Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 24 czerwca 2021 r.[1]

Sprawa C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, reprezentowana przez Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B.V.
przeciwko
Peek & Cloppenburg KG, reprezentowanej przez Van Graaf Management GmbH

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Ochrona konsumentów – Nieuczciwe praktyki handlowe – Działanie reklamowe – Promocja sprzedaży produktów przedsiębiorcy z sektora medialnego i podmiotu prowadzącego przedsiębiorstwo handlowe

I. Wprowadzenie

1. Zgodnie z cytatem przypisywanym H.G. Wellsowi „reklama jest zalegalizowanym kłamstwem". Nie wdając się w dyskusję na temat zasadności tego twierdzenia: oczywiste jest, że zgodnie z prawem Unii reklama przedstawiona pod postacią treści publicystycznych, bez wyraźnego ujawnienia jej promocyjnego charakteru, nie została „zalegalizowana".

2. Zgodnie bowiem z pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29/CE[2] kryptoreklama stanowi praktykę handlową uznaną za nieuczciwą w każdych okolicznościach, bez konieczności oceny konkretnego przypadku w świetle przepisów art. 5–9 tej dyrektywy. Ponadto Trybunał orzekł, że wspomniana dyrektywa nakłada na przedsiębiorstwa będące reklamodawcami obowiązek wyraźnego wskazania, że zapłaciły one za treści publicystyczne w środkach masowego przekazu, jeżeli treść ta ma w założeniu promować produkt lub usługę tych przedsiębiorców[3].

3. Niniejsze odesłanie prejudycjalne stwarza Trybunałowi okazję doprecyzowania zakresu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29. Ściślej rzecz ujmując – do Trybunału zwrócono się o dokonanie wykładni słowa „zapłacił" użytego w tym przepisie dla określenia korzyści, jaką przedsiębiorstwo będące reklamodawcą przyznaje przedsiębiorcy z sektora medialnego.

[1] Język oryginału: francuski.

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz.U. 2005, L 149, s. 22).

[3] Wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 48).

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Artykuł 5 ust. 5 dyrektywy 2005/29 stanowi:

„Załącznik I zawiera wykaz praktyk handlowych, które uznaje się za nieuczciwe w każdych okolicznościach. Wykaz ten obowiązuje jednolicie we wszystkich państwach członkowskich i może zostać zmodyfikowany wyłącznie poprzez zmianę niniejszej dyrektywy".

5. Punkt 11 załącznika I do wspomnianej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„Wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta (kryptoreklama)" […].

B. Prawo niemieckie

6. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym (zwana dalej „UWG")[4], transponowała dyrektywę 2005/29. Paragraf 3 UWG, zatytułowany „Zakaz nieuczciwych praktyk handlowych", w ust. 1 i 3 przewiduje:

„1. Nieuczciwe praktyki handlowe są niedozwolone.

[…]

3. Praktyki handlowe stosowane wobec konsumentów wymienione w załączniku do niniejszej ustawy są w każdych okolicznościach zakazane […]".

7. Punkt 11 załącznika do wspomnianej ustawy, dotyczący § 3 ust. 3, jest sformułowany następująco:

„[W]ykorzystywanie treści publicystycznej w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków (kryptoreklama)".

III. Okoliczności faktyczne sporu w postępowaniu głównym

8. Peek & Cloppenburg KG, reprezentowana przez Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B.V. (zwana dalej „P&C Düsseldorf"), oraz Peek & Cloppenburg KG, reprezentowana przez Van Graaf Management GmbH (zwana dalej „P&C Hamburg"), są dwiema niezależnymi od siebie prawnie i ekonomicznie spółkami, które prowadzą działalność w zakresie sprzedaży detalicznej odzieży pod nazwą handlową „Peek & Cloppenburg" za pośrednictwem

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

różnych spółek zależnych. Prowadzą one działalność w różnych regionach Niemiec, a w każdym z tych regionów sklepy z odzieżą prowadzi tylko jedna ze stron. Strony prowadzą odrębną i niezależną reklamę swoich firm odzieżowych.

9. W marcu 2011 r. w dwustronicowym artykule opublikowanym w poświęconym modzie czasopiśmie *GRAZIA*, pod tytułem „Wydarzenie dla czytelników", zaproszono czytelniczki na „wyjątkową noc zakupów" pod hasłem „GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg".

10. Na tle zdjęć witryn sklepowych, gdzie nad wejściem do sklepu można było odczytać podświetlony napis „Peek & Cloppenburg", widniał tekst „Noc dla wszystkich GRAZIA-Girls: W wolnym czasie po pracy żegluj z nami w świątyni mody! Z winem musującym i osobistym stylistą. Jak zostać V.I.S. (Very important Shopper)? Zapisz się już teraz!". W artykule pojawiła się informacja, że istnieją dwa niezależne przedsiębiorstwa o nazwie Peek & Cloppenburg i że źródłem informacji jest „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf".

11. W skardze wniesionej do Landgericht Hamburg (sądu krajowego w Hamburgu, Niemcy) spółka P&C Hamburg podniosła, że taka praktyka handlowa jest sprzeczna z zakazem reklamy za pomocą treści publicystycznej zawartym w art. 3 ust. 3 UWG w związku z pkt 11 załącznika do tej ustawy. P&C Hamburg wniosła o zakazanie P&C Düsseldorf, jako konkurentowi, zamieszczania reklam, które nie są wyraźnie określone jako takie, o nakazanie jej ujawnienia określonych informacji oraz o wskazanie, że jest ona zobowiązana do naprawienia wyrządzonej szkody.

12. Sąd orzekający w pierwszej instancji uwzględnił skargę wniesioną przez P&C Hamburg. Środek odwoławczy wniesiony przez P&C Düsseldorf do sądu odwoławczego, Oberlandesgericht Hamburg (wyższego sądu krajowego w Hamburgu, Niemcy), został oddalony. W swojej rewizji spółka P&C Düsseldorf wnosi do sądu odsyłającego o oddalenie skargi wniesionej przez spółkę P&C Hamburg.

IV. Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

13. W następstwie rewizji wniesionej przez P&C Düsseldorf Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy), orzeczeniem z dnia 25 czerwca 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 sierpnia 2020 r., postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy za promocję produktu »zapłacono« w rozumieniu pkt 11 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE tylko wtedy, gdy świadczenie wzajemne za wykorzystywanie treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu jest spełniane w formie wynagrodzenia pieniężnego, czy też pojęcie »zapłaty« obejmuje każdą formę wynagrodzenia, niezależnie od tego, czy przyjmuje formę pieniądza, towaru lub usług czy innych przedmiotów o wartości majątkowej?

2) Czy pkt 11 zdanie pierwsze załącznika I do dyrektywy 2005/29 wymaga, aby podmiot prowadzący przedsiębiorstwo handlowe przyznawał przedsiębiorcy z sektora medialnego korzyść o wartości pieniężnej jako wynagrodzenie za wykorzystywanie treści publicystycznej, a jeśli tak, to czy należy przyjąć, że takie wynagrodzenie jest przyznawane również w takim wypadku, gdy przedsiębiorca z sektora mediów przedstawia relację prasową dotyczącą akcji reklamowej zorganizowanej wspólnie z przedsiębiorcą, w sytuacji gdy podmiot ten udostępnił przedsiębiorcy z sektora mediów prawa do materiału zdjęciowego dla celów

relacji, obaj przedsiębiorcy uczestniczyli w kosztach i wydatkach związanych z akcją reklamową, a akcja reklamowa ma na celu promocję sprzedaży produktów obu przedsiębiorców?”.

14. Uwagi na piśmie zostały przedłożone przez P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, rząd węgierski i Komisję Europejską. W tej sprawie rozprawa się nie odbyła.

V. Analiza

15. W uzasadnieniu będącym podstawą sformułowania jego dwóch pytań prejudycjalnych sąd odsyłający wyjaśnia, że pozytywne rozpatrzenie przez niego odwołania zależy od wykładni pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29. Stwierdza on, że art. 5 ust. 5 oraz pkt 11 załącznika I do tej dyrektywy zostały transponowane do prawa niemieckiego, odpowiednio, przez art. 3 ust. 3 UWG oraz pkt 11 załącznika do UWG, dotyczący § 3 ust. 3, w związku z czym wspomniane przepisy prawa niemieckiego należy interpretować zgodnie z tą dyrektywą.

16. Ze względu na szczególny kontekst prawny i faktyczny niniejszego odesłania prejudycjalnego warto moim zdaniem na wstępie, przed przystąpieniem do analizy pytań prejudycjalnych, przedstawić pewne spostrzeżenia dotyczące zakresu stosowania dyrektywy 2005/29.

17. W pierwszej kolejności zbadam w szczególności, czy praktyka będąca przedmiotem postępowania głównego stanowi praktykę handlową w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29 i podlega wobec tego przepisom tej dyrektywy, a następnie, w drugiej kolejności, czy okoliczność, że pytania prejudycjalne zostały postawione w ramach sporu między dwoma konkurentami, może wykluczać możliwość zastosowania tej dyrektywy.

A. Praktyka zakwestionowana w postępowaniu głównym jako praktyka handlowa

18. Odwołując się do wyjaśnień przedstawionych przez pozwaną, sąd odsyłający stwierdza, że praktyka zakwestionowana w postępowaniu głównym nie dotyczy wydarzeń zapowiedzianych i opisanych w rzeczonym artykule, lecz samego faktu opublikowania tego artykułu[5].

19. Sąd odsyłający stwierdza ponadto, że ocena sądu odwoławczego, zgodnie z którą sporna publikacja stanowi wspólną praktykę handlową P&C Düsseldorf i czasopisma *GRAZIA*, mającą na celu promowanie sprzedaży tych dwóch przedsiębiorstw, nie wydaje się obarczona błędem legislacyjnym. Postępowanie sądowe w odniesieniu do P&C Hamburg jest jednakże skierowane wyłącznie przeciwko P&C Düsseldorf.

20. Praktyka zakwestionowana w postępowaniu głównym, aby była objęta zakresem stosowania dyrektywy 2005/29, powinna stanowić praktykę handlową w rozumieniu art. 2 lit. d) tej dyrektywy.

[5] W uzasadnieniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający wskazuje, że „zakwestionowana akcja promocyjna polega wyłącznie na publikacji artykułu, a nie na przeprowadzeniu zapowiedzianych i opisanych w nim wydarzeń” oraz że „przedmiotem sporu jest przeprowadzona przez pozwaną ogólnokrajowa akcja promocyjna, która została opublikowana [przez P&C Düsseldorf] w czasopiśmie poświęconym modzie”. Jednakże w treści drugiego pytania prejudycjalnego, jak również w innych fragmentach uzasadnienia odesłania prejudycjalnego pojęcie „akcji promocyjnej” jest używane dla określenia wydarzeń w sklepach P&C Düsseldorf, które były przedmiotem artykułu opublikowanego w czasopiśmie *GRAZIA*. W celu uniknięcia wątpliwości stwierdzam, że praktyka zakwestionowana w postępowaniu głównym dotyczy publikacji tego artykułu, a pojęcie „akcji promocyjnej” będzie używane w niniejszej opinii w celu określenia wydarzeń w nim zapowiedzianych i opisanych.

21. Praktyka ta musi zatem z jednej strony stanowić działanie „przedsiębiorcy" w rozumieniu art. 2 lit. b) wspomnianej dyrektywy, co oznacza, że musi być wykonywane przez osobę, która „działa w celu związanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem", lub w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy[6]. Z drugiej strony wspomniana praktyka musi stanowić działanie, zaniechanie, sposób postępowania, oświadczenie lub komunikat handlowy „bezpośrednio związane z promocją, sprzedażą lub dostawą produktu do konsumentów"[7].

22. Jak wskazuje sąd odsyłający, odnosząc się do ustaleń sądu apelacyjnego, przedmiotowa praktyka została zastosowana przez P&C Düsseldorf[8] i wykorzystano ją do celów promocji sprzedaży tego podmiotu. Praktyka ta z jednej strony zastosowana została przez P&C Düsseldorf, a z drugiej strony wpisuje się w strategię handlową tego przedsiębiorstwa i jest bezpośrednio ukierunkowana na promocję i sprzedaż. Wspomniana praktyka oznacza zatem praktykę handlową w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29 i tym samym mieści się w jej zakresie przedmiotowym[9].

23. Stwierdzenia tego nie podważa ani fakt, że artykuł opublikowany w czasopiśmie *GRAZIA* dotyczył akcji promocyjnej zorganizowanej przez P&C Düsseldorf we współpracy z tym czasopismem, ani okoliczność, że celem tego artykułu było promowanie sprzedaży obu tych podmiotów.

24. Jak już Trybunał stwierdził w świetle definicji pojęcia „przedsiębiorcy" zawartej w art. 2 lit. b) dyrektywy 2005/29, dyrektywa ta może znaleźć zastosowanie w sytuacji, w której praktyki handlowe podmiotu są stosowane przez inne przedsiębiorstwo działające w imieniu lub na rzecz tego podmiotu, tak że w niektórych sytuacjach można powołać się na przepisy tej dyrektywy zarówno wobec tego podmiotu, jak i tego przedsiębiorstwa, jeżeli obydwa te podmioty odpowiadają definicji pojęcia „przedsiębiorcy"[10]. A fortiori, nie można wykluczyć, że jedna praktyka handlowa może być przypisana dwóm odrębnym podmiotom, gdy działają one we własnym imieniu i w imieniu podmiotu współpracującego. Taka praktyka handlowa mogłaby także być objęta zakresem stosowania dyrektywy 2005/29. Mając na uwadze powyższe – jak już zauważyłem w pkt 19 niniejszej opinii – skarga wniesiona przez P&C Hamburg skierowana jest wyłącznie przeciwko P&C Düsseldorf, w związku z czym kwestia możliwości powołania się na przepisy tej dyrektywy wobec czasopisma *GRAZIA* nie jest kwestią poruszaną w niniejszej sprawie[11].

25. Ponadto kwalifikacja prawna przedstawiona w pkt 22 niniejszej opinii odpowiada co do istoty kwalifikacji przyjętej przez sąd odsyłający. Sąd ten stwierdza bowiem, że zdaniem sądu odwoławczego publikacja artykułu stanowiła praktykę handlową w rozumieniu zarówno art. 2 ust. 1 pkt 1 UWG, jak i art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29. Potwierdza on ponadto, że ocena sądu

6 Zobacz wyrok z dnia 4 października 2018 r., Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, pkt 32). Artykuł 2 lit. b) dyrektywy 2005/29 określa przedsiębiorcę jako „każdą osobę fizyczną lub prawną, która w ramach praktyk handlowych objętych niniejszą dyrektywą działa w celu związanym z jej działalnością handlową, gospodarczą, rzemieślniczą lub wolnym zawodem, oraz każdą osobę działającą w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy".

7 Zobacz wyrok z dnia 4 października 2018 r., Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, pkt 42, 43).

8 Zobacz przypis 5 do niniejszej opinii, w szczególności wskazanie, zgodnie z którym „przedmiotem sporu jest przeprowadzona przez pozwaną ogólnokrajowa akcja promocyjna, która została opublikowana [przez P&C Düsseldorf] w czasopiśmie poświęconym modzie".

9 Zobacz podobnie wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 36).

10 Zobacz podobnie wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 38).

11 Wprawdzie pkt 39 wyroku z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), nie przesądzając o odpowiedzi, jakiej należy udzielić na takie pytanie, może sugerować, że publikacja artykułu nie może stanowić praktyki handlowej wydawcy prasowego, jednakże sprawa, w której zapadł ten wyrok, dotyczyła artykułów odnoszących się do wydarzeń zewnętrznych w odniesieniu do wydawcy prasowego, podczas gdy niniejsza sprawa dotyczy publikacji artykułu dotyczącego akcji promocyjnej zorganizowanej przez wydawcę prasowego we współpracy z P&C Düsseldorf.

apelacyjnego nie stanowi naruszenia prawa. Rozumiem to stwierdzenie w ten sposób, że odnosi się ono również do kwalifikacji prawnej publikacji artykułu w odniesieniu do tego przepisu prawa Unii.

26. W tym kontekście sąd odsyłający zwraca uwagę na pewien niuans, który charakteryzuje pojęcie „praktyk handlowych" w rozumieniu prawa niemieckiego. Wyjaśnia on, że pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 1 UWG jako każde działanie osoby na rzecz własnego przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstwa będącego podmiotem trzecim, przed rozpoczęciem działań handlowych, w trakcie tych działań lub po ich rozpoczęciu, obiektywnie związane z promocją sprzedaży lub dostawy produktów lub usług. Zdaniem sądu odsyłającego pojęcie „praktyk handlowych" stosowane w prawie niemieckim ma szerszy zakres niż pojęcie użyte w art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29, ponieważ obejmuje ono również działania osób trzecich mające na celu promowanie sprzedaży lub zakupów dokonywanych przez podwykonawcę niedziałającego na rzecz lub w imieniu przedsiębiorcy. Sąd odsyłający uważa jednak, że dyrektywa 2005/29 nie stoi na przeszkodzie temu, by pojęcie „praktyk handlowych" zostało szerzej zdefiniowane w prawie krajowym, ponieważ dyrektywa ta reguluje jedynie „częściowy aspekt" prawa nieuczciwej konkurencji.

27. Niemniej jednak do Trybunału nie zwrócono się o wyjaśnienie kwestii, czy art. 2 ust. 1 pkt 1 UWG stanowi prawidłową transpozycję art. 2 lit. d) dyrektywy 2005/29. W celu udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne nie jest już konieczne ustalenie, w jakim zakresie definicja prawa niemieckiego ma szerszy zakres niż definicja przyjęta w prawie Unii. Ważne jest jedynie ustalenie, czy praktyka zakwestionowana w postępowaniu głównym stanowi praktykę handlową P&C Düsseldorf w rozumieniu tej dyrektywy, co – jak już wskazałem [12] – ma miejsce.

B. W przedmiocie zakwestionowania praktyki handlowej w ramach sporu między dwoma konkurentami

28. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika ze sporu, w ramach którego P&C Hamburg występuje z żądaniem zakazania spółce P&C Düsseldorf, jako jej konkurentowi, publikowania reklam, które nie są łatwe do zidentyfikowania jako takie, zobowiązania jej do dostarczenia określonych informacji oraz zasądzenia odszkodowania za wyrządzoną szkodę. W ramach tego sporu sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy publikacja spornego artykułu stanowi praktykę handlową, o której mowa w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, i czy w związku z tym należy ją uznać za nieuczciwą w każdych okolicznościach.

29. W istocie istnienie praktyki handlowej w rozumieniu dyrektywy 2005/29 może zostać stwierdzone jedynie wówczas, gdy dotyczy ona z jednej strony przedsiębiorcy, z drugiej zaś konsumenta [13].

30. Jednakże okoliczność, że spór w postępowaniu głównym toczy się między dwoma przedsiębiorcami, którzy wydają się być konkurentami, nie oznacza automatycznie, że przepisy krajowe transponujące dyrektywę 2005/29 nie mają zastosowania w niniejszej sprawie.

[12] Zobacz pkt 22 niniejszej opinii.

[13] Zobacz moja opinia w sprawie Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, pkt 40).

31. Jak wskazał Trybunał, przepisy krajowe, które pod groźbą sankcji zabraniają podejmowania praktyki handlowej w interesie konsumentów, wchodzą bowiem w zakres stosowania dyrektywy 2005/29[14]. Interesy konsumentów mogą być chronione w drodze sporów między konkurentami, które w tym przypadku przybierają formę *egzekwowania na drodze prywatnoprawnej* przewidzianego w art. 11 ust. 1 tej dyrektywy prawa ochrony konsumentów. Przepis ten stanowi, że państwa członkowskie zapewniają odpowiednie i skuteczne środki zwalczania nieuczciwych praktyk Środki te mogą obejmować przepisy prawne, na mocy których konkurenci mogą wszcząć postępowanie przeciwko takim praktykom.

32. Okoliczność, że konkurent ma własny interes w takim działaniu, nie może wykluczać możliwości zastosowania dyrektywy 2005/29.

33. Dyrektywa 2005/29 została bowiem przyjęta w oparciu o art. 114 TFUE i – jak stwierdzono w art. 1 – jednym z jej celów jest przyczynienie się do właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego[15]. W tym kontekście motywy 6 i 8 tej dyrektywy stanowią, że chroni ona bezpośrednio interesy gospodarcze konsumentów przed nieuczciwymi praktykami handlowymi przedsiębiorstw, a zatem chroni również pośrednio interesy gospodarcze konkurentów działających zgodnie z prawem[16]. Jak już Trybunał stwierdził, odwołując się do motywu 6 tej dyrektywy, z zakresu stosowania dyrektywy wyłączone są jedynie przepisy krajowe dotyczące nieuczciwych praktyk handlowych, które naruszają „wyłącznie" interesy ekonomiczne konkurentów lub dotyczą transakcji między przedsiębiorcami[17].

C. Uwagi w przedmiocie przedmiotu i zakres pytań prejudycjalnych

34. Poprzez swoje dwa pytania prejudycjalne sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w okolicznościach postępowania głównego, a konkretniej w odniesieniu do korzyści przyznanych przez P&C Düsseldorf na rzecz przedsiębiorcy z sektora medialnego, czyli wydawcy czasopisma *GRAZIA*, sporna praktyka handlowa stanowi w każdych okolicznościach nieuczciwą praktykę handlową w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29. Podczas gdy przepis ten określa szereg przesłanek pozwalających stwierdzić istnienie praktyki handlowej uznanej za nieuczciwą w każdych okolicznościach, niniejsze dwa pytania prejudycjalne dotyczą jedynie przesłanki związanej z finansowaniem promocji produktu.

35. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wykładni pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, że w sytuacji gdy treści publicystyczne są wykorzystywane w celu promocji produktu, dany przedsiębiorca „zapłacił" za

[14] Zobacz wyrok z dnia 17 stycznia 2013 r., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, pkt 33).

[15] Zobacz podobnie moja opinia w sprawie Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, pkt 32). Co się tyczy związku między prawidłowym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego a odmiennymi formami *egzekwowania na drodze prywatnoprawnej* prawa Unii, zobacz analogicznie wyrok z dnia 17 września 2002 r., Muñoz i Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, pkt 29–32).

[16] Zobacz również w tym zakresie wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 40), w którym Trybunał stwierdził, że założeniem dyrektywy 2005/29 jest ochrona konsumentów produktów i usług tych przedsiębiorstw, a także ich konkurentów działających zgodnie z prawem.

[17] Zobacz wyroki: z dnia 14 stycznia 2010 r., Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 pkt 39); z dnia 17 stycznia 2013 r., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, pkt 30).

nią nie tylko wtedy, gdy przedsiębiorcy z sektora medialnego została przyznana korzyść pieniężna z tytułu promocji, ale również wtedy, gdy przyznano mu korzyść w postaci towarów, usług lub innych przedmiotów wartościowych [18].

36. Drugie pytanie prejudycjalne składa się z dwóch części. W pierwszej części tego pytania, na którą należy odpowiedzieć jedynie w wypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 taka korzyść majątkowa stanowi świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu.

37. Choć użycie w sformułowaniu pierwszego pytania pojęcia „świadczenia wzajemnego" przyznanego „za wykorzystanie treści publicystycznych" może prowadzić do przekonania, że pytanie to pokrywa się z pierwszą częścią drugiego pytania, to tak jednak nie jest. Podczas gdy pytanie pierwsze dotyczy kwestii, czy finansowanie może przybrać formę inną niż pieniężna, pierwsza część pytania drugiego dotyczy kwestii, czy takie finansowanie musi stanowić, jak wyjaśnia sąd odsyłający w uzasadnieniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, mające wartość pieniężną świadczenie spełnione w zamian, „w rozumieniu stosunku synalagmatycznego".

38. Pytanie to nawiązuje do argumentacji przedstawionej przez spółkę P&C Düsseldorf w skardze rewizyjnej, zgodnie z którą aby można było stwierdzić istnienie praktyki handlowej uznawanej za nieuczciwą w każdych okolicznościach, korzyść przyznana przez przedsiębiorcę musi wykazywać związek z treścią publicystyczną, tak aby można było uznać, że poprzez to finansowanie przedsiębiorca „zapłacił" za tę reklamę. Zdaniem P&C Düsseldorf wniosku tego nie można jednak wyciągnąć z faktu, że przedsiębiorca partycypuje w kosztach akcji promocyjnej organizowanej wspólnie z przedsiębiorcą z sektora medialnego, która przynosi korzyści obu podmiotom. W takim wypadku wspólne finansowane obejmuje tylko wspólnie zorganizowane wydarzenie, natomiast przedsiębiorca z sektora medialnego ogłasza akcję promocyjną zamieszczoną w artykule wyłącznie we własnym interesie.

39. Sąd odsyłający stwierdza w tym względzie, że istnienie związku, na który powołuje się P&C Düsseldorf, można wykazać na podstawie samej okoliczności, iż akcja promocyjna i artykuł mogą być postrzegane jako elementy tej samej akcji promocyjnej, która może być oceniana i kwalifikowana jedynie jako całość. Takie rozwiązanie nie jest jednak w ocenie sądu odsyłającego jedynym możliwym do przyjęcia. W świetle tego stwierdzenia sąd odsyłający wskazuje, że zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego P&C Düsseldorf udostępniła przedsiębiorcy z sektora medialnego między innymi prawa do wykorzystywania zdjęć użytych w tym artykule. Zdaniem sądu odsyłającego przynajmniej niektóre z usług o wartości majątkowej przyznane przez P&C Düsseldorf wydają się zatem mieć konkretny związek z publikacją tego artykułu.

40. Jak zatem wynika z brzmienia pytania drugiego, część druga pytania powstaje tylko wtedy, gdy na pierwszą część zostanie udzielona odpowiedź twierdząca. Poprzez drugą część pytania drugiego sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy za wykorzystanie treści publicystycznych „zapłacono" w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, jeśli przedsiębiorca

[18] Pragnę zauważyć, że sąd odsyłający nie zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie, czy finansowanie może przybrać formę korzyści niemajątkowej. Dla pełności wywodu wystarczy zauważyć, że w doktrynie przewiduje się odpowiedź twierdzącą na to pytanie. Zobacz M. Namysłowska, K. Sztobryn, „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych", *Państwo i Prawo*, 2008, nr 11, s. 61.

udostępnił prawa do wizerunku przedsiębiorcy z sektora medialnego i jeśli oba podmioty partycypowały w kosztach i wydatkach akcji promocyjnej mającej na celu wspieranie sprzedaży ich produktów.

41. Ze względu na wspólny cel tych dwóch pytań oraz fakt, że są one ze sobą nierozerwalnie powiązane, uważam, że należy je analizować łącznie i wymagają one udzielenia jednej odpowiedzi.

42. W związku z tym w pierwszej kolejności należy ustalić, czy wykładni pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku gdy treści publicystyczne są wykorzystywane w celu promocji produktu, dany przedsiębiorca „zapłacił" za nią nie tylko wtedy, gdy przedsiębiorcy z sektora medialnego została przyznana korzyść pieniężna z tytułu promocji, ale również wtedy, gdy przyznano mu korzyść w postaci towarów, usług lub innych przedmiotów wartościowych (sekcja D).

43. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na to pytanie należy następnie zbadać, czy w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 taka mająca wartość majątkową korzyść stanowi świadczenie spełniane w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu, tak że istnieje związek między tym świadczeniem a rzeczoną promocją. W takim przypadku należy sprawdzić, czy w sytuacji gdy przedsiębiorca z sektora medialnego dostarcza informacji o akcji promocyjnej organizowanej wspólnie z danym przedsiębiorcą, udostępnienie przedsiębiorcy z sektora medialnego praw do wykorzystywania wizerunków lub udział w kosztach i wydatkach tej akcji promocyjnej (sekcja E) stanowi takie świadczenie.

D. Finansowanie jako korzyść mająca wartość majątkową

1. Wykładnia językowa

44. Jak wynika z motywu 5 dyrektywy 2005/29, prawodawca Unii uznał, że przeszkody w transgranicznym swobodnym przepływie usług i towarów oraz w swobodzie przedsiębiorczości mogłyby zostać usunięte jedynie poprzez przyjęcie jednolitych przepisów i wyjaśnienie pewnych pojęć prawnych. Wnioskuję z tego, że dla prawodawcy Unii pojęcia użyte w tej dyrektywie stanowią zasadniczo autonomiczne pojęcia prawa Unii.

45. W zależności od różnych wersji językowych dyrektywy 2005/29 i użytych terminów pkt 11 załącznika I do tej dyrektywy może być rozumiany w ten sposób, że finansowanie musi przybrać formę korzyści pieniężnej [19] lub – zgodnie z użytymi w innych wersjach językowych terminami o szerszym zakresie znaczeniowym – że takie finansowanie może przybrać dowolną formę korzyści mającej wartości majątkową [20].

[19] Można przytoczyć wersje w językach hiszpańskim („pagando"), czeskim („zaplatil"), duńskim („betalt"), niemieckim („bezahlt"), estońskim („maksnud"), angielskim („paid for"), łotewskim („ir samaksājis"), litewskim („sumokėjo"), niderlandzkim („betaald"), polskim („zapłacił"), rumuńskim („a plătit"), słowackim („zaplatil"), słoweńskim („plačal"), fińskim („maksanut") i szwedzkim („betalat"), które używają różnych form gramatycznych czasownika „płacić".

[20] Chodzi tu przede wszystkim o włoską wersję językową („costi […] sostenuti"), która w wolnym tłumaczeniu oznacza „pokrycie kosztów promocji". W tym duchu brzmienie wersji językowych francuskiej („financer"), węgierskiej („fizetett") i portugalskiej („finansuar") nie wydaje się wykluczać form korzyści o wartości majątkowej innej niż pieniądze.

46. Ze względu na tę różnorodność nie jest możliwe sformułowanie jednoznacznego wniosku co do charakteru korzyści, która może stanowić finansowanie w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału należy zatem odwołać się do metod wykładni innych niż wykładnia językowa [21].

2. Wykładnia systemowa

47. Przepisy dyrektywy 2005/29 są zasadniczo skonstruowane z punktu widzenia konsumenta jako adresata i ofiary nieuczciwych praktyk handlowych [22]. W tak ukształtowanym systemie praktyka handlowa opisana w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 jest kwalifikowana jako „praktyka handlowa uznana za nieuczciwą w każdych okolicznościach" oraz, jak wynika z nagłówków użytych w tym załączniku, jako „nierzetelna praktyka handlowa".

48. Dychotomia między praktykami handlowymi, które są uznawane za nieuczciwe w każdych okolicznościach, a tymi, które mogą być uznane za nieuczciwe jedynie w wyniku indywidualnej oceny zgodnie z przepisami art. 5–9 dyrektywy 2005/29, opiera się na założeniu, że jedynie praktyki handlowe najbardziej szkodliwe dla konsumentów są przedmiotem bezwzględnego zakazu [23].

49. Z punktu widzenia konsumenta nie ma znaczenia, czy finansowanie korzystania z treści publicystycznych przybiera formę korzyści pieniężnej, czy też nie. Praktykę handlową opisaną w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 uważa się za nieuczciwą w każdych okolicznościach z powodu wprowadzenia w błąd, które może ona spowodować. W tym celu, jak wskazał wcześniej Trybunał „dyrektywa 2005/29, a w szczególności pkt 11 załącznika I do niej, [skutecznie] nakłada na przedsiębiorstwa będące reklamodawcami obowiązek wyraźnego wskazania, że zapłaciły one za treści publicystyczne w środkach masowego przekazu, jeżeli treść ta ma w założeniu promować produkt lub usługę tych przedsiębiorców" [24].

50. Wykładnia systemowa dyrektywy 2005/29 potwierdza zatem pogląd, że forma finansowania, czy jest to korzyść mająca formę pieniężną, czy też inna korzyść majątkowa, nie ma znaczenia.

[21] W wyroku 4finance Trybunał potwierdził wynik wykładni językowej pkt 14 załącznika I do dyrektywy 2005/29 wykładnią teleologiczną, przypominając jednocześnie, że konieczność jednolitego stosowania i wykładni aktu prawa Unii stoi na przeszkodzie temu, by był on rozpatrywany w oderwaniu od jednej z jego wersji językowych, lecz wymaga, aby był on interpretowany zarówno w świetle rzeczywistej intencji jego autora, jak i zmierzonego przez niego celu, w szczególności w świetle wersji ustalonych we wszystkich językach (wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., C-515/12, EU:C:2014:211, pkt 19, 20, 24). Również w kontekście tej dyrektywy Trybunał stwierdził w wyroku w sprawie Trento Sviluppo i Centrale Adriatica, że w przypadku różnicy między poszczególnymi wersjami językowymi dany przepis powinien być interpretowany z uwzględnieniem ogólnej systematyki i celu uregulowania, którego stanowi część (wyrok z dnia 19 grudnia 2013 r., C-281/12, EU:C:2013:859, pkt 26). Ponadto w wyroku Purely Creative i in. Trybunał udzielił odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące pkt 31 załącznika I do dyrektywy 2005/29, odwołując się do wykładni językowej (pkt 25 i 26), historycznej (pkt 28), systemowej (pkt 35 i 42) i teleologicznej (pkt 43) tego przepisu (wyrok z dnia 18 października 2012 r., C-428/11, EU:C:2012:651, zwany dalej „wyrokiem Purely Creative i in."). Podążając tym torem, w wyroku Wind Tre i Vodafone Italia w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne dotyczące pkt 21 załącznika I do tej dyrektywy Trybunał odniósł się do jego wykładni językowej (pkt 43), systemowej (pkt 45) i teleologicznej (pkt 54) (wyrok z dnia 13 września 2018 r., C-54/17 i C-55/17, EU:C:2018:710). Prawdą jest, że w tych dwóch ostatnich wyrokach Trybunał nie wspomniał o istnieniu różnic między wersjami językowymi tej dyrektywy. Przyjęte w tych orzeczeniach podejście metodologiczne potwierdza jednak, że wynik wykładni językowej nie może przesłonić wyników innych metod interpretacji.

[22] Zobacz wyrok z dnia 16 kwietnia 2015 r., UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, pkt 52).

[23] Zobacz wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, pkt 32). W trakcie prac przygotowawczych Komisja wskazała, że załącznik I do dyrektywy 2005/29 zawiera praktyki handlowe, które zawsze w znacznym stopniu wpływają na decyzje konsumentów. Zobacz propozycja dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywy 84/450/EWG, 97/7/WE oraz 98/27/WE (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) z dnia 18 czerwca 2003 r. [COM(2003) 356 wersja ostateczna, s. 10].

[24] Wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 48).

3. Wykładnia celowościowa

51. Powołując się na pkt 46 i 47 wyroku Purely Creative i in., spółka P&C Düsseldorf wskazuje, że Trybunał orzekł, iż cel dyrektywy 2005/29 nie zostałby osiągnięty, gdyby w ramach stosowania przepisów załącznika I do tej dyrektywy wykładnia poszczególnych przypadków prowadziła do uwzględnienia warunków wiążących się z trudną oceną poszczególnych przypadków.

52. Moim zdaniem twierdzenie to nie znajduje oparcia w teleologicznej wykładni dyrektywy 2005/29 i wynika z wybiórczej analizy tego wyroku.

53. W sprawie zakończonej wyrokiem Purely Creative i in. do Trybunału zwrócono się o dokonanie wykładni pkt 31 załącznika I do dyrektywy 2005/29 w celu wyjaśnienia, czy zgodnie z treścią tego przepisu praktyka handlowa uznana zostaje za nieuczciwą w każdych okolicznościach, gdy na konsumenta, którego informuje się o wygraniu nagrody, nakłada się jakiekolwiek, nawet nieistotne koszty.

54. W pierwszej kolejności Trybunał stwierdził, na podstawie wykładni językowej i systemowej pkt 31 tego załącznika, że zakaz nakładania na konsumenta kosztów ma charakter bezwzględny [25]. Następnie, w celu potwierdzenia wyniku wykładni językowej tego przepisu, Trybunał odwołał się do wykładni celowościowej [26]. W tym kontekście Trybunał przypomniał, że jak wskazano w motywie 17 dyrektywy 2005/29, pewność prawa ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego i to z tego powodu ustawodawca opisał w załączniku I do dyrektywy praktyki handlowe uznawane w każdych okolicznościach za nieuczciwe [27].

55. Trybunał uznał następnie, że cel ten nie zostałby osiągnięty, gdyby przyjąć wykładnię pkt 31 załącznika I do dyrektywy 2005/29 z jednej strony jako przewidującego warunek, by konsument został wprowadzony w błąd niezależnie od spełnienia przesłanek wskazanych w jego drugiej części, a z drugiej strony jako uprawniającego do nałożenia na konsumentów „koszty nieistotne" w stosunku do wartości nagrody [28]. Stwierdził również, na co powołuje się P&C Düsseldorf, że inna interpretacja wymagałaby dokonywania trudnych ocen w poszczególnych przypadkach, czego uniknięcie ma właśnie na celu włączenie tej praktyki do załącznika I.

56. Po pierwsze, należy zauważyć, że Trybunał zastosował wykładnię teleologiczną wyłącznie w celu potwierdzenia wykładni językowej pkt 31 załącznika I do dyrektywy 2005/29, która, inaczej niż w niniejszej sprawie, umożliwiła sformułowanie jednoznacznego wniosku.

57. Po drugie, to odwołanie się do wykładni celowościowej umożliwiło wykluczenie istnienia w opisie praktyki handlowej zawartej w załączniku I elementu odrębnego od okoliczności wyraźnie przewidzianych w tym przepisie. Ponadto zawsze należy ustalić, czy w danym wypadku zachodzą okoliczności odpowiadające opisowi praktyki handlowej objętej załącznikiem I. Trybunał bowiem orzekł, że w stosowaniu tego załącznika istotne jest uznanie niektórych świadczeń za „znaczące" lub „główne" i uwzględnienie niektórych okoliczności związanych w sposób pośredni z innymi świadczeniami [29].

[25] Wyrok Purely Creative i in., pkt 30, 36.

[26] Wyrok Purely Creative i in., pkt 43.

[27] Wyrok Purely Creative i in., pkt 46.

[28] Wyrok Purely Creative i in., pkt 46, 47).

[29] Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, pkt 30). Zobacz również podobnie wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, pkt 33).

58. Po trzecie, należy stwierdzić, że wynik rozumowania przeprowadzonego przez Trybunał jest odwrotny od tego, do którego dąży P&C Düsseldorf. Trybunał odniósł się do wykładni teleologicznej, aby nie zawężać pojęcia „praktyki handlowej uznanej za nieuczciwą w każdych okolicznościach", podczas gdy P&C Düsseldorf próbuje usunąć z tej definicji każdą formę finansowania inną niż pieniężna.

59. Po czwarte, uważam, że rozumowanie Trybunału jest w pełni zgodne z drugim celem dyrektywy 2005/29, o którym mowa również w wyroku Purely Creative i in.[30], a mianowicie zapewnieniem wysokiego poziomu ochrony konsumentów.

60. Po piąte, ograniczenie definicji pojęcia „praktyk handlowych" zawartego w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 do korzyści pieniężnej groziłoby pozbawieniem tego przepisu skuteczności, w zakresie, w jakim takie ograniczenie pozwalałoby na łatwe obejście zakazu kryptoreklamy[31]. W tym względzie, jak zauważa P&C Hamburg, rozróżnienie między korzyściami pieniężnymi a innymi korzyściami o wartości pieniężnej nie byłoby w żaden sposób dostosowane do realiów praktyki dziennikarskiej.

61. Cele dyrektywy 2005/29 potwierdzają zatem wykładnię, zgodnie z którą nie ma znaczenia, czy finansowanie w rozumieniu pkt 11 załącznika I do tej dyrektywy przybiera formę korzyści pieniężnej, czy innej korzyści mającej wartość majątkową.

4. Wykładnia historyczna

62. W trakcie prac przygotowawczych Parlament zaproponował w poprawce nr 72[32] opis praktyki handlowej, o której mowa w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 w następujący sposób: „Reklamy, ogłoszenia lub promocje, zwane czasami »kryptoreklamami«, *które są rozpowszechniane za pomocą płatności lub innych wzajemnych ustaleń*, muszą być zgodne z przepisami dyrektywy, jeżeli to podmioty rynkowe, a nie wydawcy, kontrolują ich treść. Przedsiębiorcy i wydawcy deklarują, że reklamy są reklamami, na przykład nazywając je »ofertami reklamowymi«"[33].

63. Rada Unii Europejskiej sprzeciwiła się tej poprawce, wskazując, że „nie mogła być [ona] przyjęta, ponieważ nie określała praktyki, która jest nieuczciwa we wszystkich okolicznościach, co stanowi kryterium włączenia do załącznika"[34]. Komisja ze swej strony nie przyjęła przedmiotowej poprawki, a pkt 11 załącznik I do dyrektywy 2005/29 nie został zasadniczo

30 Wyrok Purely Creative i in., pkt 48, 49.

31 Zobacz analogicznie, w odniesieniu do pkt 14 tego załącznika, wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, pkt 31).

32 Sprawozdanie z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywy 84/450/EWG, 97/7/WE i 98/27/WE (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) [(COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)] [A5-0188/2004 wersja ostateczna].

33 Podkreślenie moje.

34 Wspólne stanowisko (WE) nr 6/2005 z dnia 15 listopada 2004 r. przyjęte przez Radę stanowiącą zgodnie z procedurą określoną w art. 251 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w celu przyjęcia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) (Dz.U. 2005, C 38 E, s. 1, na s. 20).

zmieniony w trakcie prac przygotowawczych [35]. Okoliczności te nie mogą być jednak rozumiane w ten sposób, że prawodawca Unii sprzeciwił się wykładni, zgodnie z którą rozpowszechnianie kryptoreklamy odbywa się nie tylko za uiszczeniem płatności, lecz również w drodze innych wzajemnych ustaleń.

64. Z jednej strony, w odniesieniu do sprzeciwu Rady, poprawkę nr 72 można rzeczywiście odczytywać w tym sensie, że dotyczyła ona nie opisu praktyki handlowej uznawanej za nieuczciwą w każdych okolicznościach, lecz raczej instrukcji pozwalającej uniknąć uznania treści publicystycznych za taką praktykę („muszą przestrzegać przepisów dyrektywy […]. Przedsiębiorcy i wydawcy oświadczają, że oferty reklamowe są reklamami"). Nie jest zatem niczym zaskakującym, że poprawka ta nie została przyjęta przez Komisję w formie zaproponowanej przez Parlament.

65. Z drugiej strony w poprawce nr 72 doprecyzowano korzyść, która ma być przyznana przez przedsiębiorcę („rozpowszechniane za uiszczeniem płatności lub innych wzajemnych ustaleń"). Jednakże Parlament uzasadnił tę poprawkę, powołując się na cel zapobieżenia zbyt szerokiej interpretacji terminu „kryptoreklama", który mógłby być rozumiany jako („nieumyślnie") obejmujący część publicystyczną. Rozumiem, że jeśli chodzi o Parlament, to dodanie fragmentu stwierdzającego, że kryptoreklama charakteryzuje się tym, że „to podmioty rynkowe, a nie wydawcy kontrolują [treść publikacji]" stanowiło zmianę opisu pierwotnie zaproponowanego przez Komisję. Można także założyć, że Parlament uznał, iż już z pierwotnie zaproponowanego opisu wynikało, że świadczenie przyznane przez przedsiębiorcę niekoniecznie musi mieć formę płatności. To rozumienie poprawki nr 72 wydaje się potwierdzone uwagą Komisji, zgodnie z którą poprawki, które nie zostały przyjęte, w tym poprawka nr 72, mogły zostać przyjęte przez Komisję przynajmniej w części [36].

66. Wykładnia, zgodnie z którą każda korzyść mająca wartość majątkową może stanowić finansowanie w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, nie jest zatem podważana przez wnioski płynące z prac przygotowawczych dotyczących tej dyrektywy.

5. Wniosek częściowy

67. Mając na uwadze fakt, że wykładnia językowa pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 nie pozwala na wyciągnięcie zadowalających wniosków, a także biorąc pod uwagę jednoznaczne wnioski wynikające z wykładni systemowej i teleologicznej, które nie są sprzeczne z wnioskami wynikającymi z wykładni historycznej, jestem zdania, iż wykładni tego przepisu należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku gdy treść publicystyczna jest wykorzystywana w celu promocji produktu, dany przedsiębiorca „zapłacił" za nią, gdy przedsiębiorcy z sektora medialnego została przysporzona przez tego pierwszego przedsiębiorcę korzyść w postaci towarów, usług lub innych przedmiotów mających wartość majątkową.

68. Pytanie, do którego się teraz odniosę, dotyczy kwestii tego, czy w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 taka korzyść mająca wartość majątkową stanowi świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu, a jeśli tak, to czy takie świadczenie zostało przyznane w okolicznościach postępowania głównego.

[35] Zgodnie z pierwotnym wnioskiem Komisji opis tej praktyki został sformułowany w następujący sposób: „Wykorzystywanie treści publicystycznej w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści (kryptoreklama)". Zobacz wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywy 84/450/EWG, 97/7/WE i 98/27/WE (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) [COM(2003) 356 wersja ostateczna].

[36] Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego z dnia 16 listopada 2004 r., COM(2004) 753 wersja ostateczna, s. 6.

E. Finansowanie jako świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych

69. Użycie terminu „zapłacił” oraz terminów występujących w innych wersjach językowych pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 sugeruje, że za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu należy zapewnić korzyść mającą wartość majątkową i że w związku z tym musi istnieć wyraźny związek między taką korzyścią a promocją produktu.

70. W tym względzie warto zauważyć, że istnieje a priori pewien niuans, który odróżnia opis zawarty w tym przepisie prawa Unii od opisu zawartego w prawie niemieckim. Zgodnie bowiem z pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 praktyka handlowa określana jako „kryptoreklama” polega na wykorzystaniu treści publicystycznych w celu promocji produktu, jeżeli *promocja ta została opłacona przez przedsiębiorcę*, natomiast zgodnie z pkt 11 załącznika do UWG jest to wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu, za którą przedsiębiorca zapłacił. W wyroku w sprawie RLvS [37] Trybunał dokonał już wykładni pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, stwierdzając, że przepis ten nakłada na przedsiębiorstwa będące reklamodawcami obowiązek wyraźnego wskazania, *że zapłaciły one za treści publicystyczne*. Wyrok ten potwierdza zatem interpretację pojęcia „zapłacił”, którą właśnie przedstawiłem.

71. Z tych samych powodów, które zostały przedstawione w ramach analizy pytania pierwszego [38], można by argumentować, że wykładnia historyczna również przemawia za taką interpretacją. Celem zaproponowanej przez Parlament poprawki nr 72 było bowiem wyjaśnienie, w odniesieniu do kryptoreklamy, że obejmuje ona oferty w formie reklam, ogłoszeń i promocji, które *są rozpowszechniane za uiszczeniem płatności lub innych wzajemnych ustaleń*. Jak już wyjaśniłem, odrzucenie tej poprawki nie wydaje się spowodowane dodaniem tego szczegółu.

72. W świetle powyższego należy stwierdzić, że korzyść mająca wartość majątkową w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, jakiej dany przedsiębiorca przysporzył przedsiębiorcy z sektora medialnego, stanowi świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych do promocji produktu, tak że istnieje konkretny związek między taką korzyścią a wspomnianą promocją produktu.

73. W tym kontekście uważam, że przyznanie praw do wykorzystywania zdjęć, do którego sąd odsyłający odnosi się w drugiej części pytania drugiego, stanowi świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznej w celu promocji produktu.

74. Po pierwsze, istnieje wyraźny i bezpośredni związek między korzyścią przyznaną przez P&C Düsseldorf a promocją zrealizowaną za pośrednictwem tych treści publicystycznych, w zakresie, w jakim prawa do wykorzystywania zdjęć zostały udostępnione przedsiębiorcy z sektora medialnego w celu informowania o akcji promocyjnej organizowanej również przez tego przedsiębiorcę oraz w jakim zdjęcia wykorzystane w tych treściach przedstawiały ujęcia sklepów P&C Düsseldorf, jak również produktów oferowanych do sprzedaży przez tego przedsiębiorcę.

[37] Wyrok z dnia 17 października 2013 r., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, pkt 48).

[38] Zobacz pkt 64 i 65 niniejszej opinii.

75. Po drugie, w pkt 11 załącznika I dyrektywy 2005/29 nie przewidziano żadnej minimalnej kwoty, jaką musi obejmować korzyść mająca wartość majątkową, aby można ją było uznać za zapłacenie w rozumieniu tego przepisu [39]. W związku z tym nie ma znaczenia okoliczność, że przedsiębiorca z sektora medialnego sam ponosi część kosztów i wydatków związanych z publikacją. Publikacja treści publicystycznych zawsze wiąże się z takimi kosztami i opłatami ponoszonymi przez przedsiębiorcę z sektora medialnego. A fortiori, skoro pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 nie przewiduje żadnej kwoty minimalnej w odniesieniu do korzyści mającej wartość majątkową przyznaną przez przedsiębiorcę, to nie musi istnieć żadna równoważność między tą korzyścią a kosztami i opłatami poniesionymi przez przedsiębiorcę z sektora medialnego.

76. Rozważania przedstawione w pkt 72 niniejszej opinii mogą zatem oznaczać zakończenie analizy drugiego pytania i stanowić właściwą odpowiedź dla sądu odsyłającego. Rozważania te prowadzą do wniosku, że wykładni pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy dokonywać w ten sposób, iż korzyść mająca wartość majątkową musi stanowić świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych do promocji produktu, tak aby istniał konkretny związek między tą korzyścią a tą promocją. W szczególności taki związek istnieje, gdy przedsiębiorca z sektora medialnego informuje o wspólnej akcji promocyjnej z danym przedsiębiorcą, który z kolei w celu przeprowadzenia tej promocji udostępnia owemu przedsiębiorcy z sektora medialnego prawa do wykorzystywania zdjęć przedstawiających ujęcia jego sklepów i produktów oferowanych przez siebie do sprzedaży.

77. Dla uzupełnienia można postawić jednak jeszcze pytanie, czy finalny związek między korzyścią mającą wartość majątkową a wykorzystaniem treści publicystycznych do promocji produktu może być również pośredni, a jeśli tak, to czy taki finalny pośredni związek istnieje w niniejszym przypadku między udziałem w kosztach i wydatkach związanych z akcją promocyjną zorganizowaną we współpracy z przedsiębiorcą z sektora medialnego a publikacją spornego artykułu. Organizacja we współpracy takiej operacji promocyjnej, rozpatrywana odrębnie, nie ma bezpośredniego związku z tą publikacją. Wydaje się, że właśnie brak takiego bezpośredniego związku skłonił sąd odsyłający do uznania, że akcja promocyjna i rzeczony artykuł stanowią całość [40].

78. Nie wykluczałbym z góry, że pośredni związek między korzyścią mającą wartość majątkową przyznaną przedsiębiorcy z sektora medialnego a wykorzystaniem jego treści publicystycznych w celu promocji produktu jest wystarczający, by stwierdzić, że mamy do czynienia z nieuczciwą w każdych okolicznościach praktyką handlową w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29. Przeciwna interpretacja tego przepisu mogłaby pozbawić go skuteczności, jako że wymóg bezpośredniego związku pozwalałby łatwo objeść bezwzględny zakaz obejmujący kryptoreklamę [41].

[39] Ponadto wyrażony w motywie 17 omawianej dyrektywy cel polegający na wzmocnieniu pewności prawa przy identyfikacji nieuczciwych praktyk handlowych nie zostałby osiągnięty, gdyby państwa członkowskie mogły decydować o tym, jakie kwoty można uznać za finansowanie w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29. Zobacz analogicznie wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, pkt 26).

[40] Zobacz pkt 39 niniejszej opinii.

[41] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 15 grudnia 2016 r., Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, pkt 31). W omawianym wyroku zwrócono się do Trybunału o wyjaśnienie kwestii, czy pkt 14 załącznika I do dyrektywy 2005/29 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten pozwala uznać praktykę handlową za „system promocyjny typu »piramida«" nawet w wypadku, gdy istnieje jedynie pośredni związek między świadczeniami wpłacanymi przez nowych uczestników takiego systemu a wynagrodzeniem pobieranym przez dotychczasowych uczestników. Trybunał orzekł w tym względzie, że finansowanie wynagrodzenia, które może otrzymać dotychczasowy uczestnik, może pośrednio zależeć od świadczeń wpłacanych przez nowych uczestników systemu.

79. Jednak pośredni związek między uczestnictwem w kosztach i wydatkach akcji reklamowej zorganizowanej we współpracy z przedsiębiorcą z sektora medialnego a publikacją spornego artykułu zostałby ustalony wyłącznie na podstawie wątpliwego domniemania, a zatem nie byłby pewny.

80. Przede wszystkim uznanie, że przedsiębiorca zapłacił za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu, gdy przedsiębiorca z sektora medialnego informuje o akcji promocyjnej zorganizowanej we współpracy z przedsiębiorcą, byłoby równoznaczne z uznaniem istnienia domniemania, że przedsiębiorca ten połączył siły z owym przedsiębiorcą z sektora medialnego w celu przeprowadzenia takiej promocji. Następnie uznanie znaczenia tego domniemania w kontekście pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29 mogłoby nadać temu domniemaniu charakter niewzruszalny, ponieważ w każdych okolicznościach chodziłoby o nieuczciwą praktykę handlową. Wreszcie ta praktyka handlowa byłaby uznawana za działanie tego przedsiębiorcy, nawet jeżeli jego udział w wykorzystaniu treści publicystycznych w celu promocji opiera się wyłącznie na wspomnianym domniemaniu.

81. Korzystając ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej, przedsiębiorca może natomiast nawiązać współpracę z przedsiębiorcą z sektora medialnego, który może prowadzić różne działania, nie po to, by zapewnić sobie obecność w mediach, lecz by czerpać korzyść wynikającą z jego reputacji, know-how, zasobów lub kontaktów handlowych.

82. Jeżeli brak jest finansowania w rozumieniu pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, praktyka handlowa nie może zostać uznana za nieuczciwą w każdych okolicznościach na podstawie tego przepisu. Taka praktyka handlowa, która nie została wymieniona w owym załączniku, może ewentualnie zostać uznana za nieuczciwą po przeprowadzeniu w każdym przypadku indywidualnej analizy jej cech charakterystycznych w świetle kryteriów określonych w art. 5–9 tej dyrektywy.

83. Bez uszczerbku dla powyższych uwag dotyczących udziału w kosztach i wydatkach akcji promocyjnej zorganizowanej we współpracy z przedsiębiorcą z sektora medialnego podtrzymuję wnioski sformułowane w pkt 76 niniejszej opinii.

84. Ponadto zauważam, że aby móc stwierdzić istnienie praktyki handlowej uznanej za nieuczciwą w każdych okolicznościach, o której mowa w pkt 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29, należy zawsze sprawdzić, czy spełnione zostały także określone przez ten przepis przesłanki inne niż dotyczące zapłaty w celu promocji produktu. W okolicznościach takich jak w postępowaniu głównym należy w szczególności ustalić, czy chodzi o „treści publicystyczne” w rozumieniu tego przepisu, ponieważ pojęcie to nie było przedmiotem wykładni Trybunału w jego orzecznictwie, oraz czy ze spornego artykułu nie wynika, że chodzi o treści współfinansowane przez przedsiębiorcę. Jednakże wspomniane inne przesłanki nie są przedmiotem pytań prejudycjalnych skierowanych do Trybunału i dlatego nie są analizowane w niniejszej opinii.

VI. Wnioski

85. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pierwsze pytanie prejudycjalne przedstawione przez Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, Niemcy) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Wykładni punktu 11 załącznika I do dyrektywy 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniającej dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady (dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych) należy dokonywać w ten sposób, że w przypadku gdy treść publicystyczna jest wykorzystywana w celu promocji produktu, dany przedsiębiorca „zapłacił" za nią, gdy przedsiębiorcy z sektora medialnego została przysporzona przez tego pierwszego przedsiębiorcę korzyść w postaci towarów, usług lub innych przedmiotów mających wartość majątkową.

Taka korzyść przedstawiająca wartość majątkową musi stanowić świadczenie spełnione w zamian za wykorzystanie treści publicystycznych w celu promocji produktu, a zatem musi istnieć konkretny związek między tą korzyścią a tą promocją.

W szczególności taki związek istnieje, gdy przedsiębiorca z sektora medialnego informuje o akcji promocyjnej organizowanej wspólnie z danym przedsiębiorcą, który z kolei w celu przeprowadzenia tej promocji udostępnia owemu przedsiębiorcy z sektora medialnego prawa do wykorzystywania zdjęć przedstawiających ujęcia jego sklepów i produktów oferowanych przez siebie do sprzedaży.