

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. CHRISTINE STIX-HACKL
presentadas el 11 de marzo de 2003¹

Índice

I.	Introducción	I - 14893
II.	Marco jurídico	I - 14894
A.	Derecho comunitario	I - 14894
	1) Autorización de medicamentos	I - 14894
	a) Régimen jurídico anterior: Directiva 65/65/CEE en su versión modificada por la Directiva 93/39/CEE	I - 14894
	b) Nuevo régimen jurídico: la Directiva 2001/83/CE	I - 14894
	2) Publicidad de medicamentos	I - 14895
	a) Régimen jurídico anterior: la Directiva 92/28/CEE	I - 14895
	b) Nuevo régimen jurídico: el código comunitario	I - 14897
	3) Contratos a distancia	I - 14898
	4) Comercio electrónico	I - 14898
B.	Derecho nacional	I - 14900
	1) Venta de medicamentos	I - 14900
	2) Publicidad de medicamentos	I - 14901
III.	Los hechos y el litigio en el procedimiento principal	I - 14902
IV.	Cuestiones prejudiciales	I - 14905
V.	Sobre la primera cuestión	I - 14907

¹ — Lengua original: alemán.

A.	Medicamentos no autorizados: la primera cuestión prejudicial y sus puntos a) y b)	I - 14908
1)	Aplicabilidad general de la Directiva 97/7 a la prohibición de venta por correspondencia controvertida	I - 14908
a)	Alegaciones de las partes	I - 14908
b)	Apreciación	I - 14909
2)	La potestad normativa de los Estados miembros: límites derivados de la libre circulación de mercancías	I - 14909
a)	Aplicabilidad de la libre circulación de mercancías: ¿constituye la prohibición de venta por correspondencia una modalidad de venta?	I - 14910
i)	Alegaciones de las partes	I - 14910
ii)	Apreciación	I - 14910
	— Ejemplos de modalidades de venta en la jurisprudencia	I - 14911
	— Aplicación a todos los operadores que ejercen su actividad en el territorio nacional	I - 14913
	— Efectos sobre la comercialización de los productos	I - 14913
	— El elemento decisivo: el efecto sobre el acceso al mercado ..	I - 14914
	— Alternativas de acceso al mercado: existencia de otras formas de venta	I - 14916
	— La carga de la prueba relativa a la existencia de una restricción	I - 14918
iii)	Conclusión intermedia sobre la primera cuestión prejudicial y su punto a)	I - 14919
b)	Posible justificación de la prohibición de venta por correspondencia [primera cuestión prejudicial, letra b)]	I - 14919
i)	Alegaciones de las partes	I - 14919
ii)	Apreciación	I - 14920
	— Justificación de la medida	I - 14921
	— Proporcionalidad de la medida	I - 14921
	— Adecuación de la medida nacional	I - 14921

— Necesidad de la medida nacional	I - 14922
— Idoneidad de la medida nacional	I - 14922
iii) Conclusión intermedia sobre la primera cuestión, letra b)	I - 14923
B. Medicamentos autorizados: primera cuestión, letra c)	I - 14924
1) Alegaciones de las partes	I - 14924
2) Apreciación	I - 14924
a) Riesgo de elusión de las disposiciones nacionales	I - 14925
b) Proporcionalidad de la prohibición de venta por correspondencia ..	I - 14926
i) Apreciación a la vista de los objetivos perseguidos por la prohibición de venta por correspondencia	I - 14926
— Eventual falta de asesoramiento profesional	I - 14926
— Necesidad de asegurar la protección del paciente al suminis- trar el medicamento	I - 14928
— Necesidad de garantizar un amplio abastecimiento territorial y acorde con las necesidades	I - 14929
ii) Carga de la prueba que incumbe al Estado miembro de que se trate	I - 14929
iii) Conclusión intermedia sobre la primera cuestión, letra c)	I - 14930
VI. Sobre la segunda cuestión	I - 14931
A. La segunda cuestión prejudicial y su punto a)	I - 14931
1) Segunda cuestión prejudicial: prohibición de la publicidad para la venta de medicamentos por correspondencia y de la publicidad de determinados medicamentos	I - 14931
a) Alegaciones de las partes	I - 14931
b) Apreciación	I - 14932
i) Prohibición de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos	I - 14933
ii) Prohibición de publicidad de medicamentos no autorizados en el país importador	I - 14935
iii) Prohibición de publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica	I - 14936

2)	Segunda cuestión prejudicial, letra a): la presentación en Internet como publicidad destinada al público	I - 14936
a)	Alegaciones de las partes	I - 14937
b)	Apreciación	I - 14938
3)	Conclusión intermedia	I - 14941
B.	La segunda cuestión prejudicial, letra b): partes del portal de Internet equiparables a catálogos de venta y/o listas de precios	I - 14941
1)	Alegaciones de las partes	I - 14942
2)	Apreciación	I - 14942
3)	Conclusión intermedia	I - 14944
C.	Libre prestación de servicios	I - 14944
1)	Alegaciones de las partes	I - 14944
2)	Apreciación	I - 14945
VII.	Sobre la tercera cuestión prejudicial	I - 14947
1)	Alegaciones de las partes	I - 14947
2)	Apreciación	I - 14947
VIII.	Conclusión	I - 14948

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto las denominadas farmacias en Internet y, en concreto, la

cuestión de si los Estados miembros pueden limitar la venta de medicamentos por farmacias establecidas en otro Estado miembro sobre la base de pedidos individuales realizados por consumidores a través de Internet. En este contexto se discute, en particular, la interpretación de la libertad de circulación de mercancías y una serie de disposiciones de Derecho derivado.

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

1) Autorización de medicamentos

a) Régimen jurídico anterior: Directiva 65/65/CEE en su versión modificada por la Directiva 93/39/CEE

2. Las principales disposiciones sobre la autorización de medicamentos se hallan en la Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas² en su versión modificada por la Directiva 93/39/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, por la que se modifican las Directivas 65/65/CEE, 75/318/CEE y 75/319/CEE sobre medicamentos³ (en lo sucesivo, «Directiva 65/65»), cuyo artículo 3 establece lo siguiente:

«No podrá comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro a no ser que la autoridad de dicho Estado miembro haya concedido una autorización previa a la comercialización, de conformidad con la presente Directiva, o que se haya concedido una autorización de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de

1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos.

Las disposiciones de la presente Directiva no afectarán a las competencias de los Estados miembros, ni en lo que respecta a la fijación de los precios de los medicamentos ni a su inclusión en el ámbito de aplicación de los sistemas nacionales de seguridad social, por motivos sanitarios, económicos y sociales.»

b) Nuevo régimen jurídico: la Directiva 2001/83/CE

3. Con efectos a partir de 18 de diciembre de 2001, la Directiva 65/65 fue sustituida por la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano⁴ (en lo sucesivo, «código comunitario»). El artículo 6, apartado 1, del código comunitario tiene el siguiente tenor:

«No podrá comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro sin que la

2 — DO P 22, p. 369; EE 13/01, p. 18.

3 — DO L 214, p. 22.

4 — DO L 311, p. 67.

autoridad competente de dicho Estado miembro haya concedido una autorización de comercialización, de conformidad con la presente Directiva, o sin que se haya concedido una autorización de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) nº 2309/93».

la venta o el consumo de medicamentos; comprenderá en particular:

— la publicidad de medicamentos destinada al público;

2) Publicidad de medicamentos

— la publicidad de medicamentos destinada a personas facultadas para prescribirlos o dispensarlos;

a) Régimen jurídico anterior: la Directiva 92/28/CEE

— la visita de los visitadores médicos a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos;

4. A este respecto, es pertinente la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano⁵ (en lo sucesivo, «Directiva 92/28»).

— el suministro de muestras;

5. Su artículo 1, apartados 3 y 4, señala lo siguiente:

— la incitación a prescribir o dispensar medicamentos mediante concesión, oferta o promesa de ventajas, pecuniarías o en especie, excepto cuando su valor intrínseco resulte mínimo;

«3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “publicidad de medicamentos” toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación,

— el patrocinio de reuniones promocionales a las que asistan personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos;

⁵ — DO L 113, p. 13.

- el patrocinio de congresos científicos en los que participen personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y, en particular, el hecho de correr a cargo con los gastos de desplazamiento y estancia con motivo de dichos congresos.
- la información relativa a la salud humana o a enfermedades de las personas, siempre que no se haga referencia alguna, ni siquiera indirecta, a un medicamento.»

6. El artículo 2, apartado 1, prescribe que:

4. La presente Directiva no contempla:

«Los Estados miembros prohibirán toda publicidad de un medicamento para el que no se haya otorgado una autorización de puesta en el mercado de conformidad con el Derecho comunitario.»

- el etiquetado y el prospecto de los medicamentos, sujetos a las disposiciones de la Directiva 92/27/CEE;

7. El artículo 3, prevé, entre otros extremos, lo siguiente:

- la correspondencia, acompañada, en su caso, de cualquier documento no publicitario, necesaria para responder a una pregunta concreta sobre un medicamento en particular;

«1. Los Estados miembros prohibirán la publicidad destinada al público de los medicamentos:

- las informaciones concretas y los documentos de referencia relativos, por ejemplo, al cambio de envase, a las advertencias relativas a efectos indeseables en el marco de la farmacovigilancia, a los catálogos de ventas y a las listas de precios siempre que no figure ninguna información sobre el medicamento;

- que sólo pueden dispensarse por prescripción facultativa, con arreglo a la Directiva 92/26/CEE(8);

- que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes, con arreglo a lo definido en los convenios internacionales;

— que no puedan ser objeto de publicidad destinada al público de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.

«1. Los Estados miembros prohibirán toda publicidad de un medicamento para el que no se haya otorgado una autorización de comercialización de conformidad con el Derecho comunitario.

2. Podrán ser objeto de publicidad destinada al público los medicamentos que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, en caso necesario tras consultar con el farmacéutico.»

2. Todos los elementos de la publicidad de un medicamento deberán ajustarse a las informaciones que figuren en el resumen de las características del producto.»

b) Nuevo régimen jurídico: el código comunitario

3. La publicidad referente a un medicamento:

8. La Directiva 92/28 fue sustituida, con efectos de 18 de diciembre de 2001, por el código comunitario.

— deberá favorecer la utilización racional del mismo, presentándolo de forma objetiva y sin exagerar sus propiedades;

9. El artículo 86 del código comunitario tiene el mismo tenor, en esencia, que el artículo 1, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/28.

— no podrá ser engañosa.»

10. El artículo 87 del código comunitario, que sustituye al artículo 2 de la Directiva 92/28, señala que:

11. El artículo 88 contiene una disposición semejante a la del artículo 3 de la Directiva 92/28.

3) Contratos a distancia

12. Respecto a los contratos a distancia, es aplicable la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (en lo sucesivo, «Directiva 97/7»).⁶

13. El artículo 14 de la Directiva 97/7 prevé lo siguiente:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor. Si ha lugar, dichas disposiciones incluirán la prohibición, por razones de interés general y en cumplimiento del Tratado, de la comercialización en sus territorios, mediante contratos celebrados a distancia, de determinados bienes o servicios, en especial de medicamentos.»

4) Comercio electrónico

14. En el ámbito del comercio electrónico es aplicable la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados

aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico;⁷ en lo sucesivo, «Directiva sobre el comercio electrónico»).

15. El undécimo considerando de la Directiva sobre el comercio electrónico establece:

«La presente Directiva no afecta al nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios; [...] también forman parte de este acervo comunitario, plenamente aplicable a los servicios de la sociedad de la información, en particular, la Directiva [...] y la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano [...]»

16. El artículo 1 establece, entre otras cuestiones:

«1. El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

⁶ — DO L 144, p. 19.

⁷ — DO L 178, p. 1.

2. En la medida en que resulte necesario para alcanzar el objetivo enunciado en el apartado 1 mediante la presente Directiva, se aproximarán entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros. [...]

4. Los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyen excepciones al apartado 2 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen las condiciones siguientes:

a) Las medidas deberán ser:

3. La presente Directiva completará el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses del consumidor, fijados tanto en los instrumentos comunitarios como en las legislaciones nacionales que los desarrollan, en la medida en que nos restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información.»

i) necesarias por uno de los motivos siguientes:

— [...]

— protección de la salud pública,

17. El artículo 3 señala, entre otras cuestiones, lo siguiente:

— [...]

«2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

— protección de los consumidores, incluidos los inversores;

- ii) tomadas en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de los objetivos enunciados en el inciso i) o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos;

- iii) proporcionadas a dichos objetivos.»

18. Los artículos 5 y 6 imponen a los prestadores de servicios electrónicos una serie de obligaciones en materia de información. El artículo 10 establece la obligación de facilitar al consumidor determinada información.

20. El artículo 43, apartado 1, de la AMG prohíbe la venta por correspondencia de los medicamentos cuya venta esté reservada exclusivamente a las farmacias. Establece lo siguiente:

«Los medicamentos en el sentido del artículo 2, apartado 1, o apartado 2, primera frase, que no sean considerados de libre dispensación en virtud del artículo 44 o mediante un reglamento aprobado con arreglo al artículo 45, apartado 1, únicamente podrán venderse de manera profesional o comercial a los consumidores finales, salvo en los casos previstos en el artículo 47, en las farmacias y no por correspondencia. No podrán comercializarse fuera de las farmacias excepto en los casos previstos en el apartado 4 y en el artículo 47, apartado 1, los medicamentos cuya venta esté reservada a las farmacias en virtud de la primera frase.»

B. Derecho nacional

1) Venta de medicamentos

19. Las principales disposiciones sobre la venta de medicamentos se hallan en la *Arzneimittelgesetz*⁸ (Ley alemana sobre medicamentos; en lo sucesivo, «AMG»).

21. La AMG establece una serie de excepciones a esta prohibición que, no obstante, no son aplicables en el litigio principal. El artículo 44 de la AMG establece para determinados medicamentos excepciones a la dispensación en farmacias. El artículo 45, apartado 1, de la AMG habilita al Ministerio federal competente para que autorice la libre dispensación de determinados medicamentos fuera de las farmacias. El artículo 47 de la AMG prevé que, además de las farmacias, pueden abastecerse directamente de medicamentos los hospitales y los médicos.

⁸ — En la versión publicada en el BGBl. 1998 I, p. 2649.

22. Además, la AMG establece una prohibición de importación, regulada en el capítulo «importación y exportación», en concreto en el artículo 73. El apartado 1 de esta disposición establece, entre otros extremos:

«1. Los medicamentos sujetos a autorización o registro únicamente podrán ser importados en el territorio en que se aplica la presente Ley —con excepción de las zonas francas que no sean la isla de Helgoland— si están autorizados o registrados para la circulación en dicho territorio o si están dispensados de la autorización o registro, y:

— si el destinatario, en caso de importación procedente de un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de un otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, es empresario farmacéutico, mayorista, veterinario o farmacéutico.

— [...]»

Económico Europeo sin mediación comercial o profesional en una cantidad que corresponda a las necesidades personales normales».

24. El órgano jurisdiccional remitente interpreta las disposiciones nacionales en el sentido de que esta excepción recogida en el artículo 73, apartado 2, número 6, letra a), de la Ley sobre medicamentos no interviene a favor del demandado en el presente asunto. En su opinión, tanto la interpretación sistemática de esta excepción como la finalidad de la Ley que resulta de los trabajos preparatorios abogan por una interpretación estricta de esta disposición, que precisamente no debe abarcar las ventas comerciales transfronterizas a gran escala de medicamentos para uso humano a través de Internet.

25. Según el Gobierno alemán, la introducción de la expresión «sin mediación comercial o profesional» pretende evitar que la importación al por menor de medicamentos no autorizados se extienda de tal modo que se eluda el cumplimiento de la obligación de autorización.

2) Publicidad de medicamentos

23. El artículo 73, apartado 2, número 6, letra a), de la AMG establece una excepción para los medicamentos que «puedan comercializarse en el Estado de origen y que se adquieran en un Estado miembro de las Comunidades Europeas o en otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio

26. El artículo 3a de la Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Ley alemana sobre la publicidad de los medicamentos; en lo sucesivo, «HWG»)⁹

⁹ — BGBl. 1994 I, p. 3068.

prohíbe la «publicidad de los medicamentos que estén sujetos a autorización y que no estén autorizados o no se consideren autorizados en virtud de la normativa sobre medicamentos».

El artículo 10 de la HWG dispone:

27. El artículo 8 de la HWG establece:

«(1) Únicamente podrá dirigirse publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica a los médicos, odontólogos, veterinarios, farmacéuticos y personas que tengan autorización para comercializarlos.»

«(1) Es ilegal la publicidad que incita a comprar por correspondencia medicamentos cuya dispensación está reservada a las farmacias. Esta prohibición no se aplica a la publicidad relativa a la dispensación de medicamentos en los casos previstos en el artículo 47 de la AMG.»

(2) Respecto a los medicamentos destinados a eliminar el insomnio o disfunciones psíquicas de las personas, o a influir en su estado anímico, sólo podrá dirigirse publicidad a los especialistas.»

(2) También es ilegal la publicidad que incita a comprar medicamentos mediante el *Teleshopping* o determinados medicamentos mediante la importación al por menor en virtud del artículo 73, apartado 2, número 6, letra a), o del artículo 73, apartado 3, de la AMG.»

III. Los hechos y el litigio en el procedimiento principal

28. Según el Gobierno alemán, esta disposición pretende evitar que la importación al por menor de medicamentos no autorizados no se desarrolle mediante medidas publicitarias de tal modo que se eluda el cumplimiento de la obligación de autorización.

29. Entre las funciones estatutarias de la Deutscher Apothekerverband e. V. (asociación de farmacéuticos alemanes; en lo sucesivo, «Apothekerverband») figuran la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los farmacéuticos. Sus miembros son las federaciones y asociaciones de farmacéuticos de los Länder, que a su vez representan a más de 19.000 farmacéuticos.

30. La 0800 DocMorris NV (en lo sucesivo, «DocMorris») es una farmacia neerlandesa con domicilio social en Kerkrade, Países Bajos. El Sr. Jacques Waterval es farmacéutico y uno de los representantes legales de DocMorris. Además, es uno de los creadores de la denominada «farmacia en Internet», uno de los directores de su redacción, así como el presidente del comité de expertos de la «farmacia en Internet».

«farmacia», «foro de salud», «quiénes somos», «contacto» y «ayuda». En el denominado «foro del paciente», el consumidor final puede intercambiar información con otros consumidores a través de Internet. Se puede elegir entre los idiomas alemán, inglés y neerlandés. Además, el consumidor tiene la posibilidad de hacer consultas sobre cuestiones de salud al comité de expertos de la «farmacia en Internet». En general, el consumidor puede contactar a DocMorris y al Sr. Waterval, además de por Internet, a través de un número de teléfono gratuito o por carta.

31. Desde el 8 de junio de 2000, DocMorris y el Sr. Waterval ofrecen en la dirección de Internet «www.0800DocMorris.com» medicamentos para uso humano sujetos a prescripción médica y de venta libre, y lo hacen, entre otros, en idioma alemán para el consumidor final en Alemania. Se trata, en parte, de medicamentos autorizados en Alemania, y en su mayoría de medicamentos autorizados en otros Estados miembros. En primer lugar, el portal de Internet de DocMorris remite a una sentencia del Landgericht Frankfurt am Main de 9 de noviembre de 2000, por la que se prohíbe de forma provisional, en un procedimiento de medidas cautelares, la venta profesional por correspondencia de medicamentos de venta exclusiva en farmacias a consumidores finales en la República Federal de Alemania, así como su publicidad. En su sentencia de 31 de mayo de 2001, recaída en el recurso interpuesto por DocMorris y el Sr. Waterval, el Oberlandesgericht Frankfurt am Main confirmó esta sentencia en lo esencial.

Los medicamentos se dividen en categorías de productos. Se encuentran, por ejemplo, las rúbricas «analgésicos», «hipotensores», «fármacos contra el cáncer», «estimulantes del sistema inmunológico», «fármacos contra el colesterol», «medicamentos para la próstata y para activar la potencia», «medicamentos para la deshabituación» y otros. Cada rúbrica contiene primero una introducción que se compone de unas pocas frases. A continuación, se enumeran los medicamentos por su nombre en orden alfabético, se describe el contenido y se indica su precio en euros. Al lado de la advertencia de que algunos medicamentos pueden estar sujetos a prescripción médica, se encuentra una casilla. El correspondiente medicamento se pide haciendo clic sobre dicha casilla. Para obtener más información, se puede hacer clic sobre el nombre del producto. Además, el consumidor tiene la posibilidad de buscar un producto concreto en la gama de productos de los demandados haciendo clic en un determinado icono. Asimismo, se ofrecen servicios por Internet (búsqueda de facultativo, estado de salud personal, libros recomen-

El resto del portal de Internet de los demandados se divide en las rúbricas

dados, etc.). DocMorris y el Sr. Waterval clasifican un determinado medicamento como de prescripción médica obligatoria cuando está clasificado como tal en los Países Bajos o en el Estado miembro en el que el consumidor tiene su residencia. La entrega de este tipo de medicamentos no se efectúa hasta que se haya presentado la receta médica original.

32. La propia entrega puede efectuarse de distintas formas. Por una parte, el consumidor puede recoger su pedido personalmente en las instalaciones de DocMorris. Además, sin coste adicional alguno, puede contratar un servicio de mensajería recomendado por DocMorris para que se encargue de recoger el pedido y lo entregue en el domicilio del destinatario. Por último, puede contratar otro servicio de mensajería a su propio coste.

33. La Apothekerverband cuestiona ante el Landgericht Frankfurt am Main la oferta de medicamentos en la forma antes indicada y su dispensación mediante venta por correspondencia transfronteriza. Considera que la AMG y la HWG no permiten una actividad de estas características. Tampoco puede cuestionarse la existencia de tal prohibición en virtud de los artículos 28 CE y 30 CE.

34. DocMorris y el Sr. Waterval consideran que el Derecho nacional permite su actuación y que, en cualquier caso, una prohibición nacional resulta inadmisibles a la luz de las disposiciones del Derecho comunitario.

35. El Landgericht se plantea si los principios de la sentencia *Ortscheit*¹⁰ son aún aplicables al presente asunto, a la vista del tiempo transcurrido y de la modificación de los requisitos para la autorización de medicamentos para uso humano en los Estados miembros.

36. Respecto a la HWG, el Landgericht señala que el portal de Internet de DocMorris, que menciona cada uno de los medicamentos con su nombre, si requiere o no prescripción médica, la presentación de los envases y su precio, y que prevé la posibilidad de compra, debe calificarse de publicidad en el sentido de estas disposiciones. Según el Landgericht, tal prohibición de publicidad dificultaría enormemente la presentación de una farmacia en Internet y la correspondiente posibilidad de encargar medicamentos concretos, puesto que en los formularios de pedido on-line ya no se podrían indicar los datos mínimos necesarios para realizar el pedido. Por este motivo, se plantea la cuestión de si tal

¹⁰ — Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1994, *Ortscheit* (C-320/93, Rec. p. I-5243).

prohibición de publicidad es compatible con los principios de libre circulación de mercancías y de libre circulación de los servicios de la sociedad de la información que establece la Directiva sobre el comercio electrónico.

37. El Landgericht considera que no está vinculado por la sentencia Ortscheit, puesto que, por una parte, dicha sentencia se refería únicamente a la prohibición del artículo 8, apartado 2, de la HWG, que no es aplicable al caso de autos, y por otra parte, habida cuenta de las consideraciones antes expuestas, el concepto de publicidad en el caso del portal de Internet de una farmacia posiblemente requiera una apreciación particular. En este contexto se plantea la cuestión de si la extensa armonización de los procedimientos de autorización de medicamentos para uso humano que se ha producido entretanto, así como la aprobación comunitaria de publicidad para medicamentos no sujetos a receta médica proyectada requieren, con arreglo al Derecho comunitario, una definición distinta, más restringida, del concepto de publicidad. Según el Landgericht, la aplicación eficaz del principio de libre circulación de mercancías entre Estados miembros puede verse afectada si, con el argumento de que DocMorris hace publicidad prohibida para medicamentos para uso humano, se le impidiera, total o parcialmente, estar presente en Internet.

IV. Cuestiones prejudiciales

38. Por todo ello, el Landgericht Frankfurt am Main plantea al Tribunal de Justicia, mediante resolución de 10 de agosto de 2001, registrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 21 de agosto de 2001, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. Una normativa nacional que prohíbe la importación comercial de medicamentos para uso humano de venta obligatoria en farmacias, realizada a través de la venta por correspondencia por parte de farmacias autorizadas de otros Estados miembros de la Unión Europea y sobre la base de pedidos individuales realizados por consumidores finales a través de Internet, ¿viola el principio de libre circulación de mercancías previsto en los artículos 28 CE y siguientes?

- a) ¿Constituye tal prohibición nacional una medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 28 CE?
- b) En el caso de que tal prohibición nacional constituya una medida de efecto equivalente con arreglo al artículo 28 CE, ¿debe interpretarse el artículo 30 CE en el sentido de que una prohibición nacional destinada a proteger la salud y la vida de las personas está justificada

cuando, antes de la entrega de medicamentos sujetos a prescripción médica, ha de presentarse una receta médica original en la farmacia expendedora? En su caso, ¿qué requisitos deben imponerse a este tipo de farmacias en lo relativo al control del pedido, del envío y de la recepción?

médica, la presentación de los envases y el precio, y que, al mismo tiempo, ofrece la posibilidad de pedir dichos medicamentos mediante un formulario on-line, de modo que dicha prohibición dé lugar a que la venta transfronteriza de medicamentos a través de Internet, incluida la entrega transfronteriza de los mismos, se vea dificultada seriamente?

- c) A la vista de los artículos 28 CE y 30 CE, ¿debe responderse de forma distinta a las cuestiones 1 a) y 1 b) si se trata de la importación de medicamentos autorizados en el Estado importador que han sido comprados con anterioridad por una farmacia de un Estado miembro de la Unión Europea a mayoristas del Estado importador?

- a) Los artículos 28 CE y 30 CE, ¿imponen que, habida cuenta del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2000/31/CE [...], se excluya la presentación en Internet de una farmacia de un Estado miembro, o parte de ella, del concepto de publicidad destinada al público en el sentido del artículo 1, apartado 3, y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28/CEE [...], con el fin de garantizar también en la práctica la oferta de determinados servicios de la sociedad de la información?

2. ¿Resulta compatible con los artículos 28 CE y 30 CE que una prohibición nacional de publicidad para la venta de medicamentos por correspondencia, así como para medicamentos para uso humano sujetos a prescripción médica y para medicamentos para uso humano de venta obligatoria en farmacia que no están autorizados en el Estado de importación, pero sí en el de origen, se interprete de forma tan amplia que se clasifique como publicidad prohibida el portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro de la Unión Europea que, además de una mera presentación de su empresa, describe cada uno de los medicamentos con su nombre, si quiere o no prescripción

- b) ¿Puede fundamentarse una posible restricción del concepto de publicidad impuesta con arreglo a los artículos 28 CE y 30 CE en que los

formularios de pedido on-line, que únicamente contienen los datos mínimos necesarios para realizar el pedido, y/u otras partes del portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro de la Unión Europea pueden equipararse a catálogos de ventas y/o listas de precios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28/CEE?

3. Para el caso de que la presentación en Internet de una farmacia de un Estado miembro de la Unión Europea presente aspectos parciales que infringen disposiciones sobre la publicidad de los medicamentos, ¿debe deducirse de los artículos 28 CE y 30 CE que el comercio transfronterizo de medicamentos que tiene lugar con ayuda de tal presentación debe ser considerado jurídicamente admisible, a pesar de la prohibición de publicidad, para realizar de manera más efectiva el principio de libre circulación de mercancías entre Estados miembros?»

expresamente si la prohibición nacional de «importación comercial realizada a través de la venta por correspondencia»¹¹ (en lo sucesivo, «prohibición de venta por correspondencia») vulnera la libre circulación de mercancías. A este respecto debe señalarse que, en el marco del procedimiento prejudicial promovido en virtud del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, sí lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca.¹²

40. Tal como se desprende de la cuestión 1 c), las cuestiones 1, 1 a) y 1 b) hacen referencia a los medicamentos no autorizados en Alemania. En cambio, la cuestión 1 c) tiene por objeto los medicamentos autorizados en Alemania. La siguiente exposición se divide con arreglo a esta diferenciación.

V. Sobre la primera cuestión

39. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta

11 — Así lo califica el órgano jurisdiccional remitente, sin remitirse expresamente al artículo 43 AMG ni al artículo 73 AMG.

12 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 48, y de 30 de abril de 1998, Sodiprem y otros (asuntos acumulados C-37/96 y C-38/96, Rec. p. I-2039), apartado 22.

A. *Medicamentos no autorizados: la primera cuestión prejudicial y sus puntos a) y b)*

1. Aplicabilidad general de la Directiva 97/7 a la prohibición de venta por correspondencia controvertida

a) Alegaciones de las partes

41. DocMorris opina que el artículo 14 de la Directiva 97/7 no puede justificar una prohibición general de la venta por correspondencia de medicamentos, puesto que esta disposición prevé expresamente que deben respetarse las normas de Derecho primario, de rango superior.

42. La Apothekerverband alega que las modalidades de venta y entrega de medicamentos en relación con la obligatoriedad de prescripción médica, así como la venta por correspondencia a través de Internet, no han sido aún objeto de armonización.

43. El Gobierno alemán se remite, en sus observaciones sobre el Derecho derivado, a la Directiva 65/65, al código comunitario y a la prohibición de importación de medicamentos no autorizados que recogen estas normas. En su opinión, la prohibición de venta por correspondencia pretende evitar el incumplimiento de esta prohibición.

44. El Gobierno griego se pronuncia a favor de la legalidad de la prohibición de la venta por correspondencia, basándose para ello en la Directiva 89/552/CEE.¹³

45. El Gobierno francés señala que la venta de medicamentos no ha sido objeto de armonización.

46. El Gobierno austriaco hace alusión a la posibilidad que el artículo 14 de la Directiva 97/7 ofrece a los Estados miembros de prohibir la venta. Puesto que aún no se ha armonizado completamente la venta de medicamentos, los Estados miembros siguen siendo competentes para aprobar normas nacionales al respecto.

47. La Comisión considera que la prohibición de venta por correspondencia está cubierta por el artículo 3 de la Directiva 65/65 y el artículo 3 del código comunitario.

¹³ — Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23).

b) Apreciación

48. En primer lugar debe hacerse referencia al principio general en virtud del cual las normas de Derecho derivado pueden desplazar a las disposiciones de Derecho primario. Como consecuencia de ello, las medidas nacionales adoptadas en un ámbito que ha sido objeto de una armonización exhaustiva a nivel comunitario deben apreciarse a la luz de las disposiciones de armonización y no de los artículos 28 CE y 30 CE.¹⁴

49. Por consiguiente, si en el presente asunto se considera que, la Directiva 97/7 ha llevado a cabo una armonización exhaustiva, serán de aplicación estas disposiciones de Derecho derivado y no el Derecho primario, en este caso las normas relativas a la libre circulación de mercancías. No obstante, también en tal caso sigue siendo importante el Derecho primario, pese a la primacía del Derecho derivado: en primer lugar, las disposiciones de Derecho derivado deben interpretarse a la luz del Derecho primario y, en segundo lugar, las propias disposiciones de Derecho derivado pueden remitirse al Derecho primario.

50. Precisamente esta última posibilidad es aplicable al artículo 14 de la Directiva 97/7, expresamente citado por algunos intervi-

nientes. Efectivamente, si bien esta disposición prevé expresamente que los Estados miembros «podrán [prohibir] [...] la comercialización en sus territorios, mediante contratos celebrados a distancia, de determinados bienes o servicios, en especial de medicamentos», el artículo 14 prevé asimismo, sin embargo, una limitación a esta facultad: sólo puede hacerse uso de ella «en cumplimiento del Tratado».

51. Entre las disposiciones del «Tratado» citado expresamente en la Directiva 97/7 figuran también las libertades fundamentales, en particular la libre circulación de mercancías pertinente en el presente asunto. Por consiguiente, ésta es aplicable también en el ámbito regulado por la Directiva 97/7.

52. Respecto a la Directiva sobre el comercio electrónico, debe señalarse que los Estados miembros no debían adaptar su Derecho interno a la misma hasta el 17 de enero de 2002, por lo que no es aplicable a los hechos del litigio principal.

2. La potestad normativa de los Estados miembros: límites derivados de la libre circulación de mercancías

53. A la vista de la circunstancia de que, efectivamente, el Derecho derivado contiene

14 — Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1989, *Parfümerie-Fabrik* (150/88, Rec. p. 3891), apartado 28; de 12 de octubre de 1993, *Vanacker y Lesage* (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; de 13 de diciembre de 2001, *DaimlerChrysler* (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32, y de 24 de octubre de 2002, *Linhart y Biffi* (C-99/01, Rec. p. 9375), apartado 18.

disposiciones aplicables a la venta de medicamentos, pero que a pesar de ello la libertad de circulación de mercancías sigue siendo aplicable, debe examinarse a continuación la libre circulación de mercancías. A este respecto, es preciso plantearse, en primer lugar, si la normativa alemana controvertida en el litigio principal se halla en el ámbito de aplicación de la libre circulación de mercancías. A continuación deberá examinarse si existe una limitación a dicha libertad y, en tal caso, si está justificada.

carse de modalidad de venta, puesto que no reúne los requisitos de la jurisprudencia Keck. En este sentido, considera que la prohibición no afecta por igual a la venta de medicamentos nacionales y extranjeros. Debido a las estrictas normas del Derecho farmacéutico alemán, la venta directa tiene una importancia fundamental y la prohibición de venta por correspondencia constituye una medida de efecto equivalente.

a) Aplicabilidad de la libre circulación de mercancías: ¿constituye la prohibición de venta por correspondencia una modalidad de venta?

56. La Apothekerverband, los Gobiernos francés y austriaco y la Comisión califican la prohibición de venta por correspondencia de simple modalidad de venta.

54. En este contexto debe responderse a la cuestión de si la prohibición de venta por correspondencia reúne los requisitos de la denominada jurisprudencia Keck,¹⁵ es decir, si cabe calificarla de modalidad de venta, y si por tanto el artículo 28 CE no es aplicable.

57. El Gobierno alemán defiende que la prohibición de venta por correspondencia constituye una modalidad de venta y que la exigencia de autorización prescrita por el Derecho derivado no puede contravenir la libertad de circulación de mercancías.

i) Alegaciones de las partes

ii) Apreciación

55. Según DocMorris, la prohibición de venta por correspondencia no puede califi-

58. A continuación, para determinar si debe considerarse que la prohibición de venta por correspondencia constituye una modalidad de venta, deben examinarse

15 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartados 16 y 17.

individualmente los requisitos establecidos por la jurisprudencia Keck del Tribunal de Justicia.

— Ejemplos de modalidades de venta en la jurisprudencia

59. Para que pueda aplicarse la excepción señalada en la jurisprudencia Keck, las medidas nacionales deben reunir los siguientes requisitos: en primer lugar, deben aplicarse a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional (universalidad),¹⁶ y en segundo lugar deben afectar por igual, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros¹⁷ (neutralidad).

60. Si bien de estos criterios se deriva que sólo determinadas modalidades de venta son encuadrables en la jurisprudencia Keck, no debe, sin embargo, interpretarse erróneamente esta jurisprudencia en el sentido de que existe una denominada tercera categoría.¹⁸ Por definición existen únicamente dos categorías de casos: por un lado, los casos encuadrados en la jurisprudencia Keck y, por otro, los que no se encuadran en ésta.

61. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha clasificado bajo la jurisprudencia Keck las siguientes medidas nacionales: restricciones temporales, como la prohibición de venta en domingo;¹⁹ restricciones sobre quién puede ofrecer productos o de quién pueden adquirirse, como la prohibición de comercialización de la leche transformada para la primera infancia fuera de las farmacias;²⁰ la prohibición de la venta de labores del tabaco por quienes no sean minoristas especialmente autorizados²¹ y la prohibición de adquirir bebidas de un operador que no sea titular de una licencia de fabricación o de comercio al por mayor.²² Además, el Tribunal de Justicia reconoció como modalidad de venta en el sentido de la jurisprudencia Keck una prohibición de la publicidad para los productos parafarmacéuticos fuera de la oficina de farmacia,²³ así como la prohibición de la publicidad televisiva en el sector de la distribución.²⁴ A éstas se unen

16 — Terminología de González Vaqué: «La sentencia "Laura"», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín 1998, n.º 135, p. 19.

17 — A veces denominado erróneamente discriminación. Véase, por ejemplo, Picod: «La nouvelle approche de la Cour de Justice en matière d'entraves aux échanges», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1998, p. 178.

18 — Véase también, en este sentido, Hémin: «Libre circulation, conditionnement des médicaments et marques», *Droit communautaire et médicament*, 1995, p. 87.

19 — Sentencias de 20 de junio de 1996, *Semeraro Casa Uno y otros* (asuntos acumulados C-418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975) y de 2 de junio de 1994, *Tankstation 't Heukske y Boermans* (asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92, Rec. p. I-2199).

20 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1995, *Comisión/Grecia* (C-391/92, Rec. p. I-1621).

21 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, *Banchero* (C-387/93, Rec. p. I-4663).

22 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1997, *Franzén* (C-189/95, Rec. p. I-5909).

23 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1993, *Hünernund y otros* (C-292/92, Rec. p. I-6787).

24 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1995, *Leclerc-Siplec* (C-412/93, Rec. p. I-179).

otras disposiciones sobre la publicidad físicamente irreal²⁵ y sobre la venta con un margen de beneficio extremadamente reducido.²⁶

62. Según el Tribunal de Justicia, no se aplica la jurisprudencia Keck, en primer lugar, a aquellas medidas nacionales que pretenden regular el comercio de mercancías entre los Estados miembros.²⁷

63. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia no incluyó en la jurisprudencia Keck, explícita ni implícitamente, aquellas medidas nacionales que imponen una carga económica adicional sobre los bienes importados.²⁸ Se trata, principalmente, de las medidas que requieren adaptar las características intrínsecas, como la composición, o externas, como la denominación o acondicionamiento, de los productos importados.²⁹ Así pues, la cuestión de los

costes constituye un criterio para apreciar el efecto sobre las transacciones comerciales,³⁰ como señala acertadamente DocMorris.

64. Ello se aprecia claramente, en particular, en la sentencia TK-Heimdienst, que tenía por objeto una normativa que «obliga a [determinadas empresas] [...] que ya posean un establecimiento fijo en otro Estado miembro y que deseen comercializar sus mercancías mediante venta ambulante en una determinada circunscripción administrativa, [...] a abrir o adquirir otro establecimiento fijo en esta circunscripción administrativa o en un municipio limítrofe, mientras que los operadores económicos locales ya cumplen el criterio del establecimiento fijo. Por consiguiente, para que los productos procedentes de otros Estados miembros puedan tener el mismo acceso al mercado del Estado miembro de importación que los productos nacionales, deben soportar costes suplementarios».³¹

65. Por tanto, a continuación debe examinarse si se reúnen los requisitos establecidos por la jurisprudencia Keck.

25 — Ello se deduce, *a sensu contrario*, de las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de julio de 1995, Mars (C-470/93, Rec. p. I-1923) y de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689).

26 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de agosto de 1995, Belgacom (C-63/94, Rec. p. I-2467).

27 — Sentencias Keck y Mithouard (citada en la nota 15 *supra*), apartado 12, y Lecrec-Siplec (citada en la nota 24 *supra*), apartado 19.

28 — Sentencias de 5 de octubre de 1994, Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077), apartado 29, Franzén (citada en la nota 22 *supra*), apartado 71, y Familiapress (citada en la nota 25 *supra*), apartado 12.

29 — Véase las conclusiones presentadas por el Abogado General Van Gerven en los asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92 (sentencia citada en la nota 19 *supra*); Hénin (citado en la nota 18 *supra*), pp. 71 y ss.; véase asimismo Gormley: «Two years after Keck», *Fordham international law journal*, 1996, p. 880; Greaves: «Advertising restrictions and the free movement of goods and services», *European Law Review*, 1998, pp. 310 y 318; Heerman: «Artikel 30 EGV im Lichte der "Keck"-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil*, 1999, p. 585.

Véase, en sentido contrario, Mattered: «De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du marché unique européen*, 1994, p. 149, que se pronuncia en contra de que pueda calificarse como impedimento cualquier adaptación a una normativa del Estado importador. Una crítica a los costes como criterio general puede verse en Sack, R.: «Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag», *Wettbewerbsrecht und Praxis*, 1998, p. 107.

30 — Picod (citado en la nota 17 *supra*), pp. 188 y ss.

31 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-151), apartado 26.

— Aplicación a todos los operadores que ejercen su actividad en el territorio nacional

66. Se desprende ya del tenor de la normativa nacional controvertida, la Ley alemana sobre medicamentos, que la medida por la que se prohíbe la venta por correspondencia es aplicable tanto a los farmacéuticos nacionales como a los extranjeros. Por consiguiente, la prohibición que es objeto del litigio cumple el primer requisito de la jurisprudencia Keck, según el cual la medida debe ser aplicable a todos los operadores que ejercen su actividad en el territorio nacional.³²

— Efectos sobre la comercialización de los productos

67. La jurisprudencia Keck sólo es aplicable a aquellas medidas que afectan del mismo modo, de hecho y de derecho, a los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros.³³

68. En este contexto, debe plantearse en primer lugar la cuestión de si los efectos de una medida sobre el volumen de ventas

constituye un criterio decisivo para apreciar su efecto sobre el comercio. Si bien la sentencia Orscheit también apunta en esta dirección, tampoco deben sobrevalorarse las afirmaciones que en ella hizo el Tribunal de Justicia; en efecto, por una parte, también en el asunto Orscheit se halla en un primer plano la restricción potencial de la circulación de mercancías³⁴ y, por otra, el Tribunal de Justicia ya había relativizado con anterioridad la importancia de este criterio en la propia sentencia Keck y Mithouard³⁵ y en la sentencia Hünermund y otros,³⁶ así como —posteriormente— en la sentencia Lecrec-Siplec.^{37 38}

69. Con respecto al requisito de que se afecte del mismo modo, de hecho y de derecho, a los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros, debe señalarse que la normativa controvertida en el litigio principal, afecta por igual a los medicamentos nacionales y a los extranjeros, es decir, que no distingue en función del origen del producto.

70. Si se aplica la sentencia TK-Heimdienst, citada por algunos intervinientes, a la normativa controvertida, las farmacias

32 — Sentencias Hünermund y otros (citada en la nota 23 *supra*), apartado 23, Tanstation 't Heukske y Boermans (citada en la nota 19 *supra*), apartado 14, y Lecrec-Siplec (citada en la nota 24 *supra*), apartado 23.

33 — *Ibidem*.

34 — Citado en la nota 10 *supra*, apartado 10.

35 — Citada en la nota 15 *supra*, apartado 13.

36 — Citada en la nota 23 *supra*, apartado 20.

37 — Citada en la nota 24 *supra*, apartado 20.

38 — También rechaza este criterio el Abogado General Lenz en las conclusiones presentadas en el asunto C-391/92 (sentencia citada en la nota 20 *supra*), punto 20.

nacionales (alemanas) se verían beneficiadas en el caso de que únicamente se pudieran vender medicamentos mediante la apertura de una farmacia en Alemania, es decir, el establecimiento en el territorio nacional, pues ya están establecidas en dicho país.³⁹

71. Por último, confirma que se reúnen los requisitos de la jurisprudencia Keck el hecho de que el presente caso se diferencia de los hechos que dieron lugar al asunto TK-Heimdienst en que la prohibición de venta por correspondencia se aplica a todas las farmacias, no siendo tampoco aplicable excepción alguna a las farmacias establecidas en el territorio del país. Efectivamente, el Derecho alemán prevé una prohibición general de la venta por Internet.

72. Por tanto, si se atiende únicamente al hecho de que el Derecho alemán no establece distinción formal alguna en función del origen del producto, podría finalizarse en este punto el examen a la vista de la jurisprudencia Keck y declarar que la prohibición de venta por correspondencia reúne los requisitos de dicha jurisprudencia, y es, por tanto, una modalidad de venta.

73. Pero como expondré a continuación, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario tan fundamental como la libre circulación de mercancías, en concreto el artículo 28 CE, no puede limitarse a una aplicación mecánica de los dos requisitos tradicionales de la jurisprudencia Keck.

— El elemento decisivo: el efecto sobre el acceso al mercado

74. Los dos requisitos —tradicionales— de la jurisprudencia Keck son en realidad meras expresiones del requisito general en virtud del cual es necesario que la medida «no [pueda] impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales».⁴⁰ Por consiguiente, éste no es ni la consecuencia ni el tercer requisito, sino precisamente el criterio general superior.⁴¹

75. No es suficiente una visión que se limita únicamente a los dos requisitos de la jurisprudencia Keck, con la limitación del examen que de ello se deriva. Lo demuestra el hecho de que lo dispuesto en la Ley sobre medicamentos, es decir, la prohibición de venta por correspondencia, se aplica efecti-

39 — Véase Clarke: «E-commerce and pharmacy law», *The Bar review*, 2001, p. 362; Thunher y Hohensinner: «Fragen Sie Ihren Internetapotheker», *ecolex*, 2001, p. 496.

40 — Sentencia Keck y Mithouard (citada en la nota 15 *supra*), apartado 17.

41 — Véase, en sentido contrario, Sack (citado en la nota 29 *supra*), p. 105.

vamente del mismo modo a los productos y farmacias nacionales y extranjeros, pero las farmacias extranjeras se ven desfavorecidas, debido a que utilizan la modalidad de venta prohibida en mayor medida que las farmacias alemanas. Lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que a los clientes alemanes les resultaría más difícil acudir personalmente a una farmacia extranjera que a las farmacias de su país.

77. En principio, es preciso señalar que la jurisprudencia Keck sólo debería aplicarse a aquellos casos en que se trata de modalidades que deben respetarse *tras* la entrada en el mercado —después de que ésta tenga lugar—, pero no a las restricciones del propio acceso al mercado.⁴⁴

78. Por consiguiente, el criterio decisivo debe ser si una medida nacional dificulta de forma considerable el acceso al mercado o no. A favor de esta interpretación se han pronunciado no sólo voces destacadas de la doctrina,⁴⁵ sino también el propio Tribunal de Justicia, al menos inicialmente.

76. El presente asunto demuestra que los dos requisitos de la jurisprudencia Keck interpretados en sentido estricto, en particular el criterio de igual efecto sobre los productos nacionales y extranjeros, no dan resultado frente a medidas nacionales más estrictas, es decir, mucho más restrictivas, aunque estas medidas nacionales constituyan también modalidades de venta.⁴² De este modo, las medidas relativas a las formas de comercialización pueden limitar el acceso al mercado de igual modo que las medidas relativas al producto.⁴³

79. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con la libre circulación de mercancías, «que una prohibición de publicidad [...] haría mucho más difícil la comercialización y, por consiguiente, el acceso al mercado de dichos productos».⁴⁶ Respecto a la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia señaló que una prohibición que afecta

42 — Cuestión planteada, por ejemplo, por Gormley (citado en la nota 29 *supra*), pp. 884 y ss., y Oliver: «Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC», *Common market law review*, 1999, p. 795.

43 — Schwintowski: «Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt: eine Fundamentalkritik des EuGH zu Art. 28 EGV», *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts*, 2000, p. 468.

44 — Véanse las conclusiones del Abogado General Elmer en el asunto C-189/95, Franzén (sentencia citada en la nota 22 *supra*).

45 — En este sentido, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-412/93 (sentencia citada en la nota 24 *supra*).

Véase, asimismo, Daus: «Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit in Binnenmarkt», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, p. 428; Sack, R. (citado en la nota 29 *supra*), p. 109; las aportaciones en Schwarze (dir.): *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999; Weatherill: «After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification», *Common market law review*, 1996, p. 897.

46 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de noviembre de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, Rec. p. I-6013), apartado 51.

directamente el acceso al mercado de los servicios puede obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios.⁴⁷ Sólo de forma complementaria se menciona, en este contexto, que una medida nacional con la que se limita —indistintamente— el ejercicio de una actividad económica entra en el ámbito de aplicación de la libre circulación de servicios.⁴⁸

80. En el presente asunto, la normativa controvertida no afecta a la reventa, sino que impide ya la entrada en el país de las mercancías en una determinada forma y, por consiguiente, el acceso al mercado del respectivo Estado miembro. Si una prohibición tiene como efecto, por ejemplo, que un producto desaparezca prácticamente del mercado, cabe incluso calificar tal normativa de norma relativa al producto.⁴⁹

81. No obstante, no puede interpretarse la vía que se ha seguido aquí, que se centra en el efecto sobre el acceso al mercado, en el sentido de que el carácter sensible de la medida nacional sea el elemento decisivo.⁵⁰ Por lo demás, a diferencia de lo que sucede

con la norma *de minimis*, aplicable en el Derecho de la competencia, tampoco es precisa en este ámbito una evaluación de datos económicos.⁵¹

82. Sin embargo, la circunstancia de que existan otras formas de venta autorizadas y rentables constituye un indicio esencial de que se ha dificultado de forma considerable el acceso al mercado.⁵²

— Alternativas de acceso al mercado: existencia de otras formas de venta

83. Las medidas nacionales que canalizan la venta de productos a través de determinados establecimientos, como las que reservan a las farmacias la venta de medicamentos —como en el caso de autos— constituyen un caso extremo de acuerdos de comercialización. Es irrelevante, en el presente asunto, que las medidas persigan dicha canalización⁵³ o únicamente la provoquen.⁵⁴

47 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartados 35 y 38.

48 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 12.

49 — Kröck: *Der Einfluß der europäischen Grundfreiheiten am Beispiel Ärzte und Arzneimittel*, 1998, p. 200.

50 — A favor de tal solución alternativa, Sack, R.: «Staatliche Regelung so genannter "Verkaufsmodalitäten" und Art. 30 EG-Vertrag», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1994, p. 43.

51 — Sobre la diferencia, véase Oliver (citado en la nota 42 *supra*), p. 799.

52 — Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en los asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95 (sentencia de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop, Rec. p. I-3843).

53 — Sobre una normativa de estas características, véanse las conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas en los asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92 (sentencia citada en la nota 19 *supra*), punto 22; véase también Thurnher y Hohensinner (citados en la nota 39 *supra*), p. 496.

54 — Sentencia Banchemo (citada en la nota 21 *supra*), apartado 43; conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto C-391/92 (sentencia citada en la nota 20 *supra*), punto 19.

84. No obstante, como demuestra la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto de las farmacias griegas,⁵⁵ tampoco tales normas relativas a la comercialización a través de determinados operadores económicos están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE.

85. En el presente asunto, sin embargo, no sólo se reserva la venta a un determinado grupo de operadores económicos, sino que se prohíbe al mismo tiempo toda una forma de venta. Por consiguiente, la normativa alemana objeto del litigio va más allá de las normas controvertidas en el asunto de las farmacias griegas.

86. Según la sentencia Hünermund y otros,⁵⁶ lo relevante es si los productos pueden ser vendidos por otros operadores económicos distintos de los farmacéuticos o no. En el presente asunto, a la prohibición de una determinada forma de venta debe añadirse, además, la restricción de que tampoco otros operadores económicos distintos de los farmacéuticos pueden, en principio, vender medicamentos.

87. No obstante, respecto a la canalización hacia determinados puntos de venta se

desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, tanto en la relación entre mayoristas y minoristas como en la relación entre éstos y los consumidores debe existir una libertad de elección suficiente de las fuentes de abastecimiento y por consiguiente de las alternativas correspondientes.

88. Si bien la prohibición controvertida afecta a una sola forma de venta,⁵⁷ no cabe excluir que una medida de estas características pueda también constituir, en principio, una restricción en el sentido del artículo 28 CE. A este respecto, es decisivo si la forma de venta afectada por la prohibición es relevante para la explotación de un mercado.⁵⁸ Es irrelevante a estos efectos que también se limite el acceso de los farmacéuticos establecidos en el territorio alemán al mercado de los consumidores finales alemanes en la medida en que estos farmacéuticos disponen únicamente de un ámbito de explotación limitado.

89. En virtud de la sentencia Lecrec-Siplec, la cuestión fundamental es si una medida nacional «no afecta a la posibilidad de que disponen los distribuidores de utilizar otras formas de publicidad».⁵⁹

55 — Sentencia Comisión/Grecia (citada en la nota 20 *supra*).

56 — Citada en la nota 23 *supra*, apartado 19.

57 — Véase al respecto, en términos generales, Ernst: «Arzneimittelverkauf im Internet», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2001, p. 896 y las referencias que allí se exponen.

58 — Por ejemplo, Clarke (citado en la nota 39 *supra*), p. 362.

59 — Citada en la nota 24 *supra*, apartado 19.

90. Por consiguiente, lo decisivo es si existen otras formas —eficaces— de comercialización y de promoción de la venta⁶⁰ o si la medida nacional hace prácticamente imposible el acceso al mercado.

— La carga de la prueba relativa a la existencia de una restricción

91. Si la medida nacional controvertida en el asunto principal hace el acceso al mercado prácticamente imposible, como afirma DocMorris sin que lo nieguen los demás intervinientes, constituye una restricción a la libre circulación de mercancías en el sentido del artículo 28 CE. Lo mismo cabe concluir aun si se afirma, como hace el Tribunal de Justicia en el asunto De Agostini, que la «prohibición no afecta del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros».⁶¹ Efectivamente, la normativa controvertida puede influir negativamente sobre la importación de medicamentos desde otros Estados en la medida en que excluye obligatoriamente un circuito de comercialización importante, si no el único eficaz.⁶²

92. Según la sentencia De Agostini y TV Shop,⁶³ incumbe en principio al órgano jurisdiccional remitente apreciar la eficacia de los diferentes modos de promoción de ventas. Por tanto, debe demostrarse ante éste, en particular, que la «prohibición no afecta del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros».⁶⁴

93. Si se calificara la normativa alemana controvertida en el litigio principal de modalidad de venta entraría en juego la presunción establecida en la sentencia De Agostini, según la cual la normativa no entra en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE. Sin embargo, esta presunción podría ser rebatida ante el órgano jurisdiccional nacional.

94. No obstante, si, como aquí se propone, se parte de que el hecho de impedir en mayor medida el acceso al mercado excluye la aplicación de la excepción prevista en la jurisprudencia Keck, y, por tanto, que se trate de una modalidad de venta, habría

60 — En estos términos, refiriéndose a una prohibición de publicidad, las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en los asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95 (citadas en la nota 52 *supra*), puntos 97 y 99.

61 — Sentencia en los asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95 (conclusiones citadas en la nota 52 *supra*), apartado 44.

62 — En estos términos, respecto al monopolio de venta de las farmacias, las conclusiones del Abogado General Lenz en el asunto C-391/92 (sentencia citada en la nota 20 *supra*), punto 19.

63 — Citada en la nota 52 *supra*, apartado 43.

64 — Sentencia De Agostini y TV Shop (citada en la nota 52 *supra*), apartado 44.

que probar la existencia del obstáculo considerable.⁶⁵

b) Posible justificación de la prohibición de venta por correspondencia [primera cuestión prejudicial, letra b)]

iii) Conclusión intermedia sobre la primera cuestión prejudicial y su punto a)

i) Alegaciones de las partes

95. La normativa controvertida presenta, en relación con la situación en el mercado del producto considerado, ciertas particularidades que poseen una gran importancia en el marco de este examen. Entre ellas figura, en primer lugar, la circunstancia de que las farmacias nacionales ya establecidas no utilizan la forma de venta prohibida y por tanto se ven favorecidas. Además, debe tenerse en cuenta que la medida nacional no regula la venta de productos únicamente una vez que cruzan la frontera, sino que prohíbe incluso que crucen la frontera en una forma determinada.

97. DocMorris es el único interviniente que se pronuncia en el procedimiento escrito contra la posibilidad de que la prohibición de venta por correspondencia esté justificada. En su opinión, en primer lugar la prohibición establecida en los artículos 43 y 73 AMG no es necesaria para garantizar una protección efectiva de la salud y, en segundo lugar, la autorización regulada de la venta ofrece la posibilidad de mejorar la protección de la salud.

96. Por tanto, a la vista de estas particularidades, sólo se puede llegar a la conclusión intermedia de que no puede aplicarse la excepción prevista en la jurisprudencia Keck a la prohibición de venta por correspondencia controvertida en el litigio principal y que debe calificarse de medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE.

98. Para alcanzar un alto nivel de protección de la salud, las farmacias deben garantizar un control efectivo de los pedidos, envíos y recepciones, en particular a través de un control permanente de las recetas por los farmacéuticos autorizados en los Estados miembros, así como el envasado de los medicamentos en recipientes especialmente previstos para este fin y el registro documental de las recepciones.

99. Según DocMorris, el artículo 30 CE debe interpretarse en el sentido de que únicamente permite a un Estado miembro

65 — Véanse también las aportaciones en Schwarze (citado en la nota 45 *supra*).

—en tanto que Estado importador— prohibir la venta transfronteriza por correspondencia de medicamentos si dicho Estado miembro puede justificar detalladamente y probar que la venta de productos farmacéuticos por correspondencia realizada, autorizada y controlada por el Estado miembro de origen supone riesgos reales para la salud debido a unas deficientes medidas de seguridad.

100. La Apothekerverband y los Gobiernos alemán, francés, griego, irlandés y austriaco consideran que la normativa alemana está justificada por razones de protección de la salud y la vida humana.

101. La Apothekerverband señala, en primer lugar, que está permitida la venta por correspondencia al por menor a través de una farmacia extranjera. La prohibición de venta por correspondencia pretende mejorar la seguridad de los medicamentos garantizando el recurso al consejo del farmacéutico. Además, la Apothekerverband se basa en la jurisprudencia nacional relativa al sistema de abastecimiento de medicamentos, del que forma parte el sistema de precios obligatorios de los medicamentos. Por otro lado, se pone en peligro la situación de las farmacias tradicionales. Según la Apothekerverband, la prohibición de venta por correspondencia también es proporcionada.

102. El Gobierno alemán, antes de expresar su opinión de que no existe restricción alguna a la libre circulación de mercancías, alega únicamente con carácter subsidiario que la normativa está justificada por razones de protección de la salud y que es proporcionada, por lo que no vulnera el artículo 28 CE. No obstante, si ése fuera el caso, considera que puede justificarse en virtud del artículo 30 CE.

ii) Apreciación

103. A la vista de una posible justificación de la prohibición de venta por correspondencia debe señalarse, en primer lugar, que las consideraciones que se exponen a continuación sólo serán pertinentes en el caso de que el Tribunal de Justicia declare que la prohibición de venta por correspondencia está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE y constituye una restricción a la libre circulación de mercancías.

104. Respecto a las explicaciones de los intervinientes, a veces confusas, es preciso subrayar aquí que, antes de proceder al examen de una justificación en virtud del artículo 30 CE, debe comprobarse si la medida nacional se aplica indistintamente, puesto que en tal caso habrá de buscarse la justificación en el artículo 28 CE, es decir,

en lo establecido a este respecto en la jurisprudencia Cassis de Dijon. Efectivamente, en tal caso ya no es necesario acudir al artículo 30 CE, en contra de lo que en ocasiones ha defendido la doctrina alemana.⁶⁶

— Proporcionalidad de la medida

107. No obstante, para que una medida nacional sea compatible con el artículo 28 CE no sólo debe responder a una causa de justificación reconocida, sino que también debe respetar el principio de proporcionalidad.

— Justificación de la medida

105. Es pacífico entre las partes que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido la protección de la salud no sólo en el marco del artículo 30 CE, sino también como exigencia imperativa en el marco del artículo 28 CE.⁶⁷

108. El examen de la proporcionalidad no debe llevarse a cabo a partir de casos aislados concretos, sino con carácter general. Efectivamente, para considerar que se vulnera el principio de proporcionalidad es suficiente que la violación se produzca de forma típica. A continuación procede examinar la idoneidad, la necesidad y la adecuación de la medida nacional:

106. No puede negarse que la finalidad de las disposiciones controvertidas de la AMG es la protección de la salud.

— Adecuación de la medida nacional

109. En primer lugar, debe comprobarse si las disposiciones de la AMG son adecuadas para contribuir a la protección de la salud.

66 — Véase, por ejemplo, Heermann: «Artikel 30 EGV im Lichte der "Keck"-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungsstatbestands?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1999, p. 394, que concluye que, si se reúnen los requisitos del artículo 30 CE, no es aplicable el artículo 28 CE. Cabe responder, en sentido contrario, que el artículo 30 CE sólo entra en juego cuando el artículo 28 CE es aplicable y se ha vulnerado la prohibición que esta disposición establece. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia Cassis de Dijon requiere que no exista ni siquiera una vulneración del artículo 28 CE.

67 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649) y de 1 de junio de 1994, Comisión/Alemania (C-317/92, Rec. p. I-2039).

110. Como señala acertadamente el Gobierno alemán, las medidas que contiene

dicha norma son adecuadas, en principio, para contribuir a dicho fin. Esta afirmación no se ve menoscabada por el hecho de que también otra normativa que permite el uso de Internet pueda contribuir al objetivo de proteger la salud.

— Necesidad de la medida nacional

111. En segundo lugar, procede examinar la necesidad de la medida nacional en el ámbito de la protección de la salud.⁶⁸

112. En este contexto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los Estados miembros no están obligados a elegir el nivel más bajo de protección.⁶⁹

113. No obstante, el hecho de que no todos los Estados miembros consideren indispensable tal prohibición ni tampoco exista ésta en todos ellos hace pensar que la normativa controvertida no es necesaria.

68 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 1991, Eurim-Pharm (C-347/89, Rec. p. I-1747), apartado 27; de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 12; de 14 de diciembre de 2000, Comisión/Francia (C-55/99, Rec. p. I-11499), apartado 42, y de 10 de septiembre de 2002, Ferring (C-172/00, Rec. p. 6891), apartado 34.

69 — Véase la sentencia de 25 de julio de 1991, Aragonesa y Publivia (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, Rec. p. I-4151), apartado 16.

— Idoneidad de la medida nacional

114. En tercer lugar, para determinar la conformidad con el Derecho comunitario de las disposiciones controvertidas de la AMG, éstas deben examinarse a la luz de la proporcionalidad en sentido estricto o de la idoneidad. En este contexto, lo relevante es si puede protegerse la salud y la vida humana con la misma eficacia mediante medidas que restrinjan en menor medida el comercio intracomunitario.

115. En el marco de la primera cuestión prejudicial, letra b), es procedente limitarse a la justificación basada en la «protección de la normativa nacional de autorización frente a su elusión» alegada por varios intervinientes.

116. En la práctica existen medidas viables, es decir, eficaces, pero que restringen en menor medida la libre circulación de mercancías, aunque ello tampoco constituye por sí solo —al menos según una línea jurisprudencial—⁷⁰ un argumento en favor del carácter desproporcionado de la medida nacional.

70 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Läära y otros (C-124/97, Rec. p. I-6067), apartado 36.

117. Respecto al peligro de que las farmacias que operan a través de Internet puedan eludir las normas nacionales de autorización en la medida en que cursan a través de Internet pedidos de medicamentos no autorizados en el Estado miembro de importación y los importan a dicho Estado miembro, varios intervinientes hacen referencia al estado de la armonización de las normativas en materia de autorización de medicamentos y a la importancia de la sentencia *Ortscheit* en lo que respecta a la cuestión de la autorización.

118. No obstante, en el presente procedimiento no es necesario examinar la importancia de las distintas posibilidades de autorización, ni la posibilidad de reconocimiento, puesto que las diferencias entre las posibilidades apuntadas por los intervinientes no son relevantes para responder a la primera cuestión, letra b).

119. La respuesta debe buscarse más bien en el artículo 3 de la Directiva 65/65, en virtud del cual no podrá «comercializarse ningún medicamento a no ser que la autoridad de dicho Estado miembro haya concedido una autorización previa a la comercialización, de conformidad con la presente Directiva, o que se haya concedido una autorización de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE) n° 2309/93 del Consejo [...]».

120. Por tanto, si se trata de medicamentos que no están cubiertos en el Estado de

importación por una autorización ni por un reconocimiento de autorización, dicho Estado miembro puede prohibir su comercialización. Por consiguiente, una prohibición de venta por correspondencia con la que se pretende impedir la comercialización de este medicamento también es proporcionada.

121. Los demás motivos de justificación alegados deben examinarse en relación con los medicamentos autorizados, es decir, en el marco del examen de la primera cuestión, letra c).

iii) Conclusión intermedia sobre la primera cuestión, letra b)

122. Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe la importación comercial de medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias, realizada a través de la venta por correspondencia por parte de farmacias autorizadas de otros Estados miembros de la Unión Europea y sobre la base de pedidos individuales realizados por consumidores finales a través de Internet, está justificada por razones de protección de la salud y la vida humana si se trata de un medicamento sujeto a autorización en el Estado al que se dirige pero que no ha sido objeto de una autorización nacional o de una autorización de reconocimiento, ni de una autorización comunitaria centralizada.

B. Medicamentos autorizados: primera cuestión, letra c)

1) Alegaciones de las partes

123. DocMorris llama la atención sobre el hecho de que la reimportación de medicamentos —autorizados— reconocida por el Tribunal de Justicia contribuye a la realización del mercado interior y que, en el presente contexto, no existe abuso alguno.

124. Según la Apothekerverband, la prohibición de venta por correspondencia también está justificada en lo que respecta a los medicamentos autorizados en el Estado de importación.

125. Los Gobiernos griego y austriaco también consideran formalmente que la prohibición de venta por correspondencia está justificada incluso en lo que respecta a los medicamentos autorizados.

126. El Gobierno alemán también parte, en lo que respecta a los medicamentos autorizados, del principio de que la prohibición de venta por correspondencia constituye únicamente una modalidad de venta.

127. La Comisión también considera, respecto a los medicamentos autorizados, que el Derecho comunitario derivado no se opone a una prohibición de la venta a distancia. Para ello se remite al artículo 14 de la Directiva 97/7, así como al artículo 1, apartado 3, y al artículo 3, apartado 4, de la Directiva sobre el comercio electrónico.

128. Además, la Comisión considera que la prohibición de venta por correspondencia reúne también respecto a los medicamentos autorizados los requisitos de la jurisprudencia Keck.

2) Apreciación

129. La primera cuestión, letra c), hace referencia a la comercialización o introducción de medicamentos autorizados en el Estado de importación, es decir, la reimportación. Sin embargo, el presente asunto no tiene por objeto los problemas habituales relativos a la propiedad industrial o a la necesidad de una nueva autorización, sino el extremo de si es aplicable la libre circulación de mercancías, y sobre el motivo de justificación basado en la protección de la salud.

a) Riesgo de elusión de las disposiciones nacionales

cualquiera de las dos fases. Como subraya acertadamente DocMorris, la libre circulación de mercancías protege cada fase de la cadena comercial de forma independiente.

130. En el presente asunto se ha alegado, en contra de la aplicabilidad de la libre circulación de mercancías, que la situación existente, a saber, la reimportación a través de farmacias en Internet, constituye una operación comercial ficticia que, por tanto, no está comprendida en el ámbito de aplicación de esta libertad fundamental. A este respecto ha de tenerse en cuenta que la presente estructura de comercialización de medicamentos a través de Internet se caracteriza por el hecho de que la farmacia en Internet no importa por sí misma los medicamentos desde Alemania para volver a exportarlos a dicho país.⁷¹

133. Por tanto, la reimportación tiene lugar en una fase distinta a la de la exportación, en concreto en la relación entre el minorista (DocMorris) y el consumidor, que se hallan en dos Estados miembros diferentes.

131. Deben distinguirse, por el contrario, dos actividades independientes entre sí desde el punto de vista jurídico y económico: la adquisición del medicamento por la farmacia en Internet de un mayorista, en cuyo caso la exportación desde Alemania puede ser efectuada por el mayorista, y la venta del medicamento por parte de la farmacia en Internet al consumidor, por ejemplo, en Alemania.

134. La afirmación de que la presente estructura de comercialización de medicamentos no constituye un abuso de la libre circulación de mercancías está corroborada por el hecho de que las farmacias en Internet también desean ejercer su actividad en los Estados miembros en los que adquieren los medicamentos. El ejercicio de una actividad en otros Estados miembros, en particular el comercio transfronterizo, es, sin embargo, inherente al mercado interior y, sobre todo, a las libertades fundamentales.⁷²

132. En primer lugar, se producen dos operaciones en dos fases diferentes de la cadena comercial (entre el mayorista y la farmacia en Internet y entre ésta y el consumidor) y, en segundo lugar, el elemento intracomunitario puede darse en

135. Esta conclusión se ve confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,

71 — Sobre una situación semejante, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 1985, Leclerc y otros (229/83, Rec. p. 1).

72 — Sobre la libertad de establecimiento, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartados 26 y ss.

según la cual la importación de mercancías que están autorizadas en el Estado de importación, aunque se trate de medicamentos,⁷³ y por lo tanto, la reimportación, también está comprendida en el ámbito de aplicación de la libre circulación de mercancías.

b) Proporcionalidad de la prohibición de venta por correspondencia

136. A continuación abordaré exclusivamente aquellos aspectos invocados por las partes como motivos de justificación de la prohibición de venta por correspondencia y que son relevantes para examinar la necesidad y la idoneidad de la normativa controvertida.

137. En este contexto, es preciso partir del principio de que «la circunstancia de que el médico que ha recetado el medicamento o el farmacéutico que lo ha vendido estén establecidos en un Estado miembro distinto de aquel en el que se utiliza el medicamento no impide [...] que dichos profesionales ejerzan, llegado el caso mediante la cooperación de un colega establecido en el Estado miembro de importación, un control de la utilización del medicamento importado».⁷⁴

73 — Véanse las sentencias de 12 de noviembre de 1996, *Smith & Nephew y Primecrown* (C-201/94, Rec. p. I-5819), respecto a la Directiva 65/65, y de 12 de octubre de 1999, *Upjohn* (C-379/97, Rec. p. I-6927) respecto a los derechos de marcas en el sector de los medicamentos.

74 — Sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión/Alemania* (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 19.

138. Además, debe señalarse que las farmacias en Internet están sometidas al Derecho del Estado en que están establecidas, al que compete también llevar a cabo el correspondiente control.

i) Apreciación a la vista de los objetivos perseguidos por la prohibición de venta por correspondencia

— Eventual falta de asesoramiento profesional

139. Algunas de las partes se han remitido a las ventajas que, a su juicio, lleva consigo el asesoramiento en una farmacia tradicional abierta al público, y que consideran que no ofrecen las farmacias en Internet. Así, en estas últimas no existe la posibilidad, por ejemplo, de que el farmacéutico tome la iniciativa de ofrecer asesoramiento. Es preciso subrayar, a este respecto, que esta posibilidad subsiste también, en principio, en el caso de las farmacias en Internet. Además, no se ha afirmado ni demostrado, respecto a las farmacias tradicionales, con qué frecuencia y en cuántos casos el farmacéutico da efectivamente explicaciones, bien a iniciativa del paciente, bien a iniciativa propia.

140. Por lo demás, la Apothekeverband señaló el peligro existente, a falta de asesoramiento, de que se introduzcan medicamentos falsificados, aún no probados, inseguros o ineficaces. No se han aportado a este respecto cifras concretas relativas a Alemania.

141. Por otro lado, se ha señalado que, cuando se compran en Internet, la entrega de los medicamentos se efectúa a través de un servicio de mensajería no personalizado. Frente a ello basta referirse a la práctica generalizada de que los medicamentos tampoco se recogen siempre personalmente en las farmacias tradicionales abiertas al público.

142. Respecto al asesoramiento prestado a iniciativa del farmacéutico y respecto a la entrega en persona debe señalarse que el legislador no prevé ningún control especial. La falta de controles constituye no obstante, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁷⁵ un elemento esencial para apreciar la necesidad de medidas nacionales.

143. Además, hay que recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en virtud de la cual debe considerarse igualmente válido el asesoramiento prestado en una farmacia de otro Estado miembro.⁷⁶

144. Por último, debe hacerse referencia a las diferencias que, según algunas de las partes, existen entre el asesoramiento personal y el asesoramiento a distancia, es decir, la atención personal del farmacéutico, los conocimientos locales de éste y la posibilidad que tiene de colaborar con otras profesiones relacionadas con la salud. No obstante, las farmacias tradicionales pueden seguir manteniendo estas particularidades, que no se ven afectadas —jurídicamente— por la autorización de las farmacias en Internet.

145. Sin embargo, para garantizar el nivel necesario de asesoramiento, las farmacias en Internet también deben cumplir determinadas exigencias relativas al asesoramiento y a los pedidos.

146. En este sentido, deben controlar el pedido, en particular responder a las

75 — Sentencia de 7 de marzo de 1989, Schumacher/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost (215/87, Rec. p. 617), apartado 21, sobre la falta de controles en determinados tipos de importaciones.

76 — Sentencia Schumacher (citada en la nota 75 *supra*), apartado 20.

posibles preguntas y llevar un registro de las recomendaciones. En determinados casos deben facilitar información espontáneamente, en particular por lo que respecta a la composición del medicamento. Para evitar un eventual abuso puede prescribirse la cantidad máxima del medicamento que pueden entregarse. La etiqueta y el prospecto deben redactarse o facilitarse en el idioma del paciente. Por último, las farmacias en Internet deben estar siempre accesibles.

147. Respecto a los medicamentos sujetos a prescripción médica, las farmacias en Internet deben adoptar medidas adicionales. En este sentido, en todo caso, están sometidas a las normas del Estado de importación relativas a las recetas. Además, el envío sólo puede realizarse tras la presentación del original de la receta, que, en su caso, debe archivers.

148. Por último, tampoco debe olvidarse que el pedido a través de Internet puede abrir, en parte, mejores posibilidades técnicas para prestar asesoramiento. Así, por ejemplo, las farmacias en Internet, que disponen de un historial de medicación automatizado, pueden ponerse más fácilmente en contacto con los pacientes a iniciativa propia.

— Necesidad de asegurar la protección del paciente al suministrar el medicamento

149. Las partes se han referido a la necesidad de asegurar la protección del paciente al entregarse el medicamento. Dicha protección puede garantizarse mediante medidas apropiadas de control de los envíos y de la recepción. En este sentido, podría controlarse que los medicamentos enviados coinciden en contenido y cantidad con los pedidos. Además, el transporte debe ser adecuado, en particular en el caso de medicamentos sensibles al calor y a la luz. Por último, debe garantizarse un control de recepción suficiente, que requiere, principalmente, documentar el desarrollo del envío, en su caso mediante el servicio de mensajería, así como, en su caso, que el medicamento se entregue exclusivamente a la persona autorizada, confirmando siempre la entrega mediante su firma.

150. Respecto a la necesidad de evitar que aparezcan vendedores poco rigurosos, Doc-Morris se remitió acertadamente, en el presente asunto, a las diversas obligaciones de información que establece la Directiva sobre el comercio electrónico, en particular en sus artículos 5, 6 y 10.

— Necesidad de garantizar un amplio abastecimiento territorial y acorde con las necesidades

151. Algunas de las partes han alegado que la autorización de las farmacias en Internet produciría consecuencias económicas negativas para las farmacias tradicionales abiertas al público y que incluso pondría en peligro su existencia. En este contexto, algunas de las partes se han referido al riesgo que esta situación supondría para la seguridad del abastecimiento.

152. Debe señalarse, a este respecto, que la seguridad del abastecimiento constituye un motivo reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que puede justificar determinadas medidas nacionales. No obstante, también este motivo está supeditado al requisito de que la medida sea necesaria para el mantenimiento de un nivel de abastecimiento determinado.⁷⁷

153. Por consiguiente, también desde este punto de vista es necesario que el Estado miembro considerado demuestre que sólo puede garantizarse el abastecimiento mediante la medida adoptada. Sin embargo, el Gobierno alemán no ha presentado prueba alguna, aparte de pronósticos y temores, de que la normativa controvertida sea imprescindible para asegurar el abastecimiento.

154. Además, la autorización de la venta por correspondencia tampoco implica por sí misma la desaparición de las farmacias tradicionales. La coexistencia de distintas formas de comercialización es perfectamente posible desde un punto de vista jurídico. En este sentido, no cabe excluir que las farmacias tradicionales puedan seguir explotando económicamente sus ventajas, como el abastecimiento más rápido debido a la inexistencia de plazos de entrega o el abastecimiento urgente por la noche y los fines de semana.

ii) Carga de la prueba que incumbe al Estado miembro de que se trate

155. En último término debe mencionarse la obligación a la que el Tribunal de Justicia se ha referido en su jurisprudencia, también en procedimientos prejudiciales, según la cual el Estado miembro que considera que una medida restrictiva está justificada y es proporcionada ha de demostrarlo.⁷⁸ Por tanto, debe demostrar «que la medida controvertida [era] [...] el medio más adecuado para disminuir el riesgo de consumo de productos caducados, [y] el menos restrictivo para los intercambios intracomunitarios».⁷⁹

77 — Véanse las sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), apartados 48 y ss., y de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, Rec. p. I-5363), apartado 48, y Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartado 73.

78 — Sentencia de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania (178/84, Rec. p. 1227), apartado 46, y Kohll (citada en la nota 77 *supra*), apartado 52.

79 — Sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 67 *supra*), apartado 20.

156. En el presente caso, la carga de la prueba tiene por objeto, en particular, la cuestión de si se ha tenido en cuenta la fiabilidad de la farmacia en Internet en el país de origen,⁸⁰ es decir, en el presente asunto, el Estado desde el que ejerce sus actividades la farmacia en Internet. Además, el Tribunal de Justicia ha exigido expresamente que se demuestre «que la normativa controvertida en el litigio principal sea necesaria para garantizar un servicio [...] equilibrado y accesible a todos».⁸¹

157. La República Federal de Alemania no ha demostrado que la prohibición de venta por correspondencia sea necesaria e idónea, es decir, que los objetivos perseguidos mediante dicha prohibición en el presente asunto no se habrían podido alcanzar de una forma igualmente eficaz mediante una normativa menos restrictiva que sometiera a una serie de requisitos la actividad de las farmacias en Internet.

158. Los objetivos de asesoramiento cualificado, protección de los pacientes y seguridad del abastecimiento también podrían alcanzarse mediante medidas menos restrictivas que la normativa controvertida, que establece una simple prohibición.

159. Entre las medidas adecuadas figuran, en primer lugar, las exigencias, ya citadas en relación con estos objetivos, aplicables al control de los pedidos, del envío y del transporte de los paquetes, así como de su recepción.

160. La cuestión de si DocMorris cumple o no estas exigencias es objeto de un litigio concreto. Compete, sin embargo, al órgano jurisdiccional nacional resolverlo.

iii) Conclusión intermedia sobre la primera cuestión, letra c)

161. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión, letra c), que los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que una prohibición nacional de importación de medicamentos autorizados en el Estado importador, que han sido comprados con anterioridad por una farmacia de otro Estado miembro de la Unión Europea a mayoristas del Estado importador, no está justificada por razones de protección de la salud y la vida humana, puesto que tal medida no es proporcionada.

⁸⁰ — Sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 67 *supra*), apartado 18.

⁸¹ — Sentencia Kohll (citada en la nota 77 *supra*), apartado 52.

VI. Sobre la segunda cuestión

A. *La segunda cuestión prejudicial y su punto a)*

162. También procede reformular la segunda cuestión en el sentido de que no se refiere expresamente a la compatibilidad de una medida nacional determinada:

1) Segunda cuestión prejudicial: prohibición de la publicidad para la venta de medicamentos por correspondencia y de la publicidad de determinados medicamentos

a) Alegaciones de las partes

¿Deben interpretarse los artículos 28 y 30 del Tratado CE es el sentido de que se oponen a una prohibición nacional de publicidad para la venta de medicamentos por correspondencia, así como para medicamentos para uso humano sujetos a prescripción médica y para medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias que no están autorizados en el Estado de importación, pero sí en el de origen, según la cual se clasifica como publicidad prohibida el portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro de la Unión Europea que, además de una mera presentación de su empresa, describe los diferentes medicamentos con su nombre, si requiere o no prescripción médica, la presentación de los envases y el precio, y que, al mismo tiempo, ofrece la posibilidad de pedir dichos medicamentos mediante un formulario on-line, de modo que dicha prohibición da lugar a que la venta transfronteriza de medicamentos a través de Internet, incluida su entrega transfronteriza de los mismos, se vea dificultada seriamente?

163. Según DocMorris, la posibilidad de realizar pedidos por Internet es imprescindible para la venta transfronteriza de medicamentos por correspondencia a nivel de los consumidores finales. A su juicio, una interpretación amplia del concepto de publicidad destinada al público da lugar a que las prohibiciones nacionales basadas en la prohibición de la Directiva 92/28 restrinjan la libre circulación de mercancías. En su opinión, tales medidas tampoco están justificadas por la necesidad de evitar la automedicación o por la protección de los sistemas nacionales de autorización de medicamentos.

164. Por el contrario, la Apothekerverband considera que las prohibiciones de publicidad, incluida la de medicamentos autorizados, tampoco son contrarias a los artículos 28 CE y 30 CE, por lo que la prohibición de venta por correspondencia es compatible con el Derecho comunitario.

165. El Gobierno alemán se concentra en sus observaciones en la prohibición del artículo 8, apartado 2, de la HWG y la califica de modalidad de venta. Para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta su opinión, afirma que, al menos, la prohibición está justificada con arreglo al artículo 30 CE.

166. El Gobierno francés concluye, partiendo de la legalidad de la prohibición de venta por correspondencia, que también es lícita la prohibición de publicidad. En su opinión, la prohibición de hacer publicidad por sí mismas impuesta a las farmacias tampoco es contraria al artículo 28 CE.

167. Los Gobiernos griego e irlandés consideran que la prohibición de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos y para los medicamentos sujetos a prescripción médica pero no autorizados en el Estado de importación es compatible con los artículos 28 CE y 30 CE. El Gobierno austriaco, que se remite al código comunitario, considera que la prohibición de publicidad también está justificada por lo que se refiere a los medicamentos no sujetos a prescripción médica pero que son de venta exclusiva en farmacias.

168. La Comisión también considera, respecto a las prohibiciones de publicidad para los medicamentos sujetos a prescripción médica y para los medicamentos no auto-

rizados, que constituyen en principio modalidades de venta en el sentido de la jurisprudencia Keck. Por el contrario, considera que la prohibición establecida en el artículo 8, apartado 2, de la HWG debe calificarse de medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 28 CE.

b) Apreciación

169. En primer lugar, debe señalarse que el Derecho alemán que regula la publicidad de medicamentos distingue fundamentalmente cuatro prohibiciones de publicidad: respecto a medicamentos no autorizados (artículo 3 a de la HWG), respecto a medicamentos sujetos a prescripción médica (artículo 10 de la HWG) y dos prohibiciones relativas a la venta de medicamentos por correspondencia. Pertenecen a estas últimas el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la HWG, que prohíbe en general la publicidad para la adquisición de medicamentos de venta exclusiva en farmacias, y el artículo 8, apartado 2, que prohíbe la publicidad para la importación al por menor.

170. En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente no se refiere expresamente a ninguna de estas disposiciones del Derecho alemán, sino que menciona tres tipos de prohibiciones de publicidad: para la «venta por correspondencia de medica-

mentos», para los medicamentos «sujetos a prescripción médica» y parte de los medicamentos «no autorizados en el Estado de importación». A continuación se examinarán estas tres prohibiciones en particular:

i) Prohibición de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos

171. La segunda cuestión hace referencia, en primer lugar, a la prohibición de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que éste sólo considera aplicable, en relación con la venta por correspondencia de medicamentos, la prohibición del artículo 8, apartado 1, de la HWG y no la del artículo 8, apartado 2, de la misma ley. Por consiguiente, esta última disposición no forma parte del marco jurídico y fáctico del litigio principal.

172. La prohibición de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos establecida en el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la HWG tiene únicamente por objeto los medicamentos de venta exclusiva en farmacias, pero no hace referencia a la obligatoriedad de autorización o prescripción médica.

173. Para poder apreciar esta disposición a la luz del Derecho comunitario es necesario examinar, en primer lugar, si el ámbito considerado de la publicidad de medicamentos ha sido objeto de una armonización exhaustiva. Si es así, deben aplicarse, con carácter prioritario, las correspondientes disposiciones de Derecho derivado. En caso contrario, son aplicables las disposiciones de Derecho primario, en el presente asunto la libre circulación de mercancías.

174. Entre las normas de Derecho derivado es pertinente, en primer término, la Directiva 92/28. Efectivamente, ésta prevé, en su artículo 2, apartado 1, una prohibición de publicidad. Puesto que dicha prohibición se basa en el medicamento, no en la forma de comercialización, su ámbito de aplicación no coincide con el de la prohibición alemana de publicidad. Mientras que la prohibición establecida en la Directiva sólo es aplicable a los medicamentos para los que no se haya otorgado una autorización de comercialización de conformidad con el Derecho comunitario, el artículo 8, apartado 1, párrafo primero, de la HWG prohíbe la publicidad dirigida a la compra por correspondencia de medicamentos de venta exclusiva en farmacias.

175. Por consiguiente, la regla de Derecho comunitario aplicable para examinar una prohibición de publicidad como la del artículo 8, apartado 1, de la HWG sigue siendo la libre circulación de mercancías. A este respecto, lo relevante es, en primer lugar, que el artículo 8, apartado 1, no

distingue en función del origen de los productos y, en segundo lugar, que se aplica a todos los operadores económicos, de modo que, a primera vista, responde a los dos criterios tradicionales de la jurisprudencia Keck. Por tanto, partiendo de la jurisprudencia Keck parece evidente que puede calificarse la prohibición de publicidad en virtud del artículo 8, apartado 1, de la HWG de modalidad de venta.

176. Sin embargo, como ya se ha expuesto en relación con la prohibición de venta por correspondencia, lo decisivo no es si se afecta por igual a la comercialización de los productos procedentes de otros Estados miembros, sino también si la prohibición de publicidad restringe el acceso al mercado de tal forma que ya no se trata de una mera modalidad de venta, pues en tal caso se trata de una medida de efecto equivalente en el sentido de artículo 28 CE.⁸²

177. DocMorris alega que las prohibiciones de publicidad obstaculizan los pedidos de medicamentos por Internet. DocMorris señala acertadamente que las farmacias en Internet, al contrario que las farmacias tradicionales abiertas al público, disponen únicamente de este medio de información.

178. Por consiguiente, la prohibición de publicidad establecida en el artículo 8, apartado 1, de la HWG limita el acceso al consumidor final de las farmacias en Internet, que utilizan esta forma de publicidad, de tal forma que no puede calificarse de modalidad de venta. En efecto, esta calificación se aplica precisamente a las medidas nacionales que prohíben cualquier forma de publicidad.

179. Sin embargo, la prohibición de publicidad no vulnera el artículo 28 CE si responde a una exigencia imperativa y es proporcionada.

180. En este contexto, es preciso remitirse a una sentencia del Tribunal de Justicia relativa a la prohibición de publicidad de la HWG. Efectivamente, el Tribunal de Justicia tuvo que examinar la prohibición de publicidad del artículo 8, apartado 2, de la HWG en el asunto Ortscheit. Si bien aquel procedimiento sólo tenía por objeto medicamentos sujetos a autorización pero no autorizados en Alemania, el Tribunal de Justicia se pronunció en términos tan generales que sus afirmaciones son aplicables al presente asunto. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia reconoció que la prohibición establecida en el artículo 8, apartado 2, de la HWG era necesaria para evitar que se eludiera el régimen nacional de autorización.⁸³ Este principio también es aplicable a otras prohibiciones de publicidad de medicamentos.

82 — Sobre una prohibición de publicidad véase, asimismo, la sentencia de 8 de marzo de 2001, *Gourmet International Products* (C-405/98, Rec. p. I-1795), apartado 19.

83 — Citada en la nota 10 *supra*, apartados 19 y ss.

181. Por consiguiente, mientras los Estados miembros puedan prohibir la publicidad de medicamentos sujetos a autorización pero no autorizados o no permitidos, la prohibición nacional no será proporcional en relación con los medicamentos no sujetos a autorización o ya autorizados, al igual que en el caso de la prohibición de venta por correspondencia.

183. La interpretación de los artículos 28 CE y 30 CE también reviste importancia en lo que respecta a la prohibición de publicidad para los medicamentos no autorizados. Sin embargo, estas disposiciones sólo constituyen el marco de Derecho comunitario pertinente para la resolución del litigio principal en la medida en que no existan disposiciones de Derecho derivado que prevalezcan sobre aquellas.

ii) Prohibición de publicidad de medicamentos no autorizados en el país importador

184. Pues bien, respecto a los medicamentos no autorizados, la Directiva 92/28 contiene, en su artículo 2, apartado 1, una prohibición de publicidad expresa.

182. En segundo lugar, la segunda cuestión tiene por objeto la prohibición de publicidad de medicamentos sujetos a autorización en el país importador, a saber, Alemania, pero que no están autorizados en dicho país. La norma de Derecho alemán aplicable en este caso es el artículo 3 a HWG. Si bien el artículo 8, apartado 2, de la HWG prevalece en principio sobre esta norma,⁸⁴ la primera no es relevante en el asunto principal, como se desprende de la resolución de remisión.

185. La prohibición de publicidad del artículo 3 a de la HWG tiene por objeto medicamentos que no hayan sido autorizados ni se consideren como tal en virtud del procedimiento comunitario o según la legislación alemana. Por tanto, esta disposición del Derecho alemán constituye tan sólo la norma nacional por la que se incorpora al Derecho interno la prohibición establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva.

186. Por tanto, ya que prima la Directiva 92/28, no procede examinar el artículo 3 a de la HWG a la luz del Derecho primario en el presente asunto. De este modo resulta igualmente superfluo examinar el carácter de modalidad de venta de la medida nacional en el sentido de la jurisprudencia Keck.

84 — Véase, por ejemplo, Ernst (citado en la nota 57 *supra*), p. 897; Koenig/Müller: «Der werbliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2000, pp. 1367 y ss., según los cuales el artículo 3a es aplicable si la oferta de Internet incluye medicamentos no autorizados en Alemania y contiene datos que pueden calificarse de publicidad para los medicamentos no autorizados (p. 1372).

iii) Prohibición de publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica

187. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente plantea, mediante la segunda cuestión, el problema de la compatibilidad de una prohibición nacional de publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica. Por tanto, esta parte de la cuestión prejudicial hace referencia a la prohibición de publicidad en virtud del artículo 10 de la HWG.

188. También respecto a esta disposición de Derecho nacional debe examinarse, en primer lugar, si este aspecto ha sido armonizado exhaustivamente por normas de Derecho comunitario derivado.

189. Como señala acertadamente la Comisión, la Directiva 92/28 contiene también respecto a los medicamentos sujetos a prescripción médica disposiciones que regulan la publicidad. Efectivamente, el artículo 3, apartado 1, primer guión, de la Directiva 92/28 impone expresamente a los Estados miembros la obligación de prohibir la publicidad destinada al público de medicamentos que sólo pueden venderse con receta médica.

190. Por consiguiente, puede considerarse que el artículo 10 HWG constituye la norma de adaptación del Derecho interno a esta prohibición. Sin embargo, puesto que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28 sólo tiene por objeto la publicidad destinada al público, se plantea la cuestión de si la prohibición nacional de publicidad establecida en el artículo 10 HWG respeta el marco de la Directiva 92/28 o si va más allá de lo que ésta dispone. A la parte de la normativa nacional que rebasa la norma comunitaria le sería aplicable, a falta de armonización de Derecho derivado, el Derecho primario, a saber, los artículos 28 CE y 30 CE. Sin embargo, el problema jurídico de la conformidad de esta prohibición nacional de publicidad con el Derecho primario no es objeto del presente procedimiento.

2) Segunda cuestión prejudicial, letra a): la presentación en Internet como publicidad destinada al público

191. La cuestión 2 letra a) tiene por objeto la relevancia de la libre circulación de mercancías para el concepto de publicidad destinada al público en el sentido del artículo 1, apartado 3, y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28.

a) Alegaciones de las partes

192. Según DocMorris, el concepto de publicidad destinada al público en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/28 no debe interpretarse de forma extensiva, pues de ese modo se limitaría sobremanera el acceso a los consumidores finales. En su opinión, el concepto debe interpretarse, de forma más acorde al Derecho primario, en el sentido de que los formularios de pedido on-line, que contienen datos imprescindibles para el comercio farmacéutico en Internet, no están comprendidos en el concepto de publicidad destinada al público.

193. Por consiguiente, según DocMorris las prohibiciones de publicidad establecidas en los artículos 3a, 8, apartados 1 y 2, y 10 de la HWG vulneran el artículo 28 CE.

194. Según DocMorris, del artículo 1, apartado 3, de la Directiva sobre el comercio electrónico se deriva que los servicios de la sociedad de la información no deben verse limitados de manera desproporcionada mediante prohibiciones de publicidad establecidas por el Derecho comunitario, de forma que no cabe calificar de publicidad prohibida las informaciones mínimas necesarias para realizar pedidos de medicamentos en Internet mediante formularios digitales.

195. La Apothekerverband considera que debe responderse en sentido negativo a la segunda cuestión, letra a), puesto que, en caso contrario, no se respetaría el sistema del Derecho comunitario. A su juicio, la Directiva sobre el comercio electrónico no supone una armonización completa de los servicios de la sociedad de la información ni, sobre todo, afecta a las condiciones de entrega de mercancías. La Directiva no es aplicable a la venta por correspondencia de medicamentos de venta exclusiva en farmacias.

196. El Gobierno alemán defiende que la publicidad de medicamentos está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva sobre el comercio electrónico. En su opinión, además, debe excluirse una interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva antes de expirar el plazo para adaptar a ésta el Derecho interno.

197. Alega que el artículo 1, apartado 3, y el undécimo considerando de la Directiva sobre el comercio electrónico no afectan al nivel de protección de la salud pública.

198. El Gobierno alemán considera que la prohibición de publicidad del artículo 8, apartado 2, de la HWG está cubierta por la Directiva 92/28 y se aplica independientemente de la Directiva sobre el comercio

electrónico. Por último, señala que, según el artículo 3, apartado 4, de la Directiva sobre el comercio electrónico, los órganos jurisdiccionales ordinarios pueden prohibir determinadas medidas publicitarias que puedan afectar a la protección de la salud pública.

199. Según el Gobierno griego, la Directiva sobre el comercio electrónico no afecta a las disposiciones de la Directiva 92/28.

200. El Gobierno irlandés interpreta los artículos 28 CE y 30 CE en el sentido de que no excluyen del concepto de publicidad destinada al público la presentación de Internet controvertida en el asunto principal.

201. El Gobierno austriaco se apoya, en sus alegaciones, en el código comunitario. En su opinión, en virtud de su artículo 86 las listas de pedidos de medicamentos deben considerarse publicidad. Del artículo 88, apartado 1, del código comunitario resulta una obligación para los Estados miembros de prohibir la publicidad de medicamentos sujetos a prescripción médica. El artículo 88, apartado 2, establece una excepción a dicha prohibición para determinados medicamentos. La Directiva sobre el comercio electrónico tampoco se opone a la prohibición de publicidad. En virtud de la misma, los Estados miembros pueden prohibir no sólo la venta por correspondencia de medicamentos, sino también la publicidad de la misma.

202. La Comisión también defiende una interpretación amplia del concepto de publicidad, que engloba también la publicidad destinada al público. No obstante, señala que el concepto de publicidad no se aplica a las empresas, es decir, a las farmacias, sino a los productos. Según la Comisión, ni los artículos 28 CE y 30 CE ni la Directiva sobre el comercio electrónico imponen otra interpretación del concepto de publicidad. En definitiva, por tanto, considera que debe responderse en sentido negativo a la segunda cuestión prejudicial, letra a).

b) Apreciación

203. A diferencia de la segunda cuestión prejudicial, la segunda cuestión, letra a) tiene por objeto la prohibición de publicidad destinada al público de determinados medicamentos establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28. Esta prohibición se basa en el concepto de publicidad destinada al público, que en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/28 está comprendido en el concepto de publicidad.

204. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/28 define el concepto de «publicidad de medicamentos» como «toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos».

205. Por el contrario, la Directiva 92/28 no contiene una definición legal del concepto de «publicidad de medicamentos destinada al público». Por tanto, su interpretación debe partir del concepto de publicidad como concepto general que engloba también, en virtud del artículo 1, apartado 3, primer guión, la «publicidad de medicamentos destinada al público».

206. Es preciso determinar si el portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro donde, además de la mera presentación de su empresa, se describen cada uno de los medicamentos con su nombre, si requiere o no prescripción médica, las dimensiones de los envases y su precio, y ofrece al mismo tiempo la posibilidad de comprar dichos medicamentos mediante un formulario de pedido on-line, está comprendido en el concepto de publicidad destinada al público o no.

207. Partiendo del concepto conscientemente amplio de publicidad⁸⁵ contenido en la Directiva 92/28, debe interpretarse también en sentido amplio el concepto de publicidad destinada al público. Confirma esta interpretación el hecho de que en los Estados miembros se distingue en la práctica, en el ámbito de la publicidad de medicamentos, entre publicidad para el público y publicidad destinada a los profesionales. Si bien esta distinción de destina-

tarios no justifica por sí misma una delimitación del concepto, sí debe atribuirse una importancia especial a la prohibición de publicidad en relación con la mayor necesidad de protección del público en general, es decir, de los profanos en la materia.

208. También apoyan una interpretación amplia del concepto de publicidad destinada al público los considerandos cuarto y sexto de la Directiva 92/28, que expresan la relación entre la regla y la excepción: en principio, la publicidad está prohibida, pero puede permitirse con carácter excepcional.

209. No obstante, debe delimitarse el concepto amplio de «publicidad destinada al público» en la medida en que no comprende la información general sobre una farmacia en Internet, es decir, la publicidad relativa a la imagen o a la empresa. El núcleo de la publicidad destinada al público radica en la publicidad del producto.

210. Los datos que, en opinión de DocMorris, son indispensables, como el nombre del producto, los componentes, si requiere o no prescripción médica, las dimensiones de los envases y su precio, demuestran que en el presente asunto se trata de publicidad del producto.

85 — Sobre la interpretación amplia del concepto de publicidad, véase la sentencia de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Rec. p. I-7945), apartado 28, relativa a la publicidad engañosa.

211. Para poder examinar la cuestión, es necesario hacer referencia a la impresión objetiva que la configuración general de la página de Internet produce en el consumidor.⁸⁶ Constituye un claro indicio de ello la circunstancia de que DocMorris reparte su gama de productos en distintas rúbricas, en cada una de las cuales se enumeran los diferentes medicamentos. Éstos pueden pedirse haciendo clic en una casilla. Por consiguiente, el usuario de Internet puede concretar la oferta general mediante la elección del producto. Según otra opinión, la mera cita del medicamento constituye un efecto publicitario de la presentación de Internet.⁸⁷

212. Por tanto, mientras que no cabe calificar de publicidad en el sentido de la Directiva 92/28 la mera presentación de la empresa DocMorris, sí lo son la descripción de los medicamentos con su nombre, si se requiere o no prescripción médica, las dimensiones de los envases y su precio, así como la posibilidad de comprar dichos medicamentos mediante un formulario de pedido on-line.

213. En este sentido, por consiguiente, en el litigio principal existe publicidad comercial del producto, comprendida en el concepto de «publicidad destinada al público» en el sentido de la Directiva 92/28.

214. Una interpretación a la luz del Derecho primario, de rango superior, no conduce a una conclusión distinta. La libre circulación de mercancías tiene un contenido demasiado inconcreto para deducir de ella una reducción del concepto amplio de «publicidad destinada al público».

215. El hecho de que desde el punto de vista económico la presentación de formularios de pedido on-line sea imprescindible para que una farmacia en Internet pueda vender medicamentos por correspondencia no cambia la conclusión antes expuesta. Efectivamente, como señala acertadamente la Comisión, deben examinarse separadamente la importación de un producto y la publicidad que de él se hace.

216. Respecto a la Directiva sobre el comercio electrónico, expresamente citada en la segunda cuestión prejudicial, letra a), y sus efectos sobre el concepto de publicidad destinada al público, debe señalarse que el plazo de adaptación del Derecho interno a esta Directiva no expiraba hasta el 17 de enero de 2002. Pues bien, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia,⁸⁸ son inaplicables las directivas que establecen un plazo de adaptación del Derecho interno que aún no ha finalizado al producirse los hechos que dan lugar al litigio.

86 — Koenig/Müller (citados en la nota 84 *supra*), p. 1368.

87 — Ernst (citado en la nota 57 *supra*), p. 897.

88 — Véase al respecto, en el ámbito del Derecho de medicamentos, la sentencia Ortscheit (citada en la nota 10 *supra*), apartado 15.

217. Por consiguiente, no procede examinar en el presente contexto la cuestión fundamental de la relación entre la Directiva sobre el comercio electrónico y la Directiva 92/28. Puesto que la Directiva sobre el comercio electrónico no es aplicable, tampoco es preciso tratar aquí la relevancia del principio del país de origen contenido que se establece en la misma, la posibilidad recogida en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva sobre el comercio electrónico de establecer excepciones por razones de salud pública ni el alcance de la excepción basada en la protección de la salud pública prevista en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva sobre el comercio electrónico.

3) Conclusión intermedia

218. Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una prohibición nacional de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos para uso humano —con independencia de la publicidad de los medicamentos—, salvo que la finalidad de la prohibición sea proteger el régimen nacional de autorización y sea proporcionada.

219. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una prohibición nacional de publicidad de medicamentos para uso humano sujetos a prescripción médica.

220. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una prohibición nacional de publicidad de medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias que no están autorizados en el Estado de importación, pero sí en el de origen.

221. El concepto de «publicidad destinada al público» del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que también engloba el portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro que describe cada uno de los medicamentos con su nombre, si requiere o no prescripción médica, las dimensiones de los envases y su precio, y ofrece al mismo tiempo la posibilidad de comprar dichos medicamentos mediante un formulario de pedido on-line.

B. La segunda cuestión prejudicial, letra b): partes del portal de Internet equiparables a catálogos de venta y/o listas de precios

222. La segunda cuestión prejudicial, letra b) tiene por objeto la posible calificación de los formularios de pedido on-line, que únicamente contienen los datos mínimos necesarios para realizar el pedido, y/u otras partes del portal de Internet de catálogos de ventas y/o listas de precios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28. Efectivamente, esta dispo-

sición excluye los catálogos de venta y las listas de precios del ámbito de aplicación de la Directiva 92/28 y, por consiguiente, de la prohibición de publicidad.

225. El Gobierno alemán se pronuncia contra una limitación del concepto de publicidad y señala que en virtud del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28 sólo cabe excluir aquellos catálogos de venta y listas de precios que no contienen información alguna sobre el medicamento.

1) Alegaciones de las partes

223. DocMorris interpreta el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28 desde un punto de vista teleológico, llegando a la conclusión de que también los formularios de pedido digitales que, debido a la información que contienen y la incitación a comprar que suponen, se encuentran entre los catálogos de venta y las listas de precios, están excluidos de la prohibición de publicidad. La información necesaria para la comercialización de los medicamentos no puede calificarse de publicidad.

226. Los Gobiernos griego, irlandés y austriaco también califican de publicidad en el sentido de la Directiva 92/28 la información sobre la farmacia en Internet descrita en la cuestión prejudicial. Algunos Gobiernos señalan también que los catálogos de venta y las listas de precios que contienen información sobre los medicamentos están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la excepción.

227. La Comisión interpreta el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28 en el sentido de que los formularios de pedido on-line y/u otras partes del portal de Internet de una farmacia no pueden calificarse de «catálogos de venta» y/o «listas de precios».

224. La Apothekerverband propone que se responda en sentido negativo a la segunda cuestión letra b), por las mismas razones invocadas en relación con la letra a) de la misma cuestión. En su opinión, tampoco en este contexto la Directiva sobre el comercio electrónico tiene una relevancia primordial para la interpretación de la Directiva 92/28.

2. Apreciación

228. En primer lugar, debe partirse del hecho de que el artículo 1, apartado 4, de la

Directiva 92/28 establece una excepción al ámbito de aplicación de la Directiva y por consiguiente de la prohibición de publicidad, y como tal ha de interpretarse en sentido estricto.

229. Además, procede señalar que la excepción de que se trata, prevista en el tercer guión del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28, no contiene una enumeración descriptiva, sino que únicamente menciona los catálogos de venta y las listas de precios. Sin embargo, en dicha disposición no se habla de formularios de pedido de ningún tipo, y aún menos de formularios on-line.

230. Procede aceptar la calificación de los formularios de pedido on-line propuesta por DocMorris en la medida en que dichos formularios contienen realmente más información que una lista de precios. Por el contrario, no es necesariamente cierto que los formularios de pedido on-line contengan generalmente menos información que los catálogos de venta. No obstante, aunque así fuera, lo decisivo es que los formularios de pedido on-line contienen en cualquier caso más información que un mero catálogo de venta, en la medida en que los catálogos de venta no contienen necesariamente un formulario de pedido.

231. Además, debe señalarse, como hace la Comisión, que el portal de Internet de una farmacia tiene como objetivo iniciar una relación comercial.

232. Frente al argumento expuesto por DocMorris, según el cual es necesario un formulario de pedido on-line para la venta de medicamentos por correspondencia, procede afirmar que el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28 no hace referencia alguna a tal necesidad.

233. No obstante, hay otro motivo por el que no es necesario dar una calificación definitiva a los formularios de pedido on-line de catálogos de venta o listas de precios: aun cuando debieran calificarse de tales no por ello resultaría necesariamente inaplicable la Directiva.

234. Efectivamente, el artículo 1, apartado 4, tercer guión, de la Directiva 92/28 excluye únicamente aquellos catálogos de venta o listas de precios que cumplan un requisito adicional, a saber, «siempre que no figure ninguna información sobre el medicamento».

235. Si bien cabe discutir cómo ha de interpretarse el concepto de «información», el portal de Internet de DocMorris contiene

en cualquier caso aquellos datos que, habida cuenta del fin perseguido por la Directiva 92/28, no deben incluirse en los catálogos de venta o en las listas de precios. Efectivamente, DocMorris señala incluso expresamente, en sus observaciones escritas, que el formulario de pedido también contiene información sobre los «componentes y efectos del medicamento». Por el contrario, la segunda cuestión, letra b) menciona tan sólo una serie de datos de otro tipo.

236. Sin embargo, no compete al Tribunal de Justicia, sino al juez nacional, determinar qué datos figuran realmente en el portal de Internet de DocMorris y, en particular, si contiene también información sobre los medicamentos.

3) Conclusión intermedia

237. Por todo ello, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letra b), que los formularios de pedido on-line que contienen información sobre medicamentos no deben considerarse catálogos de venta y/o listas de precios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28.

C. Libre prestación de servicios

238. Respecto a las prohibiciones de publicidad vigentes en Alemania puede plantearse también la cuestión de su compatibilidad con la libre circulación de servicios o —como se ha planteado en un procedimiento prejudicial— sobre si la libre prestación de servicios debe interpretarse en el sentido de que se opone a las prohibiciones de publicidad controvertidas.

1) Alegaciones de las partes

239. La Apothekerverband y el Gobierno alemán han alegado durante la vista, respecto a la libre prestación de servicios, que esta libertad fundamental no es aplicable en el presente asunto.

240. El Gobierno griego equipara la venta de medicamentos por Internet a la televenta prohibida por el artículo 14 de la Directiva «televisión sin fronteras».⁸⁹

89 — Directiva 89/552/CEE del Consejo (citada en la nota 13 *supra*).

241. La Comisión señaló ya en sus observaciones escritas que DocMorris, mediante su portal de Internet, pretendía llegar a consumidores de los Estados miembros de lengua alemana. Considera que las prohibiciones de publicidad alemanas constituyen restricciones a la libre prestación de servicios, pero pueden estar justificadas por razones de protección de la salud.

2) Apreciación

242. Para poder analizar el problema jurídico de una posible restricción de la libre prestación de servicios, debe examinarse, en primer lugar, si efectivamente es aplicable la libre prestación de servicios y no la libre circulación de mercancías.

243. En primer lugar debe determinarse si se trata de un servicio de publicidad en sí mismo, es decir, de una prestación de servicios en el ámbito de la publicidad, o si se trata de publicidad con otro fin. En el primer caso, el de la publicidad como servicio, debe distinguirse a su vez entre la actividad de las empresas publicitarias y la de las empresas que explotan un medio de publicidad, como por ejemplo una empresa de televisión. En el segundo caso puede distinguirse en función de que se haga publicidad de un producto, por ejemplo un medicamento, o de un servicio.

244. Las prohibiciones de publicidad controvertidas de la HWG pueden distinguirse en la medida en que el artículo 8 tiene por objeto la venta de medicamentos por correspondencia, mientras que las prohibiciones de publicidad del artículo 3a y del artículo 10 son aplicables a determinadas categorías de medicamentos.

245. La estructura económica de la venta de medicamentos por correspondencia en el presente asunto se caracteriza por no tratarse de la actividad económica de una empresa publicitaria o de comunicación, sino que un comerciante, concretamente una farmacia en Internet, hace publicidad por sí mismo de determinados productos y de una determinada forma de comercialización.

246. La situación sería distinta si una farmacia encargara a un medio de la prensa escrita o a una cadena de televisión que hiciera publicidad de su actividad económica, a saber, la venta de medicamentos por correspondencia. En este sentido, la comparación que hace la Comisión entre el sitio Internet de DocMorris y una publicidad televisiva dirigida a telespectadores establecidos en otros Estados miembros sólo es válida hasta cierto punto.

247. Otra hipótesis distinta se daría en el caso de que un fabricante de medicamentos

hiciera publicidad por sí mismo de sus productos, dentro de los márgenes establecidos por el Derecho comunitario.

248. La venta por correspondencia de medicamentos no puede calificarse, en el presente caso, de actividad económica que deba examinarse por separado. Se trata más bien de una simple forma concreta de comercialización, es decir, de la entrega de mercancías. Ésta no constituye, por tanto, un servicio autónomo. Por consiguiente, si bien desde un punto de vista económico y jurídico puede distinguirse entre el mercado publicitario y el mercado de productos, resultaría excesivamente artificial apreciar por separado las actividades económicas en el litigio principal.⁹⁰

249. Por consiguiente, el presente asunto es esencialmente distinto a los procedimientos que el Tribunal de Justicia tuvo que resolver en los casos relativos a la publicidad televisiva o por cable.⁹¹ En particular la sentencia De Agostini, a la que hace referencia la Comisión, carece de pertinencia por lo que respecta a restricciones a la actividad económica del comerciante del

producto objeto de la publicidad,⁹² como por ejemplo una farmacia. Efectivamente, en la sentencia De Agostini, el Tribunal de Justicia se concentró, en lo que respecta a la libre prestación de servicios, en una empresa que quería llevar a cabo las actividades de publicidad y en la restricción nacional que limitaba dichas actividades, y no en la empresa cuyos productos o servicios debían ser objeto de la publicidad.

250. Puesto que el órgano jurisdiccional remitente no ha hecho referencia en ninguna de sus cuestiones a la libre prestación de servicios, tampoco es sorprendente que no haya comunicado al Tribunal de Justicia información alguna al respecto. Pero tampoco del resto de los autos se desprenden datos suficientes para poder examinar las prohibiciones de publicidad controvertidas desde el punto de vista de la libre prestación de servicios.

251. Por todo ello, considero que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse, en el presente asunto, sobre la interpretación de la libre prestación de servicios.

252. Por consiguiente, compete al órgano jurisdiccional remitente, en el caso de que aplique también la libre prestación de

90 — Sobre las dificultades de esta distinción, véase, por ejemplo, Todino/Lüder: «La jurisprudence "Keck" en matière de publicité: vers un marché unique», *Revue du marché unique européen*, pp. 181 y ss.

91 — Sentencias de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders/Estado neerlandés* (352/85, Rec. p. 2085), *De Agostini y TV-shop* (citada en la nota 52 *supra*), y de 28 de octubre de 1999, *ARD* (C-6/98, Rec. p. I-7599).

92 — En este sentido, Stuyck, *Common Market Law Review*, 1997, p. 1467.

servicios en el litigio que ha de resolver, realizar el correspondiente examen a la luz de las circunstancias del caso de autos. A este respecto, debe examinar si las prohibiciones de publicidad persiguen un objetivo de interés general, como la protección de la salud pública. El órgano jurisdiccional nacional debe comprobar si las prohibiciones de publicidad también son proporcionadas, es decir, si son adecuadas, necesarias e idóneas para lograr el objetivo perseguido.

255. El Gobierno alemán considera asimismo que debe responderse negativamente a la tercera cuestión. Considera que la aplicación efectiva de la prohibición de comercializar medicamentos no autorizados exige también que se restrinja cualquier forma de publicidad que tienda a eludir dicha prohibición.

256. En opinión de los Gobiernos francés, griego e irlandés, así como de la Comisión, no es necesario responder a la tercer cuestión.

VII. Sobre la tercera cuestión prejudicial

1) Alegaciones de las partes

253. DocMorris alega que debe garantizarse la venta transfronteriza de medicamentos por correspondencia, incluso en el caso de que aspectos parciales de la presentación en Internet infrinjan disposiciones sobre la publicidad de los medicamentos.

254. Según la Apothekerverband, la circulación transfronteriza de mercancías, es decir, la venta de medicamentos por correspondencia, no puede «llevarse a efecto a cualquier precio». Considera que, en cualquier caso, la situación sólo podría modificarse a través de una nueva regulación a nivel comunitario.

2) *Apreciación*

257. La tercera cuestión prejudicial tiene asimismo por objeto la interpretación de los artículos 28 CE y 30 CE y, en particular — al igual que la primera cuestión— en relación con el comercio de medicamentos. En esencia, pretende que se determine si una prohibición de publicidad tiene algún efecto sobre la apreciación de la procedencia del comercio de medicamentos.

258. En este contexto debe subrayarse que el comercio y la publicidad, si bien están relacionados desde un punto de vista económico, deben apreciarse por separado desde un punto de vista jurídico.

259. En el presente asunto, ello se deduce ya de las cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales se refiere al comercio de medicamentos y la segunda a la publicidad para la venta por correspondencia, es decir, para el comercio, y a la publicidad de determinados medicamentos.

260. Por consiguiente, por lo que respecta a la interpretación de los artículos 28 CE y 30 CE en relación con el comercio de medicamentos, procede remitirse aquí a la respuesta dada en el marco de la primera cuestión.

VIII. Conclusión

261. A la vista de todas las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales en los siguientes términos:

«1. El artículo 28 CE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe la importación comercial de medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias, realizada a través de la venta por correspondencia por parte de farmacias autorizadas de otros Estados miembros de la Unión Europea y sobre la base de pedidos individuales realizados por consumidores finales a través de Internet, constituye una medida de efecto equivalente.

Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe la importación comercial de medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias, realizada a través de la venta por correspondencia por parte de farmacias autorizadas de otros Estados miembros de la Unión Europea y sobre la base de pedidos

individuales realizados por consumidores finales a través de Internet aun cuando, antes de la entrega de medicamentos sujetos a prescripción médica, ha de presentarse una receta médica original en la farmacia expendedora, está justificada por razones de protección de la salud y la vida humana si se trata de un medicamento sujeto a autorización en el Estado al que se dirige pero carece de una autorización nacional y de reconocimiento, ni se ha concedido una autorización comunitaria.

Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que una prohibición nacional de importación de medicamentos autorizados en el Estado importador, que han sido comprados con anterioridad por una farmacia de otro Estado miembro de la Unión Europea a mayoristas del Estado importador, no está justificada por razones de protección de la salud y la vida humana, puesto que la consecución de los objetivos perseguidos en el Estado importador está garantizada a través de otras vías.

2. Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una prohibición nacional de publicidad para la venta por correspondencia de medicamentos para uso humano —con independencia de la publicidad de los medicamentos—, salvo que la prohibición pretenda proteger el régimen nacional de autorización y que sea proporcionada.

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una prohibición nacional de publicidad para medicamentos para uso humano sujetos a prescripción médica.

El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una prohibición nacional de publicidad para medicamentos para uso humano de venta exclusiva en farmacias que no están autorizados en el Estado de importación, pero sí en el de origen.

El concepto «publicidad destinada al público» del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 92/28 debe interpretarse en el sentido de que también engloba el portal de Internet de una farmacia de un Estado miembro que describe cada uno de los medicamentos con su nombre, si requiere o no prescripción médica, las dimensiones de los envases y su precio, y ofrece al mismo tiempo la posibilidad de comprar dichos medicamentos mediante un formulario de pedido on-line.

Los formularios de pedido on-line que contienen datos sobre los medicamentos no pueden considerarse catálogos de ventas ni listas de precios en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 92/28.

3. Los artículos 28 CE y 30 CE deben interpretarse en el sentido de que la venta transfronteriza de medicamentos por correspondencia realizada mediante una presentación en Internet debe apreciarse con independencia de la procedencia de una prohibición de publicidad.»