



Datum van  
inontvangstneming

:

07/05/2015

**Zaak C-148/15**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

30 maart 2015

**Verwijzende rechter:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

24 maart 2015

**Appellante:**

Deutsche Parkinson Vereinigung e.V.

**Geïntimeerde:**

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.

---

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**BESLISSING**

In het geding tussen

Deutsche Parkinson Vereinigung e.V., [OMISSIS] Neuss, [OMISSIS],

verweerster en appellante,

[OMISSIS]

en

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., [OMISSIS] Bad  
Homburg, [OMISSIS],

verzoekster en geïntimeerde,

[OMISSIS]

**[Or. 2]**

heeft de Twintigste Zivilsenat van het Oberlandesgericht Düsseldorf na de terechtzitting op 27 januari 2015 [OMISSIS]

besloten:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Het Oberlandesgericht Düsseldorf verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Dient artikel 34 VWEU aldus te worden uitgelegd dat een door het nationale recht voorgeschreven prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen een maatregel van gelijke werking als bedoeld in artikel 34 VWEU vormt?

2. Voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt:

Is de prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen overeenkomstig artikel 36 VWEU ter bescherming van de gezondheid en het leven van personen gerechtvaardigd wanneer enkel op die manier een gelijke en volledige toegang tot geneesmiddelen in heel Duitsland, met name in de landelijke gebieden, wordt gewaarborgd?

3. Voor het geval dat het Hof eveneens de tweede vraag bevestigend beantwoordt:

**[Or. 3]**

Welke eisen dienen te worden gesteld aan de vaststelling door de rechter dat de in het tweede zinsdeel van de tweede vraag bedoelde voorwaarde is vervuld?

**Motivering**

A.

- 1 Bij het Oberlandesgericht is hoger beroep ingesteld door een naar Duits recht geregistreerde vereniging (eingetragener Verein), waartegen wegens mededingingsverstoring gedrag bij de Duitse rechterlijke instanties vorderingen tot staking zijn ingesteld.

De appelrechter acht een beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de uitlegging van de artikelen 34 VWEU en 36 VWEU noodzakelijk voor het wijzen van zijn arrest.

I.

Aan het geding liggen de volgende feiten ten grondslag:

- 2 Verweerster is een zelfhulporganisatie met als rechtsvorm een geregistreerde vereniging (eingetragener Verein). Zij heeft tot doel de levensomstandigheden van parkinsonpatiënten en hun gezinnen te verbeteren. In een schrijven waarin reclame wordt gemaakt voor een samenwerking tussen verweerster en de Nederlandse postorderapotheek DocMorris, richtte verweerster zich in juli 2009 tot haar leden en stelde zij hun een bonussysteem voor dat voorziet in de toekenning van verschillende bonussen aan verweersters leden die receptplichtige, slechts via apotheken verkrijgbare parkinsongeneesmiddelen afnemen van DocMorris.
- 3 Verzoekster, een vereniging ter bestrijding van oneerlijke mededinging, acht de reclame oneerlijk op grond van §4, punt 11, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse mededingingswet; hierna: „UWG”) juncto §78 van het Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz, Duitse geneesmiddelenwet; hierna: „AMG”) in de oude versie en de §§ 1 en 3 van de Arzneimittelpreisverordnung (besluit inzake geneesmiddelenprijzen; hierna: „AMPV”) respectievelijk §78, lid 1, vierde volzin, AMG in de nieuwe versie **[Or. 4]**, omdat het aangeprezen bonusmodel inbreuk maakt op de wettelijk voorgeschreven vaststelling van een uniforme verkoopprijs in apotheken.
- 4 §78, lid 1, eerste volzin, AMG bepaalde en bepaalt nog steeds:

„Het Bondsministerie van Economische Zaken en Technologie wordt gemachtigd, [...]

1. prijsmarges voor geneesmiddelen die in de groothandel of in apotheken worden verkocht dan wel door dierenartsen verder worden verkocht,

[...]

vast te stellen. [...]”

§78, lid 2, AMG bepaalt:

„Bij de vaststelling van de prijzen en prijsmarges moet rekening worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de geneesmiddelenconsumenten, de dierenartsen, de apotheken en de groothandel. Voor geneesmiddelen die buiten apotheken niet mogen worden verkocht, dient een uniforme verkoopprijs in apotheken te worden gewaarborgd. [...]”

De AMPV bepaalt – voor zover hier van belang – dat de producent voor zijn geneesmiddel een prijs dient vast te stellen (§1), die vervolgens nog wordt verhoogd met groothandelstoelagen (§2) en apotheektoelagen (§3). Op niet-receptplichtige geneesmiddelen is dit besluit niet van toepassing. §7, lid 1, van het Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz, wet betreffende reclame voor geneesmiddelen) verbiedt bovendien kortingen.

- 5 Ten gevolge van uiteenlopende rechterlijke uitspraken was het een tijdlang onduidelijk of deze regeling ook gold voor receptplichtige geneesmiddelen die aan eindverbruikers via postorderverkoop worden geleverd door apotheken met zetel in een andere lidstaat van de Europese Unie. De wetgever heeft vervolgens bij wet van 19 oktober 2012 (BGBl. I, blz. 2192) in §78, lid 1, AMG de volgende volzin ingevoegd:

„De Arzneimittelpreisverordnung die op grond van de eerste volzin werd uitgevaardigd, is eveneens van toepassing op geneesmiddelen die overeenkomstig §73, lid 1, eerste volzin, punt 1a, worden ingevoerd in het gebied waar deze wet van toepassing is.”

De aangehaalde § 73, lid 1, eerste volzin, punt 1a, AMG betreft geneesmiddelen die aan eindverbruikers in het binnenland via postorderverkoop worden geleverd door een apotheek met zetel in een [Or. 5] andere lidstaat van de Europese Unie. Voorts heeft de Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte (gemeenschappelijke kamer van de hoogste federale gerechten) bij beschikking van 22 augustus 2012 [OMISSIS] beslist dat ook de vroegere versie van het AMG in die zin diende te worden uitgelegd.

Verweerster is van mening dat de vermelde regelingen niet van toepassing en in strijd met het Europese recht zijn.

II.

- 6 Het Landgericht heeft het beroep toegewezen en verweerster verboden in het kader van een samenwerking met de postorderapotheek DocMorris aan het mededingingsverkeer deel te nemen en daarbij het bonusmodel van laatstbedoelde aan te bevelen, wanneer dat gebeurt zoals door middel van het schrijven dat aan het geschil ten grondslag ligt. Het Landgericht heeft zijn beslissing gemotiveerd met de overweging dat de vordering tot staking gegrond is omdat verweerster met het litigieuze schrijven inbreuk heeft gemaakt op §8, lid 3, punt 2, §3 en §4, punt 11, UWG juncto §78 AMG en de §§ 1 en 3 AMPV. Het schrijven vormt een handelspraktijk van verweerster die oneerlijk is omdat het aangeprezen bonusmodel door het mededingingsrecht verboden is. In dezelfde zin heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld over het geval waarin een apotheek voor de afgifte van elk voorschrift een tegoedbon van 5 EUR had beloofd [OMISSIS]. De Kammer [van het Landgericht] schaaft zich achter de overwegingen in die

beslissing met betrekking tot het in casu te beoordelen kortingensysteem, waarbij voor receptplichtige geneesmiddelen ten minste 2,57 EUR als tegoed wordt bijgeschreven. De betrokken regelingen waren reeds ten tijde van de litigieuze handeling ook van toepassing op leveringen door de in het buitenland gevestigde samenwerkingspartner van verweerster. Voor de toekomst blijkt dit uit §78, lid 1, vierde volzin, AMG in de versie van 26 oktober 2012.

Verweerster heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld, waarmee zij haar verzoek tot afwijzing van de vordering handhaaft.

**[Or. 6]**

B.

- 7 Alvorens uitspraak te doen op het hoger beroep, dient de procedure te worden geschorst. Overeenkomstig artikel 267 VWEU dient het Hof van Justitie van de Europese Unie te worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de in het dictum van de onderhavige beslissing gestelde vragen. De uitspraak van de appelrechter hangt af van de uitlegging van de artikelen 34 VWEU en 36 VWEU.
  - 1.
- 8 Zoals uit de rechtspraak van de hoogste federale gerechten en thans ook uit §78, lid 1, vierde volzin, AMG blijkt, is §78, lid 1, AMG van toepassing op leveringen aan eindverbruikers in het binnenland door een in het buitenland gevestigde postorderapotheek.
  - 2.
- 9 Het door verweerster aangeprezen bonusmodel dat wordt gehanteerd door de apotheek waarmee zij samenwerkt, schendt §78, lid 2, tweede volzin, AMG (in de oude versie) juncto §1, lid 1, punt 2, en §3, lid 1, eerste volzin, en lid 2, AMPV respectievelijk §78, lid 1, AMG (in de nieuwe versie). De prijsbinding krachtens het geneesmiddelenrecht wordt immers niet alleen geschonden wanneer een apotheker een aan de prijsbinding onderworpen geneesmiddel verkoopt voor een prijs die verschilt van de volgens de AMPV te berekenen prijs, maar ook wanneer weliswaar de juiste prijs wordt vastgesteld, doch de klant bij de aankoop van het geneesmiddel voordelen worden toegekend die deze aankoop voor hem economisch voordeliger doen voorkomen. Een dergelijke schending overschrijdt in ieder geval de merkbaarheidsdrempel van §3, lid 1, UWG, die door het Bundesgerichtshof vastgesteld wordt op 1 EUR per verkocht geneesmiddel dat aan de prijsbinding is onderworpen.

3.

- 10 Bijgevolg is voor de uitspraak relevant of §78, lid 1, AMG (oude versie) en §78, lid 1, AMG (nieuwe versie) in de onderhavige situatie in overeenstemming zijn met het Europese recht. Daarover lopen de opvattingen uiteen.

**[Or. 7]**

a)

- 11 Om te beginnen is in geschil of de prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen een maatregel van gelijke werking als bedoeld in artikel 34 VWEU vormt.

Die vraag wordt door de Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ontkennend beantwoord omdat binnen- en buitenlandse apotheken in dezelfde mate door de prijsbinding worden getroffen.

De Europese Commissie, die de Bondsrepubliek Duitsland ter voorbereiding van een advies als bedoeld in artikel 258 VWEU in de gelegenheid heeft gesteld opmerkingen te maken, is daarentegen van mening dat sprake is van een maatregel van gelijke werking. Zij stelt zich op het standpunt dat buitenlandse apotheken door de prijsbinding zwaarder worden getroffen, omdat zij het nadeel dat zij ondervinden doordat zij slechts via postorderverkoop toegang hebben tot de Duitse markt, alleen kunnen compenseren door het voordeel dat zij hebben doordat zij hun waren verkopen volgens de voorschriften die gelden in de lidstaat waar zij gevestigd zijn. Voor Duitse apotheken is postorderverkoop daarentegen slechts een extra distributiekanaal.

b)

- 12 Voorts bestaat twijfel omtrent de vraag die rijst wanneer aan de voorwaarden van artikel 34 VWEU is voldaan, namelijk of de prijsbinding overeenkomstig artikel 36 VWEU is gerechtvaardigd ter bescherming van de volksgezondheid.
- 13 De Gemeinsame Senat heeft die vraag met verwijzing naar de aan de wetgever toegekende beoordelingsruimte bevestigend beantwoord omdat niet valt in te zien welk ander concreet systeem in staat zou zijn om, net als de prijsbinding, in het belang van de veilige en kwalitatief hoogstaande toegang van de bevolking tot geneesmiddelen het gevaar voor een rampzalige prijsconcurrentie tussen apotheken tegen te gaan, een volledige en gelijke toegang van de bevolking tot receptplichtige geneesmiddelen te verzekeren en het risico op verkeerd of buitensporig gebruik van geneesmiddelen te verminderen. Het Bundesgerichtshof [OMISSIS] heeft ter rechtvaardiging gewezen op de gevaren voor een volledige **[Or. 8]** toegang tot geneesmiddelen die ontstaan wanneer wordt toegestaan dat buitenlandse postorderapotheken aan te lage prijzen leveren.

14 Wat het verkeerde of buitensporige gebruik van geneesmiddelen betreft, bestaat volgens de Commissie geen gevaar, aangezien het om receptplichtige geneesmiddelen gaat waarvan de dosering wordt bepaald door de voorschrijvende arts. De Senat is voornemens zich bij dat standpunt aan te sluiten. Ten aanzien van het argument dat een volledige toegang tot geneesmiddelen moet worden gegarandeerd, stelt de Commissie zich op het standpunt dat mogelijkerwijs niet de prijsbinding, maar integendeel de verkoop van receptplichtige geneesmiddelen tegen concurrerende prijzen de toegang van met name de plattelandsbevolking tot geneesmiddelen garandeert.

4.

15 De Senat acht een beslissing over de eerste prejudiciële vraag en, naargelang van het antwoord daarop, eveneens over de tweede en de derde prejudiciële vraag noodzakelijk voor het wijzen van zijn arrest.

16 Indien het Hof van Justitie de eerste vraag ontkennend beantwoordt, dient het hoger beroep te worden verworpen.

Beantwoordt het Hof die vraag bevestigend en de tweede vraag ontkennend, dan dient het bestreden vonnis in hoger beroep te worden hervormd en de vordering te worden afgewezen.

17 In verband met de tweede vraag rijst de kwestie of de bestaande rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (zie laatstelijk arrest van 13 februari 2014, C-367/12, EU:C:2012:68) over de erkenning van een dergelijke rechtvaardigingsgrond op zijn minst kan worden gerelativeerd door de recent ontstane mogelijkheid voor de plattelandsbevolking om eveneens via postorderverkoop geneesmiddelen te kopen.

18 Indien het Hof de eerste en de tweede prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt, moet de Senat feitelijk vaststellen of het juist is dat, zoals verzoekster stelt, enkel de prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen een volledige en gelijke toegang van de bevolking tot **[Or. 9]** dergelijke geneesmiddelen garandeert. In dat verband zal voor het wijzen van de uitspraak naar alle waarschijnlijkheid relevant zijn hoe hoog de eisen zijn die, gelet op de aan de wetgever toekomende beoordelingsruimte, aan zulke vaststellingen door de rechter worden gesteld. Om die reden wordt de derde vraag gesteld. Tot nog toe beschikt de Senat niet over een concrete stelling van verzoeker omtrent deze kwestie, laat staan over documenten die een dergelijke stelling onderbouwen. Ook de memorie van toelichting volstaat met de loutere verwijzing naar bedoelde risico's. Dergelijke documenten zijn de Commissie door de Bondsregering kennelijk evenmin, of niet in voldoende mate, ter beschikking gesteld. In het schrijven van de Commissie van 20 november 2013 aan de Duitse minister van Buitenlandse Zaken luidt het dienaangaande:



„Tot nog toe hebben de Duitse autoriteiten niet aangetoond dat de toegang van de bevolking tot geneesmiddelen in gevaar zou worden gebracht door extra aanbiedingen van geneesmiddelen tegen voordelige prijzen door buitenlandse apotheken, en dat de betrokken maatregel daarom noodzakelijk zou zijn.”

- 19 Daarbij komt in zoverre ook de vraag of eventuele gevaren voor reguliere apotheken, met name op het platteland, in verband met de mogelijkheid van postorderverkoop wellicht moeten worden aanvaard.
- 20 Voor zover in de memorie van toelichting bij de wet van 19 oktober 2012 andere redenen zijn aangevoerd, is de Senat bij voorbaat van mening dat die geen toereikende rechtvaardiging vormen voor een beperking van het vrije verkeer van goederen.

[Ondertekeningen]