Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MACIEJA SZPUNARA
od 24. lipnja 2021.[1]

**Predmet C-371/20**

**Peek & Cloppenburg KG, koji zakonski zastupa Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B. V.**
**protiv**
**Peek & Cloppenburg KG, koji zakonski zastupa Van Graaf Management GmbH**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Zaštita potrošača – Nepoštene poslovne prakse – Oglašivačka radnja – Promidžba prodaje proizvoda medijskog poduzetnika i trgovca”

## I. Uvod

1. Prema citatu koji se pripisuje H. G. Wellsu: „Oglašavanje je ozakonjeno laganje”. Bez ulaženja u raspravu o osnovanosti te tvrdnje, oglas koji se prikazuje u obliku uredničkog sadržaja a da se pritom jasno ne otkrije njegova promidžbena priroda svakako nije „ozakonjen” u pravu Unije.

2. Naime, u skladu s točkom 11. Prilogom I. Direktivi 2005/29/EZ[2] promidžbeni članci predstavljaju poslovnu praksu koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom a da nije potrebno provesti procjenu u svakom pojedinačnom slučaju na temelju odredbi članaka 5. do 9. te direktive. Osim toga, Sud je odlučio da navedena direktiva nalaže oglašivačima da jasno naznače da su platili uredički sadržaj u sredstvima priopćavanja ako taj sadržaj može promovirati proizvod ili uslugu tih profesionalaca[3].

3. Predmetni zahtjev za prethodnu odluku pruža priliku Sudu da pojasni opseg točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29. Konkretnije, od Suda se traži da tumači pojam „platio” koji se upotrebljava u toj odredbi kako bi se opisala pogodnost koju oglašivač daje medijskom društvu.

[1] Izvorni jezik: francuski

[2] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”) (SL 2005., L 149, str. 22.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 8., str. 101. i ispravak SL 2016., L 332, str. 25.)

[3] Presuda od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 48.)

## II. Pravni okvir

### *A. Pravo Unije*

4. Člankom 5. stavkom 5. Direktive 2005/29 određuje se:

„Prilog I. sadrži popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima. Isti jedinstven popis primjenjuje se u svim državama članicama i može se izmijeniti jedino revizijom ove Direktive."

5. Točka 11. Priloga I. toj direktivi glasi kako slijedi:

„Korištenje uredničkog sadržaja u sredstvima priopćavanja radi promidžbe proizvoda koju je trgovac platio, a da to nije jasno naznačeno u sadržaju, odnosno slika ili zvukova za koje potrošač može jasno prepoznati da je riječ o promidžbi. […]"

### *B. Njemačko pravo*

6. Gesetzom gegen den unlauteren Wettbewerb (Zakon o sprečavanju nepoštenog tržišnog natjecanja), u verziji koja je primjenjiva u glavnom postupku (u daljnjem tekstu: UWG)[4], prenosi se Direktiva 2005/29. Člankom 3. UWG-a, naslovljenim „Zabrana nepoštene poslovne prakse" u njegovim stavcima 1. i 3. predviđa se:

„1. Nepoštena poslovna praksa nezakonita je."

[…]

3. Poslovne aktivnosti koje se odnose na potrošače navedene u prilogu ovom zakonu uvijek su nezakonite. […]"

7. Točka 11. Priloga navedenom zakonu, u vezi s člankom 3. stavkom 3., glasi kako slijedi:

„11. korištenje uredničkog sadržaja u sredstvima priopćavanja radi promidžbe proizvoda koju je trgovac platio, a da to nije jasno naznačeno u sadržaju, odnosno slikama ili zvukovima (promidžbeni članci)."

## III. Činjenično stanje glavnog postupka

8. Društvo Peek & Cloppenburg KG, koje zastupa Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B. V. (u daljnjem tekstu: društvo P&C Düsseldorf) i društvo Peek & Cloppenburg, koje zastupa Van Graaf Management GmbH (u daljnjem tekstu: P&C Hambourg) dva su pravno i gospodarski međusobno neovisna društva koja obavljaju djelatnost maloprodaje odjeće pod nazivom društva „Peek & Cloppenburg", posredstvom različitih društava kćeri. Posluju u različitim regijama državnog područja Njemačke i u svakoj od tih regija samo jedna od stranaka ima trgovine odjećom. Stranke zasebno i neovisno oglašavaju svoje trgovine odjećom.

[4] BGBl 2010. I, str. 254.

9. U ožujku 2011. u članku na dvjema susjednim stranicama u modnom časopisu *GRAZIA* ispod naslova „Akcija za čitatelje” pozvalo se čitateljice na ekskluzivni kasnonoćni shopping pod nazivom „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg”.

10. Na slikama trgovina na kojima se mogao vidjeti naziv „Peek & Cloppenburg” ispisan svjetlećim slovima iznad ulaza, bilo je navedeno „Noć za sve GRAZIA djevojke: Obiđite s nama modni hram nakon radnog vremena! I to uz pjenušac i osobnog stilista. Kako postati V. I. S. (Very Important Shopper)? Brzo se prijavite!”. U članku se navelo da postoje dva neovisna poduzetnika pod nazivom Peek & Cloppenburg i da je u ovom slučaju bila riječ o informaciji društva „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf”.

11. U tužbi podnesenoj Landgerichtu Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka), P&C Hambourg tvrdio je da je takva poslovna praksa protivna zabrani uredničkog oglašavanja iz članka 3. stavka 3. UWG-a, u vezi s točkom 11. priloga tom zakonu. Društvo P&C Hambourg tražilo je da se društvu P&C Düsseldorf zabrani da kao konkurent objavljuje reklamne oglase koji nisu jasno naznačeni kao takvi, da mu se naloži da priopći određene informacije i da se utvrdi da ima obvezu naknade nastale štete.

12. Prvostupanjski sud prihvatio je zahtjeve društva P&C Hambourg. Oberlandesgericht Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka) odbio je žalbu društva P&C Düsseldorf koju je podnio žalbenom sudu. U okviru revizije društvo P&C Düsseldorf traži od suda koji je uputio zahtjev da odbije tužbu društva P&C Hambourg.

## IV. Prethodna pitanja i postupak pred Sudom

13. Odlukom od 25. lipnja 2020., koju je Sud zaprimio 7. kolovoza 2020., Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka), kojem je društvo P&C Düsseldorf podnijelo reviziju, odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća pitanja:

„1. Je li riječ o ‚plaćanju’ promidžbe proizvoda u smislu točke 11. prve rečenice Priloga I. Direktivi [2005/29] samo ako se za korištenje uredničkog sadržaja u sredstvima priopćavanja radi promidžbe proizvoda izvrši protučinidba u novcu ili pojam ‚plaćanje’ obuhvaća sve vrste naknade bez obzira na to je li riječ o protučinidbi u novcu, robi ili uslugama ili u drugoj imovini?

2. Pretpostavlja li se točkom 11. prvom rečenicom Priloga I. Direktivi [2005/29] da trgovac izvršava plaćanje u naravi u korist medijskog poduzetnika kao protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja i, u slučaju potvrdnog odgovora, valja li pretpostaviti da je riječ o takvoj protučinidbi i u situaciji u kojoj medijski poduzetnik izvješćuje o promidžbenoj akciji koju je organizirao zajedno s trgovcem te je trgovac medijskom poduzetniku dao prava na slike u izvještaju, ako su oba poduzetnika snosila troškove promidžbene akcije i ako promidžbena akcija služi za promidžbu proizvoda obaju poduzetnika?”

14. Pisana očitovanja podnijeli su P&C Düsseldorf, P&C Hambourg, mađarska vlada te Europska komisija. U ovom slučaju nije održana rasprava.

## V. Analiza

15. Sud koji je uputio zahtjev u obrazloženju razloga zbog kojih je uputio dva prethodna pitanja objašnjava da ishod žalbe koja mu je podnesena ovisi o tumačenju točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29. Navodi da su članak 5. stavak 5. i točka 11. Priloga I. toj direktivi u njemačko pravo preneseni člankom 3. stavkom 3. odnosno točkom 11. Priloga UWG-u, u vezi s člankom 3. stavkom 3., te da slijedom toga te odredbe njemačkog prava treba tumačiti u skladu s navedenom direktivom.

16. S obzirom na posebnosti pravnog i činjeničnog okvira ovog zahtjeva za prethodnu odluku, čini mi se da je prikladno najprije iznijeti nekoliko napomena u pogledu područja primjene Direktive 2005/29 prije nego što se provede ispitivanje prethodnih pitanja.

17. Konkretnije, ispitat ću, kao prvo, je li praksa o kojoj je riječ u glavnom postupku poslovna praksa u smislu članka 2. točke (d) Direktive 2005/29 te podliježe li stoga zahtjevima propisanim tom direktivom i, kao drugo, može li se zbog činjenice da se prethodna pitanja upućuju u kontekstu spora između dva konkurenta izuzeti iz primjene navedena direktiva.

### *A. Praksa koja se osporava u glavnom postupku kao poslovna praksa*

18. Sud koji je uputio zahtjev upućuje na objašnjenja žalbenog suda te pritom navodi da se praksa koja se osporava u glavnom postupku ne odnosi na provedbu događanja koje se oglašava i opisuje u predmetnom članku, nego na objavu tog članka [5].

19. Sud koji je uputio zahtjev navodi i da se ne čini da ocjena žalbenog suda, prema kojoj predmetna objava predstavlja zajedničku poslovnu praksu društva P&C Düsseldorf i časopisa *GRAZIA* namijenjenu promidžbi prodaja tih dvaju poduzetnika, sadržava pogrešku koja se tiče prava. Društvo P&C Hambourg ipak je podnijelo tužbu samo protiv društva P&C Düsseldorf.

20. Kako bi bila obuhvaćena područjem primjene Direktive 2005/29 praksa koja se osporava u glavnom postupku treba biti poslovna praksa u smislu članka 2. točke (d) te direktive.

21. Stoga tu praksu treba, s jedne strane, provoditi „trgovac" u smislu članka 2. točke (b) navedene direktive, odnosno mora je provoditi osoba koja djeluje „u svrhe vezane uz njezinu trgovačku odnosno poslovnu djelatnost, obrt ili slobodno zanimanje" odnosno u ime ili za račun trgovca [6]. S druge strane, navedena praksa treba predstavljati radnju, izostavljanje, tijek postupanja ili zastupanja, tržišno komuniciranje „u izravnoj […] vezi s promocijom, prodajom ili dobavljanjem proizvoda potrošačima" [7].

[5] U obrazloženju zahtjeva za prethodnu odluku, sud koji je uputio zahtjev navodi da „spornu promidžbenu akciju čini samo objavljivanje članka, a ne i provedba ondje najavljenih i opisanih događanja" i da je „[p]redmet spora […] promidžbena mjera [društva P&C Düsseldorf] provedena na razini cijele zemlje […] u modnom časopisu". Međutim, u tekstu drugog prethodnog pitanja kao i u drugim ulomcima obrazloženja zahtjeva za prethodnu odluku, pojam „promidžbena mjera" upotrebljava se za opis događanja organiziranog u trgovinama društva P&C Düsseldorf na koji se odnosi članak objavljen u magazinu *GRAZIA*. Kako bi se izbjegla bilo kakva zabuna, smatram da se praksa koja se osporava u okviru glavnog postupka odnosi na objavu tog članka, a pojam „promidžbena akcija" upotrebljavat će se u ovom mišljenju kako bi se opisala događanja koja su u njemu najavljena i opisana.

[6] Vidjeti presudu od 4. listopada 2018., Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, t. 32.). U članku 2. točki (b) Direktive 2005/29, trgovac se definira kao „svaka fizička ili pravna osoba koja, u poslovnoj praksi na koju se odnosi [ta d]irektiva, djeluje u svrhe vezane uz njezinu trgovačku odnosno poslovnu djelatnost, obrt ili slobodno zanimanje, kao i svaka osoba koja djeluje u ime ili za račun trgovca".

[7] Vidjeti presudu od 4. listopada 2018., Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, t. 42. i 43.).

22. Kao što je to naveo sud koji je uputio zahtjev prilikom upućivanja na utvrđenja žalbenog suda, predmetnu je praksu pokrenulo društvo P&C Düsseldorf [8] te je upotrijebljena u svrhe promidžbe prodaje proizvoda tog gospodarskog subjekta. Tu praksu, s jedne strane, provodi društvo P&C Düsseldorf, a s druge strane, ona čini dio poslovne strategije tog društva te se odnosi izravno na promidžbu i tijek njegovih prodaja. Navedena praksa stoga je poslovna praksa u smislu članka 2. točke (d) Direktive 2005/29 te je slijedom toga obuhvaćena njezinim područjem primjene [9].

23. To razmatranje ne dovodi u pitanje ni činjenica da se članak objavljen u časopisu *GRAZIA* odnosio na promidžbenu akciju koju je organiziralo društvo P&C Düsseldorf u suradnji s tim časopisom, ni činjenica da je taj članak bio namijenjen promidžbi prodaja tih dvaju gospodarskih subjekata.

24. Kao što je to Sud već naveo, s obzirom na definiciju pojma „trgovac” iz članka 2. točke (b) Direktive 2005/29, ta se direktiva može primjenjivati u situaciji u kojoj poslovne prakse gospodarskog subjekta koristi neki drugi poduzetnik koji djeluje u ime i/ili za račun tog gospodarskog subjekta, zbog čega odredbe te direktive u određenim slučajevima mogu biti obvezujuće za taj gospodarski subjekt, kao i za tog poduzetnika, ako oboje ispunjavaju zahtjeve definicije pojma „trgovac” [10]. *A fortiori*, ne treba isključiti da se jedina poslovna praksa može pripisati dvama različitim gospodarskim subjektima ako djeluju za vlastiti račun kao i za račun suradnika. Takva je poslovna praksa također obuhvaćena područjem primjene Direktive 2005/29. S obzirom na navedeno, kao što sam to već napomenuo u točki 19. ovog mišljenja, tužba društva P&C Hambourg nije podnesena protiv društva P&C Düsseldorf, tako da se pitanje primjenjivosti odredbi te direktive na časopis *GRAZIA* ne postavlja u ovom slučaju [11].

25. Osim toga, pravna kvalifikacija navedena u točki 22. ovog mišljenja u biti odgovara onoj koju je utvrdio sud koji je uputio zahtjev. Naime, taj sud navodi da, prema mišljenju žalbenog suda, objava članka predstavlja poslovnu praksu u smislu članka 2. stavka 1. točke 1. UWG-a i u smislu članka 2. točke (d) Direktive 2005/29. K tomu, potvrđuje da ocjena žalbenog suda ne sadržava pogrešku koja se tiče prava. Tu potvrdu shvaćam na način da se odnosi i na pravnu kvalifikaciju objave članka s obzirom na tu odredbu prava Unije.

26. U tom kontekstu, sud koji je uputio zahtjev skreće pozornost na razliku u značenju pojma „poslovne prakse” kako je definiran u njemačkom pravu. Objašnjava da se taj pojam definira u članku 2. stavku 1. točki 1. UWG-a kao svaka radnja osobe u korist vlastita poduzetnika ili trećeg poduzetnika, prije, tijekom ili poslije izvršenja poslovne transakcije koja je objektivno povezana s promidžbom prodaje i isporuke proizvoda ili usluga. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, pojam „poslovne prakse” utvrđen u njemačkom pravu širi je od pojma utvrđenog u članku 2. točki (d) Direktive 2005/29 jer obuhvaća i djelovanja trećih osoba kojima se nastoji promicati prodaje ili kupnje trećeg društva koje djeluje za račun ili u ime trgovca. Međutim, smatra da se Direktivi 2005/29 ne protivi to da se pojam „poslovne prakse” šire definira u nacionalnom pravu jer se tom direktivom samo „djelomično” uređuje pravo u području nepoštenog tržišnog natjecanja.

[8] Vidjeti bilješku 5. ovog mišljenja, osobito napomenu prema kojoj je „[p]redmet spora […] promidžbena mjera [društva P&C Düsseldorf] provedena na razini cijele zemlje […] u modnom časopisu”.

[9] Vidjeti u tom smislu presudu od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 36.).

[10] Vidjeti u tom smislu presudu od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 38.).

[11] Iako se ne želi unaprijed utvrditi odgovor na takvo pitanje, točno je da se na temelju točke 39. presude od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669) može smatrati da objava članka ne može predstavljati poslovnu praksu koju provodi nakladnik. Međutim, predmet u kojem je donesena ta presuda odnosio se na članke o događanjima koji nisu povezani s nakladnikom, dok se ovaj predmet odnosi na objavu članka o promidžbenoj akciji koju organizira nakladnik u suradnji s društvom P&C Düsseldorf.

27. S obzirom na navedeno, od Suda se nije tražilo da pojasni pitanje prenosi li se člankom 2. stavkom 1. točkom 1. UWG-a pravilno članak 2. točka (d) Direktive 2005/29. Kako bi se odgovorilo na prethodna pitanja, nije potrebno ni odrediti koliko je definicija u njemačkom pravu šira od one utvrđene u pravu Unije. Važno je samo odrediti je li praksa koja se osporava u okviru glavnog postupka poslovna praksa društva P&C Düsseldorf u smislu te direktive, što je ovdje slučaj, kao što sam to naveo [12].

### *B. Osporavanje poslovne prakse u okviru spora između dva konkurenta*

28. Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na spor u okviru kojeg društvo P&C Hambourg traži da se društvu P&C Düsseldorf zabrani da kao konkurent objavljuje reklamne oglase koji nisu jasno naznačeni kao takvi te da mu se naloži da priopći određene informacije i da nadoknadi nastalu štetu. U kontekstu tog spora sud koji je uputio zahtjev želi znati predstavlja li objava predmetnog članka poslovnu praksu iz točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 te treba li je zato smatrati nepoštenom u svim okolnostima.

29. Točno je da se postojanje poslovne prakse u smislu Direktive 2005/29 može prihvatiti samo ako se ona odnosi na trgovca s jedne strane i potrošača s druge strane [13].

30. Međutim, činjenica da su stranke u glavnom postupku dva trgovca za koje se čini da su konkurenti automatski ne znači da se nacionalne odredbe kojima se prenosi Direktiva 2005/29 ne primjenjuju u ovom slučaju.

31. Naime, Sud je već naveo da područje primjene Direktive 2005/29 obuhvaća nacionalne odredbe kojim se pod prijetnjom sankcija zabranjuje nepoštena poslovna praksa u interesu potrošačâ [14]. Interes potrošačâ može se zaštititi sporovima koji se vode između konkurenata, koji u tom slučaju imaju oblik *private enforcementa* prava zaštite potrošača, predviđenog u članku 11. stavku 1. te direktive. Tom se odredbom propisuje da države članice osiguravaju da postoje prikladna i učinkovita sredstva za borbu protiv nepoštenih poslovnih praksi. Ta sredstva mogu uključivati pravne odredbe u skladu s kojima konkurenti mogu pokrenuti sudske postupke protiv tih praksi.

32. Činjenica da konkurent ima vlastiti interes za takvu tužbu ne može isključiti primjenjivost Direktive 2005/29.

33. Naime, Direktiva 2005/29 donesena je na temelju članka 114. UFEU-a i, kao što se to navodi u njezinu članku 1., jedan od ciljeva koji se njome nastoji postići jest pridonijeti urednom funkcioniranju unutarnjeg tržišta [15]. U tom kontekstu, u uvodnim izjavama 6. i 8. te direktive navodi se da se njome izravno štite gospodarski interesi potrošača od nepoštenih poslovnih praksi poduzetnika u odnosu na njih te se stoga neizravno štite i gospodarski interesi legitimnih konkurenata [16]. Kao što je to Sud već naveo pri čemu je uputio na uvodnu izjavu 6. navedene

[12] Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

[13] Vidjeti moje mišljenje u predmetu Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, t. 40.).

[14] Vidjeti presudu od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 33.).

[15] Vidjeti u tom smislu moje mišljenje u predmetu Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, t. 32.). Što se tiče veze između dobrog funkcioniranja unutarnjeg tržišta i različitih oblika *private enforcementa* u pravu Unije vidjeti po analogiji presudu od 17. rujna 2002., Muñoz i Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, t. 29. do 32.).

[16] Vidjeti u tom smislu i presudu od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 40.) u kojoj je Sud utvrdio da je svrha Direktive 2005/29 zaštita potrošača proizvoda i usluga tih poslovnih subjekata, kao i njihovih legitimnih konkurenata.

direktive, iz njezina područja primjene ne isključuju se nacionalna zakonodavstva koja se odnose na nepoštene poslovne prakse kojima se nanosi šteta „jedino" gospodarskim interesima konkurenata ili koje se odnose na transakciju među trgovcima [17].

### *C. Napomene o predmetu i opsegu prethodnih pitanja*

34. Svojim dvama prethodnim pitanjima sud koji je uputio zahtjev želi znati predstavlja li, s obzirom na okolnosti glavnog postupka i konkretnije pogodnosti koje društvo P&C Düsseldorf daje medijskom društvu, odnosno izdavaču časopisa *GRAZIA*, osporavana poslovna praksa nepoštenu poslovnu praksu u svim okolnostima u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29. Dok se u toj odredbi navodi nekoliko uvjeta koji se zahtijevaju kako bi se utvrdilo postojanje poslovne prakse koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom, ta dva prethodna pitanja odnose se samo na uvjet u pogledu financiranja promidžbe proizvoda.

35. Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti želi znati treba li točku 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 tumačiti na način da je uredničkи sadržaj, kad ga se upotrebljava za promidžbu proizvoda, „platio" trgovac ne samo ako je medijskom poduzetniku dao pogodnost u novcu za tu promidžbu, nego i ako je dao pogodnost u robi ili uslugama ili u drugoj imovini [18].

36. Drugo prethodno pitanje dijeli se na dva dijela. Prvim dijelom tog pitanja, na koje je potrebno odgovoriti samo ako je odgovor na prvo pitanje potvrdan, sud koji je uputio zahtjev želi znati predstavlja li u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 takva pogodnost u imovini protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda.

37. Iako se u tekstu prvog pitanja zbog upotrebe pojma „protučinidba" za „korištenje uredničkog sadržaja" može smatrati da se to pitanje podudara s prvim dijelom drugog pitanja, to ipak nije slučaj. Naime, dok se prvo pitanje odnosi na to može li plaćanje imati različit oblik od plaćanja u novcu, prvi dio drugog pitanja odnosi se na to treba li takvo plaćanje, kao što to objašnjava sud koji je uputio zahtjev u obrazloženju zahtjeva za prethodnu odluku, predstavljati protučinidbu u imovini „u smislu uzajamnog odnosa".

38. To pitanje odražava argumentaciju koju je iznijelo društvo P&C Düsseldorf u svojoj reviziji, koje je tvrdilo da, kako bi se moglo zaključiti da postoji poslovna praksa koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom, pogodnost koju daje trgovac treba imati vezu s uredničkim sadržajem, tako da se može smatrati da je tim plaćanjem trgovac „kupio" članak. Suprotno tomu, prema mišljenju društva P&C Düsseldorf, taj zaključak ne može se izvesti iz činjenice da trgovac snosi dio troškova promidžbene akcije koja je zajednički organizirana s medijskim društvom i od koje oba gospodarska subjekta imaju koristi. U tom se slučaju jedino zajednički provedeno događanje zajednički plaća, dok medijsko društvo samo u vlastitu interesu oglašava promidžbenu akciju u članku.

39. Sud koji je uputio zahtjev u tom pogledu navodi da se veza na koju upućuje društvo P&C Düsseldorf može utvrditi samo na temelju činjenice da se promidžbena akcija i članak mogu smatrati dijelovima iste promidžbene akcije koju treba ocijeniti i kvalificirati isključivo u cjelini. Tako rješenje nije neizbježno. S obzirom na tu tvrdnju, sud koji je uputio zahtjev navodi da je,

[17] Vidjeti presude od 14. siječnja 2010., Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, t. 39.) i od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 30.).

[18] Napominjem da sud koji je uputio zahtjev ne traži od Suda da pojasni je li plaćanje moglo imati oblik neimovinske pogodnosti. Radi iscrpnosti, dovoljno je napomenuti da se u pravnoj teoriji predviđa potvrdan odgovor na to pitanje. Vidjeti Namysłowska, M., Sztobryn, K., „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych", *Państwo i Prawo*, 2008., sv. 11., str. 61.

prema utvrđenjima žalbenog suda, društvo P&C Düsseldorf stavilo na raspolaganje medijskom društvu, među ostalim, prava uporabe povezana sa slikama koje su se upotrijebile u tom članku. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, stoga se čini da barem jedan dio plaćanja u imovini koje je izvršilo društvo P&C Düsseldorf ima konkretnu vezu s objavom navedenog članka.

40. Kao što to proizlazi iz teksta drugog pitanja, drugi dio tog pitanja postavlja se samo ako na prvi dio treba odgovoriti potvrdno. Drugim dijelom drugog pitanja, sud koji je uputio zahtjev traži da se odredi je li upotreba uredničkog sadržaja „plaćena" u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, je li trgovac medijskom društvu stavio na raspolaganje prava na slike i kada su oba gospodarska subjekta snosila troškove promidžbene akcije u pogledu promidžbe prodaja svojih proizvoda.

41. S obzirom na zajednički cilj tih dvaju pitanja, kao i činjenicu da su ona neodvojivo povezana, smatram da ih treba analizirati zajedno te da je na njih potrebno dati jedan odgovor.

42. Slijedom toga, kao prvo, valja odrediti treba li točku 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 tumačiti na način da je uredнички sadržaj, kad ga se upotrebljava za promidžbu proizvoda, „platio" trgovac ne samo ako je medijskom društvu za tu promidžbu dao pogodnost u novcu, nego i ako je dao pogodnost u robi, uslugama ili drugoj imovini (dio D).

43. Kao drugo, ako na to pitanje treba odgovoriti potvrdno, valja odrediti predstavlja li u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 takva pogodnost u imovini protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda, tako da postoji veza između pogodnosti i promidžbe o kojima je riječ. Ako je to slučaj, valja provjeriti predstavlja li takva protučinidba, u slučaju u kojem medijsko društvo objavljuje promidžbenu akciju koju organizira zajedno s trgovcem, stavljanje na raspolaganje medijskom društvu prava uporabe slika i/ili plaćanje dijela troškova za tu promidžbenu akciju (dio E).

## *D. Plaćanje kao pogodnost u imovini*

### *1. Doslovno tumačenje*

44. Kao što to proizlazi iz uvodne izjave 5. Direktive 2005/29, zakonodavac Unije smatrao je da se prepreke slobodnom prekograničnom kretanju usluga i robe te slobodi poslovnog nastana mogu ukloniti jedino tako da se donesu jednoobrazna pravila i razjasne određeni pravni koncepti. Iz toga zaključujem da zakonodavac Unije smatra da su pojmovi upotrijebljeni u toj direktivi u načelu autonomni pojmovi prava Unije.

45. U skladu s različitim jezičnim verzijama Direktive 2005/29 i upotrijebljenim pojmovima, točku 11. Priloga I. toj direktivi može se shvatiti kao da plaćanje treba imati oblik pogodnosti u novcu [19] ili u širem smislu iz nekih jezičnih verzija, tako da takva pogodnost može imati oblik pogodnosti u imovini [20].

[19] Mogu se navesti verzije na španjolskom (*pagando*), češkom (*zaplatil*), danskom (*betalt*), njemačkom (*bezahlt*), estonskom (*maksnud*), engleskom (*paid for*), latvijskom (*ir samaksājis*), litavskom (*sumokėjo*), nizozemskom (*betaald*), poljskom (*zapłacił*), rumunjskom (*a plătit*), slovačkom (*zaplatil*), slovenskom (*plačal*), finskom (*maksanut*) i švedskom jeziku (*betalat*), u kojima se upotrebljavaju različiti gramatički oblici glagola „platiti".

[20] Prije svega u verziji na talijanskom jeziku (*costi […] sostenuti*) koja se slobodno prevodi kao „snošenje troškova promidžbe". U tom smislu, ne čini se da se tekstovima verzija na francuskom (*financer*), mađarskom (*fizetett*) i portugalskom jeziku (*financiar*) isključuju oblici pogodnosti u imovini različiti od novca.

46. Zbog te raznolikosti, nije moguće doći do nedvojbenog zaključka u pogledu prirode pogodnosti koja može predstavljati plaćanje u smislu točke 11. Priloga I. navedenoj direktivi. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, valja stoga primijeniti metode tumačenja koje se razlikuju od doslovnog tumačenja [21].

### *2. Sustavno tumačenje*

47. Odredbe Direktive 2005/29 zapravo su osmišljene iz perspektive potrošača kao adresata i žrtve nepoštene poslovne prakse [22]. U tako osmišljenom sustavu, poslovna praksa opisana u točki 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 kvalificira se kao poslovna praksa koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom i, kao što to proizlazi iz naslova upotrijebljenih u tom prilogu, kao zavaravajuća poslovna praksa.

48. Dihotomija između poslovne prakse koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom i poslovne prakse koja se može proglasiti nepoštenom tek nakon procjene u svakom slučaju zasebno, na temelju odredbi članaka 5. do 9. Direktive 2005/29, temelji se na razmatranju prema kojem su predmet apsolutne zabrane samo poslovne prakse koje najviše štete potrošačima [23]

49. Sa stajališta potrošača nije važno je li urednički sadržaj plaćen u obliku pogodnosti u novcu. Smatra se da je poslovna praksa opisana u točki 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 u svim okolnostima nepoštena zbog zavaravanja do kojeg može dovesti. Kako bi se to izbjeglo, kao što je to Sud već naveo, „Direktivom 2005/29, osobito točkom 11. njezina Priloga I., oglašivačima [je zaista] nametnuta obveza jasnog navođenja činjenice da su financirali urednički sadržaj u sredstvima priopćavanja kada je svrha tog sadržaja bila promidžba proizvoda ili usluga tog trgovca” [24].

50. Prema tome, sustavno tumačenje Direktive 2005/29 ide u prilog tezi prema kojoj nije bitan oblik plaćanja, neovisno o tome je li riječ o pogodnosti u novcu ili drugoj pogodnosti u imovini.

[21] Sud je u presudi 4finance potvrdio rezultat doslovnog tumačenja točke 14. Priloga I. Direktivi 2005/29 u odnosu na rezultat teleološkog tumačenja, pri čemu je podsjetio da potreba za jedinstvenom primjenom i tumačenjem akta prava Unije isključuje njegovo zasebno razmatranje u jednoj od njegovih jezičnih verzija, no uvjetuje da ga se tumači uzimajući u obzir stvarnu volju njegovog autora kao i cilj koji želi postići, osobito u svjetlu svih jezičnih verzija (presuda od 3. travnja 2014., C-515/12, EU:C:2014:211, t. 19., 20. i 24.). I dalje u kontekstu te direktive Sud je u presudi Trento Sviluppo i Centrale Adriatica naveo da, u slučaju razlika između različitih jezičnih verzija, spornu odredbu treba tumačiti u skladu s općom strukturom i ciljem propisa kojeg je ona sastavni dio (presuda od 19. prosinca 2013., C-281/12, EU:C:2013:859, t. 26.). Osim toga, u presudi Purely Creative i dr., Sud je odgovorio na prethodna pitanja koja se odnose na točku 31. Priloga I. Direktivi 2005/29 pri čemu je primijenio doslovno (t. 25. i 26.), povijesno (t. 28.), sustavno (t. 35. i 42.) i teleološko tumačenje (t. 43.) te odredbe (presuda od 18. listopada 2012., C-428/11, EU:C:2012:651, u daljnjem tekstu: presuda Purely Creative i dr.). U tom je smislu Sud u presudi Wind Tre i Vodafone Italia, kako bi odgovorio na prethodno pitanje u pogledu točke 21. Priloga I. toj direktivi, uputio na doslovno (t. 43.), sustavno (t. 45.) i teleološko tumačenje (t. 54.) (presuda od 13. rujna 2018., C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710). Točno je da Sud u dvama potonjim presudama nije spomenuo postojanje razlika između jezičnih verzija te direktive. Međutim, metodološki pristup primijenjen u tim presudama potvrđuje da rezultat koji proizlazi iz doslovnog tumačenja ne može prikriti rezultat koji proizlazi iz drugih metoda tumačenja.

[22] Vidjeti presudu od 16. travnja 2015., UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, t. 52.).

[23] Vidjeti presudu od 3. travnja 2014., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, t. 32.). Komisija je u pripremnim aktima navela da Prilog I. Direktivi 2005/29 sadržava poslovne prakse koje uvijek znatno utječu na odluke potrošačâ. Vidjeti Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća od 18. lipnja 2003. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktiva 84/450/EEZ, 97/7/EZ i 98/27/EZ (Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi) COM(2003) 356 *final*, str. 10.

[24] Presuda od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 48.)

### *3. Teleološko tumačenje*

51. Društvo P&C Düsseldorf uputilo je na točke 46. i 47. presude Purely Creative i dr. te je pritom navelo da je Sud odlučio da cilj Direktive 2005/29 nije postignut ako u okviru primjene odredbi Priloga I. toj direktivi tumačenje različitih slučajeva dovodi do uzimanja u obzir uvjeta koji podrazumijevaju tešku procjenu u svakom slučaju zasebno.

52. Smatram da teleološko tumačenje Direktive 2005/29 ne potkrepljuje tu tvrdnju te da ona proizlazi iz selektivnog tumačenja te presude.

53. U predmetu u kojem je donesena presuda Purely Creative i dr. od Suda se tražilo da tumači točku 31. Priloga I. Direktivi 2005/29 kako bi se pojasnilo smatra li se u skladu s tom odredbom da je poslovna praksa u svim okolnostima nepoštena ako potrošaču koji je obaviješten da je osvojio nagradu nastane trošak, koliko god on bio zanemariv.

54. Kao prvo, Sud je zaključio da je na temelju doslovnog i sustavnog tumačenja točke 31. tog priloga zabrana nastanka troška apsolutna [25]. Kao drugo, kako bi se potvrdio rezultat doslovnog tumačenja te odredbe, Sud je primijenio teleološko tumačenje [26]. U tom kontekstu, Sud je podsjetio na to da je, kao što se to navodi u uvodnoj izjavi 17. Direktive 2005/29, pravna sigurnost bitan element za dobro funkcioniranje unutarnjeg tržišta i da je u svrhu postizanja tog cilja zakonodavac u Prilogu I. toj direktivi podijelio u skupine poslovne prakse koje se u svim okolnostima smatraju nepoštenim [27].

55. Sud je zatim smatrao da se cilj ne bi mogao postići kad bi se točka 31. Priloga I. Direktivi 2005/29 tumačila, s jedne strane, na način da uključuje zavaravanje, koje se razlikuje od okolnosti opisanih u drugom dijelu te odredbe i, s druge strane, na način da dopušta da potrošaču nastanu „zanemarivi troškovi" s obzirom na vrijednost nagrade [28]. Iznio je i utvrđenja na koja upućuje društvo P&C Düsseldorf i prema kojima bi različito tumačenje zahtijevalo teške procjene provedene u svakom slučaju zasebno, što se upravo nastoji izbjeći uvrštenjem prakse u taj prilog I.

56. Kao prvo, valja napomenuti da je Sud primijenio teleološko tumačenje samo kako bi potvrdio doslovno tumačenje točke 31. Priloga I. Direktivi 2005/29 na temelju kojeg se, za razliku od ovog predmeta, može doći do nedvojbenog zaključka.

57. Kao drugo, ta primjena teleološkog tumačenja omogućila je da se u opisu poslovne prakse koja je obuhvaćena Prilogom I. isključi postojanje elementa koji se razlikuje od okolnosti izričito predviđenih u toj odredbi. K tomu, i dalje je potrebno provjeriti postoje li u ovom slučaju okolnosti koje odgovaraju opisu poslovne prakse obuhvaćene Prilogom I. Naime, Sud je presudio da primjena tog priloga zahtijeva da se određene okolnosti kvalificiraju kao „nužne" ili „glavne" te da se uzmu u obzir određene okolnosti koje su neizravno povezane s drugima [29].

[25] Presuda Purely Creative i dr., t. 30. i 36.

[26] Presuda Purely Creative i dr., t. 43.)

[27] Presuda Purely Creative i dr. t. 46.)

[28] Presuda Purely Creative i dr. t. 46. i 47.)

[29] Vidjeti u tom smislu presudu od 15. prosinca 2016., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, t. 30.). Vidjeti u tom smislu i presudu od 3. travnja 2014., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, t. 33.).

58. Kao treće, valja utvrditi da je rezultat rasuđivanja koje je utvrdio Sud suprotan onome do kojeg je društvo P&C Düsseldorf željelo da se dođe. Sud je uputio na teleološko tumačenje kako se ne bi ograničila definicija „poslovne prakse koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom", dok je društvo P&C Düsseldorf iz te definicije htjelo isključiti svaki oblik plaćanja osim u novcu.

59. Kao četvrto, smatram da je rasuđivanje Suda u potpunosti usklađeno s drugim ciljem Direktive 2005/29 koji se navodi i u presudi Purely Creative i dr.[30], odnosno ciljem da se osigura visoka razina zaštite potrošača.

60. Kao peto, kad bi se ograničila definicija pojma „poslovna praksa koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom" iz točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 na pogodnost u novcu, time bi se toj odredbi mogao oduzeti njezin koristan učinak jer bi takvo ograničenje omogućilo da se lako zaobiđe zabrana promidžbenih članaka[31]. U tom pogledu, kao što je to navelo društvo P&C Hambourg, razlikovanje pogodnosti u novcu od drugih pogodnosti u imovini ni u kojem slučaju nije prilagođeno stvarnosti u novinarskoj praksi.

61. Ciljevi Direktive 2005/29 stoga potvrđuju tumačenje prema kojem nije važno ima li plaćanje u smislu točke 11. Priloga I. toj direktivi oblik pogodnosti u novcu ili druge pogodnosti u imovini.

### *4. Povijesno tumačenje*

62. Europski parlament je u pripremnim aktima u amandmanu 72[32] predložio da se poslovna praksa iz točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 opiše na sljedeći način: „Reklamne ponude, oglasi ili promotivne ponude, katkad nazvani ‚promidžbeni članci', *koji se objavljuju uz plaćanje ili druge uzajamne dogovore* trebaju biti u skladu s odredbama Direktive ako njihov sadržaj kontroliraju gospodarski subjekti na tržištu, a ne izdavači. Trgovci i izdavači označuju da su reklamne ponude oglasi, primjerice tako da ih naslove „reklamna ponuda"[33].

63. Vijeće Europske unije protivilo se tom amandmanu, pri čemu je navelo da se: „[taj amandman] ne može prihvatiti jer se njime ne definira praksa koja je u svim okolnostima nepoštena, što je kriterij za uvrštavanje u taj prilog"[34]. Komisija pak nije prihvatila predmetni amandman te točka 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 nije znatno izmijenjena u pripremnim aktima[35]. Te se okolnosti ipak ne mogu shvatiti na način da se zakonodavac Unije protivi tumačenju prema kojem se promidžbeni članci objavljuju ne samo uz plaćanja, nego i u okviru drugih uzajamnih dogovora.

30 Presuda Purely Creative i dr. t. 48. i 49.

31 Vidjeti po analogiji u pogledu točke 14. tog priloga presudu od 15. prosinca 2016., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, t. 31).

32 Izvješće od 18. ožujka 2004. o Prijedlogu direktive Europskog parlamenta i Vijeća o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni direktiva 84/450/EEZ, 97/7/EZ i 98/27/EZ (Direktiva o nepoštenim poslovnim praksama) (COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) (A5-0188/2004 *final*).

33 Moje isticanje

34 Zajedničko stajalište Vijeća (EZ) br. 6/2005 od 15. studenoga 2004., doneseno u skladu s postupkom propisanim u članku 251. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, s ciljem donošenja direktive Europskog parlamenta i Vijeća o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi") (SL 2005., C 38 E, str. 1.), t. 20.

35 U skladu s Komisijinim prvotnim prijedlogom, ta je praksa opisana na sljedeći način: „Korištenje uredničkog sadržaja u sredstvima priopćavanja radi promidžbe proizvoda koju je trgovac platio, a da to nije jasno naznačeno u sadržaju (promidžbeni članci)." Vidjeti Prijedlog direktive Europskog parlamenta i Vijeća o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni direktiva 84/450/EEZ, 97/7/EZ i 98/27/EZ (Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi) (COM(2003) 356 *final*).

64. S jedne strane, što se tiče protivljenja Vijeća, amandman 72 mogao se zapravo tumačiti na način da se ne odnosi na opis poslovne prakse koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom, nego na uputu koja omogućuje da se izbjegne da se uredničkisadržaj smatra takvom praksom („trebaju biti u skladu s odredbama Direktive […]. Trgovci i izdavači označuju da su reklamne ponude oglasi”). Stoga ne iznenađuje da Komisija nije prihvatila taj amandman u obliku koji je predložio Parlament.

65. S druge strane, u amandmanu 72 navodilo se pojašnjenje u pogledu pogodnosti koju treba dati trgovac („koji se objavljuju uz plaćanja ili druge uzajamne dogovore”). Međutim, Parlament je obrazložio taj amandman pri čemu se pozvao na cilj sprečavanja preširokog tumačenja pojma „promidžbeni članci” koji bi se mogao shvatiti kao da („nenamjerno”) uključuje uredničkidio. Iz toga zaključujem da je za Parlament dodavanje ulomka prema kojem je promidžbeni članak obilježen činjenicom da „sadržaj [oglasa] kontroliraju gospodarski subjekti na tržištu, a ne izdavači” predstavljalo izmjenu opisa koji je prvotno predložila Komisija. Može se također pretpostaviti da je Parlament, suprotno tomu, smatrao da je prvotno predložen opis podrazumijevao da pogodnost koju dodijeli trgovac ne mora nužno imati oblik plaćanja u novcu. Čini se da se to tumačenje amandmana 72 potvrđuje Komisijinim utvrđenjem prema kojem neprihvaćene amandmane, uključujući amandman 72, Komisija može prihvatiti barem djelomično [36].

66. Tumačenje prema kojem svaka pogodnost u imovini može predstavljati plaćanje u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 stoga se ne dovodi u pitanje pripremnim aktima povezanim s tom direktivom.

### *5. Međuzaključak*

67. S obzirom na činjenicu da doslovno tumačenje točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 ne omogućuje da se dođe do zadovoljavajućeg zaključka, te uzimajući u obzir nedvojbene zaključke koji proizlaze iz sustavnog i teleološkog tumačenja, kojima se ne protive zaključci koji proizlaze iz povijesnog tumačenja, smatram da tu odredbu treba tumačiti na način da je uredničkisadržaj, kad ga se upotrebljava za promidžbu proizvoda, „platio” trgovac ako je medijskom društvu dao pogodnost u robi, uslugama ili u drugoj imovini.

68. Sad ću razmotriti pitanje predstavlja li u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 takva pogodnost u imovini protučinidbu za korištenje uredničkogsadržaja radi promidžbe proizvoda i, u slučaju potvrdnog odgovora, je li u okolnostima glavnog postupka izvršena takva protučinidba.

## *E. Plaćanje kao protučinidba za korištenje uredničkogsadržaja*

69. Upotreba pojma „plaćanje” i pojmova u drugim jezičnim verzijama točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 upućuje na to da za korištenje uredničkogsadržaja radi promidžbe proizvoda treba dati pogodnost u imovini i da stoga treba postojati određena veza između takve pogodnosti i te promidžbe proizvoda.

70. U tom je pogledu korisno istaknuti da *a priori* postoji razlika između opisa u toj odredbi prava Unije i opisa u njemačkom pravu. Naime, u skladu s točkom 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 poslovna praksa pod nazivom promidžba uključuje korištenje uredničkogsadržaja radi promidžbe

[36] Komunikacija Komisije Europskom parlamentu od 16. studenoga 2004., COM(2004) 753 *final*, str. 6.

proizvoda, pod uvjetom da je *tu promidžbu platio trgovac*, dok u skladu s točkom 11. Priloga UWG-u trgovac plaća *korištenje uredničkog sadržaja* radi promidžbe proizvoda. Sud je u presudi RLvS [37] već pojasnio točku 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, pri čemu je smatrao da ta odredba oglašivačima nalaže obvezu da jasno navedu *da su platili uredнички sadržaj*. Ta presuda stoga potvrđuje tumačenje pojma „plaćanje" koje sam upravo iznio.

71. Iz istih razloga kao što su oni izneseni u okviru analize prvog pitanja [38], može se tvrditi da povijesno tumačenje ide i u prilog tom tumačenju. Naime, amandman 72 koji predlaže Parlament odnosi se na to da se s obzirom na promidžbene članke unese pojašnjenje prema kojem oni obuhvaćaju reklamne ponude, oglase i promotivne ponude *koji se objavljuju uz plaćanje ili druge uzajamne dogovore*. Kao što sam to objasnio, čini se da taj amandman nije odbijen zbog dodavanja tog pojašnjenja.

72. S obzirom na prethodno navedeno, valja smatrati da u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, pogodnost u imovini koju daje trgovac medijskom društvu predstavlja protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda, tako da postoji određena veza između takve pogodnosti i te promidžbe proizvoda.

73. U tom kontekstu, smatram da dodjela prava uporabe slika, koju je sud koji je uputio zahtjev navodi u drugom dijelu drugog pitanja, predstavlja protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda.

74. Naime, s jedne strane, postoji određena i izravna veza između pogodnosti koju daje društvo P&C Düsseldorf i promidžbe koja se provodi tim uredničkim sadržajem jer su prava uporabe slika stavljena na raspolaganje medijskom društvu kako bi se obavijestilo o promidžbenoj akciji koju organizira i taj trgovac te jer su na tim slikama, koje su upotrijebljene u tom sadržaju, prikazane trgovine društva P&C Düsseldorf te proizvodi koje taj trgovac nudi na prodaju.

75. S druge strane, točkom 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 ne predviđa se nikakav najmanji iznos pogodnosti u imovini zbog kojeg bi se ta pogodnost smatrala plaćanjem u smislu te odredbe [39]. Slijedom toga, činjenica da je sâmo medijsko društvo također snosilo dio troškova objave nije važna. Medijskom društvu uvijek nastaju takvi troškovi za objavu uredničkog sadržaja. *A fortiori*, budući da se točkom 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 ne predviđa nikakav najmanji iznos u pogledu pogodnosti u imovini koju daje trgovac, ta odredba ne zahtijeva postojanje istovjetnosti između te pogodnosti i troškova koji nastaju za medijsko društvo.

76. Razmatranje izneseno u točki 72. ovog mišljenja može stoga značiti kraj analize drugog pitanja te pružiti koristan odgovor sudu koji je uputio zahtjev. Naime, to razmatranje omogućuje da se zaključi da točku 11. Priloga I. Direktivi 2005/29 treba tumačiti na način da pogodnost u imovini treba predstavljati protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda, tako da postoji određena veza između te pogodnosti i te promidžbe. Konkretno, takva veza postoji ako medijsko društvo pruža informacije u pogledu promidžbene akcije koju je organiziralo s trgovcem koji pak u svrhu te promidžbe stavlja tom medijskom društvu na raspolaganje prava uporabe slika na kojima su prikazane njegove trgovine, kao i proizvodi koje taj trgovac nudi na prodaju.

[37] Presuda od 17. listopada 2013. (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 48.)

[38] Vidjeti točke 64. i 65. ovog mišljenja.

[39] Usto, cilj uspostave veće pravne sigurnosti u utvrđivanju nepoštenih poslovnih praksi, predviđen u uvodnoj izjavi 17. te direktive, ne bi bio osiguran kad bi države članice mogle određivati koje se iznose može smatrati plaćanjem u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29. Vidjeti po analogiji presudu od 3. travnja 2014., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, t. 26.).

77. S obzirom na navedeno, radi iscrpnosti, može se još pitati o tome može li određena veza između pogodnosti u imovini i korištenja uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda biti i neizravna te po potrebi postoji li takva određena i neizravna veza u ovom slučaju između plaćanja dijela troškova promidžbene akcije organizirane u suradnji s medijskim društvom i objave osporavanog članka. Kad je se razmatra zasebno, organizacija takve promidžbene akcije u suradnji s medijskim društvom nije izravno povezana s tom objavom. Čini se da je sud koji je uputio zahtjev upravo zbog nepostojanja takve izravne veze predvidio da ta promidžbena akcija i taj članak čine cjelinu [40].

78. Ne isključujem odmah da bi neizravna veza između pogodnosti u imovini koja se daje medijskom društvu i korištenja njegova uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda bila dovoljna da bi se zaključilo da postoji poslovna praksa koja je u svim okolnostima nepoštena u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29. Suprotnim bi se tumačenjem toj odredbi mogao oduzeti koristan učinak jer bi zahtjev za izravnu vezu omogućavao da se lako zaobiđe potpuna zabrana promidžbenih članaka [41].

79. Međutim, neizravna veza između plaćanja dijela troškova promidžbene akcije organizirane u suradnji s medijskim društvom i objave osporavanog članka utvrđena je samo na temelju dvojbene pretpostavke te stoga nije sigurna.

80. Naime, kad bi se prije svega smatralo da trgovac plaća korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda kad medijsko društvo objavljuje promidžbenu akciju organiziranu u suradnji s trgovcem, time bi se priznalo postojanje pretpostavke prema kojoj se taj trgovac povezao s tim društvom radi takve promidžbe. Nadalje, kad bi se prihvatilo da je ta pretpostavka relevantna u kontekstu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, time bi navedena pretpostavka mogla postati neoboriva, s obzirom na činjenicu da je riječ o poslovnoj praksi koja je u svim okolnostima nepoštena. Konačno, ta poslovna praksa smatrala bi se djelom tog trgovca iako se njegovo sudjelovanje u korištenju uredničkog sadržaja radi promidžbe temelji samo na navedenoj pretpostavci.

81. Međutim, ostvarivanjem slobode poduzetništva trgovac može surađivati s medijskim društvom koje može obavljati različite djelatnosti ne zato da bi osigurao medijsku pokrivenost, nego da bi imao koristi od ugleda tog društva, njegove stručnosti, njegovih resursa ili njegovih poslovnih kontakata.

82. Ako ne postoji plaćanje u smislu točke 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, ne može se smatrati da je riječ o poslovnoj praksi koja je u svim okolnostima nepoštena na temelju te odredbe. Takva poslovna praksa, koja se ne navodi u tom prilogu, može se eventualno proglasiti nepoštenom nakon što se u svakom slučaju zasebno ispitaju njezine značajke s obzirom na kriterije iz članaka 5. do 9. te direktive.

83. Ne dovodeći u pitanje prethodne napomene, koje se odnose na plaćanje dijela troškova promidžbene akcije organizirane u suradnji s medijskim društvom, ostajem pri zaključku iznesenom u točki 76. ovog mišljenja.

[40] Vidjeti točku 39. ovog mišljenja.

[41] Vidjeti po analogiji presudu od 15. prosinca 2016., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, t. 31.). U toj se presudi od Suda tražilo da pojasni treba li točku 14. Priloga I. Direktivi 2005/29 tumačiti na način da ta odredba omogućava da se poslovna praksa kvalificira kao „piramidalni sustav promidžbe", čak i u slučaju kada postoji samo neizravna veza između uloga koje su uplatili novi članovi takvog sustava i naknada koje su dobili članovi koji su već otprije u sustavu. Sud je u tom pogledu smatrao da financiranje naknade koju član koji je već otprije u sustavu može primiti može neizravno ovisiti o ulozima koje su uplatili novi sudionici u sustavu.

84. Osim toga, napominjem da, kako bi se utvrdilo postojanje poslovne prakse koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom i koja se navodi u točki 11. Priloga I. Direktivi 2005/29, uvijek valja provjeriti jesu li također ispunjeni uvjeti koji se zahtijevaju tom odredbom i koji se razlikuju od uvjeta plaćanja za promidžbu proizvoda. U okolnostima kao što su one o kojima je riječ u glavnom predmetu valja osobito provjeriti je li riječ o „uredničkom sadržaju" u smislu te odredbe, uzimajući u obzir da Sud u svojoj sudskoj praksi nije tumačio taj pojam, te proizlazi li jasno iz predmetnog članka da je riječ o uredničkom sadržaju za koji trgovac plaća dio troškova. Međutim, ti drugi uvjeti nisu predmet predhodnih pitanja upućenih sudu te se zato nisu ispitivali u ovom mišljenju.

## VI. Zaključak

85. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prvo prethodno pitanje koje je uputio Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

Točku 11. Priloga I. Direktivi 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi") treba tumačiti na način da je uredički sadržaj, kad ga se upotrebljava za promidžbu proizvoda, „platio" trgovac i ako je taj trgovac medijskom društvu dao pogodnost u robi, uslugama ili drugoj imovini.

Takva pogodnost u imovini treba predstavljati protučinidbu za korištenje uredničkog sadržaja radi promidžbe proizvoda, tako da treba postojati određena veza između te pogodnosti i te promidžbe.

Konkretno, takva veza postoji ako medijsko društvo pruža informacije u pogledu promidžbene akcije koju je organiziralo s trgovcem koji pak u svrhu te promidžbe stavlja tom medijskom društvu na raspolaganje prava uporabe slika na kojima su prikazane njegove trgovine, kao i proizvodi koje taj trgovac nudi na prodaju.