

Mål C-371/20

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

7 augusti 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

25 juni 2020

Klagande:

Peek & Cloppenburg KG, Düsseldorf

Motpart:

Peek & Cloppenburg KG, Hamburg

Saken i målet vid den nationella domstolen

Talan inom ramen för vilken det (i första hand) yrkats att motparten ska förbjudas att i konkurrenssyfte låta publicera annonser utan att ordet ”annons” klart anges.

Föremål och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Tolkning av punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29/EG

Artikel 267 FEUF

Tolkningsfrågor

1. Är det endast fråga om betalning för material, i den mening som avses i punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29/EG, om vederlag i form av pengar utges för användningen av material från medierna för att göra reklam, eller omfattas varje form av vederlag av begreppet betalning,

- oavsett om detta utgörs av pengar, varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag?
2. Förutsätts det enligt punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29/EG att näringsidkaren ger medieföretaget en naturaförmån som vederlag för användningen av material från medierna, och om så är fallet, ska ett sådant vederlag även antas föreligga när ett medieföretag rapporterar om en reklamkampanj som anordnas tillsammans med en näringsidkare, när näringsidkaren har ställt bildrättigheter till medieföretagets förfogande för rapporteringen, båda företagen har bidragit till kostnaderna för och arbetet med reklamkampanjen och reklamkampanjen syftar till att marknadsföra båda företagens produkter?

Anförda unionsrättsliga bestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillebörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillebörliga affärsmetoder), bilaga I, punkt 11 första meningen

Anförda nationella bestämmelser

Lagen om förbud mot illojal konkurrens (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), 3 § tredje stycket jämförd med punkt 11 i bilagan till 3 § tredje stycket

Enligt denna bestämmelse är en affärsmetod gentemot konsumenter som består i att använda redaktionellt material för att göra reklam för en produkt om näringsidkaren själv har betalat för materialet och detta inte klart framgår av innehållet eller av typen av bild- eller ljudframställning (annons i redaktionell form) alltid förbjuden. Dessa bestämmelser syftar till att genomföra artikel 5.5 första meningen jämförd med punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29/EG.

Kort redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet

- 1 Parterna är två företag som är rättsligt och ekonomiskt oberoende av varandra, som båda bedriver detaljhandel med kläder under firmabeteckningen ”Peek & Cloppenburg” genom olika filialer. Det finns ett avtal mellan parterna enligt vilket Förbundsrepubliken Tysklands territorium är uppdelat i två ekonomiska områden (”NORD” och ”SÜD”) och i varje ekonomiskt område driver endast en av parterna klädvaruhus. Parterna gör reklam för sina klädvaruhus oberoende och åtskilt från varandra.

- 2 Tvisten i målet rör en landsomfattande reklamkampanj som genomfördes av motparten och som publicerades i modetidningen "GRAZIA" i mars 2011. På ett dubbeluppslag i denna tidskrift, där ordet LESERAKTION (läsarerbjudande) angavs, inbjöds läsarna av tidskriften till en "exklusiv sen kvällsshopping", nämligen till "GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg". Vidare anges där bland annat: "En natt för alla GRAZIA-Girls: Kom och botanisera hos oss i modetempelt efter arbetet! Med bubbel och personal shopper. Hur ni blir V.I.S. (Very Important Shopper)? Anmäl er snarast!" Vid "styleNight"-evenemangen kunde besökarna göra inköp efter stängning och få råd om mode, hår och make-Up-Styling. I tidningsartikeln beskrevs evenemangens förlopp mer i detalj och företagsbeteckningen "Peek der Cloppenburg" användes flera gånger där. Även på bilden av ett av motpartens klädesvaruhus syntes över ingångarna ljusskyltar med skriften Peek & Cloppenburg, och på dörrhandtagen initialerna till företagsbeteckningen (P&C). I tidningsartikeln påpekades att två oberoende företag, Peek & Cloppenburg, fanns och det tillades att "Det här rör sig om uppgifter som lämnats av Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf."
- 3 Tidningsartikeln hade följande utformning:

ARBETS-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, Hüpchen 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

ARL

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 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 Urlaubslust

Die warten schon auf Sie!

Das Modellierung am P&C in Wien von Alexandra Peek & Cloppenburg, K&S Wien

GRAZIA 93

- 4 Klaganden vann framgång med sin talan i första och andra instans. Inom ramen för denna talan yrkades (i första hand) att motparten skulle förbjudas att i konkurrenssyfte låta publicera annonser utan att klart ange ordet ”annons”, vilket i förevarande fall har skett enligt talan. Vid överklagandet har motparten vidhållit sin inställning att talan ska ogillas.

Parternas huvudargument

- 5 Klaganden har gjort gällande att nämnda reklamkampanj strider mot förbudet mot redaktionell reklam i 3 § tredje stycket UWG jämförd med punkt 11 i bilagan till 3 § tredje stycket UWG.

- 6 Vad gäller frågan huruvida artikeln har ett redaktionellt innehåll, har motparten gjort gällande att läsaren uppmärksammas på de gemensamma marknadsföringsevenemang som anordnades av tidskriften "GRAZIA" och motparten, varför det på sin höjd endast kan röra sig om en "rapport i egen sak", men inte om en annons i redaktionell form.
- 7 Utformningen av layouten är inte i sig tillräcklig för att bekräfta intrycket av en objektiv och neutral rapport. Vid marknadsföringen av ett evenemang som syftar till att (även) göra reklam för egna tidningsprodukter ges inte intryck av att en efterforskning eller värdering har genomförts. Skenet av en redaktionell artikel förutsätter emellertid någon form av rapport. Det räcker inte under några omständigheter att bidraget i sin helhet måste betraktas som reklam.
- 8 Det rör sig inte heller om reklam, eftersom den omtvistade "rapporten" består av inbjudande och uppmuntrande texter avseende ett evenemang, utan att det görs några uttalanden om produkternas kvalitet.
- 9 När det gäller "betalningen" förutsätts för att vederlag för en redaktionell artikel ska antas föreligga att det finns ett symbiotiskt förhållande mellan beviljandet av den ekonomiska fördelen och publiceringen, i den meningen att en till synes neutral och objektiv rapport visar sig ha "köpts". För detta ändamål är det inte tillräckligt att en näringsidkare står för kostnaden för en reklamkampanj som anordnats tillsammans med medieföretaget vilken gynnar de båda företagen. I ett sådant fall finansieras endast det evenemang som anordnats tillsammans gemensamt, medan medieföretaget med den redaktionella artikeln endast i eget intresse hänvisar till reklamkampanjen. En skäligen uppmärksam läsare förväntar sig redan av det skälet inte någon objektiv och kritisk rapport, eftersom publiceringen uppenbart ligger i medieföretagets eget intresse i dess egenskap av medorganisator. Vid sådana läsareinbjudanden är reklamkaraktären, som helhet betraktad, uppenbar.
- 10 En i den enskilda situationen skäligen uppmärksam läsare förväntar sig när det gäller en artikel i en modetidskrift i vilken det hänvisas till ett evenemang, som genomförs tillsammans med ett modehus, inte att erhålla objektiv och saklig information, utan ytterligare detaljer om genomförandet av evenemanget. I de fall där främmande reklam sammanfaller med egenreklam ska, på grund av att graden av uppmärksamhet hos den påtalade omsättningskretsen är en annan, andra kriterier tillämpas, än de som annars tillämpas på "dold reklam". Sådan reklam förekommer överhuvudtaget inte i förevarande mål, utan såväl tidskriftens som motpartens affärsintressen främjas öppet.

Kort redogörelse för grunden till begäran om förhandsavgörande

- 11 Den hänskjutande domstolen har angett att den omtvistade reklamkampanjen utgör såväl en affärsmetod i den mening som avses i nationell rätt som en affärsmetod i den mening som avses i direktiv 2005/29/EG, det vill säga inte bara en affärsmetod som tillämpas av motparten, utan även av tidskriften "GRAZIA",

eftersom den direkt tjänar till att främja marknadsföringen för motparten och tidskriften "GRAZIA". Därvid består den omtvistade reklamkampanjen endast i publicering av artikeln och inte i genomförandet av de där tillkännagivna och beskrivna evenemangen.

- 12 Artikeln har vidare ett redaktionellt innehåll. En artikel har ett redaktionellt innehåll när den enligt sin utformning framstår som en objektiv och neutral rapportering från medieföretaget självt. Det avgörande är hur en normalt informerad samt i den enskilda situationen skäligen uppmärksam och upplyst konsument förstår artikeln. Det saknar i detta avseende betydelse om artikeln har utformats av det företag som gör reklam självt eller av en redaktör i pressföretaget. Den ifrågasatta publiceringen ger en i den enskilda situationen skäligen uppmärksam genomsnittlig läsare intrycket att rapporteringen av tidskriften "GRAZIA" är objektiv och neutral redan av det skälet att utformningen och färgsättningen av bidraget sammanfaller med presentationen i andra redaktionella artiklar och klart skiljer sig från den reklam som återges i tidskriften.
- 13 Bidraget syftar dessutom till att göra reklam. För detta ändamål krävs att en näringsidkare med hjälp av redaktionellt innehåll har för avsikt att göra reklam för sina varor eller tjänster. Det anses alltid vara fallet när artikeln objektivt sett innehåller reklam. Det är inte nödvändigt att en särskild produkt för vilken reklam görs anges i artikeln. Artikels syfte att göra reklam framgår redan av avbildningen av klädvaruhuset "P&C" och bilderna på de märkeskläder som kan köpas där. Dessutom används beteckningarna "Peek & Cloppenburg" och "P&C" vid flera tillfällen, vilket innebär att reklam för företaget och motpartens produkter även görs på så sätt. Denna reklam förstärks ytterligare av tillkännagivandet av tidpunkten för evenemangen i motpartens filialer, vilka direkt syftar att locka till sig kunder. Dessutom syftar artikeln även till att göra reklam för tidskriften "GRAZIA". Det rör sig om en gemensam reklamkampanj som är direkt avsedd att göra reklam för de båda företagen. En användning i kommersiellt syfte förutsätter inte att det görs uttalanden om kvaliteten på vissa varor, varvid olika konkreta varor på vilka respektive märkesnamn angetts har återgetts och på ett lovordande sätt lyfts fram i den omtvistade artikeln.
- 14 Frågan är huruvida motparten har betalat för användningen av det redaktionella materialet för att göra reklam i den mening som avses i punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29/EG och huruvida motparten således har finansierat denna användning i den mening som avses i punkt 11 i bilagan till 3 § 3 UWG som ska tolkas enligt med direktivet.
- 15 Den första tolkningsfrågan har således ställts för att få klarhet i huruvida det för att det ska anses föreligga en "betalning" i den mening som avses i punkt 11 första stycket i bilaga I till direktiv 2005/29/EG krävs att det föreligger vederlag i form av pengar eller om annat vederlag i form av naturaförmåner är tillräckligt.
- 16 Den hänskjutande domstolen anser att annat vederlag i form av naturaförmåner är tillräckligt.

- 17 Den hänskjutande domstolen har i detta avseende först och främst hänvisat till ordalydelsen i olika språkversioner. Visserligen förekommer ordet ”betalat”, som i första hand avser vederlag i form av pengar, inte bara i det tyska direktivet, utan även, på motsvarande sätt, i till exempel den engelska (”paid for”), den spanska (”pagando”) och den nederländska (”betaald”) ordalydelsen av bestämmelsen. Andra språkversioner innehåller emellertid en formulering som motsvarar begreppet ”finansieras”, som även kan innefatta annat vederlag i form av naturaförmåner. I den franska direktivtexten används således ordet ”financé”. I den italienska versionen är det tal om ett stöd för kostnaderna för reklamåtgärden (”i costi di tale promozione siano stati sostenuti”).
- 18 Även syftet med denna bestämmelse talar för en vid tolkning av det aktuella begreppet. Den avser att åtskilja reklamdelen från den redaktionella delen i medierna. Till grund för detta påbud att göra en åtskillnad ligger övervägandet att konsumenten inte förhåller sig lika kritisk till information från en tredje man som inte direkt själv deltar i konkurrensen och normalt fäster större vikt och uppmärksamhet vid den än vid motsvarande uppgifter från annonsören själv, vilka lätt kan identifieras som reklam. Om avsikten att göra reklam döljs bidrar detta till att konsumenterna förmås att överge sin kritiska inställning till reklammeddelandena. Angivelsen av ordet reklam ska göra det möjligt för konsumenten att ställa in sig på meddelandets kommersiella karaktär och reagera i enlighet därmed. Enligt den hänskjutande domstolen kan det eftersträvade målet med bestämmelsen uppnås och ett närliggande kringgående av lagen endast undvikas om begreppet ”betalning” inte enbart avser vederlag i form av pengar utan alla typer av vederlag.
- 19 Slutligen talar även målet att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå som eftersträvas i direktiv 2005/29/EG för en vid tolkning av begreppet ”betalning”. Denna strävan understryks inte bara i artikel 1 i direktivet utan även i skälen i direktivet (se exempelvis skälen 1, 5, 20, 23 och 24). Detta skulle således endast beaktas i tillräcklig utsträckning om förbudet mot annons i redaktionell form inte enbart avser sådana redaktionella artiklar för vilka annonsören har tillhandahållit vederlag i form av pengar.
- 20 En annan tolkning är slutligen inte heller nödvändig med hänsyn till den grundläggande rätten till pressfrihet. Denna grundläggande rättighet kan inte motivera användningen av redaktionellt innehåll som finansieras av näringsidkaren för att göra reklam, eftersom läsarens förtroende för att rekommendationer i redaktionell form grundar sig på redaktionens övertygelse och inte på de stöd som lämnats av den näringsidkare som gynnas ska ges företräde. Köpta bidrag förstör slutligen grundvalen för pressfriheten.
- 21 Den andra tolkningsfrågan har ställts för att få klarhet i huruvida punkt 11 första stycket i bilaga I till direktiv 2005/29/EG förutsätter att näringsidkaren har gett medieföretaget en naturaförmån som vederlag för användandet av redaktionellt innehåll och, om så är fallet, huruvida detta villkor är uppfyllt i förevarande fall.

- 22 En ”betalning” eller ”finansiering” av ett redaktionellt innehåll ska, inom ramen för det konkurrensrättsliga förbudet mot annonser i redaktionell form, endast anses föreligga om betalningen eller finansieringen ska anses som vederlag för det redaktionella innehållet. En sådan ersättning saknas under alla omständigheter när vederlaget i form av naturaförmåner inte har något samband med publiceringen av den redaktionella artikeln.
- 23 När det gäller redogörelsen för en gemensamt anordnad och finansierad reklamkampanj, som ska bedömas i förevarande fall, kan ett sådant samband eventuellt antas föreligga redan av det skälet att reklamkampanjen och rapporten kan anses utgöra en del av en gemensam reklamkampanj som endast kan betraktas och bedömas som en enhet. Detta skulle, redan på grund av den gemensamma finansieringen av reklamkampanjen, leda till att en (sam) finansiering av det publicerade bidraget ska anses föreligga.
- 24 Under alla omständigheter har emellertid motparten och tidskriften ”GRAZIA” inte bara gemensamt stått för kostnaderna och utgifterna för det utannonserade evenemanget ”StyleNights”. Tvärtom har motparten även tillhandahållit tidskriften nyttjanderätten till det bildmaterial som använts i den omtvistade rapporteringen. De bilder som visas där är inte begränsade till en fotografisk återgivning av motpartens firmanamn eller klädvaruhus, utan även olika varor som kan köpas av motparten samt olika personer (bland annat en ”hår- och make-up-stylist och en Disc-Jockey) har avbildats. Även tillhandahållandet av rättigheterna till det bildmaterial som använts ska anses utgöra vederlag i form av en naturaförmån från motparten. Därmed torde åtminstone en del av det vederlag i form av en naturaförmån som motparten tillhandahållit även ha ett konkret samband med publiceringen av den omtvistade tidningsartikeln.
- 25 Mot den bakgrunden att det i den omtvistade artikeln redogörs för en gemensam reklamkampanj som bedrivs av motparten och tidskriften ”GRAZIA”, vilken syftar till att göra reklam för de båda företagen, är det emellertid tveksamt om dessa prestationer faktiskt kan anses utgöra vederlag i den mening som avses ovan eller inte snarare ska betraktas som en insättning av en delägare, och, för det fall det förhåller sig på så sätt, kriteriet annons i redaktionell form ändå kan anses vara uppfyllt.
- 26 Domstolen i andra instans gjorde sig inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att reklamsambandet och det ekonomiska sambandet inte kunde uppfattas med den entydighet som krävdes.
- 27 Det kan inte anses att de nationella bestämmelserna och unionsrätten har åsidosatts när det klart framgår att näringsidkaren har finansierat användningen av redaktionellt innehåll i reklamsyfte.
- 28 Omsättningskretsen ska följaktligen inte anses ha vilseletts (endast) om det är helt klart för konsumenten att artikeln har reklamkaraktär, till exempel genom att ordet ”annons” anges. Angivandet ska vara sådan att en i den enskilda situationen

skäligen och genomsnittligt uppmärksam läsare inte kan hysa några tvivel om att annonsen har reklamkaraktär.

- 29 Domstolen i andra instans fann att den omtvistade tidningsartikeln inte uppfyllde dessa krav. Reklamkaraktären, de ekonomiska sambanden och motpartens roll med avseende på publiceringen framgår inte med den tydlighet som krävs av innehållet i artikeln. Detta gäller för det första med avseende på de inbjudningar som är riktade direkt till läsarna, till exempel genom formuleringarna ”Vi bjuder in ...! Kom och botanisera hos oss efter arbetet i modetemplet! Där firar vi ... med er! Anmäl er snarast under ...” För det andra har artikeln inte betecknats som ”annons” eller ”reklam”, utan enbart som ”läsarerbjudande”. Konsumenten kan inte av detta begrepp dra några hållbara slutsatser om reklamkaraktären.
- 30 Vid bedömningen av en tidskrifts egenreklam gäller inte heller andra kriterier än till exempel vid en konkurrensrättslig bedömning av prispåbjudningar och den där gjorda redogörelsen för de produkter som utlovats.
- 31 En genomsnittlig i den enskilda situationen skäligen uppmärksam läsare uppfattar inom ramen för en pristävling i allmänhet även en form av egenreklam från tidningsutgivarens sida och bedömer den således annorlunda än de artiklar som hör till det smalare redaktionella området. En redogörelse för de varor som utlovas kan således inte kritiseras från konkurrenssynpunkt om den inte överskrider de normala och av goda skäl sedvanliga gränserna. Däremot kan redogörelsen för priser vara otillåten i konkurrenshänseende när det är tydligt att reklam innehåll i de utlovade varorna står i förgrunden, och omsättningskretsen därvid ges intrycket att redaktionen inom ramen för ett objektiva urvalsförfarande har valt ut en vara som inte bara är attraktiv som pris, utan en vara som på grund av sina egenskaper, även för övrigt kan rekommenderas särskilt.
- 32 Den omständigheten att den omtvistade publiceringen även innefattar egenreklam för medieföretaget föranleder enligt den hänskjutande domstolen emellertid inte någon annan bedömning. Den genomsnittlige läsaren kan visserligen i viss mån ha kännedom om utgivarens egenreklam. Härav följer emellertid inte att han eller hon förväntar sig att denna egenreklam samtidigt gör reklam för ett utomstående företag eller att ett utomstående företag tillhandahåller eller har lämnat vederlag i form av naturaförmåner för själva rapporteringen eller det samarbete som anges i rapporteringen. Det kan således inte utgå från att det (även) föreligger ett ”öppet stöd” för motpartens affärsintressen.