

Byla C-29/20

Prašymas priimti prejudicinį sprendimą

Gavimo data:

2020 m. sausio 23 d.

Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas:

Oberlandesgericht Köln (Vokietija)

Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą priėmimo data:

2020 m. sausio 10 d.

Ieškovė:

Biofa AG

Atsakovė:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

<...>

Paskelbta 2020 m. sausio 10 d.

<...>

***Oberlandesgericht Köln* (Kelno aukštesnysis apygardos teismas)**

nutartis

Byloje

Biofa AG, <...> Miunsingeno neinkorporuoti teritorija,

ieškovė ir apeliantė,

<...>

prieš

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co KG, <...> Eversvinkelis,

atsakovę ir kitą apeliacinio proceso šalį,

<...>

Oberlandesgericht Köln 6-oji civilinių bylų kolegija <...>

<...>

nutarė:

I. Sustabdyti bylos nagrinėjimą.

II. Pateikti Europos Sąjungos Teisingumo Teismui šį klausimą prejudiciniam sprendimui priimti dėl 2012 m. gegužės 22 d. (**orig. p. 2**) Europos Parlamento ir Tarybos reglamento (ES) Nr. 528/2012 dėl biocidinių produktų tiekimo rinkai ir jų naudojimo 3 straipsnio 1 dalies a punkto, 9 straipsnio 1 dalies a punkto ir 95 straipsnio 3 dalies išaiškinimo:

Ar veikliosios medžiagos patvirtinimas įgyvendinimo reglamentu pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 9 straipsnio 1 dalies a punktą teismo procesui valstybėje narėje privalomai reiškia, kad patvirtintos medžiagos paskirtis, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktą, yra daryti poveikį bet kokiais, išskyrus tik fizinius ar mechaninius, būdais, ar net priėmus įgyvendinimą reglamentą sprendimą priimančios valstybės narės teismas turi nustatyti faktą, ar tenkinamos Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punkto taikymo sąlygos?

Motyvai

I.

Šalys nesutaria dėl to, ar atsakovė turi teisę pateikti rinkai produktą kenkėjams kontroliuoti, kurio sudėtyje yra veikliosios medžiagos diatomito, net jei šis produktas nėra gautas iš sąrašė nurodyto importuotojo ar gamintojo.

Ieškovė yra vidutinė įmonė, kuri kuria žemės ūkio produktus, daugiausia biologiniu pagrindu, teikia paraiškas autorizacijos liudijimui gauti ir pateikia autorizuotus produktus Vokietijos Federacinės Respublikos, kitų ES šalių arba Europos ekonominės erdvės šalių rinkai.

Šiems produktams taip pat priskiriami produktai, kurių sudėtyje yra veikliosios medžiagos diatomito (ši veiklioji medžiaga žinoma daugeliu kitų pavadinimų); ieškovė tiekia šiuos produktus rinkai prekybiniu pavadinimu „InsectoSec®“. Šie produktai skirti kovai su ropojančiais kenkėjais naminių paukščių paukštidėse, visų pirma su rausvosiomis paukštinėmis erkėmis. (**orig. p. 3**)

Veiklioji medžiaga „diatomitas“ yra iš mikrosopiškai mažų negyvų titnaginių dumblių lukštų gaunamas mineralas, kurį daugiausia sudaro silicio dioksidas. Dėl sąlyčio su veikliąja medžiaga vabzdžiai kenkėjai ir erkės pasidengia dulkių

sluoksniu, kuris veikia ant jų šarvų esantį (ir iš tikrųjų nuo išdžiūvimo saugantį) vaškuotą sluoksnį. Vabzdžiai kenkėjai ir erkės dehidratuoja ir nugaišta.

Ieškovė pateikė paraišką autorizuoti veikliąją medžiagą diatomitą pagal Reglamentą (ES) Nr. 528/2012. Šiuo tikslu ji pateikė reikiamą dokumentaciją, kurią rengdama patyrė nemažų finansinių išlaidų.

Pagal 2017 m. gegužės 10 d. Komisijos įgyvendinimo reglamentą (ES) 2017/794, kuriuo silicio dioksidas diatomitas patvirtinamas kaip esama veiklioji medžiaga 18-o tipo biocidiniams produktams gaminti, silicio dioksidas diatomitas patvirtintas kaip veiklioji medžiaga 18-o tipo biocidiniams produktams gaminti, jei laikomasi priede nustatytų specifikacijų ir sąlygų. Šis įgyvendinimo reglamentas įsigaliojo dvidešimtą dieną po jo paskelbimo. Ieškovė, kuri šiuo metu yra vienintelė šios veikliosios medžiagos gamintoja, buvo įtraukta į sąrašą pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 <...> 95 straipsnį.

Atsakovė siūlo produktus gyvūnų laikytojams ir kombinuotųjų pašarų pramonei, be kita ko, „parazitų kontrolei, visų pirma naminių paukščių sektoriuje“, internetinėje parduotuvėje ir elektroninėje prekyvietėje *eBay*. Ji, be kita ko, prekiauja produktu prekybiniu pavadinimu „HS Mikrogur“ kovai su naminių paukščių erkėmis, visų pirma rausvosiomis paukščių erkėmis, kurio sudėtyje taip pat yra veikliosios medžiagos diatomito, nepirkdama veikliosios medžiagos iš ieškovės.

Ieškovė mano, kad šis atsakovės pasiūlymas yra antikonkurencinis, nes juo pažeidžiami *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Įstatymas dėl kovos su nesąžininga konkurencija, toliau – UWG) 3 ir 3a straipsniai, siejami su Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 2 ir 3 dalimis. Veiklioji medžiaga diatomitas veikia ne tik fiziniu ar mechaniniu būdu. Ieškovė pareikalavo, kad atsakovė nutrauktų veiksmus, teiktų informaciją, atlygintų išpėjimo išlaidas ir kad būtų pripažinta jos pareiga atlyginti žalą. **(orig. p. 4)**

Gavęs eksperto išvadą ir taip surinkęs įrodymus, apygardos teismas ieškinį atmetė. Jis nustatė, kad pareikšti reikalavimai nepagrįsti remiantis UWG 8 straipsnio 3 dalies 1 punktu ir 3 ir 3a straipsniais, siejamais su Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktu ir 95 straipsnio 2 ir 3 dalimis.

II.

Sprendimas nagrinėjamoje byloje priklauso nuo Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio a punkto ir 9 straipsnio 1 dalies a punkto išaiškinimo, taip pat nuo remiantis šiomis nuostatomis priimto įgyvendinimo reglamento privalomojo pobūdžio. Todėl prieš priimant sprendimą dėl apeliacinio skundo gali būti stabdomas bylos nagrinėjimas ir pagal SESV 267 straipsnio pirmos pastraipos b punktą ir antrą pastraipą kreipiamasi į Europos Sąjungos Teisingumo Teismą su prašymu priimti prejudicinį sprendimą. Kolegija mano, kad tai būtina šioje byloje.

1. Apygardos teismas laikė ieškinį nepagrįstu, pateikdamas šiuos motyvus:

Tiesa, kad šalys yra konkurentės ir egzistuoja konkretūs konkurenciniai santykiai. Be to, Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 3 dalyje įtvirtinta elgesio rinkoje taisyklė, kaip tai suprantama pagal UWG 3a straipsnį. Vis dėlto nenustatyta, kad atsakovė tiekė rinkai biocidinius produktus pažeisdama Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktą ir 95 straipsnio 3 dalį. Atsakovės produkto pardavimas nepažeidžia Reglamento (ES) Nr. 528/2012, nes šis produktas nėra produktas, apibrėžtas Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punkto pirmoje įtraukoje. Atsakovės produkto paskirtis nėra naikinti, sulaukyti, padaryti nekenksmingus bet kokius kenksminguosius organizmus, užkirsti kelią jų poveikiui arba juos kontroliuoti bet kokiais, išskyrus tik fizinius ar mechaninius, būdais. Apygardos teismas turi teisę nagrinėti šį klausimą nepaisant Komisijos įgyvendinimo reglamento (ES) 2017/794. Iš surinktų įrodymų matyti, kad atsakovės produktas netenkina nurodytų nuostatos taikymo sąlygų.

2. Nagrinėjamu atveju kyla klausimas, ar veikliosios medžiagos patvirtinimas įgyvendinimo reglamentu pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 9 straipsnio 1 dalies a punktą teismo procesui valstybėje narėje privalomai reiškia, kad medžiagos paskirtis, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktą, yra (**orig. p. 5**) daryti poveikį bet kokiais, išskyrus tik fizinius ar mechaninius, būdais, ar valstybės narės teismas turi konstatuoti faktą, ar tenkinamos Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punkto taikymo sąlygos.

2. Nagrinėjamų reikalavimų pagrįstumą galima nustatyti iš UWG 8 straipsnio 1 dalies, 3 dalies 1 punkto ir 3 straipsnio 1 dalies, siejamų su sąžiningos prekybos teisės pažeidimo sudėtimi pagal UWG 3a straipsnį, siejamą su Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktu ir 95 straipsnio 2 ir 3 dalimis. Taikant šią nuostatą kyla Sąjungos teisės aiškinimo klausimų, kuriuos reikia išaiškinti.

a) Bendrosios reikalavimo nutraukti veiksmus pagal konkurencijos teisę sąlygos, kiek tai susiję su įstatymų pažeidimu (UWG 8 straipsnio 1 dalis, 3 straipsnio 1 dalis ir 3a straipsnis), tenkinamos.

<...>

b) Ieškinio pagrįstumas priklauso nuo to, ar objektas, dėl kurio konkrečiai pareikšti reikalavimai, t. y. produktas „HS Mikrogur“, patenka į Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punkto ir 95 straipsnio 3 dalies taikymo sritį. Kyla klausimas dėl įgyvendinimo reglamento, priimto remiantis Reglamento (ES) Nr. 528/2012 9 straipsnio 1 dalies a punktu, privalomojo poveikio, taigi jis turi būti išaiškintas.

aa) Pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 3 dalį nuo 2015 m. rugsėjo 1 d. rinkai nepateikiami biocidiniai produktai, kurių sudėtyje yra veikliosios medžiaga, jei į agentūros skelbiamą sąrašą nėra įrašytas šios veikliosios

medžiagos gamintojas, importuotojas arba prireikus biocidinio produkto importuotojas. (**orig. p. 6**)

1) Medžiaga „diatomitas“ yra „veiklioji medžiaga“ pirmiau nurodyta prasme, daranti poveikį kenksmingiesiems organizmams, kaip jie apibrėžti Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies g punkte, arba nuo jų apsauganti. Neginčijama, kad tam tikros erkės, taigi – kenksmingieji organizmai, po sąlyčio su diatomitu dehidratuoja ir dėl dehidracijos nugaišta. Atsakovė taip pat teikė rinkai atitinkamus produktus, kurių sudėtyje kartu su diatomitu yra Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 1 dalyje nurodytame sąraše esančios medžiagos, t. y. veikliosios medžiagos, kuri buvo patvirtinta pateikus paraišką ir dokumentaciją 2018 m. lapkričio 1 d.

Produktas „HS Mikrogur“ skirtas kovai su kenksmingaisiais organizmais. Vertinant produkto „paskirtį“ svarbu tai, kaip ją suvokia vidutiniškai informuotas vartotojas. Nors diatomito naudojimo sritis yra plati, jis gali būti naudojamas, pavyzdžiui, maisto produktų srityje kaip maisto papildas ir kaip pašarai; šiuo konkrečiu atveju atsakovė reklamuoja, parduoda ir teikia jį rinkai kenkėjams kontroliuoti prekybiniu pavadinimu „HS Mikrogur“.

2) Šalys neginčija, kad ieškovė yra vienintelė medžiagos ar produkto tiekėja, įtraukta į Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 2 dalyje nurodytą sąrašą, o atsakovė nepirko šios medžiagos, net ir netiesiogiai, iš ieškovės. Vis dėlto tai būtų būtina pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 3 dalį, jei ši medžiaga būtų biocidinis produktas, kaip tai suprantama pagal Reglamentą (ES) Nr. 528/2012. Pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 1 dalį agentūra viešai skelbia visų veikliųjų medžiagų ir visų medžiagų, iš kurių susidaro veiklioji medžiaga, su kuriomis susijęs dokumentų rinkinys, atitinkantis šio reglamento II priedo arba Direktyvos 98/8/EB IIA arba IVA priedo ir, atitinkamais atvejais, tos direktyvos IIIA priedo reikalavimus, buvo pateiktas ir valstybės narės priimtas arba patvirtintas šiame reglamente arba toje direktyvoje numatyta tvarka, sąrašą. Pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 95 straipsnio 3 dalį rinkai nepateikiami biocidiniai produktai, kuriuos sudaro, kurių sudėtyje yra arba iš kurių susidaro atitinkama į 1 dalyje nurodytą sąrašą įrašyta medžiaga, išskyrus atvejus, kai medžiagos arba produkto tiekėjas yra įrašytas į 2 dalyje nurodytą sąrašą ir priskirtas tam produktų tipui (-ams), kuriam (-iems) priklauso produktas.

3) Kyla klausimas, ar atsakovės parduodamas produktas yra biocidinis, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punkto pirmą įtrauką, (**orig. p. 7**) t. y. medžiaga (mišinys), kuri sudaryta iš vienos ar daugiau veikliųjų medžiagų arba kurios sudėtyje yra veikliųjų medžiagų ir kurios paskirtis yra naikinti, sulaikyti, padaryti nekenksmingus kenksminguosius organizmus, užkirsti kelią jų poveikiui arba juos kontroliuoti bet kokiais, išskyrus tik fizinius ar mechaninius, būdais.

Išnagrinėjęs įrodymus, apygardos teismas padarė prielaidą, kad atsakovės produktas kontroliuoja kenksminguosius organizmus vien tik fiziniu ar

mechaniniu būdu, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalį. Tai akivaizdu iš įtikinamų teismo paskirto eksperto teiginių.

Veikimo būdas yra sorbcija, t. y. medžiagų susikaupimas viename etape, konkrečiai diatomito atveju – adsorbcija, taigi, atomų ir molekulių nusėdimas ant paviršiaus. Tiksliau, pagrindinis veikimo būdas yra fizisorbcija, dėl kurios elektroninės adsorbuotos medžiagos ir paviršiaus struktūros iš esmės lieka nepakitusios. Veikiančios jėgos yra silpnos ir panašios į Van der Valso jėgas molekulėse, t. y. atsiranda dėl dipolės arba daugiapolės sąveikos. Pačios adsorbuotos molekulės išlieka ir daugiausia poliarizuojamos (kitaip, nei vykstant chemisorbcijai, kai molekulė gali skilti ir gali susidaryti nauja cheminė jungtis su adsorbentu).

Atsižvelgiant į tai, kad diatomitas yra chemiškai inertiškas (reaguoja lėtai), negalima daryti prielaidos, jog po kontakto su diatomitu vyksta tiesioginė cheminė sąveika. Remiantis eksperto teiginiais, reikia daryti prielaidą, kad cheminiai junginiai nesusidaro ir neskykla, o sąveika daugiausia atsiranda dėl Van der Valso jėgų ir vienos ar kitos dipolio sąveikos su dipoliu. Poveikis panašus į kempinės. Dėl stambių diatomitinės žemės dalelių adsorbcijos suskaidomas vandens barjeras, dėl pažeisto paviršiaus vyksta džiūvimas. Vis dėlto lipidų sluoksnį galima regeneruoti drėgnoje atmosferoje.

Negalima visiškai atmesti abrazyvinio poveikio galimybes. Nagrinėjant faktines aplinkybes ir pateiktą klausimą į šį poveikį būtų galima neatsižvelgti, nes jis yra grynai mechaninis. **(orig. p. 8)**

Kolegija ketina pritarti šioms faktinėms apygardos teismo išvadoms. Ekspertas, kurį bendrai pasiūlė abi šalys ir kuris yra žinomas dėl savo mokslinių tyrimų, taip pat diatomito srityje, neabejotinai turi reikiamų žinių, kaip matyti iš daugelio mokslinių publikacijų. Be to, kiek tai susiję su įrodymų klausimu, ekspertas išsamiai apibūdino medžiagos „diatomitas“ poveikį kenkėjams. Šis aprašymas iš esmės atitinka neginčijamus šalių teiginius. Ekspertas taip pat aiškiai ir suprantamai paaiškino veikimo būdą, išdėstęs mokslinių diskusijų raidą. Be to, medžiagą jis klasifikavo įtikinamai. Ataskaitoje nėra nei akivaizdžių, nei nurodytų techninių trūkumų.

Dėl šios priežasties prieš priimant sprendimą byloje svarbu atsakyti į klausimą, ar veikliosios medžiagos autorizacija, atlikta priėmus 2017 m. gegužės 10 d. Komisijos įgyvendinimo reglamentą (ES) 2017/794, neišvengiamai reiškia, kad produktas yra biocidinis produktas, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktą, todėl šioje byloje nereikia vertinti, ar tenkinamos sąlygos, kad produktas būtų laikomas biocidiniu produktu, kaip tai suprantama pagal Reglamento (ES) Nr. 528/2012 3 straipsnio 1 dalies a punktą.

<...>