslippencremes.*

*Bovendien hebben wij de koortslippencreme Zovirax in onze televisiecommercial op onnodig denigrerende wijze gepresenteerd. Deze voorstelling van zaken is onjuist en daarom ook misleidend.*

*Hoogachtend,*

*PronovaMedical B.V. en Pronova Distributions B.V."*

en Pronova te bevelen een verklaring van een registeraccountant te verstrekken waaruit blijkt dat Pronova volledig en correct aan voormelde rectificaties heeft voldaan,

(g) op straffe van een dwangsom bij iedere gedeeltelijke of gehele overtreding (dan wel per dag van overtreding) van de hiervoor genoemde verboden en bevelen,

(h) met hoofdelijke veroordeling van gedaagden in de kosten van dit kort geding.

3.2. GSK legt aan haar vorderingen het volgende ten grondslag. a) Pronova handelt in strijd met de wettelijke regels. Volgens de Wet op de Medische hulpmiddelen en het Besluit Medische Hulpmiddelen

dient een producent duidelijk aan te geven waartoe het medisch hulpmiddel is bestemd en tot welke klasse het medisch hulpmiddel behoort. De wet maakt daarbij een onderscheid tussen vier verschillende klassen. Deze indeling is gebaseerd op het mogelijke risico voor de gebruiker en de plaats waar het hulpmiddel bij of in het lichaam wordt toegepast. Pronova heeft haar koortslip-pencrème Prevner ten onrechte in de markt gezet als een medisch hulpmiddel klasse 1. Het zou om een niet-invasief middel gaan, een middel dat niet door de huid of het slijmvlies heen gaat. Volgens GSK gaat het om een crème die wel door de huid heen gaat en niet voldoet aan de definitie van een medisch hulpmiddel klasse 1. Pronova heeft daardoor de voor de klassen 2a en 2b verplichte keuring door een onafhankelijke toetsingsinstantie omzeild en zich een ongeoorloofde voorsprong weten te verschaffen ten opzichte van haar concurrenten die zich wel aan de vereiste wet- en regelgeving houden. Hierdoor handelt Pronova onrechtmatig jegens GSK.

b) De televisiecommercial verwijst duidelijk naar het geneesmiddel Zovirax Koortslip en het merk Zovirax door het gebruik daarin van een wekker die nagenoeg identiek is aan de bekende Zovirax Koortslip-wekker. Het Z-logo op de wijzerplaat van de wekker is qua kleurstelling, schrijfwijze en vormgeving identiek aan de Zovirax-Z, zoals afgebeeld in de Benelux beeldmerken met registratienummers 568933 en 591860. De uitgedragen boodschap van de commercial is ten onrechte dat Prevner effectiever is dan en / of superieur is aan Zovirax. Bovendien kan Pronova de juistheid van deze boodschap of suggestie niet bewijzen en dient de vergelijkende reclame als misleidend te worden aangemerkt. Het klinische onderzoek waarnaar Pronova op haar website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl) verwijst is naar mening van GSK geen objectief, onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek. Het consumentenonderzoek waarnaar Pronova verwijst is onvolledig, onjuist en daarmee ook misleidend. De vergelijkingen zoals Pronova die in haar commercial en op haar website maakt voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 6:194a lid 2 onder a en c BW en zijn misleidend, niet objectief en daarom onrechtmatig jegens GSK. Bovendien voorzien de beide producten niet in dezelfde behoefte: Zovirax heeft een geneeskundige werking en Prevner een preventieve, waardoor de vergelijking mank gaat en niet is voldaan aan artikel 6:194a, tweede lid, sub b BW. In de televisiecommercial wordt, door het verbrijzelen van de 'Zovirax' wekker om plaats te maken voor de Prevner koortslippencreme, zonder dat daartoe een geldige reden aanwezig is, bovendien onnodig afbreuk gedaan aan de reputatie van Zovirax en is er sprake van onnodig denigrerende uitlatingen. De commercial is aldus ook in strijd met 6:194a lid 2 sub e en g BW. GSK lijdt hierdoor schade, welke zal toenemen bij voortdurende van de reclamecampagne van Pronova, zodat zij een spoedeisend belang heeft bij de gevorderde voorzieningen.

3.3. Pronova voert gemotiveerd verweer. Zij pleit voor afwijzing van het verhandelingsverbod op de navolgende gronden. De vorderingen gebaseerd op een

verkeerde, met de wet strijdige, classificatie van Prevner horen niet thuis in dit kort geding. De Inspectie voor Volksgezondheid dient naleving van de Wet Medische Hulpmiddelen te controleren en niet de concurrentie en bovendien wil zij de concurrentie geen inzage geven in haar technisch dossier met concurrentiegevoelige gegevens. De in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsleer staat in de weg aan het beroep van GSK op verkeerde classificatie. De betreffende wetgeving strekt tot veiligheid en bescherming van de gezondheid van patiënten, niet tot bescherming van (commerciële) belangen van concurrenten. De 'correctie Langemeijer' is niet van toepassing. Zij betwist bovendien te handelen in strijd met de wet. Prevner is wel degelijk een niet-invasief medisch hulpmiddel, zodat klasse 1 van toepassing is. Het zinksulfaat in Prevner zorgt voor de-activatie van de virusdeeltjes óp de lippen. Voorts betoogt Pronova dat er niks is aan te merken op de wijze waarop zij haar product Prevner presenteert omdat de door haar gedane uitlatingen juist en volledig zijn en niet misleiden. Het klinisch onderzoek voldoet aan alle randvoorwaarden die voor een dergelijk onderzoek gebruikelijk zijn. Ook de resultaten van het consumentenonderzoek zijn relevant en objectief. De televisiecommercial is niet onnodig grievend maar zet zich met een knipoo af tegen de bestaande koortslipproducten. De 'Z' op de wijzerplaat symboliseert slapen. De rinkelende wekker zegt in feite: 'wakker worden'. Het verpletteren van de wekker is impliciet bedoeld om duidelijk te maken dat Prevner de koortslip verbrijzelt. Dat in de commercial Prevner impliciet met Zovirax wordt vergeleken is juist, maar ook niet verboden.

3.4. Op de stellingen van partijen in conventie wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. Het geschil in reconventie

4.1. Pronova vordert in reconventie samengevat – GSK op straffe van een dwangsom, te bevelen om de volgende uitlatingen: (a) dat Zovirax crème een koortslip sneller geneest door de unieke gepatenteerde combinatie, (b) dat Zovirax de duur van een uitbraak halveert, en (c) dat Zovirax-crème effectief is in alle fasen van een koortslip, en uitlatingen van gelijke strekking blijvend te staken, met veroordeling van GSK in de kosten van het geding in reconventie.

4.2. Pronova voert daartoe het volgende aan. Uit gezaghebbende documenten zoals het Farmacotherapeutisch Kompas 2007 van het College voor zorgverzekeringen (hierna: het Kompas 2007) en de Standaarden voor Zelfzorg blijkt dat de werkzaamheid van aciclovir, het virusbestrijdende bestanddeel van Zovirax, niet bewezen is bij lokale toepassing op de huid. Zovirax kan daarom de hiervoor genoemde reclame-uitingen niet waarmaken. Deze claims zijn misleidend en in strijd met artikel 6:194 BW. Pronova leidt als concurrent schade door deze misleiding en heeft een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vorderingen in reconventie.

4.3. GSK voert gemotiveerd verweer. Allereerst betwist zij het spoedeisend belang van deze vordering, omdat zij de betreffende reclame-uitingen al sinds jaar

en dag bezigt. Verder verwijst zij voor de juistheid van haar uitlatingen naar de tekst van de CBG registratie / handelsvergunning voor Zovirax Koortslip met daarin de resultaten van twee grote, dubbelblinde, gerandomiseerde klinische studies met 1.385 proefpersonen. Ook verwijst GSK naar de door haar zustermaatschappij geoctrooieerde farmaceutische formule voor de behandeling van virusinfecties van de huid en het slijmvies.

4.4. Op de stellingen van partijen in reconventie wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **5. De beoordeling in conventie**

Ten aanzien van het gevorderde verbod tot verhandeling

5.1. Partijen verschillen van mening over vraag of Pronova heeft voldaan aan de wet- en regelgeving voor medische hulpmiddelen. Pronova zou het hulpmiddel Pevner volgens GSK ten onrechte hebben geregistreerd in klasse 1 (laag risico) en daardoor een ongeoorloofde voorsprong hebben gekregen ten opzichte van haar concurrent GSK. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan deze eventuele met de wet strijdige registratie door Pronova in 2006 op dit moment geen grondslag (meer) vormen voor het in dit kort geding op basis van onrechtmatige daad gevorderde verhandelsverbod, nog afgezien van het antwoord op de vraag of wel is voldaan aan het in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste. Niet gesteld of gebleken is dat de registratie- of notificatie procedure voor een medisch hulpmiddel in de wellicht van toepassing zijnde klasse 2a of 2b (midden risico) zo veel tijd in beslag zou nemen dat Pevner, indien Pronova deze procedure wel zou hebben gevolgd, op dit moment nog niet op de markt zou zijn. Voor zover Pronova ten gevolge van een met de wet strijdige registratie ten opzichte van GSK een 'voorsprong' op de markt heeft verkregen, moet deze thans geacht worden te zijn uitgewerkt en moet worden aangenomen dat van een dergelijke voorsprong van Pronova op dit moment geen sprake (meer) is. Pronova heeft dan ook op dit moment, naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, onvoldoende spoedeisend belang bij het in dit kort geding gevorderde verhandelsverbod. De stellingen van partijen over het al dan niet invasieve karakter van Pevner behoeven aldus in dit kort geding geen bespreking meer en lenen zich bovendien beter voor een beoordeling in een eventuele bodemprocedure. Het gevorderde verhandelsverbod zal daarom worden afgewezen.

#### **Ten aanzien van de (misleidende) vergelijkende reclame**

5.2. In geschil is verder of Pronova met de hierboven omschreven televisiecommercial en / of op de website [www.pevner.nl](http://www.pevner.nl) ongeoorloofde vergelijkende (en misleidende) reclame heeft bedreven in de zin van artikel 6:194a BW.

#### **De televisiecommercial**

5.3. Vast staat (en door Pronova is niet weersproken) dat in de in het geding zijnde commercial sprake is van vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194, eerste lid, BW. De televisiecommercial voor Pevner

verwijst volgens de voorzieningenrechter impliciet naar Zovirax Koortslip, door het gebruik daarin van een lichtblauwe, rinkelende wekker die nagenoeg identiek is aan de Zovirax Koortslip-wekker. Ook het 'Z'-logo op de wijzerplaat van de 'Pevner'-wekker lijkt qua kleurstelling, schrijfwijze en vormgeving op de Zovirax-'Z', zoals afgebeeld in de Benelux beeldmerken met registratienummers 568933 en 591860. De tekst 'Het is tijd voor een koortslippencreme die werkt' verwijst impliciet naar de bestaande koortslippenproducten, en in het bijzonder naar Zovirax. Hierbij speelt een rol dat zeer aannemelijk is dat Zovirax onder gebruikers van koortslipmiddelen een grote bekendheid geniet vanwege haar grote marktaandeel.

5.4. Uitgangspunt van artikel 6:194a, tweede lid, BW is dat vergelijkende reclame is geoorloofd, indien wordt voldaan aan alle in dat artikel genoemde voorwaarden. Eén van die voorwaarden is dat de reclame niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over (onder meer) de merken en goederen van een concurrent. Aan die voorwaarde is in de onderhavige commercial voorshands geoordeeld niet voldaan. Van een humoristische kwinkslag die de kleinerende vergelijking zou kunnen excuseren is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake. Door de wijze waarop de Pevner tube de Zovirax Koortslip wekker verbrijzelt laat Pronova zich kleinerend uit over het product Zovirax Koortslip van GSK. Pronova breekt GSK en Zovirax Koortslip letterlijk en figuurlijk af. Volgens vaste rechtspraak mag dit alleen als 'de kritische noot' in de mededeling, advertentie of commercial gegrond is, dus op waarheid berust. Daarvan is in het onderhavige geval, zoals hierna zal worden besproken, onvoldoende gebleken. De gevorderde veroordeling tot staking van de vertoonde televisiecommercial zal daarom worden toegewezen en zich ook uitstrekken tot een hieraan soortgelijke televisiecommercial waarin direct of indirect afbreuk wordt gedaan aan het merk Zovirax.

5.5. Een andere voorwaarde is dat de vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn in de zin van artikel 6:194 BW. Bij het vermelden van vergelijkende gegevens, in dit geval de werkzaamheid van het product, moeten deze vergelijkende gegevens juist en volledig zijn. De vergelijking moet objectief zijn en zien op alle wezenlijke, relevante kenmerken van de producten, die bovendien voor een consument verifieerbaar moeten zijn. Er mogen dus geen gegevens worden weggelaten die voor de consument noodzakelijk zijn om een keuze te kunnen maken.

5.6. De voorzieningenrechter volgt het standpunt van GSK dat de commercial, door de combinatie van de tube Pevner die de Zovirax Koortslip wekker verbrijzelt met de tekst 'Het is tijd voor een koortslippencreme die werkt', de suggestie wekt dat Pevner effectiever is dan en/of superieur is aan Zovirax. Sterker nog, er wordt zelfs de suggestie gewekt dat Zovirax in het geheel niet werkt. Deze vergelijking van Pronova is, in het licht van de voorgaande overweging, alleen geoorloofd, indien deze ziet op alle wezenlijke en relevante kenmerken van de vergeleken producten en wordt on-

derbouwd door controleerbaar, extern en objectief wetenschappelijk bewezen onderzoek. In de onderhavige televisiereclame is er geen sprake van, maar ook nauwelijks ruimte voor een dergelijke objectieve vergelijking. Ook om deze reden kan de daarvan uitgaande suggestie als misleidend worden beoordeeld en de televisiereclame worden verboden.

5.7. Omdat in de onderhavige televisiereclame echter zeer duidelijk de volgende tekst wordt getoond en gesproken: 'Kijk voor de feiten op [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl)' zal de voorzieningenrechter nagaan of Pronova er in dit kort geding in slaagt de volledigheid en juistheid van de op de website vermelde gegevens waarop haar impliciete superioriteitsclaim rust aannemelijk te maken, zoals zij op grond van artikel 6:195 BW verplicht is. Daarbij is de voorzieningenrechter van oordeel, dat de beide producten wel in dezelfde behoefte voorzien (namelijk de behandeling van een koortslip), ondanks dat Zovirax voornamelijk een geneeskundige werking claimt en Prevner voornamelijk een preventieve.

5.8. Pronova verwijst in dat verband naar de Prevner website, waarop de resultaten zijn weergegeven van een klinisch onderzoek onder 80 personen die minimaal 12 keer per jaar last hebben van een koortslip. Dit onderzoek, zo blijkt op de website, verdeelde zich over twee perioden van elk acht weken. Gedurende de eerste periode gebruikten de testpersonen hun huidige koortslipmiddel. In de tweede periode gebruikten ze Prevner. De respondenten hielden tijdens het gehele onderzoek een persoonlijk dagboek bij. Het aantal gevallen van koortslip bleek bij gebruik van Prevner minder, de duur van de symptomen bleek korter en de ernst minder. Het onderzoeksrapport, genaamd 'Clinical Effects of the application of ClearLip (zo werd Prevner toen nog genoemd) in the treatment of Cold Sores' van 9 juni 2005 is niet op de website te raadplegen en, omwille van de vertrouwelijkheid, niet op voorhand als productie overgelegd (alleen de inhoudsopgave). Ook verwijst Pronova naar de resultaten op haar website van een consumentenonderzoek uit augustus 2006 onder kopers van Prevner.

5.9. Met betrekking tot het door Pronova uitgevoerde klinisch onderzoek overweegt de voorzieningenrechter dat dit voorshands als onvoldoende objectief en wetenschappelijk onderbouwd kan worden aangemerkt, nu dit in haar eigen beheer is uitgevoerd met een relatief gering, in drie groepen verdeeld, aantal proefpersonen en niet volledig is in te zien. De onderzoeksmethodiek en de onderzoeksresultaten zijn onvoldoende inzichtelijk en verifieerbaar. Daardoor kan niet worden nagegaan of er sprake is van een objectieve vergelijking. Weliswaar blijkt uit dit onderzoek dat een aanzienlijk deel van de deelnemende proefpersonen Prevner een effectief middel vond ter voorkoming van koortslippen, maar de op de website te raadplegen resultaten van het klinisch onderzoek zijn, voorshands geoordeeld, onvoldoende transparant om daarmee de claim of suggestie dat Prevner beter is dan Zovirax te rechtvaardigen.

5.10. Ten aanzien van het consumentenonderzoek overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Uit de op

de website gepubliceerde resultaten van dit onderzoek valt op te maken dat een aanzienlijk deel van de respondenten de werkzaamheid van Prevner goed tot zeer goed vindt in vergelijking met het product dat zij eerder gebruikten (andere koortslipproducten en / of Zovirax). Uit deze gepubliceerde resultaten valt echter niet op te maken op welke wijze de werkzaamheid onder de gebruikers precies is getest, terwijl het onderzoek alleen is uitgevoerd onder de kopers van Prevner (het betreft dus geen 'blind' onderzoek). Het voorgaande komt de objectiviteit niet ten goede. Ook het consumentenonderzoek waarnaar Pronova verwijst kan de claim dat Prevner beter is dan Zovirax op onvoldoende objectieve, wetenschappelijke en transparante wijze dragen.

5.11. Ter onderbouwing van haar claim dat Zovirax (en / of het virusbestrijdende bestanddeel aciclovir) niet of minder goed werkt dan Prevner (met als bestanddelen zinksulfaat en zinkoxide) verwijst Pronova in dit geding ten slotte naar twee handboeken voor artsen en apothekers, het Kompas 2007 en naar de Standaarden voor Zelfzorg. Volgens de Standaarden voor Zelfzorg (p. 172) zou het in Zovirax aanwezige, virusbestrijdende bestanddeel aciclovir vooral werkzaam zijn in het lichaam, maar op het lichaam, als crème, niet of nauwelijks effectief zijn. Aciclovir crème en Zovirax crème zijn volgens de Standaarden afgeraden middelen. Het College Farmaceutische Hulp zou in een toelichtend advies bij 'aciclovir dermaal' in de digitale versie van het Kompas 2007 spreken van 'marginaal gunstige effecten' en 'niet zinvol'. Een behandeling met zinksulfaat crème wordt in het Kompas genoemd ter symptomatische behandeling. Ook worden zinksulfaat en zinkoxide in de Standaarden genoemd als zelfzorgmiddelen ter symptomatische bestrijding van een koortslip.

5.12. GSK stelt hier enerzijds tegenover dat het CBG heeft geoordeeld dat Zovirax Koortslip voldoende effectief is als geneesmiddel ter behandeling van een koortslip, onder verwijzing naar twee grote, in opdracht van GSK uitgevoerde, dubbelblinde, gerandomiseerde klinische studies met 1.358 proefpersonen waarin Zovirax Koortslip is vergeleken met een placebo creme. Anderzijds betoogt GSK dat Zovirax niet kan worden vergeleken met andere generieke cremes met het bestanddeel aciclovir. Zovirax bestaat uit méér bestanddelen, en juist de combinatie van alle bestanddelen zorgt voor een betere werkzaamheid. Vooral de hoeveelheid van 40% propyleenglycol zorgt voor een verbeterde opname door of werking in de huid van antivirale aciclovir, dus een verbeterde werkzaamheid. Voor de combinatie of farmaceutische formule heeft haar zustermaatschappij een Europees octrooi aangevraagd, geregistreerd onder nr. EP 1 140 117 B1, gepubliceerd en toegekend op 9 april 2003.

5.13. Pronova heeft door verwijzing naar bovengenoemde handboeken, tegenover het hierboven weergegeven gemotiveerde verweer daartegen van GSK, de suggestie of claim dat Prevner beter werkt dan Zovirax naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter op onvoldoende volledige, controleerbare en objectieve wijze onderbouwd. Wat er ook zij van de

werkzaamheid van (enkele van) de bestanddelen van de beide crèmes, in geen van de genoemde handboeken wordt een rechtstreekse vergelijking gemaakt tussen Zovirax en Prevner. De handboeken kunnen daarom onvoldoende de conclusie rechtvaardigen dat behandeling met Prevner (voornamelijk bedoeld ter voorkoming van een koortslip) effectiever is dan behandeling met Zovirax (voornamelijk bedoeld ter genezing van een koortslip). De in de televisiecommercial gebezigde vergelijkende reclame dient daarom als misleidend te worden aangemerkt, en is om die reden niet geoorloofd in de zin van artikel 6:194a, tweede lid BW. Dat het merk Zovirax niet is geregistreerd op naam van GSK maar op naam van The Welcome Foundation, zoals door Pronova aangevoerd, doet hierbij niet terzake. De vordering en beoordeling daarvan zijn niet gegrond op het merkenrecht.

5.14. Of de reclamecampagne ook niet zou voldoen aan de voorwaarde dat de vergelijkende reclame geen oneerlijk voordeel mag opleveren tengevolge van de bekendheid van Zovirax (artikel 6:194a lid 2 sub g BW) behoeft geen bespreking meer, nu de vordering reeds op grond van artikel 6:194a, tweede lid, sub a, c en e BW wordt toegewezen.

#### **De website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl)**

5.15. Ook op de website is er sprake van vergelijkende reclame. Zoals onder 2.6. van de feiten al vermeld, wordt Prevner in het daarop genoemde klinisch onderzoek vergeleken met andere koortslipmiddelen, en in het consumentenonderzoek ook expliciet met Zovirax. Ook op de website wordt naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter door de wijze waarop de onderzoeksresultaten van Prevner worden afgezet tegen de bestaande koortslipproducten, waaronder voornamelijk Zovirax, de suggestie gewekt dat Prevner beter werkt dan Zovirax. Hiervoor is reeds overwogen dat deze suggestie moet worden onderbouwd door een voldoende objectieve vergelijking die ziet op alle wezenlijke, relevante kenmerken van de producten, die bovendien voor een consument verifieerbaar moeten zijn en dat Pronova in dit kort geding onvoldoende is geslaagd in deze onderbouwing. Daarom zal Pronova worden veroordeeld om elke vermelding van Zovirax koortslippencreme op haar website, waarbij Prevner impliciet of expliciet wordt gepresenteerd als beter en / of effectiever dan Zovirax zonder dat dit wordt onderbouwd door een verwijzing naar controlebaar, extern en objectief wetenschappelijk bewezen onderzoek, te staken en gestaakt te houden.

5.16. De vorderingen van GSK onder 3.1. sub d) en e) om zich te onthouden van enige reclame-uiting waarin Prevner wordt gepresenteerd als beter en/of effectiever dan Zovirax Koortslip of waarbij de merknaam, handelsnaam, logo en / of ander onderscheidend teken van Zovirax Koortslip, waaronder doch niet beperkt tot de Zovirax Koortslip wekker en / of het Zovirax 'Z'-teken, op een onnodig denigrerende wijze gebruikt of gepresenteerd wordt zullen niet worden toegewezen, nu deze te ruim zijn geformuleerd.

#### **Rectificatie**

5.17. In het licht van het voorgaande ziet de voorzieningenrechter aanleiding Pronova te veroordelen tot het opnemen / uitzenden van een rectificatie ingevolge artikel 6:196 BW, zoals hierna in het dictum is weergegeven. Omdat de reclamecampagne zich, voor zover de voorzieningenrechter bekend, slechts heeft uitgestrekt tot dagelijkse uitzending gedurende een paar weken op Net TIEN en de website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl) en niet tot publicatie in de landelijke dagbladen acht de voorzieningenrechter het redelijk om, teneinde hetzelfde publiek te bereiken, de rectificatieboodschap op televisie via hetzelfde televisiekanaal op identieke uitzendtijden te laten plaatsvinden als waarop de commercial is uitgezonden. Daarbij wordt de duur beperkt tot drie achtereenvolgende dagen, nu dit geacht kan worden de verkeerde beeldvorming via televisie voldoende te ontcrachten en zal aan Pronova een termijn van vijftien dagen worden gegund, waarbinnen dit kan worden gerealiseerd. Voor de rectificatieboodschap op de website acht de voorzieningenrechter een duur van veertien dagen voldoende. Een verklaring van een registeraccountant ter controle van de juistheid van de rectificaties, waartegen Pronova verweer heeft gevoerd, acht de voorzieningenrechter niet nodig, nu GSK zelf kan controleren of aan de rectificaties is voldaan.

5.18. De gevorderde dwangsommen zullen (deels) worden gematigd en aan een maximum worden gebonden.

5.19. Pronova zal als de in conventie in het ongelijk gestelde termijn worden veroordeeld in de proceskosten van GSK in conventie.

#### **6. De beoordeling in reconventie**

6.1. Uit de tekst van de CBG registratie / handelsvergunning voor Zovirax Koortslip met daarin de resultaten van twee grote, dubbelblinde, gerandomiseerde klinische studies blijkt volgens GSK de juistheid van haar reclame-uitingen. Met betrekking tot de uiting 'Zovirax geneest sneller door de unieke gepatenteerde combinatie' betoogt GSK dat uit die resultaten naar voren komt dat de tijd tot genezing na gebruik van Zovirax Koortslip 4,6 dagen was en na gebruik van de placebo crème 5,0 dagen. Een koortslip behandeld met Zovirax geneest dus sneller dan een koortslip behandeld met een placebo crème, aldus GSK. Ook is er sprake van een Europees octrooi op de farmaceutische formule, zodat ook haar uiting 'unieke gepatenteerde combinatie' niet misleidend is. Met betrekking tot de uiting 'effectief in alle fasen van een koortslip' betoogt GSK dat de proefpersonen in de genoemde klinische studies zowel tijdens de vroege stadia van de infectie (prodromale en erythemateuze fase) als tijdens de late stadia (papulaire of vesculaire fase) met de behandeling van Zovirax Koortslip dan wel een placebo crème zijn begonnen. Zowel in de vroege als de late stadia was de tijd tot genezing en de duur van de pijn blijkens de studie korter. 'Effectief' dient te worden uitgelegd als doeltreffend, en van deze doeltreffendheid is volgens GSK in alle stadia sprake, ook als de koortslip wordt verzacht en verzorgd en de kans op besmetting wordt gereduceerd. GSK betwist ten slotte de claim dat 'Zovi-

rax de duur van de uitbraak halveert' te hebben gezegd.

6.2. In de door GSK als productie 3 overgelegde brochure 'Praktische informatie over een koortslip' staat onder het kopje 'Hoe ontwikkelt een koortslip zich?' de zin 'Door te behandelen met Zovirax wordt de duur (van uitbraak tot genezing van de koortslip- vzw) gehalveerd'. GSK bezigt deze claim wel degelijk en gebruikt in (onder meer) die brochure de vergelijkbare mededeling 'Met Zovirax crème geneest een koortslip tot wel 2x sneller in vergelijking met een niet-behandelde koortslip. Dus bijvoorbeeld in plaats van 10-12 dagen geneest de koortslip in 5 dagen'. Hier wordt een vergelijking gemaakt met een koortslip die in het geheel niet behandeld wordt, dus ook niet met een placebo crème. Niet is gebleken dat deze vergelijking onjuist is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat GSK met het overleggen van de resultaten van de hierboven genoemde studies, die bovendien zijn voorgelegd aan het CBG, in dit kort geding de juistheid en volledigheid van deze mededelingen voldoende aannemelijk heeft gemaakt.

6.3. De in reconventie gevorderde voorzieningen zullen worden afgewezen en Pronova zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van GSK van dit geding in reconventie.

## 7. De beslissing

De voorzieningenrechter

### in conventie

7.1. veroordeelt Pronova om met onmiddellijke ingang de in de dagvaarding onder punt 9 genoemde televisiecommercial, of een hieraan soortgelijke televisiecommercial waarin direct of indirect afbreuk wordt gedaan aan het merk Zovirax, onmiddellijk te staken en gestaakt te houden,

7.2. veroordeelt Pronova om aan GSK een dwangsom te betalen van € 50.000,00 (vijftig duizend euro) voor elke overtreding van de bovenstaande veroordeling, waarbij iedere afzonderlijke commercial als afzonderlijke overtreding heeft te gelden, met een maximum van € 1.000.000,00 (één miljoen euro)

7.3. veroordeelt Pronova om met onmiddellijke ingang elke vermelding van Zovirax koortslippencrème op haar website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl), waarbij Prevner impliciet of expliciet wordt gepresenteerd als beter en / of effectiever dan Zovirax zonder dat dit wordt onderbouwd door een verwijzing naar controleerbaar, extern en objectief wetenschappelijk bewezen onderzoek, te staken en gestaakt te houden,

7.4. veroordeelt Pronova om aan GSK een dwangsom te betalen van € 5000,00 (vijf duizend euro) voor elke dag dat zij in gebreke blijft aan de bovenstaande veroordeling onder 7.3. te voldoen, echter met een maximum van € 500.000,00 (vijfhonderd duizend euro),

7.5. veroordeelt Pronova om, binnen vijftien dagen na betekening van dit vonnis, gedurende drie achtereenvolgende dagen een rectificatie te doen verschijnen op alle televisiekanalen waarop de bedoelde televisiecommercial is uitgezonden, en wel op identieke uitzendtijden en van een identieke tijdsduur als deze

commercial en om, binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis, een rectificatie gedurende veertien achtereenvolgende dagen te (doen) plaatsen op haar website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl), zonder enig commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook en in de normale stijl waarin Prevner wordt gepresenteerd, welke beide rectificaties de onderstaande tekst dienen te hebben:

*"Rectificatie Prevner,*

*Pronova heeft onlangs de koortslippencrème Prevner geïntroduceerd. De voorzieningenrechter te Arnhem heeft bij vonnis van 26 april 2007 geoordeeld dat Pronova onrechtmatig heeft gehandeld door in tv-reclames over Prevner en op de website [www.prevner.nl](http://www.prevner.nl) te suggereren dat dit product effectiever is dan Zovirax zonder dat wij dit door voldoende controleerbaar, extern en objectief wetenschappelijk bewezen onderzoek hebben kunnen onderbouwen.*

*Bovendien heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat wij de koortslippencrème Zovirax in onze televisiecommercial op onnodig denigrerende wijze hebben gepresenteerd.*

*PronovaMedical B.V. en Pronova Distributions B.V."*

7.6. veroordeelt Pronova om voor elke dag dat zij in gebreke blijft aan vorenstaand bevel tot rectificatie op televisie en / of aan vorenstaand bevel tot rectificatie op haar website te voldoen aan GSK een dwangsom te betalen van € 50.000,00 (vijftig duizend euro), met een maximum van € 1.000.000,00 (één miljoen euro),

7.7. veroordeelt Pronova in de kosten van deze procedure in conventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van GSK bepaald op € 816,00 voor salaris procureur en op € 321,85 voor verschotten (€ 70,85 wegens het uitbrengen van de dagvaarding en € 251,00 wegens griffierecht),

7.8. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

7.9. wijst af het anders of meer gevorderde,

### in reconventie

7.10. wijst de gevorderde voorzieningen af,

7.11. veroordeelt Pronova in de kosten van deze procedure in reconventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van GSK te stellen op € 408,00 voor salaris procureur.