

Zadeva C-371/20

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

7. avgust 2020

Predložitveno sodišče:

Bundesgerichtshof (Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

25. junij 2020

Tožena stranka in vlagateljica revizije:

Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf

Tožeča stranka in nasprotna stranka v revizijskem postopku:

Peek & Cloppenburg KG, Hamburg,

Predmet postopka v glavni stvari

Tožba, s katero se (primarno) predlaga, naj se toženi stranki, ki ravna v konkurenci, prepove objava oglasov, ne da bi jih jasno opredelila kot „oglas“.

Predmet in pravna podlaga za predlog

Razlaga točke 11, prvega stavka, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES;

Člen 267 PDEU

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali gre za „plačilo“ za promocijo v smislu točke 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES le takrat, kadar se za uporabo uredniških vsebin v medijih z namenom promocije izdelka plača protidajatev v denarju, ali pa zajema pojem „plačilo“ vse oblike protidajatev, ne glede na to, ali ta predstavlja denar, blago, storitve ali kateri koli drug premoženjski element?

2. Ali točka 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES predpostavlja, da trgovec medijskemu podjetju zagotovi ugodnost, ki ima denarno vrednost, v zameno za uporabo uredniških vsebin, in če je odgovor pritrdilen, ali je treba šteti, da gre za tako protidajatev tudi v primeru, ko medijsko podjetje poroča o skupni reklamni akciji trgovca in medijskega podjetja, če je dal trgovec medijskemu podjetju na razpolago pravico uporabiti slikovni material v poročilu in sta si podjetji delili stroške reklamne akcije ter je reklamna akcija namenjena promociji prodaje izdelkov obeh podjetij?

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 2005/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah), Priloga I, točka 11, prvi stavek.

Navedeni nacionalni predpisi

Zakon o preprečevanju nelojalne konkurence (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), člen 3(3) v povezavi s točko 11 priloge k členu 3(3)

V skladu s to določbo je poslovna praksa napram potrošnikom, ki vključuje uporabo s strani podjetnika financiranih uredniških vsebin za namen promocije izdelkov, ne da bi bila ta povezava jasno razvidna iz vsebine ali narave optične ali zvočne predstavitve (oglaševanje, skrito kot informacija), vedno nezakonita. Namen teh določb je prenos člena 5(5), prvi stavek, Direktive 2005/29/ES v povezavi s točko 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES v nacionalno pravo.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka

- 1 Stranki sta dve pravno in gospodarsko neodvisni podjetji, ki prek različnih podružnic opravljata dejavnost prodaje oblačil na drobno pod imenom „Peek & Cloppenburg“. Med strankama obstaja sporazum, na podlagi katerega je ozemlje Zvezne republike Nemčije razdeljeno na dva ekonomska prostora („SEVER“ in „JUG“), in v vsakem gospodarskem prostoru ima vedno le ena izmed strank trgovine z oblačili. Stranki neodvisno in ločeno oglašujeta svoje trgovine z oblačili.
- 2 Predmet spora je vsedrjavna oglaševalska akcija tožene stranke, ki je bila marca 2011 objavljena v modni reviji „GRAZIA“. Na dvojni strani te revije, označeni kot „AKCIJA ZA BRALCE“, so bile njene bralke povabljeni na „ekskluzivni Late-Night-Shopping“, in sicer „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg“.

Nadalje je tam med drugim navedeno: „Noč za vse GRAZIA-Girls: Brskajte z nami po koncu dela v modnem templju! S penino in osebnim stilistom. Kako postanete V.I.S. (Very Important Shopper)? Hitro se prijavite!“. Na „StyleNight“-dogodkih so obiskovalke lahko nakupovale po zaprtju trgovin in se posvetovale glede mode, stiliranja las in stila ličenja. V revijskem prispevku je bil podrobneje opisan potek dogodkov in pri tem je bilo večkrat uporabljeno ime podjetja „Peek & Cloppenburg“. Tudi na fotografiji ene izmed trgovin z oblačili tožene stranke so bili razpoznavni napis „Peek & Cloppenburg“ v svetlečih črkah nad vhodih in začetnici imena podjetja („P&C“) na kljukah. V prispevku je bilo navedeno, da obstajata dve neodvisni podjetji Peek & Cloppenburg ter da „gre za informacijo družbe Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf.“

3 Prispevek je bil oblikovan tako:

GRAZIA StyleNight
by Peek & Cloppenburg

WIR LADEN EIN!
ZUM EXKLUSIVEN
Late-Night-

Die Nacht für alle **GRAZIA-Girls**:
Stöbern Sie mit uns nach Feierabend
im Fashion-Tempel! Samt Sekt und
persönlichem Stylisten. Wie Sie zum
V.I.S. (Very Important Shopper)
werden? Ganz schnell anmelden!

Hört sich traumhaft an, oder? Feierabend-Shopping mit der
besten Freundin, ganz ohne rumpelnde Schnell-Einkäufer,
dafür mit 50 persönlichen Stylisten im Schlepptau! Außerdem
sorgen Sekt, Hühnchen und DJs für entspanntes Afterwork-
Peeling und katapultieren Sie auf Wolke sieben. Oder besser
gesagt: in eines von sieben Peek & Cloppenburg-Häusern in
Deutschland und Österreich. Denn dort feiern wir ab März
die GRAZIA StyleNight mit Ihnen! Schnell anmelden unter
www.grazia-magazin.de, denn die Einladungen sind limitiert
– und heiß begehrt!

Top Hair- & Make-up-Stylisten
sind dabei, um
Sie zu beraten und
zu verwöhnen – egal,
ob es um eine Total-
veränderung oder um
Schminktipp geht!

TOURDATEN: 16. 3. Berlin, 17. 3. Köln, 18. 3. Düsseldorf,
23. 3. Frankfurt, 24. 3. Mannheim, 25. 3. Stuttgart, 31. 3. Wien*

Peek & Cloppenburg

ES GIBT ZWEI UNABHÄNGIGE UNTERNEHMEN PEEK & CLOPPENBURG
MIT IHREN HAUPTSITZEN IN DÜSSELDORF UND HAMBURG. DIES IST
EINE INFORMATION DER PEEK & CLOPPENBURG KG DÜSSELDORF.
STANDORTE FINDEN SIE UNTER WWW.PEEK-CLOPPENBURG.DE

Ein Modshauss öffnet
exklusiv für Sie die Türen:
zum Shoppen, Stawnen
und Spaßhaben

92 68171



- 4 (Primarnemu) tožbenemu predlogu tožeče stranke, naj se toženi stranki, ki ravna v konkurenci, prepove objava oglasov, ne da bi jih jasno opredelila kot „oglas“ – kot je v tožbi zatrjevano, da je bilo storjeno v obravnavanem primeru – je bilo ugodeno na prvi in drugi stopnji. Tožena stranka z revizijo vztraja pri zavrnitvi tožbenega zahtevka.

Bistvene trditve strank postopka v glavni stvari

- 5 Tožeča stranka trdi, da navedena oglaševalska akcija krši prepoved uredniškega oglaševanja iz člena 3(3) UWG v povezavi s točko 11 Priloge k členu 3(3) UWG.

- 6 Tožena stranka v zvezi z vprašanjem, ali ima prispevek uredniško vsebino, trdi, da je pozornost bralca usmerjena na skupne reklamne prireditve revije „GRAZIA“ in tožene stranke, tako da gre kvečjemu za „poročanje o lastni stvari“, ne pa za kot informacijo skrito oglaševanje.
- 7 Pri tem naj bi oblikovanje layouta samo po sebi ne zadoščalo za nastanek vtisa objektivno-nevtralnega poročanja. Pri priporočanju dogodka, namenjenega (tudi) pospeševanju prodaje lastnega tiskanega proizvoda, naj ne bi nastal vtis, da je bilo kaj raziskano ali ovrednoteno. Videz uredniškega prispevka pa naj bi predpostavljala neko obliko poročanja. V nobenem primeru naj ne bi zadoščalo, če je treba prispevek v celoti šteti za oglaševanje.
- 8 Prav tako naj ne bi šlo za pospeševanje prodaje, saj naj bi sporno „poročilo“ sestavljalo vabilo na dogodek, ne da bi bile podane izjave o kakovosti izdelkov.
- 9 Kar zadeva „plačilo“, naj bi sprejetje protidajatve za uredniško vsebino predpostavljalo obstoj namenske zveze med dodelitvijo gospodarske koristi in objavo, tako da se na videz nevtralnno-objektivno poročilo izkaže za „kupljeno“. V ta namen naj ne bi zadostovalo, da trgovec prevzame del stroškov skupaj z medijskim podjetjem organizirane reklamne akcije, ki koristi obema podjetjema. V takem primeru naj bi se skupno financiral samo skupno izvedeni „Event“, medtem ko naj bi medijsko podjetje z uredniškim prispevkom zgolj v lastnem interesu opozorilo na reklamno akcijo. Povprečno pozoren bralec naj ne bi pričakoval objektivno-kritičnega poročanja že zato, ker naj bi bila objava očitno v lastnem interesu medijskega podjetja kot soorganizatorja. Reklamni značaj naj bi bil pri tovrstnih „akcijah za bralce“ očitno.
- 10 Situaciji primerno pozoren bralec naj bi v prispevku modne revije, ki opozarja na Event, ki se izvaja skupaj z modno hišo, ne pričakoval objektivnih informacij, temveč podrobnejše informacije o izvedbi Eventa. V primerih, ko oglaševanje za drugega sovpada s samooglaševanjem, naj bi bilo treba zaradi različne stopnje pozornosti ciljne javnosti uporabiti drugačna merila od tistih, ki se sicer uporabljajo za „prikrito oglaševanje“. Poleg tega pa naj bi tukaj ne šlo za tak primer, temveč naj bi šlo za odkrito spodbujanje interesov podjetij tako revije kot tudi tožene stranke.

Kratka predstavitev utemeljitve predloga

- 11 Predložitveno sodišče navaja, da sporna oglaševalska akcija predstavlja tako poslovno dejanje v smislu nacionalnega prava kot tudi poslovno prakso v smislu Direktive 2005/29/ES – in sicer ne le tožene stranke, ampak tudi revije „GRAZIA“ – , ker neposredno služi pospeševanju prodaje tožene stranke in revije „GRAZIA“. Pri tem sporna reklamna akcija zajema le objavo prispevka in ne izvedbe tam napovedanih in opisanih dogodkov.
- 12 Prispevek ima tudi uredniško vsebino. Prispevek ima uredniško vsebino, če glede na svojo podobo daje videz objektivno-nevtralnega poročanja s strani medijskega

podjetja. Odločilno je razumevanje povprečno obveščenega ter situaciji primerno pozornega in preudarnega potrošnika. V zvezi s tem ni pomembno, ali je prispevek sestavilo podjetje, za katerega se dela reklamo, ali urednik medijskega podjetja. Sporna objava daje povprečnemu bralcu, ki je situaciji primerno pozoren, vtis objektivno nevtralnega poročanja s strani same revije „GRAZIA“ že zato, ker podoba in barvno oblikovanje prispevka sovпада z oblikovanjem drugih uredniških prispevkov in se jasno razlikuje od oglasov, prikazanih v reviji.

- 13 Poleg tega je prispevek namenjen pospeševanju prodaje. Predpostavka za to je, da ima podjetnik namen, da z uredniško vsebino spodbuja prodajo svojih proizvodov ali storitev. Iz tega je treba izhajati vedno, kadar prispevek objektivno vsebuje reklamo. Ni nujno, da prispevek opredeljuje poseben proizvod, katerega prodajo se namerava spodbujati. Promocijski cilj prispevka je razviden že iz prikaza „P&C“-trgovine z oblačili in iz prikaza oblačil blagovnih znamk, ki jih je tam mogoče kupiti. Poleg tega se večkrat uporabljata navedbi „Peek & Cloppenburg“ in „P&C“, tako da se tudi na ta način oglašuje podjetje in proizvode tožene stranke. To oglaševanje je še okrepljeno z objavo datumov prireditve v podružnicah tožene stranke, ki so neposredno namenjeni privabljanju strank. Poleg tega je namen prispevka tudi spodbujanje prodaje v korist revije „GRAZIA“. Gre za skupno reklamno akcijo, neposredno namenjeno pospeševanju prodaje obeh podjetij. Uporaba za namene prodaje ne pomeni, da so podane izjave o kakovosti določenih proizvodov, pri čemer sporni prispevek vsekakor upodablja in laskavo poudarja različne konkretne proizvode ob navedbi vsakokratnih blagovnih znamk.
- 14 Postavlja se vprašanje, ali je tožena stranka plačala uporabo uredniških vsebin za promocijske namene v smislu točke 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES in s tem financirala to uporabo v smislu določbe točke 11 Priloge k členu 3(3) UWG, ki jo je treba razlagati v skladu z direktivo.
- 15 V zvezi s tem je namen prvega vprašanja za predhodno odločanje ugotoviti, ali „plačilo“ v smislu točke 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES predpostavlja plačilo v denarju ali pa zadostujejo druge dajatve, ki imajo denarno vrednost.
- 16 Predložitveno sodišče meni, da zadostujejo druge dajatve, ki imajo denarno vrednost.
- 17 V zvezi s tem najprej navaja besedilo v različnih jezikovnih različicah. Res je, da izraz „plačal“ („bezahlt“), ki v prvi vrsti nakazuje denarno storitev, ni naveden le v nemškem besedilu direktive, ampak po analogiji tudi v angleški („paid for“), španski („pagando“) in nizozemski („betaald“) različici določbe. Druge jezikovne različice pa vsebujejo formulacijo, ki ustreza izrazu „financiral“, ki lahko vključuje tudi druge dajatve, ki imajo denarno vrednost. Tako se v francoskem besedilu direktive uporablja izraz „financé“. Italijanska različica govori celo o podpori stroškov oglaševalske akcije („i costi di tale promozione siano stati sostenuti“).

- 18 Tudi namen te določbe govori v prid širokemu pojmovanju zadevnega pojma. Namenjena je ločevanju med oglaševalskim in uredniškim delom medijev. Ozadje te zapovedi ločevanja je preudarek, da se potrošnik manj kritično sooča z informacijami tretje osebe, ki sama ni neposredno udeležena v konkurenci, in jim običajno pripisuje večjo težo in pozornost kot ustreznim navedbam samega oglaševalca, ki jih je zlahka mogoče prepoznati kot oglaševanje. Prikrivanje namena pospeševanja prodaje prispeva k temu, da potrošnik svojo sicer kritično držo do oglasnih sporočil opusti. Označevanje oglaševanja naj potrošniku omogoči, da se naravna na tržno naravo sporočila in se temu ustrezno odzove. Po mnenju predložitvenega sodišča je namen določbe mogoče doseči le, če pojem „plačilo“ ne zajema le plačila v denarju, ampak vse vrste protidajatev. Samo tako je mogoče preprečiti preprosto izigravanje zakona.
- 19 Nazadnje, tudi skrb za zagotovitev visoke ravni varstva potrošnikov, ki jo uresničuje Direktiva 2005/29/ES, govori v prid široki razlagi pojma „plačilo“. Ta skrb je poudarjena ne le v členu 1 Direktive, ampak tudi v njenih uvodnih izjavah (glej na primer uvodne izjave 1, 5, 20, 23 in 24). Tej skrbi je mogoče zadostiti le, če se prepoved oglaševanja v obliki informacij ne nanaša izključno na uredniške prispevke, za katere je oglaševalec zagotovil plačilo v denarju.
- 20 Konec koncev verjetno tudi z vidika temeljne pravice do svobode tiska ni potrebna drugačna razlaga. Ta temeljna pravica ne more upravičiti uporabe uredniških vsebin, ki jih podjetnik financira v promocijske namene, ker mora imeti prednost zaupanje bralca v dejstvo, da priporočila, predstavljena v uredniški obliki, temeljijo na prepričanju uredništva, in ne na plačilu podjetnika, ki ima od tega korist. Kupljeni prispevki navsezadnje spodkopavajo temelj svobode tiska.
- 21 Z drugim vprašanjem za predhodno odločanje se želi ugotoviti, ali je točka 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES pogojena s tem, da je trgovec dal medijskemu podjetniku ugodnost, ki ima denarno vrednost, v zameno za uporabo uredniških vsebin, in če je odgovor pritrdilen, ali je ta pogoj v obravnavanem primeru izpolnjen.
- 22 Iz „plačila“ ali „financiranja“ uredniške vsebine bi bilo treba v okviru konkurenčnoppravne prepovedi oglaševanja, skritega kot informacijo, izhajati le, kadar je treba plačilo ali financiranje šteti za protidajatev za uredniško vsebino. Za tako protidajatev naj nikakor ne bi šlo, če dajatev, ki ima denarno vrednost, nima nobene povezave z objavo uredniškega prispevka.
- 23 V primeru poročanja o skupno organizirani in financirani reklamni akciji, ki ga je treba presojsati v obravnavanem primeru, bi bilo mogoče takšno povezavo domnevati že na podlagi dejstva, da bi bilo mogoče reklamno akcijo in poročanje o njej šteti za del enotne oglaševalske akcije, ki jo je mogoče obravnavati in oceniti le enotno. To bi vodilo do tega, da je že zgolj zaradi skupnega financiranja reklamne akcije treba pritrditi tudi (so-)financiranje v zvezi s tem objavljenega prispevka.

- 24 Vsekakor pa si tožena stranka in revija „GRAZIA“ nista delili le stroškov za promovirane dogodke „StyleNights“. Nasprotno, tožena stranka je prav tako dala reviji na voljo pravice do uporabe slikovnega gradiva, uporabljenega v spornem poročilu. Tam prikazane slike niso omejene na fotografsko reprodukcijo oznak podjetja ali trgovin z oblačili tožene stranke, ampak prikazujejo tudi različne proizvode, ki jih je mogoče kupiti pri toženi stranki, in različne osebe (zlasti „stilistko za lase in ličenje“ in „didžeja“). Tudi prepustitev pravic do uporabe uporabljenega slikovnega gradiva je treba šteti za prispevek tožene stranke, ki ima denarno vrednost. Zdi se torej, da je vsaj del storitev, ki imajo denarno vrednost, in jih je prispevala tožena stranka, konkretno povezan z objavo spornega revijskega prispevka.
- 25 Glede na to, da se sporni prispevek nanaša na skupno reklamno akcijo tožene stranke in revije „GRAZIA“, katere namen je spodbujanje prodaje obeh podjetij, se postavlja vprašanje, ali je te storitve dejansko mogoče šteti za protidajatev v zgoraj navedenem smislu ali jih je morda treba kvalificirati kot vložke partnerja, in če je odgovor na slednje pritrdilen, ali je kljub temu lahko izpolnjeno dejansko stanje oglaševanja, skritega kot informacija.
- 26 Pritožbeno sodišče je brez napačne uporabe prava ugotovilo, da reklamne in finančne povezave ni mogoče razpoznati z zahtevano enoznačnostjo.
- 27 Kršitev nacionalnih določb in prava Unije ne pride v poštev, če je jasno razvidno, da je podjetnik financiral uporabo uredniških vsebin v promocijske namene.
- 28 V skladu s tem zadevna javnost ni zavedena v zmoto (samo) takrat, kadar je reklamni značaj uredniškega prispevka za potrošnika jasno zaznaven, na primer z oznako „oglas“. Označevanje mora biti tako, da situaciji primerno pozoren povprečen bralec ne more dvomiti o tem, da ima prispevek reklamni značaj.
- 29 Pritožbeno sodišče je menilo, da sporni prispevek v reviji ne izpolnjuje teh zahtev. Reklamni značaj, finančne povezave in vloga tožene stranke pri objavi naj ne bi izhajali s potrebno jasnostjo iz vsebine prispevka. Po eni strani naj bi to veljalo z ozirom na pozive, ki neposredno naslavljajo bralke, npr. s formulacijami „Vabimo vas [...]! Brskajte z nami po koncu dela v modnem templju! Tam bomo z vami praznovali [...]! Hitro se prijavite na [...]“. Po drugi strani naj bi prispevek ne bil označen kot „oglas“ ali „reklama“, ampak le kot „akcija za bralce“. Potrošnik naj bi iz tega pojma ne mogel izpeljati enoznačnih zaključkov glede reklamnega značaja.
- 30 Za presojo samooglaševanja revije tudi ne veljajo druga merila, kot npr. za konkurenčnopravno presojo nagradnih ugank in tam vsebovane predstavitve razpisanih nagradnih proizvodov.
- 31 Pri nagradni igri povprečen, situaciji primerno pozoren bralec običajno prepozna tudi obliko samooglaševanja založnika za revijo in jo zato presoja drugače kot prispevke, ki spadajo v ožje uredniško področje. Zato z vidika konkurenčnega prava ni mogoče grajati predstavitve razpisanih nagradnih proizvodov, če ta ne

presega normalnih in običajnih meja. Nasprotno pa je lahko prikazovanje cen v skladu s konkurenčnim pravom nezakonito, če je promocijsko poudarjanje za nagrado razpisanih proizvodov jasno v ospredju, pri čemer se javnosti daje vtis, da je uredništvo v objektivnem izbirnem postopku izbralo ne le kot nagrado atraktiven, ampak zaradi svojih značilnosti tudi sicer posebej priporočljiv proizvod.

- 32 V obravnavanem primeru pa okoliščina, da sporna objava hkrati zajema tudi samooglaševanje medijskega podjetja, po mnenju predložitvenega sodišča ne zahteva drugačne presoje. Sicer je morda povprečnemu bralcu do določene mere znano samooglaševanje založnikov. Vendar iz tega ne izhaja, da pričakuje, da se s tem samooglaševanjem hkrati dela reklamo za tretje podjetje ali da tretje podjetje za poročanje ali za v poročilu predstavljeno kooperacijo opravi ali je opravilo protidajatev, ki ima denarno vrednost. Zato ni mogoče sklepati na obstoj „odprtega promoviranja“ interesov podjetja (tudi) tožene stranke.

DELOVNI DOKUMENT