CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 10 de Março de 1989 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. A jurisprudência do Tribunal relativamente à livre circulação de mercadorias dá testemunho da sua determinação em realizar os objectivos da integração neste domínio. Mas este voluntarismo, que acompanhamos com convicção, encontra naturalmente um limite, o do senso comum, uma limitação, a da compreensão pela opinião, profana ou especializada, do sentido das evoluções autorizadas pelos acórdãos. Em nosso entender, é deste quadro que é hoje proposto que o Tribunal se liberte, ao solicitar-se-lhe a adesão a uma modificação implícita dos papéis respectivos do médico e do farmacêutico, como são concebidos na quase totalidade dos Estados-membros da Comunidade. Que o Tribunal me desculpe por expressar desta forma o meu sentir ainda antes de ter referido as dificuldades que hoje lhe são apresentadas. Estou consciente de derrogar, por este modo, os usos, mas entendo, por esta forma, chamar imediatamente a atenção para o domínio muito delicado que hoje se aborda.

2. As duas séries de questões prejudiciais da Court of Appeal levam a conhecer de novo das importações paralelas de medicamentos [1].

3. Para assegurar a execução do acórdão de Peijper [2], o Reino Unido estabeleceu em Maio de 1984 um sistema de licença, Product Licence (Parallel Import) [doravante: «PL(PI)»], de que não é inútil recordar os traços principais. A concessão da licença PL (PI) está subordinada às seguintes condições:

— o produto é importado de um Estado-membro em que beneficia de uma autorização de comercialização;

— não deve diferir por qualquer modo, nos seus efeitos terapêuticos, de um produto sob licença já concedida no Reino Unido;

— deve ser fabricado pelo mesmo fabricante por um membro de um mesmo grupo de sociedades do que o produto que beneficia da licença britânica ou sob licença do fabricante do referido produto.

A obtenção da licença PL (PI) autoriza o seu beneficiário a importar e comercializar o produto em questão no território do Reino Unido.

4. Indiquemos imediatamente que o litígio principal tem a sua origem na situação em

* Língua original: francês.

1 — Ver, designadamente, 24/67, Parke, Davis & Co., acórdão de 29 de Fevereiro de 1968, Recueil, p. 81; 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, acórdão de 31 de Outubro de 1974, Recueil, p. 1147; 16/74, Centrafarm/Winthrop, acórdão de 31 de Outubro de 1974, Recueil, p. 1183; 104/75, de Peijper, acórdão de 20 de Maio de 1976, Recueil, p. 613; 102/77, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, acórdão de 23 de Maio de 1978, Recueil, p. 1139; 3/78, Centrafarm/American Home Products Corporation, acórdão de 10 de Outubro de 1978, Recueil, p. 1823; 187/80, Merck/Stephar et Exler, acórdão de 14 de Julho de 1981, Recueil, p. 2063; 1/81, Pfizer/Eurim-Pharm, acórdão de 3 de Dezembro de 1981, Recueil, p. 2913.

2 — Já citado na nota 1.

que o produto PL(PI) tem uma marca diferente da utilizada no Reino Unido.

5. As medidas impugnadas — ou seja, o Code of Ethics [3] da Pharmaceutical Society of Great Britain (doravante: «Pharmaceutical Society») e a sua interpretação [4], bem como o n.° 2.1. dos «Terms of Service» definido pelo National Health Service (NHS), como interpretado pelo Secretary of State for Social Services — proíbem aos farmacêuticos fornecer um produto com outra marca ou outra denominação do que as receitadas pelo médico. Estas medidas, de alcance geral, aplicam-se igualmente no caso de um produto PL(PI) ter uma marca diferente da do produto receitado pelo médico.

6. Para esclarecer bem todos os aspectos do processo principal, convém começar por recordar que, em conformidade com o acórdão Centrafarm/American Home Products Corporation (doravante: «American Home Products») [5], o facto de se registar em dois estados duas marcas diferentes para o mesmo produto não é, em si, contrário ao Tratado. Portanto, o titular de uma marca pode opor-se a que um terceiro não autorizado aponha, num produto que tenha regularmente uma das marcas, a outra marca em questão. Ressalvou-se, no entanto, a hipótese de o registo das duas marcas visar separar os mercados.

7. Precisemos depois que os médicos britânicos receitam, de modo geral, os produtos sob a denominação que lhes é familiar, a saber, a utilizada no Reino Unido. No caso de esta última ser idêntica à marca do produto PL(PI) as medidas impugnadas não impedem o fornecimento deste. O mesmo se não passa quando as duas marcas são diferentes. Neste caso, o direito positivo britânico proíbe ao farmacêutico fornecer o produto PL (PI), como lhe proíbe, aliás, fornecer qualquer produto que não tenha a marca receitada pelo médico.

8. Deve-se indicar que cerca de 220 produtos beneficiaram até hoje de uma licença PL (PI) e que cerca de 50 comportam uma marca diferente. Por outro lado, 19 destes últimos estariam entre os 300 medicamentos mais frequentemente receitados no Reino Unido.

9. Ora, antes da adopção das medidas impugnadas, tinha-se desenvolvido um importante comércio de produtos PL(PI) porque, *proprio motu*, os farmacêuticos forneciam estes últimos, mesmo que tivessem uma marca diferente, embora perante uma receita que refira a marca britânica. Esta atitude explica-se facilmente: reembolsado com base na tarifa prevista para o produto nacional, o farmacêutico obtém um lucro substancial que incita à «substituição» [6]. E é a proibição desta «substituição» que a API, associação dos importadores paralelos, impugnou no tribunal nacional, para que se reconheça tratar-se de uma medida de efeito equivalente, na acepção do artigo 30.° do Tratado.

3 — N.° 1.4., subalíneas ii) e iv).

4 — Declaração de 12 de Julho de 1986 confirmada por carta de indeferimento de 12 de Agosto de 1986.

5 — Já citado na nota 1, n.os 15, 20, 21 e 22.

6 — Precisemos que utilizaremos este termo nestas conclusões por razões de comodidade. É claro para nós que este uso não traduz qualquer reserva quanto à equivalência entre produto prescrito e produto entregue em qualquer caso.

10. Aqui está, esquematicamente traçado, o quadro do litígio que deu lugar ao pedido prejudicial.

11. O primeiro juiz britânico, face às medidas impugnadas, considerou que não se tratava de regras contrárias ao artigo 30.° Compete ao Tribunal encontrar os elementos que permitirão à Court of Appeal confirmar ou infirmar esta apreciação.

12. Para auxiliar o Tribunal nesta análise, não seguiremos exactamente a ordem das questões adoptada pelo juiz *a quo*. Parece-nos, com efeito, necessário examinar, em primeiro lugar, se a declaração adoptada pela Pharmaceutical Society, ulteriormente confirmada, constitui, tendo em conta a natureza deste organismo, uma medida, na acepção do artigo 30.° do Tratado.

13. A Pharmaceutical Society foi criada por uma carta régia de 1843. Detém o registo em que qualquer farmacêutico deve estar inscrito para exercer a sua actividade. Exerce o poder disciplinar, que pode conduzir a condenação em multas, suspensões ou mesmo irradiações. Os recursos destas decisões são interpostos na High Court of Justice. O exercício da profissão baseia-se na observância de regras profissionais, designadamente deontológicas, das quais a declaração em causa constitui um exemplo.

14. Parecem-nos dever ser postas em evidência três características essenciais:

— o controlo da profissão,

— a emisssão de regras deontológicas,

— o exercício de poderes disciplinares para assegurar o seu respeito.

A Pharmaceutical Society constitui, portanto, uma ordem profissional encarregada de uma missão de *serviço público* exercida no *interesse público*. O carácter obrigatório da inscrição no seu registo e os poderes disciplinares que detém são característicos de *prerrogativas que exorbitam do direito comum*. Estas distinguem-se, com efeito, radicalmente das atribuições de organismoss privados normais.

15. Para afastar qualquer hesitação, recordemos que o Tribunal considerou que o comportamento de uma autarquia local[7], juridicamente distinta do Estado em direito interno, e mesmo a actividade de um organismo de direito privado apoiado pelo Estado, são imputáveis a este para aplicação do artigo 30.° [8]. Não é, portanto, a natureza jurídica da Pharmaceutical Society que bastaria para subtrair os seus actos à qualificação de «medidas públicas» [9] e, portanto, ao âmbito de aplicação do artigo 30.°, se os seus efeitos sobre as trocas intracomunitárias infringirem a proibição desta norma.

16. Resolvida esta dificuldade, voltemo-nos agora para a análise das disposições em causa, na óptica da proibição das medidas de efeito equivalente. Imputa-se à regra de não substituição excluir do mercado os produtos importados que, sob o ponto de vista

7 — 45/87, Comissão/Irlanda, acórdão de 22 de Setembro de 1988, Colect. p. 4929.

8 — 249/81, Comissão/Irlanda, acórdão de 24 de Novembro de 1982, Recueil, p. 4005.

9 — 311/85, Vlaamse Reisbureaus, acórdão de 1 de Outubro de 1989, Colect. p. 3801.

terapêutico, são idênticos ou equivalentes aos produtos nacionais fabricados pela mesma sociedade ou, mesmo grupo de sociedades, sob licença e não diferem da produção nacional a não ser pela sua denominação comercial.

17. Observe-se, em primeiro lugar, que, na ausência de tais regras, as compras de produtos PL(PI) pelos farmacêuticos provavelmente aumentariam, como o ilustra a situação anterior a 1986. Basta isto para considerar, mecanicamente, pela leitura do acórdão Dassonville [10], que as medidas em causa devem ser qualificadas como contrárias ao artigo 30.°? Uma análise mais aprofundada da situação conduz-nos a afastar firmemente esta tese. Para o fazer, comecemos por examinar as decisões do Tribunal que se nos afiguram mais adequadas a este caso.

18. No acórdão Blesgen [11], o Tribunal considerou que a proibição de vender álcoois de mais de 22° em estabelecimentos de bebidas não era incompatível com o o artigo 30.°, indicando que tal medida, *aplicável sem distinção* aos produtos nacionais e aos importados, *não tinha relação com as importações* e, *por esta razão*, não era de natureza a entravar o comércio entre Estados-membros. Mais recentemente, o acórdão Duphar [12] considerou que a proibição, por razões de equilíbrio do orçamento social, do reembolso de certos medicamentos, *num contexto nacional em que o essencial do consumo medicamentoso é importado*, também não constituía uma medida de efeito equivalente. Indicou-se que tal medida

«não pode ser considerada *em si mesma* como constituindo uma restrição à liberdade de importação garantida pelo artigo 30.° do Tratado» [13] (tradução provisória),

se a lista em causa foi elaborada de forma não discriminatória relativamente aos produtos importados.

19. Indiquemo-lo imediatamente: à luz desta jurisprudência, as medidas atacadas no caso concreto não nos parecem dever ser analisadas como constitutivas de obstáculos às trocas.

20. A High Court of Justice considerou que se tratava, no caso concreto, de disposições que traduzem a «regra normal do comércio». Os autores no processo principal e a Comissão contestam esta análise, defendendo que a regra segundo a qual deve ser fornecido o que é prescrito seria estranha ao contexto. Com efeito, o mercado dos medicamentos seria específico, os médicos não seriam operadores económicos independentes, porque se regem pelo direito público e não estão submetidos a imperativos comerciais.

21. Esta argumentação não nos parece de forma alguma contradizer a ideia segundo a qual o que é receitado pelo médico é que deve ser fornecido.

22. Em primeiro lugar, não nos parece difícil demonstrar que, numa operação comercial normal, o princípio «pacta sunt servanda» não pode ser qualificado como medida de efeito equivalente. Um exemplo muito simples permite ilustrá-lo. Dois Esta-

10 — 8/74, acórdão de 11 de Julho de 1974, Recueil, p. 837.

11 — 175/81, acórdão de 31 de Março de 1982, Recueil, p. 1211, designadamente n.° 9.

12 — 238/82, acórdão de 7 de Fevereiro de 1984, Recueil, p. 525.

13 — N.° 20, sublinhado nosso.

dos-membros do sul da Europa têm cada um uma marca distinta de veículos cuja gama, até data recente, era idêntica. Imaginemos que os comerciantes de veículos de um destes Estados fornecem em execução de encomendas de viaturas da marca nacional, veículos automóveis idênticos mas com a marca do outro Estado. Daqui resultaria, evidentemente, um estímulo para as importações. Mas tais práticas, se levadas perante os tribunais, seriam sem qualquer dúvida condenadas por aplicação do direito das obrigações. E ninguém imaginaria que a regra «pacta sunt servanda» pudesse ser declarada contrária ao artigo 30.°. Tratar-se-ia simplesmente de tirar as consequências da escolha da clientela. Todavia, o volume das importações variaria conforme os princípios contratuais fossem ou não respeitados. Mas, evidentemente, esses princípios não têm, por si mesmo, ligação com as importações.

23. É certo que os médicos não são, enquanto tais, operadores económicos ou consumidores. Mas a sua receita, diferentemente das escolhas individuais de consumo, fundamenta uma responsabilidade pessoal, deontológica, judicialmente sancionada se for caso disso. Esta constatação, longe de enfraquecer a comparação com o consumidor privado vem, pelo contrário, reforçá-la. O que está aqui em causa são as regras que asseguram o respeito pela decisão médica.

24. Com efeito, em dez dos doze Estados-membros, cabe exclusivamente aos médicos a decisão de receitar determinado produto farmacêutico e a sua escolha deve ser estritamente respeitada. Observemos que o carácter soberano desta escolha não nos parece mais alterado pelas diferentes regras em vigor no Reino Unido invocadas no decurso do processo — «lista negra», obrigação de receitar, em certos casos, uma denominação genérica — do que o é a independência do juiz pelas disposições legais que determinam o quadro do seu estatuto e competências. Esta prerrogativa deve ser aproximada da única faculdade que o doente pode exercer: comprar ou não os produtos receitados. O Tratado não ofende as concepções, subjacentes a estas regras que os Estados-membros consagraram ao adoptar tais disposições. A este respeito, devemos afastar a tese da Comissão que nos indica que a regra normal do comércio faria com que o doente pudesse aceitar um produto diferente do receitado. É desconhecer que, segundo os sistemas nacionais, a obtenção de um medicamente apenas decorre da decisão do médico. O doente pode, certamente, comunicar a este as suas preferências, as suas apreeensões, mas, a final, é apenas o médico que decide, sob sua responsabilidade exclusiva. Surpreende-nos, a este respeito, que tenham sido evocadas no decurso dos debates distinções conforme o medicamento fosse vendido no âmbito do NHS ou no da medicina privada. A unicidade das regras deontológicas não pode ser afectada em função das modalidades de financiamento. Pode-se imaginar que o respeito do segredo profissional do advogado varie conforme os seus honorários fiquem ou não a cargo da assistência judiciária?

25. Numa óptica mais geral, o debate relativo ao estatuto de direito público dos médicos que actuam no quadro do NHS parece-nos estranho ao problema posto. Com efeito, o juiz *a quo* não pergunta se o comportamento dos médicos britânicos se deveria analisar como um conjunto de «medidas públicas» que infringiriam o artigo 30.° Do mesmo modo, a questão que apresentou não é a de saber se as exigências do direito comunitário são desrespeitadas no estádio da escolha do médico mas sim se o *respeito por*

essa escolha é, ele próprio, contrário ao Tratado.

26. No seu estado actual, o direito comunitário não pode privar os Estados-membros da sua competência na definição das funções dos profissionais de saúde. As regras nacionais acima recordadas têm por efeito que o consumo e, portanto, a procura pelos farmacêuticos de medicamentos que podem ser fornecidos por receita, é determinado pelas decisões médicas. É a razão pelo qual os importantes esforços de informação feitos pelas firmas farmacêuticas e as campanhas de sensibilização dos organismos de segurança social para tentar racionalizar as despesas com a doença são dirigidos ao corpo médico. O carácter insólito do terreno escolhido pela API surge então: uma vez que a receita pelos médicos de produtos PL(PI) se mostra insuficiente, convém modificar a regra de jogo, conferindo ao farmacêutico a possibilidade de «interpretar» uma receita. Ora, se tal possibilidade é susceptível de conduzir, no contexto britânico, a um estímulo das importações, parece-nos erróneo deduzir daí, *a contrario*, que o respeito pela receita cria, por si mesmo, uma restrição incompatível com o artigo 30.° Todavia, é tal dedução que a API solicita.

27. Nas suas observações, esta defende que os produtos PL(PI) devem poder rivalizar (*to compete*) com as marcas nacionais. Não se pode exprimir melhor o que defendemos: rivalizar com as marcas nacionais supõe uma concorência onde ela *deve* exercer-se. Sejamos mais explícitos. Se a API considera que a equivalência dos produtos importados com as marcas nacionais comporta outras exigências além da igualdade formal no acesso ao mercado, consagrada pelo sistema PL(PI), incumbe-lhe, se for caso disso, fazê-las respeitar tanto no que respeita aos produtos — sanção de eventuais abusos do direito de marca — como no contexto das receitas: acção contra os possíveis entraves à publicidade, por exemplo. Mas, porque a noção de medida de efeito equivalente supõe que esta restrinja, por si própria, as importações, não se pode seguramente recorrer ao artigo 30.° para obter a modificação das regras aplicáveis à execução das receitas. Como se diz, o carteiro não é responsável pela má notícia. Consideramos, portanto, que as medidas impugnadas constituem, para retomar uma expressão utilizada no decurso dos debates, «*the ancillary links in the chain*», os elos subordinados da cadeia.

28. Tratando-se das regras em causa, mantemos muito firmemente que a única exigência que o direito comunitário deve aqui fazer é a de uma neutralidade absoluta das regras aplicáveis à execução da receita médica, seja qual for o produto receitado. Desde que, como no caso concreto, assim seja, a proibição de «substituição»

«não pode ser considerada *em si mesma* como constituindo uma restrição à liberdade de importação garantida pelo artigo 30.° do Tratado» [14] (Tradução provisória).

29. Precisamos, para evitar qualquer ambiguidade, que o nosso raciocínio não se baseia de modo algum na noção de «exigências imperativas» como a definida pelo acórdão «Cassis de Dijon» e pela jurisprudência posterior. Estas «exigências imperativas» aplicam-se, com efeito, a medidas que cons-

14 — 238/82, Duphar, já citado, n.° 20, sublinhado nosso.

tituem obstáculos às trocas. Esperamos ter demonstrado que não é esse o caso das medidas impugnadas neste processo.

30. Se o Tribunal adoptar a análise que lhe sugerimos, não terá de examinar a eventual justificação das medidas em causa no plano do artigo 36.°

31. Por nossa parte, seremos sucintos a esse respeito, tendo em conta os argumentos muito claros que nos parecem excluir que as medidas impugnadas sejam consideradas contrárias ao artigo 30.° Se o Tribunal considerasse todavia ser esse o caso, poderia entender que elas são justificadas com fundamento na protecção da saúde pública ou da propriedade industrial e comercial?

32. Não nos parece duvidoso que a definição precisa das funções do médico e do farmacêutico representa uma garantia para o doente. A exactidão no aviar da receita constitui o corolário da responsabilidade do médico e, sem dúvida, numa larga medida, a condição da confiança do doente no tratamento receitado por este. Mais especialmente, não se poderia excluir que a perda do «efeito placebo» ou o «factor de angústia» gerassem riscos que a proibição da «substituição» visa prevenir.

33. Mas a Comissão defende que outros meios, menos restritivos, poderiam salvaguardar os objectivos em causa. Evoca, por um lado, a posssibilidade de um acordo ou mesmo de uma informação do doente e por outro lado, a organização de um sistema de receita médica que comportasse sistematicamente a menção PL(PI), que o médico poderia riscar, se o desejasse.

34. No que respeita ao acordo do doente quanto à «substituição», observamos que tal modalidade seria largamente formalista e abstrairia da situação concreta do doente, que, na grande maioria dos casos, não está em situação de apreciar o alcance de tal aceitação face ao profissional que é o farmacêutico, que incita a aceitar uma marca diferente da receitada pelo médico. Por outro lado, e sobretudo, parece-nos perigoso abrir implicitamente a porta a uma situação em que o lucro substancial que resulta da simples «substituição» constituiria um motor que determinasse os farmacêuticos a provocar esta.

35. A segunda possibilidade reconduzir-se-ia a instaurar uma presunção de receita «alternativa» do produto PL(PI), que o médico poderia, todavia, inverter riscando a menção pré-impressa que figura para este efeito no impresso da receita. A responsabilidade formal do médico encontrar-se-ia assim formalmente respeitada.

36. Devemos aqui comunicar duas interrogações destinadas a prevenir os inconvenientes de tal fórmula, na nossa óptica mais sedutora que convincente.

37. A primeira é-nos sugerida pelas observações do Reino Unido: a sorte assim destinada aos produtos PL(PI) não se revelaria discriminatória relativamente à dos outros produtos — eventualmente, importados directamente — estritamente equivalentes?

38. A segunda é nossa. Pode-se considerar indiferente a recepção pela deontologia médica de tal «presunção»? Convém, em nosso entender, evitar que a jurisprudência ins-

taure uma hierarquia discutível dos valores em causa. O Tribunal admitiu que a protecção do direito de marca justifica que o mesmo produto possa ter duas marcas diferentes. Está aqui a origem do litígio no processo principal. Seria compreensível, para assegurar as exigências da livre circulação de mercadorias objectivamente travada por esta protecção da marca, que o Tribunal adopte uma solução que conduziria, implícita mas necessariamente, a modificar as modalidades de receita médica?

39. Por fim, resta examinar se a proibição da substituição se justifica pela protecção do direito das marcas na hipótese — discutida no caso concreto — de este ser violado, na óptica do direito nacional, pelo fornecimento de um produto com uma marca diferente da receitada pelo médico.

40. O Tribunal considera que não é contrário ao direito comunitário o exercício das prerrogativas que a legislação nacional reconhece ao titular da marca para assegurar a defesa do «objecto específico desta». Convém recordar, a este propósito, que o Tribunal, indicou no acórdão American Home Products [15], que

«o objecto específico do direito de marca é, designadamente, assegurar ao titular o direito exclusivo de utilizar a marca, para a primeira colocação em circulação de um produto, protegendo-o assim contra os concorrentes que quisessem abusar da posição e da reputação da marca, vendendo produtos *que usem indevidamente esta marca*» [16] (tradução provisória).

O Tribunal precisou que

«a função essencial da marca (consiste em) garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem do produto marcado» [17] (tradução provisória)

e

«que é inerente a esta garantia de proveniência que *apenas o titular possa identificar o produto pela aposição da marca*« [18].

E acrescentou que

«o direito reconhecido ao titular da marca de se opor a qualquer aposição não autorizada desta no seu produto enquadra-se, assim, no objecto específico do direito de marca» [19] (tradução provisória).

41. Se a execução de uma receita de um produto A der lugar à entrega de um produto B, os interesses económicos do titular da marca A serão certamente afectados. Nem por isso o direito exclusivo de utilizar esta marca se encontra por qualquer modo posto em causa, uma vez que o produto B é entregue sob a marca B, sem que tenha sido rotulado de novo com a marca A

42. Noutros termos, se a «substituição» de produtos não se acompanhar de qualquer

15 — Já citado, nota 1.
16 — N.° 11, sublinhado nosso.
17 — N.° 12.
18 — N.° 13, sublinhado nosso.
19 — N.° 17.

outra operação material pela qual um terceiro se teria arrogado

«a faculdade de apor uma ou outra marca numa qualquer parte da produção ou de trocar as marcas apostas pelo titular em diferentes partes da produção» [20] (tradução provisória),

não se pode utilmente invocar o artigo 36.° do Tratado para justificar a proibição da medida em causa. Em tal caso, a garantia de proveniência do produto não pode, com efeito, estar comprometida, já que o medicamento será fornecido sob a marca original aposta pelo titular do direito.

43. Embora não creia dever insistir mais sobre este aspecto do processo, precisarei apenas que a tese que invocasse a protecção dos direitos de marca para justificar a medida em causa, no caso de o Tribunal a considerar contrária ao artigo 30.°, forneceria uma vantagem concorrencial exorbitante à marca «receitada».

44. Já dissemos antes o que estava essencialmente em jogo no problema a resolver neste processo. Nem por isso deixamos de ter plena consciência das áleas que comporta a receita pelos médicos dos produtos paralelos e, portanto, a sua importação efectiva. A dificuldade é evidentemente a seguinte: o direito comunitário comporta outras exigências, relativamente a produtos como os que beneficiam de uma licença PL (PI), além de uma igualdade formal no acesso ao mercado?

20 — 3/78, já citado, n.° 15.

45. A este respeito, deve-se recordar o que constitui evidentemente a origem da acção proposta no tribunal *a quo:* em primeiro lugar, a dificuldade de os produtos PL(PI) se implantarem num mercado caracterizado por hábitos de receita dos médicos nacionais. A este propósito, a afirmação segundo a qual a publicidade em direcção destes seria inoperante parece-nos contestável. A ausência de interesse comercial dos médicos é a mesma para todos os medicamentos, sejam ou não importados, e não parece que, por isso, as firmas renunciem a promover os seus produtos. É certo que foi alegado, no decurso dos debates, que a publicidade em favor dos produtos PL(PI), efectuada pelos importadores paralelos, seria ilegal em direito interno. De qualquer forma, a via escolhida pela API não nos permite confrontar estas eventuais restrições com as exigências do direito comunitário.

46. Mas, repetindo, é no direito de marca que reside a verdadeira dificuldade. A Comissão — que consagra quase metade das suas observações a este assunto — indica que, se as possibilidades de nova rotulagem estivessem abertas aos importadores paralelos, os problemas do presente processo estariam resolvidos. Ela convida, aliás, o Tribunal a precisar a interpretação do acórdão American Home Products quanto à questão de saber se o exercício do direito de marca — e mais precisamente o facto de se registarem duas marcas distintas para o mesmo produto — é contrário ao direito comunitário, uma vez que implica uma separação dos mercados, ou se é necessário que este efeito seja intencional, como parece indicar este acórdão.

47. Tendo em conta as questões postas, o Tribunal não tem evidentemente de examinar esta questão para confirmar ou infirmar

os termos do referido acórdão. Observemos, simplesmente, que a estratégia da API visa mais tentar utilizar esta jurisprudência para demonstrar a intenção de separação dos mercados do que pô-la explicitamente em causa. É evidente que evitaremos avaliar as probabilidades de sucesso de acções que fossem propostas com estes fundamentos.

48. Em conclusão, propomos ao Tribunal que responda às questões da Court of Appeal do seguinte modo:

«A adopção de uma norma deontológica cujo desrespeito pode implicar procedimento disciplinar, que emana de um organismo criado pela autoridade pública e que dispõe de prerrogativas que exorbitam do direito comum, pode constituir uma medida pública, na acepção do artigo 30.° do Tratado;

Uma disposição nacional nos termos da qual um farmacêutico tem o dever de, em qualquer hipótese, para executar uma receita que designe um produto médico pela sua marca ou pelo seu nome registado, fornecer exclusivamente um produto com esta marca ou este nome não é incompatível com o artigo 30.° do Tratado, mesmo que se oponha ao fornecimento pelo farmacêutico de um produto de valor equivalente, autorizado pelas autoridades nacionais ao abrigo de disposições aprovadas em conformidade com os termos do acórdão proferido no processo 104/75, e fabricado pela mesma sociedade ou pelo mesmo grupo de sociedades ou ainda pelo titular de uma licença dessa sociedade, mas com uma marca ou um nome utilizados para este produto num Estado-membro, diferentes dos mencionados na receita.»