

Věc C-371/20

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

7. srpna 2020

Předkládající soud:

Bundesgerichtshof (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

25. června 2020

Žalovaná a navrhovatelka v řízení o opravném prostředku „Revision“:

Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf

Žalobkyně a odpůrkyně v řízení o opravném prostředku „Revision“:

Peek & Cloppenburg KG, Hamburg

Předmět původního řízení

Žaloba, v níž žalobkyně (primárně) navrhuje zakázat žalované uveřejňování reklamy v rámci její činnosti v hospodářské soutěži, aniž by tato byla jednoznačně označena jako „reklama“

Předmět a právní základ předběžné otázky

Výklad bodu 11 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES;

Článek 267 SFEU

Předběžné otázky

1. Jedná se o „zaplacení“ propagace produktu ve smyslu bodu 11 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES pouze v případě, že je za využití prostoru ve sdělovacích prostředcích k propagaci produktu poskytnuto peněžní protiplnění, nebo zahrnuje pojem „zaplacení“ jakýkoliv druh protiplnění,

- aniž by bylo relevantní, zda se u tohoto protiplnění jedná o peníze, zboží, služby či jiné majetkové hodnoty?
2. Předpokládá bod 11 první věta přílohy I směrnice 2005/29/ES, že podnikatel poskytne mediálnímu podniku nepeněžitou výhodu jako protiplnění za využití prostoru ve sdělovacích prostředcích, a je v případě kladné odpovědi nutno vycházet z takového protiplnění i tehdy, když mediální podnik informuje o reklamní akci organizované společně s podnikatelem, jestliže podnikatel poskytl mediálnímu podniku obrazová práva pro tuto zprávu, oba podniky se podílely na nákladech a výdajích této reklamní akce a tato reklamní akce slouží propagaci prodeje produktů obou podniků?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách), příloha I bod 11 první věta

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zákon proti nekalé hospodářské soutěži, dále jen „UWG“), § 3 odst. 3 ve spojení s bodem 11 přílohy k § 3 odst. 3

Podle tohoto ustanovení se za protiprávní považuje obchodní praktika vůči spotřebitelům, která spočívá ve využití prostoru ve sdělovacích prostředcích k propagaci produktu financovaného podnikatelem, aniž by tato souvislost jednoznačně vyplývala z obsahu nebo způsobu optického nebo akustického zobrazení (placená reklama ve formě novinových článků, advertorial). Tato ustanovení provádějí čl. 5 odst. 5 první větu ve spojení s bodem 11 první větou přílohy I směrnice 2005/29/ES.

Stručné shrnutí skutkového stavu a řízení

- 1 Účastníci řízení jsou dva právně a hospodářsky nezávislé podniky, které pod firemním názvem „Peek & Cloppenburg“ provozují na různých pobočkách maloobchod s oděvy. Účastníci řízení uzavřeli dohodu, podle níž je Spolková republika Německo rozdělena do dvou hospodářských oblastí („SEVER“ a „JIH“) a v každém z nich provozuje oděvní domy pouze jeden z účastníků řízení. Účastníci řízení propagují své oděvní domy nezávisle a každý zvlášť.
- 2 Předmětem sporu je celorepubliková reklamní kampaň žalované, která byla v březnu 2011 uveřejněna v módním časopise „GRAZIA“. Na dvojstraně tohoto

časopisu označené jako „AKCE PRO ČTENÁŘE“ byly jeho čtenářky zvány na „exkluzivní late night shopping“, totiž na akci pod názvem „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg“. Dále zde bylo mimo jiné uvedeno: „Noc pro všechny GRAZIA-Girls: Zažijte s námi večer v chrámu módy! Včetně sektu a osobního stylisty. Jak se stanete V.I.S. (Very Important Shopper)? Co nejdříve se přihlaste!“ Během akcí „StyleNight“ mohly návštěvnice nakupovat po otevírací době a využít poradenství na téma móda, vlasový styling a make up. V rámci příspěvku v časopise byl podrobněji popsán průběh akcí a přitom byl na různých místech použit firemní název „Peek & Cloppenburg“. Také na fotografii oděvního domu byl nad vchodem viditelný světelný nápis „Peek & Cloppenburg“ a na dveřních madlech počáteční písmena firemního názvu („P&C“). V příspěvku bylo poukázáno na to, že existují dva nezávislé podniky Peek & Cloppenburg a doplněno: „Toto je informace společnosti Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf.“

- 3 Vzhled příspěvku byl tento:

PRACOVNÍ DOKUMENT

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, Hüppchen 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

PRAC

LESERAKTION

Shopping

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

oppenburg **Peek, Cloppenburg**

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

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

BURBERRY
Der klassische Trenchcoat ist ein Must-Have im Frühling

MARC CAIN
Trendy und sexy: ein Mindress aus Spitze

JAKES
Die süße Clutch im Marine-Look macht sofort Urlaubsstimmung

Die warten schon auf Sie!

Das Shooting am P&C in Wien mit Almut Le Peck in Kooperation mit Wien

GRAZIA 93

- 4 Žaloba podaná žalobkyní, v níž žalobkyně (primárně) navrhuje zakázat žalované uveřejňování reklamy v rámci hospodářské soutěže, aniž by tato byla jednoznačně označena jako „reklama“, jak se podle žaloby stalo v projednávané věci, byla v prvním a druhém stupni úspěšná. Svým opravným prostředkem „Revision“ se žalovaná nadále domáhá zamítnutí žaloby.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 5 Žalobkyně tvrdí, že uvedená reklamní kampaň porušuje zákaz reklamy ve sdělovacích prostředcích vyplývající z § 3 odst. 3 UWG se spojením s bodem 11 přílohy k § 3 odst. 3 UWG.

- 6 Žalovaná k otázce, zda měl příspěvek redakční obsah, tvrdí, že pozornost čtenáře je směřována na společné reklamní akce časopisu „GRAZIA“ s žalovanou, proto se může jednat nanejvýš o „zprávu ve vlastní věci“, nikoliv však o placenou reklamu ve formě novinových článků.
- 7 Samotný vzhled přitom nemůže postačovat k tomu, aby bylo možno předpokládat, že vzniká dojem objektivně neutrální zprávy. Při propagaci akce na podporu (také) prodeje vlastního tiskového produktu není vyvoláván dojem, že byl například prováděn průzkum nebo hodnocení. Dojem redakčního příspěvku však vyžaduje nějakou formu podání zprávy. V žádném případě nepostačuje, pokud musí být příspěvek jako celek považován za reklamu.
- 8 Nejedná se ani o propagaci produktu, neboť vytýkaná „zpráva“ je složena z textů, které zvou a lákají na akci, aniž by obsahovaly tvrzení o kvalitě zboží.
- 9 Pokud jde o „zaplacení“, předpokládá domněnka protiplnění za redakční příspěvek účelový vztah mezi poskytnutím hospodářské výhody a zveřejněním v tom smyslu, že se ukáže, že domněle neutrálně objektivní zpráva byla „koupená“. K tomu nepostačuje, pokud se podnikatel podílí na nákladech reklamní akce organizované společně s mediálním podnikem, z které mají prospěch oba podniky. Společné financování se v takovém případě týká pouze společně prováděné „akce“, zatímco mediální podnik svým redakčním příspěvkem poukazuje na reklamní akci pouze ve svém vlastním zájmu. Průměrně pozorný čtenář již proto neočekává objektivně kritickou zprávu, neboť tato zpráva je zjevně zveřejněna ve vlastním zájmu mediálního podnikatele, který se podílí na organizaci akce. Reklamní charakter je u takovýchto „akcí pro čtenáře“ obecně zjevný.
- 10 Čtenář, který je pozorný přiměřeně situaci, neočekává u příspěvku v módním časopise, který upozorňuje na akci realizovanou společně s módním domem, objektivní a věcné informace, nýbrž bližší údaje o průběhu akce. V případech, v nichž dochází ke spojení cizí a vlastní reklamy, musí z důvodu odlišné míry pozornosti oslovené veřejnosti platit jiná měřítka, než která jsou jinak používána pro „skrytou reklamu“. O skrytou reklamu se v projednávané věci nejedná, spíše jde o otevřenou podporu firemních zájmů jak časopisu, tak i žalované.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 11 Předkládající soud konstatuje, že vytýkané reklamní opatření představuje jak obchodní praktiku ve smyslu vnitrostátního práva, tak i obchodní praktiku ve smyslu směrnice 2005/29/ES – a to nejen žalované, nýbrž i časopisu „GRAZIA“ -, neboť slouží bezprostředně podpoře prodeje žalované i časopisu „GRAZIA“. Napadená reklamní akce přitom spočívá pouze ve zveřejnění příspěvku, a nikoliv v uskutečnění akcí, které jsou v ní oznamovány a popisovány.
- 12 Dále má příspěvek redakční obsah. Příspěvek má redakční obsah, pokud jeho vzhled napovídá tomu, že se jedná o objektivní neutrální podání zprávy samotným mediálním podnikem. Měřítkem je pochopení ze strany průměrně informovaného,

přiměřeně situaci pozorného a obezřetného spotřebitele. Přitom není relevantní, zda autorem příspěvku je přímo propagující podnik, nebo redaktor tiskové společnosti. Vytykané zveřejnění vyvolává u přiměřeně situaci pozorného průměrného čtenáře dojem objektivně neutrální zprávy podávané samotným časopisem „GRAZIA“ již proto, že vzhled a barevnost příspěvku je shodná s úpravou jiných redakčních příspěvků a výrazně se odlišuje od reklamních inzerátů otištěných v časopise.

- 13 Příspěvek navíc slouží k propagaci prodeje. Ta předpokládá, že podnikatel má v úmyslu využít prostor ve sdělovacích prostředcích k propagaci svého zboží nebo služeb. To platí vždy, pokud příspěvek objektivně obsahuje reklamu. Není zapotřebí, aby v příspěvku byl uveden konkrétní produkt, jehož prodej má být propagován. Propagační účel příspěvku vyplývá již z fotografie oděvního domu „P&C“, jakož i z vyobrazení značkových oděvů, které v něm lze zakoupit. Dále jsou opakovaně uvedena označení „Peek & Cloppenburg“ a „P&C“, takže i tímto způsobem je propagován podnik a produkty žalované. Tuto reklamu podporuje ještě také oznámení dat akcí v pobočkách žalované, které přímo slouží k přilákání zákazníků. Mimoto je účelem příspěvku také podpora prodeje ve prospěch časopisu „GRAZIA“. Jedná se o společnou reklamní akci, která slouží bezprostředně podpoře prodeje obou podniků. Použití pro účely prodeje nepředpokládá, že jsou uváděna tvrzení o kvalitě určitého zboží, přičemž v napadeném příspěvku jsou různé konkrétní produkty s uvedením příslušného názvu značky vyobrazeny a pochvalně vyzdvíženy.
- 14 Sporné je, zda žalovaná využití prostoru ve sdělovacích prostředcích k propagaci produktu ve smyslu bodu 11 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES zaplatila, a tedy ve smyslu výkladu ustanovení bodu 11 přílohy § 3 odst. 3 UWG v souladu se směrnicí financovala.
- 15 Účelem první předběžné otázky je vyjasnit, zda „zaplacení“ ve smyslu bodu 11 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES předpokládá peněžité plnění, nebo zda postačují jiná nepeněžitá plnění.
- 16 Předkládající soud má za to, že jiná nepeněžitá plnění postačují.
- 17 Za tímto účelem předně uvádí znění v různých jazykových verzích. Výraz „zaplatil“, který v první řadě ukazuje na peněžité plnění, je sice obsažen nejen v německém textu směrnice, nýbrž také například v anglickém („paid for“), španělském („pagando“) a nizozemském („betaald“) znění tohoto ustanovení. Jiná jazyková znění ale obsahují formulaci odpovídající výrazu „financoval“, který může zahrnovat také jiná nepeněžitá plnění. Například francouzský text směrnice používá výraz „financé“. Dále se v italském znění hovoří o podpoře nákladů reklamního opatření („i costi di tale promozione siano stati sostenuti“).
- 18 Také účel ustanovení hovoří pro široké chápání sporného výrazu. Ustanovení slouží oddělení reklamy a redakční části sdělovacích prostředků. Důvodem tohoto povinného oddělení je úvaha, že spotřebitel přijímá informaci třetí osoby, která

sama není přímo účastníkem hospodářské soutěže, nekritičtěji a zpravidla jí přikládá větší význam a pozornost než údajům propagujícího podniku, které jsou bez dalšího zjevně reklamou. Skrývání zamýšlené propagace produktu napomáhá k tomu, aby spotřebitelé odložili svůj kritický postoj vůči reklamním sdělením. Označení určitého sdělení jako reklamy má spotřebiteli umožnit, aby se připravil na komerční charakter sdělení a příslušně na něj reagoval. Podle názoru předkládajícího soudu lze účelu sledovaného touto právní normou dosáhnout a zřejmému obcházení zákona zabránit pouze tak, že bude pojem „zaplacení“ zahrnovat nejen plnění v penězích, nýbrž jakýkoliv druh protiplnění.

- 19 Také cíl dosažení vysoké úrovně ochrany spotřebitele sledovaný směrnicí 2005/29/ES hovoří pro široký výklad výrazu „zaplacení“. Tento cíl je zdůrazněn nejen v článku 1 směrnice, nýbrž také v bodech jejího odůvodnění (například body 1, 5, 20, 23 a 24 odůvodnění). Lze mu dostát pouze v případě, pokud se bude zákaz placené reklamy ve formě novinových článků vztahovat nejen výlučně na takové redakční příspěvky, za něž propagující subjekt poskytl peněžité protiplnění.
- 20 Jiné chápání ostatně není možné ani v souvislosti se základním právem na svobodu tisku. Toto základní právo nemůže odůvodnit využití prostoru ve sdělovacích prostředcích k propagaci produktu financované podnikatelem, neboť prioritou je důvěra čtenáře, že se doporučení prezentovaná formou redakčního příspěvku zakládají na přesvědčení redakce, a nikoliv na finanční podpoře takto profitujícího podnikatele. Placené příspěvky v konečném důsledku ničí základ svobody tisku.
- 21 Druhá předběžná otázka má vyjasnit, zda bod 11 první věty přílohy I směrnice 2005/29/ES předpokládá, že podnikatel opatřil mediálnímu podniku nepeněžitou výhodu jako protiplnění za využití prostoru ve sdělovacích prostředcích, a – v případě kladné odpovědi na tuto otázku – zda je tato podmínka v projednávané věci splněna.
- 22 Ze „zaplacení“ nebo „financování“ redakčního obsahu lze v rámci zákazu placené reklamy ve formě novinových článků podle práva hospodářské soutěže vycházet pouze v případě, pokud lze zaplacení nebo financování považovat za protiplnění za redakční obsah. O takovéto protiplnění by se každopádně nejednalo v případě, že nepeněžitá finanční podpora nemá žádnou souvislost se zveřejněním redakčního příspěvku.
- 23 U zprávy o společně organizované a financované reklamní akci posuzované v projednávané věci je možno takovouto souvislost předpokládat již proto, že reklamní akci a zprávu o ní lze považovat za součásti jednoho jediného reklamního opatření, které lze vnímat a posuzovat pouze jako celek. To by vedlo k tomu, že již vzhledem ke společnému financování reklamní akce by se jednalo také o (spolu) financování příspěvku uveřejněného o této akci.

- 24 Každopádně se žalovaná a časopis „GRAZIA“ nejen společně podílely na nákladech a výdajích propagovaných „StyleNights“. Žalovaná naopak navíc poskytla časopisu uživatelská práva k obrazovému materiálu použitému v kritizované zprávě. Zde publikované fotografie se neomezuje pouze na fotografickou prezentaci firemních značek nebo oděvních domů žalované, nýbrž jsou vyobrazeny také různé produkty, které lze zakoupit u žalované, jakož i různé osoby (zejména „vlasová stylistka a vizážistka“ a diskžokej). Také v poskytnutí práv k použitému obrazovému materiálu lze spatřovat nepeněžitý příspěvek žalované. Alespoň část nepeněžitých plnění poskytnutých žalovanou by tak mohla mít konkrétní souvislost také se zveřejněním napadeného příspěvku v časopise.
- 25 Vzhledem k tomu, že napadený příspěvek informuje o společné reklamní akci žalované a časopisu „GRAZIA“, která má sloužit podpoře prodeje obou podniků, je ale sporné, zda tato plnění lze skutečně považovat za protiplnění ve výše uvedeném smyslu, nebo zda je nutno je posuzovat spíše jako vklady společníka a zda – v případě, že by platilo posledně uvedené – může být i přesto naplněna skutková podstata placené reklamy ve firmě novinových článků.
- 26 Odvolací soud měl správně za to, že reklamní a finanční souvislost není zjevná s nezbytnou jednoznačností.
- 27 O porušení vnitrostátních a unijních ustanovení se nejedná v případě, je-li jednoznačně zjevné, že podnikatel financoval využití prostoru ve sdělovacích prostředcích za účelem propagace produktu.
- 28 Oslovená veřejnost v tom případě není klamána (pouze) tehdy, pokud spotřebitel může jednoznačně rozpoznat reklamní charakter redakčního příspěvku, například výrazem „reklama“. Toto označení musí být provedeno tak, aby průměrný, přiměřeně situací pozorný čtenář nemohl mít pochybnosti o reklamním charakteru příspěvku.
- 29 Odvolací soud měl za to, že napadený příspěvek v časopise tyto požadavky nespĺňuje. Reklamní charakter, finanční vazby a role žalované ohledně zveřejnění z obsahu příspěvku nevyplývají dostatečně jednoznačně. To platí zprvu ohledně výzev určených přímo pro čtenářky, jako jsou například formulace „Zveme [...]! Zažijte s námi večer v chrámu módy! Zde s Vámi oslavíme [...]! Přihlaste se rychle na [...]“. Zadruhé není příspěvek označen jako „inzerát“ nebo „reklama“, nýbrž pouze jako „akce pro čtenáře“. Z tohoto výrazu nemůže spotřebitel s dostatečnou jistotou usoudit na reklamní charakter.
- 30 Pro posouzení vlastní reklamy časopisu také neplatí jiná měřítka, jako například v případě posuzování výherních soutěží a v nich obsažené prezentace produktů určených pro výherce podle práva hospodářské soutěže.
- 31 Průměrný, přiměřeně situací pozorný čtenář ve výherní soutěži zpravidla rozpozná vlastní reklamu vydavatele časopisu, a posuzuje ji proto jinak než příspěvky, které patří do vlastního redakčního obsahu. Prezentaci produktů pro výherce tedy nelze podle práva hospodářské soutěže napadnout, pokud nepřekračuje hranici toho, co

je obvykle běžné a poctivé. Presentace odměn může být naopak podle práva hospodářské soutěže nepřipustná, pokud je reklamní zvýraznění výherních produktů výrazně v popředí a ve veřejnosti je tak vyvoláván dojem, že redakce objektivním výběrem zvolila produkt, který je atraktivní nejen jako odměna, nýbrž se jedná o produkt, který lze obzvláště doporučit i v jiných ohledech.

- 32 V projednávané věci však okolnost, že předmětné zveřejnění obsahuje současně vlastní reklamu mediálního podniku, není podle názoru předkládajícího soudu nutno posuzovat jinak. Průměrný čtenář sice může být v určitém rozsahu obeznámen s vlastní reklamou vydavatelství. Z toho však nevyplývá, že očekává, že touto vlastní reklamou bude současně propagován třetí podnik nebo že třetí podnik za zprávu samotnou nebo za spolupráci prezentovanou v této zprávě poskytne nebo poskytl nepeněžitě protiplnění. Nelze proto vycházet z „otevřené propagace“ firemních zájmů (také) žalované.