

Mål C-29/20

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

23 januari 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Oberlandesgericht Köln (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

10 januari 2020

Klagande:

Biofa AG

Motpart:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[utelämnas]

meddelad den 10.01.2020

[utelämnas]

Oberlandesgericht Köln

Beslut

I målet

Biofa AG, [utelämnas] Gutsbezirk Münsingen,

kärande, tillika klagande,

[utelämnas]

mot

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

svarande, tillika motpart,

[utelämnas]

har sjätte tvistemålsavdelningen vid Oberlandesgericht Köln

[utelämnas]

beslutat:

I. Förfarandet förklaras vilande.

II. Följande fråga rörande tolkningen av artikel 3.1 a, artikel 9.1 a, artikel 95.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) [Orig. s. 2] nr 528/2012 av den 22 maj 2012 om tillhandahållande på marknaden och användning av biocidprodukter hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

Innebär den omständigheten, att ett verksamt ämne godkänts genom en genomförandeförordning som antagits i enlighet med artikel 9.1 a i förordning (EU) 528/2012, att en nationell domstol i ett domstolsförfarande i en medlemsstat är bunden av fastställelsen att ämnet som godkänts är avsett att verka på annat sätt än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan, i den mening som avses i artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012, eller ankommer det även efter antagandet av en genomförandeförordning på den nationella domstolen som ska pröva talan att vid fastställandet av de faktiska omständigheterna avgöra huruvida villkoren enligt artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012 är uppfyllda?

Skäl:

I.

Det är tvistigt mellan parterna huruvida motparten, Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG (nedan kallat Sikma), har rätt att släppa ut en produkt som innehåller kiselgur som verksamt ämne, på marknaden, trots att produkten inte förvärvats av en importör eller tillverkare som tagits upp i den relevanta förteckningen.

Klaganden, Biofa AG (nedan kallat Biofa), är ett medelstort företag som utvecklar produkter för jordbruk, huvudsakligen på biologisk bas. Biofas verksamhet består i att ansöka om godkännanden och släppa ut de godkända produkterna på marknaden inom Förbundsrepubliken Tysklands, andra EU-staters eller Europeiska ekonomiska samarbetsområdets medlemsstaters territorium.

Till dessa produkter hör även produkter som innehåller det verksamma ämnet kiselgur (detta ämne är även känt under många andra namn) och som Biofa tillhandahåller på marknaden med handelsbeteckningen "InsectoSec®". Denna produkt är avsedd för att bekämpa krypande insekter, i synnerhet röda hönskvalster, i fjäderfähus. [Orig. s. 3]

Det verksamma ämnet kiselgur är ett mineral som utvinns av mikroskopiska skal från döda kiselalger och som till största delen består av kiseldioxid. Vid kontakt med det verksamma ämnet får skadeinsekterna och kvalstren damm från mineralet på sig, vilket påverkar vaxskiktet (som egentligen skyddar djuren mot uttorkning) som täcker deras exoskelett. Skadeinsekterna och kvalstren dör sedan av uttorkning.

Biofa har lämnat in en ansökan om godkännande av det verksamma ämnet kiselgur enligt förordning (EU) nr 528/2012. I samband med ansökan ingav Biofa även en erforderlig samling handlingar, vilken bolaget lät uppräta till en icke försumbar kostnad.

Enligt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2017/794 av den 10 maj 2017 om godkännande av kiseldioxid kiselgur som existerande verksamt ämne för användning i biocidprodukter i produkttyp 18, godkänns kiseldioxid kiselgur som verksamt ämne för användning i biocidprodukter i produkttyp 18, förutsatt att de specifikationer och villkor som anges i bilagan är uppfyllda. Genomförandeförordningen trädde i kraft den tjugonde dagen efter det att den offentliggjordes. Biofa har – för närvarande som enda tillverkare av detta verksamma ämne – upptagits i förteckningen som avses i artikel 95 i förordning (EU) 528/2012 [utelämnas].

Sikma erbjuder produkter för djurhållare och foderblandningsindustrin, bland annat för ”parasitkontroll, särskilt för fjäderfäområdet” via en onlinebutik och den elektroniska marknadsplatsen eBay. Sikma säljer bland annat en produkt med handelsnamnet ”HS Mikrogur” som är avsedd för bekämpning av hönskvalster, i synnerhet röda hönskvalster, vilken också innehåller det verksamma ämnet kiselgur. Sikma förvärfvar dock inte det verksamma ämnet från Biofa.

Biofa anser att Sikmas utbudande av produkten strider mot konkurrensreglerna, eftersom den utgör en överträdelse av 3 och 3a §§ UWG i förening med artikel 95.2, 95.3 i förordning (EU) 528/2012. Det verksamma ämnet kiselgur verkar inte enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan. Biofa har yrkat att Sikma ska förpliktas att upphöra med utbudandet av produkten, åläggas en informationsskyldighet, samt att Sikmas skadeståndsskyldighet ska fastställas och att Sikma ska förpliktas ersätta förfarandekostnaderna. **[Orig. s. 4]**

Landgericht ogillade talan efter bevisupptagning genom ett sakkunnigutlåtande. Landgericht ansåg att anspråken inte kunde göras gällande enligt 8 § stycke 3 punkt 1, 3 §, 3a § UWG i förening med artikel 3.1 a, artikel 95.2 och 95.3 i förordning (EU) 528/2012.

II.

Lösningen av förevarande tvist är beroende av tolkningen av artikel 3 a, artikel 9.1 a i förordning (EU) 528/2012, samt svaret på frågan om den bindande verkan av en genomförandeförordning som antagits på grundval av förstnämnda förordning. Innan den nationella domstolen avgör målet om överklagande ska förfarandet

således förklaras vilande och förhandsavgörande inhämtas från Europeiska unionens domstol enligt artikel 267.1 b och 267.2 FEUF. Den hänskjutande domstolen har ansett att det är nödvändigt i förevarande förfarande.

1. Landgericht fann att talan inte kunde bifallas och angav följande skäl:

Det stämmer visserligen att parterna är konkurrenter och att det föreligger ett konkret konkurrensförhållande. Artikel 95.3 i förordning (EU) 528/2012 är också en bestämmelse som reglerar marknadsaktörernas beteende på marknaden i den mening som avses i 3a § UWG. Sikma har emellertid inte i strid med artikel 3.1 a och artikel 95.3 i förordning (EU) 528/2012 tillhandahållit någon biocidprodukt på marknaden. Försäljningen av Sikmas produkt strider inte mot förordning (EU) 528/2012, eftersom produkten inte är en sådan produkt som avses i artikel 3.1 a första strecksatsen i förordning (EU) 528/2012. Sikmas produkt är inte avsedd att förstöra, hindra, oskadliggöra, förhindra verkningarna av eller på något annat sätt utöva kontroll över skadliga organismer på annat sätt än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan. Landgericht är trots kommissionens genomförandeförordning (EU) 2017/794 behörig att pröva denna fråga. Vid bevisupptagningen framkom att Sikmas produkt inte uppfyller de aktuella rekvisiten.

2. I det aktuella målet uppkommer frågan huruvida den omständigheten, att ett verksamt ämne godkänts genom en genomförandeförordning som antagits i enlighet med artikel 9.1 a i förordning (EU) 528/2012, innebär att en nationell domstol i ett domstolsförfarande i en medlemsstat är bunden av fastställelsen att ämnet som godkänts är avsett att verka på annat sätt [**Orig. s. 5**] än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan, i den mening som avses i artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012, eller om det ankommer på den nationella domstolen som ska pröva talan att fastställa de faktiska omständigheter som ligger till grund för bedömningen av huruvida villkoren i artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012 är uppfyllda.

2. Huruvida de aktuella anspråken är välgrundade ska bedömas enligt 8 § stycke 3 punkt 1 och 3 § stycke 1 UWG i förening med överträdelserekvisitet avseende otillbörliga affärsmetoder enligt 3a § UWG i förening med artikel 3.1 a, artikel 95.2 och 95.3 i förordning (EU) 528/2012. Vid tillämpningen av dessa bestämmelser uppkommer vissa frågor som behöver klargöras rörande tolkningen av unionsrätten.

a) De allmänna villkoren för att utfärda ett nationellt konkurrensrättsligt förbuds föreläggande på grundval av en överträdelse av de konkurrensrättsliga bestämmelserna (8 § stycke 1, 3 § stycke 1 och 3a § UWG) är uppfyllda.

[utelämnas].

b) Avgörande för om talan kan vinna bifall är huruvida det konkreta föremålet för talan, produkten ”HS Mikrogur”, omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 3.1 a och 95.3 i förordning (EU) 528/2012. I detta sammanhang uppkommer en fråga som behöver klargöras rörande den bindande verkan av en

genomförandeförordning som antagits i enlighet med artikel 9.1 a i förordning (EU) 528/2012.

aa) Enligt artikel 95.3 i förordning (EU) 528/2012 får en biocidprodukt från och med den 1 september 2015 inte tillhandahållas på marknaden om tillverkaren eller importören av det verksamma ämnet som ingår i produkten eller, i förekommande fall, importören av biocidprodukten inte finns upptagen i den förteckning som offentliggörs av kemikaliemyndigheten. **[Orig. s. 6]**

(1) Ämnet kiselgur är ett verksamt ämne i den mening som avses ovan, det vill säga ett ämne som inverkar på eller motverkar skadliga organismer i den mening som avses i artikel 3.1 g i förordning (EU) 528/2012. Det är otvistigt att vissa kvalster – det vill säga en skadlig organism – blir uttorkade vid kontakt med kiselgur och därefter dör på grund av uttorkningen. Sikma har även släppt ut motsvarande produkter på marknaden, i vilka – då kiselgur ingår i dem – ingår ett ämne som upptagits i förteckningen enligt artikel 95.1 i förordning (EU) 528/2012, nämligen ett verksamt ämne som på ansökan och efter inlämnande av en dossier godkändes den 1 november 2018.

Produkten ”HS Mikrogur” är avsedd att bekämpa skadliga organismer. För att avgöra vad en produkt är ”avsedd” för är det relevant hur produkten uppfattas av en normalt upplyst konsument. Även om kiselgur har många olika användningsområden, exempelvis på livsmedelsområdet som ett kosttillskott och som djurfoder, erbjuds och tillhandahålls det i förevarande mål på marknaden av Sikma under handelsnamnet ”HS Mikrogur” för skadedjursbekämpning.

(2) Det är otvistigt mellan parterna att Biofa är den enda ämnesleverantören eller produktleverantören som är upptagen i förteckningen enligt artikel 95.2 i förordning (EU) 528/2012 och att Sikma inte förvärvade ämnet – inte heller indirekt – från Biofa. Detta är emellertid ett tvingande krav enligt artikel 95.3 i förordning (EU) 528/2012 när ämnet i fråga är en biocidprodukt, i den mening som avses i nämnda förordning. Enligt artikel 95.1 i förordning (EU) 528/2012 ska kemikaliemyndigheten offentliggöra och regelbundet uppdatera en förteckning över alla verksamma ämnen, och alla ämnen som genererar ett verksamt ämne, för vilka en dossier som uppfyller kraven i bilaga II till denna förordning eller i bilaga IIA eller IVA till direktiv 98/8/EG och, i relevanta fall, bilaga IIIA till det direktivet, har lämnats in och godtagits eller validerats av en medlemsstat i ett förfarande som anges i denna förordning eller i det direktivet. Enligt artikel 95.3 i förordning (EU) 528/2012 får en biocidprodukt som består av, innehåller eller genererar ett relevant ämne som är upptaget i den förteckning som avses i punkt 1 inte tillhandahållas på marknaden om inte antingen ämnesleverantören eller produktleverantören är upptagen i den förteckning som avses i punkt 2 för den eller de produkttyper som produkten tillhör.

(3) Frågan uppkommer huruvida den produkt som Sikma säljer är en biocidprodukt i den mening som avses i artikel 3.1 a första strecksatsen i förordning (EU) 528/2012, **[Orig. s. 7]** det vill säga ett ämne (eller blandning)

som består av, innehåller eller genererar ett eller flera verksamma ämnen avsedda att förstöra, hindra, oskadliggöra, förhindra verkningarna av eller på något annat sätt utöva kontroll över skadliga organismer på annat sätt än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan.

Landgericht fann efter bevisupptagning att Sikmas produkt inte på annat sätt än enbart genom fysisk eller mekanisk inverkan utövar kontroll över skadliga organismer i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning (EU) 528/2012. Detta fastställdes mot bakgrund av det övertygande utlåtandet från den sakkunnige som domstolen utsett.

Verkningsmekanismen är sorption, det vill säga att ämnen ansamlas i en fas, för kiselgur snarare adsorption, det vill säga att atomer och molekyler upptas på en yta. Mer precist är den primära verkningsmekanismen fysikalisk adsorption, där de elektroniska strukturerna hos både adsorbat och yta i huvudsak förblir opåverkade. Vid denna typ av adsorption verkar svaga krafter som är jämförbara med Van-der-Waals-krafterna i molekyler, och orsakas alltså av dipol- eller multipolbindningar. De adsorberade molekylerna bibehåller sin struktur, och blir eventuellt polariserade (till skillnad från vid kemisorption, där den inbindande molekylerna kan brytas ned och en ny kemisk bindning uppstår vid adsorption).

Eftersom kiselgur är kemiskt inert (kemiskt stabil) ska det inte anses vara fråga om en direkt kemisk interaktion efter att ämnet tagits upp. På grundval av sakkunnigutlåtandet kan konstateras att inga kemiska bindningar uppstår eller bryts ned och att bindningarna i huvudsak kan hänföras till Van-der-Waals-krafter eller dipol-dipol-bindningar. Effekten kan jämföras med en tvättsvamp. Genom adsorption av de grova partiklarna av diatomacéjord bryts det vattentäta ytlaget i insekternas exoskelett ned, vilket sedan leder till uttorkning. Lipidskiktet kan dock regenereras i en fuktig omgivning.

Det är inte möjligt att helt utesluta abrasiva effekter. De kan emellertid lämnas utan hänseende med avseende på förevarande situation och frågeställning, eftersom dessa är rent mekaniska effekter. **[Orig. s. 8]**

Den hänskjutande domstolen avser att fastställa de faktiska omständigheter som Landgericht har konstaterat. Den sakkunnige som föreslogs av båda parterna gemensamt och som även är känd för sin forskning på området kiselgur, innehar utan tvekan erforderlig sakkunskap i ämnet, vilket även visas genom omfattande publicering i vetenskapliga tidskrifter. Dessutom har den sakkunnige med avseende på den aktuella bevisfrågan ingående beskrivit verkningsmekanismen hos ämnet kiselgur på skadedjur. Denna beskrivning överensstämmer väsentligen med de parallella ståndpunkter som parterna intagit. Vidare har han på ett tydligt och begripligt sätt förklarat verkningsmekanismen, efter att ha redogjort för utvecklingen av den vetenskapliga tvistefrågan. Han har gjort en övertygande klassificering i detta avseende. Det har varken gjorts gällande eller framgår på annat sätt att det skulle finnas några brister i utlåtandet.

Mot denna bakgrund är det för tvistens avgörande nödvändigt att klargöra huruvida ett godkännande som verksamt ämne, vilket i förevarande fall har beviljats inom ramen för kommissionens genomförandeförordning (EU) 2017/794 av den 10 maj 2017, med tvingande verkan innebär att produkten klassificeras som en biocidprodukt i den mening som avses i artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012, vilket skulle ha till följd att den inom ramen för förevarande förfarande inte är nödvändigt att pröva huruvida villkoren för en klassificering som biocidprodukt, i den mening som avses i artikel 3.1 a i förordning (EU) 528/2012, är uppfyllda.

[utelämnas]

ARBETSDOKUMENT