



Datum van inontvangstneming : 29/10/2018

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 maart 2018.

Appellante heeft zich laten vertegenwoordigen door R. Temmerman en A. van der Weide, bijgestaan door haar gemachtigden. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Verder is namens verweerder verschenen N.M. Peeters en mr. A.J. Campen.

Bij brief van 15 mei 2018 heeft het College aan partijen meegedeeld dat het onderzoek zal worden heropend teneinde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) te stellen. Het College heeft partijen in de gelegenheid gesteld om een zienswijze te geven op een concept van de vraag. Partijen hebben hun zienswijze bij brieven van 28 mei 2018 respectievelijk 10 juli 2018 aan het College toegezonden.

Overwegingen

De feiten

1. Het College gaat uit van de volgende feiten.
 - 1.1 Appellante biedt het middel Pure Air (het middel) op de markt aan. Het middel betreft een bacterieel product, (mede) houdende de bacteriesoort 'Bacillus ferment'.
 - 1.2 Verweerder heeft het middel aangemerkt als een biocide in de zin van artikel 3, eerste lid, onder a, van Verordening 528/2012. Voor dit middel is door het College van gewasbescherming en biociden (Ctgb) geen toelating verleend.
 - 1.3 De Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) heeft onderzoek gedaan naar het gebruik van desinfecteermiddelen binnen de schoonmaak- en reinigingsbranche. In dat kader heeft ILT een controle gehouden bij een schoonmaakbedrijf (CSU) dat destijds gebruik maakte van het middel. Hiervan is een boeterapport van 29 december 2016 opgemaakt. Het rapport vermeldt, voor zover hier van belang, dat een controleur van ILT heeft waargenomen hoe het middel door CSU in de praktijk werd toegepast en dat een medewerker

van CSU aan de controleur heeft verklaard dat de aanwezige schimmel eerder door borstelen was verwijderd, waarna de muren een aantal keer per jaar zijn behandeld met het middel.

De in het boeterapport opgenomen verklaring van de KAM manager van CSU luidt, voor zover hier van belang:

“(...) In 2015 is CSU begonnen met het toepassen van probiotica van de firma Green XL. We hebben dit middel toegepast zoals door de leverancier is aangegeven. De leverancier was bij de opstart aanwezig. Ik weet niet of door CSU voorafgaande aan de behandeling met probiotica is gedesinfecteerd. Degene die destijds leidinggevende was, is niet meer in dienst bij CSU. Ik kan nu niet achterhalen of destijds gedesinfecteerd is. Uit de instructie zoals door de leverancier is verstrekt blijkt niet dat vooraf gedesinfecteerd moet worden (...)”

Het boeterapport bevat tevens een verklaring van de directeur/bestuurder van appellante. Deze verklaring luidt, voor zover hier van belang: “(...) Dit middel zorgt er voor, nadat schimmel is verwijderd op wanden en vloeren van vakantieverblijven door middel van een biocide, dat deze oppervlakten biologisch worden gereinigd door middel van enzymenproductie. Omdat de met biocide behandelde muur dan schimmelvrij is, zorgt Pure Air ervoor dat de muur schoon blijft. Voordat klanten bij mij Pure Air gebruiken vertel ik ze dat ze eerst de aanwezige schimmel moeten verwijderen met een biocide. (...)”

1.4 Op de website van CSU stond op 5 oktober 2016 vermeld, voor zover hier van belang;

“(...) Schimmelbestrijding met probiotica

Schimmels en bacteriën kunnen een hardnekkig probleem zijn. (...) CSU heeft het antwoord: vernevelen of vermisten met probiotica. Een methode, die de voedingsbodem en daarmee ook de leefomgeving aanpakt. (...)”

1.5 Op de website van appellante stond op 22 maart 2017 vermeld, voor zover hier van belang:

“(...) Probiotische schoonmaakmiddelen werken als traditionele technieken. Ze verwijderen zichtbare vervuiling. Er is echter een belangrijk verschil. Potentiële ziekteverwekkers als schimmels en schadelijke bacteriën verdwijnen ook. Door de voedingsbodem hiervoor weg te nemen zal het aantal slechte bacteriën en schimmels sterk worden gereduceerd. Daarnaast is het product veilig en duurzaam. De basis bestaat uit goede bacteriën en water en daardoor is dit het meest milieuvriendelijke product wat er in de professionele markt te krijgen is. De producten kunnen overal worden ingezet en leveren vooral een gezonde werkomgeving op. (...)”

1.6 Op het etiket van het middel staat vermeld, voor zover hier van belang:

“Green XL Pure air is een geconcentreerde biogradeerbare vernevelvloeistof, verrijkt met probiotica. (...) eliminatie en preventie van onaangename geuren • introductie van een gezonde en veilige microflora op de oppervlakten.

(...)

Gebruiksaanwijzing

De te stabiliseren omgeving volledig doch spaarzaam benevelen.

(...)

Bevat:

Samenstelling conform aan de E.G. richtlijnen: Bacillus ferment.”

1.7 Het stappenplan voor het gebruik van het middel Pure Air luidt, voor zover hier van belang:

“(...)

Opstarten

- Eerst zult u de schimmel moeten verwijderen om op een nulpunt te beginnen

- (...)

- Zorg dat je de ruimtes goed verneveld, plekken die erg onder de schimmel zaten even goed inspuiten.

(...)

- Om te zorgen dat schimmel weg blijft is het van belang om verneveling bij te houden 1 maal per 3 a 4 weken na gelang de vochtigheid in de woning.

(...)”

1.8 Het Procedureblad CSU Lommerbergen, opgesteld op 18 augustus 2016, luidt, voor zover hier van belang:

“(...) Procedure: Voor behandelen met Probiotica zal de schimmel op de te behandelen zone eerst verwijderd moeten worden om dit naar een nulpunt te brengen.

(...)”

1.9 De distributeur van Green Cleaning Products heeft het Ctgb eerder gevraagd om een oordeel te geven over de stelling dat het middel Green XL Car Airco (een aircoreiniger voor auto's) geen biocide is. Een brief van het Ctgb van 22 mei 2014 met daarin vervat het oordeel van Ctgb luidt, voor zover hier van belang:

“(...)

Overwegingen van het Ctgb

Gezien ook de thans beschikbare documentatie bestrijdt verzoeker met succes de aanvankelijke stelling van het Ctgb dat de probiotica zijn toegevoegd kennelijk vanwege hun biocidewerking. Het

Ctgn accepteert dat de probiotica kunnen zijn toegevoegd vanwege hun langdurige reinigende werking.

Juridisch niet-bindende conclusie van het Ctgb

Indien op het etiket duidelijk wordt vermeld dat men om stank te vermijden een vieze airco eerst met een desinfectiemiddel moet behandelen, is het Ctgb van mening, op basis van de thans beschikbare informatie dat er goede gronden zijn om Green Airco Cleaner, gebaseerd op de werking van Bacillus sporen, te beschouwen als een bacteriële reiniger voor het schoonhouden van de platen van airco's in voertuigen middels de enzymatische afbraak van organisch materiaal door de Bacillus bacteriën. (...)"

1.10 Op de door het European Chemicals Agency (ECHA) bijgehouden en gepubliceerde lijst van biocidale werkzame stoffen staat een aantal bacteriesoorten als werkzame stof vermeld. De bacteriesoort 'Bacillus ferment' is (nog) niet als biocidale werkzame stof bij het ECHA geregistreerd.

Het bestreden besluit

2. Bij het primaire besluit heeft verweerder aan appellante met ingang van 14 januari 2017 een last onder dwangsom opgelegd van € 1.000 per week tot een maximumbedrag van € 25.000,- vanwege overtreding van artikel 43 van de Wgb, in samenhang met artikel 17, eerste lid, van Verordening 528/2012 (het op de markt aanbieden van niet toegelaten biociden).
3. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de bezwaren van appellante tegen het primaire besluit ongegrond verklaard. Daartoe heeft verweerder, verkort weergegeven en voor zover hier van belang, overwogen dat het middel niet vergelijkbaar is met het middel Green XL Car Airco Cleaner, zodat de conclusie van het Ctgb ter zake van dat middel niet ook van toepassing is op het middel Pure Air. Daarnaast bevat het middel volgens verweerder een werkzame stof, de bacillus ferment, dat gericht is op de bestrijding van schimmels. Verweerder heeft dit afgeleid uit de beschrijvingen van de producent en de distributeur over de werkzaamheid van het middel, die verweerder als een biocide claim heeft aangemerkt. Verweerder heeft op basis daarvan geconcludeerd dat als er iets gebeurt op een oppervlak ten aanzien van micro-organismen, er dan een werkzame stof moet zijn.

Beroepsgronden

4.1 Appellante voert aan dat verweerder ten onrechte meent dat sprake is van een biocide als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder a, van Verordening 528/2012. De door verweerder getrokken conclusie dat het middel een werkzame stof bevat en als doel heeft een schadelijk organisme te vernietigen, is speculatief en getuigt niet van enig eigen onderzoek door verweerder. Deze conclusie kan daarom niet ten grondslag worden gelegd aan de opgelegde last onder dwangsom. Appellante betwist dat sprake is van een claim van biocidale eigenschappen. Zij voert daartoe aan dat de tekst op het etiket van het middel “*Om te zorgen dat een schimmel wegblijft*” en “*eliminatie en preventie van onaangename geuren*” niet hetzelfde is als “vernietigen, afschrikken, onschadelijk maken, effecten voorkomen of bestrijden”, als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder a, van Verordening 528/2012. Het gaat hier niet om bestrijding van micro-organismen, maar om preventie tegen micro-organismen. Wanneer een schimmel wegblijft door het zuiver houden van een oppervlak, is dat geen biocidale werking en zodoende evenmin een biocidale claim. Bovendien is de in het middel aanwezige bacteriesoort ‘Bacillus ferment’ nooit als werkzame stof bij het ECHA als zodanig geregistreerd. Volgens appellante is het middel Pure Air vergelijkbaar met het middel Green XL Car Airco Cleaner. Bij beide middelen is de werking hetzelfde; de probiotica verwijderen al het organisch afval op een oppervlak, waardoor zich daar geen biotoop kan vormen. Bovendien moet bij beide middelen eerst alle aanwezige micro-organismen met een biocide worden verwijderd. Dat voorafgaande desinfectie vereist is, volgt uit het instructieblad bij het middel Pure Air. Bovendien levert het middel geen enkel gevaar voor mens en natuur op.

Standpunt verweerder

4.2 Verweerder stelt zich op het standpunt dat appellante, hoewel zij daarom verzocht, de precieze samenstelling van de betrokken bacteriestammen niet heeft willen prijsgeven. Hierdoor heeft verweerder geen onderzoek naar de samenstelling van het middel kunnen doen. Dat de bacteriesoort ‘Bacillus ferment’ niet op de ECHA-lijst staat, betekent niet dat geen sprake is van een werkzame stof. Het feit dat er op de ECHA-lijst wel (andere) bacteriestammen zijn opgenomen, toont juist aan dat bacteriën als werkzame stof kunnen worden aangemerkt.

Verweerder meent dat de feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, erop wijzen dat het middel tot doel heeft schadelijke organismen te vernietigen, af te schrikken, onschadelijk te maken, dan wel de effecten daarvan te voorkomen en dat dus sprake is van een biocide. Verweerder heeft in dit verband opgemerkt dat ook in een vooraf gereinigde omgeving altijd schimmeldraden achterblijven. Verweerder handhaaft zijn standpunt dat appellante geen rechten kan ontlenen aan het oordeel van het Ctgb met betrekking tot het middel Green XL Car Airco Cleaner.

Tot slot stelt verweerder dat de beoordeling of het middel een gevaar vormt voor mens en natuur is voorbehouden aan het Ctgb.

Het voorwerp van het geschil

5. In deze procedure is de vraag aan de orde of verweerder bevoegd was een last onder dwangsom op te leggen en zo ja, of hij van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. In dat kader ligt de vraag voor of verweerder het middel Pure Air terecht heeft aangemerkt als een biocide als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder a, gelezen in samenhang met c, van Verordening 528/2012.

Het regelgevend kader

6.1 Verordening 528/2012 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Artikel 3

Definities

1. Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

a) „biociden”:

- alle stoffen of mengsels die, in de vorm waarin zij aan de gebruiker worden geleverd, 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;
- alle stoffen of mengsels die worden gegenereerd door stoffen of mengsels die zelf niet vallen onder het eerste streepje, en die gebruikt worden 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.

(...)

c) „werkzame stof”: een stof of micro-organisme met een werking op of tegen schadelijke organismen;

(...)”

Artikel 17

Op de markt aanbieden en gebruik van biociden

1. Alleen biociden waarvoor overeenkomstig deze verordening een toelating is verleend, mogen op de markt worden aangeboden en gebruikt.

2. Aanvragen om toelating worden ingediend door of namens de aspirant-houder van een toelating.

Aanvragen voor een nationale toelating in een lidstaat worden ingediend bij de bevoegde autoriteit van die lidstaat („de ontvangende bevoegde autoriteit”).

Aanvragen voor een toelating van de Unie worden ingediend bij het agentschap.

3. Een toelating kan worden afgegeven voor één biocide of voor een biocidefamilie.

4. Toelatingen worden verleend voor een periode van ten hoogste tien jaar.

5. Het gebruik van biociden dient te voldoen aan de voorwaarden van de toelating die zijn bepaald overeenkomstig artikel 22, lid 1, en aan de etiketterings- en verpakkingsvoorschriften van artikel 69.

Een juist gebruik omvat de rationele toepassing van een combinatie van fysieke, biologische, chemische of eventueel andere maatregelen, waardoor het gebruik van biociden tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt en passende voorzorgsmaatregelen worden genomen.

De lidstaten nemen de nodige maatregelen om het publiek passende informatie te verstrekken over de voordelen en risico's van biociden en over mogelijkheden om het gebruik van biociden tot een minimum te beperken.

6. Ten minste 30 dagen voordat hij een product in de handel brengt, stelt de houder van een toelating elke bevoegde autoriteit die een nationale toelating voor een biocidefamilie heeft verleend, in kennis van elk product in de biocidefamilie, tenzij een specifiek product uitdrukkelijk vermeld is in de toelating of de variatie in de samenstelling uitsluitend

pigmenten en reuk- en kleurstoffen binnen de toegelaten variaties betreft. De kennisgeving bevat de exacte samenstelling, handelsnaam en achtervoegsel van het toelatingsnummer. Bij toelatingen van de Unie stelt de houder van de toelating het agentschap en de Commissie in kennis.

7. De Commissie stelt door middel van een uitvoeringshandeling procedures vast voor de toelating van dezelfde biociden door eenzelfde of verschillende ondernemingen onder dezelfde voorwaarden. Deze uitvoeringshandeling wordt vastgesteld volgens de in artikel 82, lid 3, bedoelde onderzoeksprocedure.”

6.2 De Wgb luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Artikel 1. Definities

1 In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

biociden: biociden als bedoeld in artikel 3, eerste lid onder a, van verordening (EU) Nr. 528/2012;

Artikel 43. Overtredingen van de verordening

1 Het is verboden in strijd te handelen met de artikelen 17, eerste, vijfde en zesde lid, artikel 27, eerste lid, 47, eerste lid, 56, 58, eerste tot en met het zesde lid, 62, 68, eerste lid, 69, eerste en tweede lid, en 72, eerste en derde lid van verordening (EU) Nr. 528/2012 of de ter uitvoering daarvan vastgestelde verordeningen.

2 Het eerste lid is niet van toepassing indien het handelen, bedoeld in het eerste lid overeenkomstig verordening (EU) Nr. 528/2012 is toegestaan.

3 Het is verboden biociden zonder toelating voorhanden of op voorraad te hebben.

4 Het is verboden in strijd te handelen met een passende voorlopige maatregel, bedoeld in artikel 88 van verordening (EU) Nr. 528/2012.

(...)

Artikel 86. Bestuursdwang

Onze Minister is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de bij of krachtens deze wet gestelde regels en artikel 5:20 van de Algemene wet

bestuursrecht, voor zover het de verplichting betreft tot het verlenen van medewerking aan de ingevolge artikel 82 aangewezen ambtenaren.”

Motivering van de prejudiciële vraag

7.1 Het College stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat verweerder op grond van de artikelen 43 en 86 van de Wgb bevoegd is aan appellante een last onder dwangsom op te leggen indien zij in strijd met artikel 17 van Verordening 528/2012 een biocide op de markt heeft aangeboden waarvoor overeenkomstig Verordening 528/2012 geen toelating is verleend.

7.2 Biociden zijn blijkens artikel 3, eerste lid, onder a, in samenhang gelezen met c, van Verordening 528/2012 stoffen of mengsels die, in de vorm waarin zij aan de gebruiker worden geleverd, 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, waarbij als werkzame stof wordt aangemerkt een stof of micro-organisme met een werking op of tegen schadelijke organismen, dan wel; stoffen of mengsels die worden gegenereerd door stoffen of mengsels die zelf niet vallen onder het eerste streepje, en die gebruikt worden 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.

7.3 De door appellante beoogde toepassing van het middel is gericht op het uitblijven van schimmel en de eliminatie van onaangename geuren. Daartoe dient het middel regelmatig met een vernevelingsapparaat te worden gespoten op oppervlakken, zoals wanden, muren en vloeren. De op het toe te passen oppervlak reeds aanwezige schimmels dienen voorafgaand aan de toepassing van het middel volledig te worden verwijderd.

Appellante pretendeert dat de in het middel aanwezige bacteriesoort “Bacillus ferment” enzymen produceert die al het aanwezige organische afval, dat als voeding dient voor micro-organismen, opnemen en verteren, waardoor op het met het middel behandelde oppervlak geen biotoop kan ontstaan waarop micro-organismen, zoals schimmel, kunnen gedijen. Door het op deze wijze zuiver houden van het oppervlak blijft schimmel weg.

Het is de vraag of deze door appellante gepretendeerde werking van het middel, dat erop neerkomt dat niet het organisme zelf maar het ontstaan respectievelijk het in stand houden van

de mogelijke leefomgeving van het organisme wordt bestreden, valt binnen de definitie van een biocide in artikel 3, eerste lid, onder a, in samenhang gelezen met c, van Verordening 528/2012. Het antwoord op deze vraag vergt een uitleg van het begrip “werkzame stof” in de context van de hiervoor geschetste werking van het middel.

8. In het licht van de standpunten die partijen over en weer hebben ingenomen en hetgeen hiervoor onder 7.1 tot en met 7.3 is overwogen, is de betekenis van artikel 3 van Verordening 528/2012, met in het bijzonder de uitleg die aan het begrip “werkzame stof” moet worden gegeven, niet zodanig duidelijk dat over de uitleg daarvan redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is. Aangezien de uitleg van die bepaling noodzakelijk is voor de beslechting van het geschil, is het College ingevolge artikel 267 VWEU gehouden dienaangaande het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken. Het College zal zich daarom tot het Hof van Justitie te wenden met de hierna geformuleerde prejudiciële vragen.

9. Het vorenstaande leidt ertoe dat de procedure voor het College in afwachting van de prejudiciële beslissing zal worden geschorst. Het College zal iedere verdere beslissing in dit geding aanhouden.

Beslissing

Het College:

- verzoekt het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vragen:

1. Dient het begrip “biociden” in artikel 3 van Verordening 528/2012 aldus te worden uitgelegd dat het ook ziet op middelen die mede bestaan uit een of meer bacteriesoorten, enzymen of andere bestanddelen, gesteld dat zij vanwege hun specifieke werkingswijze niet direct inwerking hebben op het schadelijke organisme waarvoor zij bestemd zijn, maar op het ontstaan respectievelijk in stand houden van de mogelijke leefomgeving van dat schadelijke organisme, en welke eisen moeten dan in het voorkomend geval aan een dergelijke inwerking worden gesteld?

2. Is voor de beantwoording van vraag 1 relevant of de situatie waarin een zodanig middel wordt aangewend vrij is van het schadelijke organisme, en zo ja, aan de hand van welke maatstaf moet worden beoordeeld of van dit laatste sprake is?

3. Is voor de beantwoording van vraag 1 relevant binnen welke termijn de inwerking plaatsvindt?

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.R. Winter, mr. R.C. Stam en mr. H.O. Kerkmeester, in aanwezigheid van mr. L. van Gulick, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 18 september 2018.

w.g. R.R. Winter

w.g. L. van Gulick