

## Rechtspraak

## Vrij verkeer van goederen en geneesmiddelenverkoop via het internet

Mr E.R. Vollebregt

**E**en nationaal verbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die in de betrokken lidstaat uitsluitend in de apotheken mogen worden verkocht, vormt een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG. Artikel 30 EG kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een nationaal verbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die in de betrokken lidstaat uitsluitend in de apotheken mogen worden verkocht, voor zover dit verbod voor receptplichtige geneesmiddelen geldt. Artikel 30 EG kan daarentegen niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een absoluut verbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die in de betrokken lidstaat receptvrij zijn. Dit geldt ook bij invoer van geneesmiddelen in een lidstaat waarin zij zijn vergund, wanneer een apotheek in een andere lidstaat ze eerst van groothandelaren in die lidstaat van invoer heeft gekocht. Artikel 88, lid 1, van richtlijn 2001/83/EG verzet zich tegen een nationaal reclameverbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die in de betrokken lidstaat uitsluitend in de apotheken mogen worden verstrekt, voor zover dit verbod receptvrije geneesmiddelen betreft.

*HvJ EG 11 december 2003, Deutsche Apothekerverband eV/0800 DocMorris NV en Jacques Waterval, C-322/01, n.n.g.*

## Feiten

Internethandel in geneesmiddelen is een activiteit in opkomst, vooral wat betreft de 'life style' geneesmiddelen (bijvoorbeeld vitamines en voedsel supplementen) en de geneesmiddelen waarvoor men niet graag naar de dokter gaat (bijvoorbeeld tegen impotentie, kaalheid, geslachtsziekten). De aflevering van via het internet bestelde geneesmiddelen per post of koerier concurreert met de 'brick and mortar' apotheken, die van oudsher goed georganiseerd zijn en er niet voor terugdeinzen om te procederen teneinde hun business veilig te stellen. Dat ondervonden 0800 DocMorris NV ('DocMorris') en haar (inmiddels voormalig) directeur Jacques Waterval in deze

zaak aan den lijve. DocMorris nam bestellingen van particulieren voor geneesmiddelen aan op haar website om die vervolgens af te leveren (per post of aan de betrokkene zelf) en oefende daarnaast een klassieke apothekersactiviteit uit, in een traditionele, voor het publiek toegankelijke, apotheek in Nederland. Zowel voor deze activiteit als voor haar internetsite is door de Nederlandse autoriteiten een vergunning verleend, en beide activiteiten worden door deze autoriteiten gecontroleerd. Via het internetadres [www.0800DocMorris.com](http://www.0800DocMorris.com) biedt DocMorris zowel receptplichtige als receptvrije geneesmiddelen voor menselijk gebruik voor consumenten in Duitsland aan, ook in het Duits. Voor de geneesmiddelen is in Duitsland dan wel in Nederland een vergunning verkregen.

De Deutsche Apothekerverband ('DAV') is een vereniging met het doel de economische en maatschappelijke belangen van de apothekers te behartigen en te bevorderen. Leden zijn de Landesapothekerverbände en Landesapothekervereine (apothekersverenigingen op deelstaatsniveau), die meer dan 19.000 apothekhouders vertegenwoordigen en waarbij dus de meerderheid van de 21.600 apotheken in Duitsland is aangesloten. De DAV maakte voor het Landgericht Frankfurt am Main bezwaar tegen het aldus aanbieden van geneesmiddelen en tegen de levering via grensoverschrijdende postorder. Volgens de DAV staan het Duitse Arzneimittelgesetz ('AMG') en het Heilmittelwerbegesetz ('HWG') de uitoefening van dergelijke activiteiten door verweerders in het hoofdgeding volgens niet toe. Het in deze twee wetten neergelegde verbod kan volgens de DAV bovendien niet op grond van de artikelen 28 EG en 30 EG worden bestreden.

Het Landgericht Frankfurt am Main, waar de procedure ahangig was, besloot om het HvJ EG een drietal prejudiciële vragen voor te leggen met betrekking tot de interpretatie van de artikelen 28 en 30 EG, de richtlijn elektronische handel<sup>1</sup> en de richtlijn

<sup>1</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Pb. EG 2000 L 178, p. 1).

geneesmiddelenreclame<sup>2</sup> omtrent (1) grensoverschrijdende postorderhandel door een in een lidstaat geregistreerde apotheek via het internet in geneesmiddelen die alleen in een apotheek mogen worden verkocht, (2) de uitleg van het begrip 'reclame' in het licht van het op het internet aannemen van bestellingen voor geneesmiddelen en (3) de toelaatbaarheid van grensoverschrijdende handel in geneesmiddelen indien bepaalde deelaspecten van de internetaanwezigheid van een apotheek niet toegestaan zijn.<sup>3</sup>

## Arrest van het HvJEG

### Postorderhandel via het internet voor apotheekplichtige geneesmiddelen

Het HvJ EG onderzoekt de eerste vraag (omtrent grensoverschrijdende postorderhandel door een in een lidstaat geregistreerde apotheek via het internet in geneesmiddelen die alleen in een apotheek mogen worden verkocht) apart voor geneesmiddelen waarvoor in Duitsland wel een vergunning is afgegeven en voor geneesmiddelen waarbij dat niet het geval is.

Wat betreft de verkoop van geneesmiddelen waarvoor geen vergunning is verleend in Duitsland is het HvJ EG kort. Met het betrokken verbod komt Duitsland slechts haar plichten op grond van het Gemeenschapsrecht (richtlijn 2001/83, voorheen 65/65) na, en daarom kan het verbod niet aangemerkt worden als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking.

Met betrekking tot de verkoop van geneesmiddelen waarvoor in Duitsland wel een vergunning verleend was, bekijkt het HvJ EG of het inderdaad gaat om een maatregel van gelijke werking, of deze te rechtvaardigen is en hoe het zit met geneesmiddelen die heringevoerd worden in Duitsland.

Eerst constateert het HvJ EG dat het verbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die alleen in apotheken mogen worden verkocht de Duitse invulling van de discretionaire bevoegdheid van artikel 14 van de richtlijn verkoop op afstand behelst.<sup>4</sup> Conform vaste

jurisprudentie stelt het HvJ EG vast dat de nationale implementatie van harmonisatiemaatregelen nog wel getoetst kan worden aan primair Gemeenschapsrecht en onderzoekt of het verbod een maatregel van gelijke werking is.

Daarna past het HvJ EG de Keck-jurisprudentie<sup>5</sup> toe op de betrokken Duitse voorschriften, en toetst of dergelijke voorschriften van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en of zij rechtens en feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten.<sup>6</sup> Aan de eerste voorwaarde wordt voldaan, maar aan de tweede niet. Het HvJ EG overwoog dat wat een verbod als het onderhavige betreft, vast staat dat deze bepaling zowel het vereiste bevat dat bepaalde geneesmiddelen uitsluitend in apotheken mogen worden verkocht, als een verbod op postorderverkoop daarvan. Een dergelijk verbod op postorderverkoop kan weliswaar worden aangemerkt als de loutere consequentie van het vereiste van uitsluitende verkoop in de apotheek, doch de opkomst van het internet als middel van grensoverschrijdende verkoop brengt mee dat de strekking en dus de weerslag van dat verbod in een ruimer perspectief moeten worden onderzocht.<sup>7</sup> In dat perspectief bezien, hindert het betrokken verbod apotheken buiten Duitsland meer dan apotheken op Duits grondgebied. Dat dit verbod apotheken buiten Duitsland ongetwijfeld een extra of alternatief middel ontnemt om de Duitse markt van eindverbruikers van geneesmiddelen te bereiken, neemt niet weg dat zij de mogelijkheid behouden om de geneesmiddelen in hun apotheek te verkopen. Het internet is daarentegen een belangrijker middel voor niet op Duits grondgebied gevestigde apotheken om die markt rechtstreeks te bereiken. Een verbod dat buiten het Duitse grondgebied gevestigde apotheken meer raakt, kan de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker bemoeilijken dan die van nationale producten<sup>8</sup>, zodat het verbod niet dezelfde invloed heeft op de verkoop van nationale geneesmiddelen als op die van geneesmiddelen uit andere lidstaten.<sup>9</sup> De conclusie is dat het verbod een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG vormt.<sup>10</sup>

De volgende vraag is of het verbod op postorderverkoop dan te rechtvaardigen is. De nationale rechter stelde deze vraag in de context van artikel 30 EG.<sup>11</sup> Nadat het HvJ EG heeft vastgesteld dat artikel 30 EG van toepassing kan zijn omdat de productie van en handel in farmaceutische specialiteiten niet volledig is, past hij artikel 30 EG toe.<sup>12</sup> De DAV had allerlei redenen aangevoerd waarom het verbod te rechtvaardigen was. Het HvJ EG overwoog echter dat de enige argumenten die het verbod op de postorderhandel in geneesmiddelen zouden kunnen rechtvaardigen, zijn die welke betrekking hebben op de noodzaak om een persoonlijk advies te geven aan de klant en om diens bescherming te verzekeren bij de afgifte van de geneesmiddelen, alsmede op de noodzaak om de echtheid van de recepten te controleren en om een ruime en aan de behoeften aangepaste geneesmiddelenvoorziening te garanderen.<sup>13</sup> Vervolgens onderzoekt het HvJ EG de argumenten eveneens in het licht van de bepalingen van Gemeenschapsrecht op deze punten<sup>14</sup> en apart voor receptvrije en receptplichtige geneesmiddelen.<sup>15</sup>

Wat receptvrije geneesmiddelen betreft ziet het HvJ EG geen rechtvaardigingsgronden, omdat hij er niet van overtuigd is dat een internet-apotheek minder goed kan reageren op de informatiebehoefte van klanten of minder goed misbruik van geneesmiddelen kan voorkomen, dat receptvrije geneesmiddelen via postorder niet goed afgeleverd kunnen worden en dat de ruime en aan de behoeften aangepaste geneesmiddelenvoorziening moet worden gegaran-

2 Richtlijn 92/28/EEG van de Raad van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik (Pb. EG 1992 L 113, p. 13).

3 Punt 44.

4 Punt 63; dit artikel luidt: 'Ter verhoging van het beschermingsniveau van de consument kunnen de lidstaten op het onder deze richtlijn vallende gebied strengere bepalingen aannemen of handhaven, voorzover deze verenigbaar zijn met het [EG-]Verdrag. Die bepalingen omvatten in voorkomend geval een door redenen van algemeen belang ingegeven verbod, op hun grondgebied, op de handel via overeenkomsten op afstand in bepaalde goederen of diensten, met name geneesmiddelen, een en ander met inachtneming van het Verdrag.'

5 C-267/91 en C-268/91, Jurispr. 1993 p. I-6097.

6 Punt 68.

7 Punt 73.

8 Punt 74.

9 Punt 75.

10 Punt 76.

11 Punt 77.

12 Punten 102-104.

13 Punt 106.

14 Punt 107.

15 Punt 111.

deerd.<sup>16</sup> Het HvJ EG breekt een lans voor de internethandel, door de voordelen van het zich niet hoeven te verplaatsen en rustig vragen voor de apotheek te kunnen formuleren.<sup>17</sup>

Een strengere controle is evenwel vereist en gerechtvaardigd voor de verstrekking van receptplichtige geneesmiddelen aan het publiek, op grond van de grotere gevaren die deze geneesmiddelen voor de gebruiker kunnen opleveren en uit het oogpunt van het stelsel van vaste prijzen, dat in Duitsland voor receptplichtige geneesmiddelen geldt.<sup>18</sup>

Ten aanzien van het eerste rechtvaardigingsargument overweegt het HvJ EG dat de noodzaak om de echtheid van de door de artsen opgestelde recepten op doeltreffende en verantwoordelijke wijze te controleren en om aldus te verzekeren dat het geneesmiddel wordt afgegeven aan de klant zelf of aan iemand die van de klant de opdracht heeft gekregen om het op te halen, een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor een verbod op postorderverkoop. Verder kan de reële mogelijkheid dat de etikettering van het geneesmiddel dat wordt gekocht in een apotheek in een andere lidstaat dan die waarin de koper woont, is opgesteld in een andere taal dan die van deze koper, schadelijkere gevolgen hebben wanneer het om receptplichtige geneesmiddelen gaat.<sup>19</sup>

Ten aanzien van het tweede rechtvaardigingsargument had geen van de betrokken partijen argumenten aangevoerd waarom het stelsel van vaste prijzen een verbod op postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen in Duitsland kon rechtvaardigen, zodat het HvJ EG dit argument niet in zijn beoordeling kon betrekken.<sup>20</sup>

#### Reclameverbod en reikwijdte van het begrip 'publieksreclame'

Het antwoord op de tweede vraag (uitleg van het begrip 'reclame' in het licht van het op het internet aannemen van bestellingen voor geneesmiddelen) splitst het HvJ EG op in verenigbaarheid van reclameverboden in het algemeen met het gemeenschapsrecht en de reikwijdte van het begrip 'publieksreclame' in richtlijn 92/28, thans 2001/83.

Het HvJ EG onderscheidt binnen de reclameverboden weer drie verschillende categorieën: (1) het reclameverbod voor geneesmiddelen waarvoor een vergunning vereist is die echter niet is verleend, (2) het algemeen reclameverbod voor receptplichtige geneesmiddelen en (3) het reclameverbod op postorderverkoop van geneesmiddelen die uitsluitend in apotheken mogen worden verstrekt.

Ten aanzien van de eerste categorie is het HvJ EG kort: een dergelijk verbod is in overeenstemming met het verbod van artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/28 dat is vervangen door artikel 87, lid 1, van het communautaire wetboek en hoeft dus niet te worden getoetst aan de verdragsbepalingen.<sup>21</sup>

Wat betreft de tweede categorie overweegt het HvJ EG dat dit verbod de implementatie is van artikel 88, lid 1, van het communautaire wetboek, waarbij op gemeenschapsniveau een zelfde verbod is vastgesteld. Daar een dergelijk nationaal verbod een nationale uitvoeringsmaatregel van een communautaire harmonisatiemaatregel vormt, kan de verenigbaarheid daarvan met de verdragsbepalingen evenmin in twijfel worden getrokken.<sup>22</sup>

Ten aanzien van de derde categorie overweegt het HvJ EG dat een equivalent verbod op gemeenschapsniveau niet bestaat. Terwijl artikel 88, lid 1, van het communautaire wetboek reclame voor receptplichtige geneesmiddelen verbiedt, staat artikel 88, lid 2, in het algemeen reclame toe voor geneesmiddelen die zijn bedoeld en ontwikkeld om, zonedig weliswaar met advies van de apotheker, zon-

der tussenkomst van een arts te worden gebruikt.<sup>23</sup> In de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden past het HvJ EG dezelfde denkwijze toe als bij het verbod op postorderverkoop van apotheek- maar niet receptplichtige geneesmiddelen: het verbod kan niet gerechtvaardigd worden door de gestelde noodzaak van de fysieke aanwezigheid van een apotheker bij de aankoop van die geneesmiddelen.<sup>24</sup>

Omtrent het reclameverbod voor postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen overweegt het HvJ EG dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen het verbod van een dergelijke verkoop, hetgeen impliceert dat het verbod op de reclame voor de postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen evenmin kan worden geacht een vorm van wettige geneesmiddelenverkoop te belemmeren.<sup>25</sup>

Gezien het antwoord op de tweede vraag behoeft het HvJ EG de derde vraag niet meer te beantwoorden.<sup>26</sup>

## Commentaar

### Maatregel van gelijke werking

De analyse van het HvJ EG is interessant omdat het de verdere flexibilisering van het begrip maatregel van gelijke werking onder de Keck-jurisprudentie<sup>27</sup> laat zien, door de analyse toe te spitsen op de strekking van een nationale maatregel met betrekking tot de mogelijkheden van markttoegang voor in andere lidstaten gevestigde handelaren. Hiermee trekt het HvJ EG zijn markttoegang jurisprudentie die ik eerder in dit blad besproken heb<sup>28</sup> door en versterkt hij deze.

Het met het Keck-arrest<sup>29</sup> geïntroduceerde criterium dat een maatregel binnen de reikwijdte van artikel 28 EG valt indien de maatregel niet dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten als op de verhandeling van producten uit andere lidstaten is door het HvJ EG steeds gebruikt als beleidsinstrument voor de reikwijdte van artikel 28 EG. Zo oordeelde het HvJ EG in Hünernmund dat het verbod voor apothekers om buiten de apotheek reclame te maken voor niet-farmaceutische producten die zij mochten verkopen, de mogelijkheden voor andere marktdeelnemers dan apothekers om voor deze goederen reclame te maken, onverlet liet.<sup>30</sup> Zo oordeelde het HvJ EG in Leclerc-Siplec dat het verbod op de uitzending van reclameboodschappen geen ruime strekking had want het beoogde enkel een bepaalde vorm van verkoopbevordering (televisiereclame) voor een bepaalde vorm van verhandeling (distributie) van producten.<sup>31</sup> Het

<sup>16</sup> Punten 112-116.

<sup>17</sup> Punt 113.

<sup>18</sup> Punt 117.

<sup>19</sup> Punt 119.

<sup>20</sup> Punt 123.

<sup>21</sup> Punt 138.

<sup>22</sup> Punt 139.

<sup>23</sup> Punt 141.

<sup>24</sup> Punt 142.

<sup>25</sup> Punt 147.

<sup>26</sup> Punt 150.

<sup>27</sup> C-267/91 en C-268/91, Jurispr. 1993 p. I-6097.

<sup>28</sup> Zie Vollebregt, E.R., 'Het accent verschuift naar markttoegang', NTER [2001], p. 145.

<sup>29</sup> C-267/91 en C-268/91, Jurispr. 1993 p. I-6097.

<sup>30</sup> C-292/92, Jurispr. 1993 p. I-6787, punt 19.

<sup>31</sup> C-412/93, Jurispr. 1995 p. I-179, punt 22.

HvJ EG heeft in deze zaken niet stil gestaan bij de vraag of deze verboden de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker zouden bemoeilijken dan die van nationale producten, zoals het HvJ EG dat wel deed in *Gourmet*<sup>32</sup> en nu in *DocMorris*.

Het HvJ EG lijkt de reikwijdte van het 'in feite'-criterium onder artikel 28 EG door middel van de markttoegangjurisprudentie op te rekken door in punt 74 te overwegen dat het verbod op postorderhandel van niet-receptplichtige geneesmiddelen 'ongetwijfeld een extra of alternatief middel ontnemt [aan apotheken die buiten Duitsland zijn gevestigd] om de Duitse markt van eindverbruikers van geneesmiddelen te bereiken. [...] Het internet is [...] een belangrijker middel voor niet op Duits grondgebied gevestigde apotheken om die markt rechtstreeks te bereiken. Een verbod dat buiten het Duitse grondgebied gevestigde apotheken meer raakt, kan de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten sterker bemoeilijken dan die van nationale producten.' Hier lijkt een ontwikkeling aan de gang te zijn van 'enige doeltreffende middel' in *De Agostini*<sup>33</sup> via 'sterker zou bemoeilijken' in *Gourmet* naar 'extra of alternatief middel ontnemen' in *DocMorris*, hoewel in *DocMorris* het 'extra of alternatief middel ontnemen' nog steeds wordt geplaatst binnen de context van 'sterker bemoeilijken'.<sup>34</sup> Hoewel de overwegingen van het HvJ EG bepaald worden door de argumenten van partijen (bijvoorbeeld doordat *De Agostini* betoogde dat hem door het verbod op tv-reclame gericht op kinderen het enige doeltreffende middel werd ontnomen), kan in elk geval vastgesteld worden dat de argumenten voor het bestaan van een maatregel van gelijke werking niet beperkt hoeven te worden tot het ontnomen worden van het enige doeltreffende middel maar uitgebreid kunnen worden naar het ontnomen worden van een extra of alternatief middel. Dit is een duidelijke breuk met *Hünernmund* en *Leclerc-Siplec*. Deze breuk komt nieuwe communicatiemedia en distributiemodellen zeer ten goede.

Het oprekken van het 'in feite'-criterium leidt ook tot een kenmerkend verschil in de behandeling met eerdere zaken over apothekplichtige maar niet receptplichtige producten.<sup>35</sup> In die zaak ging het om een Griekse regeling die de verkoop van zuigelingenmelk beperkte tot de apotheek. Het HvJ EG overwoog in deze zaak

dat de regeling weliswaar een verkoopmodaliteit betrof, maar in feite dezelfde invloed had op binnen- en buitenlandse handelaren omdat de 'bestreden Griekse regeling bij de regulering van de afzet van de betrokken produkten enkel maar de distributiepunten daarvan beperkt, zonder daarbij de toegang van produkten uit andere Lid-Staten tot de markt te verhinderen of hen specifiek te benadelen'.<sup>36</sup> De vraag of het hiermee handelaren uit andere lidstaten moeilijker werd gemaakt hun zuigelingenmelk op de Griekse markt te verkopen, kwam in het geheel niet aan de orde.

Met de overweging in punten 68 en 70 van het arrest lijkt het HvJ EG in de richting te redeneren van de kettingreactietheorie die de Commissie in haar beleidsstukken promoot met betrekking tot inbreuk op artikel 28 en 49 EG.<sup>37</sup> In punt 70 overweegt het HvJ EG met betrekking tot de vraag of een maatregel in rechte en feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale en producten uit andere lidstaten dat 'er rekening mee [moet] worden gehouden dat de verhandeling van een product op de nationale markt verschillende fasen kan omvatten tussen het tijdstip van vervaardiging van het product en de eventuele verkoop ervan aan de eindverbruiker.' Verder overweegt het HvJ EG in punt 71 dat '[o]m te bepalen of een gegeven maatregel op de verhandeling van nationale producten dezelfde invloed heeft als op die van producten uit andere lidstaten, moet worden vastgesteld wat de strekking van de betrokken beperkende maatregel is.' Uit de rechtspraak die het HvJ EG daarna echter citeert, blijkt dat het HvJ EG nog steeds niet het effect van een maatregel zoals dat doorwerkt in andere stadia van de distributieketen meeneemt in de beoordeling van een maatregel van gelijke werking. Het HvJ EG kijkt alleen naar de invloed van de nationale maatregel op de handelaar die er een probleem van maakt, en niet naar de uitstraling ervan op andere economische actoren, zoals de kettingreactietheorie van de Commissie voorstaat. Het HvJ EG is er duidelijk nog niet aan toe om het 'in feite'-criterium zó ver op te rekken.

### Rechtvaardigingsgronden

Bij de behandeling van de rechtvaardigingsgronden op het gebied van de receptplichtige geneesmiddelen laat het HvJ EG zien dat het hij toch minder 'internet-minded' is dan men zou verwachten op grond van de behandeling van de rechtvaardigingsgronden met betrekking tot de apotheek- maar niet receptplichtige geneesmiddelen.<sup>38</sup> In punt 119 overweegt het HvJ EG dat er drie gronden zijn die een strengere controle rechtvaardigen omdat receptplichtige geneesmiddelen meer gevaren in het gebruik met zich meebrengen dan niet-receptplichtige geneesmiddelen:

- de noodzaak om de echtheid van de door de artsen opgestelde recepten op doeltreffende en verantwoordelijke wijze te controleren;
- te verzekeren dat het geneesmiddel wordt afgegeven aan de klant zelf of aan iemand die van de klant de opdracht heeft gekregen om het op te halen; en
- te voorkomen dat de etikettering is opgesteld in een andere taal dan die van deze koper, omdat dit schadelijkere gevolgen kan hebben wanneer het om receptplichtige geneesmiddelen gaat.

Hiermee legt het HvJ EG een bom onder de mogelijkheid van elektronische verzending van recepten van artsen naar apotheken. De echtheid van de recepten kan eenvoudig worden vastgesteld door middel van een elektronische handtekening<sup>39</sup> of een andere manier van beveiligde elektronische communicatie. Door middel van de juiste software kan een apotheker vaststellen of het recept dat hem wordt toegezonden wel van de arts komt. De nieuwe Nederlandse ontwerp-Geneesmiddelenwet voorziet hierin bijvoorbeeld.<sup>40</sup> Ook

32 C-405/98 *Gourmet International Products*, Jurispr. 2001 p. I-1795.

33 C-34/95-C-36/95 *De Agostini en TV-Shop*, Jurispr. 1997 p. I-3843.

34 Punt 74.

35 C-391/92 *Commissie/Griekenland (zuigelingenmelk)* Jurispr. 1995 p. I-1621.

36 C-391/92 *Commissie/Griekenland (zuigelingenmelk)* Jurispr. 1995 p. I-1621, punt 20.

37 Zie bijvoorbeeld het Follow Up Groenboek *Commerciële Communicatie* (COM(98)121 def.).

38 Punten 113 en 114.

39 Die lidstaten niet meer mogen discrimineren ten opzichte van 'gewone' handtekeningen sinds 19 juli 2001, zie richtlijn 1999/93/EG van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, Pb. EG 2000 L 13/12.

40 Zie TK 2003-2004, 29 359, nr. 1, definitie van recept in artikel 1, lid 1, sub u: 'een door een [...] arts [...] opgesteld document waarin aan een apotheker [...] een voorschrift wordt gegeven om een [...] aangeduid geneesmiddel [...] ter hand te stellen aan een te identificeren patiënt, en dat is ondertekend door de betrokken arts [...] dan wel, zonder te zijn ondertekend, met een zodanige code is beveiligd dat daartoe bevoegden in de apotheek de authenticiteit ervan kunnen vaststellen'.

papieren recepten kunnen eenvoudig vervalst worden. Met beveiligde elektronische communicatie is dat een stuk moeilijker. Elektronische transmissie van recepten is meer betrouwbaar dan het meegeven van een papieren recept aan de patiënt.

Verzekeren dat het recept aan de klant zelf wordt afgegeven kan worden gewaarborgd door de klant voor ontvangst te laten tekenen. DocMorris gebruikt immers een koeriersdienst<sup>41</sup>, en die vragen een handtekening voor ontvangst. Door het gebruik van de koeriersdienst die door de apotheek zelf wordt ingeschakeld of door de klant wordt gekozen<sup>42</sup> wordt verzekerd dat het gaat om iemand die van de klant opdracht heeft gekregen om het geneesmiddel op te halen. In verband met de niet-receptplichtige geneesmiddelen had het HvJ EG vastgesteld dat '[w]at de mogelijkheid van misbruik betreft, is het niet duidelijk dat degenen die door misbruik receptvrije geneesmiddelen willen aanschaffen, deze in de praktijk minder gemakkelijk zullen kunnen kopen in de traditionele apotheek dan via het internet.'<sup>43</sup> Uit het arrest blijkt niet dat het HvJ EG dit ook onderzocht heeft in de context van de receptplichtige geneesmiddelen. Ook overwoog het HvJ EG met betrekking tot niet-receptplichtige geneesmiddelen dat de overwegingen over de levering ervan geen absoluut verbod op de postorderverkoop ervan konden rechtvaardigen.<sup>44</sup> Deze overwegingen waren eigenlijk alleen die waarmee de Oostenrijkse regering kwam, namelijk dat een aanmerkelijk aantal via het internet bestelde geneesmiddelen in beschadigde of ontoereikende verpakking bij de geadresseerde aankomt, vaak zonder etikettering of zonder bijsluiters in de taal van degene voor wie zij bestemd zijn.<sup>45</sup> Ik zie niet waarom deze overwegingen anders zouden zijn bij receptplichtige geneesmiddelen die per postorder geleverd worden.

De overwegingen van het HvJ EG ten aanzien van de rechtvaardiging van het absolute verbod op postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen gaan helemaal voorbij aan de extra mogelijkheden die elektronische handel op dit punt biedt, zoals elektronische transmissie van recepten. Het lijkt erop dat het HvJ EG teveel naar het resultaat heeft willen toe redeneren (postorderverkoop wel toegestaan voor apotheekplichtige maar niet receptplichtige geneesmiddelen, geen postorderverkoop toegestaan voor receptplichtige geneesmiddelen) en daarbij de bochten nogal kort heeft afgesneden op het gebied van onderbouwing. Blijkbaar heeft de doorslag gegeven dat de nadelen en gevaren die eventueel verbonden zijn aan niet even goed reageren van een virtuele apotheker dan de apotheker in een apotheek zo groot zijn dat die niet verkleind kunnen worden door de vergroting van interactieve elementen op het internet, zoals bij de niet-receptplichtige geneesmiddelen en dat de kans op misbruik bij receptplichtige geneesmiddelen verkocht via het internet kennelijk hoger geacht worden.<sup>46</sup> Dat is niet terug te vinden in de rechtsoverwegingen van het HvJ EG, zodat de bij de niet-receptplichtige geneesmiddelen bepalende overwegingen geen rol spelen bij de behandeling van de rechtvaardigingsgronden voor het verbod op postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen. Bovendien is het gebruik van niet-receptplichtige geneesmiddelen ook gevaarlijk.

Het is op zich niet verrassend dat bij de toepassing van de rechtvaardigingsgrond van de bescherming van de volksgezondheid het HvJ EG minder beredeneerd op de evenredigheid van de nationale maatregel ingaat. Hetzelfde hebben we zien gebeuren in de arresten omtrent loterijen en gokken, de zaken Schindler, Zenatti en Läära.<sup>47</sup> In die zaken bepaalde het Hof dat lidstaten voldoende discretionaire bevoegdheid hebben om hun burgers te beschermen en zelf mogen bepalen op welke manier dit doel het best wordt bereikt.<sup>48</sup> In gevallen met politiek gevoelige materie toetst het HvJ EG de uitoefening

van deze discretionaire bevoegdheid marginaal, en daarbij wordt de evenredigheidstoets niet rigoureus toegepast.<sup>49</sup>

### Richtlijn elektronische handel

De Duitse rechter had in de tweede vraag opgenomen of de presentatie van een internetapotheek op het internet niet moest worden uitgezonderd van het begrip 'publieksreclame' in de Richtlijn Geneesmiddelenreclame, gezien de beginselen van het vrije verkeer van goederen en van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij in de zin van de artikel 1, leden 1 en 2, van de Richtlijn Elektronische handel.

De A-G was hierover heel kort: 'En ce qui concerne la directive sur le commerce électronique, on observera que sa transposition en droit interne ne devait être assurée qu'au 17 janvier 2002 et qu'elle n'est donc pas applicable aux faits du litige au principal.'<sup>50</sup>

Het HvJ EG is er nog korter over en gaat helemaal niet in op de rol van de Richtlijn Elektronische handel, omdat het gedeelte van de vraag over de Richtlijn Elektronische handel was ingebed in een vraag omtrent de uitlegging van de artikelen 28 en 30 EG en de Richtlijn Geneesmiddelenreclame. Het HvJ EG herformuleert de nogal uitgebreide vraag van de Duitse rechter als 'of de artikelen 28 EG en 30 EG zich in het kader van een nationaal reclameverbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen verzetten tegen een ruime uitlegging van het begrip reclame waarbij verschillende aspecten van de webportaal van een apotheek in een lidstaat als verboden reclame worden aangemerkt, zodat de grensoverschrijdende bestellingen van geneesmiddelen via het internet aanmerkelijk moeilijker wordt gemaakt.'<sup>51</sup> Het HvJ EG bekijkt volgens welke van de reclameverboden aan de orde zijn tegenvoeter vindt in het Gemeenschapsrecht. Dat is alleen niet het geval voor het verbod op de postorderverkoop van apotheekplichtige maar niet-receptplichtige geneesmiddelen.<sup>52</sup> De volgende stap is dan: als het verbod op de wijze van verkoop zelf niet gerechtvaardigd is, kan dat ook niet het geval zijn voor een verbod op reclame voor die wijze van verkoop.<sup>53</sup> Het HvJ EG moest deze weg ook wel nemen, omdat de Richtlijn Elektronische handel van het gecoördineerde gebied uitzondert 'de vereisten van de lidstaten in verband met de levering of het vervoer van goederen, met inbegrip van distributie van geneesmiddelen'.<sup>54</sup> De Richtlijn Elektronische handel laat het verbod op postorderverkoop voor geneesmiddelen dus onverlet.

<sup>41</sup> Punt 40.

<sup>42</sup> Punt 40.

<sup>43</sup> Punt 114.

<sup>44</sup> Punt 113.

<sup>45</sup> Punt 83.

<sup>46</sup> Punt 114.

<sup>47</sup> C-275/92 Schindler, Jurispr. 1994, p. I-1039, C-67/98 Zenatti, Jurispr. 1999, p. I-7289 en C-124/97 Läära Jurispr. 1999 p. I-6067.

<sup>48</sup> Zie ook de noot van Straetmans onder de arresten Läära en Zenatti, CMLR 2000, p. 1001.

<sup>49</sup> Zie ook Straetmans (noot 48), p. 1001.

<sup>50</sup> AG Stix-Hackl, punt 52 van haar opinie.

<sup>51</sup> Punt 135.

<sup>52</sup> Punt 141.

<sup>53</sup> Punt 147.

<sup>54</sup> Overweging 21 van de Richtlijn Elektronische handel, zie punt 18 van het arrest.



### Financieel evenwicht van het zorgstelsel

De DAV voerde aan dat de verplichting om de receptplichtige geneesmiddelen tegen vaste prijzen te verkopen gerechtvaardigd is, omdat het toelaten van de grensoverschrijdende verkoop van deze geneesmiddelen tegen vrije prijzen het voortbestaan van de Duitse apothekers in het gedrang brengt en aldus het Duitse gezondheidsstelsel uitholt.<sup>55</sup> Het HvJ EG sluit vooralsnog niet uit dat de het financiële evenwicht van de sociale zekerheid en de organisatie van de geneesmiddelenvoorziening voor receptplichtige geneesmiddelen een belemmering op het vrije verkeer van goederen en diensten kunnen rechtvaardigen. De belemmering moet dan wel evenredig zijn, en dus niet verder gaan dan hetgeen objectief noodzakelijk is om het resultaat te bereiken en het resultaat moet niet door minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt.<sup>56</sup> Het enige argument dat de DAV in dit verband aanvoerde was dat het verbod niet geïsoleerd, gewijzigd of ingetrokken kon worden zonder het stelsel van sociale zekerheid en geneesmiddelenvoorziening in zijn geheel op losse schroeven te zetten.<sup>57</sup> Alleen de Griekse regering was de DAV bijgevallen op dit gebied en had gewezen op het belang van de apotheker bij de distributie van geneesmiddelen. Daarmee is echter nog geen noodzakelijkheid van een verbod op postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen ter verzekering van het stelsel van sociale zekerheid en geneesmiddelenvoorziening bewezen. De DAV bewees bijvoorbeeld niet dat door postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen de Duitse apo-

thekers allemaal failliet zouden gaan. Waar het omging was dat de postorderverkoop het voortbestaan van de *traditionele* apotheken in gevaar zou brengen omdat internetapotheken minder kosten hebben, zodat de traditionele apotheken vreesden voor hun omzet door deze afgeslankte concurrenten.<sup>58</sup>

### U-bocht

De nationale rechter wilde ook weten of er misschien geen sprake was van een maatregel van gelijke werking indien de geneesmiddelen via een zogenaamde u-bochtconstructie grensoverschrijdende handel waren geworden (gekocht door een Nederlandse apotheek van een Duitse groothandel, om weer verkocht te worden in Duitsland). Het HvJ EG stelt vast dat er geen sprake kan zijn van uitvoer en wederinvoer louter met als doel de betrokken nationale regels te ontduiken omdat de marktdeelnemer die de geneesmiddelen had uitgevoerd (groothandel), niet bij de wederinvoer ervan betrokken was (de apotheker).<sup>59</sup> Daar beschermt het HvJ EG terecht de mogelijkheden van een bedrijf om zich in een gunstige jurisdictie binnen de EG te vestigen. Het was waarschijnlijk ook geen toeval dat DocMorris te Landgraaf in Nederland gevestigd was. Een bedrijf dat aan internethandel in geneesmiddelen wil gaan doen, zal zich waarschijnlijk van tevoren terdege laten voorlichten over de juridische risico's en vervolgens de beste 'thuisjurisdictie' in de EG opzoeken. Dat is op zich geen probleem, zoals blijkt uit de u-bochtjurisprudentie omtrent het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging, die veel verder is ontwikkeld dan die onder het vrij verkeer van goederen. Met betrekking tot die vrijheden moet bewezen worden door de partij die zich op een u-bocht door een ander beroept, dat er sprake is van misbruik van recht of bedrog.<sup>60</sup> Dat hadden noch de DAV, noch de lidstaten die opmerkingen maakten gesteld, blijkens het arrest. Alleen de nationale rechter wilde hierover zekerheid hebben.

<sup>55</sup> Punt 120 en punten 85-87.

<sup>56</sup> Zie C-157/99 Smits-Peerebooms Jurispr. 2001, p. I-5473, punt 75.

<sup>57</sup> Punt 87.

<sup>58</sup> Zie punt 85.

<sup>59</sup> Punten 129 en 130.