

Affaire C-29/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

23 janvier 2020

Juridiction de renvoi :

Oberlandesgericht Köln (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

10 janvier 2020

Partie requérante :

Biofa AG

Partie défenderesse :

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[OMISSIS]

prononcée 10 janvier 2020

[OMISSIS]

Oberlandesgericht Köln

Décision

Dans le litige opposant

Biofa AG, [OMISSIS] Gutsbezirk Münsingen,

partie requérante et appelante,

[OMISSIS]

à

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co KG, [OMISSIS] Everswinkel,

partie défenderesse et intimée,

[OMISSIS]

la 6ème chambre civile de l’Oberlandesgericht Köln (tribunal régional supérieur de Cologne, Allemagne)

[OMISSIS]

a rendu la décision suivante :

I. Il est sursis à statuer.

II. La Cour de justice de l’Union européenne est saisie d’une demande de décision préjudicielle en interprétation de l’article 3, paragraphe 1, sous a), de l’article 9, paragraphe 1, sous a), et de l’article 95, paragraphe [2], du règlement (UE) [Or. 2] n° 528/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l’utilisation des produits biocides portant sur la question préjudicielle :

L’approbation d’une substance active par un règlement d’exécution conformément à l’article 9, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) n° 528/2012 rend-elle contraignant, dans les procédures judiciaires dans un État membre, le fait que la substance sur laquelle repose l’approbation est destinée à être utilisée, aux fins de l’article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement (CEE) n° 528/2012 , de toute autre manière par une action autre qu’une simple action physique ou mécanique, ou incombe-t-il à la juridiction de l’État membre appelée à statuer de déterminer, dans ses constatations de fait, si les conditions matérielles de l’article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) 528/2012 sont remplies, même après l’adoption d’un règlement d’exécution ?

Motifs

I.

Les parties s’opposent sur la question de savoir si la défenderesse est autorisée à mettre sur le marché un produit antiparasitaire contenant de la terre de diatomées comme substance active même si celle-ci ne provient pas d’un importateur ou d’un fabricant figurant sur la liste [des personnes qui ont soumis des informations].

La requérante est une entreprise de taille moyenne qui développe des produits pour l’agriculture, principalement sur une base biologique. Elle sollicite des autorisations et met les produits autorisés sur le marché en République fédérale d’Allemagne, dans d’autres États de l’Union ou dans des États de l’Espace économique européen.

Parmi ces produits, on trouve également des produits contenant le principe actif terre de diatomées ou kieselguhr (ce principe actif est connu sous de nombreux autres noms), qui sont commercialisés par la requérante sous le nom commercial

« InsectoSec® ». Ces produits sont utilisés pour lutter contre la vermine rampante, en particulier l'acarien rouge, dans les bâtiments avicoles. **[Or. 3]**

La substance active « terre de diatomées » est un minéral obtenu à partir de coquilles microscopiques de diatomées mortes et se compose principalement de dioxyde de silicium. Au contact de la substance active, les insectes et acariens nuisibles sont réduits en poussière du fait que la couche de cire qui se trouve sur leur carapace (et qui protège en fait les animaux de la déshydratation) en est affecté. Les insectes et acariens nuisibles se déshydratent ensuite et meurent.

La requérante a introduit une demande d'autorisation pour la substance active terre de diatomées conformément au règlement n° 528/2012. A cette fin, elle a produit le dossier nécessaire qu'elle a fait établir au prix d'un effort financier non négligeable.

Conformément au règlement d'exécution (UE) 2017/794 de la Commission du 10 mai 2017 approuvant le dioxyde de silicium/kieselguhr en tant que substance active existante destinée à être utilisée dans les produits biocides du type de produit 18, le dioxyde de silicium/kieselguhr a été autorisé en tant que substance active pour une utilisation dans les produits biocides du type de produit 18, sous réserve des spécifications et conditions figurant en annexe. Le règlement d'exécution est entré en vigueur le vingtième jour suivant sa publication. La requérante - actuellement le seul producteur de cette substance active - a été inscrite sur la liste visée à l'article 95 du règlement n° 528/2012 [OMISSIS].

La défenderesse propose des produits pour les propriétaires d'animaux et l'industrie des aliments composés, entre autres pour la « gestion des parasites, notamment dans le secteur de la volaille » via une boutique en ligne et le site marchand en ligne eBay. Elle distribue par exemple un produit sous la dénomination commerciale « HS Mikrogur » pour lutter contre les acariens de la volaille, en particulier le pou rouge (*Dermanyssus gallinae*), qui contient également la substance active terre de diatomées, sans acheter la substance active à la requérante.

La requérante considère que cette offre de la défenderesse est anticoncurrentielle car elle viole les articles 3 et 3a du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi sur la répression de la concurrence déloyale et illicite, ci-après l'« UWG ») en combinaison avec l'article 95, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 528/2012. Selon elle, le principe actif de la terre de diatomées n'a pas qu'une simple action physique ou mécanique. La requérante a engagé contre la défenderesse une action aux fins de cessation, de communication de renseignements, de constatation de l'obligation de verser des dommages-intérêts et de remboursement des frais de mise en demeure. **[Or. 4]**

Le Landgericht (tribunal régional) a rejeté le recours après instruction de l'affaire en recourant à l'avis d'un expert. Selon cette juridiction, les créances invoquées n'existent pas conformément à l'article 8, paragraphe 3, point 1, à l'article 3 et à

l'article 3a de l'UWG, combinés à l'article 3, paragraphe 1, sous a), et à l'article 95, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 528/2012.

II.

la solution du présent litige dépend de l'interprétation de l'article 3, sous a), et de l'article 9, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012 ainsi que de l'effet contraignant d'un règlement d'exécution adopté sur la base de celui-ci. Il convient donc de suspendre la procédure avant de statuer sur le recours et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande de décision préjudicielle en vertu de l'article 267, alinéa 1, sous b), et alinéa 3, TFUE. La chambre de céans estime que cela est nécessaire dans la présente procédure.

- 1 Le Landgericht (tribunal régional) a considéré que le recours était infondé et a déclaré à cet égard :

Il est vrai que les parties sont des concurrents et qu'il existe une relation concurrentielle concrète. L'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012 constitue également une disposition relative au comportement sur le marché au sens de l'article 3a de l'UWG. Toutefois, la défenderesse n'a pas mis à disposition sur le marché des produits biocides en violation de l'article 3, paragraphe 1, sous a), et de l'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012. La distribution du produit de la défenderesse ne viole pas le règlement n° 528/2012, car le produit n'est pas un produit au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), premier tiret, du règlement n° 528/2012. Le produit de la défenderesse n'est pas destiné à détruire, dissuader, rendre inoffensif, empêcher l'action d'organismes nuisibles ou à les combattre de toute autre manière [Or. 5] par une action autre qu'une simple action physique ou mécanique. Le Landgericht (tribunal régional) est habilité à examiner cette question malgré le règlement d'exécution 2017/794. Il résulte de l'administration des preuves que le produit de la requérante ne répondait pas aux conditions matérielles énoncées.

- 2 Dans le cas litigieux se pose la question de savoir si l'approbation d'une substance active par un règlement d'exécution conformément à l'article 9, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012 lie la juridiction, dans les procédures judiciaires dans un État membre, quant au fait que la substance est destinée à être utilisée, aux fins de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012, de toute autre manière par une action autre qu'une simple action physique ou mécanique, ou s'il incombe à la juridiction de l'État membre appelée à statuer de déterminer, dans ses constatations de fait, si les conditions matérielles de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012 sont remplies.
2. Le bien-fondé des prétentions en question peut être déduit de l'article 8, paragraphes 1 et 3, point 1, et de l'article 3, paragraphe 1, de l'UWG combinés aux conditions de la violation de la loi sur la concurrence déloyale conformément à l'article 3a de l'UWG combiné à l'article 3, paragraphe 1, sous a), et à l'article 95, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 528/2012. L'application de cette

disposition soulève des questions d'interprétation du droit de l'Union qui doivent être clarifiées.

a) Les conditions générales d'une demande en cessation en droit de la concurrence sont réunies au regard de l'infraction (article 8, paragraphe 1, article 3, paragraphe 1, et article 3a de l'UWG).

[OMISSIS].

b) Le bien-fondé du chef de conclusion dépend de la question de savoir si le produit « HS Mikroгур », qui fait concrètement l'objet des demandes, relève du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, sous a), et de l'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012. Cela soulève la question de l'effet contraignant d'un règlement d'exécution adopté en vertu de l'article 9, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012, qui doit être clarifiée.

aa) Conformément à l'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012, à compter du 1^{er} septembre 2015, aucun produit biocide n'est mis à disposition sur le marché si le fabricant ou l'importateur de la ou des substances actives contenues dans le produit n'est pas inscrit sur la liste publiée par l'Agence [européenne des produits chimiques]. **[Or. 6]**

(1) La substance « terre de diatomées » constitue une « substance active » telle que définie ci-dessus qui exerce un effet sur ou contre les organismes nuisibles conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous g), du règlement n° 528/2012. Il est constant que certains acariens - et donc des organismes nuisibles - se déshydratent au contact de la terre de diatomées et meurent ensuite de déshydratation. La défenderesse a également mis sur le marché les produits correspondants contenant de la terre de diatomées, une substance inscrite sur la liste en vertu de l'article 95, paragraphe 1, du règlement n° 528/2012, à savoir une substance active qui a été approuvée, sur demande et après soumission d'un dossier, à compter du 1^{er} novembre 2018.

Le produit « HS Mikroгур » est destiné à la lutte contre les organismes nuisibles. La manière dont un produit est présenté à un consommateur moyennement bien informé est déterminante pour apprécier la « destination » de ce produit. Bien que la terre de diatomées ait un large éventail d'applications, par exemple dans le secteur alimentaire comme complément alimentaire et comme aliment pour animaux, dans ce cas précis, elle est annoncée, proposée et commercialisée par la défenderesse sous le nom commercial « HS Mikroгур » à des fins de lutte contre les parasites.

(2) Il est constant entre les parties que la requérante est le seul fournisseur de la substance ou du produits figurant sur la liste visée à l'article 95, paragraphe 2, du règlement n° 528/2012 et que la défenderesse n'a pas acheté la substance, même indirectement, à la requérante. Toutefois, cela serait exigé en vertu de l'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012 si la substance était un biocide au sens dudit règlement. En effet, conformément à l'article 95, paragraphe 1, du règlement

n° 528/2012, l'Agence publie une liste de toutes les substances actives et de toutes les substances produisant une substance active pour lesquelles un dossier satisfaisant aux exigences de l'annexe II du règlement ou de l'annexe HA ou IVA de la directive 98/8/CE et, le cas échéant, de l'annexe IIIA de cette directive a été soumis à un État membre et accepté ou validé par celui-ci conformément à une procédure prévue dans ce règlement ou dans cette directive. En vertu de l'article 95, paragraphe 3, du règlement n° 528/2012, aucun produit biocide composé d'une substance active inscrite dans la liste visée au paragraphe 1, constitué d'une telle substance, en contenant ou en générant, n'est mis à disposition sur le marché si le fournisseur de la substance ou du produit n'est pas inscrit sur la liste visée au paragraphe 2.

(3) On peut se demander si le produit vendu par la défenderesse est un produit biocide au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), premier tiret, du règlement n° 528/2012, [Or. 7] c'est-à-dire une substance (ou un mélange de substances) constitué(e) d'une ou plusieurs substances actives ou en contenant, qui est destiné à détruire, repousser ou rendre inoffensifs les organismes nuisibles, à en prévenir l'action ou à les combattre de toute autre manière par une action autre qu'une simple action physique ou mécanique.

Après avoir instruit l'affaire, le Landgericht (tribunal régional) a supposé que le produit de la défenderesse ne combattrait pas des organismes nuisibles de toute autre manière par une action autre qu'une simple action physique ou mécanique au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 528/2012. Cela a été établi sur la base des déclarations convaincantes de l'expert nommé par le tribunal.

Le mécanisme d'action est la sorption, c'est-à-dire l'accumulation de substances dans une phase, et dans le cas de la terre de diatomées, l'adsorption, c'est-à-dire la fixation d'atomes et de molécules sur une surface. Le principal mécanisme d'action est plus précisément la physisorption, dans laquelle les structures électroniques de l'adsorbat et de la surface restent largement inchangées. Les forces agissantes sont faibles et comparables aux forces de Van der Waals dans les molécules, c'est-à-dire qu'elles sont dues à des interactions dipolaires ou multipolaires. Les molécules adsorbées en tant que telles seraient retenues et seraient au mieux polarisées (contrairement à la chimisorption, dans laquelle les molécules pourraient se décomposer et former une nouvelle liaison chimique avec l'adsorbant).

Comme la terre de diatomées est chimiquement inerte (non réactive), on ne peut pas supposer une interaction chimique directe après absorption. Selon les déclarations de l'expert, il y a lieu de supposer qu'aucune liaison chimique n'a été établie ou rompue et que les interactions sont essentiellement dues aux forces de Van der Waals avec l'une ou l'autre interaction dipôle-dipôle. L'effet est comparable à celui d'une éponge. L'adsorption sur les particules grossières de terre de diatomées interrompt la barrière d'eau et l'altération de la surface entraîne un assèchement. La couche lipidique peut toutefois être régénérée dans une atmosphère humide.

Les effets abrasifs ne pourraient pas être complètement exclus. Ils pourraient être ignorés dans le cas de figure et pour la question sous-jacente, car il s'agit à cet égard d'effets purement mécaniques. [Or. 8]

La chambre de céans envisage de souscrire à ces conclusions du Landgericht (tribunal régional). L'expert, qui a été proposé d'un commun accord par les deux parties et qui est également connu pour ses recherches dans le domaine de la terre de diatomées, possède d'emblée l'expertise nécessaire, étayée par de nombreuses publications scientifiques. En outre, s'agissant de la question de la preuve, l'expert a décrit en détail le mode de fonctionnement de la substance « terre de diatomées (kieselgur) » sur les parasites. Cette description correspond en substance aux arguments non contestés des parties. Après avoir expliqué l'évolution du débat scientifique, il a ensuite expliqué le mode d'action de manière claire et compréhensible. Ce faisant, il a établi une classification convaincante. L'expertise rendue ne laisse apparaître aucun défaut technique et un tel défaut n'a pas non plus été allégué.

Par conséquent, il est pertinent pour trancher le litige de savoir si l'autorisation en tant que substance active, qui dans le cas présent a été accordée en vertu du règlement d'exécution 2017/794, affecte nécessairement le statut du produit en tant que biocide au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire d'examiner dans le cadre de la présente procédure si les conditions matérielles pour la classification en tant que biocide au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 528/2012 sont remplies.

[OMISSIS]