

Zaak C-190/20

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

5 mei 2020

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 februari 2020

Verweerster en verzoekster tot Revision:

DocMorris N.V.

Verzoekster en verweerster in Revision:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland)

BESLISSING

[OMISSIS]

In de zaak

DocMorris N.V., [OMISSIS] Nederland,

verweerster en verzoekster tot Revision,

[OMISSIS]

tegen

Apothekerkammer Nordrhein, [OMISSIS] Düsseldorf,

verzoekster en verweerster in Revision,

[OMISSIS] [Or. 2]

heeft de I. Zivilsenat van het Bundesgerichtshof [OMISSIS]

als volgt beslist:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt ter uitlegging van richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB EG L 311 van 28 november 2001, blz. 67 e.v.), laatstelijk gewijzigd bij verordening (EU) 2019/1243 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot aanpassing van een aantal rechtshandelingen die voorzien in het gebruik van de regelgevingsprocedure met toetsing, aan de artikelen 290 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB EU L 198 van 25 juli 2019, blz. 241), de volgende prejudiciële vraag gesteld:

Is het in overeenstemming met het bepaalde in titel VIII en inzonderheid met artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83/EG dat een nationale bepaling [in casu: § 7, lid 1, eerste zin, van het Heilmittelwerbegesetz (Duitse wet betreffende reclame voor geneesmiddelen; hierna: „HWG”)] aldus wordt uitgelegd dat het een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek niet is toegestaan om met het aanbieden van een kansspel klanten te werven, als de deelname aan het kansspel is gekoppeld aan het insturen van een [Or. 3] recept voor een enkel op recept verkrijgbaar geneesmiddel voor menselijk gebruik, de in het vooruitzicht gestelde prijs geen geneesmiddel, maar een ander voorwerp is (hier: een elektrische fiets met een waarde van EUR 2.500 en elektrische tandenborstels), en niet hoeft te worden gevreesd dat een irrationeel of buitensporig gebruik van geneesmiddelen wordt aangemoedigd?

Motivering:

- 1 A. Verzoekster is de beroepsorganisatie van de apothekers in de Duitse regio Noordrijn-Westfalen. Zij heeft onder meer tot taak te controleren of apothekers hun beroepsverplichtingen nakomen. Verweerster is een in Nederland gevestigde postorderapotheek die receptplichtige geneesmiddelen aan klanten in Duitsland levert.
- 2 In maart 2015 maakte verweerster met een flyer in heel Duitsland reclame voor een „groot kansspel” waarmee als hoofdprijs een tegoedbon voor een elektrische fiets met een waarde van EUR 2.500 en als tweede tot en met tiende prijs elektrische tandenborstels konden worden gewonnen. Voorwaarde voor de deelname aan de loterij was het insturen van een recept.
- 3 Verzoekster acht deze reclame mededingingsbeperkend. Op 1 april 2015 heeft haar advocaat verweerster – zonder succes – een aanmaningsbrief gestuurd.

- 4 Verzoekster vordert dat het verweerster op straffe van nader aangeduide dwangmaatregelen wordt verboden een aan het inleveren van een recept gekoppeld kansspel aan eindverbruikers in Duitsland aan te bieden, wanneer dit geschiedt als volgt: [Or. 4]

DocMorris
Meine lokale Apotheke

GROSSES GEWINNSPIEL

Sehr geehrte Frau Hazel/Wiederholti,

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

So geht's:

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

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

Viel Glück wünscht Ihnen
Ihre Versandapotheke DocMorris

1. Preis Gutschein E-Bike

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

JETZT REZEPT EINSENDEN UND GEWINNEN!

Die Vertragspartner: DocMorris AG, designt vom 13.08.2014, 0101, Adressen: Pöschelgasse, 1050 Wien | 1050000 | Österreichische Versand-Online-Apotheke | Haupt- u. Geschäftsstelle: Pöschelgasse 13, 1050 Wien | Telefon: +43 (0)1 470 00 100 | Fax: +43 (0)1 470 00 101 | E-Mail: service@docmorris.at | Internet: www.docmorris.at | Pöschelgasse 13, 1050 Wien | Österreichische Versand-Online-Apotheke

- 5 Verzoekster vordert voorts veroordeling van verweerster tot betaling van de buitengerechterlijke aanmaningskosten ten bedrage van EUR 2.348,94, vermeerderd met rente.
- 6 Het Landgericht (rechter in eerste aanleg, Duitsland) heeft de vordering afgewezen. De rechter in hoger beroep heeft het vonnis van het Landgericht gewijzigd en verweerster veroordeeld conform de eis [OMISSIS]. Met het door de rechter in hoger beroep toegestane beroep tot Revision vordert verweerster dat het vonnis van het Landgericht wordt herbevestigd. Verzoekster vordert dat het beroep tot Revision wordt verworpen.
- 7 B. Of het beroep tot Revision zal slagen, hangt af van de uitlegging van het Unierecht. [OMISSIS] [Or. 5] [OMISSIS] [beschrijving van de procedure] De vraag rijst of een op § 7, lid 1, eerste zin, HWG gebaseerd verbod op de litigieuze kansspelreclame bij de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen verenigbaar is met de doelstellingen van richtlijn 2001/83/EG tot vaststelling van een

communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik en van de artikelen 86 tot en met 90 daarvan, in het bijzonder artikel 87, lid 3.

- 8 I. De rechter in hoger beroep heeft volgens de Senat terecht ontkend dat er sprake is van een recht om een verbodsactie in te stellen wegens schending van § 11, lid 1, eerste zin, punt 13, HWG. [nader uiteengezet]
- 9 [OMISSIS]
- 10 [OMISSIS] [Or. 6] [OMISSIS]
- 11 [OMISSIS]
- 12 II. Zonder beantwoording van de prejudiciële vraag kan niet definitief worden beoordeeld of verzoekster gerechtigd is om tegen verweerster een verbodsactie in te stellen wegens schending van § 7, lid 1, eerste zin, HWG.
- 13 1. Overeenkomstig § 7, lid 1, eerste zin, eerste deel, HWG is het verboden om giften en overige reclamegeschenken (goederen of diensten) aan te bieden, aan te kondigen of toe te kennen, dan wel om deze als beroepsbeoefenaar in ontvangst te nemen, tenzij sprake is van een van de in § 7, lid 1, eerste zin, tweede deel, HWG wettelijk geregelde uitzonderingen. Het verbod van § 7, lid 1, eerste zin, eerste deel, HWG is niet van toepassing op giften of reclamegeschenken van geringe waarde (§ 7, lid 1, eerste zin, tweede deel, punt 1, HWG) of bestaande uit een bepaald geldbedrag respectievelijk een geldbedrag dat op een bepaalde wijze wordt berekend (§ 7, lid 1, eerste zin, tweede deel, punt 2, onder a, HWG). Bij beide uitzonderingen blijven giften of overige reclamegeschenken voor geneesmiddelen evenwel verboden voor zover deze worden toegekend in strijd met de prijsvoorschriften die gelden op grond van de geneesmiddelenwet. Het in § 7, lid 1, eerste zin, HWG opgenomen fundamentele verbod op reclamegeschenken strekt ertoe, door een vergaande beperking van geneesmiddelenreclame door middel van geschenken of voordelen, het abstracte gevaar dat consumenten door het vooruitzicht op die geschenken of voordelen, op niet-objectieve wijze bij de beslissing om geneesmiddelen te gebruiken en, in voorkomend geval, bij de keuze voor een bepaald geneesmiddel worden beïnvloed, tot een minimum te beperken [OMISSIS].
- 14 2. De rechter in hoger beroep heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, toen hij ervan uitging dat § 7, lid 1, eerste zin, HWG van toepassing is. [nader uiteengezet] [OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS]
- 15 3. De rechter in hoger beroep heeft terecht aangenomen dat de litigieuze door verweerster gebruikte reclame, aangezien deze de mogelijkheid biedt om deel te nemen aan een kansspel na het insturen van een recept, productgerelateerd is en dat de bepalingen van de wet betreffende reclame voor geneesmiddelen om die reden in beginsel hierop van toepassing zijn.

- 16 a) Niet elke reclame voor geneesmiddelen in de zin van § 1, lid 1, punt 1, HWG valt onder de bepalingen van de wet betreffende reclame voor geneesmiddelen. Alleen productgerelateerde reclame (op verkoop gerichte productreclame) valt binnen de werkingssfeer van deze wet. Algemene bedrijfsreclame (bedrijfs- en imagoreclame) waarmee, zonder bepaalde geneesmiddelen te noemen, reclame wordt gemaakt voor de reputatie en de prestaties van het bedrijf, valt daar echter buiten. De beantwoording van de voor de toepasselijkheid van de wet betreffende reclame voor geneesmiddelen beslissende vraag of de te beoordelen reclame moet worden aangemerkt als op verkoop gerichte reclame of als bedrijfsreclame, hangt in beslissende mate af van de vraag of in de algehele vormgeving van de reclame de onderneming, dan wel bepaalde of op zijn minst individualiseerbare producten centraal staan [OMISSIS]. Ook reclame voor het totale assortiment van de apotheek kan productgerelateerd zijn [OMISSIS]. Er is geen overtuigende reden om de aanmoedigende werking van reclame door middel van geschenken of voordelen, die de wetgever op het gebied van de reclame voor geneesmiddelen als principieel ongewenst aanmerkt, [Or. 8] te aanvaarden, vooral niet wanneer deze vorm van reclame voor een zeer groot aantal geneesmiddelen wordt gebruikt [OMISSIS].
- 17 b) De regelingen in richtlijn 2001/83/EG verzetten zich niet tegen de aanname dat de bepalingen van de Heilmittelwerbegesetz inzake de reclame voor geneesmiddelen ook betrekking hebben op reclame voor het gehele assortiment van een apotheek.
- 18 aa) De regelingen in de Heilmittelwerbegesetz inzake de reclame voor geneesmiddelen dienen met het oog op het bepaalde in richtlijn 2001/83/EG conform het Unierecht te worden uitgelegd. Met deze richtlijn werd de reclame voor geneesmiddelen volledig geharmoniseerd (arrest van het Hof van 8 november 2007 – C-374/05, Jurispr. blz. I-9517 = GRUR 2008, 267, punten 20 tot en met 39 – Gintec [OMISSIS]).
- 19 bb) Uit de regelingen in richtlijn 2001/83/EG inzake reclame (titel VIII en VIIIa, artikelen 86 tot en met 100) blijkt niet dat deze slechts betrekking hebben op reclame voor afzonderlijke geneesmiddelen.
- 20 (1) Blijkens artikel 86, lid 1, van richtlijn 2001/83/EG wordt onder „reclame voor geneesmiddelen” verstaan alle vormen van colportage, marktverkenning of stimulering, die bedoeld zijn ter bevordering van het voorschrijven, het afleveren, de verkoop of het verbruik van geneesmiddelen. Het begrip „reclame voor geneesmiddelen” omvat volgens het eerste streepje van artikel 86, lid 1, van richtlijn 2001/83/EG met name de hier aan de orde zijnde reclame voor geneesmiddelen die gericht is op het publiek. Uit de tekst van deze bepaling, in het bijzonder uit de woorden „alle vormen”, volgt duidelijk dat het door de wetgever van de Unie gehanteerde begrip reclame voor geneesmiddelen zeer ruim is (arrest van het Hof [Or. 9] van 5 mei 2011 – C-316/09, Jurispr. blz. I-3249 = GRUR 2011, 1160, punt 29 – MSD Sharp & Dohme).

- 21 (2) Richtlijn 2001/83/EG bevat in artikel 88, leden 1 tot en met 4, regelingen voor publieksreclame voor hele groepen van geneesmiddelen. Dat richtlijn 2001/83/EG alleen publieksreclame voor afzonderlijke geneesmiddelen betreft, volgt niet uit het feit dat in artikel 89 en artikel 90 van richtlijn 2001/83/EG sprake is van „publieksreclame voor een geneesmiddel”; daar wordt immers slechts bepaald welke nadere gegevens bij een op een bepaald geneesmiddel gerichte reclame met betrekking tot dit middel moeten worden verstrekt en welke gegevens niet zijn toegestaan. In de overige bepalingen – artikel 86, lid 1, en artikel 88, leden 1 tot en met 3, van richtlijn 2001/83/EG – is sprake van „reclame voor geneesmiddelen” en „publieksreclame voor geneesmiddelen”. Op grond daarvan heeft de richtlijn ook betrekking op reclame voor geneesmiddelen in het algemeen en niet alleen op reclame voor bepaalde geneesmiddelen [OMISSIS].
- 22 c) Bijgevolg heeft de aan de orde zijnde reclame, zoals wordt vereist, betrekking op een product. Bij het beloofde voordeel in de vorm van deelname aan een kansspel van verweerster gaat het noch om het aanprijzen van prestaties van de door haar geëxploiteerde postorderapotheek, noch om een gift om andere bedrijfsgerelateerde redenen. Volgens de beschrijving van de in de eis genoemde concrete schending is de deelname aan het kansspel gekoppeld aan het insturen van een recept. De reclame heeft dus betrekking op geneesmiddelen die enkel verkrijgbaar zijn op recept, en is daarmee zonder meer productgerelateerd.
- 23 4. De rechter in hoger beroep heeft terecht aangenomen dat in casu sprake is van een reclamegeschenk in de zin van § 7, lid 1, eerste zin, HWG, doordat verweerster de mogelijkheid biedt deel te nemen aan een kansspel [Or. 10] [nader uiteengezet]
- 24 [OMISSIS]
- 25 [OMISSIS]
- 26 5. De rechter in hoger beroep heeft geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat geen sprake is van een van de in § 7, lid 1, eerste zin, tweede deel, HWG geregelde uitzonderingen [Or. 11] [nader uiteengezet]
- 27 [OMISSIS]
- 28 [OMISSIS]
- 29 6. Het is evenwel de vraag of de reclame van verweerster haar klanten op niet-objectieve wijze beïnvloedt. [Or. 12]
- 30 a) De rechter in hoger beroep is ervan uitgegaan dat door de mogelijkheid van deelname aan een kansspel bij het inleveren van een recept onder de aandacht te brengen, het abstracte gevaar ontstaat dat de adressanten van de reclame op niet-objectieve wijze worden beïnvloed. Het kan niet worden uitgesloten dat een patiënt die een receptplichtig geneesmiddel nodig heeft en van zijn huisarts het

hiervoor benodigde recept heeft gekregen, voor de postorderapotheek van verweerster kiest zonder in overweging te nemen dat de aankoop van het geneesmiddel bij een fysieke apotheek meer zou kunnen overeenstemmen met zijn persoonlijke behoeften. Postorderapotheken kunnen alleen telefonisch en slechts op uitdrukkelijk verzoek advies verstrekken. Voor de klant kan het van belang zijn om ook bij het inleveren van een recept advies te ontvangen, zonder hierom te hoeven vragen, bijvoorbeeld met het oog op een mogelijke wisselwerking met andere geneesmiddelen. Hiervoor is de apotheker opgeleid. De keuze van de klant voor een fysieke apotheek of een postorderapotheek is derhalve relevant voor zijn gezondheid. De litigieuze reclame door middel van een kansspel beïnvloedt deze keuze op niet-objectieve wijze, aldus de rechter.

- 31 b) Dat de deelname aan een kansspel een financieel voordeel inhoudt, kan op zichzelf niet rechtvaardigen dat het verweerster wordt verboden de litigieuze reclame te gebruiken omdat deze potentiële klanten op een niet-objectieve manier beïnvloedt.
- 32 aa) Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft, in zijn uitspraak in de zaak „Deutsche Parkinson Vereinigung” (arrest van 19 oktober 2016 – C-148/15, GRUR 2016, 1312 [OMISSIS]), aangenomen dat traditionele apotheken in beginsel beter in staat zijn dan postorderapotheken om patiënten via het apothekerspersoneel een individueel advies te verstrekken en in spoedgevallen de geneesmiddelenvoorziening te waarborgen, en dat postorderapotheken, gezien de beperkte service die zij bieden, dergelijke diensten niet op een passende wijze kunnen vervangen. Het Hof heeft evenwel met het oog hierop aangenomen dat de **[Or. 13]** prijsconcurrentie voor in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheken mogelijk een belangrijker mededingingsfactor vormt dan voor traditionele apotheken in Duitsland, omdat deze factor bepalend is voor hun mogelijkheid om rechtstreeks toegang te krijgen tot de Duitse markt en op deze markt competitief te blijven (arrest van het Hof, GRUR 2016, 1312, punt 24 – Deutsche Parkinson Vereinigung). Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft derhalve beslist dat de in het Duitse recht voorziene vaststelling van uniforme prijzen voor de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking vormt in de zin van artikel 34 VWEU, aangezien die regeling in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde apotheken meer raakt dan apotheken met zetel op Duits grondgebied, hetgeen de toegang tot de markt sterker kan bemoeilijken voor producten uit andere lidstaten dan voor nationale producten (arrest van het Hof, GRUR 2016, 1312, punt 26 e.v. – Deutsche Parkinson Vereinigung). Bovendien heeft het Hof vastgesteld dat de Duitse regeling inzake prijzen voor geneesmiddelen, die voorziet in de vaststelling van uniforme prijzen voor de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen voor menselijk gebruik door apotheken, niet gerechtvaardigd kan worden door het doel de gezondheid en het leven van personen te beschermen in de zin van artikel 36 VWEU, aangezien die regeling niet geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken (arrest van het Hof, GRUR 2016, 1312 punt 46 – Deutsche Parkinson Vereinigung).

- 33 bb) Uit die vaststellingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest „Deutsche Parkinson Vereinigung” kan worden afgeleid dat het voor in andere lidstaten van de Europese Unie gevestigde postorderapotheken in beginsel niet verboden is de beperkte service ten gevolge van de onmogelijkheid om aan patiënten een individueel advies te verstrekken, te compenseren door een prijsconcurrentie met fysieke apotheken in de betrokken lidstaat. Om een dergelijke prijsconcurrentie gaat het in het onderhavige geval. **[Or. 14]**
- 34 (1) In Duitsland is er vanwege de juridische randvoorwaarden bij de aflevering van receptplichtige geneesmiddelen – los van het voor deze groep geneesmiddelen nog steeds bestaande stelsel van vaste prijzen – geen sprake van prijsconcurrentie tussen de apotheken die vergelijkbaar is met die in andere productsectoren. Op grond van § 5, lid 1, SGB V moet iedereen in Duitsland een – wettelijke of particuliere – ziektekostenverzekering hebben afgesloten. Het gevolg van deze algemene verplichting is dat, als een geneesmiddel door een arts wordt voorgeschreven, in beginsel niet de patiënt de hiervoor verschuldigde kosten draagt, maar de ziektekostenverzekeraar waarbij de patiënt verzekerd is. Personen die wettelijk verzekerd zijn, hoeven bij de aankoop van receptplichtige geneesmiddelen slechts een bedrag (door de rechter in hoger beroep „receptvergoeding” genoemd) van ten hoogste tien euro en ten minste vijf euro per verpakking bij te betalen (§ 61, eerste zin, SGB V).
- 35 (2) De strijd om de klant bij de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen in Duitsland, wordt door in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde postorderapotheken over het algemeen niet gevoerd met geneesmiddelprijzen die onder de prijzen van de Duitse apotheken liggen, maar met de belofte van financiële giften aan de klanten. Deze giften moeten klanten in Duitsland ertoe aansporen om hun recepten niet bij een fysieke apotheek, maar bij een buitenlandse postorderapotheek in te leveren. Aangeboden worden bijvoorbeeld een bonus ten bedrage van de helft van de wettelijke bijbetaling bij wettelijk verzekerde personen [OMISSIS] of een bonus bij een eerste bestelling [OMISSIS], een van de prijs van het geneesmiddel afhankelijke en **[Or. 15]** tot een bedrag van EUR 15 beperkte bonus [OMISSIS], een geldpremie van EUR 15 als onkostenvergoeding voor de medewerking aan de kwaliteitswaarborging [OMISSIS], een vergoeding voor de medewerking van de klant aan een geneesmiddelencheck [OMISSIS] of een premie voor het werven van een nieuwe klant [OMISSIS].
- 36 (3) Dit is ook in casu het geval. Verweester maakt bij de patiënten in Duitsland geen reclame met ten opzichte van de Duitse apotheken lagere prijzen van de geneesmiddelen, maar met een ander financieel voordeel dat aan de patiënt wordt toegekend.
- 37 c) Hier rijst evenwel de vraag of de in § 7, lid 1, eerste zin, HWG neergelegde beperkingen op reclame door middel van financiële voordelen in het onderhavige geval kunnen worden gerechtvaardigd door de doelstellingen van richtlijn 2001/83/EG en van de artikelen 86 tot en met 90, in het bijzonder artikel 87, lid 3,

daarvan. Hierover gaat de prejudiciële vraag. Volgens de Senat zijn er goede redenen om aan te nemen dat reclame door middel van het bieden van een van het toeval afhankende kans op winst in het kader van de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen, moet worden beschouwd als niet-objectieve beïnvloeding van de potentiële klanten waarop verweerster zich richt, en dat de litigieuze reclame om die reden moet worden verboden.

- 38 aa) Het kan niet worden aangenomen dat een verbod op reclame door middel van financiële giften voor receptplichtige geneesmiddelen reeds op grond van artikel 88, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 2001/83/EG, waarin – in overeenstemming met overweging 44 van deze richtlijn – de lidstaten wordt opgedragen om publieksreclame voor receptplichtige geneesmiddelen te verbieden, gerechtvaardigd is. **[Or. 16]**
- 39 Ook wanneer publieksreclame die – zoals in het onderhavige geding – in het algemeen beoogt de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen te bevorderen door de toekenning van financiële voordelen, wordt aangemerkt als publieksreclame voor geneesmiddelen in de zin van artikel 86, lid 1, eerste streepje, is, dan nog gaat het volgens de Senat hierbij niet om de in het algemeen verboden publieksreclame voor receptplichtige geneesmiddelen in de zin van artikel 88, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 2001/83/EG.
- 40 Met artikel 88, lid 1, van richtlijn 2001/83/EG wordt ter bescherming van de gezondheid beoogd te voorkomen dat patiënten er door op het publiek gerichte reclame toe worden aangezet hun huisarts te vragen hen een receptplichtig geneesmiddel voor te schrijven. Het in het vooruitzicht stellen van een prijs of andere financiële voordelen voor receptplichtige geneesmiddelen, heeft daarentegen tot doel dat een patiënt bij de aankoop van een reeds voorgeschreven geneesmiddel kiest voor een bepaalde apotheek. Prijsreclame bij de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen maakt deel uit van de mededinging en valt niet onder artikel 88, lid 1, van richtlijn 2001/83/EG.
- 41 bb) Het is evenwel mogelijk dat op het publiek gerichte reclame die, in het kader van de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen, de mogelijkheid biedt deel te nemen aan een kansspel in strijd is met de doelstellingen van richtlijn 2001/83/EG en van de artikelen 86 tot en met 90, in het bijzonder artikel 87, lid 3, daarvan.
- 42 (1) Richtlijn 2001/83/EG verbiedt in artikel 94, lid 1, de bevordering van de verkoop van geneesmiddelen door middel van premies en voordelen in geld of in natura aan personen die gerechtigd zijn om deze voor te schrijven. Op grond daarvan is het verboden aan dergelijke personen een premie of voordelen in geld of in natura toe te kennen, aan te bieden of in het vooruitzicht te stellen, tenzij deze een zeer geringe waarde hebben of relevant zijn voor de uitoefening van de geneeskunde of de farmacie. Voor de reclame voor geneesmiddelen die gericht is op het publiek, bevat richtlijn **[Or. 17]** 2001/83/EG geen regeling. Volgens artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83/EG moet reclame voor een geneesmiddel het rationele gebruik van een geneesmiddel bevorderen door het objectief voor te

stellen zonder de eigenschappen ervan te overdrijven, en mag deze bovendien niet misleidend zijn. Richtlijn 2001/83/EG bevat echter geen bepalingen inzake reclame voor geneesmiddelen die de mogelijkheid van deelname aan loterijen inhoudt.

- 43 (2) Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie kan publieksreclame voor een niet-receptplichtig geneesmiddel in de vorm van loterijen moeilijk worden aanvaard, gelet op de in overweging 45 en in artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83/EG genoemde noodzaak om elke in een buitensporige en ondoordachte vorm gebrachte reclame die van invloed kan zijn op de volksgezondheid te vermijden (arrest van het Hof, GRUR 2008, 267, punt 55 – Gintec). Reclame voor een geneesmiddel in de vorm van loterijen moedigt volgens het Hof het irrationele en buitensporige gebruik van dit geneesmiddel aan, door dit voor te stellen als een geschenk of een prijs, waardoor de consument ervan wordt afgehouden de noodzaak om dit geneesmiddel te gebruiken objectief te evalueren (arrest van het Hof, GRUR 2008, 267, punt 56 – Gintec).
- 44 (3) Aan de hand van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak „Gintec” kan niet zonder meer worden vastgesteld of een verbod op de litigieuze kansspelreclame verenigbaar is met richtlijn 2001/83/EG, omdat die casus berustte op andere feiten. In de onderhavige zaak wordt geen reclame gemaakt voor een concreet geneesmiddel dat vrij kan worden verkocht. De reclame heeft veeleer in algemene zin betrekking op receptplichtige geneesmiddelen. Overweging 45 van richtlijn 2001/83/EG, waarnaar het Hof ten behoeve van zijn uitlegging van de richtlijn verwijst, betreft slechts de publieksreclame voor geneesmiddelen die kunnen worden afgegeven zonder dat een arts deze heeft voorgeschreven. Anders dan in de zaak „Gintec”, bestaat de prijs bovendien niet uit het geneesmiddel zelf, maar uit een elektrische fiets en elektrische tandenborstels. Volgens de [Or. 18] vaststellingen van de rechter in hoger beroep hoeft in casu bovendien niet te worden gevreesd dat een irrationeel en buitensporig gebruik van geneesmiddelen wordt aangemoedigd.
- 45 cc) Volgens de vaststellingen van de rechter in hoger beroep worden evenwel patiënten die een receptplichtig geneesmiddel voorgeschreven hebben gekregen, door de litigieuze kansspelreclame verleid om af te zien van een ongevraagde en uitgebreide advisering zoals deze wordt geboden door een fysieke apotheek en die objectief gezien in hun belang is. Indien een arts het geneesmiddel heeft voorgeschreven, dan kan er weliswaar vanuit worden gegaan dat hij de patiënt heeft geadviseerd over dit geneesmiddel en hem in het bijzonder heeft gewezen op de risico’s en bijwerkingen van het voorgeschreven geneesmiddel. Dit betekent evenwel niet dat een tweede ongevraagde advisering door een apotheker in alle gevallen onnodig is. De apotheker moet op grond van § 20, lid 2, van de Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Duitse verordening inzake de exploitatie van apotheken) bij de aflevering van geneesmiddelen aan een patiënt vragen in hoeverre deze eventueel behoefte heeft aan verdere informatie en aanvullend advies, en moet dit advies dan ook verstrekken. Het afzien van een dergelijk aanbod [Or. 19] kan voor een patiënt aan wie een receptplichtig

geneesmiddel is voorgeschreven, objectief gezien onverstandig zijn, als er na een advisering door de betreffende arts nog vragen zijn blijven bestaan. De beslissing van de patiënt om een receptplichtig geneesmiddel bij een binnen- of buitenlandse postorderapotheek te kopen in plaats van bij een fysieke apotheek die de vanuit objectief oogpunt nodige adviezen kan geven, moet volgens de Senat op objectieve redenen berusten en mag niet door aleatoire prikkels worden beïnvloed.

[OMISSIS]

WERKDOCUMENT