

Vec C-190/20

Návrh na začatie prejudiciálneho konania

Dátum podania:

5. máj 2020

Vnútroštátny súd:

Bundesgerichtshof

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

20. február 2020

Žalovaná a navrhovateľka v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

DocMorris N. V.

Žalobkyňa a odporkyňa v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF (Spolkový súdny dvor, Nemecko)

UZNESENIE

[*omissis*]

v konaní medzi

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

žalovanou a navrhovateľkou v konaní o opravnom prostriedku „Revision“,

[*omissis*]

a

Apothekerkammer Nordrhein (Komora lekárníkov Severného Porýnia), [*omissis*] Düsseldorf,

žalobkyňou a odporkyňou v konaní o opravnom prostriedku „Revision“,

[*omissis*]

prvý civilný senát Bundesgerichtshof (Spolkový súdny dvor) [*omissis*]

rozhodol:

- I. Konanie sa prerušuje.
- II. Súdnemu dvoru Európskej únie sa predkladá návrh na začatie prejudiciálneho konania o nasledujúcej otázke týkajúcej sa výkladu smernice Európskeho parlamentu a Rady 2001/83/ES zo 6. novembra 2001, ktorou sa ustanovuje zákonník Spoločenstva o humánných liekoch (Ú. v. ES L 311, 2001, s. 67; Mim. vyd. 13/027, s. 69), naposledy zmenenej nariadením Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1243 z 20. júna 2019, ktorým sa viacero právnych aktov stanovujúcich použitie regulačného postupu s kontrolou prispôsobuje článkom 290 a 291 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (Ú. v. EÚ L 198, 2019, s. 241):

Je v súlade s ustanoveniami hlavy VIII a najmä s článkom 87 ods. 3 smernice 2001/83/ES, ak sa vnútroštátny predpis (v tomto prípade § 7 ods. 1 prvá veta [Heilmittelwerbegesetz (zákon o reklame na farmaceutické výrobky, ďalej aj ako „HWG“)] vykladá v tom zmysle, že zásielková lekáreň so sídlom v inom členskom štáte nesmie lákať klientov propagáciou výhernej hry, ak je účasť na tejto výhernej hre viazaná na predloženie

lekárskeho predpisu na humánny liek, ktorý je viazaný na predpis, propagovanou výhrou nie je liek, ale iná vec (v tomto prípade elektrický bicykel v hodnote 2 500 eur a elektrické zubné kefky), a netreba sa obávať, že dôjde k podpore iracionálneho alebo nadmerného užívania liekov?

Odôvodnenie:

- 1 A. Žalobkyňa je profesijným združením lekárnikov v okrese Severné Porýnie (Nemecko). K jej úlohám patrí dohliadať na dodržiavanie profesijných povinností lekárnikov. Žalovaná je zásielkovou lekárňou so sídlom v Holandsku, ktorá dodáva klientom v Nemecku lieky na predpis.
- 2 V marci 2015 uskutočnila žalovaná v celom Nemecku prostredníctvom letáku reklamnú kampaň na „veľkú výhernú hru“, v ktorej bolo možné vyhrať ako hlavnú cenu darčekový poukaz na elektrický bicykel v hodnote 2 500 eur a ako druhú až desiatu cenu elektrickú zubnú kefku. Predpokladom účasti na zlosovaní bolo zaslanie lekárskeho predpisu.
- 3 Žalobkyňa sa domnieva, že táto reklama bola v rozpore s pravidlami hospodárskej súťaže. Listom svojho právneho zástupcu z 1. apríla 2015 neúspešne vyzvala žalovanú, aby sa zdržala uvedeného konania.
- 4 Žalobkyňa svojou žalobou navrhla uložiť žalovanej pod hrozbou podrobnejšie opísaných donucovacích prostriedkov povinnosť zdržať sa propagácie výhernej hry, ktorá je viazaná na výber lieku na predpis, v Nemecku vo vzťahu ku konečným spotrebiteľom, ak k tejto propagácii dochádza za nasledujúcich podmienok:

DocMorris
Meine lokale Apotheke

GROSSES GEWINNSPIEL

Sehr geehrte Frau Hazel-Wiederholt,

Ihre Versandapotheke DocMorris möchte Sie bei einem gewissen 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

1. Preis Gutschein E-Bike

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

JETZT REZEP EINSENDEN UND GEWINNEN!

Die Vertragspartnerin DocMorris AG, eingetragenes Unternehmen, 54183 Adenau, Rheinland-Pfalz, 01806-11000000, Marktweitele-Marketing, Olfstraße 14, 54183 Adenau, ist die Kontaktperson für alle Fragen. Die Teilnahme an diesem Gewinnspiel ist kostenlos. Die Teilnahme ist nur für die Bundesrepublik Deutschland und die Länder der Schweiz und Österreich möglich. Die Teilnahme ist nur für die Bundesrepublik Deutschland und die Länder der Schweiz und Österreich möglich. Die Teilnahme ist nur für die Bundesrepublik Deutschland und die Länder der Schweiz und Österreich möglich.

- 5 Žalobkyňa ďalej navrhla uložiť žalovanej povinnosť nahradiť trovy spojené s výzvou na zdržanie sa konania pred podaním žaloby vo výške 2 348,94 eura spolu s úrokmi.
- 6 Krajský súd žalobu zamietol. Odvolací súd zmenil rozsudok krajského súdu a v súlade so žalobným návrhom rozhodol v neprospech žalovanej [omissis]. Opravným prostriedkom „Revision“, ktorý odvolací súd povolil a ktorý žalobkyňa navrhuje zamietnuť, sa žalovaná usiluje o obnovenie rozsudku, ktorý vydal krajský súd.
- 7 B. Úspech opravného prostriedku „Revision“ závisí od výkladu práva Únie. [omissis] [procesné úvahy] Vzniká otázka, či je zákaz predmetnej reklamy pomocou výhernej hry pri distribúcii liekov na predpis, ktorý je založený na § 7 ods. 1 prvej vety HWG, v súlade s cieľmi smernice 2001/83/ES, ktorou sa ustanovuje zákonník Spoločenstva o humánných liekoch, a s jej článkami 86 až 90, najmä s článkom 87 ods. 3.
- 8 I. Odvolací súd podľa názoru tohto senátu správne rozhodol, že neexistuje nárok na zdržanie sa konania z dôvodu porušenia § 11 ods. 1 prvej vety bodu 13 HWG. [bližšie informácie]

- 9 [omissis]
- 10 [omissis]
- 11 [omissis]
- 12 II. Bez odpovede na prejudiciálnu otázku nemožno definitívne posúdiť, či má žalobkyňa voči žalovanej uplatňovaný nárok na zdržanie sa konania z dôvodu porušenia § 7 ods. 1 prvej vety HWG.
- 13 1. Podľa § 7 ods. 1 prvej vety prvej časti vety HWG je neprípustné ponúkať, oznamovať alebo poskytovať alebo prijímať ako odborník príspevky alebo iné reklamné dary (tovar alebo služby), pokiaľ nejde o jeden z výnimočných prípadov upravených zákonom v § 7 ods. 1 prvej vete druhej časti vety HWG. Zákaz podľa § 7 ods. 1 prvej vety prvej časti vety HWG sa nevzťahuje na príspevky alebo reklamné dary, ktoré predstavujú maličkosti nepatrnej hodnoty (§ 7 ods. 1 prvá veta druhá časť vety bod 1 HWG) alebo ktoré sa poskytujú v podobe peňažnej sumy, ktorá je určitá alebo ktorú možno vypočítať určitým spôsobom [§ 7 ods. 1 prvá veta druhá časť bod 2 písm. a) HWG]. V prípade oboch výnimiek sú však príspevky alebo iné reklamné dary týkajúce sa liekov naďalej neprípustné, pokiaľ sa poskytujú v rozpore s cenovými predpismi, ktoré platia na základe Arzneimittelgesetz (zákon o liekoch). Principiálny zákaz reklamných darov upravený v § 7 ods. 1 prvej vete HWG má prostredníctvom rozsiahleho obmedzenia hodnotovej reklamy v oblasti farmaceutických výrobkov zabrániť abstraktnému nebezpečenstvu, že spotrebiteľia budú pri rozhodovaní o tom, či a prípadne aké lieky budú užívať, neobjektívne ovplyvnení možnosťou získať reklamné dary [omissis].
- 14 2. Odvolací súd bez toho, aby sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia, vychádzal z toho, že sa uplatní § 7 ods. 1 prvá veta HWG. [bližšie informácie] [omissis]
- 15 3. Odvolací súd správne predpokladal, že predmetná reklama žalovanej s možnosťou účasti na výhernej hre v prípade predloženia lekárskeho predpisu súvisí s výrobkami, a preto sa na ňu v zásade majú uplatniť ustanovenia zákona o reklame na farmaceutické výrobky.
- 16 a) Ustanovenia zákona o reklame na farmaceutické výrobky sa nevzťahujú na každú reklamu na lieky v zmysle § 1 ods. 1 bodu 1 HWG. Do pôsobnosti tohto zákona patrí len reklama súvisiaca s výrobkami (reklama týkajúca sa výrobkov a predaja), a nie všeobecná firemná reklama (reklama týkajúca sa podniku a prezentácie podniku), ktorou sa podnik bez odvolania sa na určité lieky všeobecne usiluje získať dobrú povest' a presvedčiť o svojich kvalitách. Odpoveď na otázku, ktorá je rozhodujúca pre uplatnenie zákona o reklame na farmaceutické výrobky, či je posudzovaná reklama reklamou týkajúcou sa predaja alebo firemnou reklamou, závisí predovšetkým od toho, či podľa všeobecného vzhl'adu reklamy stojí v popredí prezentácia podniku, alebo naopak propagácia určitých alebo aspoň individualizovateľných výrobkov [omissis]. Reklama na celý

tovarový sortiment lekárne môže byť tiež reklamou súvisiacou s výrobkami [omissis]. Neexistuje presvedčivý dôvod, prečo by sa motivácia vyplývajúca z hodnotovej reklamy, ktorú zákonodarca v oblasti reklamy na farmaceutické výrobky považuje v zásade za nežiaducu, tolerovala práve vtedy, keď sa táto forma reklamy používa v prípade mimoriadne veľkého počtu farmaceutických výrobkov [omissis].

- 17 b) Ustanovenia smernice 2001/83/ES nebránia predpokladu, že ustanovenia zákona o reklame na farmaceutické výrobky týkajúce reklamy na lieky sa vzťahujú aj na reklamu na celý tovarový sortiment lekárne.
- 18 aa) Ustanovenia zákona o reklame na farmaceutické výrobky týkajúce sa reklamy na lieky sa majú so zreteľom na ustanovenia smernice 2001/83/ES vykladať v súlade s právom Únie. Touto smernicou bola reklama na lieky úplne harmonizovaná [rozsudok Súdneho dvora z 8. novembra 2007, Gintec (C-374/05, EU:C:2007:654, body 20 až 39)].
- 19 bb) Z ustanovení smernice 2001/83/ES týkajúcich sa reklamy (hlavy VIII a VIIIA, články 86 až 100) nevyplýva, že sa vzťahujú len na reklamu na jednotlivé lieky.
- 20 (1) Podľa článku 86 ods. 1 smernice 2001/83/ES „reklama liekov [reklama na lieky – *neoficiálny preklad*]“ zahŕňa akúkoľvek formu podomového oboznamovania, agitačnú činnosť alebo podnecovanie smerujúce k podpore predpisovania, vydávania, predaja alebo spotreby lieku. Pojem „reklama [na lieky]“ zahŕňa podľa článku 86 ods. 1 prvej zarážky smernice 2001/83/ES najmä reklamu na lieky pre širokú verejnosť, o ktorú ide v prejednávanej veci. Ako vyplýva zo znenia uvedeného ustanovenia, najmä z výrazu „akúkoľvek“, normotvorca Únie pojal pojem reklama na lieky veľmi široko [rozsudok Súdneho dvora z 5. mája 2011, MSD Sharp & Dohme (C-316/09, EU:C:2011:275, bod 29)].
- 21 (2) V článku 88 ods. 1 až 4 smernice 2001/83/ES sa nachádzajú ustanovenia týkajúce sa reklamy na celé skupiny liekov pre širokú verejnosť. Zo skutočnosti, že v článkoch 89 a 90 smernice 2001/83/ES sa hovorí o „reklam[e na liek] pre širokú verejnosť“, nevyplýva, že smernica 2001/83/ES sa vzťahuje len na reklamu na jednotlivé lieky pre širokú verejnosť; v týchto ustanoveniach je totiž len stanovené, ktoré podrobnejšie údaje o lieku treba uviesť pri reklame súvisiacej s určitým liekom a ktoré údaje nie sú dovolené. V ostatných ustanoveniach – v článku 86 ods. 1 a v článku 88 ods. 1 až 3 smernice 2001/83/ES – sa hovorí o „reklam[e na lieky]“ a o „reklam[e na lieky] pre širokú verejnosť“. Uvedená smernica sa teda vzťahuje aj na reklamu na lieky vo všeobecnosti a nie len na reklamu súvisiacu s určitými liekmi [omissis].
- 22 c) Z toho vyplýva, že predmetná reklama má požadovanú súvislosť s výrobkom. Prislúbená výhoda v podobe účasti na výhernej hre žalovanej nie je propagáciou služieb zásielkovej lekárne, ktorú prevádzkuje žalovaná, ani príspevkom poskytnutým z iných dôvodov súvisiacich s podnikaním. Podľa konkrétneho

protiprávneho konania uvedeného v žalobnom návrhu je účasť na výhernej hre spojená so zaslaním lekárskeho predpisu. To znamená, že reklama sa vzťahuje na lieky na predpis, ktoré možno vydávať len na základe lekárskeho predpisu, a preto jednoznačne súvisí s výrobkom.

- 23 4. Odvolací súd správne predpokladal, že v prejednávanom prípade je možnosť účasti na výhernej hre, ktorú poskytuje žalovaná, reklamným darom v zmysle § 7 ods. 1 prvej vety HWG. [bližšie informácie]
- 24 [omissis]
- 25 [omissis]
- 26 5. Odvolací súd bez toho, aby sa dopustil nesprávneho právneho posúdenia, vychádzal z toho, že tu nejde o žiadny z výnimočných prípadov upravených v § 7 ods. 1 prvej vete druhej časti vety HWG. [bližšie informácie]
- 27 [omissis]
- 28 [omissis]
- 29 6. Je však sporné, či reklama žalovanej neobjektívne ovplyvňuje jej klientov.
- 30 a) Odvolací súd predpokladal, že propagácia možnosti účasti na výhernej hre v prípade výberu lieku na predpis zakladá abstraktné nebezpečenstvo neobjektívneho ovplyvňovania adresáta reklamy. Podľa jeho názoru nemožno vylúčiť, že pacient, ktorý potrebuje liek na predpis a od svojho lekára dostal predpis potrebný na výber tohto lieku, sa rozhodne pre výber lieku na predpis v zásielkovej lekárni žalovanej bez toho, aby vzal do úvahy, že nákup lieku v kamennej lekárni viac zodpovedá jeho osobným potrebám. Odvolací súd uvádza, že zásielkové lekáreň môžu poskytovať poradenstvo len telefonicky a na výslovnú žiadosť. Podľa jeho názoru môže byť pre klienta dôležité, aby sa mu bez požiadania poskytlo poradenstvo aj pri výbere lieku na predpis, napríklad so zreteľom na vzájomné účinky s inými liekmi. Odvolací súd sa domnieva, že na to je vyškolený lekárnik. To, či sa klient rozhodne pre kamennú lekárňu alebo zásielkovú lekárňu, je preto podľa odvolacieho súdu relevantné pre jeho zdravie. Odvolací súd sa domnieva, že predmetná reklama s výhernou hrou neobjektívne ovplyvňuje toto rozhodovanie.
- 31 b) Skutočnosť, že účasť na výhernej hre predstavuje výhodu, ktorá má peňažnú hodnotu, sama osebe neodôvodňuje, aby sa žalovanej zakázalo vykonávať namietanú reklamu z dôvodu neobjektívneho ovplyvňovania potenciálnych klientov.
- 32 aa) Súdny dvor Európskej únie vo svojom rozhodnutí Deutsche Parkinson Vereinigung (rozsudok z 19. októbra 2016, C-148/15, EU:C:2016:776) síce tiež usúdil, že tradičné lekáreň majú v zásade lepšie možnosti než zásielkové lekáreň poskytnúť pacientom individuálne poradenstvo prostredníctvom svojho personálu

a zaistiť zásobovanie liekmi v naliehavých prípadoch a zásielkové lekárne nemôžu vzhľadom na svoju obmedzenú ponuku služieb nahradiť takéto služby vhodným spôsobom. So zreteľom na túto okolnosť však predpokladal, že cenová súťaž môže preto predstavovať pre zásielkové lekárne so sídlom v inom členskom štáte dôležitejší konkurenčný parameter než pre tradičné kamenné lekárne v Nemecku, keďže tento parameter podmieňuje možnosť zahraničných zásielkových lekární priamo vstúpiť na nemecký trh a zostať na ňom konkurencieschopné [rozsudok Deutsche Parkinson Vereinigung, bod 24]. Súdny dvor Európskej únie preto rozhodol, že určenie jednotných cien pri predaji liekov na predpis stanovené v nemeckom práve predstavuje opatrenie s rovnocenným účinkom ako množstevné obmedzenie dovozu v zmysle článku 34 ZFEÚ, keďže sa viac dotýka lekární so sídlom v inom členskom štáte, ako je Spolková republika Nemecko, než lekární so sídlom na území Nemecka, čo by mohlo brániť v prístupe na trh výrobkom pochádzajúcim z iných členských štátov v porovnaní s výrobkami z daného členského štátu [rozsudok Deutsche Parkinson Vereinigung, bod 26 a nasl.]. Okrem toho predpokladal, že nemecká právna úprava cien liekov, ktorá určuje jednotné ceny pri predaji humánnych liekov na predpis v lekárňach, nemôže byť opodstatnená cieľmi ochrany zdravia a života osôb v zmysle článku 36 ZFEÚ, keďže nie je spôsobilá na dosiahnutie sledovaných cieľov [rozsudok Deutsche Parkinson Vereinigung, bod 46].

- 33 bb) Z týchto úvah Súdneho dvora Európskej únie uvedených v rozsudku Deutsche Parkinson Vereinigung vyplýva, že zásielkovým lekárniam so sídlom v iných členských štátoch Európskej únie v zásade nemožno brániť v tom, aby kompenzovali obmedzenie svojej ponuky služieb spočívajúce v nemožnosti poskytnúť pacientom individuálne poradenstvo cenovou súťažou s kamennými lekárniami v dotknutom členskom štáte. V prejednávanom prípade ide o takú cenovú súťaž.
- 34 (1) Je pravda, že v Nemecku z dôvodu právnych rámcových obmedzení pri vydávaní liekov na predpis – nezávisle od cenových predpisov, ktoré naďalej platia pre túto skupinu liekov –, nedochádza medzi lekárniami k cenovej súťaži o klientov porovnateľnej s inými obchodnými odvetviami. V Nemecku podľa § 5 ods. 1 [Sozialgesetzbuch V (piata kniha Zákonníka sociálneho zabezpečenia, ďalej len „SGB V“)] platí všeobecná povinnosť byť zdravotne poistený. Každý musí mať buď zákonné, alebo súkromné poistenie. Z tejto všeobecnej povinnosti byť poistený vyplýva, že v prípade, ak liek predpísal lekár, pacient v zásade nenesie náklady na výber tohto lieku, ale nesie ich zdravotná poisťovňa, v ktorej je tento pacient poistený. Osoby, ktoré sú poistené na základe zákona, musia pri výbere liekov na predpis uhradiť len doplatok, ktorý odvolací súd označuje ako „poplatok za predpis“, vo výške najviac desať eur a najmenej päť eur za jedno balenie lieku (§ 61 prvá veta SGB V).
- 35 (2) Zásielkové lekárne so sídlom v inom členskom štáte Európskej únie spravidla nevedú súťaž o klientov pri distribúcii liekov na predpis v Nemecku prostredníctvom cien liekov, ktoré sú nižšie než ceny nemeckých lekární, ale prostredníctvom reklamy, ktorej súčasťou sú príspevky, ktoré majú peňažnú

hodnotu, pre klientov. Tieto príspevky majú nemeckých klientov motivovať, aby si lieky na predpis nevyberali v kamennej lekárni, ale v zahraničnej zásielkovej lekárni. Súčasťou propagácie je napríklad bonus vo výške polovice zákonného doplatku v prípade osôb, ktoré sú zdravotne poistené na základe zákona [omissis], bonus pri prvej objednávke [omissis], bonus, ktorý závisí od ceny lieku a ktorého výška je obmedzená na 15 eur [omissis], peňažný dar vo výške 15 eur ako náhrada nákladov za súčinnosť pri zabezpečovaní kvality [omissis], náhrada za súčinnosť klienta pri kontrole liekov [omissis] alebo odmena za získanie nového klienta [omissis].

- 36 (3) Tak je to aj v prejednávacom prípade. Žalovaná neláka nemeckých pacientov cenami liekov, ktoré sú výhodnejšie než v nemeckých lekárňach, ale inou výhodou, ktorá má peňažnú hodnotu, poskytovanou pacientovi.
- 37 c) Vzniká však otázka, či ciele smernice 2001/83/ES a jej články 86 až 90, najmä článok 87 ods. 3, v prejednávacom prípade odôvodňujú reklamné obmedzenia stanovené v § 7 ods. 1 prvej vete HWG pre reklamu pomocou výhod, ktoré majú peňažnú hodnotu. K tomu smeruje prejudiciálna otázka. Podľa názoru tohto senátu existuje veľa argumentov v prospech záveru, že reklamu založenú na šanciach na výhru, ktoré sú závislé od náhody, pri predaji liekov na predpis treba považovať za neobjektívne obmedzovanie oslovených potenciálnych klientov žalovanej a predmetná reklama sa má z tohto dôvodu zakázať.
- 38 aa) Nemožno predpokladať, že zákaz reklamy na lieky na predpis pomocou príspevkov, ktoré majú peňažnú hodnotu, je odôvodnený už podľa článku 88 ods. 1 písm. a) smernice 2001/83/ES, ktorý – v súlade s odôvodnením 44 tejto smernice – ukladá členským štátom, aby zakázali reklamu na lieky na predpis pre širokú verejnosť.
- 39 Aj v prípade, že reklama pre širokú verejnosť, ktorou sa má – tak ako v prejednávacom prípade – všeobecne podporiť predaj liekov na predpis poskytnutím výhod, ktoré majú peňažnú hodnotu, predstavuje reklamu na lieky pre širokú verejnosť v zmysle článku 86 ods. 1 prvej zarážky, podľa názoru tohto senátu táto reklama nie je všeobecne zakázanou reklamou na lieky na predpis pre širokú verejnosť v zmysle článku 88 ods. 1 písm. a) smernice 2001/83/ES.
- 40 Článok 88 ods. 1 smernice 2001/83/ES má v záujme ochrany zdravia zabrániť tomu, aby reklama na verejnosti motivovala pacientov, aby požiadali svojho lekára o predpísanie lieku na predpis. Cenová reklama na lieky na predpis alebo reklama na lieky na predpis pomocou iných výhod, ktoré majú peňažnú hodnotu, má naopak za cieľ, aby sa pacient rozhodol vybrať si liek, ktorý mu už bol predpísaný, v určitej lekárni. Cenová reklama pri distribúcii liekov na predpis je súčasťou hospodárskej súťaže a článok 88 ods. 1 smernice 2001/83/ES sa na ňu nevzťahuje.

- 41 bb) Reklama na verejnosti s možnosťou účasti na výhernej hre pri predaji liekov na predpis však môže odporovať cieľom smernice 2001/83/ES a ustanoveniam, ktoré sa nachádzajú v jej článkoch 86 až 90, najmä v článku 87 ods. 3.
- 42 (1) Smernica 2001/83/ES v článku 94 ods. 1 zakazuje propagáciu liekov prostredníctvom darov a peňažných alebo vecných výhod u osôb kvalifikovaných na ich predpisovanie. Podľa tohto ustanovenia sa týmto osobám nesmú dodávať, ponúkať ani sľubovať žiadne dary, peňažné ani vecné výhody, pokiaľ tieto výhody nie sú nízkej ceny a relevantné pre lekársku alebo lekárnickú prax. V smernici 2001/83/ES sa nenachádza zodpovedajúce ustanovenie týkajúce sa reklamy na lieky pre širokú verejnosť. Podľa článku 87 ods. 3 smernice 2001/83/ES síce reklama na lieky musí podporovať racionálne používanie lieku prostredníctvom objektívnej prezentácie a bez zveličovania jeho vlastností a navyše nesmie byť zavádzajúca. V smernici 2001/83/ES sa však nenachádzajú nijaké ustanovenia o reklame na lieky, ktorou sa propaguje možnosť účasti na zlosovaniach.
- 43 (2) Súdny dvor Európskej únie považoval reklamu pre širokú verejnosť prostredníctvom zlosovaní na liek, ktorý nie je viazaný na predpis, za ťažko prijateľnú s odôvodnením, že podľa odôvodnenia 45 a článku 87 ods. 3 smernice 2001/83/ES je potrebné zabrániť nadmernej a nesprávnej reklame, ktorá by mohla ovplyvniť verejné zdravie [rozsudok Gintec, bod 55]. Reklama na liek vo forme zlosovaní podporuje iracionálne a nadmerné užívanie tohto lieku, ak predstavuje tento liek ako darček alebo cenu, pričom odpútava pozornosť spotrebiteľa od objektívneho posúdenia potreby použiť ho [rozsudok Gintec, bod 56].
- 44 (3) Na základe rozhodnutia Súdneho dvora Európskej únie vo veci Gintec sa nedá bez pochybností odpovedať na otázku, či je zákaz predmetnej reklamy pomocou výhernej hry v súlade so smernicou 2001/83/ES, lebo uvedené rozhodnutie sa týkalo iného skutkového stavu. V prejednávanom prípade sa nepropaguje konkrétny voľnopredajný liek. Reklama sa naopak týka všeobecne liekov na predpis. Odôvodnenie 45 smernice 2001/83/ES, ktoré Súdny dvor Európskej únie použil pri výklade, sa týka len reklamy pre širokú verejnosť na lieky dostupné bez lekárskeho predpisu. Na rozdiel od veci Gintec navyše výhrou nie je samotný liek, ale elektrický bicykel a elektrické zubné kefky. Podľa zistení odvolacieho súdu sa navyše v prejednávanom prípade netreba obávať, že dôjde k podpore iracionálneho alebo nadmerného užívania liekov.
- 45 cc) Podľa zistení odvolacieho súdu však predmetná reklama pomocou výhernej hry nabáda pacientov, ktorým bol predpísaný liek viazaný na predpis, aby sa vzdali komplexného poradenstva poskytovaného bez požiadania v kamennej lekárni, ktoré je objektívne v ich záujme. Ak lekár predpísal liek, treba síce vychádzať z toho, že poskytol pacientovi poradenstvo v súvislosti s týmto liekom a najmä ho poučil o rizikách a vedľajších účinkoch predpísaného lieku. To však neznamená, že druhé poradenstvo poskytnuté lekárnikom je v každom prípade zbytočné. Lekárnik musí podľa § 20 ods. 2 [Apothekenbetriebsordnung (prevádzkový poriadok lekární)] pri vydávaní liekov pacientom prostredníctvom

otázok zistiť, do akej miery pacient prípadne potrebuje ďalšie informácie a rady, a musí mu poskytnúť príslušné poradenstvo. Vzdanie sa takej ponuky poradenstva môže byť pre pacienta, ktorému bol predpísaný liek na predpis, z objektívneho hľadiska nerozumné, ak po poradenstve, ktoré poskytol predpisujúci lekár, zostali nejaké otázky nezodpovedané. Rozhodnutie pacienta, že liek na predpis si vyberie v tuzemskej alebo zahraničnej zásielkovej lekárni, a nie v kamennej lekárni, ktorá môže poskytnúť objektívne potrebné poradenstvo, by podľa názoru tohto senátu malo spočívať na objektívnych dôvodoch a nemalo by byť ovplyvnené motiváciou závislou od náhody.

[*omissis*]

PRACOVNÝ DOKUMENT