

Processo C-29/20

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

23 de janeiro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberlandesgericht Köln (Tribunal Regional Superior de Colónia, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

10 de janeiro de 2020

Demandante:

Biofa AG

Demandada:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[*Omissis*] proferido em 10 de janeiro de 2020

[*Omissis*]

Oberlandesgerichts Köln [Tribunal Regional Superior de Colónia]

Despacho

no litígio entre

Biofa AG, [*omissis*] Gutsbezirk Münsingen,

demandante e recorrente,

[*Omissis*]

contra

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

Demandada e recorrida,

[*Omissis*]

a 6.^a Secção Cível do Oberlandesgericht Köln (Tribunal Regional Superior de Colónia, Alemanha)

[*Omissis*]

decide:

I. Suspender a instância.

II. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, para decisão prejudicial, a seguinte questão relativa à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e do artigo 95.º, n.º 3, do Regulamento n.º 528/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativo à disponibilização no mercado e à utilização de produtos biocidas:

A aprovação de uma substância ativa através de um regulamento de execução, em conformidade com o artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012, confere, em processos judiciais instaurados num Estado-Membro, carácter vinculativo ao facto de a substância objeto de aprovação se destinar, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012, a ser eficaz por meios que não sejam a simples ação física ou mecânica, ou cabe ao órgão jurisdicional do Estado-Membro chamado a pronunciar-se determinar, ao proceder ao apuramento dos factos, se estão preenchidas as condições materiais do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012, mesmo depois de ter sido adotado de um regulamento de execução?

Fundamentos:

I.

As partes estão em desacordo sobre a questão de saber se a demandada pode introduzir no mercado um produto para combater pragas e que contém, como substância ativa, terra de diatomáceas ainda que esta não provenha de um importador ou fabricante constante de uma lista.

A demandante é uma empresa de dimensão média e desenvolve produtos para a agricultura, predominantemente de base biológica, pede autorizações e introduz os produtos autorizados no mercado do território da República Federal da Alemanha, de outros Estados-Membros ou de Estados do Espaço Económico Europeu.

Entre esses produtos contam-se também produtos que contêm a substância ativa terra de diatomáceas (a substância é conhecida sob muitas outras designações), que são introduzidos no mercado pela demandante sob a denominação comercial

«InsectoSec®». Estes produtos destinam-se a combater os parasitas rastejantes, em especial, os ácaros-de-galinha nos galinheiros.

A substância «terra de diatomáceas» é um mineral obtido a partir de escamas microscópicas de diatomeáceas mortas e consiste predominantemente em dióxido de silício. Pelo contacto com a substância, os insetos-praga e os ácaros ficam polvilhados dela, o que influencia a camada de cera que se encontra na respetiva carapaça (e que na realidade protege os animais da dessecação). Em consequência disso, os insetos-praga desidratam-se e morrem.

A demandante requereu a autorização da substância ativa terra de diatomáceas em conformidade com o Regulamento (UE) n.º 528/2012. Para o efeito, apresentou o dossiê necessário, que preparou com um esforço financeiro não despendendo.

Em conformidade com o Regulamento de Execução (UE) 2017/794 da Comissão, de 10 de maio de 2017, que aprova o dióxido de silício/Kieselguhr como substância ativa existente para utilização em produtos biocidas do tipo 18, o dióxido de silício/Kieselguhr foi aprovado como substância ativa para utilização em produtos biocidas do tipo 18, nos termos das especificações e condições definidas no anexo. O presente regulamento entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação. A demandante está inscrita na lista prevista no artigo 95.º do Regulamento (UE) n.º 528/2012 [omissis], enquanto única produtora desta substância nessa época.

A demandada propõe produtos para criadores de animais e para a indústria dos alimentos compostos para animais, entre outros para a «gestão dos parasitas, em especial no setor das aves de capoeira», numa loja em linha e no mercado em linha eBay. Assim, comercializa, entre outros, um produto sob a denominação comercial «HS Mikroguhr» para combate aos ácaros-de-galinha, que contém igualmente a substância ativa terra de diatomáceas, sem referir a substância ativa da demandante.

A demandante considera que esta oferta da demandada é anticoncorrencial, porque infringe os §§ 3 e 3a da UWG, conjugados com o artigo 95.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012. A substância ativa terra de diatomáceas não é eficaz por simples ação física ou mecânica. A demandante intentou contra a demandada uma ação destinada a obter a cessação de comportamento, a comunicação de informações, a declaração da obrigação de indemnização o reembolso das despesas de interpeleção.

O Landgericht (Tribunal Regional) julgou a ação improcedente após instrução do processo recorrendo ao parecer de um perito. Segundo este órgão jurisdicional, não existem os créditos invocados em conformidade com o § 8, n.º 3, ponto 1, e dos §§ 3 e 3a da UWG, em conjugação com o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e com o artigo 95.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012.

II.

A solução do presente litígio depende da interpretação do artigo 3.º, alínea a), e do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012 e do carácter vinculativo de um regulamento de execução aprovado com base nesse regulamento. Impõe-se, portanto, antes de conhecer da ação, suspender a instância e submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b) e segundo parágrafo, TFUE. Esta Secção considera isso necessário no presente processo.

1. O Landgericht (Tribunal Regional) julgou a ação improcedente e declarou, a esse respeito:

É certo que as partes são concorrentes e existe entre elas uma relação de concorrência concreta. O artigo 95.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012 é uma norma de regulação da conduta no mercado, na aceção do § 3a da UWG. Porém, a demandada não disponibilizou produtos biocidas no mercado em infração aos artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 95.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012. A comercialização do produto da demandada não infringe o Regulamento (UE) n.º 528/2012 porque o produto não é um produto na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012. O produto da demandada não destina a destruir, repelir ou neutralizar um organismo prejudicial, impedir a sua ação ou controlá-la de qualquer outra forma, por meios que não sejam a simples ação física ou mecânica. Apesar do Regulamento de Execução (UE) 2017/794 da Comissão, o Landgericht (Tribunal Regional) tem legitimidade para apreciar esta questão. Da administração da prova resultou que o produto da demandada não preenche as condições materiais enunciadas.

2. No presente processo, coloca-se a questão de saber se a aprovação de uma substância ativa por um regulamento de execução, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012 vincula o órgão jurisdicional, em processos judiciais instaurados num Estado-Membro, quanto ao facto de a substância ser destinada a produzir efeitos por meios que não sejam a simples ação física ou mecânica na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012, ou se compete ao órgão jurisdicional do Estado-Membro chamado a pronunciar-se, no âmbito do apuramento que faz dos factos determinar se estão preenchidas as condições materiais do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012.

2. A procedência das pretensões ora em causa pode resultar do § 8, n.º 1, n.º 3, ponto 1, do § 3, n.º 1, da UWG, em conjugação com os requisitos da violação da Lei relativa à Concorrência Leal em conformidade com §3a da UWG, conjugado com o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e com o artigo 95.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012. A aplicação desta disposição suscita questões de interpretação do direito da União que necessitam ser esclarecidas.

a) Verificam-se os pressupostos gerais para o direito à cessação de uma conduta, por infração a uma norma, ao abrigo das normas sobre a concorrência (§ 8, n.º 1, § 3, n.º 1, §3a, da UWG).

[*Omissis*].

b) A procedência da ação depende de saber se o produto «HS Mikroгур», que é objeto dos pedidos, está abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e do artigo 95.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012. Suscita-se aqui a questão, que carece de esclarecimento, da vinculatividade de um regulamento de execução aprovado ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 528/2012.

aa) Nos termos do artigo 95.º, n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012, a partir de 1 de setembro de 2015, um produto biocida não é disponibilizado no mercado se o fabricante ou o importador da substância ativa contida no produto, ou, consoante o caso, o importador do produto biocida, não tiver sido incluído na lista publicada pela Agência.

(1) A substância «terra de diatomáceas» é uma «substância» na aceção exposta *supra*, que produz um efeito em ou contra organismos prejudiciais, conforme definidos pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento (UE) n.º 528/2012. É pacífico que determinados ácaros – logo, organismos prejudiciais – se desidratam em contacto com a terra de diatomáceas, e em seguida morrem em consequência da desidratação. A demandada também disponibilizou no mercado os produtos correspondentes, que contêm terra de diatomáceas, logo uma substância incluída na lista do artigo 95.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 528/2012, autorizada a requerimento e após apresentação de um dossiê em 1 de novembro de 2018.

O produto «HS Mikroгур» tem como o objetivo o combate de organismos prejudiciais. Para apreciar o «objetivo» de um produto é determinante a forma como um consumidor medianamente informado o encara. Ainda que a terra de diatomáceas tenha uma vasta gama de aplicações, por exemplo, no setor dos géneros alimentícios, enquanto complemento alimentar e enquanto alimento para animais, no caso concreto, é anunciada, proposta e introduzida no mercado pela demandada sob a denominação comercial «HS Mikroгур» para fins de combate de organismos prejudiciais.

(2) É pacífico entre as partes que a demandante está incluída, enquanto única fornecedora da substância ou do produto, na lista a que se refere o artigo 95.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 528/2012 e que a demandada não obteve a substância da demandante, nem sequer indiretamente. Porém, isso seria necessário por força do artigo 95.º n.º 3, do Regulamento (UE) n.º 528/2012, se a substância for um biocida na aceção do Regulamento (UE) n.º 528/2012. Com efeito, nos termos do artigo 95.º, n.º 1, do Regulamento n.º 528/2012 a Agência publica uma lista de todas as substâncias ativas e de todas as substâncias que geram uma substância ativa, sobre as quais um dossiê conforme com o anexo II do presente regulamento, ou com os anexos II-A ou IV-A da Diretiva 98/8/CE e, se for caso disso, com o anexo III-A dessa diretiva, tenha sido apresentado e aceite ou validado por um Estado-Membro num procedimento previsto pelo presente regulamento ou por essa diretiva. Nos termos do artigo 95.º, n.º 3, do

Regulamento (UE) n.º 528/2012, a contar de 1 de setembro de 2015, um produto biocida que consista em, contenha ou gere uma substância em causa incluída na lista referida no n.º 1 não é disponibilizado no mercado exceto se o fornecedor da substância ou o fornecedor do produto tiver sido incluído na lista referida no n.º 2 no que respeita aos tipos de produto a que este pertence.

(3) É discutível se o produto comercializado pela demandada é um produto biocida na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), primeiro travessão, do Regulamento (UE) n.º 528/2012, ou seja, se é uma substância (ou composto de substâncias) que consiste em, contém ou gera uma ou mais substâncias ativas e cujo objetivo é destruir, repelir ou neutralizar um organismo prejudicial, prevenir a sua ação ou controlá-la de qualquer outra forma, por meios que não sejam a simples ação física ou mecânica.

Após recolha de prova, o Landgericht (Tribunal Regional) entendeu que o produto da demandada não controla organismos prejudiciais, por meios que não sejam a simples ação física ou mecânica, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 528/2012. Isto ficou provado pelas convincentes afirmações do perito nomeado pelo tribunal.

O mecanismo do produto é a sorção, isto é, o enriquecimento de substâncias numa fase, no caso da diatomite a adsorção, logo, a acumulação de átomos e moléculas numa superfície. Mais precisamente, o mecanismo primário é a fisissorção, em que a estrutura eletrónica do adsorvido e da superfície permanecem largamente inalteradas. As interações são fracas e comparáveis às forças de Van der Waals nas moléculas, ou seja, devem-se a interações bipolares ou multipolares. As moléculas adsorvidas conservam-se como estão, mas são, quando muito polarizadas (ao contrário do que sucede na quimissorção, que se pode traduzir na decomposição das moléculas e na formação de uma nova ligação química ao adsorvente).

Como a terra de diatomáceas é quimicamente inerte (não reage quimicamente), não se pode partir de uma interação química direta após a fixação. Segundo as afirmações do perito, há que partir do princípio de que não são feitas nem quebradas quaisquer ligações químicas e que as interações se devem, no essencial, a forças de Van der Waals com uma ou outra interação bipolar ou multipolar. O efeito é comparável ao de uma esponja. A adsorção das partículas grosseiras de terra de diatomáceas faz com que a barreira da água seja rompida e a rutura da superfície leva, pois, à dessecação. Porém, a camada lipídica pode regenerar-se – numa atmosfera húmida.

Não se pode excluir totalmente efeitos abrasivos. Esses efeitos podem ser deixados de lado na situação ora em causa, uma vez nela se verificam mecanismos puramente mecânicos.

Esta Secção tenciona aderir às conclusões do Landgericht (Tribunal Regional) sobre estes factos. O perito proposto em unísono por ambas as partes, e que é

conhecido pelas suas investigações também na área da terra de diatomáceas, tem desde logo os conhecimentos especializados necessários, o que é provado por numerosas publicações científicas. Além disso, o perito, sobre a questão da prova, descreveu em pormenor o efeito da substância «terra de diatomáceas» nos organismos prejudiciais. Esta descrição está, no essencial, em consonância com as alegações não contraditadas das partes. Assim, o perito, após ter explicado o desenvolvimento do debate científico, explicou os efeitos, de forma clara e compreensível. Para tanto, fez um raciocínio convincente. Não se vislumbram, nem são alegadas, falhas técnicas do parecer.

Por isso, para a decisão da causa é importante saber se a aprovação como substância ativa, que no caso vertente se verificou no âmbito do Regulamento de Execução (UE) 2017/794 da Comissão, de 10 de maio de 2017, acarreta, necessariamente, a qualidade de biocida do produto e por isso no caso vertente não há que apurar se se verificam os pressupostos da previsão normativa da qualificação como biocida na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento de Execução (UE) 2017/794 da Comissão.

[*Omissis*]

DOCUMENTO DE TRABALHO