

Zaak C-517/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

10 augustus 2023

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 juli 2023

Verweerster en verzoekster tot *Revision*:

Apothekerkammer Nordrhein

Verzoekster en verweerster in *Revision*:

DocMorris NV

Voorwerp van het hoofdeding

Uitlegging van richtlijn 2001/83/EG met betrekking tot de vraag in hoeverre reclame voor receptgeneesmiddelen uit het gehele productassortiment van een apotheek binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzingsbeslissing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU, met name

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 2001, L 311, blz. 67) in de versie van richtlijn (EU) 2022/642 van het Europees Parlement en de Raad van 12 april 2022 (hierna: „richtlijn 2001/83”)

Prejudiciële vragen

1. Valt reclame voor de aankoop van receptgeneesmiddelen uit het gehele productassortiment van een apotheek binnen de werkingssfeer van de bepalingen inzake reclame voor geneesmiddelen die zijn neergelegd in richtlijn 2001/83 (titels VIII en VIII bis, artikelen 86 tot en met 100)?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is het met de bepalingen van titel VIII en in het bijzonder met artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83 verenigbaar om een nationale bepaling [in casu § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, punt 2, eerste alinea, onder a), HWG (Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens)] aldus uit te leggen dat zij in de weg staat aan het maken van reclame voor het gehele assortiment aan receptgeneesmiddelen van een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek door middel van reclamegeschenken in de vorm van vouchers voor een geldbedrag of een procentuele korting op de latere aankoop van andere producten verbiedt?

3. Eveneens indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is het met de bepalingen van titel VIII en in het bijzonder met artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83 verenigbaar om een nationale bepaling [in casu § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, punt 2, eerste alinea, onder a), HWG] aldus uit te leggen dat zij toestaat dat reclame wordt gemaakt voor het gehele assortiment aan receptgeneesmiddelen van een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek door middel van reclamegeschenken in de vorm van rechtstreeks werkende prijsverminderingen en betalingen?

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

VWEU, met name artikel 34

Richtlijn 2001/83, met name titel VIII en VIII bis (artikel 86 tot en met 100), artikel 87, lid 3, en artikel 88, lid 1, onder a)

Aangevoerde nationale bepalingen

Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz) [wet betreffende reclame in verband met gezondheidsaangelegenheden (wet op de reclame voor geneesmiddelen)] (hierna: „HWG”)

Zivilprozessordnung (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) (hierna: „ZPO”)

Korte uiteenzetting van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster is een Nederlandse postorderapotheek die vrij verkrijgbare en receptgeneesmiddelen per postorder levert aan eindgebruikers in Duitsland.
- 2 Verweerster is de beroepsorganisatie van apothekers in de regio Nordrhein.
- 3 Verzoekster maakte sinds 2012 reclame voor verschillende kortingsacties waarbij klanten die receptgeneesmiddelen kochten een voordeel werd beloofd in de vorm van een contante korting, een voucher die kon worden verrekend met de aankoop van een ander geneesmiddel, een hotelvoucher of een jaarlidmaatschap van een autoclub.
- 4 Verweerster beschouwt deze reclameacties als een inbreuk op de in het geneesmiddelenrecht vastgelegde vaste prijzen voor receptgeneesmiddelen en heeft daarom – voor zover relevant voor de procedure in *Revision* – in de jaren 2013 tot en met 2015 de hieronder opgesomde vijf voorlopige verbodsmaatregelen tegen verzoekster verkregen, die elk naar behoren ten uitvoer zijn gelegd.
- 5 Op respectievelijk 8 mei 2013 (zaak 84 O 90/13), 4 november 2014 (zaak 84 O 208/14) en 26 september 2013 (zaak 84 O 220/13) verkreeg verweerster tegen verzoeksters promoties een voorlopige maatregel van het Landgericht Keulen (rechter in eerste aanleg Keulen). Deze drie voorlopige maatregelen werden telkens naar behoren ten uitvoer gelegd. De voorlopige maatregelen van 8 mei 2013 en 4 november 2014 werden door het Landgericht Keulen opgeheven bij vonnissen van respectievelijk 22 maart 2017 en 22 maart 2017.
- 6 Op 5 november 2013 verkreeg verweerster een voorlopige maatregel van het Landgericht Keulen (zaak 84 O 256/13), die op 21 januari 2014 ten uitvoer werd gelegd, tegen een promotie van verzoekster die de volgende informatie bevatte

„Stuur uw recept nu in!... Helaas kunnen we u de verplaatsing naar de postbus niet besparen. Maar om de reiskosten met bus en trein te compenseren, ontvangen nieuwe klanten 10 EUR van ons en dat bedrag wordt onmiddellijk op het factuurbedrag in mindering wanneer het recept wordt opgestuurd”,

waarbij de korting voor de bestelling van receptgeneesmiddelen werd toegekend vanaf een bestelwaarde van 50 EUR. Deze voorlopige maatregel werd door het Landgericht Keulen opgeheven bij vonnis van 22 maart 2017.
- 7 Op 29 september 2015 verkreeg verweerster een voorlopige maatregel van het Landgericht Keulen (zaak 81 O 82/15), die op 26 mei 2016 ten uitvoer werd gelegd, tegen een promotie van verzoekster die de volgende informatie bevatte

„Voucher van 5 EUR voor uw volgende bestelling van receptgeneesmiddelen”,

waarbij het genoemde bedrag meteen op het factuurbedrag in mindering zou worden gebracht. Deze voorlopige maatregel werd door het Landgericht Keulen opgeheven bij definitieve uitspraak van 21 maart 2017.

- 8 Deze voorlopige maatregelen werden telkens opgeheven wegens gewijzigde omstandigheden in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 19 oktober 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:776).
- 9 Bij de tenuitvoerlegging van een aantal voorlopige maatregelen werden op verweersters verzoek hoge dwangsommen aan verzoekster opgelegd.
- 10 Verzoekster vordert schadevergoeding van verweester op grond dat de voorlopige maatregelen van meet af aan ongerechtvaardigd waren.
- 11 Het Landgericht heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft verzoekster in essentie verzocht om verweester te veroordelen tot betaling van schadevergoeding aan verzoekster ten bedrage van ten minste 18 476 648,12 EUR, vermeerderd met rente, en daarnaast om met betrekking tot eventuele verdere schade verweersters schadevergoedingsplicht vast te stellen.
- 12 Met haar beroep tot *Revision* zet verweester haar verzoek tot volledige afwijzing van de vordering verder.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 13 Krachtens § 945 ZPO is de partij die een voorlopige maatregel heeft verkregen die van meet af aan ongerechtvaardigd was, verplicht de schade te vergoeden die de wederpartij lijdt door de tenuitvoerlegging ervan.
- 14 Bij toepassing van het Duitse recht betreffende reclame voor geneesmiddelen (in casu § 7, lid 1, HWG) blijken drie van de vijf bij de voorlopige maatregelen verboden reclameacties niet-toegestaan te zijn. Het gaat om reclameacties die het voorwerp uitmaken van de voorlopige maatregelen van 8 mei 2013 (zaak 84 O 90/13), 26 september 2013 (zaak 84 O 220/13) en 4 november 2014 (zaak 84 O 208/14). Wat deze drie voorlopige maatregelen betreft, is van een recht op schadevergoeding krachtens § 945 ZPO geen sprake.
- 15 De rechter in hoger beroep heeft terecht vastgesteld dat de vaste geneesmiddelenprijs niet aan verzoekster mag worden tegengeworpen, omdat volgens de rechtspraak van het Hof de oplegging van uniforme verkoopprijzen verzoekster – een apotheek die in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland is gevestigd – 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, zodat sprake is van een schending van artikel 34 VWEU (zie arrest van het Hof van 19 oktober 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, punten 26 e.v.).

- 16 Volgens § 7, lid 1, eerste volzin, eerste deel, HWG is het verboden om voordelen en andere reclamegeschenken (producten of diensten) aan te bieden, aan te kondigen of toe te kennen, of deze als beroepsbeoefenaar te aanvaarden, tenzij een van de in § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, HWG wettelijk vastgelegde uitzonderingen van toepassing is. Op grond daarvan vallen onder andere kleinigheden van geringe waarde en voordelen en reclamegeschenken bestaande uit een bepaald geldbedrag of een geldbedrag dat op een bepaalde wijze wordt berekend, niet onder het verbod. Bij beide uitzonderingen blijven voordelen of andere reclamegeschenken voor geneesmiddelen verboden voor zover deze worden toegekend in strijd met de prijsvoorschriften die onder meer gelden op grond van het Arzneimittelgesetz (geneesmiddelenwet).
- 17 De in casu te beoordelen premies en vouchers zijn reclamegeschenken in de zin van § 7, lid 1, eerste volzin, HWG, maar geen kleinigheden van geringe waarde. Voorts gaat het slechts ten dele om voordelen of reclamegeschenken die in de zin van de uitzonderingsbepaling van § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, nr. 2, eerste deel, onder a), HWG bestaan uit een bepaald geldbedrag of een geldbedrag dat op een bepaalde wijze wordt berekend en derhalve toegestaan zijn.
- 18 De voordelen of reclamegeschenken die het voorwerp uitmaken van de voorlopige maatregelen van 5 november 2013 (zaak 84 O 256/13) en 29 september 2015 (zaak 81 O 82/15), zijn toegestaan.
- 19 Met het beroep tot *Revision* wordt tevergeefs opgekomen tegen het oordeel van de rechter in hoger beroep dat de twee bovengenoemde voorlopige maatregelen oorspronkelijk ongerechtvaardigd waren.
- 20 In beide gevallen gaat het om contante kortingen die zijn toegestaan op grond van § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, nr. 2, eerste deel, onder a), HWG en die het factuurbedrag van de bestelling rechtstreeks verlagen. Zij zijn weliswaar in strijd met § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, nr. 2, tweede deel, HWG, omdat zij worden toegekend in strijd met de prijsvoorschriften die gelden op grond van het Arzneimittelgesetz. Het betreft receptgeneesmiddelen waarvoor de vaste geneesmiddelenprijs geldt. Door het toekennen van een contante korting die het factuurbedrag van de bestelling rechtstreeks verlaagt, wordt de vaste geneesmiddelenprijs geschonden. De rechter in hoger beroep heeft evenwel terecht geoordeeld dat dit voorbehoud van naleving van de vaste geneesmiddelenprijs niet aan verzoekster mag worden tegengeworpen.
- 21 Het welslagen van de procedure in *Revision* hangt af van de uitlegging van het Unierecht, in casu richtlijn 2001/83. In het hoofdgeding rijzen bij de toepassing van § 7 HWG Unierechtelijke vragen die verduidelijking behoeven.
- 22 De voorschriften van het HWG inzake reclame voor geneesmiddelen moeten, wat de bepalingen van richtlijn 2001/83 betreft, in overeenstemming met het Unierecht worden uitgelegd. Binnen de werkingssfeer van die richtlijn is reclame

voor geneesmiddelen volledig geharmoniseerd (arrest van het Hof van 8 november 2007, Gintec, C-374/05, EU:C:2007:654, punten 20 tot en met 39).

Eerste prejudiciële vraag

- 23 De eerste prejudiciële vraag betreft de vraag of de hier aan de orde zijnde reclame voor de aankoop van receptgeneesmiddelen uit het gehele productassortiment van een apotheek binnen de werkingssfeer van de voorschriften inzake reclame voor geneesmiddelen van richtlijn 2001/83 (titels VIII en VIII bis, artikelen 86 tot en met 100) valt.
- 24 De in het hoofdgeding aangevochten reclame heeft betrekking op de aankoop van niet nader bepaalde geneesmiddelen uit het gehele productassortiment, waarbij verweersters opkomen tegen de daarin begrepen reclame voor receptgeneesmiddelen.
- 25 Zoals het Hof om te beginnen heeft geoordeeld, worden in Titel VIII van richtlijn 2001/83, die betrekking heeft op reclame voor geneesmiddelen, regels vastgesteld voor de inhoud van de reclameboodschappen en de wijze waarop voor bepaalde geneesmiddelen wordt geadverteerd, maar bevat deze geen regeling met betrekking tot reclame voor postorderverkoop van geneesmiddelen, noch met betrekking tot reclame voor het gehele assortiment aan receptgeneesmiddelen, dat door de betrokken apotheek wordt aangeboden [arresten van het Hof van 1 oktober 2020, A (Reclame en onlineverkoop van geneesmiddelen), C-649/18, EU:C:2020:764, punten 49 en 50, en 15 juli 2021, DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, punten 20 tot en met 22].
- 26 Het Hof heeft inmiddels geoordeeld dat, niettegenstaande hetgeen is vastgesteld in punt 50 respectievelijk punt 20 van de hierboven genoemde arresten, de werkingssfeer van de bepalingen van richtlijn 2001/83 niet beperkt is tot reclame voor een specifiek geneesmiddel (arrest van het Hof van 22 december 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, punt 51).
- 27 Uit een letterlijke, systematische en teleologische uitlegging van artikel 86, lid 1, van richtlijn 2001/83 volgt dat het begrip „reclame voor geneesmiddelen” in de zin van deze bepaling alle vormen van colportage, marktverkenning of stimulering die bedoeld zijn ter bevordering van het voorschrijven, het afleveren, de verkoop of het verbruik van een specifiek geneesmiddel of van ongespecificeerde geneesmiddelen omvat (arrest van het Hof van 22 december 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, punt 47).
- 28 Mogelijkerwijze moet reclame voor de aankoop van receptgeneesmiddelen uitsluitend worden beschouwd als reclame voor verkoopdiensten – die volgens de rechtspraak van het Hof niet onder richtlijn 2001/83 valt – en niet als reclame voor geneesmiddelen, omdat de patiënt bij een dergelijke reclame niet meer het – reeds voorgeschreven – geneesmiddel kan en mag kiezen, maar enkel nog een apotheek.

Tweede prejudiciële vraag

- 29 Indien reclame voor de aankoop van receptgeneesmiddelen uit het gehele productassortiment van een apotheek, waarop de onderhavige zaak betrekking heeft, binnen de werkingssfeer van de reclamevoorschriften van richtlijn 2001/83 valt, rijst de tweede prejudiciële vraag.
- 30 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het verenigbaar is met de voorschriften van titel VIII, en in het bijzonder met artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83, om een nationale bepaling [in casu § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, punt 2, eerste deel, onder a), HWG] aldus uit te leggen dat zij het promoten van het gehele assortiment aan receptgeneesmiddelen van een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek door middel van reclamegeschenken in de vorm van vouchers voor een geldbedrag of een procentuele korting op de latere aankoop van andere producten verbiedt.

Verenigbaarheid met richtlijn 2001/83

- 31 De verwijzende rechter is van oordeel dat een dergelijke uitlegging in overeenstemming is met bovengenoemde voorschriften van de richtlijn.
- 32 Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 87, lid 3, en artikel 90 van richtlijn 2001/83 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale bepaling die verbiedt dat in publieksreclame met betrekking tot receptvrije en niet voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen informatie wordt opgenomen die aanzet tot de aankoop van geneesmiddelen door de noodzaak van een dergelijke aankoop te rechtvaardigen op basis van de prijs van die geneesmiddelen, door een speciale verkoop aan te kondigen of door te vermelden dat de geneesmiddelen samen met andere geneesmiddelen, ook tegen een verlaagde prijs, of samen met andere producten worden verkocht (arrest van het Hof van 22 december 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, punt 73).
- 33 Het Hof heeft opgemerkt dat verboden als die in de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling, beantwoorden aan het hoofddoel van bescherming van de volksgezondheid, voor zover zij de verspreiding verhinderen van reclamegegevens die aanzetten tot irrationeel en buitensporig gebruik van receptvrije geneesmiddelen en niet voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen (arrest van het Hof van 22 december 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, punt 69).
- 34 Dienaangaande heeft het Hof erop gewezen dat die verboden niet zien op de verspreiding van zuiver informatieve gegevens over dergelijke geneesmiddelen zonder enig verkoopbevorderend oogmerk, maar op de verspreiding van inhoud die bedoeld is om de aankoop van die geneesmiddelen te stimuleren, hetzij door verwijzing naar de prijs ervan, een speciale verkoop of een verkoop samen met andere geneesmiddelen, in voorkomend geval tegen een verlaagde prijs, of samen

met andere producten (arrest van het Hof van 22 december 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, punt 70).

- 35 Deze overwegingen dienen a fortiori te gelden voor publieksreclame met betrekking tot receptgeneesmiddelen en in beginsel ook voor publieksreclame van een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek.

Verenigbaarheid met het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 34 VWEU

- 36 Volgens de verwijzende rechter maakt de in de prejudiciële vraag beschreven uitlegging evenmin inbreuk op het vrije verkeer van goederen in de zin van artikel 34 VWEU.
- 37 Nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, kunnen de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel niet belemmeren, mits die bepalingen ten eerste van toepassing zijn op alle betrokken marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en ten tweede zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten. De toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van producten uit een andere lidstaat die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, heeft niet tot gevolg dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten. Het Hof heeft bepalingen waarbij met name de mogelijkheden van een onderneming om reclame te maken worden beperkt, gekwalificeerd als „bepalingen inzake verkoopmodaliteiten” (arrest van het Hof van 15 juli 2021, DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, punten 35 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 De in de prejudiciële vraag beschreven nationale bepaling is zonder onderscheid van toepassing op alle apotheken die in Duitsland geneesmiddelen verkopen, ongeacht of zij in Duitsland dan wel in een andere lidstaat zijn gevestigd, zodat zij rechtens en feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.
- 39 De verwijzende rechter is van oordeel dat deze analyse niet in strijd is met het arrest van het Hof van 19 oktober 2016 (Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776).
- 40 Het Hof heeft bij het arrest „DocMorris”, dat is gewezen op verwijzing door de verwijzende rechter, uiteengezet dat bij het in die zaak aan de orde zijnde en eveneens op § 7, lid 1, eerste volzin, HWG gebaseerde verbod op kansspelreclame, anders dan in de procedure waaraan het arrest „Deutsche Parkinson Vereinigung” ten grondslag lag, niet ging om het „absolute verbod op prijsconcurrentie”. Een verbod op kansspelen ter bevordering van de verkoop van geneesmiddelen heeft voor postorderapotheken veel minder verstrekkende

gevolgen dan het totale verbod op prijsconcurrentie (arrest van het Hof van 15 juli 2021, DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, punt 44).

- 41 Ook het in casu aan de orde zijnde verbod op reclame met vouchers voor een geldbedrag of een percentuele korting op de latere aankoop van andere producten lijkt geen absoluut verbod op prijsconcurrentie te zijn, zodat wellicht enkel een verbod op reclame met rechtstreeks werkende prijsverminderingen beoogd wordt.

Derde prejudiciële vraag

- 42 Met de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te laten verduidelijken of het verenigbaar is met de voorschriften van titel VIII, en in het bijzonder met artikel 87, lid 3, van richtlijn 2001/83, om een nationale bepaling [in casu § 7, lid 1, eerste volzin, tweede deel, punt 2, eerste deel, onder a), HWG] aldus uit te leggen dat het promoten van het gehele assortiment aan receptgeneesmiddelen van een in een andere lidstaat gevestigde postorderapotheek door middel van reclamegeschenken in de vorm van rechtstreeks werkende prijsverminderingen en betalingen is toegestaan.
- 43 Volgens de verwijzende rechter kan niet worden aangenomen dat een verbod van reclame met geldelijke voordelen voor receptgeneesmiddelen reeds gerechtvaardigd is op grond van artikel 88, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/83, dat overeenkomstig overweging 44 van die richtlijn de lidstaten verplicht publieksreclame voor receptgeneesmiddelen te verbieden.
- 44 Ofschoon publieksreclame die, zoals de in casu bestreden reclameacties in het algemeen tot doel heeft de verkoop van receptgeneesmiddelen te bevorderen door het toekennen van geldelijke voordelen, publieksreclame voor geneesmiddelen vormt in de zin van artikel 86, lid 1, eerste streepje, van richtlijn 2001/83, is zij volgens de verwijzende rechter geen algemeen verboden publieksreclame voor receptgeneesmiddelen in de zin van artikel 88, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/83.
- 45 Artikel 88, lid 1, van richtlijn 2001/83 heeft ter bescherming van de gezondheid tot doel te voorkomen dat publieksreclame patiënten ertoe aanzet hun arts te vragen hun een receptgeneesmiddel voor te schrijven. Prijsreclame voor receptgeneesmiddelen heeft daarentegen tot doel een patiënt ertoe aan te zetten een bepaalde apotheek te kiezen om een hem reeds voorgeschreven geneesmiddel aan te kopen. Prijsreclame bij de verkoop van receptgeneesmiddelen is een mededingingselement en valt niet onder artikel 88, lid 1, van richtlijn 2001/83.