

Predmet C-190/20

Zahtjev za prethodnu odluku

Datum podnošenja:

5. svibnja 2020.

Sud koji je uputio zahtjev:

Bundesgerichtshof (Njemačka)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

20. veljače 2020.

Tuženik i podnositelj revizije:

DocMorris N.V.

Tužitelj i druga stranka u revizijskom postupku:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF (SAVEZNI VRHOVNI SUD, NJEMAČKA)

RJEŠENJE

[*omissis*]

u sporu

DocMorris N.V., [*omissis*] Nizozemska,

tuženika i podnositelja revizije,

[*omissis*]

protiv

Apothekerkammer Nordrhein, [*omissis*] Düsseldorf,

tužitelja i druge stranke u revizijskom postupku,

[*omissis*] **[orig. str. 2.]**

I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (1. vijeće građanskog odjela Saveznog vrhovnog suda, Njemačka) [*omissis*]

riješio je:

I. Postupak se prekida.

II. U svrhu tumačenja Direktive 2001/83/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 6. studenoga 2001. o zakoniku Zajednice o lijekovima za humanu primjenu (SL 2001., L 311 od 28. studenoga 2001., str. 67.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 56., str. 27.) kako je izmijenjena Uredbom (EU) 2019/1243 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o prilagodbi člancima 290. i 291. Ugovora o funkcioniranju Europske unije niza pravnih akata kojima se predviđa primjena regulatornog postupka s kontrolom (SL 2019., EU L 198 od 25. srpnja 2019., str. 241.), Sudu Europske unije upućuje se sljedeće prethodno pitanje:

Je li sukladno odredbama Glave VIII., a naročito članku 87. stavku 3. Direktive 2001/83/EZ ako se nacionalna odredba (u ovom predmetu: članak 7. stavak 1. prva rečenica HWG-a (Zakon o oglašavanju u sektoru zdravstva, u daljnjem tekstu: HWG)) tumači na način da je ljekarni sa sjedištem u drugoj državi članici koja putem interneta prodaje na daljinu zabranjeno raspisati nagradnu igru u svrhu pridobivanja kupaca ako je sudjelovanje u nagradnoj igri povezano s predajom [**orig. str. 3.**] recepta za lijek za humanu upotrebu koji se izdaje na liječnički recept, ako raspisana nagrada nije lijek, nego neki drugi predmet (u ovom predmetu: električni bicikl u vrijednosti od 2.500 eura i električne četkice za zube) te ako nema bojazni da će se time poticati neprimjereno ili pretjerano korištenje lijekova?

Obrazloženje:

- 1 A. Tužitelj je predstavnik ljekarnika za okrug Nordrhein. Njegove zadaće obuhvaćaju nadzor pridržavanja profesionalnih obveza ljekarnika. Tuženik je ljekarna sa sjedištem u Nizozemskoj koja putem interneta prodaje na daljinu i isporučuje kupcima u Njemačku lijekove koji se izdaju na liječnički recept.
- 2 U ožujku 2015. tuženik je diljem Njemačke letkom oglasio „Veliku nagradnu igru” kojom je za glavnu nagradu raspisan poklon-bon za električni bicikl u vrijednosti od 2.500 eura, a za drugu do desetu nagradu po jedna električna četkica za zube. Uvjet za sudjelovanje u izvlačenju bila je dostava recepta.
- 3 Tužitelj smatra da je to oglašavanje protivno pravilima o tržišnom natjecanju. On je tuženiku dopisom od 1. travnja 2015. uputio odvjetničku opomenu koja nije polučila rezultat.
- 4 Svojom tužbom tužitelj zahtijeva donijeti presudu kojom se tuženiku pod prijetnjom poblježe opisanih sankcija nalaže propustiti raspisivanje nagradne igre

za krajnje potrošače u Njemačkoj povezane s korištenjem recepta, ako se to čini na sljedeći način: [orig. str. 4.]



GROSSES GEWINNSPIEL

Versandapotheke DocMorris Pflanzlich Natur
[redacted]
[redacted]
Frau [redacted]
[redacted]

1. Preis
Gutschein
E-Bike



2.-10. Preis
Philips-Sonicare
Diamond
Clean 511



JETZT REZEPTE EINSENDEN UND GEWINNEN!

4x Vertragspartner: DocMorris AG, designt vom 12/08, 0118, Adhäsions-Verordnungsamt, Württemberg 1108888, Verantwortliche: Vorstand
Dr. Heideck (Hetzl), Prof. Dr. Christian Tonnige, Max Heizer, Michael Vogel, Dr. Heideck (Hetzl) vom 12/08, 0118, Adhäsions-Verordnungsamt, Württemberg
Kontakt: Sie werden für die Teilnahme an diesem Gewinnspiel über die Website www.docmorris.de informiert. Bitte beachten Sie, dass die Teilnahme an diesem Gewinnspiel nur für die Teilnahme am Gewinnspiel gilt.
Linares@docmorris.de

Sehr geehrte Frau Heideck/Wiederholt,

Ihre Versandapotheke DocMorris möchte Sie bei einem gesunden und vitalen Start ins Jahr 2015 unterstützen. Machen Sie mit bei unserem Preisauslosen 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 Feststempel 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



- 5 Tužitelj je nadalje zahtijevao tuženiku naložiti da mu nadoknadi troškove opomene prije pokretanja sudskog postupka u visini od 2.348,94 eura uvećano za pripadajuće kamate.
- 6 Landgericht (Zemaljski sud) odbio je tužbu. Žalbeni sud je preinačio presudu zemaljskog suda i donio presudu protiv tuženika u skladu s tužbenim zahtjevom [omissis]. Revizijom koju je dopustio žalbeni sud, a čije odbijanje tužitelj zahtijeva, tuženik zahtijeva potvrditi presudu zemaljskog suda.
- 7 B. Uspjeh revizije ovisi o tumačenju prava Unije. [omissis] [orig. str. 5.] [omissis] [navodi o postupku] Postavlja se pitanje je li zabrana oglašavanja predmetne nagradne igre u slučaju prodaje lijekova koji se izdaju na liječnički recept, a koja se temelji na članku 7. stavku 1. prvoj rečenici HWG-a u skladu s ciljevima Direktive 2001/83/EZ o zakoniku Zajednice o lijekovima za humanu primjenu i njezinim člancima 86. do 90., naročito s člankom 87. stavkom 3.

- 8 I. Žalbeni sud je prema shvaćanju ovog Vijeća s pravom zaniijekao postojanje prava zahtijevati propuštanje radi kršenja članka 11. stavka 1. prve rečenice točke 13. HWG-a. [pojašnjenje]
- 9 [omissis]
- 10 [omissis] **[orig. str. 6.]** [omissis]
- 11 [omissis]
- 12 II. Bez odgovora na prethodno pitanje nije moguće donijeti konačnu ocjenu o tome ima li tužitelj pravo sudskim putem od tuženika zahtijevati propuštanje zbog kršenja članka 7. stavka 1. prve rečenice HWG-a.
- 13 1. U skladu s člankom 7. stavkom 1. prvim dijelom prve rečenice HWG-a nije dopušteno nuditi, najaviti ili dati ili kao pripadnik stručnih krugova primiti, novčane nagrade i druge reklamne darove (robu ili usluge), osim ako je riječ o jednom od zakonski predviđenih iznimnih slučajeva iz članka 7. stavka 1. drugog dijela prve rečenice HWG-a. Od zabrane iz članka 7. stavka 1. prvog dijela prve rečenice HWG-a izuzete su novčane nagrade ili reklamni darovi kod kojih je riječ o stvarima male vrijednosti (članak 7. stavak 1. drugi dio prve rečenice, br. 1. HWG-a) ili koje se daju u određenom novčanom iznosu ili novčanom iznosu koji se izračunava na određeni način (članak 7. stavak 1. drugi dio prve rečenice, br. 2. točka (a) HWG-a). Međutim, novčane nagrade i reklamni darovi nisu dopušteni ni u jednom iznimnom slučaju ako se daju protivno odredbama o cijenama koje su na snazi na temelju Arzneimittelgesetzes (Zakon o lijekovima). Člankom 7. stavkom 1. prvom rečenicom HWG- predviđena načelna zabrana reklamnih darova ima za cilj da ekstenzivnim sprječavanjem oglašavanja kojim se kupcima u izgled stavlja posebna pogodnost u području lijekova otkloni apstraktnu opasnost da se na potrošače neprimjereno utječe stavljanjem u izgled reklamnih darova prilikom odlučivanja hoće li uzeti lijek, i eventualno koji će lijek uzeti [omissis].
- 14 2. Žalbeni sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava smatrajući da se može primijeniti članak 7. stavak 1. prva rečenica HWG-a. [pojašnjava se] [omissis] **[orig. str. 7.]** [omissis]
- 15 3. Žalbeni sud ispravno je smatrao da je predmetno oglašavanje tuženika koje predviđa mogućnost sudjelovanja u nagradnoj igri u slučaju predaje recepta povezano s proizvodom te da se stoga na tu situaciju načelno moraju primijeniti pravila Heilmittelwerbegesetza (Zakon o oglašavanju u sektoru zdravstva).
- 16 a) Ne podliježe svako oglašavanje lijeka u smislu članka 1. stavka 1. br. 1. HWG-a odredbama Heilmittelwerbegesetza (Zakon o oglašavanju u sektoru zdravstva). Područjem primjene tog zakona obuhvaćeno je samo oglašavanje koje se odnosi na određeni proizvod (promicanje proizvoda i prodaje), a ne na općenito oglašavanje tvrtke (promicanje poduzeća i imidža) kojim se bez pozivanja na određeni lijek općenito promiče ugled i učinkovitost poduzeća. Odgovor na odlučujuće pitanje za primjenu Heilmittelwerbegesetza (Zakon o oglašavanju u

sektoru zdravstva), je li oglašavanje koje treba ocijeniti promicanje prodaje ili promicanje poduzeća, uvelike ovisi o tome je li prema sveukupnoj slici oglasa u prvom planu predstavljanje poduzeća ili pak preporuka određenih proizvoda ili proizvoda koji se barem mogu individualizirati [*omissis*]. Oglašavanje ukupnog ljekarničkog asortimana proizvoda može se isto tako odnositi na određeni proizvod [*omissis*]. Ne postoji ni jedan uvjerljivi razlog da se poticaj za oglašavanje na području lijekova stavljanjem u izgled neke pogodnosti, koji zakonodavac u načelu smatra neželjenim, [**orig. str. 8.**] prihvati upravo tada, kada se taj oblik promidžbe koristi za posebno velik broj lijekova [*omissis*].

- 17 b) Pravilima Direktive 2001/83/EZ ne protivi se pretpostavka da odredbe Heilmittelwerbegesetza (Zakon o oglašavanju u sektoru zdravstva) o oglašavanju lijekova obuhvaćaju i oglašavanje za kupnog asortimana proizvoda neke ljekarne.
- 18 aa) Pravila Heilmittelwerbegesetza (Zakon o oglašavanju u sektoru zdravstva) o oglašavanju lijekova u odnosu na odredbe Direktive 2001/83/EZ treba tumačiti u skladu s pravom Unije. Tom je direktivom u potpunosti usklađeno oglašavanje lijekova (Sud Europske unije, presuda od 8. studenoga 2007. – C-374/05, Zb. 2007., 1-9517 = GRUR 2008., 267. točke 20. do 39. – Gintec [*omissis*]).
- 19 bb) Iz odredbi Direktive 2001/83/EZ o oglašavanju (Glava VIII. i VIII.a, članci 86. do 100.) ne može se razabrati da one obuhvaćaju samo oglašavanje pojedinačnih lijekova.
- 20 (1) Prema odredbi članka 86. stavka 1. Direktive 2001/83/EZ pod „oglašavanjem lijekova” podrazumijeva se svaki oblik izravnog obavješćivanja (*door-to-door*), pridobivanja ili poticanja, kojima je namjena promicanje propisivanja, izdavanja, prodaje i potrošnje lijekova. Pojam „oglašavanja lijekova” obuhvaća u skladu s prvom alinejom članka 86. stavka 1. Direktive 2001/83/EZ osobito oglašavanje lijekova prema stanovništvu o kojem je riječ u ovom predmetu. Kako to proizlazi iz teksta te odredbe, a naročito iz riječi „svaki”, zakonodavac Unije pojam oglašavanja lijekova shvaća vrlo široko (Sud Europske unije, [**orig. str. 9.**] presuda od 5. svibnja 2011. – C-316/09, Zb. 2011., I-3249 = GRUR 2011., 1160. t. 29. – MSD Sharp & Dohme).
- 21 (2) Direktiva 2001/83/EZ sadržava u članku 88. stavcima 1. do 4. pravila za oglašavanje prema stanovništvu za čitave skupine lijekova. Zaključak da Direktiva 2001/83/EZ obuhvaća oglašavanje prema stanovništvu samo za pojedinačne lijekove ne proizlazi iz okolnosti da članak 89. i članak 90. Direktive 2001/83/EZ govore o „oglašavanje o lijeku prema stanovništvu”; jer u toj se odredbi samo određuje koji se detaljniji podaci o lijeku moraju navesti u slučaju oglašavanja koja se odnosi na određeni lijek, a koji podaci nisu dopušteni. U preostalim odredbama, članak 86. stavak 1. i članak 88. stavci 1. do 3. Direktive 2001/83/EZ, riječ je o „oglašavanju lijekova” i „oglašavanju lijekova prema stanovništvu”. Prema navedenom, Direktiva obuhvaća i oglašavanje lijekova općenito, a ne samo oglašavanje koje se odnosi na određene lijekove [*omissis*].

- 22 c) S tim u skladu se oglašavanju o kojem je riječ u glavnom postupku može pripisati zahtijevana povezanost s određenim proizvodom. U slučaju obećane pogodnosti u obliku sudjelovanja u tužnikovoj nagradnoj igri nije riječ ni o preporuci usluga ljekarne koja putem interneta prodaje na daljinu, a kojom tuženik upravlja, ni o novčanoj nagradi iz nekih drugih poduzetničkih razloga. Prema konkretnoj radnji povrede na koju se u tužbenom zahtjevu poziva, sudjelovanje u nagradnoj igri povezano je sa slanjem recepta. Time se oglašavanje odnosi na lijekove za koje je obvezno postojanje liječničkog recepta, koji se mogu izdati samo na liječnički recept i time se bez daljnega odnosi na određeni proizvod.
- 23 4. Žalbeni sud je ispravno smatrao da u spornom slučaju mogućnost sudjelovanja u nagradnoj igri koju tuženik pruža predstavlja reklamni dar u smislu članka 7. stavka 1. prve rečenice HWG-a. **[orig. str. 10.]** [pojašnjava se]
- 24 *[omissis]*
- 25 *[omissis]*
- 26 5. Žalbeni sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava smatrajući da ne postoji ni jedna od iznimki predviđenih člankom 7. stavkom 1. drugim dijelom prve rečenice HWG-a. **[orig. str. 11.]** [pojašnjava se]
- 27 *[omissis]*
- 28 *[omissis]*
- 29 6. Međutim, postavlja se pitanje utječe li oglašavanje tuženika na neprimjeren način na njegove kupce. **[orig. str. 12.]**
- 30 a) Žalbeni sud je smatrao da oglašavanje mogućnosti sudjelovanja u nagradnoj igri uz iskorištavanje recepta stvara apstraktnu opasnost neprimjerenog utjecaja na adresate oglašavanja. Prema mišljenju tog suda, ne može se isključiti da se pacijent koji treba lijek koji se izdaje na recept, i koji je od svog liječnika dobio u tu svrhu potreban recept, odluči iskoristiti taj recept u ljekarni tuženika koja putem interneta prodaje na daljinu, a da pritom ne promisli da kupnja lijeka u stacionarnoj ljekarni više odgovara njegovim osobnim potrebama. Ljekarne koje putem interneta prodaju na daljinu mogu davati savjete samo telefonski i na izričit upit. Za klijenta stoga može biti značajno, smatra taj sud, da ga se samoinicijativno savjetuje i u slučaju korištenja recepta, primjerice u pogledu međudjelovanja s drugim lijekovima. Ljekarnici se u tu svrhu obrazuju. Odluka koju mora donijeti kupac glede izbora u korist stacionarne ljekarne ili ljekarne koja putem interneta prodaje na daljinu stoga je relevantna za njegovo zdravlje. Na tu odluku, zaključuje taj sud, oglašavanje s nagradnom igrom o kojem je riječ u glavnom postupku neprimjerenom utječe.
- 31 b) Činjenica da sudjelovanje u nagradnoj igri predstavlja novčanu pogodnost samo po sebi ne opravdava da se tuženiku zabrani osporeno oglašavanje zbog neprimjerenog utjecaja na potencijalne kupce.

- 32 aa) Sud Europske unije u svojoj je odluci „Deutsche Parkinson Vereinigung” (presuda od 19. listopada 2016. – C-148/15, GRUR 2016., 1312. [omissis]) isto tako smatrao da tradicionalne ljekarne u načelu mogu bolje od ljekarni koje prodaju na daljinu individualno savjetovati pacijente putem svog osoblja na licu mjesta i osigurati im opskrbu lijekovima u hitnom slučaju, dok ljekarne koje prodaju na daljinu sa svojom ograničenom ponudom usluga takvu opskrbu ne mogu primjereno zamijeniti. No, u pogledu te okolnosti Sud je smatrao da **[orig. str. 13.]** tržišno natjecanje cijenama stoga može biti važniji parametar konkurentnosti za ljekarne koje prodaju na daljinu sa sjedištem u drugoj državi članici nego za tradicionalne stacionarne ljekarne u Njemačkoj jer o takvom tržišnom natjecanju cijenama ovisi hoće li inozemne ljekarne koje prodaju na daljinu izravno pristupiti njemačkom tržištu i na njemu ostati konkurentnima (Sud Europske unije, GRUR 2016., 1312. t. 24 – Deutsche Parkinson Vereinigung). Sud Europske unije stoga je odlučio da njemačkim pravom predviđeno određivanje ujednačenih cijena za lijekove koji se izdaju na liječnički recept predstavlja mjeru koja ima isti učinak poput količinskog ograničenja uvoza u smislu članka 34. UFEU-a jer više pogađa ljekarne sa sjedištem u drugim državama članicama nego one u Saveznoj Republici Njemačkoj što bi proizvodima podrijetlom iz drugih država članica moglo više ometati pristup tržištu nego nacionalnim proizvodima. (Sud Europske unije, GRUR 2016., 1312. t. 26. i sljedeća – Deutsche Parkinson Vereinigung). Osim toga, Sud je smatrao da se njemačko pravo kojim se uređuju cijene lijekova, prema kojem se za prodaju lijekova za humanu primjenu na recept u ljekarnama određuju ujednačene cijene, ne može opravdati zaštitom zdravlja i života ljudi u smislu članka 36. UFEU-a s obzirom na to da taj propis nije prikladan za postizanje zadanih ciljeva (Sud Europske unije, GRUR 2016., 1312. t. 46. – Deutsche Parkinson Vereinigung).
- 33 bb) Iz tih navoda Suda Europske unije u presudi „Deutsche Parkinson Vereinigung” proizlazi da se ljekarnama koje prodaju na daljinu sa sjedištem u drugim državama članicama Europske unije u načelu ne može zabraniti da ograničenje svoje ponude usluga koje se nalazi u nemogućnosti individualnog savjetovanja pacijenata na licu mjesta kompenziraju tržišnim natjecanjem cijenama sa stacionarnim ljekarnama u dotičnoj državi članici. O takvom tržišnom natjecanju cijenama riječ je u ovom sporu. **[orig. str. 14.]**
- 34 (1) U Njemačkoj se zbog pravnog okvira koji uređuje izdavanje lijekova na liječnički recept, bez obzira na i dalje postojeće određivanje obveznih cijena za tu skupinu lijekova, među ljekarnama ne odvija nikakvo tržišno natjecanje cijenama da bi se pridobili kupce, a koje se može usporediti s drugim područjima roba. U Njemačkoj u skladu s člankom 5. stavkom 1. SGB V (V. knjiga Socijalnog zakonika, u daljnjem tekstu: SGB V) postoji opća obveza zdravstvenog osiguranja. Svatko se mora osigurati zakonski ili privatno. Posljedica takve opće obveze osiguranja jest da u slučaju liječničkog propisivanja lijeka troškove za kupnju tog lijeka u načelu ne snosi pacijent, nego zdravstveno osiguranje kod kojeg je pacijent osiguran. Osiguranici zakonskog zdravstvenog osiguranja moraju prilikom kupnje lijeka koji se izdaje na liječnički recept snositi samo doplatu, koju

je žalbeni sud nazvao „pristojbom za recept”, po kutiji pakiranja lijeka u visini od najviše deset eura, a najmanje pet eura (članak 61. prva rečenica SGB-a V).

- 35 (2) Ljekarna koja putem interneta prodaje na daljinu sa sjedištem u drugoj državi članici u pravilu se prilikom prodaje lijekova koji se izdaju na liječnički recept ne natječe za kupce na tržištu u Njemačkoj cijenama lijekova koje su niže od cijena u njemačkim ljekarnama, nego oglašavanjem novčanih nagrada za kupce. Te bi novčane nagrade trebale pokrenuti kupce u Njemačkoj da svoje recepte ne iskoriste u stacionarnoj ljekarni, nego u inozemnoj ljekarni koja putem interneta prodaje na daljinu. Kupce se vrbuje primjerice s bonusom u visini od polovice zakonske participacije kada je riječ o osiguranicima zakonskog zdravstvenog osiguranja [*omissis*], bonusom kod prve narudžbe [*omissis*], bonusom koji ovisi o cijeni lijeka i po visini [**orig. str. 15.**] je ograničen na 15 eura [*omissis*], novčanom premijom u visini od 15 eura u obliku naknade za troškove sudjelovanja u osiguranju kvalitete [*omissis*], naknadom za sudjelovanje kupca u provjeri lijeka [*omissis*] ili nagradom za pridobivanje novog kupca [*omissis*].
- 36 (3) Upravo je to slučaj i u predmetnom sporu. Tuženik se kod pacijenata u Njemačkoj ne reklamira s povoljnijim cijenama lijekova u odnosu na njemačke ljekarne, nego s drugom novčanom pogodnošću koja se daje kupcu.
- 37 c) Međutim, postavlja se pitanje, jesu li člankom 7. stavkom 1. prvom rečenicom HWG-a ograničenja tržišnog natjecanja predviđena za oglašavanje s novčanim pogodnostima u spornom slučaju opravdana ciljevima Direktive 2001/83/EZ i njezinih članaka 86. do 90., osobito člankom 87. stavkom 3. Na to je usmjereno prethodno pitanje. Prema shvaćanju ovog Vijeća, puno toga govori u prilog tomu da se u slučaju prodaje lijekova koji se izdaju na liječnički recept oglašavanje prilika za dobitak koje ovise o slučajnosti treba smatrati neprimjerenim utjecajem na potencijalne klijente tuženika kojima se on obraća te se stoga oglašavanje o kojem je riječ u glavnom postupku mora zabraniti.
- 38 aa) Ne može se smatrati da je zabrana oglašavanja s novčanim nagradama za lijekove koji se izdaju na recept opravdana već prema članku 88. stavku 1. točki (a) Direktive 2001/83/EZ koji, u skladu s uvodnom izjavom 44. te direktive, nalaže državama članicama da zabrane oglašavanje prema stanovništvu lijekova koji se izdaju samo na liječnički recept. [**orig. str. 16.**]
- 39 Čak i ako oglašavanje prema stanovništvu, kojim se, poput ovog o kojem je riječ u ovom sporu, općenito želi poticati prodaja lijekova koji se izdaju na liječnički recept putem odobravanja novčanih pogodnosti, predstavlja oglašavanje prema stanovništvu za lijekove u smislu članka 86. stavka 1. prva alineja, prema shvaćanju ovog Vijeća pritom nije riječ o općenito zabranjenom oglašavanju prema stanovništvu lijekova koji se izdaju na liječnički recept u smislu članka 88. stavka 1. točke (a) Direktive 2001/83/EZ.
- 40 Članak 88. stavak 1. Direktive 2001/83/EZ treba u svrhu zaštite zdravlja spriječiti da se oglašavanjem prema stanovništvu stvori situacija u kojoj se pacijenti

motiviraju da mole svoje liječnike da im propiše lijek koji se izdaje na liječnički recept. Tomu nasuprot, oglašavanje navođenjem cijena ili drugih novčanih pogodnosti za lijekove koji se izdaju na liječnički recept ima za cilj da se pacijent pri kupnji već propisanog mu lijeka odluči za određenu ljekarnu. Oglašavanje navođenjem cijena pri prodaji lijekova koji se izdaju na liječnički recept sastavni je dio tržišnog natjecanja i nije obuhvaćeno člankom 88. stavkom 1. Direktive 2001/83/EZ.

- 41 bb) Međutim, postoji mogućnost da je oglašavanje prema stanovništvu putem mogućnosti sudjelovanja u nagradnoj igri pri prodaji lijekova koji se izdaju na recept protivno ciljevima Direktive 2001/83/EZ i odredbama članaka 86. do 90. te direktive, a osobito članku 87. stavku 3.
- 42 (1) Člankom 94. stavkom 1. Direktive 2001/83/EZ zabranjuje se oglašavanje darova i nagrada u novcu ili stvarima prema osobama ovlaštenim za propisivanje lijekova. S tim u skladu zabranjeno je takvim osobama davati, nuditi ili obećati darove, nagrade u novcu ili stvarima, osim ako su te nagrade jeftine i odnose se na obavljanje liječničke ili ljekarničke djelatnosti. No, Direktiva br. 2001/83/EZ ne sadrži odgovarajuće pravilo [**orig. str. 17.**] u pogledu oglašavanja lijekova prema stanovništvu. U skladu s člankom 87. stavkom 3. Direktive 2001/83/EZ, oglašavanje o lijeku mora biti objektivno sa svrhom poticanja racionalne uporabe lijeka, predstavljajući lijek bez uveličavanja njegovih svojstava i ne smije dovoditi korisnike u zabludu. Direktiva 2001/83/EZ ne sadržava, međutim, odredbe o oglašavanju o lijeku kojim se oglašava mogućnost sudjelovanja u nagradnim izvlačenjima.
- 43 (2) Sud Europske unije je oglašavanje prema stanovništvu u obliku ždrijebanja za lijek koji se izdaje bez recepta smatrao teško prihvatljivim uz obrazloženje da u skladu s uvodnom izjavom 45. i člankom 87. stavkom 3. Direktive 2001/83/EZ postoji potreba da se spriječi pretjerano i nepromišljeno oglašavanje koje može utjecati na zdravlje ljudi (Sud Europske unije, GRUR 2008., 267. t. 55. – Gintec). U slučaju oglašavanja o lijeku u obliku nagradnih izvlačenja potiče se neprimjereno i pretjerano korištenje tog lijeka ako ga se predstavi kao nagradu ili kao dar te se potrošaču na taj način skrene pozornost s objektivne ocjene potrebe uzimanja tog lijeka (Sud Europske unije, GRUR 2008., 267. t. 56. – Gintec).
- 44 (3) Odluka Suda Europske unije u predmetu Gintec ne daje jasan odgovor na pitanje je li zabrana oglašavanja nagradne igre o kojoj je riječ u glavnom postupku u skladu s Direktivom 2001/83/EZ jer se ta odluka temeljila na drukčijem činjeničnom stanju. U predmetnom sporu ne oglašava se konkretan lijek koji se nalazi u slobodnoj prodaji. Štoviše, oglašavanje se odnosi općenito na lijekove koji se izdaju na liječnički recept. Uvodna izjava 45. Direktive 2001/83/EZ na kojoj se temelji tumačenje Suda Europske unije odnosi se samo na oglašavanje prema stanovništvu lijekova koji se mogu izdati bez liječničkog recepta. Za razliku od predmeta Gintec, nagrada u ovom predmetu nije sam lijek, nego električni bicikl i električne četkice za zube. Prema [**orig. str. 18.**] utvrđenjima

žalbenog suda, u predmetnom sporu, osim toga, ne treba se pribojavati poticanja neprimjerenog ili pretjeranog korištenja lijekova.

- 45 cc) Prema utvrđenjima žalbenog suda, međutim, pacijenti kojima je propisan lijek koji se izdaje na liječnički recept navedeni su oglašavanjem predmetne nagradne igre na to da odustanu od objektivnog, samoinicijativnog i sveobuhvatnog savjetovanja u stacionarnoj ljekarni koje je u njihovom interesu. Ako je liječnik propisao neki lijek, treba doduše smatrati da je on pacijenta savjetovao u pogledu tog lijeka te mu osobito pojasnio rizike i nuspojave propisanog lijeka. No, to ne znači da je drugo, samoinicijativno savjetovanje ljekarnika u svakom slučaju izlišno. Ljekarnik mora u skladu s člankom 20. stavkom 2. ApoBetrO (Verordnung über den Betrieb von Apotheken, Uredba o poslovanju ljekarni) prilikom izdavanja lijekova pacijentu dodatnim pitanjima utvrditi u kojoj mjeri taj pacijent eventualno treba daljnje informacije ili daljnje savjetovanje te mu odgovarajuće savjetovanje ponuditi. Odricanje od takve ponude savjetovanja [**orig. str. 19.**] može za pacijenta kojemu je propisan lijek koji se izdaje na liječnički recept objektivno gledano biti nerazumno ako su nakon savjetovanja liječnika koji je propisao lijek ostala još otvorena pitanja. Odluka pacijenta za kupnju lijeka koji se izdaje na liječnički recept u inozemnoj ili tuzemnoj ljekarni koja putem interneta prodaje na daljinu umjesto u stacionarnoj ljekarni koja može pružiti objektivno potrebno savjetovanje trebala bi se, prema mišljenju ovog Vijeća, temeljiti na objektivnim razlozima, a ne na poticajima vezanima uz igre na sreću.

[*omissis*]