

Zaak C-29/20

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

23 januari 2020

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Köln (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

10 januari 2020

Verzoekende partij:

Biofa AG

Verwerende partij:

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

[OMISSIS]

Uitgesproken op 10 januari 2020

[OMISSIS]

Oberlandesgericht Köln

Beslissing

In het geschil

van Biofa AG, [OMISSIS] Gutsbezirk Münsingen,

verzoekster in eerste aanleg en appellante,

[OMISSIS]

tegen

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

verweerster in eerste aanleg en geïntimeerde,

[OMISSIS]

heeft de zesde Zivilsenat (civiele kamer) van het Oberlandesgericht Köln (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Keulen, Duitsland)

[OMISSIS]

beslist:

I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof“) wordt met het oog op de uitlegging van artikel 3, lid 1, onder a), artikel 9, lid 1, onder a), en artikel 95, lid 3, van verordening (EU) [Or. 2] nr. 528/2012 verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staat het na de goedkeuring van een werkzame stof via een uitvoeringsverordening die is vastgesteld volgens artikel 9, lid 1, onder a), van verordening (EU) nr. 528/2012 [van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden (hierna: ‚verordening nr. 528/2012‘)], in een gerechtelijke procedure in een lidstaat bindend vast dat de stof waarvoor de goedkeuring is verleend, als doel heeft op een andere dan louter fysieke of mechanische wijze te werken in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012, of is de rechter van de lidstaat bij wie de zaak aanhangig is gemaakt, nog steeds bevoegd om feitelijke vaststellingen te verrichten met betrekking tot de vraag of de toepassingsvoorwaarden van artikel 3, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 zijn vervuld?“

Motivering:

I.

Partijen hebben een geschil over de vraag of verweerster gerechtigd is een product voor ongediertebestrijding, dat als werkzame stof kiezelgoer bevat, op de markt te brengen, ook als dit niet afkomstig is van een daarvoor geregistreerde importeur of fabrikant.

Verzoekster is een middelgrote onderneming die producten ontwikkelt voor de landbouwsector, overwegend op biologische basis, toelatingen aanvraagt en de toegelaten producten op de markt brengt in de Bondsrepubliek Duitsland en in andere EU-landen of landen van de Europese Economische Ruimte.

Tot deze producten behoren ook producten die de werkzame stof „kiezelgoer“ bevatten (een werkzame stof die ook bekend is onder talrijke andere benamingen) [bijvoorbeeld ook wel „diatomeeënaarde“ genoemd] en door verzoekster onder de

handelsnaam „InsectoSec®“ op de markt worden gebracht. Deze producten dienen voor de bestrijding van kruipend ongedierte, meer specifiek de rode vogelmijt, in pluimveestallen. **[Or. 3]**

De werkzame stof „kiezelgoer“ is een mineraal dat gewonnen wordt uit microscopisch kleine skeletjes van afgestorven kiezelwieren en overwegend bestaat uit siliciumdioxide. Door contact met de werkzame stof raken de schadelijke insecten en mijten bedekt met poeder, waardoor de waslaag die zich op hun pantsers bevindt (en de diertjes feitelijk tegen uitdroging beschermt), wordt aangetast. De schadelijke insecten en mijten dehydreren vervolgens en gaan dood.

Verzoekster heeft de toelating van de werkzame stof kiezelgoer aangevraagd krachtens verordening nr. 528/2012. Hiervoor heeft zij het vereiste dossier ingediend, dat zij tegen een niet onaanzienlijke financiële inspanning heeft laten opstellen.

Bij uitvoeringsverordening (EU) 2017/794 van de Commissie van 10 mei 2017 tot goedkeuring van siliciumdioxide/kiezelgoer als bestaande werkzame stof voor gebruik in biociden van productsoort 18, is siliciumdioxide/kiezelgoer goedgekeurd als werkzame stof voor gebruik in biociden van productsoort 18, mits de in de bijlage vastgestelde specificaties en voorwaarden worden nageleefd. De uitvoeringsverordening is op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in werking getreden. Verzoekster is – momenteel als enige fabrikant van deze werkzame stof – geregistreerd in de lijst waarvan sprake is in artikel 95 van verordening nr. 528/2012 [OMISSIS].

Verweerster biedt producten aan voor houders van dieren en voor de mengvoederindustrie, onder andere voor „parasietenbeheer speciaal in de pluimveesector“, via een onlineshop en via de online-marktplaats eBay. Zo verkoopt zij onder meer een product met de handelsnaam „HS Mikrogur“ ter bestrijding van kippenmijten, meer specifiek de rode vogelmijt, hetwelk eveneens de werkzame stof kiezelgoer bevat, zonder dat zij deze werkzame stof betreft van verzoekster.

Verzoekster beschouwt dit aanbod van verweerster als mededingingsversturend, omdat het volgens haar in strijd is met §§ 3, 3a, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet tegen de oneerlijke concurrentie) (hierna „UWG“) juncto artikel 95, lid 2, 3, van verordening nr. 528/2012. De werkzame stof kiezelgoer werkt volgens haar niet alleen op enkel fysieke of mechanische wijze. Verzoekster heeft in rechte maatregelen tegen verweerster gevorderd inzake staking, informatieverstrekking, schadeloosstelling en vergoeding van de aanmaningskosten. **[Or. 4]**

Het Landgericht heeft de eis na instructie middels het laten opstellen van een expertiserapport afgewezen. De geclaimde vorderingen zouden niet kunnen

worden toegewezen, gelet op § 8 lid 3, nr. 1, §§ 3, 3a, UWG juncto artikel 3, lid 1, onder a), en artikel 95, leden 2 en 3, van verordening nr. 528/2012.

II.

De beslechting van het onderhavige geschil hangt af van de uitlegging van artikel 3, onder a), en artikel 9, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 en van de bindende werking van een op grond daarvan uitgevaardigde uitvoeringsverordening. Alvorens een beslissing in hoger beroep te nemen, dient de behandeling van de zaak dan ook te worden geschorst en moet het Hof krachtens artikel 267, lid 1, onder b), en lid 2, VWEU worden verzocht om een prejudiciële beslissing, die de Senat in de onderhavige procedure als noodzakelijk beschouwt.

1. Het Landgericht (rechter in eerste aanleg) heeft de eis ongegrond verklaard dit toegelicht als hierna volgt.

Partijen zijn weliswaar concurrenten en er is sprake van een concrete concurrentieverhouding. Ook is artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 een marktgedragsregeling als bedoeld in § 3a UWG. Verweerster heeft echter niet in strijd met artikel 3, lid 1, onder a), en artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 biociden op de markt gebracht. Het verkopen van het product van verweerster is niet in strijd met verordening nr. 528/2012, omdat het product geen product als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a), eerste streepje, van verordening nr. 528/2012 is. Het product van verweerster is niet bestemd om op een andere wijze dan via een louter fysieke of mechanische inwerking een schadelijk organisme te vernietigen, af te schrikken, onschadelijk te maken, de effecten daarvan te voorkomen of te bestrijden. Het Landgericht is bevoegd om dit na te gaan, ongeacht uitvoeringsverordening 2017/794 van de Commissie. Uit zijn onderzoek gebleken dat de vereiste constitutieve bestanddelen, wat het betrokken product van verweerster betreft, niet voorhanden zijn.

2. In casu rijst de vraag of met de goedkeuring van een werkzame stof door een uitvoeringsverordening krachtens artikel 9, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 voor een gerechtelijke procedure in een lidstaat bindend vaststaat dat de grondstof bestemd is om op een andere wijze **[Or. 5]** dan door louter fysieke of mechanische beïnvloeding werkzaam te zijn in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012, dan wel de rechter van die lidstaat nog steeds bevoegd is om aan de hand van de feitelijke vaststellingen te verifiëren of de toepassingsvoorwaarden van artikel 3, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 vervuld zijn.

2. Dat de betrokken vorderingen gegrond zijn volgt mogelijkwijs uit § 8 lid 1, 3, nr. 1, en § 3, lid 1, UWG, junctis de bepalingen inzake inbreuken op de eerlijke handelspraktijken zoals neergelegd in § 3a, UWG, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder a), artikel 95, leden 2 en 3, van verordening

nr. 528/2012. Bij de toepassing van deze bepaling rijzen vragen met betrekking tot de uitlegging van het Unierecht die relevant zijn voor de te geven beslissing.

a) Gelet op de vastgestelde inbreuken is voldaan aan de algemene voorwaarden voor een stakingsvordering in de zin van het mededingingsrecht (§ 8, lid 1, § 3, lid 1, § 3a UWG).

[OMISSIS]

b) De gegrondheid van de aanvraag hangt af van de vraag of het product "HS Mikroгур", waarop de aanvragen specifiek betrekking hebben, binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 1, onder a), en artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 valt. Dit doet de vraag rijzen naar de bindende werking van een krachtens artikel 9, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 vastgestelde uitvoeringsverordening

aa) Volgens artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 wordt een biocide met ingang van 1 september 2015 niet op de markt aangeboden als de fabrikant of importeur van de werkzame stof(fen) in het product of, indien van toepassing, de importeur van het biocide, niet is vermeld op de door het agentschap opgestelde lijst. **[Or. 6]**

(1) Bij de stof „kieselgoer“ gaat het om een werkzame stof als hierboven bedoeld met een werking op of tegen schadelijke organismen zoals deze zijn gedefinieerd in artikel 3, lid 1, onder g), van verordening nr. 528/2012. Het staat vast dat bepaalde mijten – schadelijke organismen dus – na contact met kieselgoer dehydreren en vervolgens creperen als gevolg van de dehydratatie. Verweerster heeft de overeenkomstige producten die het betrokken kieselgoer bevatten, een stof die is opgenomen in de lijst overeenkomstig artikel 95, lid 1, van verordening (EU) nr. 528/2012, namelijk een werkzame stof die op aanvraag en na indiening van een dossier vanaf 1 november 2018 is goedgekeurd, ook op de markt aangeboden.

Het product „HS Mikroгур“ is bestemd voor de bestrijding van schadelijke organismen. Voor de beoordeling van de „bestemming“ van een product is doorslaggevend hoe dit aan een gemiddeld geïnformeerde gebruiker wordt gepresenteerd. Hoewel kieselgoer een breed spectrum van toepassingen heeft, bijvoorbeeld op het gebied van levensmiddelen als voedingssupplement en als voedermiddel, wordt het in dit concrete geval onder de handelsnaam „HS Mikroгур“ door verweerster voor ongediertebestrijding aangeprezen, aangeboden en op de markt gebracht.

(2) Tussen partijen wordt niet betwist dat verzoekster de enige leverancier van stoffen of producten op de lijst in de zin van artikel 95, lid 2, van verordening nr. 528/2012 is en dat verweerster de stof niet heeft gekocht, zelfs niet indirect, van verzoekster. Dit zou volgens artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 evenwel noodzakelijk zijn als het bij de stof om een biocide als bedoeld in die verordening zou gaan. Overeenkomstig artikel 95, lid 1, van verordening

nr. 528/2012 publiceert het agentschap immers een lijst van alle werkzame stoffen en van alle stoffen die een werkzame stof genereren waarvoor een dossier dat voldoet aan de voorschriften van bijlage II bij de verordening of bijlage HA of IVA bij richtlijn 98/8/EG en, in voorkomend geval, bijlage IIIA bij die richtlijn, is ingediend en door een lidstaat is aanvaard of gevalideerd in een procedure waarin deze verordening of die richtlijn voorziet. Artikel 95, lid 3, van verordening nr. 528/2012 bepaalt dat een biocide dat bestaat uit een stof die is opgenomen in de in lid 1 bedoelde lijst, deze stof bevat of produceert, alleen op de markt mag worden aangeboden als de leverancier van de stof of het product is opgenomen in de in lid 2 bedoelde lijst voor de productsoort of -soorten waartoe het product behoort.

(3) Het is onzeker of het door verweerster verkochte product een biocide betreft in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), eerste streepje, van verordening nr. 528/2012, [Or. 7] dat wil zeggen om stoffen of mengsels die uit een of meer werkzame stoffen bestaan dan wel die stoffen bevatten of genereren, met als doel een schadelijk organisme te vernietigen, af te schrikken, onschadelijk te maken, de effecten daarvan te voorkomen of op een andere dan louter fysieke of mechanische wijze te bestrijden.

Het Landgericht is er na zijn onderzoek van het bewijs van uitgegaan dat het product van verweerster niet op een andere wijze dan door louter fysieke of mechanische inwerking schadelijke organismen als bedoeld in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 528/2012 bestrijdt. Dit staat op grond van de overtuigende uiteenzettingen van de door de rechtbank benoemde deskundige vast.

Het werkingsmechanisme is sorptie, dat wil zeggen de accumulatie van stoffen in één fase, en in het geval van kiezelgoer, adsorptie, dat wil zeggen de aanhechting van atomen en moleculen aan een oppervlak. Het primaire werkingsmechanisme is meer bepaald de fysisorptie, waarbij de elektronische structuren van het adsorbaat en het oppervlak grotendeels onveranderd blijven. De werkzame krachten zijn zwak en te vergelijken met de Van-der-Waals-krachten in moleculen, dat wil zeggen ze zijn het gevolg van dipool- of meerpolige interacties. De geadsorbeerde moleculen als zodanig blijven behouden, ze worden hooguit gepolariseerd (anders dan bij de chemisorptie, waarbij de moleculen uiteen kunnen vallen en er een nieuwe chemische binding met het adsorbens kan ontstaan).

Omdat kiezelgoer chemisch inert (reactietraag) is, kan een directe chemische interactie na absorptie niet worden verondersteld. Gelet op de uiteenzettingen van de deskundige moet ervan worden uitgegaan dat er geen chemische bindingen werden gemaakt of verbroken en dat de interacties in wezen te wijten waren aan de krachten van Van der Waals met de ene of de andere dipool-dipool interactie. De werking is vergelijkbaar met die van een zwam. Door de adsorptie aan de grove diatomeeëndeeltjes wordt de waterbarrière onderbroken en de oppervlakonderbreking leidt vervolgens tot uitdroging. De lipidenlaag kan echter – in een vochtige atmosfeer – worden geregenereerd.

Afbrekende werkingen (abrasie) kunnen niet volledig worden uitgesloten. Ze zouden voor het onderhavige geval en de daarop betrekking hebbende vragen buiten beschouwing kunnen worden gelaten, aangezien het daarbij om puur mechanische effecten gaat. **[Or. 8]**

De Senat is in wezen voornemens deze feitelijke vaststellingen van het Landgericht te bevestigen. De deskundige, die met instemming van beide partijen is voorgedragen en die ook bekend is om zijn onderzoek op het gebied van kiezelgoer, beschikt zonder meer over de noodzakelijke kennis van zaken, die door middel van talrijke wetenschappelijke publicaties is aangetoond. Verder heeft de deskundige, wat het over te leggen bewijs betreft, de werking van de stof „kiezelgoer“ op ongedierte nauwkeurig beschreven. Deze beschrijving stemt in essentie overeen met hetgeen waarover partijen het eens zijn. Vervolgens heeft hij de werking – nadat hij de ontwikkeling van het wetenschappelijke debat had toegelicht – op duidelijke en begrijpelijke wijze uitgelegd. Daarbij heeft hij een overtuigende classificatie gemaakt. Vakinhoudelijke gebreken van het rapport kunnen niet worden vastgesteld, en worden door partijen evenmin aangevoerd.

Derhalve is het voor de afdoening van het geding beslissend of de goedkeuring als werkzame stof, die in het onderhavige geval in het kader van uitvoeringsverordening 2017/794 van de Commissie van 10 mei 2017 is afgegeven, noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat het product niet anders dan als biocide in de zin van artikel 3, lid 1, onder a), van verordening nr. 528/2012 kan worden aangemerkt, zodat in het kader van de onderhavige procedure niet hoeft te worden onderzocht of is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden voor de indeling ervan als biocide volgens die bepaling.

[OMISSIS]