

Sag C-29/20

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

23. januar 2020

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Köln (Tyskland)

Afgørelse af:

10. januar 2020

Sagsøger:

Biofa AG

Sagsøgt:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[udelades]

Afsagt den 10. januar 2020

[udelades]

Oberlandesgericht Köln

Kendelse

I sagen

Biofa AG, [udelades] Gutsbezirk Münsingen,

sagsøger og appellant,

[udelades]

mod

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

sagsøgt og appelindstævnt,

[udelades]

har sjette afdeling for civile sager ved Oberlandesgericht Köln (den regionale appeldomstol i Köln)

[udelades]

afsagt følgende kendelse:

I. Sagen udsættes.

II. Med henblik på fortolkningen af artikel 3, stk. 1, litra a), artikel 9, stk. 1, litra a), og artikel 95, stk. 3, i [org. s. 2] Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 528/2012 af 22. maj 2012 om tilgængeliggørelse på markedet og anvendelse af biocidholdige produkter forelægges følgende spørgsmål for Den Europæiske Unions Domstol til præjudiciel afgørelse:

Er det med godkendelsen af et aktivstof ved en gennemførelsesforordning i henhold til artikel 9, stk. 1, litra a) i forordning (EU) 528/2012 bindende fastsat for en retssag i en medlemsstat, at det stof, der ligger til grund for godkendelsen, som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er bestemt til at virke på anden vis end blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning, eller påhviler de faktiske konstateringer af, om betingelserne i artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er opfyldt, den domstol i medlemsstaten, som skal træffe afgørelse i sagen, også efter udstedelse af en gennemførelsesforordning?

Præmisser:

I.

Tvisten mellem parterne drejer sig om, hvorvidt sagsøgte er berettiget til at markedsføre et produkt til bekæmpelse af skadegørere, som indeholder kiselgur som aktivstof, selv om dette ikke stammer fra en registreret importør eller producent.

Sagsøgeren er en mellemstor virksomhed, som udvikler produkter til landbruget, overvejende på biologisk basis, ansøger om godkendelser og markedsfører de godkendte produkter i Forbundsrepublikken Tyskland, andre EU-lande eller EØS-lande.

Blandt produkterne findes også produkter, som indeholder aktivstoffet kiselgur (aktivstoffet er kendt under mange andre betegnelser), og som af sagsøgeren markedsføres under handelsnavnet »InsectoSec®«. Disse produkter anvendes til bekæmpelse af krybende utøj, navnlig rød kyllingemide, i fjerkræstalde. [Org. s. 3]

Aktivstoffet »kiselgur« er et mineral, som udvindes af mikroskopisk små skaller af døde kiselalger og overvejende består af siliciumdioxid. Ved kontakt med aktivstoffet dækkes skadeinsekterne og miderne med støv, hvilket påvirker vokslaget på deres skjolde (som egentlig beskytter dyrene mod udtørring). Som følge heraf dehydrerer skadeinsekterne og miderne og dør.

Sagsøgeren ansøgte om godkendelse af aktivstoffet kiselgur i henhold til forordning (EU) nr. 528/2012. Til dette formål indgav sagsøgeren det nødvendige dossier, som virksomheden lod udarbejde med ikke ubetydelige finansielle omkostninger.

I henhold til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2017/794 af 10. maj 2017 om godkendelse af siliciumdioxid (kiselgur) som et eksisterende aktivstof til anvendelse i biocidholdige produkter af produkttype 18 er siliciumdioxid (kiselgur) blevet godkendt som aktivstof til anvendelse i biocidholdige produkter af produkttype 18 med forbehold af specifikationerne og betingelserne i bilaget. Gennemførelsesforordningen trådte i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen. Sagsøgeren er – aktuelt som eneste producent af dette aktivstof – registreret på den i artikel 95 i forordning (EU) 528/2012 [udelades] omhandlede liste.

Sagsøgte tilbyder produkter til brugere af dyr og blandingsfoderindustrien bl.a. til »parasitmanagement specielt på fjerkræområdet« via en onlineshop samt via onlinehandelsplatformen eBay. Sagsøgte markedsfører således bl.a. et produkt med handelsnavnet »HS mikrogur« til bekæmpelse af fjerkræmider, navnlig den røde kyllingemide, som ligeledes indeholder aktivstoffet kiselgur, uden at købe aktivstoffet af sagsøgeren.

Sagsøgeren er af den opfattelse, at sagsøgtes tilbud er i strid med konkurrencereglerne, idet sagsøgte overtræder § 3 og §3a i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (konkurrenceloven, herefter »UWG«) sammenholdt med artikel 95, stk. 2 og 3, i forordning (EU) 528/2012. Aktivstoffet kiselgur virker ikke blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning. Sagsøgeren har nedlagt påstand om nedlæggelse af forbud, og at det fastslås, at sagsøgte er pligtig at give oplysning samt pligtig at betale erstatning og omkostninger. **[Org. s. 4]**

Landgericht (den regionale ret i første instans) forkastede søgsmålet efter bevisoptagelse i form af indhentning af en redegørelse fra en sagkyndig. Den fandt, at de fremsatte krav ikke var begrundede i henhold til UWG's § 8, stk. 3, nr. 1, § 3 og § 3a, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra a), og artikel 95, stk. 2 og 3, i forordning (EU) 528/2012.

II.

Afgørelsen i den foreliggende sag afhænger af fortolkningen af artikel 3, litra a), og artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 samt den bindende virkning af en gennemførelsesforordning, der er udstedt på grundlag af disse bestemmelser. Før der kan træffes en afgørelse i appelsagen, skal sagen derfor

udsættes, og der skal indhentes en præjudiciel afgørelse fra Den Europæiske Unions Domstol i henhold til artikel 267, stk. 1, litra b), og stk. 2, TEUF. Dette anser den forelæggende ret for nødvendigt i den foreliggende sag.

1. Landgericht (den regionale ret i første instans) anså søgsmålet for ugrundet og anførte herom:

Parterne er ganske vist konkurrenter, og der foreligger et konkret konkurrenceforhold. Artikel 95, stk. 3, i forordning (EU) 528/2012 er også en markedsadfærdsbestemmelse som omhandlet i UWG's § 3a. Sagsøgte markedsførte imidlertid ikke biocidholdige produkter i strid med artikel 3, stk. 1, litra a), og artikel 95, stk. 3, i forordning (EU) 528/2012. Sagsøgtes markedsføring af produktet er ikke i strid med forordning (EU) 528/2012, da produktet ikke er et produkt som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), første led, i forordning (EU) 528/2012. Sagsøgtes produkt er ikke bestemt til at kunne ødelægge, afskrække, uskadeliggøre, hindre virkningen af eller bekæmpe virkningen af skadegørere på anden vis end blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning. Landgericht (den regionale ret i første instans) har trods Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2017/794 kompetence til at prøve dette spørgsmål. Det fremgik af bevisoptagelsen, at sagsøgtes produkt ikke opfylder de beskrevne betingelser.

2. I den foreliggende tvist er spørgsmålet, om det med godkendelsen af et aktivstof ved en gennemførelsesforordning i henhold til artikel 9, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er bindende fastlagt for en retssag i en medlemsstat, at stoffet som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er bestemt til at virke på anden vis [org. s. 5] end blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning, eller om de faktiske konstateringer af, om betingelserne i artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er opfyldt, påhviler domstolen i medlemsstaten.

2. De omhandlede påstande kan være begrundede i medfør af UWG's § 8, stk. 1, stk. 3, nr. 1, § 3, stk. 1, sammenholdt med konkurrencerettens retbrudskriterium i henhold til UWG's § 3a, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra a), og artikel 95, stk. 2 og 3, i forordning (EU) 528/2012. I forbindelse med anvendelsen af denne bestemmelse opstår der spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-retten, som kræver en afklaring.

a) De almindelige betingelser for et konkurrenceretligt krav på meddelelse af forbud ud fra et retsbrudssynspunkt (UWG's § 8, stk. 1, § 3, stk. 1, § 3a) er opfyldt.

[udelades].

b) Det er afgørende for, om søgsmålet er begrundet, om det konkrete produkt »HS Mikrogur«, som er genstand for påstandene, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, litra a), og artikel 95, stk. 3, i forordning (EU) 528/2012. I denne forbindelse opstår spørgsmålet om, hvorvidt en gennemførelsesforordning, der er udstedt i henhold til artikel 9, stk. 1, litra a), i

forordning (EU) 528/2012, har bindende virkning; dette spørgsmål kræver en afklaring.

aa) I henhold til artikel 95, stk. [2], i forordning (EU) 528/2012 må et biocidholdigt produkt, der består af, indeholder eller genererer et relevant stof, der er opført på den liste, som er omhandlet i stk. 1, fra 1. september 2015 ikke gøres tilgængeligt på markedet, medmindre enten stofleverandøren eller produktleverandøren er opført på den af agenturet offentliggjorte liste. **[Org. s. 6]**

(1) Stoffet »kiselgur« er et »aktivstof« i førnævnte betydning, som har en virkning på eller mod skadegørere som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra g), i forordning (EU) 528/2012. Det er uomtvistet, at visse mider – altså skadegørere – dehydrerer efter kontakt med kiselgur og derefter dør på grund af dehydreringen. Desuden markedsførte sagsøgte de pågældende produkter, som med kiselgur indeholder et stof, der er opført på listen i henhold til artikel 95, stk. 1, i forordning (EU) 85/2012, nemlig et aktivstof, som blev godkendt efter ansøgning og indgivelse af et dossier pr. 1. november 2018.

Produktet »HS Mikrogur« er bestemt til bekæmpelse af skadegørere. Med henblik på bedømmelsen af et produkts »bestemmelse« er det afgørende, hvordan dette præsenteres for en gennemsnitligt orienteret forbruger. Selv om kiselgur har et bredt anvendelsesspektrum eksempelvis på fødevarerområdet som kosttilskud og som foderstof, præsenteres, tilbydes og markedsføres det i det konkrete tilfælde under handelsnavnet »HS Mikrogur« af sagsøgte til bekæmpelse af skadegørere.

(2) Det er uomtvistet mellem parterne, at sagsøgeren som den eneste stofleverandør eller produktleverandør er opført på den i artikel 95, stk. 2, i forordning (EU) 528/2010 omhandlede liste, og at sagsøgte ikke købte stoffet af sagsøgeren, heller ikke indirekte. Dette er imidlertid i henhold til artikel 95, stk. 3, i forordning (EU) 528/2012 en forudsætning for, at stoffet er et biocidholdigt produkt i den forstand, som udtrykket anvendes i forordning (EU) 528/2012. I henhold til artikel 95, stk. 1, i forordning (EU) 528/2012 skal agenturet nemlig offentliggøre og regelmæssigt ajourføre en liste over alle aktivstoffer og alle stoffer, der generer et aktivstof, for hvilke et dossier, der er i overensstemmelse med bilag II til forordningen eller bilag II A eller IV A til direktiv 98/8/EF og i givet fald bilag III A til direktivet, er indgivet og accepteret eller valideret af en medlemsstat i en procedure, der er fastsat ved denne forordning eller det nævnte direktiv. I henhold til artikel 95, stk. [2], i forordning (EU) 528/2012 må et biocidholdigt produkt, der består af, indeholder eller genererer et relevant stof, der er opført på den liste, som er omhandlet i stk. 1, ikke gøres tilgængeligt på markedet, medmindre enten stofleverandøren eller produktleverandøren er opført på den i stk. 1 omhandlede liste over produkttyper, som produktet hører til.

(3) Spørgsmålet er, om det produkt, som sagsøgte markedsfører, er et biocidholdigt produkt som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), første led, i forordning (EU) 528/2012, **[org. s. 7]** dvs. en stofblanding, som består af eller

indeholder et eller flere aktivstoffer og er bestemt til at kunne ødelægge, afskrække, uskadeliggøre, hindre virkningen af eller bekæmpe virkningen af skadegørere på anden vis end blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning.

Landgericht (den nationale ret i første instans) lagde efter bevisoptagelsen til grund, at sagsøgtets produkt ikke bekæmper virkningen af skadegørere på anden vis end blot ved fysisk eller mekanisk påvirkning som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i forordning (EU) 528/2012. Dette er fastslået på grundlag af de overbevisende redegørelser fra de af retten indkaldte sagkyndige.

Virkningsmekanismen er sorption, dvs. ansamling af stoffer i en fase, og for kiselgurs vedkommende adsorption, dvs. lejring af atomer og molekyler på en overflade. Den primære virkningsmekanisme er mere præcist fysisorption, hvor de elektroniske strukturer i adsorbatet og overfladen i vidt omfang forbliver uændrede. De virksomme kræfter er svage og kan sammenlignes med van der Waals-kraften i molekyler, dvs. den skyldes dipol- eller multipolvekselvirkninger. De adsorberede molekyler som sådan bevares, de bliver højest polariseret (til forskel fra kemisorption, hvor der kan ske en opløsning af molekylerne og en ny kemisk binding til adsorbenten).

Da kiselgur er kemisk inert (reaktionstrægt), kan det ikke lægges til grund, at der sker en direkte kemisk interaktion efter optagelsen. Ifølge de sagkyndiges redegørelser må det lægges til grund, at der ikke dannes eller brydes kemiske bindinger, og at vekselvirkningerne primært skyldes van der Waals-kraften med den ene eller anden dipol-dipol-vekselvirkning. Virkningen kan sammenlignes med en svamp. Ved adsorptionen på de store diatoméjordpartikler brydes vandbarrieren, og bruddet på overfladen fører derefter til udtørring. Lipidlaget kan dog gendannes i en fugtig atmosfære.

Abrasive virkninger kan ikke helt udelukkes. De kan lades ude af betragtning med henblik på den tilgrundliggende konstellation og problematik, da der er tale om rent mekaniske virkninger. **[Org. s. 8]**

Den forelæggende ret agter at tilslutte sig disse grundlæggende konstateringer fra Landgericht (den regionale ret i første instans). Den sagkyndige, som blev foreslået af begge parter i enighed, og som er kendt for sin forskning også inden for kiselgur, råder umiddelbart over den nødvendige sagkundskab, som er dokumenteret ved talrige videnskabelige publikationer. Desuden beskrev den sagkyndige med hensyn til bevisspørgsmålet detaljeret stoffet »kiselgurs« virkemåde på skadegørere. Denne beskrivelse stemmer i det væsentlige overens med parternes uomtvistede redegørelse. Derefter beskrev han – efter at have redegjort for udviklingen i den videnskabelige diskussion – virkemåden på en illustrativ og forståelig måde. Han foretog i denne forbindelse en overbevisende klassificering. Faglige mangler ved redegørelsen ses ikke og er heller ikke blevet gjort gældende.

Derfor er det væsentligt for sagens afgørelse, om godkendelsen som aktivstof, som i den foreliggende sag er sket inden for rammerne af Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2017/794 af 10. maj 2017, nødvendigvis forudsætter, at produktet har egenskab af biocidholdigt produkt som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012, således at det i forbindelse med den foreliggende sag ikke skal prøves, om kriterierne for klassificeringen som biocidholdigt produkt i henhold til artikel 3, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 528/2012 er opfyldt.

[udelades]

ARBEJDSDOKUMENT