

Sag C-190/20

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

5. maj 2020

Forelæggende ret:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Afgørelse af:

20. februar 2020

Sagsøgt og revisionsappellant:

DocMorris N.V.

Sagsøger og revisionsindstævnt:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF

KENDELSE

[Udelades]

i sagen

DocMorris N.V., [udelades] Nederlandene,

sagsøgte og revisionsappellant,

[Udelades]

mod

Apothekerkammer Nordrhein, [udelades] Düsseldorf,

sagsøger og revisionsindstævnt,

[Udelades] [org. s. 2]

I. Afdeling for Civile Sager ved Bundesgerichtshof har [udelades]

afsagt følgende kendelse:

I. Sagen udsættes.

II. Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende præjudicielle spørgsmål om fortolkning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/83/EF af 6. november 2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler (EFT L 311 af 28.11.2001, s. 67 ff.), senest ændret ved Europa-parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/1243 af 20. juni 2019 om tilpasning af en række retsakter, der indeholder bestemmelser om brug af forskriftsproceduren med kontrol, til artikel 290 og 291 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT L 198 af 25.7.2019, s. 241):

Er det i overensstemmelse med afsnit VIII, især artikel 87, stk. 3, i direktiv 2001/83/EF, når en national bestemmelse (her: § 7, stk. 1, første punktum, i Heilmittelwerbegesetz) fortolkes således, at det er forbudt for et postordreapotek med hjemsted i en anden medlemsstat at forsøge at hverve kunder med udskrivning af en konkurrence, når deltagelse i konkurrencen er knyttet til indlevering af en [org. s. 3] recept på et receptpligtigt humanmedicinsk lægemiddel, og den udlovede gevinst ikke er noget lægemiddel, men en anden genstand (her: en elektrisk cykel til en værdi af 2 500 EUR og elektriske tandbørster), og der ikke er risiko for, at der herved fremmes en u hensigtsmæssig eller overdreven brug af lægemidler?

Præmisser:

- 1 A. Sagsøgeren (herefter også »Apothekerkammer Nordrhein«) er den faglige repræsentation for apotekerne i Nordrhein-distriktet. Apothekerkammer Nordrhein skal bl.a. kontrollere, at apotekernes professionelle forpligtelser overholdes. Sagsøgte (herefter også »DocMorris«) er et postordreapotek med hjemsted i Nederlandene, der leverer receptpligtige lægemidler til kunder i Tyskland.
- 2 I marts 2015 reklamerede DocMorris i en brochure over hele Tyskland med en »stor konkurrence«, hvori den udlovede førstepremie var en værdikupon til en elektrisk cykel til en værdi af 2 500 EUR og anden- til tiendepremie var en elektrisk tandbørste. Det var en forudsætning for at deltage i lodtrækningen, at der indsendtes en recept.
- 3 Ifølge Apothekerkammer Nordrhein er denne reklame konkurrencestridig. Ved advokatskrivelse af 1. april 2015 opfordrede Apothekerkammer Nordrhein DocMorris til at ophøre med reklamen.
- 4 Med sit søgsmål har Apothekerkammer Nordrhein nedlagt påstand om, at DocMorris under trussel om nærmere angivne tvangsmidler pålægges at undlade

at udskrive en konkurrence over for forbrugerne i Tyskland, der er forbundet med indløsning af en recept, når dette sker således: [Org. s. 4]

DocMorris
Meine lokale Apotheke

GROSSES GEWINNSPIEL

Versandapotheke DocMorris, Pflanzl. 32084 Kallert
[Redacted]
Frau [Redacted]

1. Preis Gutschein E-Bike

2.-10. Preis Philips Sonicare Diamond Clean Set

JETZT REZEPTE EINSENDEN UND GEWINNEN!

Sehr geehrte Frau Hezel-Wiederholti,

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

So geht's:

- ✓ Nach dem nächsten Arztbesuch einfach das Rezept in den Freumschlag stecken
- ✓ Beiliegenden Bestellschein 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

44 Vertragpartner: DocMorris AG, desquels name 1298, 6118 Adtheim in Niederhain, KW 011108000; Verantwortliche: Vorstand, Dr. Hans-Joachim Herold, Dr. Dr. Christian Toppo, Max Pfeifer, Michael Vogel. Die Teilnehmer können sich Anträge für die Teilnahme an der Lotterie bei der Formelapotheken-Partnership an DocMorris, Pflanzl. 32084 Kallert oder direkt bei E-Mail an: lotterien@docmorris.de wenden.

- 5 Apothekenkammer Nordrhein har desuden nedlagt påstand om, at det pålægges DocMorris at godtgøre omkostninger på 2 348,94 EUR samt renter i forbindelse med det påbud, der blev udstedt forud for retssagen.
- 6 Landgericht frifandt DocMorris. Appelretten ændrede dommen, og DocMorris blev i denne retsinstans dømt i henhold til påstandene. [Udelades]. I revisionsanken, som appelretten har givet tilladelse til og Apothekenkammer Nordrhein har påstået forkastet, har DocMorris nedlagt påstand om stadfæstelse af Landgerichts dom.
- 7 B. Udfaldet af revisionsanken afhænger af fortolkningen af EU-retten. [Udelades] [Org. s. 5] [Udelades] [Bemærkninger om proceduren] Spørgsmålet er, om et forbud mod den foreliggende reklame med en konkurrence i forbindelse med markedsføring af receptpligtige lægemidler, der støttes på § 7, stk. 1, første punktum, i Heilmittelwerbegesetz (den tyske lov om reklame for sundhedsprodukter, herefter »HWG«) er i overensstemmelse med formålene bag direktiv 2001/83/EF om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler, herunder direktivets 86-90, især artikel 87, stk. 3.

- 8 I. Efter den forelæggende rets opfattelse har appelretten med føje afvist, at der består en ret til at nedlægge forbud på grund af tilsidesættelse af HWG's § 11, stk. 1, første punktum, nr. 13. [Bemærkninger herom]
- 9 [Udelades]
- 10 [Udelades] [**Org. s. 6**] [Udelades]
- 11 [Udelades]
- 12 II. En besvarelse af det præjudicielle spørgsmål er nødvendig for at kunne fastslå endeligt, om Apothekenkammer Nordrhein har ret til at nedlægge nævnte forbud mod DocMorris på grund af tilsidesættelse af HWG's § 7, stk. 1, første punktum.
- 13 1. I henhold til HWG's § 7, stk. 1, første punktum, første halvsetning, er det forbudt at tilbyde, bekendtgøre og uddele tilgift og andre reklamegaver (varer eller ydelser) eller som person i branchen at modtage sådanne, medmindre der foreligger en af undtagelserne i henhold til HWG's § 7, stk. 1, første punktum, anden halvsetning. Tilgift eller reklamegaver i form af mindre genstande af ubetydelig værdi er undtaget fra forbuddet i HWG's § 7, stk. 1, første punktum, første halvsetning (jf. HWG's § 7, stk. 1, første punktum, anden halvsetning, nr. 1); det samme gælder, når tilgift eller reklamegaver indrømmes i form af et bestemt pengebeløb, eller et pengebeløb som skal beregnes på en bestemt måde (jf. § 7, stk. 1, første punktum, anden halvsetning, nr. 2, litra a), i HWG). Tilgift eller reklamegaver er imidlertid stadig ulovlige i forbindelse med lægemidler, såfremt de indrømmes i strid med de prisregler, der gælder som følge af Arzneimittelgesetz (den tyske lægemiddellov). Ved hjælp af en omfattende begrænsning af prisreklame for sundhedsprodukter skal det generelle, principielle forbud mod reklamegaver i henhold til HWG's § 7, stk. 1, første punktum, modvirke den abstrakte risiko for, at forbrugerne, når de beslutter, om de vil anvende sundhedsprodukter, og i givet fald hvilke, bliver påvirket på usaglig vis, ved at der stilles reklamegaver i udsigt. [Udelades].
- 14 2. Appelretten begik ikke nogen retlig fejl ved at lægge til grund, at HWG's § 7, stk. 1, første punktum, kan anvendes. [Bemærkninger herom] [Udelades] [**Org. s. 7**] [Udelades]
- 15 3. Appelretten har med rette konstateret, at DocMorris' konkrete reklame med muligheden for at deltage i en konkurrence ved indløsning af en recept, er produktrelateret, og bestemmelserne i Heilmittelwerbegesetz derfor principielt skal anvendes.
- 16 a) Det er ikke enhver form for lægemidler som omhandlet i HWG's § 1, stk. 1, nr. 1, der henhører under bestemmelserne i Heilmittelwerbegesetz. Anvendelsesområdet for denne lov omfatter kun produktrelateret reklame (produkt- og salgsreklame), men derimod ikke generel firmareklame (virksomheds- og imagereklame) ved hvilken der, uden henvisning til bestemte lægemiddelreklamer, reklameres på generel vis for virksomhedens anseelse og

formåen. Spørgsmålet om den foreliggende reklame er salgs- eller firmareklame, og dermed om Heilmittelwerbegesetz finder anvendelse, afhænger i høj grad af, hvorvidt det centrale element i reklamens samlede fremtoning er virksomhedens image eller derimod reklame for bestemte eller i det mindste identificerbare produkter [udelades]. En reklame for hele apotekets sortiment kan ligeledes være produktrelateret [udelades]. Der er ikke nogen overbevisende grund til at acceptere en prisreklames incitamentskabende virkning, som lovgiver for så vidt angår lægemiddelreklame principielt anser for uønsket [org. s. 8], lige netop i tilfælde af, at denne form for reklame anvendes til at reklamere for et særlig stort antal sundhedsprodukter [udelades].

- 17 b) Reglerne i direktiv 2001/83/EF er ikke til hinder for at antage, at bestemmelserne i Heilmittelwerbegesetz om lægemiddelreklame også omfatter reklame for et apoteks samlede varesortiment.
- 18 aa) Bestemmelserne i Heilmittelwerbegesetz om lægemiddelreklame skal fortolkes i overensstemmelse med de EU-retlige regler i direktiv 2001/83/EF. Ved dette direktiv er der blevet gennemført en fuldstændig harmonisering af reklame med lægemidler (jf. Domstolens dom af 8.11.2007 – C-374/05, Slg. 2007, 1-9517 = GRUR 2008, s. 267, præmis 20-39 – Gintec [udelades]).
- 19 bb) Det fremgår ikke af de reklameretlige bestemmelser i direktiv 2001/83/EF (afsnit VIII og VIIIa, artikel 86-100), at direktivet kun skulle omfatte reklame for enkelte lægemidler.
- 20 (1) Ved »reklame for lægemidler« forstås i henhold til artikel 86, stk. 1, i direktiv 2001/83/EF enhver form for opsøgende informationsvirksomhed, kundesøgning eller holdningspåvirkning, der tager sigte på at fremme ordinerings, udlevering, salg eller forbrug af lægemidler. I henhold til artikel 86, stk. 1, første led, i direktiv 2001/83 omfatter begrebet »reklame for lægemidler« især den form for reklame, der er tale om her, nemlig offentlig reklame for lægemidler. Som det fremgår af den nævnte bestemmelse, navnlig af sætningsleddet »enhver form«, er det af EU-lovgiver anlagte begreb reklame for lægemidler meget vidt (jf. Domstolens [org. s. 9] dom af 5.5.2011 – C-316/09, Sml. I, s. 3249 = GRUR 2011, s. 1160, præmis 29 – MSD Sharp & Dohme).
- 21 (2) Artikel 88, stk. 1-4, i direktiv 2001/83/EF indeholder bestemmelser om offentlig reklame for så vidt angår samlede grupper af lægemidler. Det forhold, at der i artikel 89 og 90 i direktiv 2001/83/EF kun tales om »offentlig reklame for et lægemiddel«, medfører ikke, at direktiv 2001/83/EF kun omfatter offentlig reklame for enkelte lægemidler; disse bestemmelser fastsætter nemlig kun, hvilke nærmere oplysninger om et bestemt lægemiddel der skal gives i forbindelse med reklame for dette, og hvilke oplysninger der ikke er tilladt. I de øvrige bestemmelser – artikel 86, stk. 1, og artikel 88, stk. 1-3, i direktiv 2001/83/EF – tales der om »reklame for lægemidler« og »offentlig reklame for lægemidler«. Følgelig omfatter direktivet også reklame for lægemidler i almindelighed og ikke kun reklame for bestemte lægemidler [udelades].

- 22 c) Den foreliggende reklame har således den påkrævede produkttilknytning. Den fordel, der loves i form af deltagelse i DocMorris' konkurrence, udgør hverken reklame for ydelserne fra det postordreapotek, som DocMorris driver, eller en tilgift, der ydes af andre virksomhedsrelaterede grunde. I henhold til den konkrete reklamemæssige overtrædelse, der henvises til i stævningen, kan der kun deltages i konkurrencen ved indløsning af en recept. Reklamen vedrører således receptpligtige lægemidler, der udelukkende må udleveres på recept, og er derfor uden videre produktrelateret.
- 23 4. Appellretten har med rette konstateret, at den af DocMorris indrømmede mulighed for at deltage i en konkurrence udgør en reklamegave i henhold til HWG's § 7, stk. 1, første punktum. **[Org. s. 10]** [Bemærkninger herom]
- 24 [Udelades]
- 25 [Udelades]
- 26 5. Appellretten har uden retlige fejl lagt til grund, at der ikke foreligger nogen af de i HWG's § 7, stk. 1, første punktum, anden halvsetning, opstillede undtagelser. **[Org. s. 11]** [Bemærkninger herom]
- 27 [Udelades]
- 28 [Udelades]
- 29 6. Spørgsmålet er dog, om DocMorris' reklame påvirker virksomhedens kunder på usaglig vis. **[Org. s. 12]**
- 30 a) Appellretten har fastslået, at reklame med muligheden for at deltage i en konkurrence ved indløsning af en recept udgør en abstrakt risiko for, at de personer, som reklamen henvender sig til, påvirkes på usaglig vis. Det kan ikke udelukkes, at en patient, der har brug for et receptpligtigt lægemiddel og har fået den nødvendige recept af sin læge, beslutter sig for at indløse recepten på DocMorris' postordreapotek uden at tænke på, at hans personlige behov opfyldes bedre ved at købe lægemidlet på et fysisk apotek. Postordreapoteker kan kun rådgive på telefonen og kun, når der udtrykkelig bedes herom. Det kan have betydning for kunden også at få rådgivning ved indløsning af recepten, uden selv at skulle anmode herom, f.eks. for så vidt angår interaktioner med andre lægemidler. En apoteker er uddannet med henblik herpå. Det har således betydning for kundens helbred, om han beslutter sig for at benytte et fysisk apotek eller et postordreapotek. Denne beslutning påvirkes på usaglig vis af den foreliggende reklame med deltagelse i en konkurrence.
- 31 b) Det forhold, at deltagelse i en konkurrence udgør en fordel af pengeværdi, giver ikke som sådant grundlag for at forbyde DocMorris at anvende den kritiserede reklame med den begrundelse, at den påvirker potentielle kunder på usaglig vis.

- 32 aa) I dommen »Deutsche Parkinson Vereinigung« (dom af 19.10.2016 – C-148/15, gengivet i GRUR 2016, s. 1312 [udelades]) lagde den Europæiske Unions Domstol ganske vist også til grund, at de traditionelle apoteker i princippet bedre end postordreapotekerne kan give patienterne individuel rådgivning gennem apotekspersonalet og sikre befolkningens forsyning med lægemidler i nødstilfælde, og postordreapotekerne på grund af deres begrænsede udbud af ydelser ikke på en passende måde kan erstatte sådanne ydelser. Henset hertil bemærkede Domstolen imidlertid, at **[org. s. 13]** priskonkurrencen kan spille en større rolle som konkurrenceparameter for postordreapoteker med hjemsted i en anden medlemsstat end for de traditionelle apoteker i Tyskland, da dette parameter betinger udenlandske postordreapotekers mulighed for at få direkte adgang til det tyske marked og at forblive konkurrencedygtige herpå (Domstolens dom, gengivet GRUR 2016, s. 1312, præmis 24 – Deutsche Parkinson Vereinigung). Den Europæiske Unions Domstol fastslog derfor, at fastsættelsen af ens salgspriser for receptpligtige lægemidler, således som det følger af den tyske lovgivning, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion som omhandlet i artikel 34 TEUF, eftersom denne ordning rammer apoteker, som er beliggende uden for Forbundsrepublikken Tysklands område, hårdere end dem, der er beliggende på tysk område, hvilket kan medføre større ulemper for adgangen til markedet for varer fra andre medlemsstater end for indenlandske varer (Domstolens dom, gengivet i GRUR 2016, s. 1312, præmis 26 f. – Deutsche Parkinson Vereinigung). Domstolen bemærkede desuden, at den tyske ordning, som fastsætter ens priser for apotekers salg af receptpligtige humanmedicinske lægemidler, ikke kan begrundes i hensynet til beskyttelse af menneskers liv og sundhed som omhandlet i artikel 36 TEUF, i det omfang denne ordning ikke er egnet til at nå de ønskede mål (Domstolens dom, gengivet i GRUR 2016, s. 1312, præmis 46 – Deutsche Parkinson Vereinigung).
- 33 bb) Det fremgår af disse konstateringer fra Den Europæiske Unions Domstol i dommen »Deutsche Parkinson Vereinigung«, at det principielt ikke kan forbydes postordreapoteker med hjemsted i andre EU-medlemsstater at udligne den forskel, som opstår ved, at de ikke har mulighed for at rådgive patienterne på stedet, gennem priskonkurrence med fysiske apoteker i den pågældende medlemsstat. Den foreliggende sag drejer sig om en sådan priskonkurrence. **[Org. s. 14]**
- 34 (1) I Tyskland udøver apotekerne ganske vist som følge af de retlige rammebetingelser for udlevering af receptpligtige lægemidler – også når der bortses fra prisbindingen for sådanne lægemidler – ikke priskonkurrence om kunderne på samme måde som det gør sig gældende på andre produktområder. I Tyskland består der i henhold til § 5, stk. 1, i Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch (femte bog i den tyske sociallov, herefter »SGB V«) en almindelig sygeforsikringspligt. Alle er forpligtet til at lade sig forsikre enten i en offentlig eller privat sygeforsikringsordning. Det følger af denne generelle forsikringspligt, at udgifterne til køb af et lægeordineret lægemiddel principielt ikke dækkes af patienten, men derimod af den sygeforsikring, som patienten er forsikret hos. Ved køb af receptpligtige lægemidler skal personer, der er forsikret i den offentlige

sygeforsikring, kun udrede en egenbetaling i form af et »receptgebyr« på højst 10 og mindst 5 EUR pr. pakke (§ 61, første punktum, i SGB V).

- 35 (2) Når postordreapoteker med hjemsted i en anden EU-medlemsstat vil hverve kunder i Tyskland for så vidt angår salg af receptpligtige lægemidler, konkurrerer de normalt ikke med en pris på lægemidlerne, der er lavere end tyske apotekers, men gennem reklame med ydelser af pengeværdi, der indrømmes kunderne. Disse ydelser skal få kunder i Tyskland til at indløse deres recepter på et udenlandsk postordreapotek i stedet for et fysisk apotek. Der reklameres f.eks. med en bonus på størrelse med halvdelen af den lovbestemte egenbetaling for personer, der er omfattet af den offentlige sygeforsikring [udelades], en bonus ved afgivelse af første ordre [udelades], en bonus på op til 15 EUR, der afhænger af prisen på lægemidlet [**org. s. 15**] [udelades], en pengepræmie på 15 EUR i godtgørelse for medvirken ved kvalitetssikringen [udelades], en godtgørelse for kundemedvirken ved et lægemiddel-tjek [udelades] eller en præmie for hvervning af en ny kunde [udelades].
- 36 (3) Dette er også tilfældet her. Over for patienterne i Tyskland reklamerer DocMorris ikke med lægemiddelpriser, der er lavere end de tyske apotekers, men derimod med en anden fordel af pengeværdi, der indrømmes patienterne.
- 37 c) Spørgsmålet er dog, om de begrænsninger, der opstilles i HWG's § 7, stk. 1, første punktum, for så vidt angår reklame med fordele af pengeværdi, er begrundet i den foreliggende retstvist, når der henses til formålet med direktiv 2001/83/EF, herunder direktivets artikel 86-90, især artikel 87, stk. 3. Dette ønskes afklaret med det præjudicielle spørgsmål. Efter den forelæggende rets opfattelse er der meget, der taler for at reklame med en gevinstchance, som afhænger af lykketræf, i forbindelse med salg af receptpligtige lægemidler skal anses for en usaglig påvirkning af den potentielle kundekreds, som DocMorris har henvendt sig til, og den foreliggende reklame derfor skal forbydes.
- 38 aa) Det kan ikke antages, at et forbud mod reklame med fordele af pengeværdi i forbindelse med receptpligtige lægemidler allerede er begrundet i henhold til artikel 88, stk. 1, litra a), i direktiv 2001/83/EF, hvorefter medlemsstaterne – i overensstemmelse med 44. betragtning til direktivet – forbyder offentlig reklame for receptpligtige lægemidler. [**Org. s. 16**]
- 39 Selv om offentlig reklame med henblik på generelt salgsfremme for receptpligtige lægemidler gennem ydelse af fordele af pengeværdi – som i den foreliggende retstvist – udgør offentlig reklame for lægemidler som omhandlet i artikel 86, stk. 1, første led, er der efter den forelæggende rets opfattelse ikke tale om en generelt forbudt offentlig reklame for lægemidler i henhold til artikel 88, stk. 1, litra a), i direktiv 2001/83/EF.
- 40 Artikel 88, stk. 1, i direktiv 2001/83/EF skal med henblik på beskyttelse af sundhed forhindre, at patienter via offentlig reklame tilskyndes til at bede deres læge om at få ordineret et receptpligtigt lægemiddel. Prisreklame eller reklame

med andre fordele af pengeværdi i forbindelse med receptpligtige lægemidler tager derimod sigte på at få en patient til at købe et lægemiddel, han allerede har fået ordineret, på et bestemt apotek. Prisreklame ved salg af receptpligtige lægemidler er en del af konkurrencen og omfattes ikke af artikel 88, stk. 1, i direktiv 2001/83/EF.

- 41 bb) Det kan dog tænkes, at en offentlig reklame med muligheden for at deltage i en konkurrence, der anvendes ved markedsføring af receptpligtige lægemidler, er i modstrid med formålet i direktiv 2001/83/EF, herunder direktivets artikel 86-90, især artikel 87, stk. 3.
- 42 (1) Artikel 94, stk. 1, i direktiv 2001/83/EF forbyder fremme af salg af lægemidler gennem præmier, pekuniære fordele eller fordele i form af naturalier til personer, som er beføjet til at ordinere de pågældende lægemidler. I henhold til denne bestemmelse er det forbudt at yde, tilbyde eller love disse personer præmier, pekuniære fordele eller fordele i form af naturalier, medmindre de er af ubetydelig værdi og står i forbindelse med udøvelsen af læge- eller apotekergerningen. Direktiv 2001/83/EF opstiller ikke nogen tilsvarende regel for så vidt angår offentlig reklame for lægemidler **[org. s. 17]**. I henhold til artikel 87, stk. 3, i direktiv 2001/83/EF skal reklamer for et lægemiddel ganske vist fremme den rationelle brug af lægemidlet ved at præsentere det objektivt og uden at overdrive dets egenskaber og må desuden ikke være vildledende. Direktiv 2001/83/EF indeholder imidlertid ikke nogen bestemmelser om lægemiddelreklame, ved hvilken der reklameres med, at det er muligt at deltage i lodtrækninger.
- 43 (2) Den Europæiske Unions Domstol har konstateret, at reklamer for lægemidler i form af lodtrækninger næppe kan accepteres, henset til, at det ifølge 45. betragtning til direktiv 2001/83/EF og direktivets artikel 87, stk. 3, er nødvendigt at forhindre enhver overdreven og uigennemtænkt reklame, der kan indvirke på folkesundheden (jf. Domstolens dom, gengivet i GRUR 2008, s. 267, præmis 55 – Gintec). Reklame for et lægemiddel i form af lodtrækninger opmuntrer til irrationel og overdreven brug af dette lægemiddel, når det fremstilles som en gave eller en gevinst, hvorved forbrugeren afspores fra en objektiv vurdering af nødvendigheden af at indtage lægemidlet (Domstolens dom, gengivet i GRUR 2008, 267, præmis 56 – Gintec).
- 44 (3) Spørgsmålet, om et forbud mod den foreliggende reklame med muligheden for at deltage i en konkurrence er foreneligt med direktiv 2001/83/EF, kan ikke besvares klart på grundlag af »Gintec«-dommen fra Den Europæiske Unions Domstol, idet denne dom hvilede på andre faktiske omstændigheder. I den foreliggende sag reklameres der ikke for et konkret lægemiddel, der er håndkøbsmedicin. Reklamen angår derimod på generel vis receptpligtige lægemidler. 45. betragtning til direktiv 2001/83/EF, som EU-Domstolen henviste til i forbindelse med sin fortolkning, vedrører kun offentlige reklamer for ikke-receptpligtige lægemidler. I modsætning til situationen i »Gintec«-dommen er det ikke lægemidlet, der er gevinsten, men derimod en elektrisk cykel og elektriske tandbørster. Appelretten **[org. s. 18]** konstaterede desuden, at der i den

foreliggende tvist ikke er risiko for, at reklamen fremmer en uhensigtsmæssig eller overdreven brug af lægemidler.

- 45 cc) Appellretten konstaterede imidlertid, at reklamen med muligheden for at deltage i en konkurrence tilskynder patienter, der har fået ordineret et receptpligtigt lægemiddel, til at give afkald på den objektive rådgivning, som et fysisk apotek giver på eget initiativ og i patientens interesse. Hvis en læge har ordineret et lægemiddel, må det ganske vist lægges til grund, at denne har rådgivet patienten om lægemidlet og navnlig har oplyst patienten om dets risici og bivirkninger. Det betyder dog ikke, at der under alle omstændigheder kan gives afkald på en rådgivning, der foregår på en apotekers eget initiativ. I henhold til § 20, stk. 2, i Verordnung über den Betrieb von Apotheken (den tyske forordning om apoteksdrift) skal en apoteker i forbindelse med udlevering af lægemidler til en patient ved at stille spørgsmål herom fastslå, hvorvidt patienten har brug for yderligere oplysninger og rådgivning og samtidig tilbyde en sådan rådgivning. Objektivt set kan det være ufornuftigt af en patient, der har fået ordineret et receptpligtigt lægemiddel, at give afkald på et sådan rådgivningstilbud, [org. s. 19] såfremt der også efter den ordinerende læges rådgivning stadig er spørgsmål, der mangler at blive besvaret. Efter den forelæggende rets opfattelse bør patientens beslutning om at købe et receptpligtigt lægemiddel på et inden- eller udenlandsk postordrefirma i stedet for et fysisk apotek, der kan yde objektiv, nødvendig rådgivning, træffes på et objektivt grundlag og ikke påvirkes af tilskyndelse til spil.

[Udelades]