CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 14 de Dezembro de 2000 [1]

1. O Højesteret (Dinamarca) colocou ao Tribunal de Justiça cinco questões prejudiciais, nos termos do artigo 234.° CE, sobre a interpretação da Directiva 85/374/CEE [2], relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

I — Matéria de facto do processo principal

2. De acordo com a exposição dos factos que figura na decisão de reenvio, a 21 de Novembro de 1990 pretendeu-se efectuar uma transplantação renal no hospital de Skejby. O Sr. Veedfald, recorrente no processo principal, era o doente que deveria receber o órgão. A parte recorrida é a Arhus Amtskommune (administração provincial de Arhus), proprietária e administradora do hospital de Skejby e do hospital de Arhus.

Uma vez extraído o órgão do dador vivo (um irmão do Sr. Veedfald), iniciou-se a lavagem dos vasos sanguíneos do rim com um líquido de perfusão, a fim de limpar o seu sangue, de o arrefecer e de o estabilizar. O líquido era composto por uma solução de base, produzida na farmácia do hospital de Arhus, ao qual o pessoal cirúrgico do centro de Skejby adicionou água açucarada, cloreto de magnésio, solução de heparina e papaverina, para aumentar o efeito estabilizador do líquido sobre o tecido celular, durante o período em que o rim permaneceria sem fluxo sanguíneo. Estas substâncias foram também preparadas na farmácia do hospital de Arhus.

Após a lavagem com um litro de líquido, verificou-se que numa pequena região do rim não se registava a alteração de cor normal e o ritmo de irrigação era decrescente. Recorreu-se então a uma dose adicional do líquido de perfusão e o ritmo de irrigação diminuiu de novo, até que a passagem através dos vasos sanguíneos do rim quase cessou. Num exame posterior ao frasco que continha o líquido de perfusão, observou-se uma intensa precipitação gelatinosa, constituída por pequenos cristais. Procurou-se irrigar o lado oposto do rim com um novo líquido límpido e, constatando-se que o ritmo de passagem através do sistema vascular continuava muito lento, examinou-se o rim, comprovando-se que uma ramificação arterial revelava

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8).

uma obstrução com um material que correspondia à precipitação de cristais detectada no líquido de perfusão. Foi decidido, em consequência, não transplantar o rim.

Os médicos que intervieram na operação afirmaram que o líquido de perfusão tinha sido utilizado, nos últimos vinte anos, em cerca de 1000 transplantações, sem que tivessem surgido quaisquer complicações. Após a operação, realizou-se um teste, para o qual foi preparada uma nova quantidade do líquido de perfusão. Após a solução estar pronta, o líquido apresentava-se completamente límpido mas, no espaço de três ou quatro minutos, cristalizou igualmente e produziu uma precipitação. O laboratório da Sundhedsstyrelse (serviço nacional de saúde) levou a cabo uma análise dos produtos químicos que tinham sido utilizados na elaboração do líquido de perfusão e da solução do líquido de perfusão com precipitação, sem que tenha sido possível fornecer uma explicação unívoca sobre a causa que originou a precipitação existente no líquido de perfusão.

3. O Sr. Veedfald propôs acção no Vestre Landsret, solicitando que fosse declarada a responsabilidade civil da administração comunal de Arhus e que a mesma fosse condenada a indemnizá-lo em consequência do fracasso da transplantação renal. No âmbito desse processo, foram colocadas questões ao Retslaegerad (conselho médico-legal), mas nem as respostas que este produziu nem as provas submetidas no decorrer do processo permitiram apurar quais as causas da existência da precipitação no líquido de perfusão.

O Vestre Landsret, por sentença de 1997, julgou a acção improcedente entendendo que a administração comunal de Arhus estava isenta de responsabilidade civil.

II — Questões prejudiciais

4. O interessado recorreu da referida sentença para o Højesteret que, antes de se pronunciar sobre o fundo da questão, decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça cinco questões a título prejudicial, especificando que as suas dúvidas se centravam sobre a questão de saber se as disposições da lov nr. 371 om produktansvar (lei relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos), que transpôs para o direito dinamarquês a Directiva 85/374, justificavam uma obrigação de indemnização.

5. Essas cinco questões têm o seguinte teor:

«1) O artigo 7.°, alínea a), da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, deve ser interpretado no sentido de que um produto defeituoso não é colocado em circulação no caso de o seu produtor, no âmbito de uma prestação de serviços médicos, fabricar e usar o produto num órgão humano,

que nesse momento é retirado do corpo de um dador, para preparação desse órgão para transplantação para o corpo de outra pessoa, tendo resultado danos nesse órgão?

2) O artigo 7.°, alínea c), da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, deve ser interpretado no sentido de que um hospital que é propriedade pública está isento de responsabilidade nos termos da directiva no que diz respeito a produtos fabricados e usados por esse hospital público no âmbito de um serviço concreto financiado por fundos públicos que o produtor prestou à pessoa lesada e pelo qual a pessoa lesada não pagou retribuição?

3) O direito comunitário coloca exigências à delimitação pelos Estados-Membros dos conceitos de 'dano causado pela morte ou por lesões corporais' e 'dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa', enunciados no artigo 9.° da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, ou cada Estado-Membro é livre de determinar o que se deve entender por 'dano causado pela morte ou por lesões corporais' e 'dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa'?

4) O artigo 9.°, alínea a), da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, deve ser interpretado no sentido de que um dano num órgão humano que nesse momento é retirado do corpo de um dador com vista a ser transplantado na sequência imediata para o corpo de uma outra pessoa está abrangido pela expressão 'dano causado [...] por lesões corporais' no que diz respeito ao receptor do órgão?

5) O artigo 9.°, alínea b), da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, deve ser interpretado no sentido de que o dano causado a um órgão humano que nesse momento é retirado do corpo de um dador com vista a ser transplantado na sequência imediata para o corpo de uma outra pessoa está abrangido pela expressão 'dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa' no que diz respeito ao receptor do órgão?»

III — Processo prejudicial

6. Apresentaram observações escritas neste processo, dentro do prazo estabelecido para o efeito pelo artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, o recorrente e o recorrido na acção principal, bem como

os Governos dinamarquês, francês, irlandês, austríaco, o do Reino Unido e a Comissão.

À audiência, que se realizou a 16 de Novembro de 2000, compareceram, a fim de apresentar oralmente as suas alegações, os representantes do Sr. Veedfald, da Arhus Amtskommune, dos Governos francês e irlandês e da Comissão.

IV — Aplicabilidade da Directiva 85/374 a um produto elaborado por um profissional para ser utilizado no exercício da sua actividade

7. Antes de analisar as questões colocadas e de propor uma resposta, pretendo fazer algumas observações sobre a aplicabilidade da Directiva 85/374, relativa à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a um caso em que o líquido de perfusão que causou o prejuízo foi elaborado pelo pessoal médico de um centro hospitalar, com o único objectivo de o utilizar no âmbito de uma intervenção cirúrgica concreta, a partir dos componentes preparados pela farmácia de um outro centro hospitalar.

8. Conforme consta dos seus três primeiros considerandos, a Directiva 85/374 tem como finalidade aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados pela qualidade defeituosa dos seus produtos, por a sua disparidade ser susceptível de falsear a concorrência, de prejudicar a livre circulação de mercadorias no mercado comum e de originar diferenças relativamente ao grau de protecção do consumidor contra os danos causados à sua saúde e aos seus bens por um produto defeituoso; só o critério da responsabilidade não culposa do produtor permite resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna; e tal critério resulta aplicável unicamente aos bens móveis produzidos industrialmente.

9. De acordo com o seu artigo 1.°, o produtor será responsável pelos danos causados pelos defeitos dos seus produtos. O artigo 2.° considera «produto» qualquer bem móvel, mesmo se estiver incorporado noutro bem móvel ou imóvel[3]. O artigo 3.°, n.° 1, define o «produtor» como o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.

10. Os «danos» contemplados pela Directiva 85/374 são, segundo o disposto no

3 — Os produtos agrícolas não transformados que se encontravam fora do seu âmbito de aplicação passaram a estar incluídos em virtude da Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio de 1999, que altera a Directiva 85/374 (JO L 141, p. 20).

artigo 9.°, tanto os causados pela morte ou por lesões corporais, como os causados a uma coisa ou a destruição de uma coisa, que não seja o próprio produto defeituoso. Em virtude do artigo 7.°, alíneas a) e c), o produtor pode eximir-se da sua responsabilidade se provar que não colocou o produto em circulação, que não o fabricou para venda ou distribuição com objectivos económicos e que não o fabricou nem distribuiu no âmbito da sua actividade profissional.

11. Durante a audiência solicitei às partes que se pronunciassem sobre a aplicabilidade da Directiva 85/374 aos factos que deram origem à acção principal, tendo-se verificado que as opiniões eram opostas. Assim, enquanto o recorrente, o Governo francês e a Comissão se pronunciaram sem reservas no sentido afirmativo, a administração dinamarquesa, recorrida, e o Governo irlandês defenderam a opinião contrária.

12. Por meu turno, à luz da finalidade prosseguida pela directiva e dos casos que a mesma regula, considero que não é aplicável a um caso como o pendente no Højesteret. São várias as razões que fundamentam a minha convicção.

13. Em primeiro lugar, a Directiva 85/374, que estabelece a responsabilidade não culposa do produtor pelos defeitos dos seus produtos, só se aplica aos bens móveis fabricados industrialmente. Porém, da descrição dos factos que figura na decisão de reenvio, deduzo que o líquido de perfusão que se utilizou no rim, composto por uma solução de base preparada na farmácia do hospital de Arhus e por outras substâncias que foram adicionadas pelo pessoal cirúrgico do hospital de Skejby, é um preparado único, elaborado expressamente de cada vez que deve ser utilizado numa transplantação. Em tais circunstâncias, devo concluir que não se trata de um bem produzido industrialmente.

14. Em segundo lugar, mesmo se este preparado é um bem móvel, ou seja, um «produto» e algum dos hospitais pudesse ser considerado como um «produtor», dadas as definições de tal forma amplas que a directiva confere a estes conceitos, há que não perder de vista que, ao longo do seu articulado, subjaz a ideia da «colocação em circulação» do produto pelo produtor, acção cuja definição não consta da directiva.

Assim, nos termos do artigo 6.°, o momento de entrada *em circulação* do processo pode ser tido em conta para avaliar se o produto apresentava a segurança que se pode legitimamente esperar; o artigo 7.° isenta de responsabilidade o produtor que prove que *não colocou o produto em circulação*, que *não o fabricou para o vender ou distribuir com objectivos económicos*, que *não o fabricou nem distribuiu* no âmbito da sua actividade profissional e que, no momento em que foi *colocado em circulação*, o estado dos

conhecimentos científicos e técnicos não permitia detectar a existência do defeito. Por último, de acordo com o artigo 11.°, o prazo para que o lesado possa invocar a responsabilidade do produtor é de dez anos a partir da data em que o produto tenha sido *colocado em circulação*.

Ora, o líquido de perfusão foi preparado para ser utilizado num caso concreto da actividade hospitalar, mas não foi colocado em circulação no mercado, não foi fabricado para ser vendido ou distribuído, não esteve em nenhum momento acessível ao consumidor nem estava destinado a ser utilizado por este e, mesmo que se entendesse que foi fabricado no âmbito de uma actividade profissional, na realidade, a preparação de um líquido deste tipo é apenas uma actividade acessória [4] da missão específica de um hospital, que é o tratamento dos doentes e que inclui a realização de intervenções cirúrgicas.

15. Existe ainda uma terceira razão que reforça as acima expostas. Como se sabe, a Comissão apresentou, em Novembro de 1990, uma proposta de Directiva ao Conselho destinada a aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade do prestador de serviços [5]. A directiva iria reger-se pelo critério da responsabilidade culposa do prestador do serviço e não distinguiria segundo o seu carácter público ou privado, sempre que as prestações fossem realizadas por profissionais. Há que sublinhar que os serviços visados por esta proposta não coincidiam com os contemplados nos artigos 49.° CE e 50.° CE, visto que se incluía qualquer prestação realizada de forma independente, a título oneroso ou não, *que não tivesse por objecto directo e exclusivo a produção de bens* ou a transferência de direitos reais ou de propriedade intelectual. Por razões que desconheço, esta proposta foi retirada pela Comissão em Junho de 1994 [6].

Deste comportamento cabe deduzir que a Comissão considerava que a Directiva 85/374/CEE não se destinava a aplicar-se aos serviços [7]. Na minha opinião, caso a proposta de directiva se tivesse convertido em norma, a responsabilidade do profissional pelos danos corporais e materiais causados pela prestação de um serviço teria englobado, necessariamente, o prejuízo causado pela utilização de um produto que foi elaborado pelo referido profissional

4 — Ao que parece, o líquido de perfusão é produzido e comercializado, em alguns Estados-Membros, por laboratórios especializados. Os hospitais podem, pois, adquirir o líquido ou prepará-lo eles próprios a partir dos componentes de base.

5 — Proposta de directiva do Conselho sobre a responsabilidade do prestador de serviços [COM(90) 482 final; JO 1991, C 12, p. 8].

6 — Izquierdo Peris, J.J., em «1995-1999: L'évolution de la directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Le Livre vert de la Commission européenne», *Revue européenne de droit de la consommation*, 1999, pp. 241 e segs., indica que existem iniciativas comunitárias no âmbito da responsabilidade civil. Segundo parece, a Comissão anunciou uma acção destinada a regular a responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, na sua comunicação de 1 de Dezembro de 1998, intitulada: Plano de acção para a política dos consumidores 1999-2001 [COM(98) 696].

7 — De facto, na página 6 do «Livro Verde» relativo à responsabilidade civil decorrente dos produtos defeituosos, a Comissão afirma, textualmente: «Os serviços defeituosos não são abrangidos pela Directiva 85/374/CEE. Tal como anunciou no seu Plano de acção para a política dos consumidores 1999-2001, a Comissão pretende avaliar a necessidade de reforçar a segurança dos serviços. Com base numa análise dos resultados, proporá iniciativas que abordarão tanto a segurança dos serviços como a responsabilidade dos prestadores de serviços.»

a fim de o utilizar exclusivamente no âmbito da sua actividade.

16. Esta minha convicção é ainda mais reforçada pelo facto de os produtos exclusivamente utilizados no âmbito de uma actividade profissional se encontrarem excluídos do âmbito de aplicação da Directiva 92/59/CEE, relativa à segurança geral dos produtos [8]. Aliás, a proposta de Directiva que a Comissão elaborou recentemente a fim de a alterar [9], que se propõe estabelecer, a nível comunitário, uma obrigação geral de segurança para todos os produtos colocados no mercado ou à disposição dos consumidores por outra forma [10], não se destina a regular os serviços. Nos termos do considerando nono do texto apresentado, a directiva não regula os serviços mas, com o fim de assegurar os objectivos de protecção prosseguidos, as suas disposições devem aplicar-se também aos produtos que são entregues ou colocados à disposição dos consumidores no âmbito de uma prestação de serviços para serem por eles utilizados. A segurança do equipamento utilizado pelos próprios prestadores de serviços no âmbito da sua actividade não está incluída no âmbito de aplicação da directiva, já que deve ser examinada em relação com a segurança do serviço prestado.

No que diz respeito a este último argumento, sempre se poderá objectar que o juiz nacional não solicitou a interpretação da Directiva 92/59 e que a proposta de alteração não chegou a ser adoptada, mas ambos os exemplos parecem indicar que, no entender da Comissão, os produtos elaborados por um profissional para serem utilizados no âmbito da sua actividade, não destinados a serem colocados à disposição do público, são elementos acessórios da prestação de serviços e que, como tais, os prejuízos que possam ocasionar devem ser tratados juntamente com esta prestação de serviços.

17. Considero, portanto, que a Directiva 85/374 não é aplicável a um caso como aquele que deve ser decidido pelo juiz nacional que colocou as questões prejudiciais.

18. Esta apreciação tem como consequência que, na falta de uma directiva que regule a responsabilidade por serviços defeituosos, os consumidores carecem de normativo comunitário ao qual possam recorrer quando sofram danos causados por um preparado elaborado por um profissional para o utilizar no âmbito da sua actividade, situação que é de lamentar.

A solução não pode porém consistir em declarar aplicável a estes casos a Directiva 85/374, cujas normas se destinam a estabelecer a responsabilidade não culposa do produtor pelos danos causados por produ-

8 — Considerando quinto da Directiva 92/59/CEE do Conselho, de 29 de Junho de 1992, relativa à segurança geral dos produtos (JO L 228, p. 24).

9 — COM(2000) 139 final/2, cuja discussão estava prevista no Conselho para o dia 30 de Novembro de 2000.

10 — Considerando sexto do texto proposto.

tos defeituosos, de produção industrial, que estão, em termos genéricos, destinados a circular no mercado.

19. Estou também ciente da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, de acordo com a qual, na repartição de funções estabelecida pelo artigo 234.° CE, cabe ao órgão jurisdicional nacional que deve ditar sentença sobre a matéria de fundo, aplicar as normas de direito comunitário ao caso concreto [11]. O Tribunal declarou mesmo que, quando as questões prejudiciais se referem à interpretação de uma disposição de direito comunitário, se pronuncia sem ter que examinar, em princípio, as circunstâncias nas quais os órgãos jurisdicionais nacionais se viram induzidos a colocar as questões e se propõem aplicar a disposição comunitária cuja interpretação solicitaram [12].

Não obstante, a função de interpretação atribuída ao Tribunal pelo artigo 234.° CE tem como finalidade assegurar uma aplicação uniforme do direito comunitário nos Estados-Membros, bem como evitar que, por erro, as suas normas se apliquem a casos que não estão destinadas a regular.

11 — Acórdãos de 5 de Outubro de 1999, Lirussi e Bizzaro (C-175/98 e C-177/98, Colect., p. I-6881, n.° 38), e de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.° 31).

12 — Acórdãos de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada e o. (C-67/91, Colect., p. I-4785, n.os 25 e 26); de 6 de Julho de 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Colect., p. I-1883, n.° 10); e de 5 de Dezembro de 1996, Reisdorf (C-85/95, Colect., p. I-6257, n.° 15).

20. Proponho, pois, ao Tribunal de Justiça que responda ao Højesteret que, no estado actual do direito comunitário, a Directiva 85/374 não se aplica aos casos de responsabilidade civil decorrente de serviços defeituosos, nos quais cabe incluir os danos causados por um profissional no exercício da sua actividade, ao utilizar um produto de elaboração própria destinado a ser utilizado exclusivamente no interior da sua organização, responsabilidade que não foi, até a data, regulada pelo legislador comunitário.

Sem embargo e para o caso de o Tribunal não partilhar desta opinião, analisarei de seguida as questões prejudiciais colocadas.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Sobre a primeira questão*

21. Mediante esta questão, o Højesteret pretende saber se há que interpretar a alínea a) do artigo 7.° da Directiva 85/374, no sentido de que, quando o produto que causou o prejuízo tenha sido

elaborado e utilizado no âmbito de uma prestação médica concreta, como é o caso da transplantação renal descrita nos seus autos, não se verifica a colocação do produto em circulação, com a consequente isenção de responsabilidade do produtor.

22. As partes que apresentaram observações neste processo defendem opiniões divergentes sobre a resposta a dar a esta questão. O recorrente no processo principal, bem como os Governos francês, austríaco, o do Reino Unido e a Comissão, consideram que o líquido de perfusão é um produto que foi colocado em circulação, visto que, quem o elaborou também o utilizou. Pelo contrário, a administração dinamarquesa recorrida, o Governo dinamarquês e o irlandês, sustentam que a utilização do líquido preparado pelo pessoal hospitalar empregado por hospitais públicos e destinado a ser utilizado como material acessório numa intervenção cirúrgica não pode equiparar-se à colocação em circulação de um produto no sentido da alínea a) do artigo 7.° da Directiva 85/374.

23. Caso o Tribunal considere que a directiva se aplica aos produtos elaborados por um profissional para serem utilizados exclusivamente no âmbito da sua actividade, sugiro-lhe que a interprete no sentido de que a mera utilização do produto deve ser equiparada à colocação em circulação. Com efeito, é esse o único significado coerente com a finalidade prosseguida pela directiva, uma vez que o destino normal dos produtos elaborados nessas circunstâncias é o de serem utilizados no interior de uma organização e, caso o prestador de serviços pudesse alegar legitimamente que não é responsável porque não colocou em circulação o produto, um amplo sector de consumidores ficaria desprotegido.

Daqui se depreende que a alínea a) do artigo 7.° da Directiva 85/374 deve ser interpretada no sentido de que o profissional que elaborou um preparado para o utilizar no âmbito da sua actividade e no interior da sua organização (como pode ser utilizado um champô por um cabeleireiro ou um óleo por um massagista), não pode, se o preparado causar danos aos seus clientes, eximir-se de responsabilidade alegando que não o colocou em circulação.

B — *Sobre a segunda questão*

24. O Højesteret pretende saber, em seguida, se a alínea c) do artigo 7.° da Directiva 85/374 permite que um hospital que é propriedade pública esteja isento de responsabilidade pelos preparados que pro-

duz e utiliza no âmbito de um serviço concreto financiado através de fundos públicos, prestado pelo produtor à pessoa lesada sem nenhuma contraprestação.

Esta norma isenta de responsabilidade o produtor se não fabricou o produto para o vender ou para o distribuir com um objectivo económico e se não o fabricou nem o distribuiu no âmbito da sua actividade profissional.

25. O recorrente no processo principal sustenta que o produto foi elaborado no âmbito de uma actividade profissional e que, na Dinamarca, ainda que os doentes não devam pagar os serviços de saúde nos hospitais, financiam de facto essas instituições através dos impostos. Por essa razão, não cabe concluir que um hospital público esteja isento de responsabilidade pelo facto de o lesado não ter satisfeito nenhuma contraprestação. A mesma opinião sustentam os Governos francês, austríaco, o do Reino Unido e a Comissão. A posição contrária é defendida pelo recorrido no processo principal, pelo Governo dinamarquês e pelo irlandês.

26. Estou de acordo com aqueles que defendem que um hospital, pelo facto de ser propriedade pública e de os utentes não efectuarem o pagamento dos serviços de saúde, não pode ficar isento de responsabilidade pela utilização de um produto defeituoso, elaborado pelo pessoal hospitalar. Com efeito, como muito bem indica a Comissão nas suas observações, a isenção de responsabilidade contemplada na alínea c) do artigo 7.º da Directiva 85/374 pressupõe o preenchimento de duas condições, a saber, que o produto não tenha sido elaborado com objectivos económicos, ou seja, com fins lucrativos e que não tenha sido fabricado nem distribuído no âmbito da actividade profissional do produtor. Se bem que se possa defender que a primeira condição se cumpre no caso descrito pelo órgão jurisdicional nacional na sua questão, deve entender-se que a segunda condição não é preenchida, já que o produto foi produzido e utilizado no âmbito da actividade profissional do hospital.

27. Há que responder, pois, à segunda questão, que um hospital que é propriedade pública não está isento de responsabilidade nos termos da Directiva 85/374 pelos preparados que produz e utiliza no âmbito de um serviço concreto financiado através de fundos públicos, prestado pelo produtor à pessoa lesada sem nenhuma contraprestação.

C — *Sobre a terceira questão*

28. O órgão jurisdicional nacional pergunta, em terceiro lugar, se o direito

comunitário impõe exigências aplicáveis à delimitação pelos Estados-Membros das expressões «dano causado pela morte ou por lesões corporais» e «dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa», contidas no artigo 9.° da Directiva 85/374, ou se, pelo contrário, os Estados-Membros podem decidir livremente o que deve entender-se pelas referidas expressões.

29. O recorrente no processo principal, o Governo irlandês, o do Reino Unido e a Comissão, consideram que estes conceitos devem ser definidos pelo direito comunitário a fim de serem uniformemente aplicados em toda a Comunidade. A administração recorrida, por seu turno, sustenta que cabe aos Estados-Membros precisar o sentido de tais noções.

30. Creio que têm razão aqueles que advogam pelo conteúdo comunitário destes conceitos. A Directiva 85/374 prossegue a aproximação das legislações dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados por produtos defeituosos e o seu artigo 9.° define, de forma bastante detalhada, o que deve entender-se por «dano» para efeitos de aplicação do artigo 1.°, deixando fora da coordenação apenas as normas nacionais relativas aos danos não patrimoniais. Consequentemente, ao adaptar a sua legislação interna às disposições da directiva, os Estados-Membros estão vinculados por essa definição de «dano» e carecem de margem de manobra para alterar o seu sentido.

D — *Sobre as questões quarta e quinta*

31. Mediante as duas últimas questões que coloca, o Højesteret pretende saber se o dano causado ao rim, que o deixou inapto para uma transplantação, deve ser considerado, relativamente a quem seria o receptor do órgão, como dano corporal ou como dano a uma coisa, para efeitos de aplicação do artigo 9.° da Directiva 85/374.

32. De novo se verifica uma divergência de opiniões entre aqueles que se pronunciaram sobre estas questões. O recorrente na acção principal opina que, enquanto receptor do órgão, no momento em que este se tornou inapto à transplantação tinha um direito de propriedade sobre o mesmo e que, por essa razão, o prejuízo que lhe foi causado tem o carácter de uma lesão corporal no sentido da alínea a) do artigo 9.° da directiva. Para o caso de o Tribunal não estar de acordo com este entendimento, propõe que seja considerado que o prejuízo se encontra abrangido pelo conceito de «dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa, que não seja o próprio produto defeituoso», no sentido da alínea b) do mesmo artigo.

A posição contrária é defendida pela recorrida, para a qual o prejuízo do Sr. Veedfald não está incluído em nenhum dos conceitos de «dano» que fornece o artigo 9.° da Directiva 85/374. A idêntica conclusão chegam o Governo irlandês e o do Reino Unido, observando que o receptor do órgão não sofreu nenhuma lesão corporal pelo facto de o rim que se pretendia implantar se ter tornado inapto à transplantação e que o prejuízo que lhe foi causado também não pode englobar-se no conceito de «dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa», visto que o direito de propriedade não pode ser exercido sobre órgãos humanos, que estão fora do comércio.

33. Na minha opinião, a posição acertada é a sustentada pela Comissão, que propõe a interpretação de que o dano causado a um órgão humano que havia sido retirado do corpo do dador para ser transplantado imediatamente de seguida no corpo do receptor é um «dano causado por lesões corporais».

Com efeito, as alíneas a) e b) do artigo 9.° contemplam, respectivamente, duas categorias de danos: os causados por morte ou por lesões corporais e os causados a uma coisa ou a destruição de uma coisa, que não seja o próprio produto defeituoso. Tendo em conta que um órgão humano não preenche as condições impostas pelas subalíneas i) e ii) da alínea b) do citado preceito legal para que se trate de dano causado a uma coisa, a saber, que a coisa seja de um tipo normalmente destinado ao uso ou consumo privados, e que o lesado a tenha utilizado para este fim, terá que concluir-se que o dano, num caso como o descrito, só pode ser o causado por lesões corporais.

34. A Directiva 85/374 não oferece solução para a questão da identificação da vítima do dano. Cabe, portanto, à legislação de cada Estado-Membro determinar quais as pessoas que têm direito a indemnização. Isto significa que o Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 9.° da Directiva 85/374, pode decidir se o dano causado pela inutilização de um rim nas circunstâncias descritas é um dano causado por lesões corporais ou um dano causado a uma coisa, sendo-lhe porém vedado indicar ao juiz nacional que colocou a questão se o prejuízo foi inflingido ao receptor do órgão, ao dador ou a ambos e em que medida.

35. Pelas razões acima expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às duas últimas questões prejudiciais que o artigo 9.° da Directiva 85/374 deve ser interpretado no sentido de que o dano causado a um órgão humano no momento em que se extrai do corpo de um dador para, imediatamente a seguir, o transplantar para o corpo de outra pessoa, está compreendido na expressão «dano causado por lesões corporais» e não na expressão «dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa».

VI — Conclusão

36. Face às considerações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Højesteret da Dinamarca que:

«No estado actual do direito comunitário, a Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legais, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, não se aplica aos casos de responsabilidade civil por serviços defeituosos, nos quais cabe incluir os danos causados por um profissional no exercício da sua actividade, ao utilizar um produto de elaboração própria destinado a ser utilizado exclusivamente no interior da sua organização.»

37. Caso o Tribunal não partilhe desta opinião, sugiro que responda às questões prejudiciais colocadas, da seguinte forma:

«1) A alínea a) do artigo 7.º da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legais, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, deve ser interpretada no sentido de que o profissional que elaborou um preparado destinado a ser utilizado no âmbito da sua actividade e no interior da sua organização não pode eximir-se da sua responsabilidade se o preparado causar danos aos seus clientes, alegando que não o colocou em circulação.

2) A alínea c) do artigo 7.° da Directiva 85/374/CEE não permite a isenção de responsabilidade de um hospital que é propriedade pública pelos preparados que produz e utiliza no âmbito de um serviço concreto financiado através de fundos públicos, prestado pelo produtor à pessoa prejudicada sem nenhuma contraprestação.

3) O artigo 9.° da Directiva 85/374/CEE define, de forma bastante detalhada, o que deve entender-se por 'dano' para efeitos de aplicação do artigo 1.° e deixa somente de fora da coordenação as normas nacionais relativas aos danos não patrimoniais. Como consequência, ao adaptar a sua legislação interna às disposições da directiva, os Estados-Membros encontram-se vinculados por esta definição de 'dano' e carecem de margem de manobra para alterar o seu sentido.

4) Segundo o artigo 9.° da directiva, o dano causado a um órgão humano no momento em que se extrai do corpo de um dador para, imediatamente de seguida, o transplantar para o corpo de outra pessoa, está compreendido na expressão 'dano causado por lesões corporais' e não na expressão 'dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa'.»