CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON

présentées le 10 mars 1989 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Votre jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises témoigne de votre détermination à réaliser les objectifs de l'intégration en ce domaine. Mais ce volontarisme, que nous accompagnons avec conviction, rencontre naturellement une limite, celle du sens commun, une contrainte, celle de la compréhension par l'opinion, profane ou spécialisée, du sens des évolutions autorisées par vos arrêts. Et c'est à notre avis de ce cadre qu'il vous est aujourd'hui proposé de vous affranchir, en sollicitant votre adhésion à une modification implicite des rôles respectifs du médecin et du pharmacien tels que les conçoivent la quasi-totalité des États membres de la Communauté. Vous voudrez bien ne pas nous tenir rigueur de livrer ainsi notre sentiment avant même d'avoir évoqué les difficultés qui vous sont soumises. Nous sommes conscients de déroger ainsi aux usages, mais nous entendons par-là attirer immédiatement l'attention sur le très délicat domaine aujourd'hui abordé.

2. Les deux séries de questions préjudicielles de la Court of Appeal vous conduisent à connaître une nouvelle fois des importations parallèles de médicaments [1].

3. Pour assurer l'exécution de votre arrêt De Peijper [2], le Royaume-Uni a mis en place en mai 1984 un système de licence, Product Licence (Parallel Import) [ci-après « PL(PI) »], dont il n'est pas inutile de rappeler les principaux traits. La délivrance de la licence PL(PI) se trouve subordonnée aux conditions suivantes:

— le produit est importé d'un État membre où il bénéficie d'une autorisation de commercialisation;

— il ne doit différer aucunement par ses effets thérapeutiques d'un produit sous licence déjà délivrée au Royaume-Uni;

— il doit être fabriqué soit par le même fabricant, soit par le membre d'un même groupe de sociétés que le produit bénéficiant de la licence britannique, soit encore par un licencié du fabricant dudit produit.

L'obtention de la licence PL(PI) autorise son bénéficiaire à importer et commercialiser le produit concerné sur le territoire du Royaume-Uni.

4. Indiquons immédiatement que le litige au principal trouve son origine dans la situation où le produit PL(PI) porte une marque

* Langue originale: le français.

1 — Voir notamment 24/67, Parke, Davis and Co., arrêt du 29 février 1968, Rec. p. 81; 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, arrêt du 31 octobre 1974, Rec. p. 1147; 16/74, Centrafarm/Winthrop, arrêt du 31 octobre 1974, Rec. p. 1183; 104/75, De Peijper, arrêt du 20 mai 1976, Rec. p. 613; 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, arrêt du 23 mai 1978, Rec. p. 1139; 3/78, Centrafarm/American Home Products Corporation, arrêt du 10 octobre 1978, Rec. p. 1823; 187/80, Merck/Stephar et Exler, arrêt du 14 juillet 1981, Rec. p. 2063; 1/81, Pfizer/Eurim-Pharm, arrêt du 3 décembre 1981, Rec. p. 2913.

2 — Précité, note 1.

différente de celle en cours au Royaume-Uni.

5. Les mesures attaquées — soit le Code of Ethics [3] de la Pharmaceutical Society of Great Britain (ci-après « Pharmaceutical Society ») et son interprétation [4] ainsi que le paragraphe 2.1. des « Terms of Service » défini par le National Health Service (NHS) et tel qu'interprété par le Secretary of State for Social Services — interdisent aux pharmaciens de délivrer un produit portant une autre marque ou une autre dénomination que celles prescrites par le médecin. Ces mesures, de portée générale, s'appliquent également au cas où le produit PL(PI) est revêtu d'une marque différente de celle du produit prescrit par le médecin.

6. Pour bien éclairer tous les aspects du litige au principal, il convient tout d'abord de rappeler que, conformément à votre arrêt Centrafarm/American Home Products Corporation (ci-après « American Home Products ») [5], le fait de déposer dans deux États deux marques différentes pour le même produit n'est pas en soi contraire au traité. Dès lors, le titulaire d'une marque peut s'opposer à ce qu'un tiers non autorisé appose sur un produit revêtu légalement d'une des marques l'autre marque concernée. Vous avez cependant réservé l'hypothèse où le fait de déposer deux marques viserait à cloisonner les marchés.

7. Précisons ensuite que les médecins britanniques prescrivent de manière générale les produits sous la dénomination qui leur est familière, à savoir celle utilisée au Royaume-Uni. Dans le cas où cette dernière est identique à la marque du produit PL(PI), les mesures attaquées ne feront pas obstacle à la délivrance de celui-ci. Il n'en va pas de même lorsque les deux marques sont différentes. En ce cas, le droit positif britannique interdit au pharmacien de délivrer le produit PL(PI), comme il lui interdit d'ailleurs de délivrer tout produit non revêtu de la marque prescrite par le médecin.

8. Il faut indiquer qu'environ 220 produits ont bénéficié à ce jour d'une licence PL(PI) et qu'une cinquantaine comportent une marque différente. Par ailleurs, 19 de ces derniers se rangeraient parmi les 300 médicaments les plus couramment prescrits au Royaume-Uni.

9. Or, avant l'adoption des mesures attaquées, un important commerce de produits PL(PI) s'était développé, parce que, proprio motu, les pharmaciens délivraient ces derniers, fussent-ils revêtus d'une marque différente, alors même qu'ils étaient en présence d'une ordonnance prescrivant la marque britannique. Cette attitude s'explique aisément: remboursé sur la base du tarif prévu pour le produit national, le pharmacien obtient un bénéfice substantiel qui incite à la « substitution » [6]. Et c'est l'interdiction de cette « substitution » que l'API, association des importateurs parallèles, a attaquée devant le juge national pour faire constater qu'il s'agit là d'une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité.

3 — Paragraphe 1.4., ii) et iv).

4 — Déclaration du 12 juillet 1986, confirmée par lettre de rejet du 12 août 1986.

5 — Précité, note 1, points 15, 20, 21 et 22.

6 — Précisons que nous utiliserons ce terme dans nos conclusions pour des raisons de commodité. Il est clair pour nous que cet usage ne traduit aucune réserve quant à l'équivalence entre produit prescrit et produit délivré dans un tel cas.

10. Voilà, schématiquement brossé, le cadre du litige qui a donné lieu à votre saisine préjudicielle.

11. Le premier juge britannique, en présence des mesures attaquées, a estimé qu'il ne s'agissait pas là de règles contraires à l'article 30. Il vous reviendra de dégager les éléments qui permettront à la Court of Appeal de confirmer ou d'infirmer cette appréciation.

12. Pour vous assister dans cette analyse, nous ne suivrons pas tout à fait l'ordre des questions adopté par le juge a quo. Il nous paraît, en effet, nécessaire d'examiner, dès l'abord, si la déclaration adoptée par la Pharmaceutical Society, ultérieurement confirmée, constitue, eu égard à la nature de cet organisme, une mesure au sens de l'article 30 du traité.

13. La Pharmaceutical Society a été créée par une charte royale de 1843. Elle tient le registre sur lequel tout pharmacien doit être inscrit pour se livrer à son activité. Elle exerce les poursuites disciplinaires qui peuvent aboutir au prononcé d'amendes, de suspensions, voire de radiations. Les recours contre ces décisions sont portés devant la High Court of Justice. L'exercice de la profession repose sur l'observation de règles professionnelles, notamment déontologiques, dont la déclaration en cause constitue une illustration.

14. Trois caractéristiques essentielles nous paraissent devoir être mises en évidence:

— le contrôle de la profession,

— l'édiction de règles déontologiques,

— l'exercice de pouvoirs disciplinaires pour assurer leur respect.

La Pharmaceutical Society constitue donc un ordre professionnel en charge d'une mission de *service public* exercée dans l'*intérêt général*. Le caractère obligatoire de l'inscription sur son registre et les pouvoirs disciplinaires qu'elle détient sont caractéristiques de *prérogative exorbitantes* du droit commun. Celles-ci se distinguent, en effet, radicalement des attributions d'organismes privés ordinaires.

15. Pour écarter toute hésitation, rappelons que vous avez considéré que le comportement d'une collectivité locale[7], juridiquement distincte de l'État en droit interne, et même l'activité d'un organisme de droit privé, soutenu par l'État, sont imputables à ce dernier pour l'application de l'article 30[8]. Ce n'est donc pas la nature juridique de la Pharmaceutical Society qui suffirait à soustraire ses actes à la qualification de « mesures publiques »[9] et donc au champ d'application de l'article 30, si leurs effets sur les échanges intracommunautaires enfreignaient l'interdiction de ce texte.

16. Cette difficulté résolue, attachons-nous désormais à l'analyse des dispositions en cause au regard de l'interdiction des mesures d'effet équivalent. Il est reproché à la règle de non-substitution d'exclure du marché les produits importés, qui, du point

7 — 45/87, Commission/Irlande, arrêt du 22 septembre 1988, Rec. p. 4929.

8 — 249/81, Commission/Irlande, arrêt du 24 novembre 1982, Rec. p. 4005.

9 — 311/85, Vlaamse Reisbureaus, arrêt du 1er octobre 1987, Rec. p. 3801.

de vue thérapeutique, sont identiques ou équivalents aux produits nationaux fabriqués par la même société ou le même groupe de sociétés ou sous licence et ne diffèrent de la production nationale que par leur dénomination commerciale.

17. Remarquons tout d'abord que, en l'absence de telles règles, les achats de produits PL(PI) par les pharmaciens augmenteraient vraisemblablement, comme l'illustre la situation antérieure à 1986. Faut-il pour autant considérer, mécaniquement, à la lecture de votre arrêt Dassonville [10], que les mesures en cause doivent être qualifiées de contraires à l'article 30? Une analyse plus approfondie de la situation nous conduit fermement à écarter cette thèse. Pour ce faire, examinons tout d'abord celles de vos décisions qui nous apparaissent ici les plus adéquates.

18. Dans votre arrêt Blesgen [11], vous avez estimé que l'interdiction de vendre des alcools de plus de 22° dans des débits de boissons n'était pas incompatible avec l'article 30, en indiquant qu'une telle mesure, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, était sans lien avec les importations et, pour cette raison, n'était pas de nature à entraver le commerce entre États membres. Plus récemment, votre arrêt Duphar [12] a considéré que l'interdiction, pour des raisons d'équilibre du budget social, de rembourser certains médicaments, dans un contexte national où l'essentiel de la consommation médicamenteuse est importé, ne constituait pas davantage une mesure d'effet équivalent. Vous avez indiqué qu'une telle mesure

« ne saurait être considérée en elle-même comme constituant une restriction à la liberté d'importation garantie par l'article 30 du traité » [13],

si la liste en cause était établie de manière non discriminatoire à l'endroit des produits importés.

19. Indiquons-le immédiatement: à la lumière de cette jurisprudence, les mesures attaquées en l'espèce ne nous paraissent pas devoir être analysées comme constitutives d'obstacles aux échanges.

20. La High Court of Justice a estimé qu'il s'agissait en l'occurrence de dispositions traduisant la « règle normale du commerce ». Les demandeurs au principal et la Commission contestent cette analyse, en soutenant que la règle selon laquelle doit être livré ce qui est commandé serait étrangère au contexte. En effet, le marché des médicaments serait particulier, les médecins ne seraient pas des opérateurs économiques indépendants, car régis par le droit public et non soumis à des impératifs commerciaux.

21. Cette argumentation ne nous semble nullement contredire l'idée selon laquelle c'est ce qui est prescrit par le médecin qui doit être délivré.

22. Tout d'abord, il ne nous paraît pas difficile de démontrer que, dans une opération commerciale ordinaire, le principe « pacta sunt servanda » ne saurait être qualifié de mesure d'effet équivalent. Un exemple très simple permet de l'illustrer.

10 — 8/74, arrêt du 11 juillet 1974, Rec. p. 837.

11 — 175/81, arrêt du 31 mars 1982, Rec. p. 1211, notamment point 9.

12 — 238/82, arrêt du 7 février 1984, Rec. p. 525.

13 — Point 20, souligné par nous.

Deux États membres du sud de l'Europe connaissent chacun une marque distincte de véhicules, dont la gamme, jusqu'à une date récente, était identique. Imaginons que les marchands de voitures de l'un de ces États livrent, en exécution de commandes portant sur les voitures de la marque nationale, des véhicules automobiles identiques, mais revêtus de la marque de l'autre État. Il en résulterait bien évidemment une stimulation des importations. Mais de telles pratiques portées devant les juridictions se trouveraient sans nul doute condamnées par application du droit des obligations. Et nul n'imaginerait que la règle « pacta sunt servanda » puisse être déclarée contraire à l'article 30. Il s'agirait simplement de tirer les conséquences des choix de la clientèle. Cependant le volume des importations varierait selon que les principes contractuels seraient ou non respectés. Mais, à l'évidence, ces principes sont, par eux-mêmes, sans lien avec les importations.

23. Certes, les médecins ne sont pas, en tant que tels, des opérateurs économiques ou des consommateurs. Mais leur prescription, à la différence des choix individuels de consommation, engage une responsabilité personnelle, déontologique, le cas échéant judiciairement sanctionnée. Cette constatation, loin d'affaiblir la comparaison avec le consommateur privé, vient au contraire la renforcer. Ce qui est ici en cause, ce sont les règles assurant le respect de la décision médicale.

24. En effet, dans dix États membres sur douze, la décision incombe exclusivement aux médecins de prescrire tel produit pharmaceutique, et leur choix doit être strictement respecté. Observons que le caractère souverain de ce choix ne nous paraît pas davantage altéré par les différentes règles en vigueur au Royaume-Uni évoquées au cours de la procédure — « liste noire », obligation de prescrire dans certains cas une dénomination générique — que ne l'est l'indépendance du juge par les dispositions légales qui déterminent le cadre de son office. Cette prérogative doit être rapprochée de la seule faculté que le patient peut exercer: se faire ou non délivrer les produits prescrits par l'ordonnance. Le traité ne porte pas atteinte aux conceptions, sous-jacentes à ces règles, que les États membres ont consacrées en adoptant de telles dispositions. A cet égard, nous devons écarter la thèse de la Commission qui nous indique que la règle normale du commerce voudrait que le patient puisse accepter un autre produit que celui prescrit. C'est méconnaître que, selon les systèmes nationaux, l'obtention d'un médicament procède de la décision du seul médecin. Le patient peut certes faire part à ce dernier de ses préférences, de ses appréhensions, mais c'est en définitive le médecin seul qui décide sous sa seule responsabilité. Nous nous étonnons, à cet égard, qu'aient été évoquées au cours des débats des distinctions selon que le médicament serait délivré dans le cadre du NHS ou dans celui de la médecine privée. L'unicité des règles déontologiques ne saurait être entamée en fonction des modalités de prise en charge financière. Imaginerait-on que le respect du secret professionnel de l'avocat varie selon que ses honoraires sont ou non pris en charge au titre de l'assistance judiciaire?

25. Plus généralement, le débat relatif au statut de droit public des médecins agissant dans le cadre du NHS nous paraît étranger au problème posé. En effet, le juge a quo ne vous interroge pas sur le point de savoir si le comportement des médecins britanniques devrait s'analyser comme un ensemble de « mesures publiques » qui enfreindraient l'article 30. Aussi bien, la question qu'il vous pose n'est pas de savoir si les exigences du droit communautaire sont méconnues au stade du choix médical, mais bien si le

respect de ce choix lui-même est contraire au traité.

26. En son état actuel, le droit communautaire ne saurait priver les États membres de leur compétence dans la définition des rôles des professionnels de santé. Les règles nationales ci-dessus rappelées ont pour effet que la consommation, donc la demande des pharmaciens, de médicaments délivrables sur ordonnance est déterminée par les décisions médicales. C'est la raison pour laquelle les importants efforts d'information consentis par les firmes pharmaceutiques, les campagnes de sensibilisation des organismes de sécurité sociale, afin de tenter de rationaliser les dépenses de maladie, sont conduits en direction du corps médical. Le caractère insolite du terrain choisi par l'API apparaît dès lors: puisque la prescription par les médecins des produits PL(PI) se révèle insuffisante, c'est la règle du jeu qu'il convient de modifier, en conférant au pharmacien la possibilité d'« interpréter » une ordonnance. Or, si une telle possibilité est de nature à entraîner, dans le contexte britannique, stimulation des importations, il nous apparaît erroné d'en déduire a contrario que le respect de la prescription crée par lui-même une restriction incompatible avec l'article 30. C'est à une telle déduction cependant que vous invite l'API.

27. Dans ses observations, celle-ci soutient que les produits PL(PI) doivent pouvoir rivaliser (*to compete*) avec les marques nationales. On ne saurait mieux exprimer ce que nous soutenons: rivaliser avec les marques nationales suppose une concurrence là où elle *doit* s'exercer. Soyons plus explicite. Si l'API estime que l'équivalence des produits importés avec les marques nationales comporte d'autres exigences que l'égalité formelle dans l'accès au marché, consacrée par le système PL(PI), il lui appartient de les faire, le cas échéant, respecter tant en ce qui concerne les produits — sanction d'abus éventuels du droit de marque — que le contexte des prescriptions: action contre les possibles entraves à la publicité, par exemple. Mais parce que la notion de mesure d'effet équivalent suppose que celle-ci restreint par elle-même les importations, on ne peut certainement pas solliciter l'article 30 pour obtenir la modification des règles applicables à l'exécution des prescriptions. Le facteur, comme on dit, n'est pas responsable de la mauvaise nouvelle. Nous estimons donc que les mesures attaquées constituent, pour reprendre une expression utilisée au cours des débats, « *the ancillary links in the chain* », les maillons subordonnés de la chaîne.

28. S'agissant des règles en cause, nous maintenons très fermement que la seule exigence que le droit communautaire doit ici poser est celle d'une neutralité absolue des règles applicables à l'exécution de la prescription médicale, quel que soit le produit prescrit. Dès lors que, comme en l'espèce, tel est le cas, l'interdiction de « substitution »

« ne saurait être considérée *en elle-même* comme constituant une restriction à la liberté d'importation garantie par l'article 30 du traité » [14].

29. Précisons, pour éviter toute ambiguïté, que notre démarche ne repose nullement sur la notion d'« exigences impératives » telle que dégagée par votre arrêt « Cassis de Dijon » et votre jurisprudence postérieure. Ces « exigences impératives » s'appliquent, en effet, à des mesures qui constituent des

14 — 238/82, Duphar, précité, point 20, souligné par nous.

obstacles aux échanges. Nous espérons avoir démontré que tel n'est pas le cas des mesures attaquées en l'espèce.

30. Si vous adoptez l'analyse que nous vous suggérons, vous n'aurez pas à examiner la justification éventuelle des mesures en cause au titre de l'article 36.

31. Pour notre part, nous serons succinct à cet égard, compte tenu des arguments très nets qui nous paraissent exclure que les mesures contestées soient considérées comme contraires à l'article 30. Si vous estimiez cependant que tel est le cas, pourriez-vous considérer qu'elles sont justifiées au titre de la protection de la santé publique ou de la propriété industrielle et commerciale?

32. Il ne nous paraît pas douteux que la définition précise des rôles du médecin et du pharmacien représente une garantie pour le patient. L'exactitude dans la délivrance de la prescription constitue le corollaire de la responsabilité du médecin et, sans doute dans une large mesure, la condition de la confiance du malade dans le traitement prescrit par ce praticien. Plus spécialement, on ne saurait exclure que la perte de l'« effet placebo » ou le « facteur d'angoisse » engendrent des risques que l'interdiction de « substitution » vise à prévenir.

33. Mais la Commission soutient que d'autres moyens, moins restrictifs, pourraient sauvegarder les objectifs en cause. Elle évoque, d'une part, la possibilité d'un accord, voire d'une information du patient, d'autre part, la mise en place d'un système d'ordonnance médicale comportant systématiquement la mention PL (PI) que le médecin pourrait biffer s'il le souhaitait.

34. En ce qui concerne l'accord du patient à la « substitution », nous observons qu'une telle modalité serait largement formaliste et ferait litière de la situation concrète du malade, qui, dans la grande majorité des cas, n'est pas en mesure d'apprécier la portée d'une telle acceptation face au professionnel qu'est le pharmacien incitant à accepter une marque différente de celle prescrite par le médecin. Par ailleurs, et surtout, il nous paraît périlleux d'ouvrir implicitement la porte à une situation où le substantiel bénéfice résultant de la seule « substitution » constituerait le moteur déterminant les pharmaciens à provoquer celle-ci.

35. La deuxième possibilité reviendrait à instaurer une présomption de prescription « alternative » du produit PL(PI) que le médecin pourrait cependant renverser en biffant la mention préimprimée figurant à cet effet sur l'ordonnance. La responsabilité formelle du praticien se trouverait ainsi formellement respectée.

36. Nous devons ici vous faire part de deux interrogations destinées à prévenir les inconvénients d'une telle formule, à nos yeux plus séduisante que convaincante.

37. La première nous est suggérée par les observations du Royaume-Uni: le sort ainsi fait aux produits PL (PI) ne se révélerait-il pas discriminatoire par rapport à celui d'autres produits — le cas échéant importés directement — strictement équivalents?

38. La seconde nous est propre. Peut-on tenir pour indifférente la réception par la déontologie médicale d'une telle « présomption »? Il convient à notre avis d'éviter que

votre jurisprudence n'instaure une hiérarchie discutable des valeurs en cause. Vous avez admis que la protection du droit de marque justifie qu'un même produit peut être revêtu de deux marques différentes. C'est là l'origine du litige au principal. Serait-il compréhensible, afin d'assurer les exigences de la libre circulation des marchandises objectivement freinée par cette protection de la marque, que votre Cour adopte une solution qui conduirait, implicitement, mais nécessairement, à modifier les modalités de prescription médicale?

39. Enfin, il reste à examiner si l'interdiction de substitution se trouve justifiée par la protection du droit des marques dans l'hypothèse — discutée en l'espèce — où celui-ci serait violé pour le droit national par la délivrance d'un produit revêtu d'une autre marque que celle prescrite par le médecin.

40. Vous considérez que n'est pas contraire au droit communautaire l'exercice des prérogatives que la législation nationale reconnaît au titulaire de la marque pour assurer la défense de l'« objet spécifique de celle-ci ». Il convient de rappeler à ce propos que vous avez indiqué dans votre arrêt American Home Products [15] que

« l'objet spécifique du droit de marque est, notamment, d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque » [16].

15 — Précité, note 1.

16 — Point 11, souligné par nous.

Vous avez précisé que

« la fonction essentielle de la marque (consiste à) garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué » [17]

et

« qu'il est inhérent à cette garantie de provenance que seul le titulaire puisse identifier le produit par l'apposition de la marque » [18].

Et vous avez ajouté que

« le droit reconnu au titulaire de la marque de s'opposer à toute apposition non autorisée de celle-ci sur son produit relève ainsi de l'objet spécifique du droit de marque » [19].

41. Si l'exécution d'une ordonnance prescrivant un produit A donne lieu à la délivrance d'un produit B, les intérêts économiques du titulaire de la marque A seront certainement affectés. Pour autant, dès lors que le produit B est délivré sous la marque B, sans qu'il ait été réétiqueté sous la marque A, le droit exclusif d'utiliser cette dernière marque ne se trouve en aucun cas remis en cause.

42. En d'autres termes, si la « substitution » de produits ne s'accompagne d'aucune

17 — Point 12.

18 — Point 13, souligné par nous.

19 — Point 17.

opération matérielle par laquelle un tiers se serait arrogé

« la faculté d'apposer l'une ou l'autre marque sur une partie quelconque de la production ou d'échanger les marques apposées par le titulaire sur différentes parties de la production » [20],

on ne saurait utilement invoquer l'article 36 du traité pour justifier l'interdiction de la mesure en cause. Dans un tel cas, la garantie de provenance du produit ne peut, en effet, se trouver compromise, puisque le médicament sera délivré sous le marquage original auquel le titulaire du droit aura procédé.

43. Bien que nous ne croyions pas devoir davantage insister sur cet aspect de l'affaire, nous préciserons simplement que la thèse qui solliciterait la protection des droits de marque pour justifier la mesure en cause, pour le cas où vous estimeriez celle-ci contraire à l'article 30, procurerait un avantage concurrentiel exorbitant à la marque « prescrite ».

44. Nous avons dit plus haut quel était l'enjeu essentiel du problème qui vous est soumis. Nous n'en avons pas moins pleinement conscience des aléas que comporte la prescription par les médecins, donc l'importation effective, des produits parallèles. La difficulté est bien évidemment la suivante: le droit communautaire comporte-t-il d'autres exigences, pour des produits tels ceux qui bénéficient d'une licence PL(PI), qu'une égalité formelle dans l'accès au marché?

20 — 3/78, précité, point 15.

45. Il faut, à cet égard, rappeler ce qui à l'évidence constitue l'origine de l'action engagée devant le juge a quo: tout d'abord, la difficulté pour les produits PL(PI) à s'implanter sur un marché caractérisé par des habitudes de prescription des praticiens nationaux. A ce propos, l'affirmation selon laquelle la publicité en leur direction serait inopérante nous paraît contestable. L'absence d'intérêt commercial des médecins est la même pour tous les médicaments, qu'ils soient ou non importés, et il ne semble pas que pour autant les firmes renoncent à promouvoir leurs productions. Certes, il a été allégué, au cours des débats, que la publicité pour les produits PL(PI), effectuée par les importateurs parallèles, serait illégale en droit interne. En tout état de cause, la voie choisie par l'API ne nous a pas donné matière à confronter ces éventuelles restrictions aux exigences du droit communautaire.

46. Mais, répétons-le, c'est dans le droit de marque que réside la véritable difficulté. La Commission — qui consacre près de la moitié de ses observations à ce sujet — vous indique que si les possibilités de réétiquetage étaient ouvertes aux importateurs parallèles, les problèmes de la présente affaire seraient résolus. Elle vous invite d'ailleurs à préciser l'interprétation de votre arrêt American Home Products quant au point de savoir si l'exercice du droit de marque — et plus précisément le fait de déposer deux marques distinctes pour un même produit — est contraire au droit communautaire, dès lors qu'il entraîne un cloisonnement des marchés, ou s'il est nécessaire que cet effet soit intentionnel, comme semble l'indiquer cette décision.

47. Compte tenu de votre présente saisine, vous n'avez bien évidemment pas à examiner cette question pour confirmer ou

infirmer les termes de votre arrêt précité. Observons simplement que la stratégie de l'API ne vise pas davantage à remettre explicitement en cause cette jurisprudence qu'à tenter de l'utiliser pour démontrer le dessein de cloisonnement des marchés. Nous nous garderons évidemment d'évaluer les chances de succès d'actions qui seraient engagées sur ces derniers fondements.

48. En conclusion, nous vous proposons de répondre comme suit aux questions de la Court of Appeal:

« L'adoption d'une règle déontologique dont le non-respect peut entraîner des poursuites disciplinaires, émanant d'un organisme créé par l'autorité publique et disposant de prérogatives exorbitantes du droit commun, peut constituer une mesure publique au sens de l'article 30 du traité;

Une disposition nationale aux termes de laquelle un pharmacien est tenu, en toute hypothèse, pour exécuter une ordonnance désignant un produit médical par sa marque ou son nom déposé, de délivrer exclusivement un produit portant cette marque ou ce nom n'est pas incompatible avec l'article 30 du traité, quand bien même elle s'oppose à la délivrance par le pharmacien d'un produit de valeur équivalente, autorisé par les autorités nationales en vertu des dispositions arrêtées conformément aux termes de l'arrêt dans l'affaire 104/75, et fabriqué par la même société ou le même groupe de sociétés, ou encore par le titulaire d'une licence de cette société, mais revêtu d'une marque ou d'un nom utilisés pour ce produit dans un État membre, différents de ceux mentionnés dans l'ordonnance. »