Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 11 juli 2013 [1]

**Mål C-391/12**

**RLvS Verlagsgesellschaft mbH**
**mot**
**Stuttgarter Wochenblatt GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Tyskland))

”Konsumentskydd — Otillbörliga affärsmetoder — Vilseledande underlåtenhet i annonser i redaktionell form — Bestämmelser i en medlemsstat som förbjuder all publicering mot ersättning utan angivande av ordet ’annons’ (’Anzeige’)”

## I – Inledning

1. Bundesgerichtshof (Tyskland) har genom sin begäran om förhandsavgörande begärt att domstolen ska tolka artikel 7 i direktiv 2005/29/EG [2] och punkt 11 i bilaga I till direktivet.

2. Begäran, vilken ingavs till domstolen den 22 augusti 2012, har framställts i ett mål mellan RLvS Verlagesgesellschaft mbH (nedan kallat RLvS) och Stuttgarter Wochenblatt GmbH (nedan kallat Stuttgarter Wochenblatt). Målet rör frågan huruvida det är möjligt att förbjuda RLvS, på grundval av 10 § i delstaten Baden-Württembergs presslag (Landespressegesetz Baden-Württemberg) av den 14 januari 1964 (nedan kallad delstatslagen om press), att mot ersättning införa eller låta införa material i en tidning utan att ordet ”annons” (”Anzeige”) anges i samband med publiceringen.

3. Genom denna fråga ombeds domstolen att ta ställning till räckvidden av den harmonisering som har skett genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder och om möjligheten för medlemsstaterna att vidta åtgärder som är mer restriktiva än vad som föreskrivs i unionsrätten när de önskar säkerställa ett starkare konsumentskydd eller eftersträva ett annat mål av allmänintresse, såsom skyddet för en grundläggande rättighet. I förevarande fall rör det sig, enligt den tyska regeringen, om att skydda mediernas frihet och mångfald (som stadgas i artikel 11.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna).

1 — Originalspråk: franska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga 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 otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, s. 22).

## II – Tillämpliga bestämmelser

### A – *Unionsrätten*

4. Med ”affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter” avses enligt artikel 2 d i direktivet om otillbörliga affärsmetoder ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”.

5. Enligt artikel 3.1 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder ska direktivet ”tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på det sätt som anges i artikel 5, före, under och efter en affärstransaktion som gäller en produkt”. I artikel 3.5 i direktivet föreskrivs dock följande: ”Medlemsstaterna skall under en period på sex år från och med den 12 juni 2007 fortsätta att få tillämpa nationella bestämmelser, inom det område som tillnärmas genom detta direktiv, vilka är mer inskränkande eller mer föreskrivande än bestämmelserna i detta direktiv och vilka genomför direktiv som innehåller klausuler om minsta harmonisering. Dessa åtgärder måste vara väsentliga för att tillförsäkra att konsumenterna ges tillräckligt skydd mot otillbörliga affärsmetoder och måste stå i proportion till detta mål. Den översyn som anges i artikel 18 får, om så anses lämpligt, inbegripa ett förslag om att förlänga undantaget för ytterligare en begränsad period.”

6. I artikel 3.8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder föreskrivs ett annat undantag, då det däri anges att direktivet ”inte [ska] påverka de villkor som medlemsstaterna enligt gemenskapslagstiftningen får ålägga yrkesutövare för etablering eller auktorisation, etiska uppförandekoder eller andra särskilda bestämmelser för reglerade yrken som syftar till att vidmakthålla högt ställda integritetsnormer för yrkesutövaren”.

7. I artikel 4 i direktiv 2005/29 föreskrivs följande: ”Medlemsstaterna får inte begränsa friheten att tillhandahålla tjänster eller den fria rörligheten för varor av anledningar som omfattas av det område som tillnärmas genom detta direktiv.”

8. I artikel 5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, som har rubriken ”Förbud mot otillbörliga affärsmetoder”, föreskrivs följande:

”1. Otillbörliga affärsmetoder skall vara förbjudna.

2. En affärsmetod skall vara otillbörlig om den

a) strider mot god yrkessed,

och

b) innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till produkten hos den genomsnittskonsument som affärsmetoden riktar sig till eller som nås av metoden, eller den genomsnittliga gruppmedlemmen om affärsmetoden riktar sig till en viss konsumentgrupp.

…

5. Bilaga I innehåller förteckningen över de affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga. Samma förteckning skall gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av detta direktiv.”

9. I artikel 7 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, som har rubriken ”Vilseledande underlåtenhet”, föreskrivs följande:

”1. En affärsmetod skall anses vara vilseledande om den, i sitt sammanhang och med beaktande av alla dess särdrag och omständigheterna kring den samt av kommunikationsmediets begränsningar, innebär att näringsidkaren underlåter att lämna väsentlig information som genomsnittskonsumenten, beroende på sammanhanget, behöver för att fatta ett välgrundat affärsbeslut och därigenom medför, eller sannolikt kommer att medföra, att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.

2. Det skall även anses vara vilseledande underlåtenhet om en näringsidkare, med hänsyn till de omständigheter som beskrivs i punkt 1, döljer sådan väsentlig information som avses i den punkten eller ger sådan information på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller olämpligt sätt, eller inte anger affärsmetodens kommersiella syfte om detta inte redan framgår av sammanhanget och när något av dessa fall innebär, eller sannolikt kommer att innebära, att genomsnittskonsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat.”

10. I bilaga I till direktivet om otillbörliga affärsmetoder, som har rubriken ”Affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga”, omnämns, som ”Vilseledande affärsmetoder”, att ”[a]nvända material från medierna för att göra reklam för en produkt om näringsidkaren själv har betalat för materialet och detta inte framgår av reklamen eller av bilder eller ljud som tydligt kan identifieras av konsumenten (annons i redaktionell form). Detta skall inte påverka tillämpningen av direktiv 89/552/EEG[3].”

B – *Tysk rätt*

11. I 10 § i delstatslagen om press av den 14 januari 1964 föreskrivs följande:

”Angivande av publiceringar som sker mot ersättning

Den som ger ut en periodisk skrift eller är ansvarig (i den mening som avses i 8 § 2 fjärde meningen) och som har fått, begärt eller blivit lovad ersättning för en publicering, är skyldig att med ordet ’annons’ tydligt ange att det rör sig om reklam, såvida det inte redan av uppställningen och utformningen rent allmänt framgår att det är en annons.”

12. I 3 § i förbundslagen om otillbörlig konkurrens (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) föreskrivs följande:

”3 §: Förbud mot otillbörliga affärsmetoder

1) Otillbörliga affärsmetoder är förbjudna om de märkbart kan påverka de intressen som konkurrenter, konsumenter eller andra aktörer på marknaden har.

2) Affärsmetoder som är riktade mot konsumenter är under alla omständigheter förbjudna om de inte är förenliga med god yrkessed som gäller för näringsidkare och dessutom är ägnade att märkbart påverka konsumentens förmåga att fatta ett beslut på grundval av den information som erhållits och därmed kan medföra att konsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat. I detta sammanhang ska genomsnittskonsumenten eller, om affärsmetoden riktar sig till en viss konsumentgrupp, en genomsnittlig medlem i denna grupp användas som referens. …

3 — Rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3).

3) De affärsmetoder som är riktade mot konsumenter och som anges i bilagan till denna lag är alltid förbjudna.”

Enligt 4 § punkterna 3 och 11 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens ska ”[s]ärskilt den ... som döljer att affärsmetoder har reklamkaraktär eller ... som åsidosätter en lagbestämmelse som i aktörernas intresse syftar till att reglera beteendet på marknaden, anses handla på ett otillbörligt sätt”.

13. Enligt punkt 11 i bilagan avseende 3 § 3 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens ska det anses förbjudet, i den mening som avses i denna artikel, att ”använda redaktionellt material på bekostnad av en näringsidkare för att göra reklam för en produkt, utan att detta samband klart framgår av materialet eller av typen av bild- eller ljudframställning (annons i redaktionell form)”.

## III – Faktiska omständigheter i det nationella målet och tolkningsfrågan

14. Stuttgarter Wochenblatt ger ut en veckotidning med samma namn, medan RLvS, som är hemmahörande i Stuttgart, är utgivare av annonsbladet *GOOD NEWS*. I utgåvan för juni 2009 publicerade RLvS två artiklar, för vilka det hade fått ersättning från sponsorer.

15. Den första av dessa två artiklar, vilken publicerades på en sida med rubriken ”*GOOD NEWS* Prominent”, tar upp tre fjärdedelar av sidan och har rubriken ”VfB vip-Geflüster” (Rykten om VIP-personer hos VfB). Artikeln bestod av ett redaktionellt bildreportage om prominenta gäster som var närvarande vid säsongsavslutningen för fotbollsklubben VfB Stuttgart, som spelar i den tyska förbundsligan. Mellan rubrikraden, som också innehåller en kort inledning, och bildreportaget med 19 foton finns det en upplysning om att artikeln har finansierats av tredje man. Upplysningen lämnas genom att företagsnamnet ”Scharr” framhävs grafiskt, med tillägget ”Sponsored by” (sponsrad av). Under nämnda artikel upptas en fjärdedel av sidan av reklam som är skild från artikeln genom ett avgränsningsstreck och försedd med ordet ”Anzeige” (annons). Genom reklamen informeras om att ombyggnadsarbetena av Mercedes-Benz Arena påbörjats och den innefattar ett erbjudande för produkten ”Scharr Bio Heizöl”, som erbjuds av sponsorn av artikeln.

16. Den andra artikeln, vilken publicerades på en annan sida i annonsbladet under rubriken ”*GOOD NEWS* Wunderschön”, ingår i en serie artiklar med titeln ”Wohin Stuttgarter Verreisen” (”vart Stuttgartborna reser”) och har tilläggsrubriken ”Heute: Leipzig” (”I dag: Leipzig”). Artikeln består av en kort redaktionell beskrivning av staden Leipzig på 7/8 sida. På artikelns rubrikrad finns också en grafiskt framhävd hänvisning, med tillägget ”Sponsored by”, till det företag som hade finansierat denna artikel, i förevarande fall Germanwings. I det nedre högra hörnet finns dessutom reklam för Germanwings, som också är försedd med ordet ”Anzeige” och är skild från artikeln med ett avgränsningsstreck. Reklamen innehåller en tävling där deltagarna bland annat kunde vinna två flygbiljetter till Leipzig, genom att svara rätt på en fråga om hur ofta sponsorföretaget flyger mellan städerna Stuttgart och Leipzig.

17. Stuttgarter Wochenblatt anser att det rör sig om publiceringar mot ersättning i den mening som avses i 10 § i delstatslagen om press, eftersom sponsorer betalade för publiceringarna av de båda artiklarna, och att de följaktligen strider mot denna bestämmelse, eftersom det inte tydligt anges att det rör sig om annonser.

18. Stuttgarter Wochenblatt väckte talan i första instans vid Landgericht, vilken i enlighet med bolagets yrkande förbjöd RLvS att mot ersättning publicera eller låta publicera material i annonsbladet ”*GOOD NEWS*” utan att ange ordet ”annons”, vilket skedde i de två ovannämnda artiklarna i utgåvan för juni 2009, då det inte av artiklarnas uppställning och utformning rent allmänt framgår att det är annonser. RLvS överklagade denna dom, men överklagandet lämnades utan bifall.

19. I förevarande överklagande till Bundesgerichtshof har RLvS vidhållit sin uppfattning att yrkandet om förbud ska ogillas. Bolaget har gjort gällande att 10 § i delstatslagen om press står i strid med unionsrätten och därför inte är tillämplig.

20. Bundesgerichtshof vill få klarhet i huruvida en obegränsad tillämpning av 10 § i delstatslagen om press, mot bakgrund av 4 § punkt 11 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens, är förenlig med unionsrätten, särskilt med beaktande av den fullständiga harmonisering som har skett genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder av bestämmelserna om nämnda otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter.

21. I det nationella målet biföll de båda domstolsinstanserna Stuttgarter Wochenblatts talan med stöd av 4 § punkt 11 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens och 10 § i delstatslagen om press. Bundesgerichtshof vill därför lämna frågan obesvarad huruvida de omtvistade publiceringarna även strider mot 3 § 3 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens, jämförd med punkt 11 i bilagan avseende denna paragraf, och mot 4 § punkt 3 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens. Dessa bestämmelser motsvarar i huvudsak artikel 5.5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, jämförd med punkt 11 i bilaga I till direktivet, och artikel 7.2 i samma direktiv.

22. Bundesgerichtshof har utförligt redogjort för de två syften som eftersträvas genom 10 § i delstatslagen om press, vilken reglerar aktörernas beteende på marknaden i den mening som avses i 4 § punkt 11 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens och vilken förekommer med nästan samma ordalydelse i nästan alla press- och medialagar i de tyska delstaterna. För det första är det fråga om att förhindra att tidningsläsarna vilseleds, eftersom konsumenterna ofta är mindre kritiska till reklam med redaktionellt innehåll som täckmantel än till kommersiell reklam som kan identifieras som sådan. För det andra syftar kravet på att reklam ska vara skild från den redaktionella delen till att upprätthålla pressens objektivitet och neutralitet, genom att motverka risken för påverkan utifrån på pressen – även utanför näringsverksamhet. Kravet enligt press- och medialagarna att reklam och redaktionellt material ska hållas åtskilda fyller en viktig funktion för att skydda pressens och radions objektivitet och neutralitet, en funktion som inte skulle kunna fyllas enbart genom ett konkurrensrättsligt förbud mot redaktionell reklam.

23. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör artikel 7.2 i [direktivet om otillbörliga affärsmetoder] och punkt 11 i bilaga I till direktivet, i förening med artiklarna 4 och 3.5 i direktivet, hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse (10 § i delstaten Baden-Württembergs presslag … i det aktuella fallet) som förutom att skydda konsumenterna mot vilseledande också skyddar pressens oberoende och som till skillnad från artikel 7.2 i [direktivet om otillbörliga affärsmetoder] och punkt 11 i bilaga I till direktivet förbjuder all publicering mot ersättning oberoende av syftet med publiceringen, om inte ordet ’annons’ anges i samband med publiceringen, såvida det inte framgår av publiceringens uppställning och utformning att det rör sig om en annons?”

## IV – Förfarandet vid domstolen

24. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 22 augusti 2012. Stuttgarter Wochenblatt, den tyska, den tjeckiska och den polska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Förhandling hölls den 12 juni 2013 i närvaro av företrädare för RLvS och Stuttgarter Wochenblatt, den tyska regeringen och kommissionen.

## V – Bedömning

### A – *Tillämpningsområdet för direktivet om otillbörliga affärsmetoder*

25. För att besvara den fråga som ställts, ska det först fastställas huruvida de metoder som avses i de bestämmelser som är aktuella i målet vid den nationella domstolen och som består i att ge ut publikationer mot ersättning utgör affärsmetoder i den mening som avses i artikel 2 d i direktivet om otillbörliga affärsmetoder och följaktligen omfattas av de bestämmelser som föreskrivs i direktivet.

26. I ovannämnda artikel 2 d definieras ”affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter” som ”en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”.

27. 10 § i delstatslagen om press innehåller inte någon som helst hänvisning till ett ekonomiskt eller affärsmässigt beteende, vare sig hos den som ombesörjer publiceringen eller hos läsaren. 10 § i lagen är tillämplig på alla meddelanden, oavsett huruvida de är kommersiella eller ej.

28. Enligt fast rättspraxis vid domstolen kännetecknas direktivet om otillbörliga affärsmetoder av ett synnerligen vitt materiellt tillämpningsområde.[4] I enlighet med lydelsen i skäl 6, och i överensstämmelse med andemeningen i skäl 8 i nämnda direktiv, ”är det således endast sådan nationell lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder som ’enbart’ [det vill säga uteslutande][5] skadar konkurrenters ekonomiska intressen, eller som gäller transaktioner mellan näringsidkare, som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde”.[6]

29. För att omfattas av tillämpningsområdet för direktivet om otillbörliga affärsmetoder måste med andra ord den omtvistade nationella bestämmelsen syfta till att skydda konsumenter.[7] Den hänskjutande domstolen har angett att ”[b]estämmelsen i 10 § i delstatens presslag, som förekommer med nästan samma ordalydelse i nästan alla press- och medialagar i de tyska delstaterna, är en bestämmelse som reglerar aktörernas beteende på marknaden i den mening som avses i 4 § punkt 11 i förbundslagen om otillbörlig konkurrens. Den har två likvärdiga syften: Den ska för det första förhindra att läsarna vilseleds, eftersom konsumenterna ofta är mindre kritiska till reklam med redaktionellt innehåll som täckmantel än till kommersiell reklam som kan identifieras som sådan … För det andra syftar kravet på att reklam ska vara skild från den redaktionella delen till att upprätthålla pressens objektivitet och neutralitet …”.[8]

30. Enligt den hänskjutande domstolen har således 10 § i delstatslagen om press både till syfte att upprätthålla pressens objektivitet och neutralitet och att skydda konsumenterna.[9]

31. Den tyska regeringen har bestritt att 10 §, och mer allmänt hela delstatslagen om press, reglerar konsumentskyddet. Som den tyska regeringen uttryckte det i sitt skriftliga yttrande, och upprepade vid förhandlingen den 12 juni 2013, ska det anses att om 10 § i delstatslagen om press ytterst avser konsumentskyddet, är det endast genom en ”reflexverkan” som kräver att det redaktionella innehållet ska vara skilt från reklaminnehållet.

4 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 januari 2010 i mål C-304/08, Plus Warenhandelsgesellschaft (REU 2010, s. I-217), punkt 39, och av den 9 november 2010 i mål C-540/08, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (REU 2010, s. I-10909), punkt 21.

5 — Se, för ett liknande resonemang, punkt 47 i generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag.

6 — Domarna i de ovannämnda målen Plus Warenhandelsgesellschaft, punkt 39, och Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 21.

7 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 42.

8 — Punkt 10 i beslutet om hänskjutande.

9 — Ibidem, punkt 14.

32. Det ska dock erinras om att det inte ankommer på domstolen att tolka nationell rätt. Det ankommer på domstolen att resonera utifrån den faktiska och rättsliga bakgrunden till tolkningsfrågorna, såsom den har angetts av den hänskjutande domstolen.[10] Beträffande just direktivet om otillbörliga affärsmetoder har domstolen för övrigt uttryckligen erinrat om att det ankom på den nationella domstolen och inte på EU-domstolen ”att, i syfte att pröva huruvida den aktuella nationella bestämmelsen kan omfattas av tillämpningsområdet för direktivet om otillbörliga affärsmetoder, bedöma om nämnda bestämmelse verkligen syftar till att skydda konsumenterna”.[11]

33. Eftersom Bundesgerichtshof anser att den omtvistade bestämmelse som är i fråga i det nationella målet åtminstone delvis syftar till att skydda konsumenterna, finner jag att den omfattas av tillämpningsområdet för direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

34. Som jag redan har påpekat innehåller dock 10 § i delstatslagen om press inte någon som helst hänvisning till ett ekonomiskt beteende, vare sig hos den som ombesörjer publiceringen eller hos läsaren. Eftersom bestämmelsen är tillämplig på alla meddelanden, oavsett huruvida de är kommersiella eller ej, anser jag att det är nödvändigt att göra en distinktion.

35. Till skillnad från artikel 7.2 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, förutsätter nämligen inte delstatslagen om press att publiceringen sker i ett kommersiellt syfte eller att den sannolikt kommer att innebära att konsumenten fattar ett affärsbeslut, i den mening som avses i nämnda artikel 7. Publiceringen måste inte heller nödvändigtvis göra reklam för en produkt, i motsats till vad som krävs enligt punkt 11 i bilaga I jämförd med artikel 5.5 i direktivet.

36. Jag delar kommissionens ståndpunkt i det avseendet, när den påpekar att det följer av artikel 3.1 i direktiv 2005/29 att direktivet endast ska tillämpas på otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på det sätt som anges i artikel 5. Det betyder att affärsmetoden endast kommer att vara otillbörlig om den innebär, eller sannolikt kommer att innebära, avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet i förhållande till den aktuella produkten hos den genomsnittskonsument som affärsmetoden riktar sig till eller som nås av metoden.

37. Eftersom 10 § i delstatslagen om press inte förutsätter att publiceringen sker i ett kommersiellt syfte eller att den sannolikt kommer att innebära att konsumenten fattar ett affärsbeslut, i den mening som avses i artikel 5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, avser denna bestämmelse omständigheter som inte systematiskt omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde. Det gäller exempelvis publiceringar som finansieras av politiska partier, av allmänna intresseorganisationer och av andra motsvarande organisationer som inte har ett kommersiellt syfte. Nämnda direktiv är inte tillämpligt på dessa typfall och den nationella lagstiftaren behåller således sin handlingsfrihet avseende dessa.

B – *Räckvidden av den harmonisering som har skett genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder*

38. Som den hänskjutande domstolen riktigt har påpekat, har det genom direktivet om otillbörliga affärsmetoder skett en fullständig harmonisering av bestämmelserna om affärsmetoder. Enligt artikel 4 i direktivet får medlemsstaterna inte vidta åtgärder som är mer restriktiva än vad som föreskrivs i direktivet, även om deras syfte är att säkerställa en högre konsumentskyddsnivå.[12]

10 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2008 i mål C-347/06, ASM Brescia (REG 2008, s. I-5641), punkt 28.

11 — Domstolens beslut av den 30 juni 2011 i mål C-288/10, Wamo (REU 2011, s. I-5835), punkt 28.

12 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 april 2009 i de förenade målen C-261/07 och C-299/07, VTB-VAB och Galatea (REG 2009, s. I-2949), punkt 52, och domarna i de ovannämnda målen Plus Warenhandelsgesellschaft, punkt 41, och Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 30.

39. Vad beträffar de metoder som avses i de handlingar som har getts in till domstolen, ansåg unionslagstiftaren att en annons i redaktionell form inte skulle kvalificeras som en otillbörlig metod i den mening som avses i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, om den särskilda finansieringen av denna typ av publicering framgick tydligt av reklamen eller av bilder eller ljud som tydligt kunde identifieras av konsumenten. [13] 10 § i delstatslagen om press ålägger den som ger ut en periodisk skrift och som har fått eller begärt (eller blivit lovad) ersättning för en publicering, att med ordet ”annons” tydligt ange att det rör sig om reklam (såvida det inte redan av den aktuella publiceringens uppställning och utformning rent allmänt framgår att det är en annons).

40. Av denna jämförelse framgår att där unionslagstiftaren inte har uppställt krav på någon särskild uppgift, kräver i princip bestämmelsen i den tyska delstatslagen att just uttrycket ”annons” används. Det förhållandet att det i vissa fall är möjligt att undvara detta ord – nämligen när det av publiceringens uppställning och utformning rent allmänt framgår att det är en annons – ändrar inte det faktum att denna bestämmelse reglerar utgivarens agerande på ett mer ingripande, och således mer restriktivt, sätt än direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Enligt punkt 11 i bilaga I till direktivet utgör nämligen en annons i redaktionell form en otillbörlig affärsmetod endast om den näringsidkare som har betalat för publiceringen inte har angett detta i reklamen eller i bilder eller ljud som tydligt kan identifieras av konsumenten. Enligt min mening omfattar denna begränsning samma situation som den som avses i 10 § i delstatslagen om press.

41. Det förhållandet att den aktuella bestämmelsen även motiveras av en strävan att upprätthålla pressens objektivitet och neutralitet kan enligt min mening inte heller ändra resonemanget och slutsatsen av detta.

42. Domstolen har visserligen medgett att pressens mångfald kunde utgöra ett tvingande krav enligt artikel 36 FEUF som kan motivera en inskränkning av den fria rörligheten för varor. [14] Domstolen har dock även angett att ”om det huvudsakliga ändamålet med den bestämmelse som är i fråga i målet vid den nationella domstolen antas vara att upprätthålla mångfalden i ... medierna, finns inte möjligheten för medlemsstaterna – att behålla eller införa bestämmelser som har till syfte eller resultat att kvalificera affärsmetoder som otillbörliga med hänvisning till upprätthållandet av mångfalden i medierna – angiven bland undantagen från ... tillämpningsområde[t för direktivet om otillbörliga affärsmetoder] i skälen 6 och 9 eller i artikel 3 i direktivet”. [15]

43. Jag anser att denna slutsats gör sig än mer gällande, eftersom den nationella lagstiftaren, genom att uppställa krav på en obligatorisk uppgift som inte finns med i punkt 11 i bilaga I till direktivet om otillbörliga affärsmetoder, på sätt och vis har ändrat förteckningen över de metoder som under alla omständigheter ska anses som otillbörliga, vilket den inte får göra. Enligt artikel 5.5 i direktivet får nämligen förteckningen över de affärsmetoder som anges i nämnda bilaga I ändras endast genom en översyn av själva direktivet. Med andra ord förbjuder direktivet uttryckligen medlemsstaterna att göra ensidiga kompletteringar av förteckningen i bilaga I till direktivet. [16]

44. Direktivet om otillbörliga affärsmetoder ska följaktligen tolkas så, att det utgör hinder för att tillämpa en sådan nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i den mån den är tillämplig på publiceringar som utgör otillbörliga affärsmetoder i den mening som avses i artikel 5 i nämnda direktiv.

13 — Punkt 11 i bilaga I till nämnda direktiv.

14 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689), punkt 18.

15 — Se domen i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 26.

16 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 115.

C – *Betydelsen av artikel 3.5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder*

45. Den hänskjutande domstolen har i sin fråga även nämnt artikel 3.5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. I nämnda artikel föreskrivs följande: ”Medlemsstaterna skall under en period på sex år från och med den 12 juni 2007 fortsätta att få tillämpa nationella bestämmelser, inom det område som tillnärmas genom detta direktiv, vilka är mer inskränkande eller mer föreskrivande än bestämmelserna i detta direktiv och vilka genomför direktiv som innehåller klausuler om minsta harmonisering. Dessa åtgärder måste vara väsentliga för att tillförsäkra att konsumenterna ges tillräckligt skydd mot otillbörliga affärsmetoder och måste stå i proportion till detta mål ...”

46. Är denna bestämmelse tillämplig på 10 § i delstatslagen om press, åtminstone fram till den 12 juni 2013? Jag anser att så inte är fallet.

47. Som generaladvokaten Trstenjak framhöll i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, begränsar artikel 3.5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder detta undantag till att endast gälla för de nationella bestämmelser som ”genomför direktiv som innehåller klausuler om minimiharmonisering”. [17]

48. I det avseendet bekräftade samtliga parter vid förhandlingen att den aktuella delstatslagen inte syftade till att införliva något direktiv, och en tillämpning av nämnda artikel 3.5 är därmed utesluten.

49. För egen del vill jag tillägga att även om 10 § i delstatslagen om press inte syftar till att införliva en av bestämmelserna i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, avser den dock ett område – nämligen annonser i redaktionell form – som regleras av punkt 11 i bilaga I till detta direktiv. Jag anser följaktligen att detta område omfattas av den fullständiga harmonisering som har skett genom direktivet och är således, även av det skälet, uteslutet från tillämpningsområdet för artikel 3.5 i samma direktiv.

D – *Betydelsen av artikel 3.8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder*

50. Den polska regeringen har i sitt yttrande erinrat om möjligheten att betrakta bestämmelserna i delstatslagen om press som sådana regler som medlemsstaterna får ålägga yrkesutövare, enligt artikel 3.8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, i syfte att vidmakthålla högt ställda integritetsnormer för yrkesutövaren.

51. Som svar på referentens fråga vid förhandlingen, uppgav samtliga parter som var närvarande att artikel 3.8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder inte var tillämplig på journalister. Jag anser även att den omtvistade bestämmelsen inte kan anses utgöra en särskild bestämmelse för ett reglerat yrke, i den mening som avses i artikel 2 l i direktivet.

## VI – Förslag till avgörande

52. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som Bundesgerichtshof har ställt enligt följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga 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

17 — Se, för ett liknande resonemang och för exempel på direktiv som innehåller en klausul om minimiharmonisering i den mening som avses i artikel 3.5 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i det ovannämnda målet Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, punkt 64 och fotnot 44.

och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) ska tolkas så, att det utgör hinder för att tillämpa en sådan nationell bestämmelse som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilken – i den mån den är tillämplig på publiceringar som utgör otillbörliga affärsmetoder i den mening som avses i artikel 5 i detta direktiv – ålägger den som ger ut en periodisk skrift och som har fått, begärt eller blivit lovad ersättning för en kommersiell publicering, att med ordet ”annons” tydligt ange att det rör sig om reklam, såvida det inte redan av uppställningen och utformningen rent allmänt framgår att det är en annons, och vilken inte bara syftar till att skydda konsumenterna utan även har andra syften.