

Asunto C-190/20

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

5 de mayo de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal,
Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

20 de febrero de 2020

Parte demandada y recurrente en casación:

DocMorris N. V.

Parte demandante y recurrida en casación:

Apothekerkammer Nordrhein

**BUNDESGERICHTSHOF (TRIBUNAL SUPREMO DE LO CIVIL Y
PENAL)**

RESOLUCIÓN

[*omissis*]

en el litigio entre

DocMorris N. V., [*omissis*] Países Bajos,

parte demandada y recurrente en casación,

[*omissis*]

y

Apothekerkammer Nordrhein (Colegio Profesional de Farmacéuticos de Renania
del Norte), [*omissis*] Düsseldorf,

parte demandante y recurrida en casación,

[*omissis*]

La Sala Primera de lo Civil del Bundesgerichtshof [*omissis*]

ha resuelto:

- I. Suspende el procedimiento.
- II. Remite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 311 de 28.1.2001, p. 67), modificada por última vez por el Reglamento (UE) 2019/1243 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se adapta a los artículos 290 y 291 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una serie de actos jurídicos que prevén el recurso al procedimiento de reglamentación con control (DO L 198 de 25.7.2019, p. 241):

¿Es compatible con las disposiciones del título VIII de la Directiva 2001/83/CE, en particular, con el artículo 87, apartado 3, de esta, interpretar una disposición nacional [en este caso, el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la Heilmittelwerbegesetz (Ley sobre la Publicidad de Medicamentos, HWG)] en el sentido de que se prohíbe a una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro utilizar un sorteo con premio para atraer a clientes, cuando la participación en el sorteo está vinculada a la presentación de una receta de un medicamento para uso humano sujeto a receta médica, el premio ofrecido no es un medicamento, sino otro objeto (en este caso, una bicicleta eléctrica por valor de 2 500 € y cepillos de dientes eléctricos), y no cabe temer que se incite al uso irracional y excesivo de medicamentos?

Fundamentos:

- 1 A. La demandante representa a los profesionales farmacéuticos del distrito de Renania del Norte. Una de sus funciones es vigilar el cumplimiento de las obligaciones profesionales de los farmacéuticos. La demandada es una farmacia de venta por correspondencia establecida en los Países Bajos que suministra medicamentos sujetos a receta médica a clientes en Alemania.
- 2 En marzo de 2015, la demandada anunció en un folleto un «Gran Sorteo de Premios» en toda Alemania, cuyo premio principal era un vale para una bicicleta eléctrica por valor de 2 500 euros, mientras los premios segundo a décimo eran cepillos de dientes eléctricos. El requisito para participar en el sorteo era el envío de una receta.

- 3 La demandante considera que esta publicidad es contraria a la competencia. Mediante escrito de requerimiento de su abogado de 1 de abril de 2015, la demandante pidió sin resultado a la demandada que cesara en su acción.
- 4 En su demanda judicial, la demandante solicitó que se obligara a la demandada, bajo apercibimiento de medidas coercitivas detalladas, a cesar la publicidad de sorteos con premios vinculados a la presentación de una receta médica, destinada a consumidores finales en Alemania, cuando esto se hiciera de la siguiente manera:

DocMorris
Meine lokale Apotheke

GROSSES GEWINNSPIEL

Sehr geehrte Frau Huzel-Wiedenholl,

Ihre Versandapotheke DocMorris möchte Sie bei einem gesunden und vitalen Start ins Jahr 2015 unterstützen. Machen Sie mit bei unserem Preisausloseliegen und gewinnen Sie einen Gutschein für ein hochwertiges E-Bike im Wert von 2.500 Euro. Damit geht Ihnen unterwegs garantiert mit mehr die Puste aus!

So geht's:

- ✓ Nach dem nächsten Arztbesuch einfach das Rezept in den Freumschlag stecken
- ✓ Beiliegenden Freistellschein dazulegen
- ✓ Einsenden und automatisch an der Verlosung teilnehmen

Einsendeschluss ist der 31.03.2015! Machen Sie mit – es lohnt sich!

Viel Glück wünscht Ihnen Ihre Versandapotheke DocMorris

JETZT REZEPT EINSENDEN UND GEWINNEN!

Der Vertragspartner DocMorris AG, des Spielers ist die DLR, 52124 Adenau, Pödenbergstr. 110/111B, 52124 Adenau. Verantwortliche: Michael Huzel-Wiedenholl, Geschäftsführer, Postfach 10000, 52124 Adenau. Die Teilnahme ist kostenlos. Die Teilnahme ist nur für die Dauer der Laufzeit des Spiels möglich. Die Teilnahme ist nur für die Dauer der Laufzeit des Spiels möglich. Die Teilnahme ist nur für die Dauer der Laufzeit des Spiels möglich.

- 5 La demandante también solicitó que se condenara a la demandada al reembolso de los gastos del requerimiento previo, por un importe de 2 348,94 euros más intereses.
- 6 El Landgericht (Tribunal Regional Civil y Penal) desestimó la demanda. El órgano jurisdiccional de apelación modificó la sentencia del Landgericht y condenó a la demandada según las pretensiones de la demanda [omissis]. Mediante el recurso de casación, admitido a trámite por el órgano jurisdiccional de apelación y cuya desestimación solicita la demandante, la demandada pretende que se confirme la sentencia dictada en primera instancia.

- 7 B. El éxito del recurso de casación depende de la interpretación del Derecho de la Unión. [omissis] [omissis] [*Observaciones sobre el procedimiento*] Se plantea la cuestión de si la prohibición, basada en el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG, de la publicidad controvertida de sorteos con premio para la venta de medicamentos sujetos a receta médica es conforme con los fines de la Directiva 2001/83, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, y con los artículos 86 a 90 de esta, en particular, con su artículo 87, apartado 3.
- 8 I. En opinión de la Sala, el órgano jurisdiccional de apelación descartó legítimamente la existencia de un derecho a la cesación con base en la infracción del artículo 11, apartado 1, primera frase, punto 13, de la HWG. [*Desarrollo de la cuestión*]
- 9 [omissis]
- 10 [omissis] [omissis]
- 11 [omissis]
- 12 II. Sin una respuesta a la cuestión prejudicial, no es posible evaluar de forma concluyente si la demandante ostenta frente a la demandada el derecho a la cesación que aduce, con base en la infracción del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG.
- 13 1. Con arreglo al artículo 7, apartado 1, primera frase, primera parte, de la HWG, está prohibido ofrecer, anunciar o conceder liberalidades y otros regalos publicitarios (bienes o servicios), o aceptarlos como miembro de círculos especializados, a menos que concurra una de las excepciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, de la HWG. De la prohibición del artículo 7, apartado 1, primera frase, primera parte, de la HWG se excluyen aquellas liberalidades y regalos publicitarios que sean detalles de valor insignificante (artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 1, de la HWG) o que se concedan por un importe de dinero determinado o calculado de forma específica [artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, letra a), de la HWG]. Sin embargo, en el caso de ambas excepciones, son inadmisibles las liberalidades y los demás regalos publicitarios de medicamentos si estos se conceden contraviniendo la normativa de precios aplicable en virtud de la Arzneimittelgesetz (Ley de los Medicamentos). La prohibición general de los regalos publicitarios establecida en el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG tiene por objeto contrarrestar, limitando en gran medida la «publicidad de valores» en el ámbito de los medicamentos, el peligro abstracto de que los consumidores se vean influidos de manera no objetiva por la perspectiva de los regalos publicitarios al decidir si utilizar medicación y, en su caso, qué medicación utilizar [omissis].

- 14 2. El órgano jurisdiccional de apelación no incurrió en error de Derecho al partir de la premisa de que procede aplicar el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG. [*Desarrollo de la cuestión*] [*omissis*] [*omissis*]
- 15 3. El órgano jurisdiccional de apelación consideró acertadamente que la publicidad de la demandada, dada la posibilidad de participar en un sorteo de premios presentando una receta, está relacionada con productos y, por lo tanto, le son aplicables en general las disposiciones de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos [HWG].
- 16 a) No toda la publicidad de medicamentos en el sentido del artículo 1, apartado 1, punto 1, de la HWG está sujeta a las disposiciones de esta Ley. Está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Ley solamente la publicidad relacionada con productos (publicidad de productos y ventas) y no la publicidad corporativa general (publicidad de empresas y de imagen), que se utiliza para publicitar la reputación y las capacidades de una empresa en general, sin referencia a medicamentos específicos. La respuesta a la pregunta decisiva para determinar la aplicabilidad de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos [HWG], a saber, si la publicidad que se ha de evaluar es de venta o corporativa, depende en gran medida de si, según la apariencia general de la publicidad, esta prioriza la presentación de la empresa o la promoción de determinados productos o, al menos, de productos que puedan individualizarse [*omissis*]. La publicidad de toda la gama de productos de una farmacia también puede ser publicidad relacionada con el producto [*omissis*]. No hay ninguna razón convincente para aceptar el estímulo que implica una «publicidad de valores», que el legislador considera fundamentalmente indeseable en el ámbito de la publicidad de medicamentos, precisamente en aquellos supuestos en que esta forma de publicidad se utilice para un número particularmente elevado de medicamentos [*omissis*].
- 17 b) Las disposiciones de la Directiva 2001/83 no impiden apreciar que las disposiciones de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos [HWG] relativas a la publicidad de medicamentos también abarcan la publicidad para toda la gama de productos de una farmacia.
- 18 aa) Las disposiciones de la Ley sobre la Publicidad de Medicamentos [HWG] en materia de publicidad de medicamentos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión en lo que respecta a las disposiciones de la Directiva 2001/83. Dicha Directiva ha llevado a cabo una armonización completa de la publicidad de medicamentos (Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de noviembre de 2007 — C-374/05, Rec. 2007, 1-9517 = GRUR 2008, 267, apartados 20 a 39 — Gintec [*omissis*]).
- 19 bb) Las disposiciones de la Directiva 2001/83 en materia de publicidad (títulos VIII y VIII *bis*, artículos 86 a 100) no indican que solo abarquen la publicidad de medicamentos individuales.

- 20 (1) Según lo dispuesto en el artículo 86, apartado 1, de la Directiva 2001/83, se considera que la «publicidad de medicamentos» es toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos. De acuerdo con el primer guion del artículo 86, apartado 1, de la Directiva 2001/83, el concepto de «publicidad de medicamentos» incluye, en particular, la publicidad de medicamentos destinada al público, que es la aquí controvertida. Como resulta de los términos de dicha disposición, en concreto, de las palabras «toda forma», el concepto de publicidad de medicamentos elegido por el legislador de la Unión es muy amplio (Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de mayo de 2011 — C-316/09, Rec. 2011, I-3249 = GRUR 2011, 1160, apartado 29 — MSD Sharp & Dohme).
- 21 (2) La Directiva 2001/83 recoge en el artículo 88, apartados 1 a 4, normas sobre la publicidad de medicamentos destinada al público para categorías enteras de medicamentos. Del hecho de que los artículos 89 y 90 de la Directiva 2001/83 se refieran a la publicidad de un medicamento destinada al público no se deduce que la Directiva 2001/83 abarque únicamente la publicidad destinada al público de medicamentos concretos, pues dichas disposiciones se limitan a especificar los datos detallados que deben figurar en la publicidad relativa a un medicamento concreto y los datos que no están permitidos. En las demás disposiciones (artículos 86, apartado 1, y 88, apartados 1 a 3, de la Directiva 2001/83), se hace referencia a la «publicidad de medicamentos» y a la «publicidad destinada al público de los medicamentos». En este sentido, la Directiva abarca también la publicidad de los medicamentos en general y no solo la publicidad relativa a medicamentos específicos [*omissis*].
- 22 c) Por lo tanto, la publicidad controvertida sí guarda la necesaria relación con el producto. El beneficio prometido en forma de participación en el sorteo de la demandada no es ni la promoción de las prestaciones de la farmacia de venta por correspondencia que la demandada opera ni una liberalidad por otros motivos relacionados con la empresa. Atendiendo al acto lesivo concreto señalado en la pretensión de la demanda, la participación en el sorteo está vinculada al envío de una receta. Esto significa que la publicidad se refiere a medicamentos sujetos a receta médica, que solo pueden suministrarse con esta, y, por lo tanto, es sin más una publicidad relacionada con un producto.
- 23 4. El órgano jurisdiccional de apelación estimó acertadamente que, en este caso, la posibilidad que ofrece la demandada de participar en un sorteo con premio constituye un regalo publicitario en el sentido del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG. [*Desarrollo de la cuestión*]
- 24 [*omissis*]
- 25 [*omissis*]
- 26 5. El órgano jurisdiccional de apelación no incurrió en error de Derecho al considerar que no era aplicable ninguna de las situaciones excepcionales previstas

en el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, de la HWG. [*Desarrollo de la cuestión*]

27 [*omissis*]

28 [*omissis*]

29 6. Sin embargo, es cuestionable si la publicidad de la demandada influye en sus clientes de manera no objetiva.

30 a) El órgano jurisdiccional de apelación estimó que la publicidad de la posibilidad de participar en un sorteo con premio presentando una receta entraña el peligro abstracto de que se influya de manera no objetiva sobre el destinatario del anuncio. Consideró que no puede descartarse la posibilidad de que un paciente que necesite un medicamento sujeto a receta médica y haya obtenido la receta necesaria de su médico opte por presentarla en la farmacia de venta por correspondencia de la demandada sin reflexionar sobre si la compra del medicamento en una farmacia presencial se ajusta más a sus necesidades personales. Apreció que las farmacias de venta por correspondencia solo pueden ofrecer asesoramiento por teléfono y a petición expresa, pero podría ser importante que el cliente también recibiera asesoramiento no solicitado al presentar la receta, por ejemplo, con respecto a las interacciones con otros medicamentos, algo para lo que está formado el farmacéutico. Concluyó que la elección del cliente entre una farmacia presencial y una farmacia de venta por correspondencia es relevante para su salud y que esa elección se ve influenciada de manera no objetiva por la publicidad consistente en un sorteo.

31 b) El hecho de que la participación en un sorteo implique una ventaja pecuniaria no justifica por sí mismo que se prohíba a la demandada utilizar la publicidad en cuestión porque esta constituya una influencia no objetiva en los clientes potenciales.

32 aa) En su sentencia en el asunto «Deutsche Parkinson Vereinigung» (sentencia de 19 de octubre de 2016 — C-148/15, GRUR 2016, 1312 [*omissis*]), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea partió de la premisa de que las farmacias tradicionales, en principio, están en mejores condiciones que las farmacias que operan por correo de proporcionar a los pacientes consejos individuales *in situ* por medio de sus empleados y de garantizar el abastecimiento de medicamentos en caso de urgencia y de que las farmacias que operan por correo no pueden, debido a su oferta de servicios limitada, sustituir de manera adecuada tales servicios. Sin embargo, a la vista de esta circunstancia, consideró que la competencia a través de los precios puede constituir un parámetro competitivo más importante para las farmacias que operan por correo y están establecidas en otro Estado miembro que para las farmacias tradicionales en Alemania, pues dicha competencia a través de los precios condiciona las posibilidades de farmacias extranjeras que operan por correo de acceder directamente al mercado alemán y de seguir siendo competitivas en dicho mercado (Tribunal de Justicia, GRUR 2016, 1312, apartado

24 — Deutsche Parkinson Vereinigung). En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la imposición de precios uniformes para la venta de medicamentos sujetos a receta médica, tal como se establece en la normativa alemana, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 34 TFUE, porque grava más a las farmacias establecidas en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania que a aquellas establecidas en territorio alemán, lo cual podría obstaculizar más el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales (Tribunal de Justicia, GRUR 2016, 1312, apartados 26 y siguiente — Deutsche Parkinson Vereinigung). Además, declaró que la normativa alemana en materia de precios de medicamentos, que impone precios de venta uniformes para la venta por parte de las farmacias de medicamentos para uso humano sujetos a receta médica, no puede estar justificada por razones de protección de la salud y de la vida de las personas en el sentido del artículo 36 TFUE, en la medida en que la referida normativa no es adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos (Tribunal de Justicia, GRUR 2016, 1312, apartado 46 — Deutsche Parkinson Vereinigung).

- 33 bb) De estas consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia «Deutsche Parkinson Vereinigung» se desprende que, en principio, no se puede impedir a las farmacias de venta por correspondencia establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea compensar su oferta de servicios limitada, debida a la imposibilidad de prestar asesoramiento individual a los pacientes *in situ*, mediante la competencia a través de los precios con las farmacias presenciales en el Estado miembro de que se trate. De esa competencia a través de los precios es de lo que trata el presente litigio.
- 34 (1) Es cierto que, en Alemania, debido al marco jurídico de la venta de medicamentos sujetos a receta médica, no existe entre las farmacias una competencia por los clientes a través del precio comparable a la existente para otros tipos de productos, independientemente del mantenimiento del régimen de precios vinculantes que sigue existiendo para este grupo de medicamentos. En virtud del artículo 5, apartado 1, del SGB V (Libro V del Código Social), en Alemania es obligatorio que todas las personas estén afiliadas a un seguro de salud, ya sea el seguro legal o un seguro privado. La consecuencia de esta afiliación obligatoria generalizada es que, cuando un médico receta un medicamento, por regla general no es el paciente quien corre con los gastos de su adquisición, sino el seguro de salud al que está afiliado el paciente. Al adquirir medicamentos sujetos a receta médica, los afiliados al seguro legal solamente tienen que soportar un copago por envase de medicamento de entre cinco (como mínimo) y diez euros (como máximo), al que el órgano jurisdiccional de apelación llama «tasa por receta» (artículo 61, primera frase, del SGB V).
- 35 (2) Por lo general, en la venta de medicamentos sujetos a receta médica, las farmacias de venta por correspondencia establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea no compiten por los clientes alemanes a través de unos precios inferiores a los de las farmacias alemanas, sino mediante publicidad con

liberalidades pecuniarias para dichos clientes. Estas liberalidades tienen por objeto alentar a los clientes alemanes a que no presenten sus recetas en una farmacia presencial, sino en una farmacia extranjera de venta por correspondencia. La publicidad se realiza ofreciendo, por ejemplo, una bonificación que asciende a la mitad del copago legal a cargo de los afiliados al seguro legal [omissis], una bonificación en caso del primer pedido [omissis], una bonificación dependiente del precio del medicamento y limitada a 15 euros [omissis], un pago en efectivo de 15 euros como compensación por la participación en medidas de garantía de calidad [omissis], un pago por la participación del cliente en un control de medicamentos [omissis] o una prima por la captación de un nuevo cliente [omissis].

- 36 (3) Esta es la situación también en el presente litigio. Entre los pacientes alemanes, la demandada no hace publicidad ofreciendo precios de medicamentos inferiores a los de las farmacias alemanas, sino concediendo a los pacientes otras ventajas pecuniarias.
- 37 c) Sin embargo, se suscita la cuestión de si las restricciones de la competencia previstas en el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la HWG para la publicidad con ventajas pecuniarias están justificadas en el presente litigio por los objetivos de la Directiva 2001/83 y de los artículos 86 a 90 de esta, en particular del artículo 87, apartado 3. Este es el objeto de la cuestión prejudicial. En opinión de la Sala, hay muchas indicaciones de que, en el marco de la venta de medicamentos sujetos a receta médica, la publicidad con posibilidades aleatorias de ganar debe considerarse una influencia no objetiva en los clientes potenciales a los que se dirige la demandada, razón por la cual la publicidad controvertida debería prohibirse.
- 38 aa) No puede considerarse que una prohibición de la publicidad de los medicamentos sujetos a receta médica mediante liberalidades pecuniarias ya esté justificada en sí misma por el artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83, que, de conformidad con el considerando 44 de dicha Directiva, exige a los Estados miembros que prohíban la publicidad destinada al público de los medicamentos sujetos a receta médica.
- 39 Aunque una publicidad con la que, como en el presente litigio, se pretende promover en general la venta de medicamentos sujetos a receta médica mediante la concesión de liberalidades pecuniarias constituye una publicidad de medicamentos destinada al público en el sentido del artículo 86, apartado 1, primer guion, la Sala considera que no constituye una publicidad destinada al público de medicamentos sujetos a receta médica en el sentido del artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83, que está prohibida en general.
- 40 Con el fin de proteger la salud, el artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83 pretende evitar que la publicidad destinada al público aliente a los pacientes a pedir a su médico que les prescriba un medicamento sujeto a receta médica. En cambio, la publicidad de precios o la publicidad que ofrece otras liberalidades

pecuniarias en materia de medicamentos sujetos a receta médica persigue que un paciente opte por una farmacia determinada a la hora de adquirir un medicamento ya recetado. La publicidad de precios en la distribución de medicamentos sujetos a receta médica es una parte integrante de la competencia y no está comprendida en el artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83.

- 41 bb) Sin embargo, es posible que la publicidad destinada al público para participar en un sorteo con premio en el marco de la venta de medicamentos sujetos a receta médica sea contraria a los fines de la Directiva 2001/83 y a las normas establecidas en sus artículos 86 a 90, en particular el apartado 3 de su artículo 87.
- 42 (1) La Directiva 2001/83 prohíbe, en su artículo 94, apartado 1, la promoción de medicamentos mediante primas y ventajas pecuniarias o ventajas en especie a las personas facultadas para prescribirlos. Según dicha disposición, está prohibido otorgar, ofrecer o prometer a dichas personas primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, con excepción de aquellas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia. La Directiva 2001/83 no contiene una disposición equivalente para la publicidad de los medicamentos destinada al público. Es cierto que el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83 exige que la publicidad de medicamentos favorezca la utilización racional del medicamento, presentándolo de forma objetiva y sin exagerar sus propiedades, y que, además, no sea engañosa. Pero la Directiva 2001/83 no contiene disposiciones sobre la publicidad de medicamentos que promociona la posibilidad de participar en sorteos.
- 43 (2) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que la publicidad de medicamentos a través de sorteos respecto de un medicamento no sujeto a receta médica es difícilmente aceptable a la luz de la necesidad, expresada en el considerando 45 y en el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83, de impedir toda publicidad excesiva e imprudente que pudiera afectar a la salud pública (Tribunal de Justicia, GRUR 2008, 267, apartado 55 — Gintec). La publicidad de un medicamento a través de sorteos incita al uso irracional y excesivo del medicamento, al presentarlo como un regalo o un premio, y aleja de esta forma al consumidor de una evaluación objetiva de la necesidad de tomarlo (Tribunal de Justicia, GRUR 2008, 267, apartado 56 — Gintec).
- 44 (3) La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto «Gintec» no permite despejar todas las dudas sobre si la prohibición de la publicidad con sorteos aquí controvertida se ajusta a la Directiva 2001/83, pues dicha sentencia se basó en unos hechos diferentes. En el presente litigio, no se hace publicidad de un medicamento específico y de venta libre. Por el contrario, la publicidad se refiere más bien de forma genérica a los medicamentos sujetos a receta médica. El considerando 45 de la Directiva 2001/83, al que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurrió a efectos interpretativos, se refiere únicamente a la publicidad destinada al público de aquellos medicamentos que pueden ser dispensados sin receta médica. Además, a diferencia del asunto «Gintec», el premio no es el propio medicamento, sino una bicicleta eléctrica y cepillos de

dientes eléctricos. Atendiendo a las apreciaciones del órgano jurisdiccional de apelación, tampoco hay motivos para temer que, en el presente litigio, se incite al uso irracional y excesivo de medicamentos.

- 45 cc) Sin embargo, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional de apelación, los pacientes a los que se les ha prescrito un medicamento sujeto a receta médica son inducidos por la publicidad del sorteo con premios en cuestión a prescindir de recibir asesoramiento no solicitado y exhaustivo en una farmacia presencial, lo que objetivamente les interesaría. Si un médico ha recetado un medicamento, debe suponerse que ha asesorado al paciente con respecto a este medicamento y que lo ha informado, en particular, sobre los riesgos y efectos secundarios del medicamento recetado. Sin embargo, esto no significa que un segundo asesoramiento, no solicitado, por parte de un farmacéutico sea prescindible en todos los casos. Con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Apothekenbetriebsordnung (Decreto relativo al Régimen de las Farmacias, ApoBetrO), al dispensar medicamentos a un paciente, el farmacéutico debe determinar, haciendo preguntas, en qué medida el paciente puede necesitar información y asesoramiento adicional y ofrecérselos. Puede resultar objetivamente poco razonable que un paciente al que se ha prescrito un medicamento sujeto a receta médica renuncie a este tipo de ofrecimiento de asesoramiento si, tras la consulta con el médico que recetó el medicamento, aún quedan dudas sin resolver. En opinión de la Sala, la decisión del paciente de obtener un medicamento sujeto a receta en una farmacia por correspondencia, nacional o extranjera, en lugar de en una farmacia presencial que pueda proporcionarle el asesoramiento objetivamente necesario, debe basarse en razones objetivas y no estar influida por estímulos aleatorios.

[omissis]