

**Predmet C-29/20**

**Zahtjev za prethodnu odluku**

**Datum podnošenja:**

23. siječnja 2020.

**Sud koji je uputio zahtjev:**

Oberlandesgericht Köln (Njemačka)

**Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:**

10. siječnja 2020.

**Tužitelj:**

Biofa AG

**Tuženik:**

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[omissis]

Objavljeno dana 10.01.2020.

[omissis]

**Oberlandesgericht Köln (Visoki zemaljski sud u Kölnu)**

**Rješenje**

U sporu

društva Biofa AG, [omissis] Gutsbezirk Münsingen,

Tužitelj i žalitelj,

[omissis]

protiv

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

Tuženik i druga stranka u žalbenom postupku,

[omissis]

6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln (6.vijeće građanskog odjela Visokog zemaljskog suda Köln, Njemačka)

[omissis]

**riješio je:**

I. Postupak se prekida.

II. U svrhu tumačenja članka 3. stavka 1. točke (a), članka 9. stavka 1. točke (a), članka 95. stavka 3. Uredbe (EU) **[orig. str. 2.]** br. 528/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2012. o stavljanju na raspolaganje na tržištu i uporabi biocidnih proizvoda, Sudu Europske unije upućuje se sljedeće prethodno pitanje:

Predstavlja li odobrenje aktivne tvari putem donošenja provedbene uredbe u skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) Uredbe (EU) 528/2012, obvezujuće utvrđenje za sudski postupak u državi članici prema kojem je tvar na kojoj se temelji odobrenje u smislu članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012 namijenjena djelovanju na bilo koji način osim čisto fizičkim ili mehaničkim djelovanjem ili je na sudu države članice nadležnom za odlučivanje da u tom pogledu čak i nakon donošenja provedbene uredbe utvrdi jesu li ispunjeni činjenični elementi iz članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012?

**Obrazloženje:**

I.

Stranke se spore oko pitanja ima li tuženik pravo stavljati na tržište proizvod za kontrolu štetnika koji sadržava dijatomejsku zemlju kao aktivnu tvar i u slučaju da ta dijatomejska zemlja ne potječe od uvoznika ili proizvođača uključenog na popis.

Tužitelj je srednji poduzetnik i razvija proizvode za poljoprivredu, većinom biološkog podrijetla, podnosi zahtjeve za odobrenja i odobrene proizvode stavlja na tržište na području Savezne Republike Njemačke, drugih država EU-a ili država Europskog gospodarskog prostora.

U te se proizvode ubrajaju i proizvodi koji kao aktivnu tvar sadržavaju dijatomejsku zemlju (ta je aktivna tvar poznata pod brojnim drugim nazivima) i koje tužitelj stavlja na tržište pod trgovačkim nazivom „InsectoSec®”. Ti proizvodi služe kontroli gmižuce gamadi u peradarnicima, naročito kontroli crvene kokoške grinje [tekut]. **[orig. str. 3.]**

Aktivna tvar „dijatomejska zemlja” je mineral koji se dobiva iz mikroskopski malih ljuštura odumrlih dijatomeja [alge kremenjašice] i sastoji se pretežno od silicijeva dioksida. Kontaktom s aktivnom tvari nametnici i grinje se zaprašuju, čime se utječe na voštani sloj koji se nalazi na njihovim kutikulama (koje životinje zapravo štite od isušivanja). Nametnici i grinje uslijed toga dehidriraju i odumiru.

Tužitelj je podnio zahtjev za odobrenje aktivne tvari dijatomejska zemlja u skladu s Uredbom (EU) br. 528/2012. U tu je svrhu dostavio potrebnu dokumentaciju koja je izrađena uz znatne financijske troškove.

U skladu s Provedbenom uredbom Komisije (EU) 2017/794 od 10. svibnja 2017. o odobrenju silicijeva dioksida/dijatomejske zemlje kao postojeće aktivne tvari za uporabu u biocidnim proizvodima vrste 18, silicijev dioksid/dijatomejska zemlja je kao aktivna tvar odobrena za uporabu u biocidnim proizvodima vrste 18, podložno specifikacijama i uvjetima iz Priloga. Provedbena uredba stupila je na snagu dvadesetog dana od dana objave. Tužitelj je, trenutno kao jedini proizvođač te aktivne tvari, uključen na popis osoba u skladu s člankom 95. Uredbe (EU) 528/2012 [omissis].

Tuženik nudi proizvode vlasnicima životinja i proizvođačima krmnih mješavina, među ostalim, u svrhu „upravljanja populacijom parazita posebno u području peradi” putem internetske trgovine i internetskog tržišta eBay. Tuženik tako, među ostalim, na tržište stavlja proizvod pod trgovačkim nazivom „HS Mikrogur” za kontrolu grinja koje napadaju perad, naročito crvene kokoške grinje, koji isto tako sadržava aktivnu tvar dijatomejska zemlja, a da pritom tu aktivnu tvar ne kupuje od tužitelja.

Tužitelj tu ponudu tuženika drži protivnom pravilima tržišnog natjecanja jer se njome krše odredbe članaka 3. i 3. a UWG-a (Zakon o zaštiti od nepoštenog tržišnog natjecanja, u daljnjem tekstu: UWG) u vezi s člankom 95. stavkom 2. i 3. Uredbe (EU) 528/2012. Aktivna tvar dijatomejska zemlja, prema mišljenju tužitelja, ne djeluje čisto fizički ili mehanički. Tužitelj stoga od tuženika zahtijeva propuštanje, obavijest, utvrđenje njegove obveze naknade štete i naknadu troškova opomene. **[orig. str. 4.]**

Nakon izvođenja dokaza pribavljanjem nalaza i mišljenja vještaka, Zemaljski sud je odbio tužbu. Taj sud smatra da zahtjevi postavljeni u skladu s člankom 8. stavkom 3. točkom 1., člancima 3. i 3a UWG-a u vezi s člankom 3. stavkom 1. točkom (a), člankom 95. stavkom 2. i 3. Uredbe (EU) 528/2012 ne postoje.

## II.

Odluka u predmetnom sporu ovisi o tumačenju članka 3. [stavka 1.] točke (a), članka 9. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012 kao i o tumačenju obvezujućeg učinka provedbene uredbe koja je donesena na osnovi te uredbe. Stoga se prije odluke o žalbi može prekinuti postupak i u skladu s člankom 267. stavkom 1. točkom (b) i stavkom 2. UFEU-a pribaviti prethodna odluka Suda Europske unije. Senat (vijeće) u ovom postupku to smatra potrebnim.

1. Zemaljski sud smatrao je tužbu neosnovanom i o tome naveo sljedeće:

Stranke su konkurenti i postoji konkretan konkurentski odnos. Članak 95. stavak 3. Uredbe (EU) 528/2012 također je odredba kojom se uređuje ponašanje na tržištu u smislu članka 3. a UWG-a. Tuženik, međutim, biocidne proizvode nije stavljao na raspolaganje na tržištu protivno članku 3. stavku 1 [točki] (a) i članku 95. stavku 3. Uredbe (EU) 528/2012. Stavljanjem tuženikova proizvoda na tržište ne krši se Uredba (EU) 528/2012 jer taj proizvod nije proizvod u smislu članka 3. stavka 1. [točke] (a), prve alineje Uredbe (EU) 528/2012. Tuženikov proizvod nije namijenjen tomu da na bilo koji način osim čisto fizičkim ili mehaničkim djelovanjem uništi, odvрати, učini bezopasnim, spriječi djelovanje, odnosno nadzire bilo koji štetni organizam. Zemaljski sud stoga unatoč Provedbenoj uredbi Komisije (EU) 2017/794 ima pravo ispitati to pitanje. Izvođenje dokaza pokazalo je da tuženikov proizvod ne ispunjava navedene činjenične elemente.

2. U ovom se sporu postavlja pitanje, ako se aktivna tvar odobri donošenjem provedbene uredbe u skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) Uredbe (EU) 528/2012, je li u sudskom postupku u državi članici obvezujuće utvrđenje da je tvar namijenjena tomu da u smislu članka 3 stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012 djeluje na bilo koji način **[orig. str. 5.]** osim čisto fizičkim ili mehaničkim djelovanjem ili je na sudu države članice da utvrdi jesu li ispunjeni činjenični elementi iz članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012.

2. Osnovanost zahtjeva o kojima je riječ u ovom predmetu može se izvesti iz članka 8. stavka 1. 3 točke 1. i članka 3. stavka 1. UWG-a u vezi s činjenicom povrede prava poštene trgovinske prakse u skladu s člankom 3. a UWG-a u vezi s člankom 3. stavkom 1. točkom (a) i člankom 95. stavkom 2. i 3. Uredbe (EU) 528/2012. Pri primjeni tih odredaba postavljaju se pitanja tumačenja prava Unije koja je potrebno pojasniti.

a) Opći uvjeti koji se odnose na zahtjev za propuštanje s aspekta povrede prava u okviru prava tržišnog natjecanja ispunjeni su (članak 8. stavak 1., članak 3. stavak 1., članak 3.a UWG-a).

*[omissis]*.

b) Za odluku o osnovanosti tužbenog zahtjeva bitna je činjenica je li proizvod koji je konkretno postao predmetom zahtjeva „HS Mikroгур” obuhvaćen područjem primjene članka 3. stavka 1. točke (a) i članka 95. stavka 3. Uredbe (EU) 528/2012. Pritom se postavlja pitanje obvezujućeg učinka provedbene odredbe donesene u skladu s člankom 9. stavkom 1. točkom (a) Uredbe (EU) 528/2012 koje je potrebno pojasniti.

aa) U skladu s člankom 95. stavkom 3. Uredbe (EU) 528/2012 od 1. rujna 2015. biocidni proizvod ne može se staviti na tržište ako proizvođač ili uvoznik aktivne tvari sadržane u proizvodu ili, prema potrebi, uvoznik biocidnog proizvoda nije uključen na popis koji je objavila Agencija. **[orig. str. 6.]**

(1) U slučaju „dijatomejske zemlje” riječ je o „aktivnoj tvari[?]” u prethodno navedenom smislu, koja djeluje na štetne organizme ili protiv štetnih organizama u skladu s člankom 3. stavkom 1. točkom (g) Uredbe (EU) 528/2012. Nesporno je da određene grinje, dakle štetni organizmi, dehidriraju nakon kontakta s dijatomejskom zemljom te potom zbog te dehidracije ugibaju. Isto tako, tuženik je stavljao na raspolaganje na tržištu odgovarajuće proizvode koji sadržavajući dijatomejsku zemlju sadržavaju tvar navedenu na popisu u skladu s člankom 95. stavkom 1. Uredbe (EU) 528/2012, točnije aktivnu tvar koja je na zahtjev i po dostavljanju dokumentacije dana 01.11.2018. odobrena.

Proizvod „HS Mikrogur” namijenjen je kontroli štetnih organizama. Za ocjenu „namjene” proizvoda odlučujuće je kako se to predstavlja prosječno obaviještenom potrošaču. Premda dijatomejska zemlja ima širok spektar primjene, primjerice u području hrane kao dodatak prehrani i kao hrana za životinje, u konkretnom je slučaju pod trgovačkim nazivom „HS Mikrogur” tuženik kupuje, nudi i stavlja na tržište u svrhu kontrole štetnika.

(2) Između stranaka je nesporno da je tužitelj kao jedini dobavljač tvari ili dobavljač proizvoda naveden na popisu u skladu s člankom 95. stavkom 2. Uredbe (EU) 528/2012 i da tuženik tu tvar, čak ni posredno, nije kupovao od tužitelja. Međutim, to bi u skladu s člankom 95. stavkom 3. Uredba (EU) 528/2012 bilo potrebno, ako bi u slučaju te tvari bila riječ o biocidu u smislu Uredbe (EU) 528/2012. Naime, u skladu s člankom 95. stavkom 1. Uredbe (EU) 528/2012 Agencija objavljuje popis svih aktivnih tvari i svih tvari koje proizvode aktivnu tvar za koje je dostavljena dokumentacija usklađena sa zahtjevima iz Priloga II. Uredbi ili Priloga II.a ili IVa Direktivi 98/8/EZ i, prema potrebi, Priloga III.a navedenoj direktivi i koju je država članica u postupku predviđenom tom uredbom navedene direktive prihvatila ili potvrdila. U skladu s člankom 95. stavkom 3. Uredbe (EU) 528/2012, biocidni proizvod koji se sastoji od dotične tvari navedene na popisu u skladu sa stavkom 1., takvu tvar sadržava ili takvu tvar proizvodi, može se staviti na raspolaganje na tržištu samo ako je dobavljač tvari ili proizvođač tvari uključen na popis u skladu sa stavkom 2. za vrstu proizvoda ili vrste proizvoda u koje se taj proizvod ubraja.

(3) Postavlja se pitanje, je li u slučaju proizvoda koji je tuženik stavljao na tržište riječ o biocidnom proizvodu u smislu članka 3. stavka 1. [točke] (a), prve alineje Uredbe (EU) 528/2012, [**orig. str. 7.**] odnosno o tvari (smjesi) koja se sastoji od jedne ili više aktivnih tvari, odnosno koja ih sadrži, i namijenjena je tomu da na bilo koji način osim čisto fizičkim ili mehaničkim djelovanjem uništi, odvraća, učini bezopasnim, spriječi djelovanje, odnosno nadzire bilo koji štetni organizam.

Zemaljski sud je nakon provođenja dokaza smatrao da proizvod tuženika štetne organizme ne kontrolira ni na koji drugi način osim čisto fizičkim ili mehaničkim djelovanjem u smislu članka 3. stavka 1. Uredbe (EU) 528/2012. Taj sud to smatra nespornim na temelju uvjerljivih navoda sudskog vještaka.

Mehanizam djelovanja je sorpcija, odnosno obogaćivanje tvari u jednoj fazi, što je kod dijatomejske zemlje adsorpcija, dakle taloženje atoma i molekula na površini. Točnije, primarni mehanizam djelovanja je fizička adsorpcija pri kojoj elektronske strukture adsorbata i površina uvelike ostaju nepromijenjeni. Djelatne sile su slabe i mogu se usporediti s Van der Waalsovima silama u molekulama, odnosno objasniti dipolnim ili višepolnim interakcijama. Adsorbirane molekule kao takve ostaju sačuvane, eventualno se polariziraju (za razliku od kemijske adsorpcije kod koje može doći do raspada molekule i nove kemijske veze s adsorbentom).

Budući da je dijatomejska zemlja kemijski inertna (teško stupa u kemijske reakcije), ne treba smatrati da nakon uzimanja dolazi do izravne kemijske interakcije. Prema navodima vještaka treba smatrati da ne dolazi ni do kakvih stvaranja ili prekida kemijskih veza te se uzajamna djelovanja u bitnome mogu objasniti Van der Waalsovima silama s nekom od dipol-dipol interakcija. Djelovanje se može usporediti s djelovanjem spužve. Adsorpcijom grubih čestica dijatomejske zemlje prekida se vodena barijera i uslijed kidanja površine dolazi do isušivanja. Međutim, lipidni sloj se u vlažnoj atmosferi može regenerirati.

Abrazivna djelovanja nisu se mogla sasvim isključiti. Međutim, ta se djelovanja u ovoj konstelaciji slučaja i postavljenog pitanja nisu morala razmatrati jer je riječ o čisto mehaničkom djelovanju. **[orig. str. 8.]**

Senat (vijeće) se namjerava složiti s navedenim činjeničnim utvrđenjima. Vještak, kojeg su obje stranke suglasno predložile i koji je sa svojim istraživanjima poznat i na području dijatomejske zemlje, bez daljnje raspoložive potrebne stručne znanje koje je potvrđeno brojnim znanstvenim publikacijama. Odgovarajući na pitanja postavljena u vezi s dokazima on je podrobno opisao način djelovanja tvari „dijatomejska zemlja” na štetnike. Taj opis u bitnome odgovara nespornim navodima stranaka. Zatim je, nakon što je objasnio razvoj znanstvene rasprave, slikovito i shvatljivo objasnio način djelovanja. Pritom je izveo uvjerljivu klasifikaciju. Stručni nedostaci nalaza i mišljenja vještaka nisu razvidni, a nije ih se ni navelo.

Stoga je za odluku o sporu bitno uvjetuje li odobrenje neke tvari kao aktivne tvari koje je u ovom predmetu dobiveno u okviru Provedbene uredbe Komisije (EU) 2017/794 od 10. svibnja 2017. nužno svojstvo proizvoda kao biocida u smislu članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012, tako da se u okviru predmetnog postupka ne bi trebalo ispitivati jesu li ispunjeni činjenični elementi za kvalifikaciju u svojstvu biocida u smislu članka 3. stavka 1. točke (a) Uredbe (EU) 528/2012.

[omissis]