

Mål C-815/19

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

6 november 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesverwaltungsgericht (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

5 september 2019

Klagande:

Natumi GmbH

Motpart:

Land Nordrhein-Westfalen

[utelämnas] Bundesverwaltungsgericht

BESLUT

[utelämnas] Meddelades
den 5 september 2019

[utelämnas] I det förvaltningsrättsliga målet

Natumi GmbH,
[utelämnas] Troisdorf,

klagande,

[utelämnas] m o t

Land Nordrhein-Westfalen,
[utelämnas]

motpart,

[Orig. s. 2]

[utelämnas] Övriga parter:

Der Vertreter des Bundesinteresses
beim Bundesverwaltungsgericht,
[utelämnas] Berlin,

har första avdelningen vid Bundesverwaltungsgericht
efter muntlig förhandling den 5 september 2019
[utelämnas]

meddelat följande beslut:

Förfarandet förklaras vilande.

Följande frågor rörande tolkningen av kommissionens förordning (EG) nr 889/2008 av den 5 september 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter med avseende på ekologisk produktion, märkning och kontroll (EUT L 250, 2008, s. 1), senast ändrad genom kommissionens genomförandeförordning (EU) 2018/1584 av den 22 oktober 2018 (EUT L 264, 2018, s. 1), hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

1. Ska artikel 28 jämförd med punkt 1.3 i bilaga IX tolkas så, att algen *Lithothamnium calcareum* får användas som ingrediens vid bearbetning av ekologiska livsmedel?
2. För det fall att denna fråga ska besvaras jakande:
Är det även tillåtet att använda döda alger?
3. För det fall att även fråga 2 ska besvaras jakande:
Är det tillåtet att på en produkt som försetts med beteckningen ”eko” och som innehåller (den döda) algen *Lithothamnium calcareum* som en ingrediens, använda benämningarna ”med kalcium”, ”med kalciumrika havsalger” eller ”med högkvalitativt kalcium från havsalgen *Lithothamnium*”? **[Orig. s. 3]**

S k ä l :

I

- 1 Klaganden, Natumi GmbH (nedan kallat Natumi), är tillverkare av soja- och risdrycker som berikats med den kalciumhaltiga algen *Lithothamnium calcareum*. Natumi säljer produkten ”Soja-Drink-Calcium” som är märkt med beteckningen ”eko” och med benämningarna ”kalcium”, ”med kalciumrika havsalger” och ”med högkvalitativt kalcium från havsalgen *Lithothamnium*”.

- 2 Redan 2005 påpekade motparten, Land Nordrhein-Westfalen, för klagandebolaget att det inte är tillåtet att använda kalciumkarbonat i ekologiska produkter. Detta gäller även om produkten berikats genom tillsats av alger. Land Nordrhein-Westfalen inledde ett förfarande för administrativa påföljder, varpå Natumi väckte talan om fastställelse.
- 3 Verwaltungsgericht Düsseldorf ogillade klagandens talan år 2007. Domstolen fann med tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 2092/91 av den 24 juni 1991 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel (EGT L 198, 1991, s. 1), som ännu var i kraft vid den aktuella tidpunkten, att klassificeringen som tillsatsämne fastställs på grundval av det avsedda ändamålet med tillsatsen. Det framgår av produktens presentation och förpackningens utformning att det viktigaste syftet i förevarande fall är det näringsfysiologiska ändamålet med att tillsätta kalciumkarbonat. Detta är inte förenligt med en ekologisk märkning.
- 4 Natumi överklagade denna dom, varefter appellationsdomstolen på parternas samstämmiga begäran beslutade att vilandeförklara det pågående målet i avvaktan på att nya unionsförordningar utfärdas. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen avslag överklagandet år 2016. Förvisso får alger användas vid bearbetning av ekologiska livsmedel enligt nu gällande unionsbestämmelser. Denna bestämmelse gäller dock endast ätliga alger. Lithothamnium calcareum kan emellertid inte förtäras på grund av det karakteristiska kalklagret i cellväggarna. Under alla omständigheter gäller **[Orig. s. 4]** godkännandet inte de förkalkade resterna av dessa alger som återstår efter att de dött. Det är härvid inte fråga om ingredienser av jordbruksursprung, utan om mineraler. I allmänhet – och även i förevarande mål – gäller principen att det inte är tillåtet att tillsätta mineraler i ekologiska produkter.
- 5 Natumi har genom överklagandet, för vilket Bundesverwaltungsgericht har medgett prövningstillstånd på grund av målets principiella betydelse, fullföljt sin talan. Natumi har till stöd för sin talan i huvudsak anfört att bolaget redan under förfarandet vid appellationsdomstolen har ingett omfattande bevisning för att Lithothamnium calcareum är ett livsmedel och inte en mineralprodukt eller ett tillsatsämne. Klassificeringen av en alg som en vegetabilisk produkt upphör inte att gälla när algen dör. Användningen av döda alger sker endast i miljösyfte. Andelen kalcium beror inte heller på en ”förkalkningsprocess” som sker efter att algen dör, utan algen har i stor utsträckning samma sammansättning och kemiska egenskaper i såväl levande som död form. Hela algen används vid produktionen. EU-kommissionen har uttryckligen bekräftat att algen Lithothamnium får tillsättas i ekologiska produkter. Motsvarande produkter säljs även i andra medlemsstater.
- 6 Land Nordrhein-Westfalen motsätter sig överklagandet och försvarar domen som meddelades av appellationsdomstolen. Delstaten har anfört att det yttrande från EU-kommissionen som Natumi hänvisar till inte har någon officiell karaktär i egenskap av ”Guidelines” eller liknande. I de aktuella utkasten till översyn av unionsrätten finns en förteckning över enskilda alger, i vilken Lithothamnium

calcareum emellertid inte tagits upp. Det finns inte längre några organiska beståndsdelar i de alger i sedimenterat tillstånd som Natumi använder. Det handlar i stället om kalkstensliknande avlagringar på havsbotten.

- 7 Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht delar uppfattningen som Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft företräder, nämligen att appellationsdomstolens rättsliga uppfattning är riktig. Det framgår tydligt av sojadryckens märkning att tillsatsen av förkalkat algmaterial syftar till att berika drycken med kalcium. Det är emellertid endast tillåtet att tillsätta mineraler i ekologiska produkter i syfte att berika dem [**Orig. s. 5**] om det är särskilt föreskrivet i lag att de ska användas i livsmedlen i fråga.

II

- 8 Förfarandet ska förklaras vilande och förhandsavgörande enligt artikel 267.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) ska inhämtas från Europeiska unionens domstol rörande tolkningen av kommissionens förordning (EG) nr 889/2008 av den 5 september 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter med avseende på ekologisk produktion, märkning och kontroll (EUT L 264, 2008, s. 1). Om talan ska ha framgång beror på svaret på frågan huruvida det är tillåtet att använda den döda algen Lithothamnium calcareum som ingrediens enligt artikel 28 i, jämförd med punkt 1.3 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008. Detsamma gäller följdfrågan som i förekommande fall behöver besvaras, nämligen huruvida en motsvarande produkt får marknadsföras med hänvisningar till kalcium, det vill säga ett mineral.
- 9 1. Enligt artikel 23.1 andra meningen i förordning (EG) nr 834/2007 får de termer som förtecknas i bilagan, såsom ”ekologisk”, härledningar eller diminutiver av dessa, till exempel ”eko”, endast användas för produkter som uppfyller kraven i eller som följer av denna förordning. Den i förevarande fall omtvistade användningen av dessa termer i varubeteckningen för ett bearbetat livsmedel förutsätter enligt artikel 23.4 a i förordning (EG) nr 834/2007 bland annat att de allmänna kraven för produktion enligt artikel 19 i förordning (EG) nr 834/2007 är uppfyllda.
- 10 Artikel 19 i förordning (EG) nr 834/2007 skiljer mellan användning av tillsatser, som mineraler och spårelement, å ena sidan (artikel 19.2 b i förordning (EG) nr 834/2007), och ingredienser från icke-ekologiskt jordbruk, å andra sidan (artikel 19.2 c i förordning (EG) nr 834/2007). Båda dessa får – bortsett från [**Orig. s. 6**] vissa undantagssituationer som inte är aktuella i förevarande mål – endast användas om de godkänts för användning i ekologisk produktion enligt artikel 21 i förordning (EG) nr 834/2007. Kommissionen beslutar om sådant godkännande (artikel 21.2, artikel 38 a och b i förordning (EG) nr 834/2007). Kommissionen har gjort detta genom förordning (EG) nr 889/2008.

- 11 Enligt genomförandeförordningen differentieras godkännandet i kategorier. Tillsatssämnen regleras i artikel 27 i jämförd med bilaga III till förordning (EG) nr 889/2008. Enligt artikel 27.1 f i förordning (EG) nr 889/2008 får mineraler i princip endast användas om deras användning i livsmedel avsedda för normal konsumtion är direkt rättsligt nödvändig. Ingredienser från icke-ekologiskt jordbruk regleras i förordning (EG) nr 889/2008. De får användas om de förtecknas i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008. I punkt 1.3 i nämnda bilaga anges följande: ”Alger, även tång, tillåtna i icke-ekologiska livsmedelsberedningar”.
- 12 2. Enligt appellationsdomstolens uppfattning kan denna bestämmelse endast tillämpas på ”ätliga alger”, det vill säga sådana som kan förtäras som de är. Det är inte fallet för kalkalger som *Lithothamnium calcareum* på grund av det karakteristiska kalklagret i cellväggarna.
- 13 Till stöd för denna ståndpunkt talar att alla de andra ingredienserna som förtecknas i punkt 1 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008 är ätliga och måste vara ätliga (se punkt 1.1: ”Ätliga frukter, nötter och frön”, punkt 1.2: ”Ätliga kryddor och örter”). Detta krav kan även tänkas ha varit avsett att omfatta alger. I överensstämmelse med detta finns även på ett annat ställe – nämligen i artikel 13.1 a andra meningen i förordning (EG) nr 834/2007 – en hänvisning till ”ätliga alger”.
- 14 Mot detta synsätt talar just den omständigheten att inskränkningen ”ätliga” inte tagits med för alger i punkt 1.3 i bilaga IX i förordning (EG) nr 889/2008. Det framstår av [Orig. s. 7] bestämmelsens lydelse som tillräckligt att algen används som ingrediens. Följaktligen behöver algen i sig inte vara ätlig, utan endast ingrediensen som används vid framställningen av livsmedel (se i detta avseende artikel 2 r i förordning (EG) nr 834/2007 jämförd med artikel 6.4 a i direktiv 2000/13/EG) – exempelvis algmjöl. Det finns inga objektiva grunder för en mer långtgående inskränkning. Pulver eller mjöl från algen *Lithothamnium calcareum* säljs även som ett kosttillskott och det finns inget som tyder på att det inte är tillåtet.
- 15 Inte heller finns något stöd i gällande rätt för synsättet som var förhärskande under tiden då förordning (EEG) nr 2092/91 var i kraft, nämligen att algen inte får användas i syfte att tillsätta kalcium (se till exempel *Summary report of the 45th meeting of the working group "legislation" and of the standing committee on organic farming* av den 29/30 mars 1999 <G/pesticide/almud/ab99/29marrep>). Artikel 28 i förordning (EG) nr 889/2008 innehåller inte någon sådan begränsning för ingredienser av jordbruksursprung.
- 16 För en tillämpning av punkt 1.3 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008 talar slutligen kommissionens yttrande av den 30 mars 2015 (Ref. Ares(2015) 1395950) som åberopats av klagandebolaget. Den biträdande generaldirektören för Generaldirektoratet för jordbruk och landsbygdsutveckling bekräftar i nämnda

yttrande att Lithothamnium omfattas av punkt 1.3 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008.

- 17 Det framstår således som osäkert huruvida och i vilken utsträckning alger uppfyller kraven som anges i förordning (EG) nr 834/2007 för godkännande enligt artikel 19.2 i förordning (EG) nr 834/2007. Det framgår inte att det skulle bli omöjligt att producera eller bevara livsmedlet eller tillgodose det näringsbehov som fastställts på grundval av unionslagstiftningen utan algen. Detsamma torde emellertid gälla för merparten av de ingredienser som förtecknats i bilaga IX i förordning (EG) nr 889/2008.
- 18 3. Enligt appellationsdomstolens uppfattning kan i vart fall inte de döda resterna av algen Lithothamnium calcareum eller delar därav längre anses som **[Orig. s. 8]** en ingrediens av jordbruksursprung i den mening som avses i punkt 1.3 i bilaga V i förordning (EG) nr 889/2008. Mot denna bakgrund är det inte fråga om en ”vegetabilisk produkt”. Med hänsyn till det faktum att de beståndsdelar av algen som kvarstår efter att den dött nästan uteslutande består av kalciumkarbonat och magnesiumkarbonat samt vissa spårelement, ska dessa ingredienser i stället klassificeras som mineraler.
- 19 För denna klassificering talar även att Lithothamnium förtecknats i punkt 1 i bilaga V till förordning (EG) nr 889/2008 som en råvara ”av mineraliskt ursprung”. Bestämmelsen avser visserligen foderlagstiftningen, men kan trots det tala för att Lithothamnium ska klassificeras som ett mineral. Det skulle även ge en sannolik förklaring till varför en motsvarande kategori saknas i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008: det är i princip inte tillåtet att tillsätta mineraler i livsmedelsproduktion.
- 20 Mot denna tolkning talar att en död alg fortfarande är ingrediens av jordbruksursprung. Det är inte tydligt varför en alg skulle förlora sitt jordbruksursprung när den dör och i stället bli ett mineral. Om en alg som skördas levande anses vara en ingrediens av jordbruksursprung oberoende av dess kalciumhalt måste detta i princip även gälla för de döda algerna. Appellationsdomstolen har inte fastställt att förkalkningen – det vill säga den höga anrikningen av kalciumkarbonat – inträder först i efterhand genom en (oorganisk) process som sker efter att algen har dött. Det är heller inte fallet enligt de tekniska yttranden som klagandebolaget har ingett.
- 21 Det är i vart fall inte möjligt att av klassificeringen av Lithothamnium i bestämmelserna om fodertillsatser dra några direkta slutsatser för avgränsningen av den differentiering av livsmedel som följer av artikel 19 i förordning (EG) nr 834/2007. Bestämmelserna avser inte bara olika områden, utan systemen som ligger till grund för dem är även uppbyggda på olika sätt. Artikel 22 i genomförandeförordning (EG) nr 889/2008 föreskriver både för vegetabiliska och mineraliska råvaror att de ska vara förtecknade i bilaga V till förordning (EG) nr 889/2008. Till skillnad från **[Orig. s. 9]** vid bearbetning av livsmedel enligt artikel 19 i förordning (EG) nr 834/2007 åtföljs differentieringen inte av en annan

ordning för godkännande. Tvärtom finns enligt artikel 22 d i förordning (EG) nr 889/2008 inga ytterligare förutsättningar som måste vara uppfyllda för att de råvaror som förtecknats i bilaga V ska vara tillåtna. De har alltså till och med en privilegierad ställning jämfört med vegetabiliska råvaror. Denna klassificering kan inte överföras till livsmedelsproduktion enligt artikel 19 i förordning (EG) nr 834/2007; inom ramen för denna är mineraler tvärtom i princip inte tillåtna (se artikel 27.1 f i förordning (EG) nr 889/2008).

- 22 För produktion av livsmedel föreskrivs emellertid inte en motsvarande differentiering i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008. Trots att lagstiftaren – vilket framgår av bestämmelserna i foderlagstiftningen – var medveten om den höga kalciumhalten i Lithothamnium, anges i stället ”alger”, utan att utesluta Lithothamnium calcareum. Om bestämmelsen likväl skulle innehålla inskränkningar i detta avseende, framgår det i vart fall inte utan att det kan ifrågasättas om kravet på en sådan bestämmelses tydlighet är uppfyllt.
- 23 I slutändan uppkommer tvivel avseende en restriktiv tolkning av förteckningen i punkt 1.3 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008 framför allt med hänsyn till bestämmelsens syfte. Om algen Lithothamnium calcareum har en hög kalciumhalt på grund av det karakteristiska kalklagret i cellväggarna redan när den är levande är det svårt att se varför endast den döda algen – på grundval av just denna mineralhalt – inte längre ska anses som en ingrediens av jordbruksursprung.
- 24 4. Slutligen uppkommer frågan huruvida Natumis produkt, om den uppfyller kraven för ekologisk märkning, får förses med hänvisningar till kalcium.
- 25 Enligt artikel 23.2 andra stycket i förordning (EG) nr 834/2007 är det inte tillåtet att använda termer, inbegripet termer som används i varumärken, eller metoder för märkning eller marknadsföring som kan vara vilseledande i förhållande till bestämmelserna i nämnda förordning. Detta talar för att **[Orig. s. 10]** hänvisningen till kalcium i förpackningens utformning eller i produktbeteckningen av en ekologisk dryck ska anses vara otillåten. Mineraler får i princip inte tillsättas i ekologiska livsmedel enligt artikel 19.2 b i förordning (EG) nr 834/2007 jämförd med artikel 27.1 f i förordning (EG) nr 889/2008. Användning av mineraler är endast tillåten under vissa restriktiva villkor som dock inte är aktuella i förevarande mål. Utfästelsen om kalcium, det vill säga ett mineral, är således vilseledande i förhållande till bestämmelserna i förordning (EG) nr 834/2007.
- 26 Mot ett sådant förbud talar att hänvisningen objektivt sett är riktig. Eftersom den lagligen använda ingrediensen har en hög kalciumhalt är hänvisningen till kalcium inte vilseledande i sig. Det framstår således som möjligt att hänvisa till den tillåtna ingrediensen av jordbruksursprung, såsom klagandebolaget gjort genom orden ”med kalciumrika havsalger”.
- 27 5. Den hänskjutande domstolen lutar mot uppfattningen att det är tillåtet att använda de malda resterna av döda alger av arten Lithothamnium calcareum vid produktion av ekologiska livsmedel enligt artikel 19.2 c i förordning (EG) nr

834/2007 jämförd med artikel 28 i och punkt 1.3 i bilaga IX till förordning (EG) nr 889/2008. Den anser däremot inte att det är tillåtet att presentera dessa produkter på ett sätt som hänvisar till kalcium och således till ett mineral.

- 28 De nämnda frågorna – som är nödvändiga för att avgöra förevarande mål – rörande tolkningen av förordning (EG) nr 834/2007 och förordning (EG) nr 889/2008 kan emellertid inte med tillräcklig säkerhet besvaras med hjälp av de relevanta bestämmelserna och Europeiska unionens domstols nuvarande rättspraxis. De ska därför – i synnerhet med avseende på de frågor som uppkommer på samma sätt i andra medlemsstater – hänskjutas till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande (se EU-domstolen, dom av den 6 oktober 1982 [**Orig. s. 11**] – C-283/81 (ECLI:EU:C:1982:335), C.I.L.F.I.T. – punkt 21 [utelämnas]).

[utelämnas]