

**Дело C-29/20**

**Преюдициално запитване:**

**Дата на постъпване в Съда:**

23 януари 2020 г.

**Запитваща юрисдикция:**

Oberlandesgericht Köln (Германия)

**Дата на акта за преюдициално запитване:**

10 януари 2020 г.

**Жалбоподател:**

Biofa AG

**Отвeтник:**

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[...]

постановено на: 10 януари 2020 г.

[...]

**Oberlandesgericht Köln**

(Върховен областен съд, Кьолн)

**Определение**

по дело при страни

Biofa AG, [...] Гутсбецирк Мюнсинген,

ищец и въззивник,

[...]

срещу

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co KG, [...] Еферсвинкел,

ОТВЕТНИК И ВЪЗЗИВАЕМ,

[...]

6-ти граждански състав на Oberlandesgericht Köln

[...]

**определи:**

I. Спира производството по делото.

II. Поставя на Съда на Европейския съюз следния преюдициален въпрос относно тълкуването на член 3, параграф 1, буква а), на член 9, параграф 1, буква а), на член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) [ориг. 2] № 528/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 22 май 2012 година относно предоставянето на пазара и употребата на биоциди:

Установява ли се с одобрението на активно вещество, предмет на регламент за изпълнение съгласно член 9, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012, по обвързващ начин за целите на съдебно производство, провеждано в дадена държава членка, че това вещество е предназначено по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) 528/2012 да въздейства чрез средства, различни от чисто физическите или механичните действия, или фактическите констатации дали са изпълнени изискванията на фактическия състав по член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) са задължителни за сезирания съд на съответната държава членка и след приемането на регламент за изпълнение?

**Мотиви:**

I.

Страните спорят по въпроса дали ответникът има право да разпространява на пазара продукт за борба с вредители, съдържащ кизелгур като активно вещество, дори и ако това вещество не е с произход от включен в списъка вносител или производител.

Ищецът в първоинстанционното производство е средно предприятие, което разработва селскостопански продукти, предимно на биологична основа, заявява издаването на разрешения за тях и пуска на пазара получените разрешения продукти на територията на Федерална република Германия, в други държави — членки на Съюза, или в други държави от Европейското икономическо пространство.

Към тези продукти принадлежат и продукти, съдържащи активното вещество кизелгур (това вещество е известно под редица други означения), които са пуснати на пазара от ищеца в първоинстанционното производство

под търговското наименование „InsectoSec®“. Тези продукти са предназначени за борба с пълзящите вредители, по-специално с червените пилешки акари в птицефермите. [ориг. 3]

Активното вещество кизелгур е минерал, добиван от микроскопични малки черупки на изсъхнали кремъчни водорасли, и се състои предимно от силициев диоксид. При контакт с активното вещество насекомите вредители и акарите се покриват с прах, при което се засяга въсърният слой от тяхната защитна обвивка (която всъщност ги предпазва от изсушаване). В резултат на това насекомите вредители и акарите се дехидратират и впоследствие умират.

Ищецът в първоинстанционното производство заявява за одобрение съгласно Регламент (ЕС) № 528/2012 активното вещество кизелгур. За тази цел той представя и съответното досие, съдържащо необходимите документи, съставено при ангажиране на значителен финансов ресурс.

Съгласно Регламент за изпълнение (ЕС) 2017/794 на Комисията от 10 май 2017 година за одобряване на силициев диоксид (кизелгур) като съществуващо активно вещество за употреба в биоциди от продукти тип 18 силициевият диоксид (кизелгур) се одобрява като активно вещество за употреба в биоциди от продукти тип 18 при спазване на спецификациите и условията, посочени в приложението. Регламентът за изпълнение влиза в сила на двадесетия ден след деня на публикуването му. Към тази дата ищецът в първоинстанционното производство е единственият производител на това активно вещество, вписан в списъка по член 95 от Регламент (ЕС) № 528/2012 [...].

Ответникът предлага продукти за животновъди и за фуражната промишленост, наред с всичко останало и за нуждите на „борбата с паразитите, по-специално по птиците“, чрез онлайн магазин и чрез платформата eBay. По този начин ответникът търгува с продукт с търговското наименование „HS Mikrogur“, предназначен за борбата с акарите по птиците, и по-специално с червения пилешки акар, който продукт съдържа също активното вещество кизелгур, без това да има връзка с предлаганото от ищеца в първоинстанционното производство активно вещество.

Според ищеца с това предлагане от страна на ответника се нарушава конкуренцията, тъй като по този начин се наручават член 3 и член 3а от UWG [(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Закон за нелоялната конкуренция)] във връзка с член 95, параграфи 2 и 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012. Според ищеца активното вещество проявява действие не само по чисто физически или механичен път. Ищецът иска ответникът да преустанови да извършва нарушението и да се въздържа от неговото повторно извършване, да обяви публично това, като претендира и да бъде определен размерът на задължението на ответника за обезщетение, като той

възстанови разносните за отправената официална покана за преустановяване на нарушението. [ориг. 4]

След като събира доказателствата по делото и приема назначената съдебна експертиза, Landgericht (Областен съд) отхвърля предявения иск. Според този съд не съществували предявените претенции по член 8, параграф 3, точка 1, по член 3 и член 3а от UWG във връзка с член 3, параграф 1, буква а) член 95, параграфи 2 и 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012.

## II.

Разрешаването на спора по настоящото дело зависи от тълкуването на член 3, буква а) и на член 9, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012, както и от обвързващото действие на приет въз основа на този акт регламент за изпълнение. Поради това, преди да бъде произнесено решението по подадената въззивна жалба, производството по делото може да бъде спряно и на основание на член 267, първи параграф, буква б) и втори параграф ДФЕС и може да бъде отправено преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз. Решаващият съдебен състав счита, че това е наложително по настоящото дело.

1. Landgericht приема, че искът е неоснователен и във връзка с това посочва следното:

Страните действително са конкуренти и между тях съществува конкретно отношение на конкуренция. Освен това член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012 съставлявал разпоредба, регулираща поведението на пазара, по смисъла на член 3а от UWG. Ответникът обаче не е пускал на пазара биоциди в нарушение на член 3, параграф 1, буква а) и член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012. С разпространението на продукта на ответника не се нарушавал Регламент (ЕС) № 528/2012, тъй като този продукт не представлявал продукт по смисъла на член 3, параграф 1, буква а), първо тире от този регламент. Продуктът на ответника не бил предназначен да унищожава, възпира, обезврежда, предотвратява действието или по друг начин да се бори с вредни организми чрез средства, различни от чисто физическите или механичните действия. Въпреки Регламента за изпълнение (ЕС) 2017/794 на Комисията Landgericht имал право да провери този въпрос. От събраните доказателства ставало ясно, че с продукта на ответника не се изпълнявали описаните елементи на фактическия състав.

2. По делото се поставя въпросът дали с одобрението на активно вещество, предмет на регламента за изпълнение съгласно член 9, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012, се установява по обвързващ начин за целите на съдебното производство, провеждано в дадена държава членка, че това вещество е предназначено по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012 да въздейства чрез средства, различни [ориг. 5]

от чисто физическите или механичните действия, или фактическите констатации дали са изпълнени изискванията на фактическия състав по член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) 528/2012 са задължителни за сезирания съд на съответната държава членка.

2. Основателността на разглежданите предявени претенции може да бъде изведена от член 8, параграф 1.3, точка 1 и член 3, параграф 1 от UWG във връзка с предпоставките за наличие на противоправност в правото относно нелоялната конкуренция съгласно член 3а от UWG във връзка с член 3, параграф 1, буква а) и член 95, параграфи 2 и 3 от Регламент (ЕС) 528/2012. При прилагането на тази разпоредба се поставят въпроси относно тълкуването ѝ, които се нуждаят от разяснения.

а) Налице са общите предпоставки за предявяване на основан на разпоредбите в областта на конкуренцията иск за прекратяване на дадено нарушение и за въздържане от повторното му извършване, като това се преценява през призмата на критериите за противоправност (член 8, параграф 1, член 3, параграф 1 и член 3а от UWG).

[...].

б) За да се прецени дали предявеният иск е основателен, е от значение обстоятелството дали конкретният продукт, за който се отнасят направените искания — „HS Mikroгур“, попада в приложното поле на член 3, параграф 1, буква а) и на член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) 528/2012. Във връзка с това се поставя нуждаещият се от разяснения въпрос относно обвързващото действие на регламента за изпълнение, приет на основание член 9, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) 528/2012.

аа) Съгласно член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012, считано от 1 септември 2015 г., не може да се предоставя на пазара биоцид, ако производителят или вносителят на активното вещество, съдържащо се в биоцида, или, според случая, вносителят на биоцида, не е включен в публично оповестения от агенцията списък. **[ориг. 6]**

(1) Веществото кизелгур представлява активно вещество в посочения смисъл, което проявява действието си върху или срещу вредни организми в съответствие с член 3, параграф 1, буква ж) от Регламент (ЕС) 528/2012. Безспорно е, че след контакт с кизелгур определени акари (сред които и вредители) се дехидратират и вследствие на това умират. Също така ответникът пуска на пазара съответните продукти, които съдържат посочено в списъка по член 95, параграф 1 от Регламент (ЕС) 528/2012 вещество с активна съставка кизелгур, като по-специално това е активно вещество, което е одобрено след подадено съответно заявление и съставяне на необходимото досие на 1 ноември 2018 г.

Продуктът „HS Mikroгур“ е предназначен за борба с вредни организми. За да се прецени „предназначението“ на даден продукт, е необходимо да се

установи как този продукт се възприема от средно осведомения потребител. Въпреки че веществото кизелгур има широк спектър на приложение, например като хранителна добавка в областта на хранителните продукти и като фураж, в конкретния случай е рекламирано, предлагано и пуснато на пазара от ответника с търговското наименование „HS Mikroгур“.

(2) Страните не спорят, че въззивникът е вписан в списъка по член 95, параграф 2 от Регламент (ЕС) 528/2012 като единствен доставчик на това вещество, както и че ответникът не е получил (дори не и чрез посредници) веществото от въззивника. Това обаче е необходимо съгласно член 95, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 528/2012, когато става въпрос за биоцид по смисъла на Регламент (ЕС) № 528/2012. Това е така, защото съгласно член 95, параграф 1 от Регламент (ЕС) № 528/2012 [Европейската агенция по химикали] оповестява публично списък на всички активни вещества и на всички вещества, чрез които се добива активно вещество, за които е представено досие, удовлетворяващо изискванията на приложение II към Регламента или на приложение НА или IVA към Директива 98/8/ЕО, а в зависимост от конкретния случай — и на приложение IIIА към посочената директива, и което досие е прието или валидирано от дадена държава членка в рамките на производство, предвидено в посочената. Съгласно член 95, параграф 1 от Регламент (ЕС) 528/2012 биоцид, който се състои от вещество, включено в списъка по параграф 1 от тази разпоредба, или съдържа такова вещество или чрез който се произвежда подобно вещество, се представя на пазара само ако доставчикът на това вещество или продукт е включен в списъка по параграф 2 за конкретния вид продукт или видове продукти, към които принадлежи въпросният продукт.

(3) Спорно е дали разпространяваният от ответника продукт представлява биоцид по смисъла на член 3, параграф 1, буква а), първо тире от Регламент (ЕС) 528/2012, [ориг. 7] тоест дали става въпрос за вещество (или смес), състоящо се от едно или няколко активни вещества, който продукт, в зависимост от конкретния случай, е предназначен да унищожава, възпира, обезврежда, предотвратява действието или по друг начин да се бори с вредни организми чрез средства, различни от чисто физическите или механичните действия.

След като събира доказателствата по делото Landgericht приема, че продуктът на ответника не служи за борба с вредителите чрез средства, различни от чисто физическите или механичните действия по смисъла на член 3, параграф 1 от Регламент (ЕС) № 528/2012. До този извод се стига въз основа на убедителните обяснения на назначеното от съда вещо лице.

Механизмът на действие се изразявал в сорбция, тоест насищане на дадена фаза с определени вещества, като в случая с кизелгур била налице адсорбция, тоест отлагане на атоми и молекули на определена повърхност. Първичният механизъм на действие се изразявал по-специално във физиосорбция, при която електролитните структури на адсорбата и

повърхността остават непроменени. Силите на взаимодействие били слаби и съпоставими със силите на Ван дер Ваалс, тоест можело да се дължат на диполното или мултиполното взаимодействие. Абсорбираните молекули сами по себе си оставали като такива, но най-малкото се поляризирани (за разлика от процеса по химиосорбция, при който можело да се стигне до разпад на молекулата и до образуването на ново химическо съединение на адсорбента).

Тъй като кизелгурът бил химически инертен (нереактивен), не можело да се смята, че е налице пряко химическо взаимодействие при приемането му. Според изложеното от вещото лице следвало да се вземе предвид, че не се образували и не се елиминирали никакви химически съединения и по същество взаимодействията се дължали на силите на Ван дер Ваалс, комбинирани с диполно взаимодействие. Действието било съпоставимо на попиването на гъба. Чрез процеса по адсорбция грубите частици инфузорна пръст разкъсват водната мембрана и чрез нарушаването на горната повърхност се стига до изсушаване. Все пак при наличие на влажни атмосферни условия липидният слой можел да се регенерира.

Абразивното действие не можело изцяло да бъде изключено. За целите на разглеждания случай и с оглед на поставените въпроси това действие можело да остане извън обсега на внимание, тъй като ставало въпрос за чисто механични действия. [ориг. 8]

Решавачият съдебен състав има намерение да се присъедини към тези фактически констатации на Landgericht. Вещото лице, предложено по делото с единодушие и от двете страни, тъй като е известно с изследванията си включително и относно проблемите на кизелгура, разполага безспорно с необходимото експертно знание, доказано с многобройни научни публикации. Освен това, по отношение на предмета на доказване, вещото лице е описало в подробности механизма на въздействие на веществото кизелгур върху вредителите. Това описание по същество съвпада с изложението на страните, което е безспорно за тях. При това, след като проследява развитието на научните дискусии, вещото лице разяснява нагледно и разбираемо механизма на действие. Във връзка с това експертът прави убедителна класификация. Недостатъци по същество в представеното експертно становище не са нито установени, нито са релевирани твърдения за наличието на такива.

Поради това за разрешаването на спора е от значение да се установи дали с одобрението на даден продукт като активно вещество, което в конкретния случай е направено с Регламент за изпълнение (ЕС) 2017/794 на Комисията от 10 май 2017 г., предпоставя автоматично и със задължителна сила и обстоятелството, че продуктът има качеството на биоцид по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012, поради което в рамките на настоящото съдебно производство не следва да се проверява дали са изпълнени установените изисквания за класифициране на този

продукт като биоцид по смисъла на член 3, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 528/2012.

[...]

РАБОТЕН ДОКУМЕНТ