

**Asunto C-371/20****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

7 de agosto de 2020

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

**Fecha de la resolución de remisión:**

25 de junio de 2020

**Parte demandada y recurrente en casación:**

Peek &amp; Cloppenburg KG, Düsseldorf (Alemania)

**Parte demandante y recurrida en casación:**

Peek &amp; Cloppenburg KG, Hamburgo (Alemania)

**Objeto del procedimiento principal**

Demanda que pretende (principalmente) que se prohíba a la demandada publicar anuncios en el tráfico comercial sin identificarlos claramente como «anuncios»

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Interpretación del punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE; artículo 267 TFUE

**Cuestiones prejudiciales**

1. ¿Se efectúa un «pago» para promocionar un producto, en el sentido del punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE, únicamente cuando la inserción de un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto se realiza a cambio de una contraprestación

- en dinero o el concepto de «pago» abarca cualquier forma de contraprestación, independientemente de que consista en dinero, bienes o servicios u otros activos?
2. ¿Constituye un requisito para el punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE que el comerciante proporcione a la empresa de medios de comunicación la ventaja económica como contraprestación por la inserción de un contenido editorial y, en caso de respuesta afirmativa, debe considerarse que existe tal contraprestación en el supuesto de que la empresa de medios de comunicación informe sobre una campaña publicitaria organizada conjuntamente con un comerciante, el comerciante haya concedido a la empresa de medios de comunicación derechos de imagen para el reportaje, ambas empresas hayan contribuido a los costes y a la realización de la campaña publicitaria y esta sirva para promover las ventas de los productos de ambas empresas?

### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), anexo I, punto 11, primera frase

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal; en lo sucesivo, «UWG»), artículo 3, apartado 3, en relación con el punto 11 del anexo al artículo 3, apartado 3

En su virtud, se considerará siempre ilegal un acto de comercio frente a consumidores que consista en la inserción de un contenido editorial para promocionar las ventas financiada por un empresario, sin que esta relación se desprenda claramente del contenido o de la naturaleza de la presentación visual o sonora (publirreportaje). Estas disposiciones tienen la finalidad de transponer el artículo 5, apartado 5, primera frase, en relación con el punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE.

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

- 1 Las partes son dos empresas independientes en términos jurídicos y económicos, que operan ambas bajo la denominación empresarial de «Peek & Cloppenburg» y se dedican a la venta de ropa al por menor a través de diversas sucursales. Existe

un acuerdo entre las partes en virtud del cual el territorio de la República Federal de Alemania se reparte en dos zonas económicas («NORTE» y «SUR») y solo una de las partes opera tiendas de ropa en cada zona económica. Las partes hacen publicidad para sus tiendas de ropa de forma independiente y por separado.

- 2 El objeto del litigio es una acción publicitaria a escala nacional de la demandada, que fue publicada en la revista de moda «GRAZIA» en marzo de 2011. En una doble página de esta revista, identificada como «LESERAKTION» («campana para lectores»), se invitaba a las lectoras a una «exclusiva compra nocturna», a saber, la «GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg». Entre otras cosas, se indicaba lo siguiente: «La noche para todas las chicas GRAZIA: ¡Venga de compras con nosotros al templo de la moda tras la hora de cierre! Incluye bebidas espumosas y estilista personal. ¿Cómo convertirse en V. I. S. (Very Important Shopper)? ¡Inscríbese rápidamente!». Durante los eventos «StyleNight», las visitantes podían comprar después de la hora de cierre y recibir asesoramiento sobre moda y estilismo de cabello y maquillaje. En el contexto del artículo de la revista se detallaba el desarrollo de los eventos y se utilizaba reiteradamente la denominación empresarial «Peek & Cloppenburg». También en la reproducción fotográfica de una tienda de ropa de la demandada se apreciaba la rúbrica «Peek & Cloppenburg» sobre las entradas en letras luminosas y las iniciales del nombre de la empresa («P&C») en las manillas de las puertas. En el artículo se advertía que hay dos empresas Peek & Cloppenburg independientes y se añadía: «Esta es una información de Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf.»
- 3 El artículo tenía la siguiente presentación:

**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](http://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](http://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](http://www.grazia-magazin.de) klicken und sich für den jeweiligen Standort anmelden!

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

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

**BURBERRY**  
Der klassische Trenchcoat ist ein Must-Have im Frühling

**MARC CAIN**  
Trendy und sexy: ein Minidress aus Spitze

**JAKES**  
Die süße Clutch im Marine-Look macht sofort Urlaubsstimmung

Die warten schon auf Sie!

Das Modell trägt: J. C. von Wierneise / Almut für Peek & Cloppenburg, Kitz-Wies

**GRAZIA 93**

- 4 La demanda interpuesta por la demandante con la pretensión (principal) de prohibir a la demandada la publicación de anuncios en el tráfico comercial sin identificarlos claramente como «anuncios», como sucede en el presente caso según la demanda, prosperó en primera y segunda instancia. Con su recurso de casación, la demandada mantiene su pretensión de que se desestime la demanda.

### Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 5 La demandante alega que la acción publicitaria en cuestión infringe la prohibición de publicidad editorial resultante del artículo 3, apartado 3, de la UWG, en relación con el punto 11 del anexo al artículo 3, apartado 3, de la UWG.

- 6 La demandada aduce, en lo relativo a la cuestión de si el artículo de prensa tiene contenido editorial, que la atención del lector es dirigida sobre los actos publicitarios conjuntos de la revista «GRAZIA» con la demandada, por lo que como mucho podría tratarse de un «autorreportaje», pero no de publicidad disfrazada de información (publirreportaje).
- 7 A estos efectos, afirma que el diseño de la imagen por sí solo no permite apreciar que se haya producido la impresión de un reportaje objetivo y neutral. Argumenta que la recomendación de un evento para fomentar (también) las ventas del propio producto de prensa no genera la impresión de que se haya realizado una investigación o evaluación. Ahora bien, la apariencia de un artículo editorial presupone alguna forma de reportaje y no se da cuando el artículo en su conjunto debe considerarse publicidad.
- 8 Tampoco se trata de una promoción de ventas, ya que, así afirma, el «reportaje» controvertido está integrado por textos que invitan e incitan a acudir a un evento, sin que se haga ninguna afirmación sobre la calidad de los productos.
- 9 En lo que respecta al «pago», alega que asumir que hay una contraprestación por un artículo editorial presupone una relación de propósito entre la concesión de la ventaja económica y la publicación, en el sentido de que un reportaje aparentemente neutral y objetivo resulta ser «comprado». A este respecto no basta, a su juicio, con que un comerciante contribuya a los gastos de una campaña publicitaria organizada conjuntamente con una empresa de medios de comunicación y que beneficia a ambas empresas. Aduce que, en un supuesto así, solo el «evento» organizado conjuntamente es financiado en común, mientras que en el artículo editorial la empresa de medios de comunicación se refiere a la campaña publicitaria simplemente en interés propio. En su opinión, el lector medio atento no espera ningún tipo de reportaje objetivo y crítico por el mero hecho de que la publicación obviamente se produce en el propio interés de la empresa de medios de comunicación como coorganizador. Sostiene que en este tipo de «campañas para lectores» la naturaleza publicitaria es siempre evidente.
- 10 Continúa afirmando que, en el caso de un artículo en una revista de modas en el que se hace referencia a un evento organizado junto con una tienda de ropa, un lector atento en función de la situación no espera información objetiva y realista, sino datos detallados sobre la organización del evento. En su opinión, en los casos en que la publicidad de terceros coincide con la autopromoción, deben aplicarse criterios diferentes a los de la «publicidad encubierta» debido al distinto grado de atención del grupo destinatario en el tráfico comercial. Afirma que en este caso no hay una publicidad encubierta, sino que se trata de una promoción evidente de los intereses empresariales tanto de la revista como de la demandada.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 11 El órgano jurisdiccional remitente expone que la acción publicitaria controvertida constituye tanto un acto de comercio en el sentido del Derecho nacional como una

práctica comercial en el sentido de la Directiva 2005/29/CE —no solo de la demandada, sino también de la revista «GRAZIA»—, ya que sirve directamente para promocionar las ventas de la demandada y de dicha revista. La campaña publicitaria impugnada consiste únicamente en la publicación del artículo y no en la realización de los eventos anunciados y descritos en él.

- 12 Por otro lado, el artículo tiene contenido editorial. Un artículo tiene contenido editorial si, por su diseño, parece un reportaje objetivo y neutral de la propia empresa de medios de comunicación. El criterio determinante es la comprensión del consumidor medio informado, atento y razonable en función de la situación. A tal efecto es irrelevante si el artículo ha sido elaborado por la propia empresa que se publicita o por un redactor de la empresa de prensa. La publicación controvertida genera en el lector medio atento en función de la situación la impresión de que es un reportaje objetivo y neutral de la propia revista «GRAZIA» por el mero hecho de que el diseño y el colorido del artículo se corresponden con la presentación de otros artículos editoriales y se diferencian claramente de los anuncios publicitarios impresos en la revista.
- 13 Además, el artículo tiene la finalidad de promocionar las ventas. Para ello se requiere que el empresario tenga la intención de promocionar la venta de sus productos o servicios mediante el contenido editorial, lo que debe suponerse siempre que el artículo contenga objetivamente publicidad. No es necesario que el artículo identifique un producto específico cuya venta se pretenda promocionar.<sup>1</sup> De la propia imagen de la tienda de ropa de «P&C» y de la exhibición de la ropa de marca que se puede comprar allí ya se desprende que la finalidad del artículo consiste en la promoción de ventas. Además, las indicaciones «Peek & Cloppenburg» y «P&C» se utilizan varias veces, de modo que también de este modo se publicitan la empresa y los productos de la demandada. Esta publicidad se refuerza asimismo con la comunicación de las fechas de los eventos en los establecimientos de la demandada, lo que sirve directamente para atraer a las clientas. Además, el artículo también tiene como objetivo promocionar las ventas de la revista «GRAZIA». Se trata de una campaña publicitaria conjunta que sirve directamente para promocionar las ventas de ambas empresas. La inserción con fines de venta no requiere que se hagan afirmaciones sobre la calidad de determinados productos, si bien el artículo controvertido también contiene imágenes y elogios de varios productos concretos, mencionándose asimismo la marca correspondiente.
- 14 No está claro si la demandada pagó por la inserción de contenidos editoriales para promocionar productos, en el sentido del punto 11, primera frase, del anexo I de la

<sup>1</sup> NdT: la versión en lengua alemana del punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE dice «zu Zwecken der Verkaufsförderung» (esto es, «para promocionar las ventas»), mientras que la versión en lengua española del mismo precepto dice «para promocionar un producto». En este texto hemos traducido «Verkaufsförderung» como «promoción de ventas», salvo cuando el término se menciona en relación con el citado precepto de la Directiva 2005/29/CE, en cuyo caso hemos utilizado «promoción de productos».

Directiva 2005/29/CE, ni, por lo tanto, si financió tal inserción en el sentido del punto 11 del anexo al artículo 3, apartado 3, de la UWG, disposición que debe interpretarse de conformidad con la Directiva.

- 15 A tal efecto, con la primera cuestión prejudicial se pretende esclarecer si un «pago» en el sentido del punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE requiere una prestación en dinero o si son suficientes otras prestaciones económicas.
- 16 El órgano jurisdiccional remitente considera que son suficientes otras prestaciones económicas.
- 17 Para ello se remite, en primer lugar, a la redacción de las diferentes versiones lingüísticas. Es cierto que el concepto de «bezahlt» (pagado), que indica primordialmente una prestación en dinero, se encuentra no solo en la versión en lengua alemana de la Directiva, sino también en las versiones en lengua inglesa («paid for»), española («pagando») y neerlandesa («betaald») de la disposición. Pero otras versiones lingüísticas contienen una redacción que corresponde al concepto de «financiado», que también puede incluir otras prestaciones económicas. Así, por ejemplo, en la versión en lengua francesa de la Directiva se utiliza el término «financé». La versión en lengua italiana va aún más lejos al hacer referencia al sostenimiento del coste de la acción publicitaria («i costi di tale promozione siano stati sostenuti»).
- 18 También la finalidad de la disposición favorece una interpretación amplia del concepto en cuestión. Sirve para separar la publicidad y la parte editorial en los medios de comunicación. El trasfondo del mandato de separación es la consideración de que el consumidor es menos crítico con la información proporcionada por un tercero, el cual, como tal, no participa directamente en la competencia, y que regularmente le da a dicha información más importancia y le presta mayor atención que a la proporcionada por el propio anunciante y reconocible sin más como publicidad. El camuflaje de la intención de promocionar las ventas contribuye a inducir a los consumidores a abandonar su actitud de por sí crítica hacia los mensajes publicitarios. La identificación como publicidad debe permitir al consumidor adaptarse a la naturaleza comercial de la comunicación y reaccionar en consecuencia. En opinión del órgano jurisdiccional remitente, únicamente puede alcanzarse la finalidad de la norma y evitarse la elusión de la ley si el concepto de «pago» abarca no solo la contraprestación en dinero, sino cualquier forma de contraprestación.
- 19 Por último, el objetivo de la Directiva 2005/29/CE de lograr un elevado nivel de protección de los consumidores también aboga por una interpretación amplia del concepto de pago. Esta pretensión se destaca no solo en el artículo 1 de la Directiva, sino también en los considerandos de la misma (véanse, por ejemplo, los considerandos 1, 5, 20, 23 y 24). Este objetivo solo será alcanzable si la prohibición de la publicidad disfrazada de información (publirreportajes) no

abarca exclusivamente los artículos editoriales por los que el anunciante haya abonado una contraprestación en dinero.

- 20 Por último, no cabe efectuar una interpretación diferente sobre la base del derecho fundamental a la libertad de prensa. Este derecho fundamental no puede justificar la inserción de contenidos editoriales financiados por un empresario con fines de promoción de ventas, ya que debe prevalecer la confianza del lector en el hecho de que las recomendaciones presentadas en forma editorial se basan en la convicción de los redactores y no en liberalidades del empresario beneficiario. En el fondo, los artículos periodísticos comprados destruyen los cimientos de la libertad de prensa.
- 21 La segunda cuestión prejudicial tiene por objeto determinar si constituye un requisito para el punto 11, primera frase, del anexo I de la Directiva 2005/29/CE que el comerciante proporcione a la empresa de medios de comunicación la ventaja económica como contraprestación por la inserción de un contenido editorial y, en caso de respuesta afirmativa, si debe considerarse que se cumple este requisito en el presente asunto.
- 22 En el marco de la prohibición, en el Derecho de la competencia, de la publicidad disfrazada de información (publirreportaje), solamente cabe apreciar que se ha efectuado un «pago» o una «financiación» de un contenido editorial si procede considerar que el pago o la financiación constituyen una contraprestación por el contenido editorial. No habrá tal contraprestación cuando la dotación económica no guarde relación alguna con la publicación del artículo editorial.
- 23 En el caso que aquí nos ocupa, consistente en un reportaje sobre una campaña publicitaria organizada y financiada en común, podría apreciarse tal relación por el mero hecho de que la campaña publicitaria y el reportaje sobre la misma deben considerarse como partes de una única acción publicitaria que solo pueden considerarse y evaluarse en su conjunto. Esto implicaría que la financiación común de la campaña publicitaria por sí sola ya justificaría apreciar también una (co)financiación del artículo publicado sobre la misma.
- 24 Pero en cualquier caso, la demandada y la revista «GRAZIA» no solo contribuyeron conjuntamente a los costes y gastos de las «StyleNights» anunciadas. La demandada también proporcionó a la revista los derechos de uso del material fotográfico utilizado en el reportaje controvertido. Las imágenes que allí se muestran no se limitan a una reproducción fotográfica de los signos distintivos empresariales o de las tiendas de ropa de la demandada, sino que también se muestran diversos productos que se pueden comprar a la demandada, así como diversas personas (en particular, una «estilista de cabello y maquillaje» y un disc-jockey). También la puesta a disposición de los derechos sobre el material fotográfico utilizado debe considerarse una contribución económica de la demandada. Siendo así, al menos una parte de las prestaciones económicas realizadas por la demandada guardan una relación concreta con la publicación del artículo de la revista en cuestión.

- 25 Sin embargo, a la vista de que el artículo controvertido informa sobre una campaña publicitaria conjunta de la demandada y de la revista «GRAZIA», que tiene por objeto promocionar las ventas de ambas empresas, cabe preguntarse si estas prestaciones pueden considerarse realmente como una contraprestación en el sentido descrito anteriormente o si no deberían calificarse más bien de aportaciones de un socio y, en caso de que así fuera, si aun así debería considerarse que se cumplen los elementos de hecho de la publicidad disfrazada de información (publirreportaje).
- 26 El órgano jurisdiccional de apelación no incurrió en error de Derecho al considerar que no cabe identificar con la claridad necesaria la relación publicitaria y financiera.
- 27 Procederá descartar que se ha producido una infracción de la normativa nacional y de la Unión si se aprecia claramente que el empresario financió la inserción de contenido editorial para fines de promoción de ventas.
- 28 En ese sentido, (tan solo) no se engaña al público destinatario cuando la naturaleza publicitaria del artículo editorial es claramente reconocible para el consumidor, por ejemplo, identificándose como «anuncio». La identificación debe ser tal que el lector medio atento en función de la situación no pueda dudar de la naturaleza publicitaria del artículo.
- 29 El órgano jurisdiccional de apelación asumió que el artículo controvertido de la revista no cumple estos requisitos. Consideró que del contenido del artículo no se desprenden con la claridad necesaria la naturaleza publicitaria, la relación financiera y el papel de la demandada a efectos de la publicación. A su juicio, así sucede, por una parte, en lo que respecta a las exhortaciones dirigidas directamente a las lectoras, como por ejemplo, «¡Nosotros [...] invitamos! ¡Venga de compras con nosotros al templo de la moda tras la hora de cierre! ¡Allí celebraremos [...] con usted! Inscríbase rápidamente en [...]». Por otra parte, expone que el artículo no está identificado como «anuncio» o «publicidad», sino solo como «campaña para lectores». Afirma que de dicho concepto el consumidor no puede extraer conclusiones válidas sobre la naturaleza publicitaria.
- 30 La evaluación de la autopublicidad de una revista no se rige por criterios distintos, como sucede con la valoración, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, de los rompecabezas premiados que contienen una presentación de los productos ofrecidos como premio.
- 31 Por regla general, el lector medio atento en función de la situación reconocerá en un concurso premiado una forma de autopromoción por parte del editor de la revista y, por lo tanto, lo juzgará de manera diferente a los artículos que pertenecen más estrictamente al ámbito editorial. Por lo tanto, una presentación de los productos ofrecidos como premio no es objetable desde el punto de vista del Derecho de la competencia si no excede los límites de la práctica normal y seria. En cambio, la presentación de los premios puede ser inadmisibles desde el punto de

vista del Derecho de la competencia si el énfasis promocional de los productos ofrecidos como premio está claramente en un primer plano y se da al público la impresión de que los redactores, en un procedimiento de selección objetivo, han elegido un producto que no solo es atractivo como premio, sino que en todo caso es especialmente recomendable por sus características.

- 32 Ahora bien, en el presente caso, el hecho de que la publicación controvertida contenga a la vez publicidad de la propia empresa de medios de comunicación no requiere, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, una evaluación distinta. Es posible que el lector medio conozca en cierta medida la autopromoción de las casas editoriales. Sin embargo, de ahí no se deduce que espere que esta autopromoción se utilice para hacer a la vez publicidad para una tercera empresa o que una tercera empresa efectúe o haya efectuado una contraprestación económica por el propio reportaje o por la cooperación presentada en el mismo. En consecuencia, no procede apreciar una «promoción evidente» de los intereses empresariales (también) de la demandada.