

Processo C-371/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

7 de agosto de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

25 de junho de 2020

Demandada e recorrente em «Revision»:

Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf

Demandante e recorrida em «Revision»:

Peek & Cloppenburg KG, Hamburgo

Objeto do processo principal

Ação com pedido (principal) de imposição à demandada da proibição de, no âmbito da sua atuação em mercado concorrencial, publicar anúncios sem identificação inequívoca dos mesmos como «anúncio»

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do n.º 11, primeiro período, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE;

Artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1. Só se verifica um «financiamento» da promoção de um produto, na aceção do n.º 11, primeiro período, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE, se a utilização de um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover esse produto tiver como contrapartida uma prestação pecuniária,

- ou a expressão «financiamento» abrange qualquer tipo de contrapartida, não relevando se é constituída por dinheiro, bens, serviços ou quaisquer outros ativos com valor patrimonial?
2. O n.º 11, primeiro período, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE pressupõe que o profissional conceda uma vantagem patrimonial à empresa de comunicação social como contrapartida da utilização de conteúdos editados e, na afirmativa, deve assumir-se que se verifica uma tal contrapartida no caso de a empresa de comunicação social difundir uma ação publicitária que foi organizada em conjunto com um profissional e em que este cedeu à referida empresa de comunicação social direitos de utilização de imagens, em que ambas as empresas suportaram as despesas e contribuíram com os respetivos esforços para a ação publicitária que se destinou à promoção dos produtos de ambas as empresas?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («Diretiva Relativa às Práticas Comerciais Desleais»), anexo I, n.º 11, primeiro período

Disposições de direito nacional invocadas

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Lei Relativa ao Combate à Concorrência Desleal, a seguir «UWG»), § 3, n.º 3, em conjugação com o n.º 11 do anexo ao § 3, n.º 3

Nos termos destas disposições, é sempre proibida uma ação comercial junto dos consumidores que consista na utilização de um conteúdo editado para promover um produto, financiada por um empresário, sem que esta relação resulte claramente do respetivo conteúdo ou da sua apresentação visual ou acústica (publirreportagem). Estas disposições destinam-se a transpor o artigo 5.º, n.º 5, primeiro período, da Diretiva 2005/29/CE, em conjugação com o n.º 11, primeiro período, do respetivo anexo.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 As partes são duas empresas jurídica e economicamente independentes, ambas operam comercialmente sob a designação «Peek & Cloppenburg» e dedicam-se, através de várias lojas, ao comércio a retalho de vestuário. Entre as partes existe um acordo segundo o qual o território da República Federal da Alemanha está dividido em duas zonas económicas («NORD» e «SÜD») e cada uma das partes

explora as respetivas lojas de vestuário exclusivamente na zona que lhe está afeta. As partes fazem publicidade às respetivas lojas de forma independente e separada.

- 2 Constitui objeto do presente processo uma campanha publicitária da demandada a nível nacional, publicada em março de 2011 na revista de moda «GRAZIA». Aí, em página dupla identificada através da menção «LESERAKTION» (campanha para os leitores), convidavam-se as leitoras para um «Late-Night-Shopping exclusivo», mais concretamente para o «GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg». Indicava-se, ainda, nomeadamente, o seguinte: «A noite para todas as GRAZIA-Girls: após o trabalho, passeie connosco no templo da moda! Com espumante e estilista pessoal. Como tornar-se numa V.I.S. (Very Important Shopper)? Inscreva-se rapidamente!». Durante os eventos «StyleNight», as visitantes, já após o encerramento da loja, podiam fazer compras e obter aconselhamento sobre moda e *styling* de cabelo e de maquilhagem. No âmbito do artigo da revista descreveu-se mais detalhadamente o decurso dos eventos, utilizando-se várias vezes a designação social «Peek & Cloppenburg». Também na fotografia de uma das lojas de vestuário da demandada era visível a menção «Peek & Cloppenburg» sobre as entradas em letras luminosas e as iniciais da designação social da empresa («P&C») nas maçanetas das portas. O artigo salientava que existem duas empresas «Peek & Cloppenburg» independentes e acrescentava ainda: «Esta é uma informação da Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf».
- 3 O artigo em causa tinha a seguinte apresentação:

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 rempelnde Schnell-Einkäufer, dafür mit 50 persönlichen Stylisten im Schlepptau! Außerdem sorgen Sekt, Hühnchen und DJs für entspanntes Afterwork-Feeling und karapultieren 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!

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 Modishaus öffnet exklusiv für Sie die Türen zum Shoppen, Staunen und Spaßhaben

92 611/11

LESERAKTION

Shopping

SO GEHT'S:
Schnell auf
www.grazia-magazin.de
klicken und sich für
den jeweiligen Standort
anmelden!

oppenburg **Peek, Cloppenburg**

Natürlich gehört zur GRAZIA Style-Night by P & C auch ein Red Carpet!

CODELLO
Unser Style-Tipp für
wiedrige Frühlingstage:
das Print-Postcard!

BURBERRY
Der klassische Trench-
coat ist ein Must-Have
im Frühling

MARC CAIN
Trendy und sexy: ein
Minidress aus Spitze

JAKES
Die süße Clutch im
Marini-Look macht
sofort Urlaubsstunde

Die warten schon auf Sie!

GRAZIA 93

Foto: S. Schmidt/berggrün, P. C. in Wien vor dem Altes Rathaus, Peek & Cloppenburg, Kitz-Wien

- 4 A ação intentada pela demandante, que tem como pedido (principal) a imposição à demandada da proibição de, no âmbito da sua atuação em mercado concorrencial, publicar anúncios sem identificação inequívoca dos mesmos como «anúncio» – como, segundo defende a demandante, sucedeu *in casu* –, foi julgada procedente em primeira e em segunda instâncias. Com o seu recurso de «Revision» a demandada reitera o seu pedido de que a ação seja julgada improcedente.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 A demandante alega que a campanha publicitária em causa viola a proibição de publicidade editorial, consagrada no § 3, n.º 3, da UWG, em conjugação com o n.º 11 do anexo ao § 3, n.º 3, da UWG.
- 6 Quanto à questão de saber se o artigo tem conteúdo editado, a demandada alega que a atenção do leitor é direcionada para os eventos promocionais organizados de forma conjunta pela revista «GRAZIA» e pela demandada, pelo que, no limite, causasse trata de uma «notícia em causa própria» e não uma publirreportagem.
- 7 Ainda segundo a demandada, a configuração do *layout*, só por si, não basta para criar a impressão de que se está perante uma cobertura jornalística objetiva e neutra. No anúncio de um evento destinado a promover (também) as vendas do próprio produto de imprensa, não se cria a impressão de ter havido algum tipo de investigação ou de avaliação. Ora, para que se possa falar de aparência de artigo editado é necessário que se verifique algum tipo de cobertura jornalística. Não é de modo algum suficiente para que o artigo no seu conjunto seja considerado publicidade.
- 8 Também não está em causa a promoção de um produto, uma vez que o «artigo» em causa é composto por textos que convidam e apelam à participação num evento, sem que se faça algum tipo de juízo sobre a qualidade dos bens.
- 9 No que concerne ao «financiamento», a contrapartida pelo artigo editado implica uma relação causal entre a concessão da vantagem económica e a publicação, no sentido de uma cobertura jornalística aparentemente neutra e objetiva, afinal, se revelar «comprada». Para este efeito, não basta que um profissional participe nos encargos de uma ação publicitária, organizada conjuntamente com a empresa de comunicação social e que a ambas beneficia. Neste caso, foi apenas o «evento», organizado por ambas as empresas, que foi financiado conjuntamente, sendo que a empresa de comunicação social, através do artigo editado, se limitou a atuar no seu próprio interesse, ao chamar a atenção para a ação publicitária. O leitor medianamente atento não espera uma cobertura jornalística objetiva e crítica, desde logo porque é manifesto que a publicação é feita no interesse próprio da empresa de comunicação social, na sua qualidade de coorganizadora. O carácter publicitário deste tipo de «campanhas para os leitores» é sempre evidente.
- 10 No caso de um artigo numa revista de moda, no qual se comunica um evento realizado em conjunto com uma galeria de moda, um leitor razoavelmente atento de acordo com a situação não tem a expectativa que lhe preste informações objetivas e factuais, mas forneça indicações mais detalhadas sobre a realização desse evento. Nos casos em que a publicidade a um terceiro coincide com publicidade ao próprio, têm de se aplicar critérios diferentes daqueles que se aplicariam à «publicidade oculta», já que o público a quem se dirige revela níveis de atenção diferentes. No caso em apreço não se verifica qualquer publicidade

oculta, mas uma promoção transparente dos interesses empresariais tanto da revista como da demandada.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 11 O órgão jurisdicional de reenvio refere que a campanha publicitária em causa constitui quer uma ação comercial, na aceção da lei nacional, quer uma prática comercial na aceção da Diretiva 2005/29/CE – não apenas da demandada, mas também da revista «GRAZIA» –, visto que se destina a promover diretamente as vendas tanto da demandada como da revista «GRAZIA». A ação publicitária impugnada consiste unicamente na publicação do artigo e não na realização dos eventos anunciados e descritos na mesma.
- 12 De resto, o artigo em causa tem um conteúdo editado. Um artigo tem conteúdo editado quando, atenta a sua apresentação, assume a aparência de uma cobertura jornalística objetiva e neutra por parte da empresa de comunicação social. O critério é o do consumidor medianamente informado e que atua com a atenção e o conhecimento adequados à situação. Neste contexto, não releva o facto de o artigo ter sido redigido pela própria empresa anunciante ou por um editor da empresa do setor da comunicação social. A publicação controvertida cria no leitor médio razoavelmente atento de acordo com a situação, a impressão de que tem perante si uma cobertura jornalística objetiva e neutra, com origem na própria revista «GRAZIA», porque a configuração e as cores utilizadas no artigo coincidem com a apresentação de outros artigos editados, distinguindo-se claramente da publicidade impressa na revista.
- 13 Além disso, o artigo tem por objetivo a promoção das vendas. Para que assim seja, é pressuposto que a empresa tenha a intenção de, através do conteúdo editado, promover as vendas dos seus bens ou a prestação dos seus serviços. Tal deve ser sempre assumido quando o artigo contiver objetivamente publicidade. Contudo, não se exige que o artigo identifique um produto específico, cuja venda é promovida. Assim sendo, o objetivo do artigo, que consiste na promoção das vendas, resulta, desde logo, da publicação de imagens da loja de vestuário «P&C» e das peças de roupa dessa mesma marca, que aí se podem adquirir. Além disso, faz-se repetidas vezes uso das menções «Peek & Cloppenburg» e «P&C», de modo a também promover por esta via a empresa e os produtos da demandada. Esta publicidade é reforçada pela comunicação das datas dos eventos nos estabelecimentos da demandada, cuja finalidade imediata é atrair clientes. O artigo visa ainda promover as vendas da revista «GRAZIA». Trata-se de uma ação publicitária conjunta, que se destina a promover as vendas de ambas as empresas. A utilização para fins de venda não pressupõe que se exteriorizem afirmações sobre a qualidade de certos bens, sendo que no artigo em causa se descrevem e elogiam diversos produtos concretos e se indica o nome da respetiva marca.
- 14 A questão que se coloca é a de saber se a demandada pagou pela utilização de um conteúdo editado para promover um produto, na aceção do n.º 11, primeiro

período, do anexo I da Diretiva 2005/29/CE, e, neste sentido, se financiou essa utilização, no sentido do n.º 11 do anexo ao § 3, n.º 3, da UWG, disposição que deve ser interpretada em conformidade com a diretiva.

- 15 Com a primeira questão prejudicial, pretende-se apurar se o «financiamento», na aceção do n.º 11, primeiro período, da Diretiva 2005/29/CE, pressupõe uma prestação pecuniária ou se pode estar em causa outro tipo de contrapartida com valor patrimonial.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio tende a considerar que basta que se verifique outro tipo de contrapartida com valor patrimonial.
- 17 Neste sentido, começa por fazer referência às outras versões linguísticas. É certo que a expressão «bezahlt», que sugere estar em causa uma prestação pecuniária, é utilizada não apenas na versão alemã da diretiva mas também, por exemplo, nas versões inglesa («paid for»), espanhola («pagando») e neerlandesa («betaald»). No entanto, outras versões linguísticas contêm uma formulação que corresponde a «finanziert» (financiado), que também pode incluir outros tipos de contrapartida com valor patrimonial. Assim, por exemplo, utiliza-se no texto francês da diretiva a expressão «financié». A versão italiana vai ainda mais longe ao referir a contribuição para os custos da campanha publicitária («i costi di tale promozione siano stati sostenuti»).
- 18 A finalidade da disposição também milita a favor de uma interpretação ampla do conceito em causa. Destina-se a separar a publicidade e o conteúdo editorial dos meios de comunicação social. A razão de ser desta necessidade de separação é o entendimento segundo o qual o consumidor tende a lidar de forma menos crítica com a informação que provém de um terceiro que não intervém diretamente no mercado concorrencial, atribuindo-lhe geralmente mais importância e atenção do que a outras informações que provenham do anunciante e que sejam facilmente identificáveis como publicidade. A ocultação da intenção de promoção de produtos contribui para que o consumidor abandone sua postura inerentemente crítica em relação às mensagens publicitárias. A identificação da publicidade deve permitir ao consumidor adaptar-se ao caráter comercial da comunicação e reagir em conformidade. O órgão jurisdicional de reenvio considera que o objetivo prosseguido pela norma só pode ser alcançado e só é possível obstar a que se contorne a lei se o conceito de «Bezahlung» (pagamento) abranger não apenas prestações pecuniárias, mas todo o tipo de contrapartida.
- 19 Por fim, também o objetivo prosseguido pela Diretiva 2005/29/CE, de assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores, pesa a favor de uma interpretação ampla da expressão «Bezahlung» (pagamento). Este objetivo é sublinhado não só no artigo 1.º da diretiva, mas também nos seus considerandos (v., por exemplo, considerandos 1, 5, 20, 23 e 24). Só é possível atingi-lo se a proibição das publireportagens não recair apenas sobre artigos editados pelos quais o anunciante tenha pago uma contrapartida monetária.

- 20 Por último, o direito fundamental da liberdade de imprensa também não impõe entendimento diferente. Este direito fundamental não pode justificar a utilização de conteúdos editados, financiados por um empresário, para promover um produto, pois deve prevalecer a confiança que o leitor deposita no facto de as recomendações apresentadas sob forma editada se basearem na convicção da redação e não na contribuição do empresário beneficiário. Em última análise, artigos comprados destroem o fundamento da liberdade de imprensa.
- 21 A segunda questão prejudicial destina-se a clarificar se o n.º 11, primeiro período, da Diretiva 2005/29/CE pressupõe que o profissional conceda uma vantagem patrimonial à empresa de comunicação social como contrapartida da utilização de conteúdos editados e – em caso de resposta afirmativa – se se verifica essa situação, no caso em apreço.
- 22 No âmbito da proibição, em matéria de direito da concorrência, da publicreportagem, só será de partir do princípio de que o conteúdo editado foi «pago» ou «financiado» se esse pagamento ou financiamento dever ser considerado uma contrapartida desse mesmo conteúdo editado. Em todo o caso, parece que será de considerar inexistir uma tal contrapartida se a subsidiação patrimonial não apresentar qualquer relação com a publicação do artigo editado.
- 23 No caso da cobertura jornalística ora em apreço, sobre uma ação publicitária organizada e financiada de forma conjunta, poderia verificar-se uma tal relação desde logo pelo facto de se entender que a ação publicitária e a respetiva cobertura jornalística têm de ser vistas como integrando ambas uma mesma campanha publicitária, que só pode ser apreciada e avaliada de forma única. Isto significaria que a circunstância de a ação publicitária ser financiada conjuntamente implicaria também o (co)financiamento do artigo publicado que sobre ela recaiu.
- 24 Seja como for, a demandada e a revista «GRAZIA» não se limitaram a suportar em conjunto as despesas e os encargos das «StyleNights» anunciadas. Pelo contrário, a demandada cedeu à revista os direitos de utilização das imagens utilizadas no artigo controvertido. As imagens em causa não se limitam a retratar fotograficamente a denominação social ou as lojas de vestuário da demandada, mas também evidenciam diversos produtos que a demandada tem para venda, bem como várias pessoas (nomeadamente uma «estilista de cabelo e maquilhagem» e um «disc-jockey»). A disposição dos direitos sobre as imagens também constitui um contributo da demandada com valor patrimonial. Neste sentido, pelo menos uma parte das prestações patrimoniais da demandada pode estar numa relação específica com a publicação do artigo da revista ora controvertido.
- 25 Contudo, tendo em conta que o artigo controvertido informa sobre uma ação publicitária conjunta, da demandada e da revista «GRAZIA», que se destina a promover as vendas de ambas as empresas, é questionável se estas prestações devem ser efetivamente qualificadas como uma contrapartida, no sentido acima descrito, ou antes como contribuições de um dos parceiros, e – caso se confirme a

segunda alternativa – se, neste caso, também é de entender estar-se perante uma publicirreportagem.

- 26 O tribunal de apelação entendeu, em termos juridicamente corretos, que a relação comercial e financeira não se verifica com a clareza necessária.
- 27 Exclui-se a violação de disposições de direito nacional e da União se for claramente perceptível que o empresário utilizou conteúdos editados para promover um produto.
- 28 Neste sentido (só) não se verifica uma indução em erro do público a quem a publicidade se dirige se a natureza publicitária do artigo editado for claramente reconhecível como tal pelo consumidor, por exemplo através da aposição da menção «anúncio». A identificação tem de ser de molde a que o leitor médio razoavelmente atento de acordo com a situação, não possa ter dúvidas acerca do carácter comercial do artigo.
- 29 O tribunal de apelação entendeu que o artigo de revista controvertido não cumpre estas exigências. O carácter comercial, as relações financeiras e o papel da demandada no quadro da publicação não resultam com a necessária clareza do conteúdo do artigo em causa. Este raciocínio aplica-se, por um lado, à interpelação diretamente dirigida às leitoras, por exemplo através das formulações «Convidamos [...]! [...] após o trabalho, passeie connosco no templo da moda! Comemoramos consigo [...]! Inscreva-se rapidamente em [...]». Por outro lado, o artigo não se encontra identificado através da menção «anúncio» ou «publicidade», mas apenas «campanha para os leitores». Esta expressão não permite ao consumidor extrair uma conclusão sólida acerca da natureza publicitária do artigo.
- 30 A avaliação da publicidade à própria revista não está sujeita a critérios diferentes, como sucede por exemplo no caso da apreciação sob o prisma do direito da concorrência de passatempos e da apresentação dos produtos que se oferecem nesse contexto.
- 31 O leitor médio razoavelmente atento de acordo com a situação, reconhece geralmente que um passatempo assume uma forma de publicidade que a editora faz à própria revista, pelo que o percebe de forma diferente dos artigos que se reconduzem ao núcleo mais restrito do domínio editorial. Por conseguinte, a apresentação dos produtos oferecidos não é censurável, do ponto de vista do direito da concorrência, se não exceder os limites da prática considerada normal e séria. Contudo, a apresentação dos prémios já poderá ser considerada inadmissível, se o destaque comercial dos produtos oferecidos for feito manifestamente em primeiro plano, transmitindo-se aos consumidores a impressão de que a redação, no âmbito de um processo de seleção objetivo, escolheu um produto não apenas por ser atrativo como prémio, mas também por ser particularmente recomendável em face das suas qualidades.

- 32 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, no presente caso, a circunstância de a publicação em causa constituir igualmente publicidade à própria empresa de comunicação social não conduz a um juízo diferente. É certo que o leitor médio estará, em certa medida, familiarizado com a publicidade que as editoras fazem a si próprias. Contudo, daqui não resulta que ele preveja que, juntamente com essa publicidade própria, se faça igualmente publicidade a uma empresa terceira ou que essa empresa terceira tenha prestado ou preste, para a cobertura jornalística propriamente dita, ou ainda para o evento organizado em cooperação ao qual se refere a cobertura jornalística, uma contrapartida com valor patrimonial. Desta forma, não se afigura que se possa falar, neste contexto, da «promoção transparente», dos interesses empresariais (também) da demandada.

DOCUMENTO DE TRABALHO