

Processo C-190/20

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

5 de maio de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

20 de fevereiro de 2020

Demandante e recorrente:

DocMorris N.V.

Demandada e recorrida:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF

DESPACHO

[Omissis]

No litúgio

DocMorris N.V., *[omissis]* Países Baixos,
demandada e recorrente em «Revision»,

[omissis]

contra

Apothekerkammer Nordrhein, *[omissis]*, Düsseldorf,
demandante e recorrida em «Revision»,

[omissis]

A 1ª secção cível do Bundesgerichtshof [*omissis*] decidiu o seguinte:

- I. O processo é suspenso.
- II. Submete-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão relativa à interpretação da Diretiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO 2002, L 311, p. 67), com a última redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) 2019/1243 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que adapta aos artigos 290.º e 291.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia uma série de atos jurídicos que preveem a aplicação do procedimento de regulamentação com controlo (JO 2019, L 198, p. 241), para decisão a título prejudicial:

É compatível com as disposições do título VIII e, em especial, com o artigo 87.º, n.º 3, da Diretiva 2001/83/CE, a interpretação de uma disposição nacional (neste caso, o § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG) no sentido de que uma farmácia de venda por correspondência com sede noutro Estado-Membro não pode atrair clientes mediante a organização de um sorteio, se a participação no sorteio depender da apresentação de uma receita médica de um medicamento para uso humano sujeito a receita médica, o prémio anunciado não for um medicamento mas outro objeto (neste caso, uma bicicleta elétrica no valor de 2.500 euros e escovas de dentes elétricas) e não for de recear que esteja a ser promovida a utilização irracional ou excessiva de medicamentos?

Fundamentos:

- 1 A. A demandante é a representante dos farmacêuticos da região de Nordrhein. Uma das suas atribuições consiste na fiscalização do cumprimento dos deveres profissionais por parte dos farmacêuticos. A demandada é uma farmácia de venda por correspondência com sede nos Países Baixos que fornece medicamentos sujeitos a receita médica a clientes na Alemanha.
- 2 Em março de 2015, a demandada anunciou, com um folheto, em toda a Alemanha, um «Grande Sorteio» com a possibilidade de ganhar, respetivamente, como prémio principal um vale para uma bicicleta elétrica no valor de 2.500 euros e como segundo a décimo prémios uma escova de dentes elétrica. A condição para a participação no sorteio era o envio de uma receita.
- 3 A demandante considera que esta publicidade é anticoncorrencial. Por carta de advogado de 1 de abril de 2015, exigiu à demandada, sem êxito, que pusesse termo à mesma.
- 4 Com a sua ação, a demandante pediu que a demandada fosse condenada, sob pena de determinadas cominações descritas em pormenor, a deixar de anunciar aos

- 8 I. O órgão jurisdicional de segunda instância decidiu, no entender da secção, corretamente, recusar a existência do direito à cessação do comportamento por violação do § 11, n.º 1, primeiro período, ponto 13, da HWG. [com mais desenvolvimentos]
- 9 *[Omissis]*
- 10 *[Omissis] [omissis]*
- 11 *[Omissis]*
- 12 II. Sem a resposta à questão prejudicial, não pode ser avaliado de forma conclusiva se a demandante pode interpor a ação inibitória contra a demandada por violação do § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG.
- 13 1. Nos termos do § 7, n.º 1, primeiro período, primeira metade do período, da HWG não é permitido oferecer, anunciar ou conceder brindes ou outras ofertas promocionais (bens ou serviços) ou de os aceitar enquanto profissional, a menos que ocorra uma das exceções legais estabelecidas no § 7, n.º 1, primeiro período, segunda metade do período, da HWG. Estão excluídos da proibição do § 7, n.º 1, primeiro período, primeira metade do período, da HWG os brindes e as ofertas promocionais de valor insignificante (§ 7, n.º 1, primeiro período, segunda metade do período, ponto 1, da HWG) ou os que têm um determinado valor pecuniário ou um valor pecuniário calculado de uma determinada forma (§ 7, n.º 1, primeiro período, segunda metade do período, ponto 2, alínea a), da HWG). No entanto, estas duas exceções preveem que os brindes ou outras ofertas promocionais continuam a ser proibidos para medicamentos, se forem atribuídos em violação das disposições relativas aos prémios aplicáveis por força da Lei do medicamento. A proibição generalizada de brindes promocionais, prevista no § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG, com as amplas restrições à publicidade no domínio dos medicamentos, visa fazer face ao perigo abstrato de a decisão dos consumidores sobre se devem optar por medicamentos e, eventualmente, por quais, ser influenciada de forma não objetiva pela perspectiva de receber brindes *[omissis]*.
- 14 2. O órgão jurisdicional de segunda instância entendeu, sem incorrer em erro de direito, que o § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG é aplicável. [com mais desenvolvimentos] *[omissis] [omissis]*
- 15 3. O órgão jurisdicional de segunda instância entendeu, corretamente, que a publicidade da demandada aqui em causa, que permite a participação num sorteio mediante a apresentação de uma receita médica, está relacionada com um produto e, por conseguinte, em princípio, as disposições da Heilmittelwerbegesetz (Lei relativa à publicidade dos medicamentos) são aplicáveis.
- 16 a) Nem toda a publicidade a medicamentos na aceção do § 1, n.º 1, ponto 1, da HWG está sujeita às disposições da Heilmittelwerbegesetz. Só é abrangida pelo âmbito de aplicação desta lei a publicidade relacionada com um produto (publicidade a um produto e publicidade com o objetivo de aumentar vendas) e

não a publicidade geral a uma empresa (publicidade corporativa e institucional) com a qual é feita publicidade à imagem e à capacidade produtiva da empresa sem fazer referência a determinados medicamentos. A resposta à questão decisiva para a aplicabilidade da Heilmittelwerbegesetz, de saber se a publicidade em apreço tem o objetivo de aumentar vendas ou se é publicidade institucional, depende em grande medida de saber se a imagem global do anúncio destaca a empresa ou antes a promoção de determinados produtos ou, pelo menos, de produtos suscetíveis de serem individualizados [omissis]. A publicidade a toda a gama de produtos de uma farmácia também pode estar relacionada com produtos [omissis]. Não há nenhum motivo convincente para que se aceite o estímulo da oferta de brindes promocionais que o legislador considera, em princípio, um estímulo indesejável no setor da publicidade na área da saúde, quando esta forma de publicidade é utilizada para um número particularmente grande de medicamentos [omissis].

- 17 b) As disposições da Diretiva 2001/83/CE não se opõem à presunção de que as disposições da Heilmittelwerbegesetz em matéria de publicidade a medicamentos também abrangem a publicidade a toda a gama de produtos de uma farmácia.
- 18 aa) As disposições da Heilmittelwerbegesetz em matéria de publicidade a medicamentos devem ser interpretadas em conformidade com o direito da União, tendo em conta as disposições da Diretiva 2001/83/CE. Esta diretiva procedeu a uma harmonização completa da publicidade a medicamentos (Acórdão do TJUE de 8 de novembro de 2007, Gintec [omissis], C-374/05, n.ºs 20 a 39).
- 19 bb) As disposições da Diretiva 2001/83/CE em matéria de publicidade (títulos VIII e VIII-A, artigos 86.º a 100.º) não permitem concluir que estas apenas se aplicam à publicidade dos medicamentos individuais.
- 20 (1) Nos termos do artigo 86.º, n.º 1, da Diretiva 2001/83/CE, entende-se por «publicidade dos medicamentos»: qualquer ação de informação, de prospeção ou de incentivo destinada a promover a prescrição, o fornecimento, a venda ou o consumo de medicamentos. Segundo o primeiro travessão do artigo 86.º, n.º 1, da Diretiva 2001/83/CE, o conceito de «publicidade dos medicamentos» abrange, em especial, a publicidade dos medicamentos junto do público em geral. Conforme resulta dos termos da referida disposição, em particular do segmento membro de frase «qualquer», o conceito de publicidade dos medicamentos adotado pelo legislador da União é muito amplo (Acórdão do TJUE de 5 de maio de 2011, MSD Sharp & Dome, C-316/09, n.º 29).
- 21 (2) A Diretiva 2001/83/CE contém, no artigo 88.º, n.ºs 1 a 4, normas relativas à publicidade junto do público de grupos inteiros de medicamentos. O facto de os artigos 89.º e 90.º da Diretiva 2001/83/CE mencionarem apenas a «publicidade de um dado medicamento junto do público em geral» não significa que a Diretiva 2001/83/CE apenas abrange a publicidade de medicamentos individuais junto do público em geral. Com efeito, os referidos artigos apenas contêm uma definição mais detalhada das informações que devem ser prestadas na publicidade de um

dado medicamento, relativas a este medicamento e os elementos que a mesma não pode incluir. As restantes disposições – artigos 86.º, n.º 1 e 88.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva 2001/83/CE – referem «publicidade dos medicamentos» e «publicidade dos medicamentos junto do público em geral». Segundo os mesmos, a Diretiva também abrange a publicidade dos medicamentos em geral e não apenas a publicidade relacionada com determinados medicamentos *[omissis]*.

- 22 c) Neste sentido, a publicidade aqui em questão tem a necessária relação com um produto. O benefício prometido sob a forma de participação no sorteio da demandada não anuncia os serviços da farmácia de venda por correspondência por ela explorada, nem é uma oferta por outros motivos relacionados com a empresa. De acordo com a atividade ilícita concreta referida na petição inicial, a participação no sorteio está relacionada com a apresentação de uma receita. Desta forma, a publicidade diz respeito a medicamentos sujeitos a receita médica que só podem ser vendidos com receita médica e, conseqüentemente, está, desde logo, relacionada com um produto.
- 23 4. O órgão jurisdicional de reenvio considerou, corretamente, que, no litígio, a possibilidade de participação num sorteio, oferecida pela demandada, constitui uma oferta promocional na aceção do § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG. [com mais desenvolvimentos]
- 24 *[Omissis]*
- 25 *[Omissis]*
- 26 5. O órgão jurisdicional de segunda instância concluiu, sem incorrer em erro de direito, que não se verificava nenhuma das exceções constantes do § 7, n.º 1, primeiro período, segunda metade do período, da HWG. [com mais desenvolvimentos]
- 27 *[Omissis]*
- 28 *[Omissis]*
- 29 6. No entanto, coloca-se a questão de saber se a publicidade da demandada influencia os seus clientes de forma injustificada.
- 30 a) O órgão jurisdicional de segunda instância considerou que a publicidade à possibilidade de participação num sorteio quando uma receita é aviada fundamenta o risco abstrato de influência injustificada do destinatário da publicidade. Não se pode excluir que um paciente que necessite de um medicamento sujeito a receita médica e que tenha obtido do seu médico a receita necessária para esse efeito opte por aviar a receita junto da farmácia de venda por correspondência da demandante sem averiguar se a aquisição do medicamento junto de uma farmácia tradicional é mais adequada às suas necessidades pessoais. As farmácias de venda por correspondência só podem aconselhar por telefone e após pedido expresso. Pode ser importante para o cliente, quando está a aviar uma

receita, também ser aconselhado sem o solicitar, por exemplo, no que diz respeito a interações com outros medicamentos. O farmacêutico está qualificado para o fazer. Por conseguinte, a opção do cliente por uma farmácia tradicional ou por uma farmácia de venda por correspondência é importante para a sua saúde. Esta opção é influenciada injustificadamente por um sorteio, através da publicidade controvertida.

- 31 b) O facto de a participação num sorteio acarretar uma vantagem pecuniária não justifica, por si só, que a demandada seja proibida de fazer a publicidade controvertida devido à influência injustificada de clientes potenciais.
- 32 aa) O Tribunal de Justiça, no seu Acórdão *Deutsche Parkinson Vereinigung* (Acórdão de 19 de outubro de 2016, C-148/15, [omissis]) entendeu, igualmente, que graças ao pessoal que empregam, as farmácias tradicionais estão em melhores condições do que as farmácias de venda por correspondência para prestar aos pacientes conselhos individuais e assegurar um aprovisionamento em medicamentos em caso de urgência, e que as farmácias de venda por correspondência não podem, dada sua oferta restrita de serviços, substituir de forma adequada tais serviços. No entanto, tendo esta circunstância em mente, declarou que a concorrência pelos preços é suscetível de representar um parâmetro concorrencial mais importante para as farmácias de venda por correspondência com sede noutro Estado-Membro do que para as farmácias tradicionais com sede na Alemanha, uma vez que este parâmetro condiciona a sua possibilidade de as farmácias de venda por correspondência com sede noutro Estado-Membro acederem diretamente ao mercado alemão e de continuarem a ser competitivas neste (Acórdão do TJUE, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, n.º 24). O Tribunal de Justiça declarou, assim, que a imposição de preços de venda uniformes para medicamentos sujeitos a receita médica, como prevista pelo direito alemão, constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação na aceção do artigo 34.º TFUE, uma vez que essa regulamentação afeta mais fortemente as farmácias estabelecidas num Estado-Membro diferente da República Federal da Alemanha do que as farmácias com sede no território alemão, o que poderia ser suscetível de prejudicar mais o acesso ao mercado dos produtos provenientes de outros Estados-Membros do que o dos produtos nacionais (Acórdão *Deutsche Parkinson Vereinigung*, n.ºs 26 e segs.). O Tribunal de Justiça considerou ainda que uma regulamentação nacional em matéria de preços dos medicamentos que prevê a fixação de preços uniformes para a venda pelas farmácias de medicamentos para uso humano sujeitos a receita médica, não pode ser justificada para efeitos da proteção da saúde e da vida das pessoas, na aceção do artigo 36.º TFUE, na medida em que esta regulamentação não é adequada para alcançar os objetivos prosseguidos (Acórdão *Deutsche Parkinson Vereinigung*, n.º 46).
- 33 bb) Resulta destas considerações que o Tribunal de Justiça tece no Acórdão *Deutsche Parkinson Vereinigung* que, em princípio, as farmácias de venda por correspondência com sede noutros Estados-Membros da União Europeia não podem ser proibidas de, na impossibilidade de aconselhamento individual e

presencial dos pacientes, compensar a limitação da sua oferta de serviços concorrendo pelos preços com as farmácias tradicionais no respetivo Estado-Membro. É essa concorrência pelos preços que está em causa no presente litígio.

- 34 (1) Na Alemanha, por força do enquadramento legal da venda de medicamentos sujeitos a receita médica – independentemente da fixação de preços impostos que continua a existir para este grupo de medicamentos – não existe concorrência pelos preços entre as farmácias para atrair clientela que seja semelhante ao que sucede com produtos de outras áreas. Na Alemanha, existe, ao abrigo do § 5, n.º 1, do Sozialgesetzbuch V (Livro V do Código da Segurança Social, a seguir «SGB V») uma obrigação geral de subscrição de um seguro de doença. Todos devem subscrever um seguro legal obrigatório ou um seguro privado. Em consequência desta obrigação de subscrição de um seguro, no caso de uma prescrição médica de um medicamento, em princípio, não é o paciente, mas o seguro de doença do paciente, que suporta os custos com a sua aquisição. Os titulares do seguro legal obrigatório, para adquirir medicamentos sujeitos a receita médica, só necessitam de suportar uma contribuição por embalagem de medicamento, no valor máximo de dez euros e mínimo de cinco euros, que é designado pelo órgão jurisdicional de segunda instância como «taxa de prescrição médica» (§ 61, primeiro período, do SGB V).
- 35 (2) Na Alemanha, a concorrência em matéria de clientes na venda de medicamentos sujeitos a receita médica por parte das farmácias de venda por correspondência com sede noutro Estado-Membro da União Europeia não se consubstancia normalmente nos preços dos medicamentos inferiores aos preços das farmácias alemãs, mas na publicidade com ofertas pecuniárias aos clientes. Estas ofertas visam levar os clientes na Alemanha a aviar as suas receitas numa farmácia de venda por correspondência estrangeira em vez de numa farmácia tradicional. Anuncia-se, por exemplo, um bónus no valor de metade da contribuição legal no caso dos titulares do seguro legal obrigatório [omissis], com um bónus na primeira compra [omissis], com um bónus dependente do preço do medicamento e cujo valor é limitado aos 15 euros [omissis], com um prémio em dinheiro de 15 euros a título de compensação pela participação no controlo de qualidade [omissis], com uma remuneração pela colaboração do cliente num inquérito sobre os medicamentos [omissis] ou com um prémio pela angariação de um novo cliente [omissis].
- 36 (3) É também o que sucede no presente litígio. A demandada promove-se junto dos pacientes na Alemanha, não com preços dos medicamentos mais baixos do que os praticados pelas farmácias alemãs, mas com uma outra vantagem pecuniária concedida ao paciente.
- 37 c) Contudo, coloca-se a questão de saber se, no presente litígio, as restrições à publicidade previstas no § 7, n.º 1, primeiro período, da HWG para a publicidade com vantagens pecuniárias são justificadas pelos objetivos da Diretiva 2001/83/CE e pelos seus artigos 86.º a 90.º, em particular, pelo artigo 87.º, n.º 3.

É este o objeto da questão prejudicial. No entender da Secção, existem muitos elementos que apontam para que a publicidade com oportunidades de ganhos aleatórios na venda de medicamentos sujeitos a receita médica deva ser considerada como influência subjetiva dos potenciais clientes visados pela demandada e que, por conseguinte, a publicidade em causa não deva ser permitida.

- 38 aa) Não se pode entender que a proibição da publicidade com ofertas pecuniárias em relação aos medicamentos sujeitos a receita médica seja, à partida, justificada ao abrigo do artigo 88.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2001/83/CE que – em conformidade com o considerando 44 desta diretiva – impõe aos Estados-Membros que proibam toda a publicidade de medicamentos sujeitos a receita médica.
- 39 No entender da Secção, mesmo nos casos em que a publicidade junto do público em geral, com a qual – tal como sucede no presente litígio –, se pretende em termos gerais promover a venda de medicamentos sujeitos a receita médica através da concessão de vantagens pecuniárias, constitui publicidade dos medicamentos na aceção do artigo 86.º, n.º 1, primeiro travessão, não se trata da publicidade junto do público em geral de medicamentos sujeitos a receita médica, proibida em termos gerais por força do artigo 88.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2001/83/CE.
- 40 O artigo 88.º, n.º 1, da Diretiva 2001/83/CE visa impedir, para efeitos de proteção da saúde, que com a publicidade sejam criados estímulos junto do público para que os pacientes peçam ao seu médico que lhes prescreva um medicamento sujeito a receita médica. Em contrapartida, a publicidade que incide sobre os preços ou a publicidade que anuncia outras vantagens pecuniárias para medicamentos sujeitos a receita médica tem por objetivo que um paciente, ao adquirir um medicamento que já lhe foi prescrito, opte por uma determinada farmácia. A publicidade que incide sobre os preços na venda de medicamentos sujeitos a receita médica faz parte integrante da concorrência e não é abrangida pelo artigo 88.º, n.º 1, da Diretiva 2001/83/CE.
- 41 bb) Contudo, há ter em conta que a publicidade junto do público em geral que anuncia a possibilidade de participação num sorteio com a compra de medicamentos sujeitos a receita médica é contrária aos objetivos da Diretiva 2001/83/CE e do disposto nos seus artigos 86.º a 90.º, em particular, do artigo 87.º, n.º 3.
- 42 (1) A Diretiva 2001/83/CE proíbe, no seu artigo 94.º, n.º 1, a promoção dos medicamentos através de prémios e benefícios pecuniários ou em espécie, junto das pessoas habilitadas para os receitar. Segundo o mesmo, é proibido conceder, oferecer ou prometer a essas pessoas quaisquer prémios, benefícios pecuniários ou benefícios em espécie, exceto quando se trate de objetos de valor insignificante e não estejam relacionados com a prática da medicina ou da farmacologia. A Diretiva 2001/83/CE não contém nenhuma norma análoga para a publicidade dos

medicamentos junto do público em geral. Nos termos do artigo 87.º, n.º 3, da Diretiva 2001/83/CE, a publicidade dos medicamentos deve fomentar a utilização racional dos medicamentos, apresentando-os de modo objetivo e sem exagerar as suas propriedades e, além disso, não pode ser enganosa. No entanto, a Diretiva 2001/83/CE não consagra regras específicas para a publicidade dos medicamentos sob a forma de sorteios.

- 43 (2) O Tribunal de Justiça considerou que a publicidade a um medicamento não sujeito a receita médica sob a forma de sorteios é dificilmente aceitável, uma vez que nos termos do considerando 45 e do artigo 87.º, n.º 3, da Diretiva 2001/83/CE é necessário impedir qualquer publicidade excessiva e irrefletida, que poderia afetar a saúde pública (Acórdão do TJUE de 8 de novembro de 2007, Gintec [*omissis*], C-374/05, n.º 55). A publicidade a um medicamento sob a forma de sorteios encoraja a utilização irracional e excessiva desse medicamento, na medida em que o apresenta como um presente ou um prémio, desviando assim o consumidor de uma avaliação objetiva da necessidade de tomar o referido medicamento (Acórdão do TJUE de 8 de novembro de 2007, Gintec [*omissis*], C-374/05, n.º 56).
- 44 (3) O Acórdão Gintec do Tribunal de Justiça não permite eliminar completamente as dúvidas quanto à resposta à questão de saber se a proibição da publicidade ao sorteio aqui em causa é compatível com a Diretiva 2001/83/CE, porque este acórdão incide sobre uma matéria de facto diferente. Neste litígio não se anuncia um medicamento específico de venda livre. Pelo contrário, a publicidade diz respeito a medicamentos sujeitos a receita médica em geral. O considerando 45 da Diretiva 2001/83/CE, invocado pelo Tribunal de Justiça para a interpretação, diz apenas respeito à publicidade de medicamentos que podem ser vendidos sem receita médica. Além disso, contrariamente ao que sucede no caso Gintec, o ganho não está no próprio medicamento, mas consubstancia-se numa bicicleta elétrica ou em escovas de dentes elétricas. Além disso, de acordo com as considerações tecidas pelo órgão jurisdicional de segunda instância, neste litígio não há que reexaminar a promoção da utilização irracional e excessiva de medicamentos.
- 45 cc) Contudo, segundo as conclusões do órgão jurisdicional de segunda instância, os pacientes a quem foi prescrito um medicamento sujeito a receita médica são incentivados pela publicidade ao concurso aqui em causa a prescindir de um aconselhamento objetivo, não solicitado e completo no seu interesse, de uma farmácia tradicional. Quando um médico prescreve um medicamento, deve presumir-se que o mesmo aconselhou o paciente relativamente a esse medicamento e o informou, em especial, sobre os riscos e os efeitos secundários do medicamento prescrito. No entanto, tal não significa que seja sempre dispensável um segundo aconselhamento não solicitado por parte de um farmacêutico. Nos termos do § 20, n.º 2, do ApoBetrO (Regulamento relativo à exploração de farmácias), com a venda de um medicamento a um paciente, o farmacêutico deve inquirir o paciente no sentido de apurar se o mesmo ainda necessita eventualmente de mais informações ou aconselhamento e oferecer-lhe esse aconselhamento. De uma perspetiva objetiva, renunciar a essa oferta de

aconselhamento pode não ser razoável para um paciente a quem tenha sido prescrito um medicamento sujeito a receita médica, se ainda subsistirem dúvidas após o aconselhamento do médico que o prescreve. No entender da Secção, a decisão do paciente pela compra de um medicamento sujeito a receita médica numa farmácia de venda por correspondência nacional ou estrangeira em vez de numa farmácia tradicional que pode prestar um aconselhamento objetivamente necessário, deve basear-se em razões objetivas e não ser influenciada por estímulos aleatórios.

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO