

**Kohtuasi C-29/20**

**Eelotsusetaotlus**

**Saabumise kuupäev:**

23. jaanuar 2020

**Eelotsusetaotluse esitanud kohus:**

Oberlandesgericht Köln (liidumaa kõrgeim üldkohus Kölnis, Saksamaa)

**Eelotsusetaotluse kuupäev:**

10. jaanuar 2020

**Hageja:**

Biofa AG

**Kostja:**

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

---

[...] Kuulutatud 10. jaanuaril 2020

[...]

**Oberlandesgericht Köln**

**Kohtumäärus**

Kohtuasjas

Biofa AG, [...] Gutsbezirk Münsingen,

hageja ja apellant,

[...]

*versus*

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

kostja ja vastustaja apellatsioonimenetluses,

[...]

tegi Oberlandesgericht Kölni (liidumaa kõrgeim üldkohus Kölnis)  
6. tsiviilkolleegium

[...]

### **järgmise kohtumääruse:**

I. Menetlus peatatakse.

II. Euroopa Liidu Kohtule esitatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu 22. mai 2012. aasta määruse (EL) [lk 2] nr 528/2012, milles käsitletakse biotsiidide turul kättesaadavaks tegemist ja kasutamist, artikli 3 lõike 1 punkti a, artikli 9 lõike 1 punkti a ja artikli 95 lõike 3 tõlgendamise kohta järgmine eelotsuse küsimus:

Kas toimeaine heakskiitmisega määruse (EL) nr 528/2012 artikli 9 lõike 1 punkti a alusel vastu võetud rakendusmäärusega määratakse ühtlasi liikmesriigis toimuva kohtumenetluse jaoks siduvalt kindlaks, et heakskiidetud aine eesmärk on toimida muude vahenditega peale puhtfüüsikaliste või -mehhaaniliste toimingute määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses, või saab vaidlust lahendav liikmesriigi kohus ka pärast rakendusmääruse vastuvõtmist faktilise asjaoluna tuvastada, kas määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punktis a esitatud tingimused on täidetud?

### **Põhjendused**

I.

Pooled vaidlevad selle üle, kas kostjal on õigus turustada kahjuritõrjevahendit, mis sisaldab toimeainena kiiselguuri, ka sel juhul, kui see ei pärine nimekirjas loetletud importijalt ega tootjalt.

Hageja on keskmise suurusega ettevõtja ja arendab põllumajandustooteid, mis on peamiselt bioloogilist päritolu, taotleb asjaomaseid lube ja toob loa saanud tooted turule Saksamaa Liitvabariigis, aga ka muudes Euroopa Liidu ja Euroopa Majanduspiirkonna riikides.

Hageja toodete hulka kuuluvad ka need, mis sisaldavad toimeainena kiiselguuri (sama toimeainet tuntakse ka mitmete muude nimetuste all) ja mida hageja turustab kaubanime „InsectoSec®“ all. Selliseid tooteid kasutatakse roomavate kahjurite tõrjeks, eelkõige linnukasvatushoonetes kanalesta tõrjeks. [lk 3]

Toimeaine kiiselguur on surnud ränivetikate mikroskoopilistest kestadest saadud mineraal ja koosneb peamiselt ränidioksiidist. Kokkupuutel toimeainega kattuvad kahjurputukad ja lestad pulbriga, see mõjutab nende kilprüü vahakihti, mille ülesanne on kaitsta neid kuivamise eest. Selle tulemusel kahjurputukad ja lestad kuivavad ning surevad.

Hageja taotles toimeaine kiiselguuri turustamiseks luba määruse nr 528/2012 alusel. Selleks esitas ta nõutava toimiku, mille ta lasi koostada märkimisväärsete kuludega.

Vastavalt komisjoni 10. mai 2017. aasta rakendusmäärusele (EL) 2017/794, millega kiidetakse heaks olemasoleva toimeaine ränidioksiidi/kiiselguuri kasutamine tooteliiki 18 kuuluvates biotsiidides, on toimeaine ränidioksiidi/kiiselguuri kasutamine tooteliiki 18 kuuluvates biotsiidides heaks kiidetud kooskõlas lisas esitatud nõuete ja tingimustega. Rakendusmäärus jõustus kahekümnendal päeval pärast selle avaldamist. Hageja on hetkel kõnealuse toimeaine ainsa tootjana kantud määruse nr 528/2012 artikli 95 alusel [...] koostatud nimekirja.

Kostja pakub loomapidajatele ja söodatootjatele tooteid e-poes ja eBay müügikeskkonnas muu hulgas „parasiitide tõrjeks spetsiaalselt linnukasvatuse valdkonnas“. Näiteks turustab ta kodulindude lestade, eelkõige kanalesta tõrjeks muu hulgas toodet kaubanimega „HS Mikrogur“, mis samuti sisaldab toimeainet kiiselguuri, aga toimeainet ei hangi kostja hagejalt.

Hageja hinnangul kahjustab kostja selline tegevus konkurentsi, sest see rikub kõlvatu konkurentsi vastase seaduse (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, edaspidi „UWG“) § 3 ja § 3a koostoimes määruse nr 528/2012 artikli 95 lõigetega 2 ja 3. Toimeaine kiiselguur ei toimi ainult puhtfüüsikalisel või -mehhaaniliselt. Hageja palub kohustada kostjat hoiduma kõnealusest tegevusest ja andma asjakohast teavet, samuti tuvastada kahju hüvitamise kohustus ja kohustada kostjat hüvitama hoiatusega kaasnenud kulud. [lk 4]

Esimese astme kohus määras tõendite kogumise korras ekspertiisi ja jättis hagi rahuldamata. Hagi esitatud nõuded ei ole põhjendatud UWG § 8 lõike 3 punkti 1, §-de 3 ja 3a alusel koostoimes määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punktiga a ning artikli 95 lõigetega 2 ja 3.

## II.

Vaidluse lahendamine oleneb nii määruse nr 528/2012 artikli 3 [lõike 1] punkti a ja artikli 9 lõike 1 punkti a kui ka viidatud määruse alusel vastu võetud rakendusmääruse siduva mõju tõlgendusest. Enne apellatsioonkaebuse lahendamist on seega võimalik menetlus peatada ja esitada ELTL artikli 267 esimese lõigu punkti b ja teise lõigu alusel eelotsusetaotlus Euroopa Kohtule. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu hinnangul on selline toimimisviis käesoleval juhul põhjendatud.

1. Esimese astme kohus leidis, et hagi ei ole põhjendatud, ja märkis selle kohta järgmist.

Pooled on konkurendid ja nende vahel on konkreetne konkurentsisuhe. Määruse nr 528/2012 artikli 95 lõige 3 on turul tegutsemist reguleeriv säte UWG § 3a tähenduses. Kostja ei ole aga määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a

ja artikli 95 lõike 3 vastaselt biotsiidi turul kättesaadavaks teinud. Kostja toote turustamine ei ole vastuolus määrusega nr 528/2012, sest see ei ole määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a esimeses taandes kirjeldatud toode. Kostja toote eesmärk ei ole kahjulike organismide hävitamine, tõrjumine, kahjutuks muutmine, nende toime ärahoidmine või muul viisil nende vastu võitlemine mis tahes muude vahenditega peale puhtfüüsikaliste või -mehhaaniliste toimingute. Komisjoni rakendusmäärus 2017/794 ei takista esimese astme kohtul vastava hinnangu andmist. Asjas kogutud tõenditest nähtub, et kostja toode ei vasta eelnimetatud tingimustele.

2. Kohtuasjas tekib küsimus, kas toimeaine määruse nr 528/2012 artikli 9 lõike 1 punkti a alusel vastu võetud rakendusmäärusega heakskiitmise tulemusel on liikmesriigis toimuva kohtumenetluse jaoks siduvalt kindlaks määratud, et aine eesmärk on toimida muude vahenditega peale [lk 5] puhtfüüsikaliste või -mehhaaniliste toimingute määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses, või on liikmesriigi kohtute ülesanne faktilise asjaoluna tuvastada, kas määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a kohaldamise tingimused on täidetud.

2. Hageja nõuete õiguslik alus võib tuleneda UWG § 8 lõike 1 ja lõike 3 punktist 1 ja § 3 lõikest 1 koostoimes sama seaduse §-s 3a kirjeldatud konkurentsioiguse rikkumisega koostoimes määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punktiga a ning artikli 95 lõigetega 2 ja 3. Viidatud sätete kohaldamisel tekivad küsimused liidu õiguse tõlgendamise kohta.

a) Täidetud on rikkumisest hoidumise konkurentsioigusliku nõude üldised eeldused (UWG § 8 lõige 1, § 3 lõige 1 ja § 3a).

[...]

b) Hagi põhjendatus oleneb sellest, kas nõuetes konkreetselt nimetatud toode „HS Mikrogur“ kuulub määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a ja artikli 95 lõike 3 kohaldamisalasse. Seejuures tekib küsimus määruse nr 528/2012 artikli 9 lõike 1 punkti a alusel vastu võetud rakendusmääruse siduva mõju kohta.

aa) Määruse nr 528/2012 artikli 95 [lõike 2] kohaselt ei tohi alates 1. septembrist 2015 turustada biotsiidi, mis sisaldab toimeainet, mille puhul ei ole kemikaaliameti avaldatud nimekirja kantud ühtegi importijat ega tootjat või sama liiki toote importijat. [lk 6]

(1) Aine „kiiselguur“ on „toimeaine“ eelnimetatud tähenduses, mis avaldab toimet kahjulikele organismidele määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti g tähenduses või nende vastu. Vaidlust ei ole selle üle, et teatavad lestad, mis on kahjulikud organismid, kuivavad kokkupuutel kiiselguuriga ja surevad veepuuduse tõttu. Kostja tegi samuti turul kättesaadavaks sellised tooted, mis sisaldavad kiiselguuri kui määruse nr 528/2012 artikli 95 lõikes 1 osutatud nimekirja kantud ainet, täpsemalt toimeainet, mis pärast taotluse ja toimiku esitamist kiideti heaks 1. novembril 2018.

Toode „HS Mikroгур“ on mõeldud kahjulike organismide tõrjeks. Toote määratluse hindamisel on määrava tähtsusega see, kuidas tajub seda piisavalt informeeritud tarbija. Kuigi kiiselguuril on hulganisti kasutusvõimalusi, näiteks toiduainete valdkonnas toidulisandina ja söödana, siis konkreetsel juhul reklaamib, pakub ja turustab kostja seda kaubanime „HS Mikroгур“ all kahjurite tõrjeks.

(2) Pooled on üksmeelel selles, et hageja on aine või toote ainsa tootjana kantud määruse nr 528/2012 artikli 95 lõikes 2 nimetatud nimekirja ja kostja ei hangi kõnealust ainet hagejalt otseselt ega kaudselt. See oleks määruse nr 528/2012 artikli 95 lõike 3 alusel aga nõutav, kui asjaomane aine oleks biotsiid määruse nr 528/2012 tähenduses. Määruse nr 528/2012 artikli 95 lõike 1 kohaselt avaldab kemikaaliamet nimekirja, mis hõlmab kõiki toimeaineid ja kõiki toimeainet tekitavaid aineid, mille kohta on esitatud sama määruse II lisa või direktiivi 98/8/EÜ IIA või IVA lisa ja asjakohasel juhul kõnealuse direktiivi IIIA lisa nõuetele vastav toimik, mille liikmesriik on samas määruses või nimetatud direktiivis ettenähtud menetluse kohaselt heaks kiitnud või kinnitanud. Määruse nr 528/2012 artikli 95 [lõike 2] kohaselt ei tohi biotsiidi, mis koosneb lõikes 1 osutatud nimekirja kantud asjaomasest ainest või sisaldab või tekitab seda, teha turul kättesaadavaks, välja arvatud juhul, kui aine tarnija või toote tarnija on selliste tooteliikide puhul, kuhu toode kuulub, kantud lõikes 1 osutatud nimekirja.

(3) Küsimus on selles, kas kostja turustatav toode on biotsiid määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a esimese taande tähenduses, [lk 7] see tähendab mis tahes aine või segu, mis sisaldab üht või enamat toimeainet ja mille eesmärk on kahjulike organismide hävitamine, tõrjumine, kahjutuks muutmine, nende toime ärahoidmine või muul viisil nende vastu võitlemine mis tahes muude vahenditega peale puhtfüüsikaliste või -mehhaaniliste toimingute.

Esimese astme kohus lähtus asjas kogutud tõendite põhjal sellest, et kostja toode ei tõrju kahjulikke organisme muude vahenditega peale puhtfüüsikaliste või -mehhaaniliste toimingute määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 tähenduses. Seda kinnitavad kohtu määratud eksperdi veenvad argumendid.

Toimemehhanism on sorptsioon, see tähendab aine neeldumine või kinnitumine teatavas etapis, kiiselguuri puhul on see adsorptsioon, see tähendab aatomite ja molekulide kinnitumine pinnale. Esmane toimemehhanism on täpsemalt füüsikaline sorptsioon, milles adsorbaadi ja pinna elektroonilised struktuurid püsivad suuresti muutumatuna. Toimivad jõud on nõrgad ja võrreldavad molekulides esinevate van der Waalsi jõududega, see tähendab neid tingib dipoolne või mitmepoolne vastastikmõju. Adsorbeerunud molekulid säilivad, parimal juhul polariseeruvad (erinevalt kemisorptsioonist, kus molekulid lagunevad ja võib tekkida uus keemiline side adsorbendiga).

Kuna kiiselguur on keemiliselt inertne (ei osale keemilistes reaktsioonides), siis ei ole põhjust lähtuda otsesest keemilisest mõjust. Eksperdi arvamuse põhjal võib

eeldada, et keemilisi sidemeid ei tekitata ega lõhuta ja vastastikmõju on peamiselt tingitud van der Waalsi jõududest, mis tekivad ühe või teise dipool-dipool-vastastikmõju tõttu. Mõju on võrreldav käsna. Veetõke lõhutakse adsorbeerumisega diatomiitmulla jämedatel osakestel ja pealispinna purunemine toob kaasa kuivamise. Lipiidikihti on võimalik (niiskes keskkonnas) taastada.

Abrasiivset mõju ei saa täielikult välistada. Selle võib käesoleva juhtumi asjaolusid ja küsimuseasetust silmas pidades siiski tähelepanuta jätta, sest tegemist on puhtmehaanilise mõjuga. [lk 8]

Eelotsusetaotluse esitanud kohus kaldub esimese astme kohtu tuvastatud asjaoludega nõustuma. Ekspert, kelle mõlemad pooled üksmeelselt välja pakkusid ja kes on tuntud oma uuringute poolest kiiselguuri valdkonnas, on piisavalt asjatundlik ja seda kinnitavad tema arvukad teaduslikud publikatsioonid. Lisaks kirjeldas ekspert tõendamisele kuuluvaid asjaolusid käsitlevale küsimusele vastates üksikasjalikult, kuidas aine „kiiselguur“ toimib kahjuritele. See kirjeldus kattub suures osas poolte omaga ja selle üle ei vaielda. Niisiis selgitas ekspert (pärast teadusliku käsitluse arengu ülevaadet) toimemehhanismi selgelt ja arusaadavalt. Eksperti rakendatud klassifikatsioon on veenev. Ekspertiarvamus ei sisalda sisulisi vigu ja nende esinemist ei ole ka väidetud.

Neil kaalutlustel on käesoleva vaidluse lahendamise seisukohast oluline, kas toimeaine heakskiitmine komisjoni 10. mai 2017. aasta rakendusmäärusega 2017/794 tähendab tingimata seda, et asjaomane toode on biotsiid määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses, nii et käesoleval juhul pole vaja kontrollida, kas on täidetud biotsiidiks klassifitseerimise tingimused määruse nr 528/2012 artikli 3 lõike 1 punkti a tähenduses.

[...]