

**Zadeva C-29/20**

**Predlog za sprejetje predhodne odločbe**

**Datum vložitve:**

23. januar 2020

**Predložitveno sodišče:**

Oberlandesgericht Köln (višje deželno sodišče v Kölnu, Nemčija)

**Datum predložitvene odločbe:**

10. januar 2020

**Tožeča stranka:**

Biofa AG

**Tožena stranka:**

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG

---

[...] (ni prevedeno) razglašeno 10. januarja 2020

[...] (ni prevedeno)

**Oberlandesgericht Köln (višje deželno sodišče v Kölnu, Nemčija)**

**Sklep**

V sporu

Biofa AG, [...] (ni prevedeno) Gutsbezirk Münsingen, Nemčija,

tožeča stranka in pritožnica,

[...] (ni prevedeno)

proti

Sikma D. Vertriebs GmbH und Co. KG, [...] (ni prevedeno) Everswinkel,  
Nemčija,

tožena stranka in nasprotna stranka v pritožbenem postopku,

[...] (ni prevedeno)

je šesti civilni senat Oberlandesgericht Köln (višje deželno sodišče v Kölnu)

[...] (ni prevedeno)

**sklenil:**

I. Postopek se prekine.

II. Sodišču Evropske unije se za razlago členov 3(1)(a), 9(1)(a) in 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2012 o dostopnosti na trgu in uporabi biocidnih proizvodov predloži naslednje vprašanje za predhodno odločanje:

Ali je z odobritvijo aktivne snovi z izvedbeno uredbo v skladu s členom 9(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 za sodni postopek v državi članici zavezujoče določeno, da je snov, na katero se nanaša odobritev, namenjena temu, da v smislu člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 deluje na kateri koli drug način kot zgolj fizično ali mehansko, oziroma je sodišče države članice, ki odloča o zadevi, zavezano k temu, da dejansko ugotovi ali so podani elementi dejanskega stanja iz člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 tudi po sprejetju izvedbene uredbe?

**Obrazložitev:**

I.

Med strankama je sporno, ali je tožena stranka upravičena, da proizvod za odpravljanje škodljivcev, ki vsebuje diatomejsko zemljo kot aktivno snov, daje na trg, čeprav ne izvira od uvoznika ali proizvajalca, uvrščenega na seznam.

Tožeča stranka je srednje veliko podjetje in razvija proizvode za kmetijstvo, pretežno na biološki osnovi, zaproša za odobritve in odobrene proizvode daje na trg na območju Zvezne republike Nemčije, drugih držav EU ali držav Evropskega gospodarskega prostora.

Med te proizvode spadajo tudi proizvodi, ki vsebujejo aktivno snov diatomejsko zemljo (ta aktivna snov je poznana pod številnimi drugimi imeni) in jih tožeča stranka daje na trg pod imenom „InsectoSec®“. Ti proizvodi so namenjeni odpravljanju gomazečega mrčesa, zlasti rdeče ptičje pršice, v perutninskih hlevih.

Aktivna snov „diatomejska zemlja“ je mineral, ki se pridobiva iz mikroskopsko majhnih lupin mrtvih kremenčastih alg, njena sestava pa je pretežno silicijev dioksid. S tem, ko pridejo v stik z aktivno snovjo, se škodljivi insekti in pršice naprašijo, kar vpliva na plast voska (ki te živali pravzaprav ščiti pred izsušitvijo) na njihovih oklepih. Škodljivi insekti in pršice nato dehidrirajo in umrejo.

Tožeča stranka je v skladu z Uredbo (EU) št. 528/2012 zaprosila za odobritev za aktivno snov diatomejska zemlja. Za ta namen je naročila izdelavo potrebne dokumentacije, zaradi česar so ji nastali znatni stroški, in jo predložila.

V skladu z Izvedbeno uredbo Komisije (EU) 2017/794 z dne 10. maja 2017 o odobritvi silicijevega dioksida (diatomejske zemlje) kot obstoječe aktivne snovi za uporabo v biocidnih proizvodih 18. vrste proizvodov je silicijev dioksid (diatomejska zemlja) odobren kot aktivna snov za uporabo v biocidnih proizvodih 18. vrste proizvodov, pri čemer se upoštevajo specifikacije in pogoji iz Priloge. Izvedbena uredba je začela veljati dvajseti dan po objavi. Tožeča stranka je bila – trenutno kot edini proizvajalec te aktivne snovi – vključena na seznam v skladu s členom 95 Uredbe (EU) št. 528/2012 [...] (ni prevedeno).

Tožena stranka v spletni trgovini ter na spletni tržnici eBay ponuja proizvode za živinorejce in industrijo krmnih mešanic, med drugim za „obvladovanje parazitov posebej na področju perutnine“. Na ta način prodaja med drugim proizvod s trgovskim imenom „HS Mikrogur“ za odpravljanje ptičjih pršic, zlasti rdeče ptičje pršice, ki tudi vsebuje aktivno snov diatomejska zemlja, ki pa je ne pridobiva od tožeče stranke.

Tožeča stranka meni, da je ta ponudba tožene stranke protikonkurenčna, ker je v nasprotju s členoma 3 in 3a Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zakon o preprečevanju nelojalne konkurence, v nadaljevanju: UWG) v povezavi s členom 95(2) in (3) Uredbe (EU) št. 528/2012. Aktivna snov diatomejska zemlja naj ne bi delovala zgolj fizično ali mehansko. Tožeča stranka je zahtevala, naj se toženi stranki naložijo opustitev, razkritje, odškodninska odgovornost in povrnitev stroškov opomina.

Landgericht (deželno sodišče) je po pridobitvi dokazov z izvedenskim mnenjem tožbo zavrnilo. Ugotovilo je, da v skladu s členi 8(3), točka 1, 3 in 3a UWG v povezavi s členom 3(1)(a), 95(2) in (3) Uredbe (EU) št. 528/2012 uveljavljane pravice ne obstajajo.

## II.

Rešitev obravnavanega spora je odvisna od razlage členov 3(a) in 9(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 ter zavezujočega učinka izvedbene uredbe, sprejete na podlagi teh. Pred odločbo o pritožbi se zato lahko postopek prekine in se v skladu s členom 267(1)(b) in (2) PDEU Sodišče Evropske unije zaprosi za sprejetje predhodne odločbe. Senat meni, da je v obravnavani zadevi to potrebno.

1. Landgericht (deželno sodišče) je menilo, da tožba ni utemeljena in je v zvezi s tem navedlo:

Stranki sta sicer konkurentki in obstaja dejanski konkurenčni odnos. Tudi člen 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012 je določba o tržnem vedenju v smislu člena 3a UWG. Vendar tožena stranka biocidnih proizvodov na trg ni dajala v nasprotju s členoma 3(1)(a) in 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012. Prodaja proizvoda tožene

stranke ni v nasprotju z Uredbo (EU) št. 528/2012, ker ta proizvod ni proizvod v smislu člena 3(1)(a), prva alineja, Uredbe (EU) št. 528/2012. Proizvod tožene stranke ni namenjen uničevanju, odvrčanju ali nevtralizaciji škodljivih organizmov, preprečevanju njihovega delovanja ali za odpravo teh organizmov na kateri koli drug način kot zgolj s fizičnim ali mehanskim delovanjem. Landgericht (deželno sodišče) je kljub Izvedbeni uredbi Komisije (EU) 2017/794 upravičeno do presoje tega vprašanja. V okviru pridobivanja dokazov se je pokazalo, da v zvezi s proizvodom tožene stranke niso podani predstavljeni elementi dejanskega stanju.

2. V tem sporu se zastavlja vprašanje, ali je z odobritvijo aktivne snovi z izvedbeno uredbo v skladu s členom 9(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 za sodni postopek v državi članici zavezujoče določeno, da je snov namenjena temu, da v smislu člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012 deluje na kateri koli drug način kot zgolj fizično ali mehansko, ali pa so dejanske ugotovitve o tem, ali so podani elementi dejanskega stanju iz člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012, za sodišče države članice zavezujoče tudi po sprejetju izvedbene uredbe.

2. Obravnavani ugovori bi lahko bili utemeljeni na podlagi členov 8(1) in (3), točka 1, ter 3(1) UWG v povezavi s kršitvijo prava nepoštenih poslovnih praks v skladu s členom 3a UWG v povezavi s členoma 3(1)(a) ter 95(2) in (3) Uredbe (EU) št. 528/2012. Pri uporabi te določbe se zastavljajo vprašanja v zvezi s razlago prava Unije, ki jih je treba razjasniti.

(a) Glede na kršitev so izpolnjeni splošni pogoji za upravičenost do opustitvenega zahtevka s področja konkurenčnega prava (členi 8(1), 3(1) in 3a UWG).

[...] (ni prevedeno)

(b) Za utemeljenost tožbenega zahtevka je odločilno, ali spada proizvod „HS Mikroгур“, ki je predmet zahtevkov, na področje uporabe členov 3(1)(a) in 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012. Pri tem se zastavlja vprašanje o zavezujočem učinku izvedbene uredbe, sprejete v skladu s členom 9(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012, ki ga je treba razjasniti.

(aa) V skladu s členom 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012 od 1. septembra 2015 biocidni proizvod ne sme biti dostopen na trgu, če proizvajalec ali uvoznik aktivne snovi, ki jo vsebuje proizvod, ali, kjer je primerno, uvoznik biocidnega proizvoda ni vključen na seznam, ki ga da na voljo Agencija.

(1) Pri aktivni snovi „diatomejska zemlja“ gre za „aktivno snov“ v zgornjem smislu, ki deluje na škodljive organizme ali proti njim v skladu s členom 3(1)(g) Uredbe (EU) št. 528/2012. Ni sporno, da določene pršice – torej škodljivi organizmi – dehidrirajo po stiku z diatomejsko zemljo in nato zaradi dehidracije poginejo. Tudi tožena stranka je na trg dajala ustrezne proizvode, ki vsebujejo diatomejsko zemljo in s tem snov s seznama v skladu s členom 95(1) Uredbe (EU)

št. 528/2012, in sicer aktivno snov, ki je bila na podlagi prošnje in predložene dokumentacije odobrena 1. novembra 2018.

Proizvod „HS Mikrogur“ je namenjen odpravljanju škodljivih organizmov. Za presojo „namena“ proizvoda je odločilno, kako ga sprejema povprečno obveščen potrošnik. Čeprav ima diatomejska zemlja raznovrstne možnosti uporabe, na primer na področju živil kot prehransko dopolnilo in krma, ga tožena stranka v konkretnem primeru pod trgovskim imenom „HS Mikrogur“ oglašuje, nudi in daje na trg za odpravljanje škodljivcev.

(2) Med strankama ni sporno, da je tožeča stranka na seznam v skladu s členom 95(2) Uredbe (EU) št. 528/2012 vključena kot edini dobavitelj snovi oziroma proizvoda in da tožena stranka snovi ni pridobivala pri tožeči stranki, niti posredno. Vendar bi bilo v skladu s členom 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012 to potrebno, če bi bila snov biocid v smislu Uredbe (EU) št. 528/2012. Kajti v skladu s členom 95(1) Uredbe (EU) št. 528/2012 da Agencija javnosti na voljo in redno posodablja seznam vseh aktivnih snovi in vseh snovi, ki se uporabljajo za pridobivanje aktivne snovi, za katere je bila predložena dokumentacija, ki je v skladu s Prilogo II k tej uredbi ali Prilogo HA ali IVA k Direktivi 98/8/ES in, kadar je primerno, Prilogo IIIA k navedeni direktivi in ki jo je država članica sprejela ali validirala v postopku, določenem v tej uredbi ali navedeni direktivi. V skladu s členom 95(3) Uredbe (EU) št. 528/2012 biocidni proizvod, ki je sestavljen iz zadevne snovi, vključene na seznam iz odstavka 1, tako snov vsebuje ali se uporablja za njeno pridobivanje, ne sme biti dostopen na trgu, če dobavitelj snovi ali dobavitelj proizvoda ni vključen na seznam iz odstavka 2 za vrste proizvoda oziroma proizvodov, med katere spada ta proizvod.

(3) Vprašljivo je, ali gre pri proizvodu, ki ga prodaja tožena stranka, za biocidni proizvod v smislu člena 3(1)(a), prva alineja, Uredbe (EU) št. 528/2012, to je snov ali zmes, ki je sestavljena iz aktivnih snovi, jih vsebuje ali se uporablja za pridobivanje ene ali več aktivnih snovi in je namenjena uničevanju, odvratanju ali nevtralizaciji škodljivih organizmov, preprečevanju njihovega delovanja ali za odpravo teh organizmov na kateri koli drug način kot zgolj s fizičnim ali mehanskim delovanjem.

Landgericht (deželno sodišče) je na podlagi pridobljenih dokazov menilo, da proizvod tožene stranke škodljivih organizmov ne odpravlja na kateri koli drug način kot zgolj s fizičnim ali mehanskim delovanjem v smislu člena 3(1) Uredbe (EU) št. 528/2012. To izhaja iz prepričljivega mnenja sodnega izvedenca, ki ga je naročilo sodišče.

Glede na to izvedensko mnenje je mehanizem delovanja sorpcija, to je kopičenje snovi v eni fazi, in sicer pri diatomejski zemlji adsorpcija, torej vezanje atomov in molekul na površino. Natančneje, primarni mehanizem delovanja je fizisorpcija, pri kateri elektronske strukture adsorbata in površine ostanejo večinoma nespremenjene. Sile, ki delujejo, so šibke in primerljive z Van der Waalsovimi silami pri molekulah, kar pomeni, da nastajajo zaradi medsebojnega delovanja

polov oziroma multipolov. Adsorbirane molekule kot take ostanejo, le polarizirajo se (drugače kot pri kemisorpciji, pri kateri lahko molekule razpadejo in z adsorbentom tvorijo nove kemijske vezi).

Ker je diatomejska zemlja kemično inertna (nereaktivna), ni mogoče šteti, da pride po sorpciji do neposredne kemične interakcije. Kot je navedel sodni izvedenec, je treba šteti, da se ne tvorijo ali prekinjajo kemične vezi, temveč da medsebojno delovanje v bistvu nastaja zaradi Van der Waalsovih sil s takšnim ali drugačnim medsebojnim delovanjem dipol-dipol. Delovanje je podobno gobi. Z adsorpcijo na hrapavih delcih diatomejske zemlje se prekine vodna pregrada, zaradi prekinitve površine pa pride do izsušitve. Plast lipidov se – v vlažnem ozračju – sicer lahko obnovi.

Abrazivnega delovanja ni mogoče povsem izključiti. Pri okoliščinah in vprašanju v zvezi z obravnavanim primerom jih ni treba upoštevati, ker gre pri tem za izključno mehansko delovanje.

Senat namerava te dejanske ugotovitve Landgericht (deželno sodišče) podpreti. Sodni izvedenec, ki sta ga stranki soglasno predlagali in je poznan po svojih raziskavah tudi na področju diatomejske zemlje, zagotovo ima potrebno strokovno znanje, kar potrjujejo številne znanstvene objave. Dalje, izvedenec je v zvezi z vprašanjem dokazov način delovanja snovi „diatomejska zemlja“ na škodljivce podrobno opisal. Ta opis se v bistvu ujema z nespornimi navedbami strank. Nato je – potem ko je pojasnil razvoj znanstvene diskusije – nazorno in razumljivo razložil način delovanja. Pri tem je bila njegova opredelitev prepričljiva. Ni videti, da bi izvedensko mnenje vsebovalo strokovne napake, niti niso zatrjevane.

Zato je za odločitev o sporu pomembno, ali odobritev aktivne snovi, ki je bila v obravnavanem primeru odobrena v okviru Izvedbene uredbe Komisije (EU) 2017/794 z dne 10. maja 2017, nujno pomeni, da ima proizvod lastnost biocida v smislu člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012, tako da v obravnavanem postopku ni treba preučiti, ali so podani elementi dejanskega stanja za opredelitev kot biocid v smislu člena 3(1)(a) Uredbe (EU) št. 528/2012.

[...] (ni prevedeno)