

Asia C-29/20

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

23.1.2020

Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin:

Oberlandesgericht Köln (Saksa)

Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

10.1.2020

Kantaja:

Biofa AG

Vastaaja:

Sikma D. Vertrieb GmbH und Co. KG

[– –]

Julistettu 10.1.2020

[– –]

Oberlandesgericht Köln

Välipäätös

Asiassa

Biofa AG, [– –] Gutsbezirk Münsingen,

kantajana ja muutoksenhakumenettelyn valittajana,

[– –]

vastaan

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

vastaajana ja muutoksenhakumenettelyn vastapuolena,

[– –]

Oberlandesgericht Kölnin 6. siviilijaosto on

[– –]

päättänyt seuraavaa:

I. Asian käsittelyä lykätään.

II. Euroopan unionin tuomioistuimelle esitetään biosidivalmisteiden asettamisesta saataville markkinoilla ja niiden käytöstä 22.5.2012 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) [alkup. s. 2] N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan, 9 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 95 artiklan 3 kohdan tulkinnasta seuraava ennakkoratkaisukysymys:

Onko sen seurauksena, että asetuksen (EU) N:o 528/2012 9 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisella täytäntöönpanoasetuksella hyväksytään tehoaine, määritetty jäsenvaltiossa vireillä olevan oikeudenkäynnin kannalta sitovasti, että hyväksymisen perustana olevan aineen tarkoituksena on vaikuttaa millä tahansa muulla tavalla kuin ainoastaan fysikaalisesti tai mekaanisesti asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettussa merkityksessä, vai onko jäsenvaltion tuomioistuimen, jota vaaditaan tekemään ratkaisu, esitettävää tosiseikkoja koskevat toteamukset siitä, täyttyvätkö asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan edellytykset, myös täytäntöönpanoasetuksen antamisen jälkeen?

Perustelut:

I.

Asianosaiset kiistelevät siitä, onko vastaajalla oikeus asettaa saataville markkinoilla tuholaistorjuntaan tarkoitettu valmiste, jossa tehoaineena on piimaa, vaikka piimaa ei ole peräisin luettelossa mainitulta maahantuojalta tai valmistajalta.

Kantaja on keskisuuri yritys, joka kehittää pääosin biologisia valmisteita maataloutta varten, hakee niille hyväksyntää ja asettaa hyväksytyt valmisteet saataville markkinoilla Saksan liittotasavallan, muiden unionin jäsenvaltioiden tai Euroopan talousalueen jäsenmaiden alueella.

Näihin valmisteisiin kuuluu myös valmisteita, jotka sisältävät tehoaineena piimaata (tehoaineesta käytetään myös useita muita nimityksiä) ja jotka kantaja asettaa saataville markkinoilla kaupanimellä ”InsectoSec®”. Näillä valmisteilla

torjutaan ryömiviä tuholaisia, erityisesti punaista lintupunkkia, siipikarjakasvattamoissa. [alkup. s. 3]

Tehoaine ”piimaa” on kivennäisaine, jota saadaan kuolleiden piilevien mikrokooppisen pienistä kuorista ja joka koostuu pääosin piidioksidista. Kun tuhohyönteiset ja punkit joutuvat kosketuksiin tehoaineen kanssa, tehoaine vaikuttaa niiden selkäkilvessä olevaan (eläimiä kuivumiselta suojaavaan) vahakuoreen. Tämän seurauksena tuhohyönteiset ja punkit kuivuvat ja kuolevat.

Kantaja haki piimaa-tehoaineelle asetuksen (EU) N:o 528/2012 mukaista hyväksyntää. Tätä varten se toimitti tarvittavan asiakirja-aineiston, jonka laatimisesta aiheutui sille varsin merkittäviä kustannuksia.

Piidioksidin (piimaa/kieselguhr) hyväksymisestä vanhana tehoaineena käytettäväksi biosidivalmisteissa valmisteryhmässä 18 10.5.2017 annetussa komission täytäntöönpanoasetuksessa (EU) 2017/794 hyväksytään piidioksidi (piimaa/kieselguhr) käytettäväksi tehoaineena biosidivalmisteissa valmisteryhmässä 18 siten, että sovelletaan liitteessä olevia spesifikaatioita ja edellytyksiä. Täytäntöönpanoasetus tuli voimaan kahdentenakymmenentenä päivänä sen jälkeen, kun se oli julkaistu [Euroopan unionin virallisessa lehdessä]. Kantaja merkittiin – tuolloin tämän tehoaineen ainoana valmistajana – asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan mukaiseen luetteloon.

Vastaaja tarjoaa eläintenpitoon ja rehuseosten valmistukseen tarkoitettuja valmisteita muun muassa ”loisten häätämiseen erityisesti siipikarjatuotannossa” verkkokaupan ja verkossa toimivan eBay-markkinapaikan välityksellä. Se muun muassa myy HS Mikrogur -kauppanimellä valmistetta, joka on tarkoitettu siipikarjassa esiintyvien punkkien, erityisesti punaisen lintupunkin, torjuntaan ja jonka tehoaineena on samoin piimaa, mutta se ei osta tätä tehoainetta kantajalta.

Kantaja pitää tätä vastaajan tarjontaa kilpailunvastaisena, koska sillä rikotaan sopimattoman kilpailun estämisestä annetun lain (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, jäljempänä UWG) 3 ja 3a §:ää, luettuina yhdessä asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 2 ja 3 kohdan kanssa. Piimaa-tehoaine ei kantajan mukaan vaikuta ainoastaan fysikaalisesti tai mekaanisesti. Kantaja on vaatinut, että vastaajaa kielletään tarjoamasta kyseistä valmistetta, että vastaaja määrätään toimittamaan tietoja, että vastaaja todetaan vahingonkorvausvelvolliseksi ja että vastaaja määrätään korvaamaan kehoitusmenettelystä aiheutuneet kulut. [alkup. s. 4]

Landgericht hylkäsi kanteen selvitettyään ensin asiaa pyytämällä asiantuntijalausuntoa. Sen mukaan esitetyt vaatimukset eivät ole perusteltuja UWG:n 8 §:n 3 momentin 1 kohdan eivätkä 3 ja 3a §:n nojalla, luettuina yhdessä asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan sekä 95 artiklan 2 ja 3 kohdan kanssa.

II.

Käsiteltävän asian ratkaisu riippuu asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 9 artiklan 1 kohdan a alakohdan sekä mainitun asetuksen perusteella annetun täytäntöönpanoasetuksen sitovan vaikutuksen tulkinnasta. Ennen valituksen ratkaisemista voidaan siten lykätä asian käsittelyä ja esittää Euroopan unionin tuomioistuimelle SEUT 267 artiklan ensimmäisen kohdan b alakohdan ja toisen kohdan nojalla ennakkoratkaisupyyntö. Jaosto pitää tätä välttämättömänä käsiteltävässä asiassa.

1. Landgericht piti kannetta perusteettomana ja totesi tältä osin seuraavaa:

Asianosaiset ovat tosin kilpailijoita, ja niiden välillä on konkreettinen kilpailusuhde. Asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 3 kohta on myös UWG:n 3a §:ssä tarkoitettu markkinakäyttäytymistä sääntelevä säännös. Vastaaja ei kuitenkaan ole asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 95 artiklan 3 kohdan vastaisesti asettanut biosidivalmisteita saataville markkinoilla. Vastaajan valmisteiden myynti ei Landgerichtin mukaan riko asetusta (EU) N:o 528/2012, koska valmiste ei ole kyseisen asetuksen 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu valmiste. Vastaajan valmisteiden tarkoituksena ei ole tuhota, torjua tai tehdä haitattomaksi haitallisia eliöitä, estää niiden vaikutusta tai rajoittaa muulla tavoin niiden esiintymistä millä tahansa muulla tavalla kuin ainoastaan fyysikaalisesti tai mekaanisesti. Landgericht katsoo, että komission täytäntöönpanoasetuksesta (EU) 2017/794 huolimatta sillä on oikeus tutkia tätä kysymystä. Asian selvittämisessä on ilmennyt, että vastaajan valmiste ei täytä mainitussa säännöksessä esitettyä tunnusmerkistöä.

2. Riita-asiassa herää kysymys, onko sen seurauksena, että asetuksen (EU) N:o 528/2012 9 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisella täytäntöönpanoasetuksella hyväksytään tehoaine, määritetty jäsenvaltiossa vireillä olevan oikeudenkäynnin kannalta sitovasti, että aineen tarkoituksena on vaikuttaa millä tahansa muulla tavalla [alkup. s. 5] kuin ainoastaan fyysikaalisesti tai mekaanisesti asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettussa merkityksessä, vai onko jäsenvaltion tuomioistuimen esitettävä tosiseikkoja koskevat toteamukset siitä, täytyvätkö asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan edellytykset.

2. Kyseessä olevien vaatimusten perusteltavuus voi seurata UWG:n 8 §:n 1 momentista, 3 momentin 1 kohdasta ja 3 §:n 1 momentista, luettuina yhdessä UWG:n 3a §:n mukaisen sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskevan lainsäädännön rikkomisen tunnusmerkistön kanssa, luettuna yhdessä 3 §:n 1 momentin a kohdan ja asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 2 ja 3 kohdan kanssa. Tämän säännöksen soveltamisen yhteydessä tulee esille unionin oikeuden tulkintaa koskevia kysymyksiä, joita on selvennettävä.

a) Kilpailulainsäädännön mukaisen kieltovaatimuksen yleiset edellytykset täyttyvät lainsäädännön rikkomisen näkökulmasta (UWG:n 8 §:n 1 momentti, 3 §:n 1 momentti ja 3a §).

[--]

b) Kannevaatimuksen perusteltavuuden kannalta merkityksellistä on se, kuuluuko konkreettisesti vaatimusten kohteena oleva HS Mikroгур -valmiste asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 95 artiklan 3 kohdan soveltamisalaan. Tässä yhteydessä nousee esiin selvennystä vaativa kysymys asetuksen (EU) N:o 528/2012 9 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisesti annetun täytäntöönpanoasetuksen sitovasta vaikutuksesta.

aa) Asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 3 kohdan mukaan biosidivalmistetta ei saa 1.9.2015 alkaen asettaa saataville markkinoille, jos valmisteeseen sisältyvän tehoaineen valmistajaa tai maahantuojaaja tai tapauksen mukaan biosidivalmisteen maahantuojaaja ei mainita kemikaaliviraston julkaisemassa luettelossa. **[alkup. s. 6]**

(1) Piimaa on edellä tarkoitettu ”tehoaine”, joka vaikuttaa asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan g alakohdan mukaisiin haitallisiin eliöihin. On kiistatonta, että joutuessaan kosketuksiin piimaan kanssa tietyt punkit – siis haitalliset eliöt – kuivuvat, minkä seurauksena ne kuolevat. Myös vastaaja on asettanut saataville markkinoilla vastaavia valmisteita, jotka sisältävät piimaata eli asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 1 kohdan mukaisesti luettelossa mainittua ainetta, nimittäin tehoainetta, joka hyväksyttiin 1.11.2018 hakemuksen jättämisen ja asiakirja-aineiston toimittamisen jälkeen.

HS Mikroгур -valmiste on tarkoitettu haitallisten eliöiden torjuntaan. Tuotteen ”tarkoituksen” arvioinnin kannalta on ratkaisevaa, millaisen käsityksen keskimääräisesti valistunut kuluttaja siitä saa. Vaikka piimaata käytetään laajasti erilaisissa tuotteissa, esimerkiksi ravintolisänä elintarvikkeissa ja rehuna, nyt tarkasteltavassa tapauksessa vastaaja mainostaa, tarjoaa ja asettaa sitä saataville markkinoille HS Mikroгур -kauppanimellä tuholaiistorjuntaa varten.

(2) Asianosaisten kesken on riidatonta, että kantaja on mainittu ainoana aineen tai valmisteen toimittajana asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 2 kohdan mukaisessa luettelossa ja että vastaaja ei hankkinut, myöskään välillisesti, ainetta kantajalta. Tämä olisi asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 3 kohdan mukaan kuitenkin välttämätöntä, jos kyseessä on mainitussa asetuksessa tarkoitettu biosidi. Asetuksen (EU) N:o 528/2012 95 artiklan 1 kohdan mukaan kemikaalivirasto asettaa julkisesti saataville luettelon kaikista tehoaineista ja kaikista tehoainetta tuottavista aineista, joiden osalta on toimitettu kyseisen asetuksen liitteen II tai direktiivin 98/8/EY liitteen II A tai IV A tai tapauksen mukaan mainitun direktiivin liitteen III A mukainen asiakirja-aineisto, jonka jokin jäsenvaltio on hyväksynyt tai validoinut tässä asetuksessa tai mainitussa direktiivissä säädetyssä menettelyssä. Saman artiklan [2] kohdan mukaan biosidivalmistetta, joka koostuu 1 kohdassa tarkoitettuun luetteloon sisältyvästä asianomaisesta aineesta tai sisältää taikka tuottaa sitä, ei saa asettaa saataville markkinoilla, ellei joko aineen toimittaja tai valmisteen toimittaja sisälly 2 kohdassa tarkoitettuun luetteloon sen valmisteryhmän tai niiden valmisteryhmien osalta, johon tai joihin valmiste kuuluu.

(3) On epäselvää, onko vastaajan myymä valmiste asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan ensimmäisessä luetelmakohdassa tarkoitettu biosidivalmiste, [alkup. s. 7] toisin sanoen aine (seos), joka koostuu yhdestä tai useammasta tehoaineesta tai sisältää yhtä tai useampaa tehoainetta ja jonka tarkoituksena on tuhota, torjua tai tehdä haitattomaksi haitallisia eliöitä, estää niiden vaikutusta tai rajoittaa muulla tavoin niiden esiintymistä millä tahansa muulla tavalla kuin ainoastaan fysikaalisesti tai mekaanisesti.

Landgericht on asian selvittämisen perusteella katsonut, että vastaajan valmisteella ei torjuta haitallisia eliöitä millä tahansa muulla tavalla kuin ainoastaan fysikaalisesti tai mekaanisesti asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdassa tarkoitettussa merkityksessä. Tämä on selvää tuomioistuimen kutsuman asiantuntijan vakuuttavien lausumien perusteella.

Valmisteen toimintatapa on sorptio, toisin sanoen aineiden kasaantuminen faasissa, ja piimaan tapauksessa adsorptio, jossa atomit ja molekyylit kiinnittyvät aineen pintaan. Primaarinen toimintatapa on tarkemmin sanottuna fysisorptio, jossa adsorbaatin ja pinnan elektronirakenteet säilyvät pääosin muuttumattomina. Vaikuttavat voimat ovat heikkoja ja verrattavissa molekyyleissä esiintyviin Van der Waalsin voimiin, toisin sanoen ne perustuvat dipolien tai multipolien vuorovaikutukseen. Adsorboidut molekyylit itsessään säilyvät ja korkeintaan polarisoituvat (toisin kuin kemisorptiossa, jossa molekyylit voivat rikkoutua ja muodostaa uuden kemiallisen sidoksen adsorbenttin kanssa).

Koska piimaa on kemiallisesti inertti (reagoimaton), suoraa kemiallista vuorovaikutusta ei sen käytön aloittamisen jälkeen tapahdu. Asiantuntijan lausunnon mukaan on katsottava, ettei valmistetta käytettäessä kemiallisia sidoksia muodostu tai katkea ja että vuorovaikutus perustuu lähinnä Van der Waalsin voimiin ja jonkinlaiseen dipoli–dipoli-vuorovaikutukseen. Vaikutus on verrattavissa sieneen. Adsorptoituminen piimaan karkeisiin hiukkasiin rikkoo veden haihtumisen estävän kalvon, ja pinnan rikkoutuminen johtaa kuivumiseen. Lipidikerros voi kuitenkin – kosteissa olosuhteissa – muodostua uudelleen.

Hiointavaikutuksia ei voida sulkea kokonaan pois. Ne voidaan jättää käsiteltävän asian taustalla olevassa tapauksessa ja kysymyksenasettelussa huomiotta, koska kyse on puhtaasti mekaanisista vaikutuksista. [alkup. s. 8]

Jaosto aikoo yhtyä näihin Landgerichtin toiseikkoja koskeviin toteamuksiin. Asiantuntijalla, jota asianosaiset ehdottivat yksimielisesti ja joka on tunnettu myös piimaata koskevasta tutkimuksestaan, on ehdottomasti tarvittava asiantuntemus, joka on näytetty toteen lukuisilla tieteellisillä julkaisuilla. Lisäksi asiantuntija on näyttökysymyksen osalta kuvannut yksityiskohtaisesti piimaa-aineen vaikutustapaa tuholaisiin. Tämä kuvaus vastaa olennaisin osin asianosaisten riidatonta esitystä. Asiantuntija on tämän jälkeen – selostettuaan tieteellisen tarkastelun kehitystä – selittänyt aineen vaikutustavan havainnollisesti ja ymmärrettävästi. Tässä yhteydessä hän on luokitellut sen vakuuttavasti.

Lausunnossa ei ole havaittavissa puutteita asiantuntemuksen osalta, eikä sellaista ole myöskään väitetty.

Riita-asian ratkaisemisen kannalta on siten merkityksellistä, johtaako tehoaineena hyväksyminen, joka nyt tarkasteltavassa tapauksessa on tapahtunut komission 10.5.2017 antamalla täytäntöönpanoasetuksella (EU) 2017/794, väistämättä siihen, että tuote on asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettu biosidi, jolloin tässä oikeudenkäynnissä ei tarvitsisi tutkia, täyttyvätkö edellytykset sen luokittelulle asetuksen (EU) N:o 528/2012 3 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitetuksi biosidiksi.

[--]

TYÖASIAKIRJA