

**Asia C-190/20**

**Ennakkoratkaisupyyntö**

**Jättämispäivä:**

5.5.2020

**Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:**

Bundesgerichtshof (Saksa)

**Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:**

20.2.2020

**Vastaaja ja Revision-menettelyn valittaja:**

DocMorris N.V.

**Kantaja ja Revision-menettelyn vastapuoli:**

Apothekerkammer Nordrhein

---

**BUNDESGERICHTSHOF**

**VÄLIPÄÄTÖS**

[– –]

asiassa

DocMorris N.V., [– –] Alankomaat,

vastaajana ja Revision-menettelyn valittajana,

[– –]

vastaan

Apothekerkammer Nordrhein, [– –] Düsseldorf,

kantajana ja Revision-menettelyn vastapuolena,

[– –] [alkup. s. 2]

Bundesgerichtshofin siviiliasioita käsittelevä I jaosto on tehnyt [– –] seuraavan välipäätöksen:

I. Asian käsittelyä lykätään.

II. Euroopan unionin tuomioistuimelle esitetään seuraavat ennakkoratkaisukysymykset ihmisille tarkoitettuja lääkkeitä koskevista yhteisön säännöistä 6.11.2001 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2001/83/EY (EYVL L 311, 28.11.2001, s. 67), sellaisena kuin kyseinen direktiivi on viimeksi muutettuna eräiden säädösten, joissa säädetään valvonnan käsittelevän sääntelymenettelyn käyttämisestä, mukauttamisesta Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 290 ja 291 artiklaan 20.6.2019 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2019/1243 (EUVL L 198, 25.7.2019, s. 241), tulkinnasta:

Onko direktiivin 2001/83/EY VIII osaston ja erityisesti sen 87 artiklan 3 kohdan mukaista, jos kansallista säännöstä (tässä tapauksessa HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäistä virkettä) tulkitaan siten, että siinä kielletään toiseen jäsenvaltioon sijoittautunutta postimyyntiapteekkiä mainostamasta asiakkaille tarjoamalla osallistumista arvontaan, kun osallistuminen edellyttää lääkemääräyksen antamista **[alkup. s. 3]** lääkemääräystä edellyttävästä ihmisille tarkoitettusta lääkkeestä, arvottava voitto ei ole lääke vaan jokin toinen esine (tässä tapauksessa 2 500 euron arvoinen sähköpolkupyörä ja sähköhammasharjoja) eikä ole pelättävissä, että tällä kannustettaisiin lääkkeiden epätarkoituksenmukaiseen ja liialliseen käyttöön?

Perustelut:

- 1 A. Kantaja on apteekkareita ja proviisoreita edustava järjestö Nordrheinin alueella. Sen tehtäviin kuuluu apteekkareiden ja proviisoreiden ammatillisten velvoitteiden noudattamisen valvonta. Vastaja on Alankomaihin sijoittautunut postimyyntiapteekki, joka toimittaa lääkemääräystä edellyttäviä lääkkeitä saksalaisille asiakkaille.
- 2 Vastaja mainosti maaliskuussa 2015 koko Saksan alueella mainoslehtisellä ”suurta arvontaa”, jonka pääpalkintona oli lahjakortti, joka koski 2 500 euron arvoista sähköpyörää, ja 2.–10. palkintona sähköhammasharjoja. Arvontaan osallistumisen edellytyksenä oli lääkemääräyksen toimittaminen.
- 3 Kantaja pitää tätä mainontaa kilpailua vääristävänä. Se esitti 1.4.2015 vastaajalle tuloksetta tätä koskevan kehotuksen asianajajan välityksellä.
- 4 Kantaja on vaatinut kanteessaan, että vastaja velvoitettaisiin tarkemmin kuvattujen pakkokeinojen uhalla lopettamaan lääkemääräyksen antamiseen liittyvän arvonnin tarjoaminen saksalaisille loppukäyttäjille, jos tämä tapahtuu seuraavasti: **[alkup. s. 4]**

**DocMorris**  
Meine lokale Apotheke

## GROSSES GEWINNSPIEL

Verwandlungscode: P17001-3228 KauNo

Frau

**1. Preis  
Gutschein  
E-Bike**

**2.-10. Preis  
Philips Sonicare  
DiamondClean  
5+1**

**JETZT REZEPTE EINSENDEN UND GEWINNEN!**

Sehr geehrte Frau Hazel/Wiederholt,

Ihre Versandapotheke DocMorris möchte Sie bei einem gesunden und vitalen Start ins Jahr 2015 unterstützen. Machen Sie mit bei unserem Preissusschreiben 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 Klebsteckzettel dazulegen
- ✓ Einsenden und automatisch an den Verlosung teilnehmen

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

Viel Glück wünscht Ihnen Ihre Versandapotheke DocMorris

Die Vertragspartner: DocMorris AG, eingetragenes Unternehmen, 54184 Adenau, Bundesland Rheinland-Pfalz, DEUTSCHLAND. Verantwortliche: Vorstand Dr. Heide Mück-Horndt, Prof. Dr. Christian Tamm, Max Planck, Michael Vogel. Die Haftung für den Inhalt dieser Website ist ausschließlich der DocMorris AG zuzurechnen. Sie sind nicht für die Inhalte von Websites Dritter verantwortlich. Für weitere Informationen kontaktieren Sie bitte die DocMorris AG, Postfach 12345, Adenau, 54184 Adenau, Rheinland-Pfalz, DEUTSCHLAND. E-Mail: info@docmorris.de

- 5 Kantaja on lisäksi vaatinut vastaajan velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntiä edeltäneestä kehoitusmenettelystä aiheutuneet kulut, 2 348,94 euroa korkoineen.
- 6 Landgericht (alueellinen alioikeus) hylkäsi kanteen. Ylioikeus muutti Landgerichtin antamaa tuomiota ja tuomitsi vastaajan kanteen vaatimusten mukaisesti [– –]. Vastaaja vaatii Landgerichtin tuomion pysyttämistä Revision-valituksella, jonka ylioikeus on sallinut ja jonka hylkäämistä kantaja vaatii.
- 7 B. Revision-menettelyn lopputulos riippuu unionin oikeuden tulkinnasta. [– –] [alkup. s. 5] [– –] [menettelysäännöksiä] On pohdittava, sopiiko HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen nojalla annettu kielto, joka koskee asianomaisen arvannon mainostamista lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden menekin edistämiseksi, yhteen ihmisille tarkoitettuja lääkkeitä koskevista yhteisön säännöistä annetun direktiivin 2001/83/EY ja sen 86–90 artiklan, erityisesti 87 artiklan 3 kohdan tavoitteiden kanssa.
- 8 I. Ylioikeus on jaoston mielestä menetellyt perustellusti katsoessaan, että kyseessä ei ole HWG:n 11 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen 13 kohdan rikkomiseen perustuva kielto-oikeus. [tarkempi selvitys asiasta]
- 9 [– –]

- 10 [– –] [alkup. s. 6] [– –]
- 11 [– –]
- 12 II. Ilman ennakkoratkaisukysymykseen saatavaa vastausta ei voida ratkaista lopullisesti, kuuluuko kantajalle HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen rikkomisen perusteella vastaajaa vastaan sen vaatima kielto-oikeus.
- 13 1. HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen ensimmäisen lauseen mukaan on kiellettyä tarjota, mainostaa tai antaa kylkiäisiä ja muita mainoslahjoja (tavaroita tai palveluja) tai ottaa niitä vastaan terveydenhoitoalan ammattilaisena, ellei kyseessä oli jokin HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen toisessa lauseessa säädetystä poikkeustapauksista. HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen ensimmäisessä lauseessa säädetystä kiellosta ovat poikkeuksena kylkiäiset tai mainoslahjat, jotka ovat vähäarvoista pientavaraa (HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen toisen lauseen 1 kohta) tai jotka annetaan tietynä tai tietyllä tavalla laskettavana rahasummana (HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen toisen lauseen 2 kohta). Molempien poikkeusten yhteydessä ovat kuitenkin edelleen kiellettyjä lääkkeiden kylkiäiset tai muut mainoslahjat, jos ne annetaan lääkelain (Arzneimittelgesetz) nojalla voimassa olevien hintasäännösten vastaisesti. HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä säädetty mainoslahjoja koskevalla lähtökohtaisella kiellosta pyritään lääkkeiden lisätumarkkinoinnin laajamittaisen valvonnan avulla torjumaan sitä mahdollista vaaraa, että käyttäjään vaikutetaan epäasiallisesti lupaamalla mainoslahjoja hänen tehdessään päätöstä siitä, ottaako hän lääkkeitä ja mitä lääkkeitä hän mahdollisesti ottaa [– –].
- 14 2. Ylioikeus ei ole tehnyt oikeudellista virhettä pitäessään lähtökohtana sitä, että tilanne kuuluu HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen soveltamisalaan. [tarkempi selvitys asiasta] [– –] [alkup. s. 7] [– –]
- 15 3. Ylioikeus on katsonut perustellusti, että nyt käsiteltävä vastaajan mainonta, johon liittyy mahdollisuus osallistua arvontaan lääkemääräyksen toimittamista vastaan, on tuotemainontaa ja että siihen on tästä syystä lähtökohtaisesti sovellettava lääkemainontaa koskevan lain (Heilmittelwerbegesetz) säännöksiä.
- 16 a) Kaikki HWG:n 1 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettu lääkemainonta ei kuulu lääkemainontaa koskevan lain säännösten soveltamisalaan. Tämän lain soveltamisalaan kuuluu ainoastaan tuotteeseen liittyvä mainonta (tuote- ja myynninedistämismainonta) eikä yleinen yritysmainonta (yritys- ja imagomainonta), jolla kohennetaan yleisesti yrityksen tunnettuutta ja mainostetaan sen laadukasta toimintaa ilman yhteyttä tiettyihin lääkkeisiin. Vastaus lääkemainontaa koskevan lain sovellettavuuden kannalta ratkaisevaan kysymykseen siitä, onko arvioitava mainonta myynninedistämisen vai yritysmainontaa, riippuu olennaisesti siitä, onko mainonnan antaman yleiskuvan perusteella kyseessä ensisijaisesti yrityksen kuvaaminen vai tiettyjen tai ainakin yksilöitävissä olevien tuotteiden markkinointi [– –]. Myös apteekin koko

valikoiman mainonta voi olla tuotemainontaa [– –]. Ei ole mitään vakuuttavaa perustetta hyväksyä lainsäätäjän lääkemainonnan alalla lähtökohtaisesti ei-toivottavana pitämää **[alkup. s. 8]** lisäetumarkkinointiin liittyvää kannustinta vain sen vuoksi, että tätä mainonnan muotoa käytetään erityisen suuren lääkevalikoiman yhteydessä [– –].

- 17 b) Direktiivin 2001/83/EY säännökset eivät estä olettaa, jonka mukaan lääkemainontaa koskevan lain säännökset käsittävät myös apteekin koko tuotevalikoiman mainonnan.
- 18 aa) Lääkemainontaa koskevan lain säännöksiä on tulkittava direktiivin 2001/83/EY säännösten osalta unionin oikeuden mukaisesti. Lääkemainonta yhdenmukaistetaan täydellisesti tällä direktiivillä (tuomio 8.11.2007, Gintec, C-374/05, Kok. 2007, s. 1-9517, 20–39 kohta [– –]).
- 19 bb) Mainontaa koskevista direktiivin 2001/83/EY säännöksistä (VIII osasto ja Villa, 86–100 artikla) ei voida päätellä, että se kattaisi vain yksittäisiä lääkkeitä koskevan mainonnan.
- 20 (1) Direktiivin 2001/83/EY 86 artiklan 1 kohdan säännöksen mukaan ”lääkemainonnalla” tarkoitetaan kaikenlaista ovelta ovelle tiedottamista, asiakkaitten hankintaa tai kannustimia, joiden tarkoituksena on edistää lääkkeiden määräämistä, luovutusta, myyntiä tai kulutusta. ”Lääkemainonnan” käsite kattaa direktiivin 2001/83/EY 86 artiklan 1 kohdan ensimmäisen luetelmakohdan mukaan erityisesti nyt käsiteltävän yleisen lääkemainonnan. Kuten tämän säännöksen sanamuodosta, erityisesti sanasta ”kaikenlainen” ilmenee, unionin lainsäätäjä on pitänyt lähtökohtana hyvin laajaa tulkintaa lääkemainonnan käsitteestä (tuomio **[alkup. s. 9]** 5.5.2011, MSD Sharp & Dohme, C-316/09, Kok. 2011, s. I-3249, 29 kohta).
- 21 (2) Direktiivin 2001/83/EY 88 artiklan 1–4 kohtaan sisältyvät säännökset, jotka koskevat kokonaisuun lääkeryhmiin liittyvää väestölle suunnattua mainontaa. Se, että direktiivi 2001/83/EY käsittäisi vain yksittäisiä lääkkeitä koskevan väestölle suunnatun mainonnan, ei perustu siihen, että direktiivin 2001/83/EY 89 ja 90 artiklassa puhutaan ”yleisestä lääkemainonnasta”; niissä säädetään näet ainoastaan siitä, mitä tarkempia tietoja on esitettävä tiettyä lääkettä koskevassa mainonnassa tästä lääkkeestä ja mitkä tiedot eivät ole sallittuja. Muissa säännöksissä – direktiivin 2001/83/EY 86 artiklan 1 kohta ja 88 artiklan 1–3 kohta – puhutaan ”lääkemainonnasta” ja ”yleisestä lääkemainonnasta”. Niiden mukaan direktiivi kattaa myös lääkemainonnan yleisesti eikä yksinomaan tiettyjä lääkkeitä koskevaa mainontaa [– –].
- 22 c) Edellä esitetyn perusteella nyt käsiteltävään mainontaan liittyy vaadittu yhteys tuotteeseen. Kun kyseessä on luvattu etu, joka sisältää osallistumisen vastaajan arvontaan, kyseessä ei ole sen hallinnoiman postimyyntiapteekin palvelujen markkinointi eikä kylkiäinen, jolle olisi muita yritykseen liittyviä syitä. Kanteessa huomioon otettu konkreettinen rikkomus on osallistuminen arvontaan, joka

edellyttää lääkemääräyksen toimittamista. Mainonta liittyy siten lääkemääräystä edellyttäviin lääkkeisiin, jotka voidaan luovuttaa vain lääkemääräystä vastaan, joten se on ilman muuta tuotemainontaa.

- 23 4. Ylioikeus on perustellusti olettanut, että vastaajan antama mahdollisuus osallistua arvontaan on nyt käsiteltävässä asiassa HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä tarkoitettu mainoslahja. **[alkup. s. 10]** [tarkempi selvitys asiasta]
- 24 [– –]
- 25 [– –]
- 26 5. Ylioikeus ei ole tehnyt oikeudellista virhettä pitäessään lähtökohtana sitä, että kyseessä ei ole mikään HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen toisessa lauseessa säädetyistä poikkeustapauksista. **[alkup. s. 11]** [tarkempi selvitys asiasta]
- 27 [– –]
- 28 [– –]
- 29 6. On kuitenkin pohdittava, vaikuttaako vastaajan mainonta sen asiakkaisiin epäasianmukaisella tavalla. **[alkup. s. 12]**
- 30 a) Ylioikeus on katsonut, että mainonta, joka koskee mahdollisuutta osallistua arvontaan lääkemääräyksen lunastamisen yhteydessä, aiheuttaa teoriassa sen vaaran, että mainonnan vastaanottajaan vaikutetaan epäasiallisesti. Ei voida sulkea pois, että potilas, joka tarvitsee lääkemääräystä edellyttävää lääkettä ja on saanut lääkäriltään siihen tarvittavan lääkemääräyksen, päättää lääkemääräyksen lunastamisesta vastaajan postimyyntiapteekissa ajattelematta, että lääkkeen hankkiminen kiinteästä apteekista vastaa paremmin hänen henkilökohtaisia tarpeitaan. Postimyyntiapteekit voivat antaa neuvoja vain puhelimitse ja nimenomaisen kyselyn perusteella. Asiakkaan kannalta voi olla tärkeää, että hän saa neuvoja myös lääkemääräyksen lunastamisen yhteydessä ilman eri pyyntöä, esimerkiksi tämän lääkkeen ja muiden lääkkeiden yhteisvaikutuksesta. Apteekin henkilöstö on koulutettu tähän. Asiakkaan tekemä päätös siitä, valitseeko hän kiinteän apteekin vai postimyyntiapteekin, on siten merkityksellinen hänen terveytensä kannalta. Päätökseen vaikutetaan epäasiallisesti kyseessä olevalla mainonnalla, johon liittyy arvonta.
- 31 b) Se, että arvontaan osallistumiseen liittyy rahanarvoinen etu, ei sellaisenaan oikeuta sitä, että vastaajalta kielletään kiistanalainen mainonta sillä perusteella, että sillä vaikutetaan epäasiallisesti potentiaalsiin asiakkaisiin.
- 32 aa) Unionin tuomioistuin piti tosin 19.10.2016 antamassaan tuomiossa Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15 [– –]) niin ikään lähtökohtana sitä, että perinteisillä apteekeilla on lähtökohtaisesti postimyyntiapteekkeja paremmat



mahdollisuudet antaa potilaille yksilöllisiä neuvoja apteekkihenkilöstön välityksellä ja varmistaa lääkehuolto hätätapauksissa, eivätkä postimyyntiapteekit rajallisen palvelutarjontansa johdosta voi korvata tällaisia palveluja asianmukaisesti. Se katsoi kuitenkin tämän perusteella, että **[alkup. s. 13]** hintakilpailu voi olla postimyyntiapteekkeille tärkeämpi kilpailutekijä kuin perinteisille apteekkeille, koska tällainen tekijä on edellytyksenä niiden mahdollisuudelle päästä suoraan Saksan markkinoille ja pysyä siellä kilpailukykyisinä (tuomio Deutsche Parkinson Vereinigung, 24 kohta). Tästä syystä Unionin tuomioistuin totesi, että yhtenäisten myyntihintojen vahvistaminen, sellaisena kuin siitä säädetään Saksan säännöissä, merkitsee SEUT 34 artiklassa tarkoitettua tuonnin määrällistä rajoitusta vaikutukseltaan vastaavaa toimenpidettä, koska se vaikuttaa muuhun jäsenvaltioon kuin Saksan liittotasavaltaan sijoittautuneisiin apteekkeihin enemmän kuin niihin apteekkeihin, joiden kotipaikka on Saksan alueella, mikä saattaa haitata enemmän muista jäsenvaltioista peräisin olevien kuin kotimaisten tuotteiden pääsyä markkinoille (tuomio Deutsche Parkinson Vereinigung, 26 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Lisäksi se katsoi, että Saksan lääkkeiden hintoja koskevaa lainsäädäntöä, jossa säädetään yhtenäisten hintojen vahvistamisesta ihmisille tarkoitettujen reseptilääkkeiden myynnille apteekkeista, ei voida oikeuttaa SEUT 36 artiklan mukaisella ihmisten terveyden ja elämän suojelun perusteella, koska kyseinen säännöstö ei sovellu tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseen (tuomio Deutsche Parkinson Vereinigung, 46 kohta).

- 33 bb) Näistä unionin tuomioistuimen tuomiossa Deutsche Parkinson Vereinigung esittämistä toteamuksista on pääteltävä, että Euroopan unionin toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneita postimyyntiapteekkejä ei lähtökohtaisesti voida kieltää korvaamasta kiinteiden apteekkien kanssa asianomaisessa jäsenvaltiossa käytävällä hintakilpailulla niiden palvelujen tarjonnan rajoittuneisuutta, joka johtuu siitä, että potilaiden yksilöllinen neuvonta paikan päällä on mahdotonta. Nyt käsiteltävässä asiassa on kyseessä tällainen hintakilpailu. **[alkup. s. 14]**
- 34 (1) Lainsäädäntöympäristön vuoksi Saksassa ei tosin vallitse lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden toimituksissa – tätä lääkeryhmää edelleen koskevasta hintasäätelyjärjestelmästä riippumatta – muihin tavararyhmiin verrattavissa olevaa apteekkien välistä hintakilpailua asiakkaista. Saksassa on SGB V:n 5 §:n 1 momentin nojalla voimassa vakuuttamista sairauden varalle koskeva yleinen velvollisuus. Jokaisen on vakuutettava itsensä joko lakisääteisesti tai yksityisesti. Tästä yleisestä vakuuttamisvelvollisuudesta seuraa, että kun lääkäri määrää lääkkeen, siitä aiheutuvista kustannuksista ei lähtökohtaisesti vastaa potilas vaan ne maksetaan sairausvakuutuksesta, jossa potilas on vakuutettuna. Lakisääteisesti vakuutetun on suoritettava lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden osalta ainoastaan ylioikeuden ”reseptimaksuksi” kuvaama lisä, joka on lääkepakkausta kohti enintään 10 euroa ja vähintään 5 euroa (SGB V:n 61 §:n ensimmäinen virke).
- 35 (2) Johonkin toiseen Euroopan unionin jäsenvaltioon sijoittautuneet postimyyntiapteekit eivät yleensä käy kilpailua asiakkaista lääkemääräystä

edellyttävien lääkkeiden markkinoinnissa Saksassa hinnoilla, jotka ovat alempia kuin saksalaisten apteekkien, vaan mainostamalla asiakkaille rahanarvoisia kylkiäisiä. Näillä kylkiäisillä pyritään siihen, että saksalaiset asiakkaat eivät lunastaisi lääkemääräyksiään kiinteässä apteekissa vaan ulkomaisessa postimyyntiapteekissa. Mainonnan kohteena on esimerkiksi bonus, jonka suuruus on puolet lakisääteisestä lisästä lakisääteisesti sairausvakuutettujen osalta [– –], bonus ensimmäisestä tilauksesta [– –], bonus, joka riippuu lääkkeen hinnasta ja jonka määrä **[alkup. s. 15]** on enintään 15 euroa [– –], 15 euron rahamääräinen palkkio vaivasta, jota aiheutuu osallistumisesta laadunvarmistukseen [– –], hyvitys siitä, että asiakas osallistuu lääkkeiden tarkistukseen [– –] tai palkkio uuden asiakkaan hankkimisesta [– –].

- 36 (3) Tilanne on nyt käsiteltävässä asiassa tällainen. Vastaja ei mainosta saksalaisille potilaille saksalaisten apteekkien hintoihin nähden edullisempia lääkkeiden hintoja vaan muuta, potilaille myönnettävää rahanarvoista etua.
- 37 c) Esiin tulee kuitenkin kysymys siitä, ovatko HWG:n 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä säädetyt mainonnan rajoitukset, jotka koskevat rahanarvoisten etujen mainontaa, oikeutettavissa nyt käsiteltävässä asiassa direktiivin 2001/83/EY ja sen 86–90 artiklan, erityisesti 87 artiklan 3 kohdan tavoitteilla. Ennakkoratkaisukysymys koskee tätä. Jaoston mielestä moni seikka puoltaa sitä, että kun kyseessä on lääkemääräystä edeltävien lääkkeiden myynti, mainontaa, johon liittyy sattumasta riippuvia voitonmahdollisuuksia, on pidettävä epäasiallisena yrityksenä vaikuttaa kohteena oleviin vastaajan potentiaalisiin asiakkaisiin ja että kyseinen mainonta on tästä syystä kiellettävä.
- 38 aa) Ei voida katsoa, että rahanarvoisten kylkiäisten mainonnan kieltäminen olisi lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden osalta oikeutettua jo direktiivin 2001/83/EY 88 artiklan 1 kohdan a alakohdan nojalla, kun siinä – tämän direktiivin johdanto-osan 44 perustelukappaleen mukaisesti – annetaan jäsenvaltioiden tehtäväksi kieltää lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden yleinen mainonta. **[alkup. s. 16]**
- 39 Vaikka yleinen mainonta, jolla – kuten nyt käsiteltävässä asiassa – pyritään yleisesti edistämään lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden menekkiä myöntämällä rahanarvoisia etuja, on 86 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa tarkoitettua lääkkeiden yleistä mainontaa, kyseessä ei jaoston näkemyksen mukaan ole siinä yhteydessä direktiivin 2001/83/EY 88 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden yleisesti kielletty yleinen mainonta.
- 40 Direktiivin 2001/83/EY 88 artiklan 1 kohdalla pyritään terveyden suojelemiseksi estämään se, että yleisellä mainonnalla kannustettaisiin potilaita pyytämään lääkäriään määräämään heille lääkemääräystä edellyttäviä lääkkeitä. Lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden hintamainonnalla tai muiden rahanarvoisten etujen mainonnalla pyritään sitä vastoin siihen, että potilas päättää valita tietyn apteekin lunastaessaan hänelle jo määrätyn lääkkeen. Lääkemääräystä



edellyttävien lääkkeiden markkinoinnissa hintamainonta on osa kilpailua, eikä se kuulu direktiivin 2001/83/EY 88 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan.

- 41 bb) On kuitenkin mahdollista, että yleinen mainonta, johon liittyy mahdollisuus osallistua arvontaan markkinoitaessa lääkemääräystä edellyttäviä lääkkeitä, on ristiriidassa direktiivin 2001/83/EY ja sen 86–90 artiklan ja erityisesti 87 artiklan 3 kohdan säännösten tavoitteiden kanssa.
- 42 (1) Direktiivin 2001/83/EY 94 artiklan 1 kohdassa kielletään lääkkeiden myynnin edistäminen tarjoamalla lahjoja, rahallista hyötyä tai luontoisetua henkilöille, joilla on oikeus määrätä niitä. Siinä säädetään, että mainostettaessa lääkkeitä henkilöille, joilla on oikeus määrätä tai luovuttaa niitä, ei tällaisille henkilöille saa antaa, tarjota tai luvata lahjoja, rahallista hyötyä tai luontoisetua, elleivät ne ole arvoltaan vähäisiä ja liity jollain tavoin lääkärin ammatin harjoittamiseen tai apteekkitoimintaan. Direktiiviin **[alkup. s. 17]** 2001/83/EY ei sisälly lääkkeiden yleisen mainonnan osalta vastaavaa säännöstä. Direktiivin 2001/83/EY 87 artiklan 3 kohdan mukaan lääkemainonnan on kannustettava lääkkeen järkevään käyttöön esittelemällä se asiallisesti ja liioittelematta sen ominaisuuksia, eikä se saa olla harhaanjohtavaa. Direktiiviin 2001/83/EY ei sisälly kuitenkaan säännöksiä, jotka koskisivat lääkemainontaa, jolla mainostetaan mahdollisuutta osallistua arvontoihin.
- 43 (2) Unionin tuomioistuin on pitänyt yleistä mainontaa arvontojen muodossa muiden kuin lääkemääräystä edellyttävien lääkkeiden osalta vaikeasti hyväksyttävänä sillä perusteella, että direktiivin 2001/83/EY johdanto-osan 45 perustelukappaleen ja 87 artiklan 3 kohdan mukaan on tarpeen estää liiallinen ja harkitsematon mainonta, joka voisi vaikuttaa kansanterveyteen (tuomio Gintec, 55 kohta). Lääkkeen mainostaminen arvunnoilla kannustaa kyseisen lääkkeen epätarkoituksenmukaiseen ja liialliseen käyttöön, jos siinä lääke esitetään lahjana tai palkintona ja siten suunnataan kuluttajan huomio pois lääkkeen käyttötärpeen objektiivisesta arvioinnista (tuomio Gintec, 56 kohta).
- 44 (3) Unionin tuomioistuimen tuomion Gintec perusteella ei voida vastata yksiselitteisesti siihen, onko nyt käsiteltävän asian kohteena oleva arvontaa koskevan mainonnan kielto direktiivin 2001/83/EY mukainen, koska kyseisen tuomion taustalla oli erilainen tosiseikasto. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole mainostettu konkreettista, vapaasti myytävissä olevaa lääkettä. Mainonta liittyy pikemminkin yleisesti lääkemääräystä edellyttäviin lääkkeisiin. Unionin tuomioistuimen tulkitsema direktiivin 2001/83/EY johdanto-osan 45 perustelukappale liittyy vain ilman lääkemääräystä saatavien lääkkeiden yleiseen mainontaan. Toisin kuin tuomiossa Gintec, palkintona ei ole itse lääke vaan sähköpyörä ja sähköhammasharjat. Ylioikeuden **[alkup. s. 18]** toteamusten perusteella nyt käsiteltävässä asiassa ei ole myöskään pelättävissä, että sillä kannustettaisiin lääkkeiden epätarkoituksenmukaiseen tai liialliseen käyttöön.
- 45 cc) Ylioikeuden toteamusten perusteella potilaita, joille on määrätty lääkemääräystä edellyttäviä lääkkeitä, tosin houkutellaan asianomaisella arvontaa

koskevalla mainonnalla luopumaan objektiivisesti arvioiden heidän etunsa mukaisesta kiinteän apteekin omasta aloitteestaan antamasta kattavasta neuvonnasta. Jos lääkäri on määrännyt lääkkeen, hän on tosin lähtökohtaisesti neuvonut potilasta tämän lääkkeen käytöstä ja erityisesti selvittänyt hänelle määräämänsä lääkkeen riskit ja sivuvaikutukset. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että proviisorin omasta aloitteestaan antama lisäohjeistus olisi kaikissa tapauksissa tarpeetonta. Proviisorin apteekkitoiminnan harjoittamista koskevan asetuksen (Apothekerbetriebsordnung) 20 §:n 2 momentin nojalla antaessaan lääkkeitä potilaalle tiedusteltava, onko hänellä mahdollisesti muita tieto- ja neuvontatarpeita, ja tarjottava hänelle tällaista neuvontaa. Luopuminen tällaisesta neuvontaa koskevasta mahdollisuudesta [alkup. s. 19] saattaa olla objektiivisesti arvioiden harkitsematonta potilaalta, jolle on määrätty lääkemääräyksen edellyttävää lääkettä, jos hänelle jää lääkkeen määränneen lääkärin neuvonnan jälkeen avoimia kysymyksiä. Potilaan päätöksen lääkemääräystä edellyttävän lääkkeen hankkimisesta kotimaisesta tai ulkomaisesta postimyyntiapteekista sellaisen kiinteän apteekin sijasta, joka voi antaa hänelle tarvittavaa puolueetonta neuvontaa, pitäisi jaoston näkemyksen mukaan perustua asiallisiin syihin eikä sattumanvaraisiin kannustimiin.

[– –]