

Zadeva C-190/20

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

5. maj 2020

Predložitveno sodišče:

Bundesgerichtshof (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

20. februar 2020

Tožena stranka in vlagateljica revizije:

DocMorris N.V.

Tožeča stranka in nasprotna stranka v postopku z revizijo:

Apothekerkammer Nordrhein

BUNDESGERICHTSHOF (ZVEZNO VRHOVNO SODIŠČE, NEMČIJA)

SKLEP

[...] (ni prevedeno)

v sporu

DocMorris N.V., [...] (ni prevedeno) Nizozemska,

tožena stranka in vlagateljica revizije,

[...] (ni prevedeno)

proti

Apothekerkammer Nordrhein (lekarniška zbornica Severnega Porenja, Nemčija),
[...] (ni prevedeno) Düsseldorf,

tožeča stranka in nasprotna stranka v postopku z revizijo,

[...] (ni prevedeno)

Prvi civilni senat Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče) je sklenil:

I. Postopek se prekine.

II. Sodišču Evropske unije se zaradi razlage Direktive 2001/83/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 27, str. 69 in naslednje), kakor je bila nazadnje spremenjena z Uredbo (EU) 2019/1243 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. junija 2019 o prilagoditvi več zakonodajnih aktov, v katerih je določena uporaba regulativnega postopka s pregledom, členoma 290 in 291 Pogodbe o delovanju Evropske unije (UL L 198, 25.7.2019, str. 241)), v predhodno odločanje predloži to vprašanje:

Ali je razlaga nacionalnega predpisa (tukaj: člen 7(1), prvi stavek, Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz – HWG) (zakon o oglaševanju v zdravstvenem sektorju; v nadaljevanju: HWG)), da lekarna, ki posluje po pošti, s sedežem v drugi državi članici ne sme pridobivati strank z razpisom nagradne igre, če je sodelovanje v nagradni igri vezano na predložitev recepta za zdravilo za uporabo v humani medicini na recept, če razpisani dobiček ni zdravilo, temveč drug predmet (tukaj: električno kolo v vrednosti 2.500 EUR in električne zobne ščetke), in če ni nevarnosti, da bi se spodbujala nesmotrna in prekomerna uporaba zdravil, skladna z določbami naslova VIII in zlasti s členom 87(3) Direktive 2001/83/ES?

Obrazložitev:

- 1 A. Tožeča stranka je poklicno združenje farmacevtov na območju Severnega Porenja. Med njene naloge spada nadzor nad upoštevanjem poklicnih dolžnosti farmacevtov. Tožena stranka je lekarna, ki posluje po pošti, s sedežem na Nizozemskem, ki dostavlja zdravila na recept strankam v Nemčiji.
- 2 Marca 2015 je tožena stranka z letakom po vsej Nemčiji oglaševala „veliko nagradno igro“, v kateri je bil za glavni dobiček razpisan bon za električno kolo v vrednosti 2500 EUR, za drugi do deseti dobiček pa električna zobna ščetka. Pogoj za sodelovanje v žrebanju je bila predložitev recepta.
- 3 Tožeča stranka meni, da je to oglaševanje protikonkurenčno. Toženo stranko je neuspešno opozorila z dopisom odvetnika z dne 1. aprila 2015.
- 4 Tožeča stranka je s tožbo predlagala, naj se toženi stranki ob grožnji s siceršnjo naložitvijo podrobneje določenih sankcij naloži, da mora opustiti razpisovanje nagradnih iger za končne potrošnike v Nemčiji, ki je vezano na koriščenje recepta, če to poteka na tak način:

DocMorris
Meine lokale Apotheke

GROSSES GEWINNSPIEL

Verwandelschein: Preiswert 3298 Euro

Frau

**1. Preis
Gutschein
E-Bike**

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

JETZT REZEPTE EINSENDEN UND GEWINNEN!

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 Preissusspiel 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 Klebsteckchen 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, Leisnitzer Str. 238, 54183 Adenau bei Prüm, RW 61140000. Verantwortliche: Vorstand Dr. Heide Mück-Horatz, Prof. Dr. Christian Frenzel, Max Planck, Michael Vogel. Die Haftung für den Inhalt der Website ist ausschließlich dem jeweiligen Anbieter zu übertragen. Die Haftung für den Inhalt der Website ist ausschließlich dem jeweiligen Anbieter zu übertragen. Die Haftung für den Inhalt der Website ist ausschließlich dem jeweiligen Anbieter zu übertragen.

- 5 Tožeča stranka je poleg tega predlagala, naj se toženi stranki naloži vračilo stroškov predsodnega opominjanja v višini 2.348,94 EUR z obrestmi.
- 6 Landgericht (deželno sodišče) je tožbo zavrnilo. Pritožbeno sodišče je sodbo Landgericht (deželno sodišče) spremenilo in ugodilo tožbenim zahtevkom proti toženi stranki [...] (ni prevedeno). Tožena stranka želi z revizijo, ki jo je dopustilo pritožbeno sodišče in katere zavrnitev predlaga tožeča stranka, doseči potrditev sodbe, ki jo je izdalo Landgericht (deželno sodišče).
- 7 B. Uspeh revizije je odvisen od razlage prava Unije. [...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno) [preudarki glede postopka] Postavlja se vprašanje, ali je prepoved zadevnega oglaševanja nagradne igre pri prometu z zdravili na recept na podlagi člena 7(1), prvi stavek, HWG v skladu s cilji Direktive 2001/83/ES o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini in njenimi členi od 86 do 90, zlasti členom 87(3), Direktive.
- 8 I. Pritožbeno sodišče je po mnenju senata pravilno zanikalo obstoj opustitvenega zahtevka zaradi kršitve člena 11(1), prvi stavek, točka 13, HWG. [pojasnila]
- 9 [...] (ni prevedeno)

- 10 [...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)
- 11 [...] (ni prevedeno)
- 12 II. Brez odgovora na vprašanje za predhodno odločanje ni mogoče dokončno presoditi, ali ima tožeča stranka pravico do uveljavljanega opustitvenega zahtevka zoper toženo stranko zaradi kršitve člena 7(1), prvi stavek, HWG.
- 13 1. V skladu s členom 7(1), prvi stavek, prvi del stavka, HWG ni dovoljeno ponujati, napovedovati ali dajati ali kot član kroga strokovnjakov sprejemati ugodnosti in druga reklamna darila (blago ali storitve), razen če gre za katero od zakonsko določenih izjem iz člena 7(1), prvi stavek, drugi del stavka, HWG. Iz prepovedi iz člena 7(1), prvi stavek, prvi del stavka, HWG so izvzete ugodnosti ali reklamna darila, pri katerih gre za manjše predmete majhne vrednosti (člen 7(1), prvi stavek, drugi del stavka, točka 1, HWG) ali ki se izplačajo v določenem znesku ali znesku, ki se izračuna na določen način (člen 7(1), prvi stavek, drugi del stavka, točka 2(a), HWG). Vendar ostajajo pri obeh izjemah nedovoljene ugodnosti ali druga reklamna darila za zdravila, če se dajejo v nasprotju s predpisi o cenah, ki veljajo na podlagi Arzneimittelgesetz (zakon o zdravilih). Namen načelne prepovedi reklamnih daril iz člena 7(1), prvi stavek, HWG je z obsežno zaježitvijo nagradnega oglaševanja na področju zdravil preprečiti abstraktno nevarnost, da bi se z možnostjo prejema reklamnih daril subjektivno vplivalo na odločitve potrošnikov, ali in – če da – katero zdravilo bodo uporabili [...] (ni prevedeno).
- 14 2. Pritožbeno sodišče ni napačno uporabilo prava, ko je izhajalo iz tega, da gre za področje uporabe člena 7(1), prvi stavek, HWG. [pojasnila] [...] (ni prevedeno) [...] (ni prevedeno)
- 15 3. Pritožbeno sodišče je upravičeno menilo, da se zadevno oglaševanje tožene stranke z možnostjo sodelovanja pri nagradni igri ob predložitvi recepta nanaša na določene proizvode in je treba zanj zato načelno uporabiti določbe zakona o oglaševanju v zdravstvenem sektorju.
- 16 a) Določbe zakona o oglaševanju v zdravstvenem sektorju ne veljajo za vsako oglaševanje zdravil v smislu člena 1(1), točka 1, HWG. Na področje uporabe tega zakona spada samo oglaševanje, ki se nanaša na določene proizvode (oglaševanje proizvodov in pospeševanje prodaje), ne pa splošno institucionalno oglaševanje (oglaševanje podjetij in oglaševanje blagovnih znamk), pri katerem se na splošno, brez navajanja določenih zdravil, oglašujeta ugled in uspešnost podjetja. Odgovor na vprašanje, ki je pomembno za uporabo zakona o oglaševanju v zdravstvenem sektorju, in sicer ali gre pri oglaševanju, ki ga je treba presoditi, za pospeševanje prodaje ali institucionalno oglaševanje, je odvisno zlasti od tega, ali je glede na splošni vtis oglaševanja v ospredju predstavitev podjetja ali priporočanje določenih ali vsaj določljivih proizvodov [...] (ni prevedeno). Tudi oglaševanje celotne ponudbe proizvodov lekarne se lahko nanaša na določene proizvode [...] (ni prevedeno). Ni prepričljivega razloga, da bi bilo treba spodbudo z nagradnim

oglaševanjem, ki jo zakonodajalec na področju oglaševanja zdravil šteje za načelno nezaželeno, dopustiti ravno takrat, ko se ta oblika oglaševanja uporablja za posebno veliko število zdravil [...] (ni prevedeno).

- 17 b) Predpisi Direktive 2001/83/ES ne nasprotujejo domnevi, da določbe zakona o oglaševanju v zdravstvenem sektorju, ki se nanašajo na oglaševanje zdravil, zajemajo tudi oglaševanje celotne ponudbe proizvodov lekarne.
- 18 aa) Določbe zakona o oglaševanju v zdravstvenem sektorju, ki se nanašajo na oglaševanje zdravil, je treba glede na določbe Direktive 2001/83/ES razlagati v skladu s pravom Unije. S to direktivo je bilo oglaševanje zdravil popolnoma harmonizirano (Sodišče, sodba z dne 8. novembra 2007 – C-374/05, ZOdl. 2007, str. 1-9517 = GRUR 2008, str. 267, točke od 20 do 39 – Gintec [...]) (ni prevedeno)).
- 19 bb) Iz določb Direktive 2001/83/ES o oglaševanju (naslova VIII in VIIIa, členi od 86 do 100) ni mogoče razbrati, da zajemajo samo oglaševanje posameznih zdravil.
- 20 (1) V skladu z določbami člena 86(1) Direktive 2001/83/ES „oglaševanje zdravil“ vključuje vse oblike obveščanja, vključno z obveščanjem od vrat do vrat, agitiranjem ali spodbujanjem z namenom, da se spodbuja predpisovanje, izdajanje, prodaja ali potrošnja zdravil. Pojem „oglaševanje zdravil“ v skladu s prvo alineo člena 86(1) Direktive 2001/83/ES med drugim zajema tu obravnavano oglaševanje zdravil širši javnosti. Kot je razvidno iz besedila te določbe, zlasti iz dela „vse oblike“, je zakonodajalec Unije izhajal iz zelo širokega pojma oglaševanja zdravil (Sodišče, sodba z dne 5. maja 2011 – C-316/09, ZOdl. 2011, str. I-3249 = GRUR 2011, str. 1160, točka 29 – MSD Sharp & Dohme).
- 21 (2) Člen 88, od (1) do (4), Direktive 2001/83/ES vsebuje določbe o oglaševanju celih skupin zdravil širši javnosti. Da Direktiva 2001/83/ES zajema samo oglaševanje posameznih zdravil širši javnosti, ne izhaja iz tega, da člena 89 in 90 Direktive 2001/83/ES govorita o oglaševanju zdravila širši javnosti, saj določata samo, katere podrobnosti je treba pri oglaševanju, ki se nanaša na določeno zdravilo, navesti o tem zdravilu in kateri podatki niso dovoljeni. Druge določbe – člena 86(1) in 88, od (1) do (3), Direktive 2001/83/ES – se nanašajo na „oglaševanje zdravil“ in „oglaševanje zdravil širši javnosti“. V skladu s temi določbami Direktiva zajema tudi oglaševanje zdravil na splošno in ne samo oglaševanje, ki se nanaša na določena zdravila [...] (ni prevedeno).
- 22 c) V skladu z navedenim se zadevno oglaševanje nanaša na proizvode. Pri obljubljeni ugodnosti v obliki sodelovanja v nagradni igri tožene stranke ne gre niti za priporočanje storitev lekarne tožene stranke, ki posluje po pošti, niti za ugodnosti iz drugih poslovnih razlogov. V skladu s konkretnim dejanjem kršitve, na katero se navezuje tožbeni predlog, je sodelovanje v nagradni igri povezano s predložitvijo recepta. Oglaševanje se zato nanaša na zdravila, ki se smejo izdati samo na recept, in torej nedvomno na določene proizvode.

- 23 4. Pritožbeno sodišče je pravilno menilo, da gre v obravnavanem sporu pri sodelovanju v nagradni igri, ki ga omogoča tožena stranka, za reklamno darilo v smislu člena 7(1), prvi stavek, HWG. [pojasnila]
- 24 [...] (ni prevedeno)
- 25 [...] (ni prevedeno)
- 26 5. Pritožbeno sodišče ni napačno uporabilo prava, ko je izhajalo iz tega, da ne gre za nobeno od izjem iz člena 7(1), prvi stavek, drugi del stavka, HWG. [pojasnila]
- 27 [...] (ni prevedeno)
- 28 [...] (ni prevedeno)
- 29 6. Vprašanje pa je, ali oglaševanje tožene stranke subjektivno vpliva na njene stranke.
- 30 a) Pritožbeno sodišče je menilo, da abstraktna nevarnost subjektivnega vplivanja na naslovnika oglaševanja izhaja iz oglaševanja možnosti sodelovanja v nagradni igri ob koriščenju recepta. Po njegovem mnenju naj ne bi bilo mogoče izključiti, da bi se pacient, ki bi potreboval zdravilo na recept in bi od zdravnika dobil potrebni recept, odločil za koriščenje recepta pri lekarni tožene stranke, ki posluje po pošti, ne da bi razmislil, ali bi prevzem zdravila v stacionarni lekarni bolj ustrezal njegovim potrebam. Lekarne, ki poslujejo po pošti, naj bi lahko svetovale samo po telefonu in na izrecno prošnjo. Za stranko naj bi bilo lahko pomembno, da ji farmacevt pri koriščenju recepta lahko svetuje, tudi če za to ne zaprosi, na primer o interakcijah z drugimi zdravili. Za to naj bi bil farmacevt usposobljen. Odločitev stranke za stacionarno lekarno ali lekarno, ki posluje po pošti, naj bi bila zato pomembna za njeno zdravje. Zadevno oglaševanje z nagradno igro naj bi subjektivno vplivalo na to odločitev.
- 31 b) Da sodelovanje v nagradni igri prinaša ugodnost v denarni vrednosti, samo po sebi še ne upravičuje prepovedi spornega oglaševanja toženi stranki zaradi subjektivnega vpliva na potencialne stranke.
- 32 aa) Sodišče Evropske unije je v odločbi „Deutsche Parkinson Vereinigung“ (sodba z dne 19. oktobra 2016 – C-148/15, GRUR 2016, str. 1312 [...]) (ni prevedeno)) sicer ravno tako štelo, da so tradicionalne lekarne načeloma v boljšem položaju, da njihovo osebje pacientom ponudi individualno svetovanje in da zagotavljajo oskrbo z zdravili v nujnih primerih, kot lekarne, ki poslujejo po pošti, ter da lekarne, ki poslujejo po pošti, zaradi svoje omejene ponudbe storitev ne morejo primerno nadomestiti takih storitev. Vendar je glede na to okoliščino menilo, da lahko cenovna konkurenca za lekarne, ki poslujejo po pošti, s sedežem v drugi državi članici pomeni pomembnejši konkurenčni dejavnik kot za tradicionalne lekarne v Nemčiji, saj je od take cenovne konkurence odvisno, ali imajo tuje lekarne, ki poslujejo po pošti, neposreden dostop do nemškega trga in na njem ostanejo konkurenčne (Sodišče, GRUR 2016, str. 1312, točka 24 – Deutsche

Parkinson Vereinigung). Sodišče Evropske unije je zato razsodilo, da naložitev enotnih prodajnih cen za zdravila, ki se izdajajo na recept, kot je določena v nemškem pravu, pomeni ukrep z enakim učinkom kot količinske omejitve v smislu člena 34 PDEU, ker bolj prizadene lekarnne s sedežem v državi članici, ki ni Zvezna republika Nemčija, kot tiste, ki imajo sedež na nemškem ozemlju, ter je zato dostop do trga za izdelke iz drugih držav članic lahko bolj oviran kot za domače izdelke (Sodišče, GRUR 2016, str. 1312, točki 26 in 27 – Deutsche Parkinson Vereinigung). Poleg tega je menilo, da nemške ureditve na področju cen zdravil, ki določa enotne cene za prodajo zdravil za uporabo v humani medicini na recept s strani lekarn, ni mogoče upravičiti z varovanjem zdravja in življenja ljudi v smislu člena 36 PDEU, saj ta ureditev ni primerna za doseg zastavljenih ciljev (Sodišče, GRUR 2016, str. 1312, točka 46 – Deutsche Parkinson Vereinigung).

- 33 bb) Iz teh preudarkov Sodišča Evropske unije v sodbi „Deutsche Parkinson Vereinigung“ je razvidno, da lekarnam, ki poslujejo po pošti, s sedežem v drugi državi članici Evropske unije načelno ni mogoče prepovedati, da omejeno ponudbo storitev zaradi nezmožnosti individualnega svetovanja pacientom na kraju samem nadomestijo s cenovno konkurenco stacionarnim lekarnam v zadevni državi članici. Za tako cenovno konkurenco gre v obravnavanem sporu.
- 34 (1) Sicer v Nemčiji zaradi pravnega okvira pri izdajanju zdravil na recept – ne glede na zavezujočo ceno, ki še vedno velja za to skupino zdravil – med lekarnami ni cenovnega konkuriranja za stranke, ki bi bilo primerljivo z drugimi kategorijami proizvodov. V Nemčiji v skladu s členom 5(1) Sozialgesetzbuch V (zakonik o socialni varnosti V; v nadaljevanju: SGB V) velja splošna obveznost zdravstvenega zavarovanja. Vsak mora biti zavarovan pri javnem zavodu za zdravstveno zavarovanje ali pri zasebni zdravstveni zavarovalnici. Posledica te splošne obveznosti zdravstvenega zavarovanja je, da stroškov za prejeto zdravilo, ki ga predpiše zdravnik, načelno ne nosi pacient, temveč zdravstvena zavarovalnica, pri kateri je pacient zavarovan. Osebe, zavarovane pri javnem zavodu za zdravstveno zavarovanje, morajo pri prejemu zdravil na recept plačati samo doplačilo, ki ga je pritožbeno sodišče imenovalo „pristojbina za recept“, in sicer največ v višini 10 EUR in najmanj v višini 5 EUR za pakiranje zdravila (člen 61, prvi stavek, SGB V).
- 35 (2) Lekarne, ki poslujejo po pošti, s sedežem v drugi državi članici Evropske unije običajno pri prometu z zdravili na recept za stranke v Nemčiji ne konkurirajo s cenami zdravil, ki so nižje od cen v nemških lekarnah, temveč z oglaševanjem ugodnosti v denarni vrednosti. Namen teh ugodnosti je stranke v Nemčiji spodbuditi, da svojih receptov ne koristijo pri stacionarni lekarni, temveč pri tuji lekarni, ki posluje po pošti. Lekarne se na primer oglašujejo z ugodnostjo v višini polovice zakonsko predpisanega doplačila za osebe, zavarovane pri javnem zavodu za zdravstveno zavarovanje [...] (ni prevedeno), z ugodnostjo pri prvem naročilu [...] (ni prevedeno), z ugodnostjo, odvisno od cene zdravila in omejeno na 15 EUR [...] (ni prevedeno), z denarno nagrado v višini 15 EUR kot nadomestilom za sodelovanje pri zagotavljanju kakovosti [...] (ni prevedeno), z

nadomestilom za strankino sodelovanje pri preverjanju zdravila [...] (ni prevedeno) ali z darilom za pridobitev nove stranke [...] (ni prevedeno).

- 36 (3) Tako je tudi v obravnavanem sporu. Tožena stranka pacientov v Nemčiji ne skuša pridobiti s cenami zdravil, ki bi bile ugodnejše kot v nemških lekarnah, temveč z drugo ugodnostjo v denarni vrednosti ki jo daje pacientu.
- 37 c) Vendar se postavlja vprašanje, ali so omejitve konkurence, ki jih za oglaševanje z ugodnostmi v denarni vrednosti določa člen 7(1), prvi stavek, HWG, v obravnavanem sporu utemeljene s cilji Direktive 2001/83/ES in njenimi členi od 86 do 90, zlasti členom 87(3), Direktive. To je predmet vprašanja za predhodno odločanje. Po mnenju senata veliko govori v prid temu, da je treba oglaševanje z možnostmi dobitka, ki so odvisne od naključja, pri prodaji zdravil na recept šteti za subjektivno vplivanje na naslovljene potencialne stranke tožene stranke in da je zato treba zadevno oglaševanje prepovedati.
- 38 aa) Ni mogoče šteti, da je prepoved oglaševanja z ugodnostmi v denarni vrednosti za zdravila na recept utemeljena že na podlagi člena 88(1)(a) Direktive 2001/83/ES, ki – v skladu z uvodno izjavo 44 te direktive – državam članicam nalaga prepoved oglaševanja zdravil na recept širši javnosti.
- 39 Tudi če je oglaševanje širši javnosti, katerega namen je – kot v obravnavanem sporu – splošno spodbujanje prodaje zdravil na recept z dajanjem ugodnosti v denarni vrednosti, oglaševanje zdravil širši javnosti v smislu člena 86(1), prva alinea, po mnenju senata pri tem ne gre za splošno prepovedano oglaševanje zdravil na recept širši javnosti v smislu člena 88(1)(a) Direktive 2001/83/ES.
- 40 Namen člena 88(1) Direktive 2001/83/ES je zaradi varovanja zdravja preprečiti, da bi se z oglaševanjem v javnosti pacienti spodbujalo, da zdravnika prosijo, naj jim predpiše zdravilo na recept. Namen oglaševanja zdravil na recept s ceno ali z drugimi ugodnostmi v denarni vrednosti pa je nasprotno, da se pacient pri prevzemu zdravila, ki mu je že bilo predpisano, odloči za določeno lekarno. Oglaševanje s ceno je pri prometu z zdravili na recept sestavni del konkurence in ga člen 88(1) Direktive 2001/83/ES ne zajema.
- 41 bb) Vendar je treba upoštevati, da je javno oglaševanje z možnostjo sodelovanja v nagradni igri pri prodaji zdravil na recept v nasprotju s cilji Direktive 2001/83/ES in določbami členov od 86 do 90, zlasti člena 87(3), Direktive.
- 42 (1) Direktiva 2001/83/ES v členu 94(1) prepoveduje promoviranje zdravil z darili, denarnimi ugodnostmi ali materialnimi koristmi za osebe, pristojne za predpisovanje zdravil. V skladu s to določbo je prepovedano tem osebam dajati, ponujati ali obljubljeni darila in denarne ugodnosti ali nuditi materialne koristi, razen če so te ugodnosti majhne vrednosti in se lahko uporabljajo za opravljanje zdravstvene ali lekarniške dejavnosti. Za oglaševanje zdravil širši javnosti Direktiva 2001/83/ES ne vsebuje ustreznih določb. V skladu s členom 87(3) Direktive 2001/83/ES mora sicer oglaševanje zdravila spodbujati smotno uporabo zdravila, s tem da zdravilo

predstavlja objektivno in brez pretiravanja o njegovih lastnostih, in poleg tega ne sme biti zavajajoče. Vendar Direktiva 2001/83/ES ne vsebuje določb o oglaševanju zdravil z možnostjo sodelovanja v žrebanju.

- 43 (2) Sodišče Evropske unije je oglaševanje zdravila brez recepta širši javnosti v obliki žrebanj štelo za le težko dopustno, ker je v skladu z uvodno izjavo 45 in členom 87(3) Direktive 2001/83/ES nujno, da se prepreči sleherno prekomerno in slabo pripravljeno oglaševanje, ki bi lahko vplivalo na javno zdravje (Sodišče, GRUR 2008, str. 267, točka 55 – Gintec). Oglaševanje zdravila z žrebanjem spodbuja nesmotrno in prekomerno uporabo tega zdravila, če ga predstavlja kot dobiček ali darilo, s čimer odvrne potrošnika od objektivne ocene nujnosti jemanja navedenega zdravila (Sodišče, GRUR 2008, str. 267, točka 56 – Gintec).
- 44 (3) Na podlagi odločitve Sodišča Evropske unije v zadevi „Gintec“ ni mogoče nedvoumno odgovoriti, ali je prepoved zadevnega oglaševanja z nagradno igro skladna z Direktivo 2001/83/ES, ker je navedena odločitev temeljila na drugem dejanskem stanju. V obravnavanem sporu ne gre za oglaševanje konkretnega zdravila v prostem prometu. Oglaševanje se nasprotno na splošno nanaša na zdravila na recept. Uvodna izjava 45 Direktive 2001/83/ES, ki jo je Sodišče Evropske unije uporabilo pri razlagi, se nanaša samo na oglaševanje zdravil brez recepta širši javnosti. V nasprotju z zadevo „Gintec“ poleg tega dobiček ni zdravilo samo, temveč so dobitki električno kolo in električne zobne ščetke. V skladu z ugotovitvami pritožbenega sodišča v obravnavanem sporu tudi ni nevarnosti, da bi se spodbujala nesmotrna in prekomerna uporaba zdravil.
- 45 cc) V skladu z ugotovitvami pritožbeno sodišče pa zadevno oglaševanje z nagradno igro paciente, ki jim je bilo predpisano zdravilo na recept, napeljuje k temu, da se odpovejo celovitemu objektivnemu svetovanju v stacionarni lekarni, ki je v njihovem interesu in za katerega jim ni treba posebej zaprositi. Če je zdravilo predpisal zdravnik, je sicer mogoče šteti, da je pacientu svetoval o tem zdravilu in mu predstavil tveganja in neželene učinke predpisanega zdravila. Vendar to ne pomeni, da je drugo svetovanje, ki ga ponuja farmacevt in za katerega ni treba posebej zaprositi, v vsakem primeru nepotrebno. Farmacevt mora v skladu s členom 20(2) Apothekenbetriebsordnung (deontološki kodeks farmacevtov) pri izdajanju zdravil pacientu z vprašanji ugotoviti, ali ta potrebuje dodatne informacije in nasvete in koliko jih potrebuje, ter mu ustrezno svetovati. Odpoved taki ponudbi svetovanja je lahko za pacienta, ki mu je bilo predpisano zdravilo na recept, objektivno gledano nespametna, če so po svetovanju s strani zdravnika, ki je predpisal zdravilo, ostala odprta vprašanja. Odločitev pacienta za prevzem zdravila na recept v domači ali tuji lekarni, ki posluje po pošti, namesto v stacionarni lekarni, ki lahko ponudi objektivno potrebno svetovanje, mora po mnenju senata temeljiti na objektivnih razlogih in ne sme biti pod vplivom naključnih spodbud.

[...] (ni prevedeno)