

Causa C-29/20

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

23 gennaio 2020

Giudice del rinvio:

Oberlandesgericht Köln (Germania)

Data della decisione di rinvio:

10 gennaio 2020

Ricorrente:

Biofa AG

Resistente:

Sikma D. Vertriebs GmbH & Co. KG

[OMISSIS]

Pronunciata il 10 gennaio 2020

[OMISSIS]

Oberlandesgericht Köln

Ordinanza

Nella causa

Biofa AG, [OMISSIS] Gutsbezirk Münsingen,

attrice e ricorrente,

[OMISSIS]

contro

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

convenuta e resistente,

[OMISSIS]

la sesta sezione civile dell'Oberlandesgericht Köln ha

[OMISSIS]

deciso:

I. Il procedimento è sospeso.

II. È sottoposta alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale per l'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a) e dell'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) [Or. 2] n. 528/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012, relativo alla messa a disposizione sul mercato e all'uso dei biocidi:

Se, con l'approvazione di un principio attivo mediante regolamento di esecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012, sia stabilito in maniera vincolante, in relazione a un procedimento giudiziario all'interno di uno Stato membro, il fatto che il principio attivo oggetto di approvazione è destinato ad agire con modalità differenti rispetto alla mera azione fisica o meccanica, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012, oppure se sia compito del giudice dello Stato membro, competente per la decisione, eseguire gli accertamenti fattuali volti a determinare se siano soddisfatti i presupposti dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012, anche a seguito dell'adozione del regolamento di esecuzione.

Motivi:

I

Le parti controbattono in merito alla questione se la resistente sia legittimata a immettere in commercio un prodotto per il controllo degli organismi nocivi contenente come principio attivo Kieselgur benché lo stesso non provenga da un importatore o da un fabbricante iscritto nell'elenco.

La ricorrente è un'impresa di medie dimensioni che sviluppa prodotti per l'agricoltura, prevalentemente a base biologica, richiede le relative autorizzazioni e colloca i prodotti approvati sul mercato all'interno della Repubblica federale di Germania, di altri Stati membri dell'Unione europea o di Stati dello Spazio economico europeo.

Tra i suddetti prodotti alcuni contengono la sostanza attiva Kieselgur (conosciuta anche con varie altre denominazioni) e sono immessi sul mercato dalla ricorrente con il nome commerciale “InsectoSec®”. Tali prodotti sono utilizzati per contrastare gli insetti striscianti, in particolare l’acaro rosso aviario, nei ricoveri avicoli. **[Or. 3]**

La sostanza “Kieselgur” è un minerale ricavato dai gusci microscopici delle diatomee fossili, composto prevalentemente da biossido di silicio. Al contatto con il principio attivo lo strato di cera presente sulle cuticole di organismi nocivi e acari (che protegge gli insetti dalla disidratazione) viene intaccato e pertanto i parassiti e gli acari, disidratandosi, muoiono.

La ricorrente ha richiesto l’approvazione del principio attivo Kieselgur secondo quanto stabilito dal regolamento (UE) n. 528/2012. A tal fine ha presentato il necessario fascicolo che aveva predisposto sostenendo notevoli spese finanziarie.

Ai sensi del regolamento di esecuzione (UE) 2017/794 della Commissione, del 10 maggio 2017, che approva il diossido di silicio Kieselgur come principio attivo esistente ai fini del suo uso nei biocidi del tipo di prodotto 18, tale sostanza è stata approvata quale principio attivo ai fini del suo uso nei biocidi del tipo di prodotto 18, fatte salve le specifiche e le condizioni di cui all’allegato. Il regolamento di esecuzione è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione. La ricorrente è stata iscritta nell’elenco – al momento quale unica fabbricante di detto principio attivo – ai sensi dell’articolo 95 del regolamento (UE) n. 528/2012 [OMISSIS].

La resistente, tramite un negozio online e attraverso il mercato online eBay, offre prodotti destinati ad allevatori e a produttori di alimenti composti per animali, compresi prodotti per il “controllo dei parassiti, in particolare nel settore avicolo”. Essa vende, tra gli altri prodotti, un articolo per contrastare gli acari aviari, nello specifico l’acaro rosso, con il nome commerciale “HS Mikrogur” contenente anche la sostanza attiva Kieselgur, principio attivo che la resistente non ha ottenuto né acquistato dalla ricorrente.

La ricorrente ritiene che la vendita del prodotto HS Mikrogur da parte della resistente costituisca una condotta anticoncorrenziale in quanto la stessa violerebbe gli articoli 3 e 3a dell’UWG in combinato disposto con l’articolo 95, paragrafi 2 e 3 del regolamento (UE) n. 528/2012. La sostanza attiva Kieselgur non agirebbe esclusivamente mediante un’azione fisica o meccanica. La ricorrente ha esperito azione inibitoria nei confronti della resistente, ingiungendole di fornire informazioni e chiedendo l’accertamento dell’obbligo risarcitorio oltre il rimborso delle spese legali. **[Or. 4]**

Il Landgericht (il Tribunale del Land), a seguito di attività istruttoria e dell’espletamento di una perizia, ha respinto la domanda. Le richieste, effettuate ai sensi dell’articolo 8, paragrafo 3, n. 1 e degli articoli 3 e 3a dell’UWG in

combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) nonché con l'articolo 95 paragrafi 2 e 3 del regolamento (UE) n. 528/2012, sono infondate.

II

La decisione della presente controversia dipende dall'interpretazione dell'articolo 3, lettera a) e dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012 nonché dall'effetto vincolante di un regolamento di esecuzione adottato sulla base del medesimo. Prima di pronunciare una decisione in merito all'impugnazione, la sezione ritiene pertanto necessario sospendere il presente procedimento e proporre domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267, primo comma, lettera b), e secondo comma, TFUE.

1. Il Landgericht ha ritenuto la domanda infondata motivando come segue:

vero è che le parti sono concorrenti e che tra le stesse sussiste un concreto rapporto di concorrenza. Inoltre, l'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012 è una norma posta a tutela del mercato e della concorrenza ai sensi dell'articolo 3a dell'UWG. La resistente tuttavia non ha immesso sul mercato biocidi in violazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) e dell'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012. La vendita del prodotto da parte della resistente non viola il regolamento (UE) n. 528/2012 in quanto lo stesso non può essere considerato un prodotto avente le caratteristiche definite dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), primo trattino del regolamento (UE) n. 528/2012. Il prodotto della resistente non è destinato ad essere utilizzato per distruggere, eliminare, rendere innocui, impedire l'azione o esercitare altro effetto di controllo su qualsiasi organismo nocivo con mezzi diversi dalla mera azione fisica o meccanica. Il Landgericht è legittimato ad effettuare accertamenti, nonostante l'intervenuta adozione del regolamento di esecuzione (UE) 2017/794 della Commissione. Dall'attività istruttoria è emerso che il prodotto della resistente non soddisfa i criteri indicati.

2. In corso di causa si è posta la questione se, con l'approvazione di un principio attivo mediante un regolamento di esecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012, sia stabilito in maniera vincolante, in relazione a un procedimento giudiziario all'interno di uno Stato membro, il fatto che il principio attivo è destinato ad agire con modalità differenti [Or. 5] rispetto alla mera azione fisica o meccanica, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012 oppure se sia compito del giudice dello Stato membro eseguire gli accertamenti fattuali volti a determinare se siano soddisfatti i presupposti dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012.

3. La decisione sul merito delle questioni in esame può essere dedotta dall'articolo 8, paragrafo 1 e paragrafo 3, numero 1 e dall'articolo 3, paragrafo 1 dell'UGW in combinato disposto con le fattispecie di violazione del diritto in

materia di concorrenza sleale, ai sensi dell'articolo 3a dell'UGW in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) e con l'articolo 95, paragrafi 2 e 3 del regolamento (UE) n. 528/2012. Nell'applicare detta disposizione si pongono questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione europea che necessitano di chiarimenti.

a) Sono sussistenti i requisiti generali per un'azione inibitoria ai sensi del diritto della concorrenza, dal punto di vista della violazione del diritto (articolo 8, paragrafo 1, articolo 3, paragrafo 1, articolo 3a dell'UGW).

[OMISSIS].

b) L'accoglimento del ricorso dipende dalla soluzione alla domanda volta a determinare se il prodotto "HS Mikrogur", di cui in concreto si discute nel procedimento, rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) e dell'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012. Tale questione comporta la necessità di chiarimento in merito all'effetto vincolante di un regolamento di esecuzione adottato in base all'articolo 9, paragrafo 1, lettera a) del regolamento (UE) n. 528/2012.

aa) Secondo quanto stabilito dall'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012, a decorrere dal 1° settembre 2015, un biocida contenente un principio attivo non può essere immesso sul mercato se il fabbricante o l'importatore del principio attivo o, se del caso, l'importatore del biocida non risultano iscritti nell'elenco pubblicato dall'Agenzia. **[Or. 6]**

(1) La sostanza "Kieselgur" è un "principio attivo" nel senso di cui sopra, che produce effetti e contrasta gli organismi nocivi come definiti dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera g) del regolamento (UE) n. 528/2012. Indubbiamente determinati acari – quindi organismi nocivi – si disidratano dopo il contatto con il Kieselgur e muoiono a causa della disidratazione. La resistente ha inoltre collocato sul mercato i relativi prodotti contenenti Kieselgur, sostanza inserita nell'elenco ai sensi dell'articolo 95, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 528/2012, vale a dire un principio attivo che è stato approvato il 1° novembre 2018 dietro richiesta e a seguito della presentazione di un fascicolo.

Il prodotto "HS Mikrogur" ha lo scopo di contrastare gli organismi nocivi. Ai fini della valutazione della "destinazione" di un prodotto ciò che rileva è il modo in cui lo stesso viene presentato al consumatore medio normalmente informato. Sebbene la sostanza Kieselgur abbia un'ampia gamma di possibili applicazioni, ad esempio nell'ambito dei prodotti alimentari come integratore e come mangime, nel caso specifico tale prodotto viene pubblicizzato, offerto e immesso sul mercato dalla resistente con il nome commerciale "HS Mikrogur" al fine di contrastare gli organismi nocivi.

(2) Tra le parti è incontestato che la ricorrente è iscritta nell'elenco di cui all'articolo 95, paragrafo 2 del regolamento (UE) n. 528/2012 quale unica fornitrice della sostanza o del prodotto e che la resistente non ha acquistato o

ottenuto la sostanza, neppure indirettamente, dalla ricorrente. Tuttavia ciò sarebbe necessario, ai sensi dell'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012, nel caso in cui la sostanza fosse un biocida così come definito dal regolamento (UE) n. 528/2012. Invero, ai sensi dell'articolo 95, paragrafo 1 del regolamento (UE) n. 528/2012, l'Agenzia pubblica un elenco di tutti i principi attivi e di tutte le sostanze che generano un principio attivo, per le quali un fascicolo conforme alle disposizioni di cui all'allegato II del presente regolamento o agli allegati II A o IV A della direttiva 98/8/CE e, quando pertinente, all'allegato III A di tale direttiva è stato presentato e accettato o convalidato da uno Stato membro in una procedura prevista dal presente regolamento o dalla direttiva. Ai sensi dell'articolo 95, paragrafo 3 del regolamento (UE) n. 528/2012, un biocida costituito da una sostanza interessata, che la contiene o che può generare una siffatta sostanza inclusa nell'elenco di cui al paragrafo 1, non è messo a disposizione sul mercato, a meno che il fornitore della sostanza o del prodotto sia iscritto nell'elenco di cui al paragrafo 2 per il tipo o i tipi di prodotto ai quali il prodotto appartiene.

(3) Rimane da chiarire se il prodotto venduto dalla resistente sia un biocida ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), primo trattino del regolamento (UE) n. 528/2012, [Or. 7] vale a dire una sostanza (o miscela) che è costituita da, contenente o capace di generare uno o più principi attivi, allo scopo di distruggere, eliminare e rendere innocuo, impedire l'azione o esercitare altro effetto di controllo su organismi nocivi con qualsiasi mezzo diverso dalla mera azione fisica o meccanica.

A seguito dell'attività istruttoria, il Landgericht ha espresso il convincimento che il prodotto della resistente non contrasta gli organismi nocivi con mezzi diversi dalla mera azione fisica o meccanica ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 del regolamento (UE) n. 528/2012. Tale convincimento si basa sulle valide argomentazioni del perito nominato dall'autorità giudiziaria.

Il meccanismo d'azione sarebbe l'assorbimento, cioè l'accumulo di una o più sostanze all'interno di una fase e nel caso del Kieselgur, l'adsorbimento, vale a dire la concentrazione di atomi e molecole sulla superficie di una fase. Più precisamente, il meccanismo d'azione primario sarebbe l'adsorbimento fisico tramite il quale le configurazioni elettroniche dell'adsorbato e della superficie rimangono sostanzialmente invariate. I legami coinvolti sarebbero deboli e paragonabili alle forze e alle interazioni intermolecolari di van der Waals ovvero riconducibili alle interazioni dipolo o multipolo. Le molecole adsorbite rimangono immutate, al massimo si verifica una polarizzazione (diversamente da quanto avviene in caso di adsorbimento chimico che comporterebbe la rottura del legame e la formazione di un nuovo legame chimico con l'adsorbente).

Dal momento che la sostanza Kieselgur non è reattiva (inerte chimicamente), non si ravvisa un'interazione chimica diretta a seguito dell'assorbimento. Secondo le argomentazioni del perito si deve dedurre che non vengono rotti legami chimici o ne vengono formati di nuovi e che le interazioni sono essenzialmente da

ricondere alle forze di van der Waals ovvero a uno o all'altro tipo di interazione dipolo-dipolo. L'effetto è paragonabile a quello di una spugna. Attraverso l'adsorbimento della cuticola per mezzo delle particelle grossolane di terra diatomacea, la stessa cuticola, che funge da barriera per l'acqua, viene interrotta; tale processo porta quindi alla disidratazione. Tuttavia, lo strato lipidico può – in ambiente umido – essere rigenerato.

Non è stato possibile escludere del tutto effetti abrasivi. Tali effetti, in relazione alle circostanze fattuali e alla domanda in questione, possono essere trascurati, dal momento che si è accertato trattarsi di un'azione puramente meccanica. [Or. 8]

La sezione intende aderire agli accertamenti di fatto compiuti dal Landgericht. Il perito, scelto di comune accordo dalle parti, noto per le sue ricerche, anche nel campo del Kieselgur, dispone senza alcun dubbio delle necessarie competenze, come comprovato da numerose pubblicazioni scientifiche. Il perito ha quindi descritto in maniera dettagliata, in relazione ai quesiti peritali, la modalità di azione della sostanza "Kieselgur" sui parassiti. Tale descrizione concorda sostanzialmente con la rappresentazione non controversa dei fatti, effettuata dalle parti. Inoltre egli ha spiegato il meccanismo d'azione – dopo aver illustrato lo sviluppo del dibattito scientifico – in maniera chiara ed esaustiva. Il perito ha in tal modo proposto un inquadramento convincente in merito alla sostanza. Non si ravvisano e non sono state sollevate insufficienze e carenze riguardanti la relazione peritale.

Per tali motivi, ai fini della decisione della controversia, risulta dirimente, se l'approvazione della sostanza attiva "Kieselgur", conseguita tramite il regolamento di esecuzione (UE) 2017/794 della Commissione del 10 maggio 2017, stabilisca in maniera vincolante la caratteristica del prodotto come biocida ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) n. 528/2012, con la conseguenza che nell'ambito del presente procedimento non debba essere verificato se siano soddisfatti i criteri per la classificazione come biocida ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) n. 528/2012.

[OMISSIS]