Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 24 юни 2021 година [1]

Дело C-371/20

Peek & Cloppenburg KG чрез законния си представител Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B.V.

срещу

Peek & Cloppenburg KG чрез законния си представител Van Graaf Management GmbH

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия)

„Преюдициално запитване — Защита на потребителите — Нелоялни търговски практики — Рекламна кампания — Рекламиране на продуктите на медийното предприятие и на търговеца“

I. Въведение

1. Хърбърт Уелс бил казал, че „рекламата е законна лъжа“. Без да навлизам в спора доколко е вярно това твърдение, мога със сигурност да кажа, че в правото на Съюза не е „законно“ рекламата да се оформя като редакционен материал, без ясно да е указан рекламният му характер.

2. Всъщност съгласно точка 11 от приложение I към Директива 2005/29/ЕО [2] рекламните статии са търговска практика, която се счита за нелоялна при всички обстоятелства, без да е необходима преценка за всеки конкретен случай съгласно разпоредбите на членове 5—9 от тази директива. Освен това Съдът е постановил, че посочената директива налага на дружествата рекламодатели задължението да посочват ясно, че са платили за редакционен материал в медиите, когато този материал има за цел да рекламира стока или услуга на тези търговци [3].

[1] Език на оригиналния текст: френски.

[2] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) (ОВ L 149, 2005 г., стр. 22; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 14, стр. 260).

[3] Решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 48).

3. Настоящото преюдициално запитване предоставя на Съда повод да уточни обхвата на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29. Съдът трябва по-специално да тълкува използвания в тази разпоредба термин „платил“, описващ ползите, които рекламодателят предоставя на медийното предприятие.

II. Правна уредба

А. Правото на Съюза

4. Член 5, параграф 5 от Директива 2005/29 предвижда:

„Приложение I съдържа списъка на тези търговски практики, които се считат за нелоялни при всякакви обстоятелства. Същият списък се прилага във всички държави членки и може да бъде променян само чрез изменение на настоящата директива“.

5. Точка 11 от приложение I към тази директива гласи следното:

„Използване на редакционен материал в медиите за реклама на продукт, за чиято реклама търговецът е платил, без да пояснява това в съдържанието, или чрез образи или звуци, ясно разпознаваеми от потребителя [рекламна статия]. […]“.

Б. Германското право

6. Директива 2005/29 е транспонирана с Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Закон за забрана на нелоялната конкуренция), в приложимата му за спора в главното производство редакция (наричан по-нататък „UWG“)[4]. Член 3 от UWG е озаглавен „Забрана на нелоялните търговски практики“ и параграфи 1 и 3 от него предвиждат:

„1. Нелоялните търговски практики са недопустими.

[…]

3. Посочените в приложението към този закон търговски практики спрямо потребителите са недопустими при всички положения […]“.

7. Точка 11 от приложението към член 3, параграф 3 от посочения закон има следното съдържание:

„финансирано от търговеца използване на редакционен материал за реклама на продукт, без това да личи ясно от съдържанието или от визуалното или звуково представяне на информацията (рекламна статия)“.

[4] BGBl. 2010 I, стр. 254.

III. Обстоятелствата по спора в главното производство

8. Peek & Cloppenburg KG с представител Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (наричано по-нататък „P&C Дюселдорф“) и Peek & Cloppenburg с представител Van Graaf Management GmbH (наричано по-нататък „P&C Хамбург“) са две правно и икономически независими едно от друго дружества, всяко от които извършва дейността си по продажба на дребно на облекло под търговското наименование „Peek & Cloppenburg“ чрез различни дъщерни дружества. Двете работят в различни райони от територията на Германия, като във всеки отделен район само една от страните може да има магазини за облекло. Страните рекламират магазините си за облекло независимо и поотделно.

9. През март 2011 г. в статия със заглавие „Читателска кампания“, публикувана на двойна страница в модното списание „GRAZIA“, читателките са поканени на „ексклузивен вечерен шопинг“, наречен „GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg“.

10. На фона на изображенията на магазини, над чиито входове може да се прочете светещият надпис „Peek & Cloppenburg“, е поместен следният текст: „Нощта за всички GRAZIA-момичета: елате с нас в храма на модата след края на работния ден! С шампанско и личен стилист. Как да станете V.I.S. (Very Important Shopper)? Регистрирайте се бързо!“. В статията се посочва, че има две независими предприятия с наименованието Peek & Cloppenburg и че в случая това е информация на дружеството „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf“.

11. P&C Хамбург предявява иск пред Landgericht Hamburg (Областен съд Хамбург, Германия), като поддържа, че такава търговска практика е в противоречие със забраната на редакционните реклами, предвидена в член 3, параграф 3 от UWG във връзка с точка 11 от приложението към него. P&C Хамбург иска да се забрани на P&C Дюселдорф като негов конкурент да публикува рекламни обяви, които не са ясно разпознаваеми като такива, както и P&C Дюселдорф да бъде осъдено да съобщи определена информация и да се установи, че дължи поправяне на причинените вреди.

12. Първоинстанционният съд уважава иска на P&C Хамбург. Въззивната жалба на P&C Дюселдорф до Oberlandesgericht Hamburg (Върховен областен съд Хамбург, Германия) е отхвърлена. С ревизионната си жалба P&C Дюселдорф иска от запитващата юрисдикция да отхвърли иска на P&C Хамбург.

IV. Преюдициалните въпроси и производството пред Съда

13. Сезиран с ревизионната жалба на P&C Дюселдорф, с акт от 25 юни 2020 г., постъпил в Съда на 7 август 2020 г., Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия) решава да спре производството и да постави на Съда следните въпроси:

„1) Трябва ли да се приеме, че „плащане“ за реклама по смисъла на член 11, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29 е налице само когато се предоставя парична насрещна престация за използването на редакционен материал в медиите за реклама на продукт, или понятието „плащане“ включва всеки вид насрещна престация, без значение дали е предоставена под формата на пари, стоки или услуги или други имуществени блага?

2) Предполага ли точка 11, първо изречение от приложение I към Директива 2005/29 търговецът да предоставя тази оценима в пари полза на медийното предприятие като насрещна престация за използването на редакционния материал, а ако отговорът на този въпрос е утвърдителен, може ли да се приеме, че такава насрещна престация е налице и когато медийното предприятие публикува репортаж за организирана съвместно с търговеца рекламна акция, като търговецът е предоставил на медийното предприятие правата върху изображенията за репортажа, двете предприятия са си разделили разходите и работата по рекламната акция и същата има за цел да рекламира продуктите и на двете предприятия?“.

14. Писмени становища представят P&C Дюселдорф, P&C Хамбург, унгарското правителство и Европейската комисия. По делото не е проведено съдебно заседание.

V. Анализ

15. В мотивите към двата си преюдициални въпроса запитващата юрисдикция обяснява, че изходът на отнесеното до нея дело зависи от тълкуването на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29. Тази юрисдикция посочва, че член 5, параграф 5 от Директивата и точка 11 от приложение I към нея са транспонирани в германското право съответно с член 3, параграф 3 от UWG и точка 11 от приложението към член 3, параграф 3 от UWG и следователно тези разпоредби на германското право трябва да се тълкуват в съответствие с Директивата.

16. С оглед на особеностите на правната и фактическата обстановка по настоящото преюдициално запитване считам за уместно в самото начало да изложа някои бележки относно приложното поле на Директива 2005/29, а след това да премина към анализа на преюдициалните въпроси.

17. По-конкретно, на първо място ще разгледам въпроса дали разглежданата в главното производство практика е търговска практика по смисъла на член 2, буква г) от Директива 2005/29 и съответно попада под действието на установените с тази директива правила, а на второ място ще проверя дали би могло Директивата да е неприложима поради факта, че преюдициалните въпроси са поставени в рамките на спор между двама конкуренти.

A. Оспорваната в главното производство практика като търговска практика

18. Като препраща към констатациите на въззивния съд, запитващата юрисдикция посочва, че оспорваната в главното производство практика се състои не в провеждането на обявените и описани в статията събития, а в публикуването на статията [5].

[5] В мотивите на преюдициалното запитване запитващата юрисдикция посочва, че „спорната рекламна акция се състои единствено в публикуването на материала, а не в провеждането на обявените и описани в него събития“ и че „предмет на спора е национална рекламна кампания на [P&C Дюселдорф], публикувана […] в списанието за мода“. Въпреки това в текста на втория преюдициален въпрос и в някои части от мотивите на преюдициалното запитване терминът „рекламна акция“ е използван за описание на събитията, които са били организирани в магазините на P&C Дюселдорф и са тема на статията в списание „GRAZIA“. За да няма объркване, приемам, че оспорваната в главното производство практика се състои в публикуването на статията, а с термина „рекламна акция“ в настоящото заключение ще обозначавам обявените и описани в статията събития.

19. Запитващата юрисдикция също така посочва, че видимо е правилен изводът на въззивния съд, че разглежданата публикация е съвместна търговска практика на P&C Дюселдорф и списание „GRAZIA“, предназначена да рекламира и двете предприятия. Искът на P&C Хамбург обаче е насочен само срещу P&C Дюселдорф.

20. За да попада в приложното поле на Директива 2005/29, оспорваната в главното производство практика трябва да представлява търговска практика по смисъла на член 2, буква г) от тази директива.

21. Ето защо тази практика трябва, от една страна, да се прилага от „търговец“ по смисъла на член 2, буква б) от Директивата, т.е. от лице, което осъществява дейност „с предмет[,] свързан с неговото занятие, работа или професия“, или от лице, което действа от името или за сметка на търговеца [6]. От друга страна, практиката трябва да представлява действие, бездействие, поведение, представяне или търговски съобщения, „пряко свързан[и] с [рекламиране], продажба или доставка на стока до потребители“ [7].

22. Както посочва запитващата юрисдикция, като се позовава на констатациите на въззивния съд, разглежданата практика е предприета от P&C Дюселдорф [8] и е използвана за рекламирането на този оператор. От една страна, става дума за практика на P&C Дюселдорф, и от друга страна, въпросната практика е част от търговската стратегия на това дружество и директно обслужва рекламата и продажбите му. Следователно тази практика е търговска практика по смисъла на член 2, буква г) от Директива 2005/29 и поради това попада в приложното поле на Директивата [9].

23. Това съображение не намира опровержение нито във факта, че статията в списание „GRAZIA“ се отнася до рекламна акция, която P&C Дюселдорф организира в сътрудничество с това списание, нито във факта, че статията е предназначена да рекламира и двамата оператори.

24. Както вече е посочвал Съдът, от гледна точка на дефиницията за „търговец“, съдържаща се в член 2, буква б) от Директива 2005/29, тази директива може да намери приложение в положение, в което търговските практики на един оператор се прилагат от друго дружество, което действа от името и/или за сметка на този оператор, така че разпоредбите на тази директива при определени положения биха могли да бъдат противопоставени както на оператора, така и на дружеството, когато и двамата отговарят на определението за „търговец“ [10]. На още по-силно основание не е изключено дадена единна търговска практика да е практика на двама отделни оператори, когато те действат едновременно за своя сметка и за сметка на предприятието, с което си сътрудничат. Такава търговска практика също би попаднала в приложното поле на Директива 2005/29. При все това,

[6] Вж. решение от 4 октомври 2018 г., Каменова (C-105/17, EU:C:2018:808, т. 32). Съгласно член 2, буква б) от Директива 2005/29 търговец означава „всяко физическо или юридическо лице[,] което, по смисъла на търговските практики[,] обхванати от тази директива, осъществява дейност с предмет[,] свързан с неговото занятие, работа или професия[,] или всяко лице[,] което действа от името и/или за сметка на търговеца“.

[7] Вж. решение от 4 октомври 2018 г., Каменова (C-105/17, EU:C:2018:808, т. 42 и 43).

[8] Вж. бележка под линия 5 от настоящото заключение, и в частност уточнението, че „предмет на спора е национална рекламна кампания на [P&C Дюселдорф], публикувана […] в списанието за мода“.

[9] Вж. в този смисъл решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 36).

[10] Вж. в този смисъл решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 38).

както вече отбелязах в точка 19 от настоящото заключение, искът на P&C Хамбург е насочен само срещу P&C Дюселдорф, така че в настоящия случай не стои въпросът дали разпоредбите на тази директива може да се противопоставят на списание „GRAZIA“ [11].

25. Освен това дадената в точка 22 от настоящото заключение правна квалификация по същество съответства на възприетата от запитващата юрисдикция. Всъщност тази юрисдикция посочва, че според въззивния съд публикуването на статията представлява търговска практика както по смисъла на член 2, параграф 1, точка 1 от UWG, така и по смисъла на член 2, буква г) от Директива 2005/29. Тя изтъква освен това, че изводът на въззивния съд е правилен. Според мен с това тя има предвид и правната квалификация на въпросната публикация от гледна точка на посочената разпоредба от правото на Съюза.

26. В този контекст запитващата юрисдикция насочва вниманието към един нюанс на понятието „търговски практики“ според дефиницията му в германското право. Тя обяснява, че това понятие е определено в член 2, параграф 1, точка 1 от UWG като всяко действие на дадено лице, извършено в полза на собственото му търговско предприятие или в полза на друг търговец преди, по време на или след сключване на определена сделка, което обективно е свързано с рекламата или продажбата на стоки и услуги. Според запитващата юрисдикция понятието „търговски практики“ в германското право е по-широко от възприетото в член 2, буква г) от Директива 2005/29, тъй като включва действията на трети лица за рекламиране на продажбите или доставките на друго дружество и когато тези трети лица не действат от името или за сметка на търговеца. Тази юрисдикция обаче счита, че Директива 2005/29 допуска понятието „търговски практики“ да получи по-широка дефиниция в националното право, тъй като тази директива урежда само „частичен аспект“ на правото в областта на нелоялната конкуренция.

27. От Съда обаче не се иска да изясни дали член 2, параграф 1, точка 1 от UWG транспонира правилно член 2, буква г) от Директива 2005/29. За отговора на преюдициалните въпроси не е и необходимо да се определя доколко дефиницията в германското право е по-широка от възприетата в правото на Съюза. Важно е единствено да се определи дали оспорваната в главното производство практика представлява търговска практика на P&C Дюселдорф по смисъла на тази директива, а както вече посочих [12], това е така.

Б. Оспорването на търговска практика в рамките на спор между двама конкуренти

28. Разглежданото тук преюдициално запитване е отправено във връзка със съдебен спор, в който P&C Хамбург иска да се забрани на P&C Дюселдорф като негов конкурент да публикува рекламни обяви, които не са ясно разпознаваеми като такива, P&C Дюселдорф да бъде задължено да съобщи определена информация и да бъде осъдено да поправи причинените вреди. Именно в контекста на този спор запитващата юрисдикция иска да

[11] Не искам да предреша отговора, който трябва да бъде даден на този въпрос, но все пак ще отбележа, че безспорно точка 39 от решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669) може да наведе на мисълта, че публикуването на статия не би могло да представлява търговска практика на издателя на периодичното издание. Делото, по което е постановено това решение обаче, се отнася до статии за събития, които са външни за издателя на периодичното издание, докато настоящото дело се отнася до публикуването на статия във връзка с рекламна акция, която е организирана от издателя на периодичното издание в сътрудничество с P&C Дюселдорф.

[12] Вж. точка 22 от настоящото заключение.

установи дали публикуването на въпросната статия представлява търговска практика по точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 и съответно трябва при всички обстоятелства да се счита за нелоялно.

29. Вярно е, че наличието на търговска практика по смисъла на Директива 2005/29 може да се допусне само ако тя засяга, от една страна, търговец, и от друга страна, потребител [13].

30. При все това фактът, че спорът в главното производство се води между двама търговци, които явно са конкуренти, не означава автоматично, че в настоящия случай не са приложими националните разпоредби, с които е транспонирана Директива 2005/29.

31. Всъщност Съдът вече е приел, че национални разпоредби, които под страх от налагане на санкции забраняват дадена търговска практика в интерес на потребителите, попадат в приложното поле на Директива 2005/29 [14]. Интересът на потребителите може да бъде защитаван чрез съдебни дела, водени между конкуренти, като в такъв случай е налице форма на „private enforcement“ на правото на защита на потребителите, предвидено в член 11, параграф 1 от тази директива. Тази разпоредба гласи, че държавите членки осигуряват достатъчни и резултатни средства за борба срещу нелоялните търговски практики. Тези средства могат да включват законови разпоредби, съгласно които конкурентите могат да предявяват искове срещу такива практики.

32. Фактът, че с такъв иск конкурентът брани и собствения си интерес, не може да е основание за изключване на приложимостта на Директива 2005/29.

33. Всъщност Директива 2005/29 е приета на основание член 114 ДФЕС и както гласи член 1 от нея, една от целите ѝ е да допринесе за правилното функциониране на вътрешния пазар [15]. В този контекст в съображения 6 и 8 от Директивата се посочва, че тя защитава пряко икономическите интереси на потребителите от нелоялните търговски практики на търговците спрямо тях, а по този начин непряко защитава и икономическите интереси на онези конкуренти, които действат съобразно законовите изисквания [16]. Както Съдът вече е отбелязал въз основа на съображение 6 от посочената директива, от нейното приложно поле са изключени единствено националните законодателства за нелоялни търговски практики, които увреждат „само“ икономическите интереси на конкурентите или които са свързани със сделките между търговци [17].

B. Бележки относно предмета и обхвата на преюдициалните въпроси

34. С двата си преюдициални въпроса запитващата юрисдикция иска да се установи дали предвид обстоятелствата по спора в главното производство, и по-точно предвид ползите, които P&C Дюселдорф е предоставило на медийното предприятие, а именно на издателя на списание „GRAZIA“, оспорваната търговска практика представлява нелоялна търговска

[13] Вж. моето заключение по дело Каменова (C-105/17, EU:C:2018:378, т. 40).

[14] Вж. решение от 17 януари 2013 г., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, т. 33).

[15] Вж. в този смисъл моето заключение по дело Каменова (C-105/17, EU:C:2018:378, т. 32). Относно връзката между правилното функциониране на вътрешния пазар и различните форми на „private enforcement“ на правото на Съюза вж. по аналогия решение от 17 септември 2002 г., Muñoz и Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, т. 29—32).

[16] В този смисъл вж. също решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 40), в което Съдът констатира, че Директива 2005/29 има за цел да защити потребителите на стоките и услугите на тези дружества, а също и техните конкуренти, които действат съобразно законовите изисквания.

[17] Вж. решения от 14 януари 2010 г., Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, т. 39), и от 17 януари 2013 г., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, т. 30).

практика при всички обстоятелства по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29. Тази разпоредба изброява няколко необходими условия, за да се установи наличието на търговска практика, която следва да се счита за нелоялна при всички обстоятелства, но двата преюдициални въпроса се отнасят само до условието да е налице плащане за рекламата на продукт.

35. С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска по същество да установи дали точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че в случаите на използване на редакционен материал за реклама на продукт търговецът „плаща“ за тази реклама не само когато заплаща в пари на медийното предприятие за нея, но и когато му предоставя определени ползи под формата на стоки, услуги или други имуществени блага [18].

36. Вторият преюдициален въпрос се състои от две части. С първата част на този въпрос, на която следва да се отговори само ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен, запитващата юрисдикция иска да установи дали по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 съответната имуществена полза представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт.

37. Макар че в текста на първия въпрос е използвано понятието „насрещна престация“, предоставена за „използването на редакционен материал“, а това може да наведе на мисълта, че този въпрос се припокрива с първата част на втория въпрос, всъщност не е така. Докато първият въпрос се отнася до това дали плащането може да се извършва и под друга форма освен в пари, първата част на втория въпрос се отнася до това дали плащането трябва да представлява имуществена насрещна престация „в смисъл на наличие на синалагматична връзка“, както обяснява запитващата юрисдикция в мотивите на преюдициалното запитване.

38. Този въпрос отразява един от доводите, изтъкнати от P&C Дюселдорф в ревизионната му жалба, а именно че за да може да се установи наличието на търговска практика, която се счита за нелоялна при всички обстоятелства, предоставяните от търговеца ползи трябва да имат връзка с редакционния материал, така че да може да се приеме, че с това репортажът е бил „купен“ от търговеца. Според P&C Дюселдорф обаче няма основание за такова заключение, когато търговецът участва в разходите за организирана съвместно с медийното предприятие рекламна акция, която е от полза и за двамата оператори. В такъв случай съвместно платено било само общо организираното събитие, докато обявяването на рекламната акция от медийното предприятие в статия било само в негов собствен интерес.

39. В това отношение запитващата юрисдикция посочва, че за да се установи наличието на връзката, за която говори P&C Дюселдорф, би било достатъчно и просто да може рекламната акция и статията да се разглеждат като елементи на единна рекламна акция, която следва да се преценява и квалифицира само като едно цяло. Според нея обаче този подход не е задължително необходим. Във връзка с това запитващата юрисдикция посочва, че съгласно констатациите на въззивния съд P&C Дюселдорф е предоставило на медийното предприятие в частност правата върху използваните в статията изображения.

[18] Отбелязвам, че запитващата юрисдикция не иска от Съда да изясни дали плащането може да е под формата на неимуществени ползи. За изчерпателност само ще посоча, че в доктрината се предлага утвърдителен отговор на този въпрос. Вж. *Namysłowska*, M., *Sztobryn*, K. Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych. — In: Państwo i Prawo, 2008, vol. 11, p. 61.

Ето защо според запитващата юрисдикция като че ли поне част от предоставените от P&C Дюселдорф имуществени престации имат конкретна връзка с публикуването на посочената статия.

40. Както личи от текста на втория въпрос, втората част от него е поставена само в случай че отговорът на първата част е утвърдителен. С втората част от втория въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали за използването на редакционния материал е „платено“ по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, ако търговецът е предоставил на медийното предприятие правата върху изображенията и двамата оператори са си разделили разходите и работата по рекламната акция, предназначена да рекламира техните продукти.

41. Като се имат предвид общият предмет на тези два въпроса, както и фактът, че са неразривно свързани, считам, че те трябва да се анализират заедно и да получат общ отговор.

42. Поради това първо следва да се определи дали точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че в случаите на използване на редакционен материал за реклама на продукт търговецът „плаща“ за тази реклама не само когато заплаща в пари на медийното предприятие за нея, но и когато му предоставя определени ползи под формата на стоки, услуги или други имуществени блага (раздел Г).

43. Ако отговорът на този въпрос е утвърдителен, по-нататък ще трябва да се определи дали по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 съответната имуществена полза представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт, така че да съществува връзка между ползата и разглежданата реклама. Ако е така, следва да се провери дали когато медийното предприятие публикува репортаж за организирана съвместно с търговеца рекламна акция, предоставянето на права върху изображения на разположение на медийното предприятие и/или участието в разходите и работата по рекламната акция представляват такава насрещна престация (раздел Д).

Г. Плащането като всякаква имуществена полза

1. Граматическо тълкуване

44. Както следва от прочита на съображение 5 от Директива 2005/29, законодателят на Съюза е приел, че пречките пред свободното движение на услуги и стоки през граница или пред свободата на установяване могат да бъдат отстранени само чрез приемането на еднаква нормативна уредба и чрез изясняване на някои правни понятия. Оттук стигам до извода, че за законодателя на Съюза използваните в Директивата понятия по принцип представляват самостоятелни понятия на правото на Съюза.

45. В зависимост от текстовете на Директива 2005/29 на различните езици и използваните в тях термини точка 11 от приложение I към нея може да се разбира в смисъл, че плащането трябва да е в пари[19], а поради използваните в текстовете на някои езици по-широки термини може да се разбира и в смисъл, че всяка имуществена полза може да представлява форма на плащане[20].

46. Поради тази разнопосочност не е възможно да се стигне до еднозначно заключение за естеството на ползите, които биха могли да представляват плащане по смисъла на точка 11 от приложение I към Директивата. Ето защо съгласно постоянната практика на Съда следва да се прибегне до другите тълкувателни методи, различни от граматическото тълкуване[21].

2. Систематично тълкуване

47. При съставянето на разпоредбите на Директива 2005/29 е взета предвид основно гледната точка на потребителя като адресат и жертва на нелоялните търговски практики[22]. В така конструираната система търговската практика, описана в точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, е квалифицирана като „търговска практика, която се счита за нелоялна при всички обстоятелства“, а както сочи заглавието на това приложение — и като „заблуждаваща търговска практика“.

48. Разграничението между търговските практики, които се считат за нелоялни при всички обстоятелства, и тези, които може да се считат за нелоялни само след оценка на конкретния случай съгласно разпоредбите на членове 5—9 от Директива 2005/29, се основава на съображението, че само най-вредните за потребителите търговски практики са предмет на пълна забрана[23].

[19] Може да се цитират текстовете на испански („pagando“), чешки („zaplatil“), датски („betalt“), немски („bezahlt“), естонски („maksnud“), английски („paid for“), латвийски („ir samaksājis“), литовски („sumokėjo“), нидерландски („betaald“), полски („zapłacił“), румънски („a plătit“), словашки („zaplatil“), словенски („plačal“), фински („maksanut“) и шведски език („betalat“), в които са използвани различни граматични форми на глагола „плащам“.

[20] Най-вече в текста на италиански език („costi […] sostenuti“), който в свободен превод означава „поемане на разходите за рекламата“. В този ред на мисли текстовете на френски („financer“), унгарски („fizetett“) и португалски език („financiar“) видимо също не изключват непаричните имуществени ползи.

[21] В решение от 3 април 2014 г., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, т. 19, 20 и 24), Съдът потвърждава резултата от граматическото тълкуване на точка 14 от приложение I към Директива 2005/29, като издирва и телеологическото ѝ тълкуване; същевременно той припомня, че необходимостта от еднакво прилагане и от еднакво тълкуване на акт на правото на Съюза изключва възможността той да се разглежда отделно в текста му на един език, а напротив, изисква да се тълкува в зависимост както от действителната воля на неговия автор, така и от преследваната от този автор цел в светлината по-специално на текстовете на всички езици. Отново в контекста на тази директива в решение от 19 декември 2013 г., Trento Sviluppo и Centrale Adriatica (C-281/12, EU:C:2013:859, т. 26), Съдът посочва, че в случай на несъответствия между текстовете на различни езици разпоредбата трябва да се тълкува в зависимост от общата структура и целите на правната уредба, от която е част. Освен това в решение от 18 октомври 2012 г., Purely Creative и др. (C-428/11, EU:C:2012:651, наричано по-нататък само „решение Purely Creative и др.“), Съдът отговаря на преюдициалните въпроси относно точка 31 от приложение I към Директива 2005/29, като тълкува тази разпоредба граматически (т. 25 и 26), исторически (т. 28), систематично (т. 35 и 42) и телеологически (т. 43). Аналогично, за да отговори на преюдициалния въпрос относно точка 21 от приложение I към тази директива, в решение от 13 септември 2018 г., Wind Tre и Vodafone Italia (C-54/17 и C-55/17, EU:C:2018:710) Съдът взема предвид граматическото (т. 43), систематичното (т. 45) и телеологическото ѝ тълкуване (т. 54). Наистина в последните две решения Съдът не споменава да са налице разлики между текстовете на тази директива на различните езици. Възприетият в тези решения методологичен подход обаче потвърждава, че резултатът от граматическото тълкуване не бива да измества резултата, получен с останалите методи на тълкуване.

[22] Вж. решение от 16 април 2015 г., UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, т. 52).

[23] Вж. решение от 3 април 2014 г., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, т. 32). По време на подготвителните работи по приемането на Директива 2005/29 Комисията посочва, че приложение I изброява търговските практики, които винаги изопачават съществено решенията на потребителите. Вж. Предложение за директива на Европейския парламент и на Съвета от 18 юни 2003 г. относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на директиви 84/450/ЕИО, 97/7/ЕО и 98/27/ЕО („Директива за нелоялни търговски практики“) (COM(2003) 356 окончателен, стр. 10).

49. От гледна точка на потребителя е без особено значение дали за използването на редакционния материал е платено в пари или под друга форма. Търговската практика, описана в точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, се счита за нелоялна при всички обстоятелства поради заблудата, до която може да доведе. Именно с цел да предотврати това „Директива 2005/29, по-конкретно точка 11 от приложение I към нея, [реално] […] налага на дружествата рекламодатели задължението да посочват ясно, че са финансирали редакционен материал в медиите, когато този материал има за цел да рекламира стока или услуга на тези търговци“, както вече е отбелязвал Съдът [24].

50. Ето защо систематичното тълкуване на Директива 2005/29 подкрепя тезата, че формата на плащане, независимо дали става въпрос за пари или друга имуществена полза, е без значение.

3. Телеологическо тълкуване

51. Като се позовава на точки 46 и 47 от решение Purely Creative и др., P&C Дюселдорф твърди, че според Съда целта на Директива 2005/29 няма да бъде постигната, ако при прилагането на разпоредбите на приложение I описаните в тях различни хипотези се тълкуват, като се вземат предвид условия, които предполагат трудна оценка, извършвана за всеки отделен случай.

52. Считам, че това твърдение не намира потвърждение в телеологическото тълкуване на Директива 2005/29 и е резултат от избирателен прочит на посоченото решение.

53. В делото, по което е постановено решение Purely Creative и др., Съдът е трябвало да тълкува точка 31 от приложение I към Директива 2005/29, за да изясни дали съгласно тази разпоредба се счита за нелоялна при всички обстоятелства търговската практика да се налага разход, дори и незначителен, на потребител, на когото е съобщено, че е спечелил награда.

54. Най-напред, въз основа на граматическо и систематично тълкуване на точка 31 от това приложение Съдът стига до извода, че забраната за налагане на разход е абсолютна [25]. По-нататък, за да потвърди резултата от граматическото тълкуване на тази разпоредба, Съдът пристъпва към телеологическо тълкуване [26]. Във връзка с това той припомня, че както сочи съображение 17 от Директива 2005/29, правната сигурност е основен елемент за доброто функциониране на вътрешния пазар и именно за да бъде постигната тази цел, законодателят е събрал в приложение I към тази директива търговските практики, които са нелоялни при всички обстоятелства [27].

55. По-нататък Съдът приема, че посочената цел не може да бъде постигната, ако точка 31 от приложение I към Директива 2005/29 се тълкува в смисъл, че включва елемент на заблуда, отделно от обстоятелствата, описани във втората част от тази разпоредба, а също и ако се тълкува в смисъл, че допуска търговците да налагат на потребителя „незначителни разходи“ от гледна точка на стойността на наградата [28]. Съдът излага и констатациите, на

[24] Решение от 17 октомври 2013 г., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 48).

[25] Решение Purely Creative и др., точки 30 и 36.

[26] Решение Purely Creative и др., точка 43.

[27] Решение Purely Creative и др., точка 46.

[28] Решение Purely Creative и др., точки 46 и 47.

които сега се позовава P&C Дюселдорф — че всяко друго тълкуване би наложило трудни оценки, извършвани за всеки отделен случай, което именно се цели да бъде избегнато с включването на въпросната практика в това приложение.

56. Следва да се отбележи, на първо място, че Съдът е използвал телеологическото тълкуване само за да потвърди граматическото тълкуване на точка 31 от приложение I към Директива 2005/29, което е позволявало да се стигне до еднозначно заключение, за разлика от случая по настоящото дело.

57. На второ място, използването на телеологическо тълкуване е позволило да се изключи наличието на определен признак във фактическия състав на съответната търговска практика от приложение I, отделен от изрично предвидените в тази разпоредба обстоятелства. Освен това винаги е нужно да се проверява дали в конкретния случай са налице всички обстоятелства от описанието на фактическия състав на съответната търговска практика от приложение I. Всъщност Съдът е приел, че прилагането на това приложение изисква някои обстоятелства да се квалифицират като „основни“ или „главни“ и да се вземат предвид някои обстоятелства, свързани непряко с други [29].

58. На трето място, следва да се констатира, че резултатът от следваната от Съда логика е тъкмо обратният на този, който иска да постигне P&C Дюселдорф. Съдът взема предвид телеологическото тълкуване, за да не стесни обхвата на определението за „търговска практика, която се счита за нелоялна при всички обстоятелства“, докато P&C Дюселдорф иска да изключи от това определение всяка форма на плащане извън плащането в пари.

59. На четвърто място, считам, че логиката на Съда напълно съответства на втората цел на Директива 2005/29, също посочена в решение Purely Creative и др. [30], а именно постигането на високо равнище на защита на потребителите.

60. На пето място, ограничаването на обхвата на понятието „търговски практики“ по точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, така че да се отнася само до плащанията в пари, би могло да лиши тази разпоредба от полезното ѝ действие, доколкото такова ограничение би дало възможност за лесно заобикаляне на забраната на рекламните статии [31]. В това отношение, както посочва P&C Хамбург, разграничаването на плащанията в пари от останалите имуществени ползи изобщо не съответства на реалността в журналистическата практика.

61. Следователно целите на Директива 2005/29 потвърждават тълкуването, че няма особено значение дали плащането по смисъла на точка 11 от приложение I към тази директива е в пари, или под формата на други имуществени ползи.

[29] Вж. в този смисъл решение от 15 декември 2016 г., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, т. 30). Вж. също в този смисъл решение от 3 април 2014 г., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, т. 33).

[30] Решение Purely Creative и др., точки 48 и 49.

[31] Вж. по аналогия, що се отнася до точка 14 от това приложение, решение от 15 декември 2016 г., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, т. 31).

4. Историческо тълкуване

62. В хода на подготвителните работи Европейският парламент предлага изменение 72 [32], съгласно което търговската практика по точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 е трябвало да бъде описана по следния начин: „Рекламните репортажи, обяви и промоции, наричани и „рекламни статии“, *разпространявани срещу заплащане или въз основа на други взаимни договорености*, трябва да се съобразяват с разпоредбите на Директивата, ако съдържанието им се определя под контрола на рекламодателите, а не на издателите. Търговците и издателите ясно посочват, че рекламните репортажи са реклами, например като ги озаглавяват „рекламен репортаж“ [неофициален превод] [33].

63. Съветът на Европейския съюз възразява срещу това изменение, като посочва следното: „[изменението] не може да се приеме, тъй като не дефинира практика, която е нелоялна при всички обстоятелства, какъвто е критерият за включване в приложението“ [34]. Комисията също не се съгласява с въпросното изменение и така в хода на подготвителните работи не се стига до съществено изменение на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 [35]. Тези обстоятелства обаче не могат да се разбират в смисъл, че законодателят на Съюза е заел становище против тълкуването, според което рекламните статии се разпространяват не само срещу заплащане, но и въз основа на други взаимни договорености.

64. От една страна, що се отнася до възражението на Съвета, изменение 72 действително е можело да се разбира в смисъл, че съдържа не описание на фактическия състав на търговска практика, която се счита за нелоялна при всички обстоятелства, а по-скоро указание как да се предотвратяват случаите, при които редакционният материал би бил считан за такава практика („трябва да се съобразяват с разпоредбите на директивата […]. Търговците и издателите ясно посочват, че рекламните репортажи са реклами, например като ги озаглавяват „рекламен репортаж“). Поради това не е учудващо, че това изменение не е възприето от Комисията така, както е предложено от Парламента.

65. От друга страна, изменение 72 е съдържало уточнение относно ползите, които трябва да е предоставил търговецът („разпространявани срещу заплащане или въз основа на други взаимни договорености“). Парламентът обаче мотивира това изменение с целта да не се допусне прекалено широко тълкуване на понятието „рекламна статия“, което да може да се разбира като („неволно“) включващо и редакционната част. От това стигам до извода, че за Парламента изменението на първоначално предложеното от Комисията описание на фактическия състав се е състояло в добавянето на текста, че рекламните статии се характеризират с това, че „съдържанието им се определя под контрола на

[32] Доклад от 18 март 2004 г. относно предложението за директива на Европейския парламент и на Съвета относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на директиви 84/450/ЕИО, 97/7/ЕО и 98/27/ЕО („Директива за нелоялни търговски практики“) (COM(2003) 356 — C5-0288/2003 — 2003/0134(COD) (A5-0188/2004 окончателен).

[33] Курсивът е мой.

[34] Обща позиция (ЕО) № 6/2005 от 15 ноември 2004 г., приета от Съвета в съответствие с процедурата по член 25 от Договора за създаване на Европейската общност във връзка с приемането на директива на Европейския парламент и Съвета относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета и на директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) (ОВ C 38 E, 2005 г., стр. 1; вж. стр. 20).

[35] В първоначалното предложение на Комисията описанието на фактическия състав на тази практика е било формулирано по следния начин: „Използване на редакционен материал в медиите за реклама на продукт, за което е платил самият търговец, без това ясно да е посочено в материала (рекламна статия)“. Вж. предложението за директива на Европейския парламент и на Съвета относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на директиви 84/450/ЕИО, 97/7/ЕО и 98/27/ЕО („Директива за нелоялни търговски практики“) (COM(2003) 356 окончателен).

рекламодателите, а не на издателите“. Може и да се предположи, че Парламентът е смятал, че първоначално предложеното описание вече е указвало, че предоставяната от търговеца полза не следва непременно да е под формата на парично плащане. Този прочит на изменение 72 видимо се потвърждава от констатацията на Комисията, че отхвърлените изменения, включително изменение 72, е можело да бъдат приети от Комисията поне частично [36].

66. Следователно подготвителните работи по тази директива не поставят под въпрос тълкуването, че всяка имуществена полза може да представлява плащане по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29.

5. Междинно заключение

67. Като се има предвид, че граматическото тълкуване на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 не позволява да се стигне до задоволително заключение, и като се вземат предвид недвусмислените заключения, които произтичат от систематичното и телеологическото ѝ тълкуване, без да бъдат опровергани от изводите от историческото ѝ тълкуване, според мен тази разпоредба трябва да се тълкува в смисъл, че в случаите на използване на редакционен материал за реклама на продукт търговецът „плаща“ за тази реклама, когато предоставя на медийното предприятие определени ползи под формата на стоки, услуги или други имуществени блага.

68. Сега ще премина към въпроса дали по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 съответната имуществена полза представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт и ако е така, дали при обстоятелствата по спора в главното производство е дадена такава насрещна престация.

Д. Плащането като насрещна престация за използването на редакционен материал

69. Употребата на термина „платил“ и на термините на други езици в текста на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 сочи, че за използването на редакционен материал за реклама на продукт трябва да е предоставена определена имуществена полза и че следователно трябва да съществува сигурна връзка между съответната полза и рекламата на продукта.

70. В това отношение следва да се отбележи, че поначало фактическият състав, описан в тази разпоредба от правото на Съюза, се различава по един нюанс от описания в германското право. Всъщност съгласно точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 търговската практика, наречена „рекламна статия“, се състои в използването на редакционен материал за реклама на продукт, при положение че *търговецът е платил за тази реклама*, докато съгласно точка 11 от приложението към UWG търговецът трябва да е финансирал самото *използване на редакционен материал* за реклама на продукт. В решение RLvS [37] Съдът вече е изяснил точка 11 от приложение I към Директива 2005/29,

[36] Съобщение на Комисията до Европейския парламент от 16 ноември 2004 г. (COM(2004) 753 окончателен, стр. 6).

[37] Решение от 17 октомври 2013 г. (C-391/12, EU:C:2013:669, т. 48).

като е приел, че тази разпоредба налага на дружествата рекламодатели задължението да посочват ясно, *че са финансирали редакционен материал*. Следователно това съдебно решение потвърждава тълкуването на термина „платил“, което току-що изложих.

71. По същите причини като изложените в анализа на първия въпрос[38] би могло да се твърди, че историческото тълкуване също подкрепя това тълкуване. Всъщност целта на предложеното от Парламента изменение 72 е била да се направи уточнението, че рекламната статия обхваща рекламните репортажи, обяви и промоции, *разпространявани срещу заплащане или въз основа на други взаимни договорености*. Както обясних, отхвърлянето на това изменение изглежда не се дължи на добавянето на това уточнение.

72. По изложените съображения следва да се приеме, че по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 имуществената полза, която търговецът предоставя на медийното предприятие, представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт, така че съществува сигурна връзка между съответната полза и рекламата на продукта.

73. В този контекст считам, че предоставянето на правата за използване на изображенията — посочено от запитващата юрисдикция във втората част на втория въпрос — представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт.

74. Всъщност, от една страна, налице е сигурна и пряка връзка между така предоставените от P&C Дюселдорф ползи и осигурената чрез редакционния материал реклама, доколкото правата за използване на изображенията са предоставени на медийното предприятие, за да публикува репортаж за рекламна акция, организирана и от този търговец, и доколкото на използваните в материала изображения са показани изгледи от магазините на P&C Дюселдорф и продуктите, които този търговец предлага за продажба.

75. От друга страна, точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 не предвижда минимален размер на имуществената полза, за да може същата да се счита за плащане по смисъла на тази разпоредба[39]. Поради това няма значение фактът, че медийното предприятие също е участвало в разходите и работата по публикацията. Публикуването на редакционен материал винаги води до такива разходи и работа за медийното предприятие. Като се има предвид, че точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 не предвижда минимален размер за предоставяната от търговеца имуществена полза, на още по-силно основание тази разпоредба не изисква ползата да е равностойна на разходите и работата на медийното предприятие.

76. Следователно със съображението, изложено в точка 72 от настоящото заключение, анализът на втория въпрос може да приключи и да се даде полезен отговор на запитващата юрисдикция. Всъщност това съображение позволява да се направи изводът, че точка 11 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че съответната имуществена полза трябва да представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт, така че между ползата и рекламата трябва

[38] Вж. точки 64 и 65 от настоящото заключение.

[39] Освен това посочената в съображение 17 от тази директива цел за постигане на по-голяма правна сигурност при определянето на нелоялните търговски практики не би била осигурена, ако държавите членки можеха да решават какви размери биха могли да се приемат за плащане по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29. Вж. по аналогия решение от 3 април 2014 г., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, т. 26).

да съществува сигурна връзка. По-конкретно, такава връзка съществува, когато медийно предприятие публикува репортаж за рекламна акция, организирана съвместно с търговеца, а той за целите на тази реклама предоставя на медийното предприятие правата за използване на изображенията, на които са показани изгледи от магазините на търговеца и продуктите, които предлага за продажба.

77. При все това за изчерпателност би могъл да се постави и въпросът дали сигурната връзка между имуществената полза и използването на редакционния материал за реклама на продукт може да е и непряка и евентуално дали в настоящия случай е налице такава сигурна и непряка връзка между участието в разходите и работата по организираната в сътрудничество с медийното предприятие рекламна акция и публикуването на спорната статия. Взета сама по себе си, съвместната организация на такава рекламна акция няма пряка връзка с публикацията. Изглежда именно поради липсата на такава пряка връзка запитващата юрисдикция обмисля възможността да се приеме, че рекламната акция и статията са едно цяло [40].

78. Не бих изключил поначало възможността да е достатъчна и непряка връзка между имуществената полза за медийното предприятие и използването на редакционния му материал за реклама на продукт, за да се констатира наличие на нелоялна търговска практика при всички обстоятелства по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29. Тълкуването на тази разпоредба в обратния смисъл би могло да я лиши от полезното ѝ действие, тъй като изискването за пряка връзка би дало възможност за лесно заобикаляне на пълната забрана на рекламните статии [41].

79. Непряката връзка между участието в разходите и работата по организираната в сътрудничество с медийното предприятие рекламна акция и публикуването на спорната статия обаче би могла да се установи само въз основа на съмнителна презумпция и следователно не би била сигурна.

80. Всъщност, най-напред, да се приеме, че ако медийно предприятие публикува репортаж за организирана в сътрудничество с търговец рекламна акция, то търговецът е платил за използването на редакционния материал за реклама на продукт, би означавало да се въведе презумпция, че търговецът се е сдружил с това предприятие за целите на тази реклама. По-нататък, ако се приеме, че тази презумпция е релевантна в контекста на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, това би могло да я превърне в необорима презумпция, понеже става дума за търговска практика, която е нелоялна при всички обстоятелства. Накрая, тази търговска практика би се считала за практика на този търговец дори когато изводът за неговото участие в използването на редакционния материал за реклама се основава само на посочената презумпция.

81. Като използва свободата на стопанска инициатива обаче, търговецът може да влезе в сътрудничество с дадено медийно предприятие — което може да извършва различни дейности — не за да си осигури медийно отразяване, а за да се ползва от известността на това предприятие, от неговото ноу-хау, от ресурсите му или от неговите бизнес контакти.

[40] Вж. точка 39 от настоящото заключение.

[41] Вж. по аналогия решение от 15 декември 2016 г., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, т. 31). В това решение Съдът е трябвало да изясни дали точка 14 от приложение I към Директива 2005/29 трябва да се тълкува в смисъл, че позволява дадена търговска практика да се квалифицира като „пирамидална схема“ за продажба дори в хипотезата, в която връзката между сумите, заплащани от новите участници в такава схема, и насрещните престации, получавани от старите участници, е само косвена. В това отношение Съдът приема, че финансирането на насрещната престация за старите участници може да зависи непряко от сумите, платени от нови участници в схемата.

82. Ако не е налице плащане по смисъла на точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, търговската практика не може да се счита за нелоялна при всички обстоятелства съгласно тази разпоредба. Такава непосочена в приложението търговска практика може евентуално да бъде обявена за нелоялна след преценка за конкретния случай дали характеристиките ѝ отговарят на критериите по членове 5—9 от Директивата.

83. С направените по-горе уговорки относно участието в разходите и работата по организирана съвместно с медийно предприятие рекламна акция, поддържам извода, изложен в точка 76 от настоящото заключение.

84. Освен това ще отбележа, че за да може да се установи наличието на считаната за нелоялна при всички обстоятелства търговска практика по точка 11 от приложение I към Директива 2005/29, следва винаги да се проверява дали са изпълнени и другите изисквани от тази разпоредба условия освен условието да е платено за рекламата на продукт. При обстоятелства като разглежданите в главното производство следва по-специално да се провери дали е налице „редакционен материал“ по смисъла на тази разпоредба — понятие, което до този момент не е тълкувано в практиката на Съда, и дали от разглежданата статия не става ясно, че материалът е съфинансиран от търговеца. Тези други условия обаче не са предмет на отправените до Съда преюдициални въпроси и поради това не са разгледани в настоящото заключение.

VI. Заключение

85. По изложените съображения предлагам на Съда да отговори на първия преюдициален въпрос на Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия), както следва:

„Точка 11 от приложение I към Директива 2005/29/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 май 2005 година относно нелоялни търговски практики от страна на търговци към потребители на вътрешния пазар и изменение на Директива 84/450/ЕИО на Съвета, Директиви 97/7/ЕО, 98/27/ЕО и 2002/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и Регламент (ЕО) № 2006/2004 на Европейския парламент и на Съвета („Директива за нелоялни търговски практики“) трябва да се тълкува в смисъл, че в случаите на използване на редакционен материал за реклама на продукт търговецът „плаща“ за тази реклама и когато предоставя на медийното предприятие определени ползи под формата на стоки, услуги или други имуществени блага.

Съответната имуществена полза трябва да представлява насрещна престация за използването на редакционния материал за реклама на продукт, така че между ползата и рекламата трябва да съществува сигурна връзка.

По-конкретно, такава връзка съществува, когато медийно предприятие публикува репортаж за рекламна акция, организирана съвместно с търговеца, а той за целите на тази реклама предоставя на медийното предприятие правата за използване на изображенията, на които са показани изгледи от магазините на търговеца и продуктите, които предлага за продажба“.