CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 2 juni 2016 [1]

Zaak C-148/15

Deutsche Parkinson Vereinigung eV
tegen
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

[verzoek van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste deelstaatrechter, Düsseldorf, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Vrij verkeer van goederen — Artikelen 34 en 36 VWEU — Door de staat vastgestelde prijzen voor receptplichtige geneesmiddelen — Maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking — Verkoopmodaliteit — Rechtvaardiging op grond van de volksgezondheid”

I – Inleiding

1. Het Hof hield zich al bezig met vragen over artikel 36 VWEU [2] voordat het de problematiek van de rechtstreekse werking of de voorrang aanpakte. [3] Het afwegen van het belang van de Unie bij het vrije verkeer en de belangen van de lidstaten bij het nastreven van niet-economisch overheidsbeleid is een moeilijke taak die er in de loop van de tijd niet eenvoudiger op is geworden. In tegendeel, dezelfde juridische vraagstukken duiken steeds weer in andere feitelijke constellaties op. De onderhavige zaak toont aan dat de verdragsbepalingen betreffende de interne markt, met name die over het vrije verkeer van goederen, de kern blijven vormen van het juridisch gebouw en het economisch bestel van de Unie.

2. De onderhavige prejudiciële verwijzing, waarmee het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste deelstaatrechter, Düsseldorf, Duitsland; hierna: „OLG Düsseldorf”) wenst te vernemen of een systeem waarbij uniforme prijzen voor receptplichtige geneesmiddelen kunnen worden vastgesteld in overeenstemming is met de artikelen 34 en 36 VWEU, geeft goed weer wat het belang van de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen is.

3. Afgezien daarvan maakt deze zaak eens te meer duidelijk wat de waarde van de prejudiciële procedure is, zij het op een minder voor de hand liggende wijze. In vervolg op de onderling afwijkende rechtspraak van twee van de hoogste Duitse rechters, het Bundessozialgericht en het Bundesgerichtshof, over de rechtmatigheid van de litigieuze bepalingen in het licht van de artikelen 34

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Oud artikel 30 EG (Amsterdam) en artikel 36 EEG (Rome).

3 — Het eerste arrest over artikel 36 VWEU (destijds EEG), Commissie/Italië (7/61, EU:C:1961:31), dateert van 19 december 1961, terwijl het arrest Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen (26/62, EU:C:1963:1) van 5 februari 1963 is en het arrest Costa/E.N.E.L. (6/64, EU:C:1964:66) van 15 juli 1964.

en 36 VWEU, heeft de Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (gemeenschappelijke kamer van de hoogste federale gerechten)[4] uitgemaakt dat deze bepalingen in overeenstemming zijn met het Unierecht.[5] Zonder het OLG Düsseldorf, dat naar mijn mening terecht twijfels koestert over deze overeenstemming, was deze zaak nooit aan het Hof voorgelegd.

4. Laten we tot slot eerlijk zijn: dit is de derde keer dat het Hof wordt gevraagd om de verenigbaarheid te beoordelen van een Duitse maatregel met de verdragsbepalingen over vrij verkeer tegen de achtergrond van pogingen van de Nederlandse apotheek DocMorris die toegang tot de Duitse markt probeert te verkrijgen. In de eerste zaak, Deutscher Apothekerverband eV/0800 DocMorris NV en Jacques Waterval[6], werd het Hof gevraagd of een Duits verbod op de postorderverkoop van geneesmiddelen die alleen in apotheken in de betrokken lidstaten mogen worden verkocht, in overeenstemming was met de artikelen 34 en 36 VWEU. Het Hof oordeelde dat hoewel de betrokken maatregel een maatregel van gelijke werking vormde in de zin van artikel 34 VWEU, artikel 36 VWEU kon worden aangevoerd met betrekking tot receptplichtige geneesmiddelen in Duitsland, maar niet met betrekking tot receptvrije geneesmiddelen. De tweede zaak, gevoegde zaken Apothekerkammer des Saarlandes e.a./Saarland, Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-171/07) en Helga Neumann-Seiwert/Saarland en Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (C-172/07)[7], ging over de vraag of de verdragsbepalingen betreffende vestiging[8] in de weg stonden aan een Duitse regeling die het bezit en de exploitatie van apotheken door personen die niet de hoedanigheid van apotheker hebben, verbiedt (het zogenoemde „Fremdbesitzverbot"). Het Hof besliste dat de vrijheid van vestiging *niet* in de weg stond aan het „Fremdbesitzverbot".

5. Naar aanleiding van het eerste arrest DocMorris heeft Duitsland zijn wetgeving aangepast en de postorderverkoop toegestaan, niet alleen voor receptvrije maar ook voor receptplichtige geneesmiddelen. Uit de aan het Hof verstrekte informatie blijkt dat er, althans gedurende enige tijd, geen voorschriften waren betreffende uniforme prijzen voor uit andere lidstaten ingevoerde receptplichtige geneesmiddelen. Later zijn dergelijke voorschriften ook voor dit soort producten ingevoerd. Dit brengt ons tot de toepasselijke bepalingen.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Duits recht inzake geneesmiddelen*

6. § 78, lid 1, eerste volzin, van het Arzneimittelgesetz (Duitse geneesmiddelenwet; hierna: „AMG") bepaalt:

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

1. prijsmarges vast te stellen voor geneesmiddelen die door de groothandel of door apotheken worden verkocht dan wel door dierenartsen worden doorverkocht, [...]. [...]"

4 — Deze Gemeinsame Senat, waarin artikel 95, lid 3, van de Duitse grondwet voorziet en die krachtens deze bepaling moet zorgen voor de „eenvormigheid van beslissingen" van de Duitse hoogste rechters, is een ad-hocorgaan dat alleen bijeen wordt geroepen in het uitzonderlijke geval dat de rechtspraak van de hoogste Duitse rechters niet overeenkomt. Hij doet een bindende uitspraak in de zaak. De exacte taken en samenstelling zijn uitgewerkt in een speciale wet, het „Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes" van 19 juni 1968, BGBl. I, blz. 661-664.

5 — Zie GmS-OGB, uitspraak van 22 augustus 2012, beschikbaar op: https://openjur.de/u/617231.html. Dit is de meest recente uitspraak van dit orgaan en slechts de veertiende sinds de oprichting ervan in 1968, zie https://openjur.de/gericht_e-235-0-ed-desc.html.

6 — Arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664.

7 — Arrest van 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316.

8 — Artikelen 49 en 54 VWEU.

7. § 78, lid 2, AMG is als volgt geformuleerd:

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

8. Gezien de uiteenlopende rechtspraak van de hoogste Duitse rechters over de vraag of deze bepaling ook gold voor receptplichtige geneesmiddelen die via postorderverkoop worden geleverd door in andere lidstaten gevestigde apotheken, heeft de Duitse wetgever bij wet van 19 oktober 2012[9] de volgende zin ingelast in § 78, lid 1, AMG: „De Arzneimittelpreisverordnung die op grond van de eerste volzin is 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, punt 1a, AMG betreft geneesmiddelen die aan eindverbruikers in Duitsland via postorderverkoop worden geleverd door een in een andere lidstaat gevestigde apotheek.

9. Daarnaast heeft de Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, gelet op de uiteenlopende rechtspraak van de hoogste Duitse rechters, bij beslissing van 22 augustus 2012 geoordeeld dat het AMG ook in zijn oorspronkelijke redactie aldus moest worden uitgelegd.

B – *Duits besluit inzake geneesmiddelenprijzen*

10. De Arzneimittelpreisverordnung (besluit inzake geneesmiddelenprijzen) bepaalt – voor zover hier van belang – dat de producent voor zijn geneesmiddel een prijs vaststelt (§ 1), die vervolgens wordt verhoogd met een groothandelstoeslag (§ 2) en een apotheektoeslag (§ 3). Dit besluit is niet van toepassing op receptvrije geneesmiddelen. Op grond van § 7, lid 1, punt 2, van het Heilmittelgesetz (wet betreffende geneesmiddelen en medische hulpmiddelen) zijn bovendien kortingen verboden.

III – Feiten, procedure en prejudiciële vragen

11. De Deutsche Parkinson Vereinigung eV (hierna: „DPV") is een zelfhulporganisatie met de rechtsvorm van een geregistreerde vereniging. Zij heeft als doel de levensomstandigheden van parkinsonpatiënten en hun gezinnen te verbeteren. In een schrijven van juli 2009, waarin reclame wordt gemaakt voor een samenwerking tussen DPV en de Nederlandse postorderapotheek DocMorris, presenteerde DPV een bonussysteem dat verschillende bonussen omvat voor de leden die bepaalde receptplichtige, slechts via apotheken verkrijgbare parkinsongeneesmiddelen afnemen van DocMorris.

12. De Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (hierna: „ZBW"), een vereniging ter bestrijding van oneerlijke mededinging, acht de reclame oneerlijk gelet op § 4, lid 11, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Duitse mededingingswet; hierna: „UWG") juncto de voormalige § 78 AMG en de §§ 1 en 3 Arzneimittelpreisverordnung respectievelijk juncto de huidige § 78, lid 1, vierde volzin, AMG, omdat het aangeprezen bonusmodel inbreuk maakt op de wettelijk voorgeschreven vaststelling van een uniforme verkoopprijs voor apotheken.

13. Het Landgericht (regionale rechter) heeft de vordering van ZBW toegewezen en DPV verboden, bij haar optreden in het mededingingsverkeer in het kader van een samenwerking met de postorderapotheek DocMorris het bonusmodel van deze apotheek aan te bevelen, wanneer dat gebeurt zoals door middel van het schrijven dat aan het geschil ten grondslag ligt. Het Landgericht achtte de vordering tot staking gegrond omdat DPV met het litigieuze schrijven inbreuk heeft

9 — Zie artikel 1, punt 62, van het Zweite Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, 19 oktober 2012, BGBl. I, blz. 2192-2227, blz. 2212.

gemaakt op § 8, lid 3, punt 2, § 3 en § 4, lid 11, UWG juncto § 78 AMG en de §§ 1 en 3 Arzneimittelpreisverordnung. Het schrijven vormt naar zijn oordeel een handelspraktijk van DPV, die oneerlijk is omdat het aangeprezen bonusmodel door het mededingingsrecht is verboden. Daarnaast heeft het Landgericht geoordeeld dat de betrokken regelingen reeds ten tijde van de litigieuze handeling mede van toepassing waren op leveringen door DocMorris, die niet in Duitsland is gevestigd. Dit blijkt thans uit § 78, lid 1, vierde volzin, AMG, zoals gewijzigd op 26 oktober 2012.

14. DPV heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld, waarin zij haar verzoek tot afwijzing van de vordering van ZBW handhaaft.

15. In het kader van deze procedure heeft het OLG Düsseldorf (hoogste deelstaatrechter, Düsseldorf) bij beschikking van 24 maart 2015, ingekomen bij het Hof op 30 maart 2015, verzocht 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 gelijkmatige geneesmiddelenvoorziening van de bevolking in heel Duitsland, met name in de landelijke gebieden, wordt gewaarborgd?

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

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?”

IV – Analyse

A – *Eerste vraag – Beperking van het vrije verkeer van goederen*

16. Vormt een door het nationale recht voorgeschreven prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen een maatregel van gelijke werking als bedoeld in artikel 34 VWEU?

1. Dassonville

17. De definitie van maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is zo bekend dat deze eigenlijk niet herhaald hoeft te worden. In het arrest Dassonville heeft het Hof geoordeeld dat iedere handelsregeling van de lidstaten die de handel binnen de Unie al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen.[10] Tegenwoordig spreekt het Hof eerder van „maatregelen” dan van „handelsregelingen der lidstaten”[11], al maakt het soms nog wel gebruik van de traditionele Dassonville-formule[12]. Het doel van artikel 34 en volgende is door het Hof helder samengevat als

10 — Zie arrest van 11 juli 1974, Dassonville, C-8/74, EU:C:1974:82, punt 5.

11 — Zie bijvoorbeeld arresten van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 66, en 15 november 2007, Commissie/Duitsland, C-319/05, EU:C:2007:678, punt 80.

12 — Zie bijvoorbeeld arresten van 16 januari 2014, Juvelta, C-481/12, EU:C:2014:11, punt 16; 10 februari 2009, Commissie/Italië, C-110/05, EU:C:2009:66, punt 33, en 30 april 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft, C-531/07, EU:C:2009:276, punt 16.

volgt: „Het is vaste rechtspraak sinds het arrest [...] Dassonville [...] dat de [artikelen 34 en 35 VWEU in] hun context aldus moeten worden begrepen, dat zij de afschaffing beogen van alle al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmeringen van de handelsstromen in het intracommunautaire handelsverkeer”. [13]

18. Prijsbinding is een doorn in het oog van elke ondernemer die niet op een markt aanwezig is, aangezien concurrentie in wezen door de prijs wordt bepaald. Wordt een ondernemer de mogelijkheid tot prijsonderbieding ontnomen, wordt hem een concurrentiefactor ontnomen. Goederen uit andere lidstaten dan Duitsland ondervinden daardoor moeilijkheden om de Duitse markt binnen te komen. De betrokken bepalingen kunnen leiden tot een vermindering van de invoer in Duitsland.

19. Volgens het arrest Dassonville vormen de betrokken bepalingen daarom een maatregel van gelijke werking. Zij zijn meer dan enkel maar in staat de handel te belemmeren. Dit is ook gebleken uit de daling van de verkopen van receptplichtige geneesmiddelen van DocMorris in Duitsland na de invoering van die bepalingen.

2. Keck

20. Vervolgens moet worden onderzocht of de Duitse regeling een, „bepaalde verkoopmodaliteit” vormt in de zin van het arrest Keck en Mithouard. Zo ja, dan zou daaruit volgen dat deze buiten de werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen vallen.

21. In het mogelijk meest controversiële arrest over de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van goederen [14] heeft het Hof zoals bekend beslist dat „in afwijking van de eerdere rechtspraak moet [...] worden aangenomen, dat als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren in de zin van de Dassonville-rechtspraak […], niet kan worden beschouwd de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten”. [15] Voorts oordeelde het Hof: „wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft [...] de toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van producten uit een andere lidstaat, die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, niet tot gevolg dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is. Die regelingen vallen derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel 34 [VWEU].” [16]

13 — Zie arrest van 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punt 56.

14 — Zie onder meer Mattera, A., „De l’arrêt ‚Dassonville’ à l’arrêt ‚Keck’: l’obscure clarté d’une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions”, *Revue du marché unique européen*, 1994, nr. 1, blz. 117-160; Gormley, L., „Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard”, *European Business Law Review*, 1994, blz. 63-67; Steindorff, E., „Unvollkommener Binnenmarkt”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1994, blz. 149-169; Lenz, C.O., „Ein undeutlicher Ton”, *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, blz. 1633-1634. Voor een pleidooi voor het arrest Keck, zie Joliet, R. (een van de zittende rechters in deze zaak), „Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, 1994, blz. 979-987.

15 — Zie arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 16.

16 — Zie arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 17.

22. Het arrest Keck is naar mijn mening een terechte reactie van het Hof op het feit dat marktdeelnemers steeds vaker probeerden een maatregel die de uitoefening van hun economische activiteit belemmerde, met een beroep op artikel 34 VWEU door de nationale rechter buiten toepassing te laten verklaren.[17] Naar mijn mening was het probleem niet het aantal zaken dat aanhangig werd gemaakt, maar de vraagstukken die ze aan de orde stelden.[18] Een zeer ruime uitlegging van de werkingssfeer van artikel 34 VWEU betekende dat het Hof steeds vaker moest oordelen over vraagstukken die slechts zijdelings verband hielden met het vrije verkeer van goederen en meer betrekking hadden op gevoelige maatschappelijke keuzes zoals de openingstijden van winkels op zondag, enzovoort.

23. Toch heeft het Hof de Keck-exceptie maar in weinig gevallen toegepast en bovendien heeft het nimmer positief geformuleerd wat het precies met een „verkoopmodaliteit" bedoelde.[19] Omdat die gevallen echter bestaan, is het arrest Keck nog steeds actueel en dient het in het kader van het onderhavige geval te worden onderzocht.[20]

24. Bepalingen met betrekking tot de vaststelling van prijzen van bepaalde producten, zoals in het onderhavige geval, vormen op het eerste gezicht mogelijk geen „voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan [...] goederen moeten voldoen (zoals voorschriften met betrekking tot hun benaming, hun vorm, hun afmetingen, hun gewicht, hun samenstelling, hun aanbiedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking)".[21] Bovendien heeft het Hof met betrekking tot een nationale regeling van boekenprijzen geoordeeld dat voor zover zij „niet de kenmerken van die producten betreft, maar enkel de voorwaarden waaronder deze kunnen worden verkocht, [...] die regeling [moet] worden geacht betrekking te hebben op verkoopmodaliteiten in de zin van het arrest Keck en Mithouard".[22]

25. Ook al heeft het Hof in dezelfde zaak de litigieuze bepaling toch als een maatregel van gelijke werking aangemerkt voor zover zij voor „ingevoerde boeken een andere regeling treft die tot gevolg heeft dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld"[23], zou ik in eerste instantie niet zo ver zijn gegaan te stellen dat een maatregel inzake prijsbinding een verkoopmodaliteit vormt. Een voor een bepaald product vastgestelde vaste prijs komt zeer dicht in de buurt van een voorschrift inzake aanbiedingsvorm, etikettering of verpakking. Producten zijn immers vaak voorzien van een fysiek prijsetiket op de verpakking. Verder is mijns inziens elke maatregel die een van de belangrijkste aspecten van een product regelt, namelijk de prijs, meer dan een verkoopmodaliteit. Maatregelen inzake de prijs beïnvloeden rechtstreeks het concurrentievoordeel van een marktdeelnemer en zijn vanuit het oogpunt van marktdeelnemers en de regels inzake vrij verkeer veel ingrijpender dan bijvoorbeeld een verbod van verkoop onder de kostprijs of regels over winkelopeningstijden. Zij zijn niet te beschouwen als „verkoopmodaliteit". Daarom heb ik er principieel moeite mee een regel van prijsbinding als verkoopmodaliteit te kwalificeren, met als gevolg dat daarna moet worden geanalyseerd of de maatregel de markttoegang bemoeilijkt en/of discriminerend is.

17 — Advocaat-generaal Tesauro heeft de stemming vóór het arrest Keck goed onder woorden weten te brengen toen hij zeer toepasselijk in zijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 15 december 1993, Hünermund e.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, C-292/92, EU:C:1993:863, punt 1, de retorische vraag stelde: „Is [artikel 34 VWEU] een bepaling ter liberalisering van de intracommunautaire handel of een bepaling die meer in het algemeen is bedoeld ter bevordering van de vrije uitoefening van handelsactiviteiten in iedere lidstaat?"

18 — Zie ook Weiler, J.H.H., „The constitution of the common market place", in P. Craig, G. de Búrca, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999, blz. 349-376, blz. 370.

19 — Zie onder meer Kellerhals, A., „Das Binnenmarktrecht der Warenverkehrsfreiheit", in Müller-Graff, P.-Chr. (ed.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, blz. 357-396, blz. 376.

20 — Niettemin mag de Keck-formule niet automatisch worden toegepast. Het vaststellen van een verkoopmodaliteit heeft niet tot doel om die volledig van de werkingssfeer van artikel 34 VWEU uit te sluiten, maar om een vermoeden te scheppen dat dergelijke regels de handel tussen lidstaten niet belemmeren in de zin van het arrest Dassonville. Zie Szpunar, M., *Promocja towarów w prawie wspólnotowym*, Kraków, 2002, blz. 185.

21 — Terminologie van het arrest Keck, zie arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905, punt 15.

22 — Zie arrest van 30 april 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft, C-531/07, EU:C:2009:276, punt 20.

23 — Zie arrest van 30 april 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft, C-531/07, EU:C:2009:276, punt 22.

26. Mijns inziens hoeft alleen maar te worden getoetst of al dan niet aan de voorwaarden van de Dassonville-formule is voldaan. Hoe dit ook zij, zal ik overeenkomstig de bestaande rechtspraak de betrokken bepalingen bij mijn analyse behandelen alsof ze een „verkoopmodaliteit" vormen.

27. Een uniforme verkoopprijs in apotheken, zoals in het onderhavige geval, geldt zonder twijfel rechtens voor zowel Duitse als niet-Duitse apotheken en tevens voor zowel Duitse als ingevoerde producten.

28. Duitsland stelt dat dit ook de feitelijke situatie is. De Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes is tevens van oordeel dat de prijsbinding zowel rechtens als feitelijk evenzeer geldt voor binnen- en buitenlandse apotheken. [24]

29. De Europese Commissie is daarentegen van mening dat er 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 hun waren kunnen verkopen volgens de prijsvoorschriften die gelden in de lidstaat waar zij zijn gevestigd. Voor Duitse apotheken is postorderverkoop daarentegen slechts een extra distributiekanaal.

30. Zoals DPV, de Nederlandse regering en de Commissie terecht opmerken, hebben apotheken die buiten Duitsland zijn gevestigd, alleen toegang tot de Duitse markt via het internet. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt door het Duitse „Fremdbesitzverbot", dat wil zeggen de regel dat uitsluitend apothekers het recht hebben om eigenaar te zijn van een apotheek en deze te exploiteren. [25] De toegang tot de Duitse markt van een internetapotheek die buiten Duitsland is gevestigd en voornemens is haar producten in Duitsland op de markt te brengen, wordt derhalve belemmerd als zij niet op prijs kan concurreren.

31. Maar de onderhavige zaak gaat verder dan dat.

32. Maatregelen die rechtens maar niet feitelijk op dezelfde manier van toepassing zijn, worden doorgaans indirect discriminerende maatregelen genoemd. De vaststelling van welke vorm van discriminatie dan ook is altijd lastig. Het staat of valt met het vergelijkingspunt, zoals de onderhavige zaak goed illustreert. Indien internetapotheken als vergelijkingspunt worden genomen, zoals de Gemeinsame Senat heeft gedaan, dan is indirecte discriminatie lastig aan te tonen. Zowel een apotheek in Hamburg (Duitsland) als een apotheek in Heerlen (Nederland) die beide voornemens zijn aan patiënten in Trier (Duitsland) te leveren, wordt feitelijk hetzelfde behandeld.

33. Dit is echter niet de juiste invalshoek van waaruit het vraagstuk van (indirecte) discriminatie in de onderhavige zaak moet worden onderzocht.

34. Zonder twijfel zijn het immers niet de *internetapotheken* die moeten worden vergeleken, maar de apotheken *in het algemeen*. En dan ontstaat een ander beeld, om de eenvoudige reden dat, zoals DPV terecht opmerkt, Duitse en niet-Duitse apotheken in verschillende mate van het internet gebruik maken. Een apotheek die reeds in Duitsland aanwezig is, zal in de regel niet of slechts beperkt van het internet gebruik maken, terwijl een buiten Duitsland gevestigde apotheek uitsluitend via het internet aan patiënten in Duitsland kan leveren. Met andere woorden, terwijl voor een Duitse apotheek postorderverkoop slechts een bijkomend distributiekanaal vormt, is dat voor een niet-Duitse apotheek het enige distributiekanaal.

24 — GmS-OGB, uitspraak van 22 augustus 2012, punt 47, beschikbaar op https://openjur.de/u/617231.html.

25 — In tegenstelling tot een kapitaalvennootschap die in een andere lidstaat rechtmatig een apotheek exploiteert. Het Hof heeft geoordeeld dat het „Frembesitzverbot" verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, zie arrest van 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 61.

35. In het arrest Deutscher Apothekerverband oordeelde het Hof dat een verbod op postorderverkoop van farmaceutische producten apotheken buiten Duitsland *meer* hindert dan apotheken op Duits grondgebied.[26] Het oordeelde verder dat dit verbod apotheken op Duits grondgebied ongetwijfeld een extra of alternatief middel ontneemt om de Duitse markt van eindverbruikers van geneesmiddelen te bereiken, maar dat neemt niet weg dat zij de mogelijkheid behouden om de geneesmiddelen in hun apotheek te verkopen. Het internet is daarentegen voor buiten Duitsland gevestigde apotheken een belangrijker middel om de Duitse markt rechtstreeks te bereiken. Een verbod dat buiten het Duitse grondgebied gevestigde apotheken meer raakt, kan de markttoegang voor producten uit andere lidstaten sterker bemoeilijken dan voor nationale producten.[27]

36. In het arrest Ker Optika heeft het Hof deze redenering uitgebreid tot een verbod op de postorderverkoop van contactlenzen. Het oordeelde dat een dergelijk verbod marktdeelnemers uit andere lidstaten een bijzonder doeltreffende modaliteit voor de verkoop van deze producten ontzegt en de toegang van deze marktdeelnemers tot de markt van de betrokken lidstaat dus aanzienlijk hindert.[28]

37. Wanneer een maatregel de markttoegang voor, in de regel buitenlandse, internetapotheken blokkeert of althans bemoeilijkt teneinde een levensvatbare structuur van fysieke apotheken te behouden, is het mijns inziens onmogelijk om van een zonder onderscheid toepasselijke verkoopmodaliteit te kunnen spreken. Ik zou bijgevolg concluderen dat de betrokken Duitse maatregel, doordat hij niet-Duitse apotheken indirect discrimineert, geen „bepaalde verkoopmodaliteit" in de zin van het arrest Keck en Mithouard is, maar een belemmering vormt voor de handel van geneesmiddelen uit andere lidstaten.

38. Dit brengt mij tot een laatste overweging over de kwalificatie van de Duitse bepalingen: mijn conclusie komt niet alleen volledig overeen met de tekst van het arrest Keck en Mithouard, maar ook met de hierboven beschreven grondgedachte ervan. Gevoelige zaken van niet-economische aard die slechts marginaal betrekking hebben op het vrij verkeer als zodanig (en niet-discriminerend zijn), moeten een zaak van de lidstaten blijven. Ik zie geen enkele ruimte voor dergelijke gevoeligheden wanneer de maatregel ertoe leidt de mededinging en de markttoegang voor buitenlandse marktdeelnemers te beperken. Een dergelijke maatregel staat ver af van regelgeving inzake de verkoop beneden de kostprijs[29], zaken over verkoop op zondag[30] of zaken over reclamebeperkingen[31].

26 — Zie arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 74. Cursivering van mij.

27 — Zie arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 74. Een vergelijkbare redenering in de rechtsliteratuur is dat een vaste verkoopprijs nadelige gevolgen voor de invoer kan hebben als gevolg van een beperking van het concurrentievoordeel van een importeur, zie Müller-Graff, P.-Chr., in Von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A. (red.), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar)*, 7e druk., Nomos, Baden-Baden, artikel 34 AEUV, punt 143. Zie ook Becker, U., in Schwarze (red.), *EU-Kommentar*, 3e druk., Nomos, Baden-Baden, artikel 34 AEUV, punt 69.

28 — Zie arrest van 2 december 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 54. In dit arrest heeft het Hof het vraagstuk van markttoegang en discriminatie samen onderzocht, zoals het regelmatig doet.

29 — Zie arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91 en C-268/91, EU:C:1993:905.

30 — Zie arresten van 23 november 1989, Torfaen Borough Council/B & Q PLC, C-145/88, EU:C:1989:593; 16 december 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent en Norwich City Council/B & Q Plc, C-169/91, EU:C:1992:519 (beide reeds vóór het arrest Keck), en 2 juni 1994, Punto Casa en PPV, C-69/93 en C-258/93, EU:C:1994:226 (na het arrest Keck).

31 — Zie arresten van 15 december 1993, Hünermund e.a./Landesapothekerkammer Baden-Württemberg, C-292/92, EU:C:1993:932, punt 21, en 9 februari 1995, Leclerc-Siplec/TF1 en M6, C-412/93, EU:C:1995:26, punt 21. Overigens heeft het Hof geoordeeld dat bepaalde reclamebeperkingen een maatregel van gelijke werking vormen, namelijk wanneer ze de toegang tot een markt bemoeilijken, zie bijvoorbeeld arrest van 8 maart 2001, Gourmet International Products, C-405/98, EU:C:2001:135, punt 21.

B – *Tweede en derde vraag – Rechtvaardiging uit hoofde van de volksgezondheid*

39. Met de tweede en de derde vraag, die ik samen behandel, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de litigieuze bepalingen gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de „bescherming van de gezondheid en het leven van personen" in de zin van artikel 36 VWEU. [32]

1. Aangevoerde rechtvaardigingsgrond: volksgezondheid

40. Het Hof heeft sinds het arrest De Peijper, de eerste zaak over de volksgezondheidsexceptie, steeds geoordeeld „dat onder de in artikel 36 [VWEU] beschermde goederen of belangen de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats innemen en dat het aan de lidstaten staat om binnen de door het verdrag gestelde grenzen te beslissen over de mate waarin zij de bescherming daarvan willen waarborgen [...]". [33]

41. Duitsland, dat zich op deze rechtvaardigingsgrond beroept, benadrukt dat de litigieuze maatregel noodzakelijk is teneinde 1) een gelijkmatige voorziening met geneesmiddelen in heel Duitsland te garanderen, 2) de kwaliteit van die voorziening te garanderen en de patiënten te beschermen, en 3) de kostenontwikkeling in de gezondheidssector te beheersen.

42. Het laatste onderdeel van de rechtvaardigingsgrond kan niet worden ingeroepen. Aangezien artikel 36 VWEU „handelt over gevallen van niet-economische aard" [34], kunnen maatregelen om de kosten van socialezekerheidsstelsels te verlagen, niet op grond van gezondheid in de zin van artikel 36 VWEU worden gerechtvaardigd [35]. Uitsluitend het risico van ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel kan een dwingende reden van algemeen belang vormen. [36] Gelet op de uitzonderlijke aard van deze rechtvaardigingsgrond, is dat hier duidelijk niet het geval. [37] Nog geheel afgezien van het feit dat als de prijzen niet waren vastgesteld en de mededinging zou zijn toegenomen, dit lagere prijzen tot gevolg zou kunnen hebben, wat een voordeel zou kunnen opleveren voor socialezekerheidsstelsels.

32 — Aangezien is vastgesteld dat de maatregel indirect discriminerend is, kan Duitsland alleen een beroep doen op de in artikel 36 VWEU genoemde rechtvaardigingsgronden en niet op de redenen van dwingende aard die het Hof heeft ontwikkeld op grond van het arrest Rewe-Zentral („Cassis de Dijon"), arrest van 20 februari 1979, 120/78, EU:C:1979:42.

33 — Zie arrest van 20 mei 1976, De Peijper, 104/75, EU:C:1976:67, punt 15. Zie tevens de arresten van 7 maart 1989, Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, 215/87, EU:C:1989:111, punt 17; 16 april 1991, Freistaat Bayern/Eurim-Pharm, C-347/89, EU:C:1991:148, punt 26; 10 november 1994, Ortscheit/Eurim-Pharm, C-320/93, EU:C:1994:379, punt 16, en 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 103.

34 — Zie reeds de allereerste zaak over artikel 36 VWEU (destijds EEG): arrest van 19 december 1961, Commissie/Italië, 7/61, EU:C:1961:31, blz. 673.

35 — Zie arrest van 28 april 1998, Decker/Caisse de maladie des employés privés, C-120/95, EU:C:1998:167, punten 39 en 40.

36 — Zie arrest van 28 april 1998, Decker/Caisse de maladie des employés privés, C-120/95, EU:C:1998:167, punt 39. Het Hof volgde dezelfde benadering in verband met de vrijheid van dienstverlening, zie arrest van 28 april 1998, Kohll/Union des caisses de maladie, C-158/96, EU:C:1998:171, punt 41.

37 — Strikt genomen en overeenkomstig de Cassis de Dijon-rechtspraak van het Hof zou de betrokken maatregel, om te kunnen worden gerechtvaardigd op grond van een dwingende reden van algemeen belang (of volgens oudere rechtspraak: dwingend vereiste), zonder onderscheid toepasselijk dienen te zijn op binnen- en buitenlandse goederen, wat hier niet het geval is zoals uit het bovenstaande blijkt. Ik ben er echter niet zeker van of het Hof nog steeds vasthoudt aan een dergelijk strikt standpunt, met name als het gaat om maatregelen die wel feitelijk maar niet rechtens discriminatoir zijn. Zie bijvoorbeeld arrest van 30 april 2009, Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft, C-531/07, EU:C:2009:276, punten 22 en 34, ook al heeft het Hof in die zaak (punten 35 en 36) geoordeeld dat de betrokken maatregel onevenredig is vanuit het oogpunt van de dwingende reden van de „bescherming van boeken als cultuurgoed".

43. Met betrekking tot de twee andere onderdelen van de rechtvaardigingsgrond heeft het Hof erkend dat in beginsel de rechtvaardigingsgrond „gezondheid" maatregelen omvat die 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. [38]

2. Evenredigheid

44. Tegen deze achtergrond wil ik ingaan op de evenredigheid van de Duitse maatregel, bezien vanuit de noodzaak in heel Duitsland een gelijkmatige voorziening met geneesmiddelen, de kwaliteit van die voorziening en de bescherming van de patiënten te garanderen. Hiertoe zal ik onderzoeken in hoeverre de bestreden bepalingen geschikt en noodzakelijk zijn.

45. In zijn algemeenheid stelt Duitsland [39] in deze zaak niet dat hier sprake is van een typisch geval waarin de toepassing van de regels over vrij verkeer rampzalige gevolgen in Duitsland zou hebben [40]. Ook lijkt het niet te gaan om wederzijdse erkenning of wederzijds vertrouwen. [41] Het betoog van Duitsland is fundamenteler: beweerdelijk te veel concurrentie, waaronder lagere prijzen voor patiënten en meer vrij verkeer van geneesmiddelen tussen de overige lidstaten en Duitsland, zou negatieve gevolgen hebben voor de bescherming van de volksgezondheid in Duitsland. Het onvermijdelijke falen van de markt zou leiden tot een concentratie van apotheken in bepaalde gebieden waardoor mensen in afgelegen gebieden, en immobiele, kwetsbare en oude mensen worden achtergesteld.

46. Duitsland vreest dat door een toenemende concurrentie Duitse traditionele detailhandelapotheken die hun klanten van hoogwaardig professioneel advies willen dienen, worden gedwongen tot slechtere dienstverlening om niet bij de concurrentie achter te blijven.

47. Ik kan mij moeilijk voorstellen dat meer concurrentie leidt tot slechtere dienstverlening door apotheken. Ik zou het tegenovergestelde verwachten. In dit verband wil ik verwijzen naar het overeenkomstige standpunt van advocaat-generaal Poiares Maduro, dat hij op scherpe en elegante wijze naar voren heeft gebracht in de zaak Blanco Perez. [42]

38 — Zie arresten van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 106, en 11 september 2008, Commissie/Duitsland, C-141/07, EU:C:2008:492, punt 47 in verband met het vrije verkeer van goederen. Het Hof heeft deze motivering vervolgens uitgebreid naar de vrijheid van vestiging, zie bijvoorbeeld arresten van 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 28; 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, EU:C:2010:300, punt 64; 5 december 2013, Venturini, C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punt 42, en 13 februari 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, punt 25.

39 — Zie daarentegen het Duitse standpunt betreffende het verbod van postorderverkoop van geneesmiddelen in het arrest Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 80.

40 — Behalve moordende prijsconcurrentie, zie direct hieronder.

41 — Dit zou naar mijn mening hoe dan ook zeer lastig te construeren zijn in een tijdperk van wederzijdse erkenning van beroepskwalificaties, met name die van artsen en apothekers, krachtens richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2005, L 255, blz. 22).

42 — Zie conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de gevoegde zaken die hebben geleid tot het arrest van 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, EU:C:2009:587, punt 26: „het dossier [lijkt] geen aanwijzingen te bevatten, dat meer concurrentie zal leiden tot slechtere dienstverlening door apothekers. Opvallend in dit opzicht is een zeker gebrek aan consistentie in de logische gedachtegang van sommige partijen en van de lidstaten. Soms worden apothekers afgeschilderd als zouden zij hoofdzakelijk door geldzucht geleid worden, zodanig dat allen erop uit zijn om hun beroep slechts in dichtbevolkte gebieden uit te oefenen, en klaarstaan om, zodra zich concurrentie voordoet, winstbejag boven hun beroepsverplichtingen te laten prevaleren. Anderzijds wordt gesteld dat apothekers, wanneer zij een ‚monopoliepositie' verworven hebben in een relatief dichtbevolkt gebied, zich in hun bedrijfsvoering door hun beroepsverplichtingen laten leiden en zich in de eerste plaats wijden aan de verlening van hoogwaardige farmaceutische zorg. In de argumentatie van diverse partijen lijkt concurrentie heiligen tot zondaars te maken."

a) Geschiktheid

48. Om aan het evenredigheidsbeginsel te voldoen, moet de maatregel in de eerste plaats geschikt (of passend) [43] zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen. Deze geschiktheid om de verwezenlijking van het aangegeven doel te waarborgen, wordt alleen aanvaard wanneer de betrokken maatregel de verwezenlijking van dat doel daadwerkelijk op coherente en stelselmatige wijze nastreeft. [44] Het Hof verleent in het algemeen in deze fase een ruime beoordelingsvrijheid aan de lidstaten. [45] Als de nationale maatregel geen effect heeft op de rechtvaardigingsgrond, dan is de litigieuze maatregel niet geschikt. Hetzelfde geldt voor een maatregel die is ingevoerd op grond van een kennelijke beoordelingsfout. [46]

i) Gelijkmatige voorziening

49. ZBW en de Duitse regering betogen dat de litigieuze bepalingen geschikt zijn om een volledige en gelijkmatige geneesmiddelenvoorziening in heel Duitsland te garanderen.

50. De Gemeinsame Senat heeft die vraag bovendien met verwijzing naar de aan de wetgever toegekende beoordelingsruimte bevestigend beantwoord omdat niet valt in te zien welk ander systeem in staat zou zijn om, zoals de prijsbinding, in het belang van de veilige en kwalitatief hoogwaardige geneesmiddelenvoorziening van de bevolking het gevaar voor een moordende prijsconcurrentie tussen apotheken tegen te gaan, een gelijkmatige toegang van de bevolking tot receptplichtige geneesmiddelen te verzekeren en het risico van verkeerd of buitensporig gebruik van geneesmiddelen te verminderen. [47]

51. Het verband tussen de Duitse maatregel en het aangevoerde doel, dat wil zeggen de gelijkmatige voorziening met geneesmiddelen, lijkt mij te zwak. Ik ben daarom van mening dat de betrokken maatregel niet geschikt is om de aangevoerde doelstellingen te bereiken. Mijn redenen zijn de volgende.

52. Ten eerste betekent het aantal apotheken niet automatisch dat er in heel Duitsland sprake is van een volledige en gelijkmatige voorziening, zoals de Commissie terecht opmerkt. Waarom zouden juist de afgelegen gebieden en/of de gebieden waar veel ouderen wonen, beter worden bediend als er meer apotheken zijn? Prijsconcurrentie tussen apotheken zou juist kunnen bijdragen aan een gelijkmatige geneesmiddelenvoorziening. Ik zou denken dat afgelegen gebieden beter worden bediend wanneer internetapotheken in staat worden gesteld deel te nemen aan de mededinging. Mensen met beperkte mobiliteit zouden veel baat kunnen hebben bij de mogelijkheid om online bestellingen te plaatsen die direct thuis worden afgeleverd. Zelfs als zij niet zijn gewend aan de vermeende complexiteit van online bestellen, dan is er vaak iemand die hen daarbij kan helpen (een verzorger, een kind of kleinkind, de buren, etc.).

43 — Naar mijn mening kunnen de in dit verband gebruikte Engelse begrippen („suitable”, „appropriate” en „adequate”) door elkaar worden gebruikt. Mijn persoonlijke voorkeur gaat uit naar het begrip „suitable”. Bovendien wordt dit begrip door de Uniewetgever in de „dienstenrichtlijn” gebruikt, zie artikel 15, lid 3, onder c), van richtlijn 2006/123 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36). Zie ook Barnard, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, 4e ed., 2013, blz. 177, die in het kader van artikel 36 VWEU al deze begrippen gebruikt.

44 — Zie arresten van 21 december 2011, Commissie/Oostenrijk, C-28/09, EU:C:2011:854, punt 126, en 3 maart 2011, Kakavetsos-Fragkopoulos, C-161/09, EU:C:2011:110, punt 42, met betrekking tot het vrije verkeer van goederen. Zie ook arresten van 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 42, en 13 februari 2014, Sokoll-Seebacher, C-367/12, EU:C:2014:68, punt 39, met betrekking tot de vrijheid van vestiging, en 16 december 2010, Josemans, C-137/09, EU:C:2010:774, punt 70, met betrekking tot de vrijheid van dienstverlening.

45 — Zie arrest van 15 september 1994, Houtwipper, C-293/93, EU:C:1994:330, punt 22.

46 — Zie arrest van 15 september 1994, Houtwipper, C-293/93, EU:C:1994:330, punt 22.

47 — Zie GmS-OGB, uitspraak van 22 augustus 2012, punt 50, beschikbaar op https://openjur.de/u/617231.html.

53. Ten tweede zijn het wat de receptplichtige geneesmiddelen betreft niet zo zeer de apotheken waarnaar gekeken moet worden, maar het aantal artsen. *Ländlicher Ärztemangel*, dat wil zeggen een tekort aan artsen in met name afgelegen gebieden, is ongetwijfeld de oorzaak van het probleem en niet het aantal apotheken. Als er geen arts is om een geneesmiddel voor te schrijven, dan zal er doorgaans ook geen apotheek zijn.

54. Ten derde, wat de delicatere en gevoeligere leveringsproblematiek in spoedsituaties betreft, mag niet uit het oog worden verloren dat Duitsland deze kwestie heeft aangepakt met een specifieke wet, het de Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz.[48] Deze wet, die buiten de normale openingstijden van apotheken een volledige en gelijkmatige geneesmiddelenvoorziening beoogt te garanderen in heel Duitsland en met name in afgelegen gebieden, voorziet in financiële steun voor apotheken die zorgen voor dergelijke spoedleveringen, via een door de Deutsche Apothekerverband beheerd fonds. Op verkochte geneesmiddelen wordt een heffing gelegd. Overigens blijkt uit de beschikbare informatie dat deze heffing ook geldt voor geneesmiddelen die in Duitsland worden ingevoerd. Dit betekent dat buitenlandse apotheken die hun producten op de Duitse markt verkopen, financieel aan dit fonds bijdragen.[49]

55. Ik zie niet in hoe de litigieuze bepalingen de volledige en gelijkmatige geneesmiddelenvoorziening extra zouden waarborgen.

ii) Kwaliteit van de voorziening

56. Met betrekking tot de kwaliteit van de voorziening kan niet genoeg worden benadrukt dat het hier gaat om receptplichtige geneesmiddelen. In dit kader wil ik wijzen op het arrest Venturini van het Hof waarin het oordeelde dat „het aantal vestigingen waar alleen op recept verkrijgbare geneesmiddelen worden verkocht, met inbegrip van de geneesmiddelen die niet ten laste komen van de nationale gezondheidsdienst en die volledig door de koper worden bekostigd, [...] in dit verband [...] van weinig belang [is]. Aangezien enkel artsen een recept voor die geneesmiddelen kunnen afgeven, hebben noch de exploitanten van een apotheek noch die van een parafarmaceutisch verkooppunt hoe dan ook een rechtstreekse invloed op de omvang van de verkoop van die geneesmiddelen en kunnen zij dus niet bijdragen tot een eventueel overmatig gebruik ervan."[50] De prijs van geneesmiddelen heeft derhalve geen invloed op de hoeveelheid receptplichtige geneesmiddelen die aan een patiënt wordt geleverd. De apothekers zijn aan handen en voeten gebonden.

iii) „Onzekerheid over het bestaan of de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid"

57. In dit verband mag niet uit het oog worden verloren dat Duitsland moet aantonen dat de maatregel gerechtvaardigd en evenredig is. Deze lidstaat moet de geschiktheid van de betrokken maatregel aantonen. Duitsland heeft geen bewijs geleverd ter ondersteuning van zijn bepalingen. In plaats daarvan verwijst hij naar de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke „de lidstaten bij onzekerheid omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid beschermende maatregelen [moeten] kunnen nemen, zonder te hoeven wachten totdat ten volle blijkt dat deze risico's inderdaad bestaan en groot zijn". In dit verband verwijst Duitsland ook naar het voorzorgsbeginsel.

58. Deze stelling moet nader worden onderzocht.

48 — Zie Gesetz zur Förderung der Sicherstellung des Notdienstes von Apotheken (Apothekennotdienstsicherstellungsgesetz – ANSG) van 15 juli 2013, BGBl. I, blz. 2420, beschikbaar op http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s2420.pdf.

49 — Zie punt 5.8 van het reglement van dit fonds, beschikbaar op http://www.dav-notdienstfonds.de/wp-content/uploads/2016/02/VERFAHRENSORDNUNG-V-2-0-16_02_03.pdf.

50 — Zie arrest van 5 december 2013, Venturini, C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punt 57.

– Oorsprong: rechtspraak over voorzorgsbeginsel

59. De bedoelde formule wordt regelmatig door het Hof aangehaald. Deze is afkomstig uit de rechtspraak over het voorzorgsbeginsel. Naar mijn weten heeft het Hof haar voor het eerst in 1998 in twee arresten in het kader van de BSE-crisis gebruikt met betrekking tot instellingen van de Unie.[51] Sindsdien is ze in verband met zowel maatregelen van de instellingen van de Unie als maatregelen van de lidstaten toegepast, die afwijken van de voorschriften over het vrije verkeer. In alle gevallen ontbrak namelijk de wetenschappelijke zekerheid over het bestaan of de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid. Deze zaken deden zich doorgaans voor op het gebied van vitaminen of anderszins verrijkte levensmiddelen[52], nieuwe voedingsmiddelen[53], etiketteringseisen voor uit GGO's bestaande of van GGO's afgeleide voedingsmiddelen en voedselingrediënten[54] en wederom op het gebied van BSE[55].

60. Er zijn gevallen geweest waarin een advocaat-generaal wel naar het voorzorgsbeginsel heeft verwezen, maar het Hof niet.

61. In een zaak over mengvoeders heeft advocaat-generaal Tizzano bijvoorbeeld het Hof in overweging gegeven de toepassing van het voorzorgsbeginsel af te wijzen en aangegeven dat de richtlijn 2002/2/EG[56] „immers geen specifieke maatregel voor risicomanagement met een tijdelijk karakter [is die] bepaalde producten of praktijken verbiedt waarvan wetenschappelijk niet is aangetoond dat zij gevaarlijk zijn. Integendeel, het betreft een normatieve handeling met een algemene strekking die, teneinde het niveau van gezondheidsbescherming te verbeteren (zie de vierde en de vijfde overweging van de considerans), de etiketteringvoorschriften van diervoeders harmoniseert op een meer beperkende wijze dan in het verleden."[57] Zonder zelfs het voorzorgsbeginsel te noemen, heeft het Hof de redenering van de advocaat-generaal gevolgd en geoordeeld dat de betrokken richtlijn niet onevenredig is.[58]

– Uitbreiding tot apotheken

62. In 2009 nam de rechtspraak van het Hof een zekere wending. Het Hof begon in andere dan de hierboven beschreven contexten naar „onzekerheid over het bestaan of de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid" te verwijzen.

51 — Zie arresten van 5 mei 1998, The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food en Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union e.a., C-157/96, EU:C:1998:191, punt 63, en 5 mei 1998, Verenigd Koninkrijk/Commissie, C-180/96, EU:C:1998:192, punt 99: „Bij onzekerheid omtrent het bestaan en de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid moeten *de instellingen* evenwel beschermende maatregelen kunnen nemen, zonder te behoeven wachten totdat ten volle blijkt dat deze risico's inderdaad bestaan en groot zijn." Cursivering van mij.

52 — Arrest van 23 september 2003, Commissie/Denemarken, C-192/01, EU:C:2003:492, punt 49. Zie ook conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Commissie/Denemarken, C-192/01, EU:C:2002:760, punt 102: „Ik ben dan ook van mening dat een *aannemelijk* risico voor de volksgezondheid voldoende is opdat een lidstaat overeenkomstig het voorzorgsbeginsel maatregelen op grond van [artikel 36 VWEU] kan nemen. En hoe groter de wetenschappelijke onzekerheid, hoe ruimer de beoordelingsmarge van de lidstaten, wier plicht het is de volksgezondheid te beschermen."

53 — Zie arrest van 9 september 2003, Monsanto Agricoltura Italia e.a., C-236/01, EU:C:2003:431, punt 111.

54 — Arrest van 26 mei 2005, Codacons en Federconsumatori, C-132/03, EU:C:2005:310, punt 61.

55 — Arrest van 12 januari 2006, Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, EU:C:2006:30, punt 39.

56 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002 tot wijziging van richtlijn 79/373/EEG van de Raad betreffende het verkeer van mengvoeders en tot intrekking van richtlijn 91/357/EEG van de Commissie (PB 2002, L 63, blz. 23).

57 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak ABNA e.a., C-453/03, EU:C:2005:202, punt 129.

58 — Zie arrest van 6 december 2005, ABNA e.a., C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, EU:C:2005:741, punten 57 e.v.

63. De zaak Commissie/Italië betrof een wettelijke regeling die het recht tot exploitatie van particuliere detailhandelsapotheken voorbehield aan natuurlijke personen met een apothekersdiploma en aan beheersvennootschappen waarvan alle vennoten apotheker zijn, en wettelijke bepalingen die het voor ondernemingen die zich bezighouden met de distributie van farmaceutische producten („distributieondernemingen"), onmogelijk maakten deelnemingen te verwerven in vennootschappen die gemeentelijke apotheken exploiteren.[59] De zaak Apothekerkammer des Saarlandes e.a. betrof nationale regels waarbij de eigendom van een apotheek werd voorbehouden aan apothekers.[60]

64. Het Hof heeft deze formule in beide zaken toegepast, onder verwijzing naar de rechtspraak over het voorzorgsbeginsel. Het heeft dit beginsel als zodanig echter niet genoemd.

65. Het Hof voegde echter een belangrijke kwalificatie eraan toe: 1) een lidstaat kan maatregelen nemen die een risico voor de volksgezondheid – daaronder met name begrepen een risico voor een veilige en kwalitatief hoogstaande geneesmiddelenvoorziening van de bevolking – in de mate van het mogelijke beperken[61]; 2) er dient te worden gewezen op de zeer bijzondere aard van geneesmiddelen, die door de therapeutische werking ervan wezenlijk verschillen van andere goederen[62]; 3) deze therapeutische werking heeft tot gevolg dat onnodig of onjuist gebruik van geneesmiddelen ernstige schade kan berokkenen aan de gezondheid, zonder dat de patiënt zich daar rekenschap kan van geven bij de toediening ervan[63]; 4) overconsumptie of onjuist gebruik van geneesmiddelen leidt bovendien tot verspilling van financiële middelen, wat moet worden vermeden, temeer daar de farmaceutische sector aanzienlijke kosten met zich brengt en aan toenemende behoeften moet voldoen, terwijl de financiële middelen die voor de gezondheidszorg beschikbaar zijn, ongeacht welke financieringswijze wordt toegepast, niet onbeperkt zijn[64].

66. In deze zaken oordeelde het Hof dat de lidstaten daarom aan de met de detailverkoop van geneesmiddelen belaste personen strikte eisen kunnen stellen, met name ter zake van de verkoopmodaliteiten en het winststreven.[65]

67. In het arrest Blanco Pérez en Chao Gómez heeft het Hof zelfs alle hierboven genoemde kwalificaties geschrapt, op één na. In antwoord op de vraag in hoeverre een lidstaat kan voorzien in regelgeving om een concentratie van apotheken in bepaalde gebieden te voorkomen, heeft het Hof bedoelde formule herhaald[66], waarna het heeft vastgesteld dat een lidstaat in verband met het risico dat er in sommige delen van zijn grondgebied te weinig apotheken zijn, een regeling kan vaststellen waarbij slechts één apotheek per zoveel inwoners kan worden gevestigd.[67]

68. Hetzelfde werd in het arrest Venturini vastgesteld.[68]

59 — Zie arrest van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315.

60 — Zie arrest van 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316.

61 — Zie arresten van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315, punt 54, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 30.

62 — Zie arresten van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315, punt 55, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 31.

63 — Zie arresten van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315, punt 56, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 32.

64 — Zie arresten van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315, punt 57, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 33.

65 — Zie arresten van 19 mei 2009, Commissie/Italië, C-531/06, EU:C:2009:315, punt 58, en 19 mei 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 en C-172/07, EU:C:2009:316, punt 34.

66 — Zie arrest van 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, EU:C:2010:300, punt 74.

67 — Zie arrest van 1 juni 2010, Blanco Pérez en Chao Gómez, C-570/07 en C-571/07, EU:C:2010:300, punten 75 en 76. Opmerkingen van die strekking komen niet voor in de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in deze gevoegde zaken, C-570/07 en C-571/07, EU:C:2009:587.

68 — Zie arrest van 5 december 2013, Venturini, C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punt 60.

– In casu: geen onzekerheid over het bestaan of de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid

69. De uitbreiding sinds 2009 van bedoelde formule tot apotheken is ongelukkig omdat zo een vertekend beeld ontstaat van de oorsprong van bedoelde formule en waar het voorzorgsbeginsel uiteindelijk om gaat: risicobeheer in een situatie van wetenschappelijke onzekerheid. Dit beginsel is zowel van toepassing wanneer de omvang van een risico *onzeker* is als wanneer er *twijfel* is over het *bestaan* ervan. Het speelt echter geen rol wanneer er onzekerheid bestaat over de doeltreffendheid van een beleidsoptie voor de bestrijding van een vastgesteld risico.[69] Voorzorg moet niet worden verward met preventie. Bij het laatste begrip is er geen onzekerheid over het bestaan of de omvang van risico's. Bij preventie is het gevaar vastgesteld.[70]

70. Niettemin is er sinds 2009 bij de hierboven genoemde zaken met betrekking tot apotheken geen enkele sprake van wetenschappelijke onzekerheid over de gezondheidsrisico's van onjuist gebruik of overconsumptie van geneesmiddelen. Deze producten zijn bovendien reeds legaal in de handel na een strenge procedure voor het op de markt brengen ervan. De onzekerheid doet zich voor met betrekking tot de haalbaarheid of de doeltreffendheid van de beoogde maatregel.

71. Het voorzorgsbeginsel speelt derhalve geen doorslaggevende rol in het onderhavige geval. Om die reden acht ik het zinvol dat het Hof de formule „onzekerheid over het bestaan of de omvang van risico's voor de menselijke gezondheid" niet ter onderbouwing van zijn motivering vermeldt.

iv) Bewijslast

72. Zoals reeds opgemerkt, moet de lidstaat aantonen waarom een maatregel op grond van artikel 36 VWEU gerechtvaardigd is. Dit is vaste rechtspraak van het Hof.[71] In gezaghebbende rechtsliteratuur hierover is treffend geschreven dat het Hof niet ervoor is teruggedeinsd deze regel toe te passen in gevallen waarin mensenlevens op het spel staan.[72] Belangrijk is dat deze regel is toegepast zowel in het kader van prejudiciële verwijzingen als bij inbreukprocedures. In de loop der jaren heeft het Hof dit beginsel zodanig uitgewerkt dat aan lidstaten specifieke verplichtingen worden opgelegd. Het heeft vastgesteld dat een risico niet moet worden beoordeeld op basis van algemene overwegingen, doch van relevant wetenschappelijk onderzoek.[73]

73. Het Hof gebruikt nu met regelmaat de volgende formule: „Wanneer een lidstaat mogelijke rechtvaardigingsgronden aanvoert, moet hij dus een onderzoek van de geschiktheid en de evenredigheid van de door hem genomen maatregel voorleggen, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog."[74]

74. Dergelijk bewijs is niet overgelegd.

75. De Duitse bepalingen zijn derhalve niet geschikt om de doelstelling van volksgezondheid te verwezenlijken.

69 — Zie Alemanno, A., The Precautionary principle, in Baudenbacher, C. (red.), *The Handbook of EEA Law*, Springer, 2016, blz. 839-851, blz. 848.

70 — Zie Alemanno, A., Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risqué d'atteinte au Marché intérieur?, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, blz. 917-953, blz. 929.

71 — Zie reeds arrest van 8 november 1979, Denkavit Futtermittel, C-251/78, EU:C:1979:252, punt 24. Zie ook arrest van 23 december 2015, Scotch Whisky Association, C-333/14, EU:C:2015:845, punt 53.

72 — Zie Enchelmaier, S., in Oliver, P. (ed.), *Oliver on free movement of goods in the European Union*, 5e ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, punt 8.13.

73 — Zie arrest van 14 juli 1994, Van der Veldt, C-17/93, EU:C:1994:299, punt 17.

74 — Zie bij wijze van voorbeeld in verband met de bescherming van de gezondheid in het kader van artikel 36 VWEU: arresten van 26 april 2012, ANETT, C-456/10, EU:C:2012:241, punt 50, en 7 juni 2007, Commissie/België, C-254/05, EU:C:2007:319, punt 36. Zie ook arrest van 15 november 2007, Commissie/Duitsland, C-319/05, EU:C:2007:678, punt 88.

b) Noodzakelijkheid

76. Aangezien ik concludeer dat de Duitse bepalingen niet geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te verwezenlijken, kan ik hierover korter zijn.

77. Volgens DPV heeft de Duitse regering voorafgaand aan de vaststelling van de litigieuze bepalingen enige tijd gepleit voor een systeem van *maximumprijzen* in plaats van *vaste* prijzen. Vanuit het oogpunt van postorderapotheken en het vrije verkeer van geneesmiddelen binnen de Unie is dit een minder beperkende maatregel, omdat hiermee apotheken in staat worden gesteld op prijs te concurreren.

78. Het staat vanzelfsprekend niet aan het Hof om zich te mengen in nationale politieke en democratische processen en vooruit te lopen op bepaalde politieke keuzes. Hier volstaat echter de opmerking dat er, zoals we net hebben gezien, maatregelen zijn die denkbaar zijn en in de plaats van een systeem van prijsbinding zouden kunnen worden genomen.

c) Nadere overwegingen over de evenredigheid

79. Tot slot wil ik met betrekking tot de evenredigheid mijn bovenstaande redenering naast een passage uit het eerste DocMorris-arrest leggen. Zoals bekend heeft het Hof in punt 119 van dat arrest geoordeeld 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”.[75] Gezien deze passage zou men zich kunnen afvragen of het mogelijk is een dergelijk verbod goed te keuren en tegelijk een maatregel als ongeschikt af te wijzen die „het minst kwaad” vormt vanuit het oogpunt van de interne markt.

80. Het antwoord is: ja, dat is mogelijk.

81. Zodra een lidstaat uit eigen beweging heeft besloten om de postorderverkoop van receptplichtige geneesmiddelen toe te staan, dan moet die maatregel op zijn eigen merites worden beoordeeld wat geschiktheid, samenhang en consistentie betreft. Indien dit niet zo zou zijn, zou een lidstaat, alleen omdat hij dergelijke verkopen heeft toegestaan, een vrijbrief krijgen zonder dat enige mogelijkheid van rechterlijke toetsing bestaat, en zouden marktdeelnemers niet kunnen profiteren van hun subjectieve rechten die in de fundamentele vrijheden, met name (en in casu) van artikel 34 VWEU, zijn vastgelegd.

V – Conclusie

82. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste deelstaatrechter, Düsseldorf) als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 34 en 36 VWEU verzetten zich tegen een door het nationale recht voorgeschreven systeem van prijsbinding voor receptplichtige geneesmiddelen zoals dat is neergelegd in § 78 van het Duitse Arzneimittelgesetz in samenhang met de Duitse Arzneimittelpreisverordnung.”

75 — Arrest van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 119.