Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MACIEJA SZPUNARJA,
predstavljeni 24. junija 2021 [1]

Zadeva C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, ki jo pravno zastopa Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV,
proti
Peek & Cloppenburg KG, ki jo pravno zastopa Van Graaf Management GmbH

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija))

„Predhodno odločanje – Varstvo potrošnikov – Nepoštene poslovne prakse – Oglaševalska akcija – Promocija prodaje izdelkov medijskega podjetja in trgovca“

I. Uvod

1. H. G. Wells naj bi dejal: „Oglaševanje je legalizirano laganje.“ Ne da bi se bilo treba poglabljati v razpravo o utemeljenosti te trditve, je gotovo, da v pravu Unije oglaševanje, ki ima obliko uredniške vsebine, ne da bi bila jasno razvidna njegova promocijska narava, ni bilo „legalizirano“.

2. V skladu s Prilogo I, točka 11, k Direktivi 2005/29/ES [2] „advertorial“ pomeni poslovno prakso, ki velja za nepošteno v vseh okoliščinah, ne da bi bilo treba opraviti oceno za vsak primer posebej na podlagi določb iz členov od 5 do 9 navedene direktive. Poleg tega je Sodišče razsodilo, da navedena direktiva podjetjem oglaševalcem nalaga obveznost jasne označitve, da so financirala uredniško vsebino v medijih, če je ta vsebina namenjena promociji proizvoda ali storitve teh trgovcev. [3]

3. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe daje Sodišču priložnost, da pojasni obseg Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29. Natančneje, Sodišče je pozvano, naj razloži izraz „plačal“, uporabljen v navedeni določbi za opis ugodnosti, ki jo je podjetje oglaševalec zagotovilo medijskemu podjetju.

[1] Jezik izvirnika: francoščina.

[2] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (UL 2005, L 149, str. 22).

[3] Sodba z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 48).

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

4. Člen 5(5) Direktive 2005/29 določa:

„Priloga I vsebuje seznam poslovnih praks, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene. V vseh državah članicah se uporablja isti enotni seznam, ki se lahko spremeni samo s pregledom te direktive."

5. Priloga I, točka 11, k navedeni direktivi določa:

„Uporabiti uredniško vsebino v medijih za promocijo izdelka, če je trgovec plačal za promocijo, ne da bi to bilo jasno označeno v vsebini ali slikah ali zvokih, ki jih potrošnik z lahkoto prepozna (‚advertorial'). […]"

B. Nemško pravo

6. Z Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (zakon o preprečevanju nelojalne konkurence) v različici, ki se uporablja za spor o glavni stvari (v nadaljevanju: UWG),[4] je bila prenesena Direktiva 2005/29. Člen 3 UWG, naslovljen „Prepoved nepoštenih poslovnih praks", v odstavkih 1 in 3 določa:

„1. Nepoštene poslovne prakse so nezakonite.

[…]

3. Poslovna ravnanja v razmerju do potrošnikov, ki so našteta v Prilogi k temu zakonu, so vedno nezakonita. […]

[…]"

7. Točka 11 Priloge k navedenemu zakonu, ki se nanaša na njegov člen 3(3), določa:

„[U]poraba uredniške vsebine, ki jo plača podjetnik, za promocijo izdelka, pri čemer ta povezava ni jasno razvidna iz vsebine ali slikovne ali zvočne predstavitve (‚advertorial')."

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

8. Peek & Cloppenburg KG, ki jo zastopa Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B. V. (v nadaljevanju: P&C Düsseldorf), in Peek & Cloppenburg KG, ki jo zastopa Van Graaf Management GmbH (v nadaljevanju: P&C Hamburg), sta medsebojno pravno in ekonomsko neodvisni družbi, ki obe prek različnih podružnic opravljata dejavnost prodaje oblačil na drobno pod firmo „Peek & Cloppenburg". Poslujeta v različnih regijah nemškega ozemlja in v vsaki od teh regij ima le ena od teh dveh strank trgovine z oblačili. Stranki ločeno in neodvisno oglašujeta svojo trgovino z oblačili.

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

9. Marca 2011 so bile v dvostranskem članku z naslovom „Akcija za bralce“, objavljenem v modni reviji *GRAZIA*, bralke povabljene na „ekskluzivno nočno nakupovanje“, imenovano „GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg“.

10. Na ozadju iz slik trgovin, na katerih je bilo mogoče nad vhodi prebrati napis „Peek & Cloppenburg“ v bleščečih črkah, je bilo navedeno besedilo: „Noč za vse GRAZIA-Girls: Brskajte z nami po koncu dela v modnem templju! S penino in osebnim stilistom. Kako postanete V.I.S. (Very Important Shopper)? Hitro se prijavite!“ V prispevku je bilo navedeno, da obstajata dve neodvisni podjetji Peek & Cloppenburg ter da gre v tem primeru za informacijo družbe „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf.“

11. Družba P&C Hamburg je v tožbi, vloženi pri Landgericht Hamburg (deželno sodišče v Hamburgu, Nemčija), trdila, da je taka poslovna praksa v nasprotju s prepovedjo uredniškega oglaševanja iz člena 3(3) UWG v povezavi s točko 11 Priloge k navedenemu zakonu. Družba P&C Hamburg je predlagala, naj se družbi P&C Düsseldorf kot konkurentki prepove objavljanje oglasov, ki jih ni mogoče z lahkoto prepoznati kot takih, naj se ji naloži posredovanje nekaterih informacij in naj se ugotovi njena obveznost povrnitve povzročene škode.

12. Prvostopenjsko sodišče je predlogom družbe P&C Hamburg ugodilo. Pritožba družbe P&C Düsseldorf, vložena pri pritožbenem sodišču, Oberlandesgericht Hamburg (višje deželno sodišče v Hamburgu), je bila zavrnjena. Družba P&C Düsseldorf v reviziji predlaga, naj predložitveno sodišče zavrne tožbo družbe P&C Hamburg.

IV. Vprašanji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

13. Potem ko je družba P&C Düsseldorf vložila revizijo pri Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija), je to sodišče z odločbo z dne 25. junija 2020, ki je na Sodišče prispela 7. avgusta 2020, prekinilo odločanje in Sodišču predložilo ti vprašanji:

„1. Ali gre za ‚plačilo‘ za promocijo prodaje v smislu točke 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES le takrat, kadar se za uporabo uredniških vsebin v medijih zaradi promocije prodaje plača protidajatev v denarju, ali pa zajema pojem ‚plačilo‘ vse oblike protidajatev, ne glede na to, ali ta predstavlja denar, blago, storitve ali kateri koli drug premoženjski element?

2. Ali točka 11, prvi stavek, Priloge I k Direktivi 2005/29/ES predpostavlja, da trgovec medijskemu podjetju zagotovi ugodnost, ki ima denarno vrednost, v zameno za uporabo uredniških vsebin, in če je odgovor pritrdilen, ali je treba šteti, da gre za tako protidajatev, tudi če medijsko podjetje poroča o skupni reklamni akciji trgovca in medijskega podjetja, če je dal trgovec medijskemu podjetju na razpolago pravico uporabiti slikovni material v poročilu in sta si podjetji delili stroške reklamne akcije ter je reklamna akcija namenjena promociji prodaje izdelkov obeh podjetij?“

14. Pisna stališča so predložile družba P&C Düsseldorf, družba P&C Hamburg, madžarska vlada in Evropska komisija. V obravnavanem primeru ni bilo obravnave.

V. Analiza

15. Predložitveno sodišče v obrazložitvi razlogov za oblikovanje dveh vprašanj za predhodno odločanje pojasnjuje, da je uspeh revizije, ki je vložena pri njem, odvisen od razlage Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29. Navaja, da sta bila člen 5(5) navedene direktive in Priloga I, točka 11, k navedeni direktivi v nemško pravo prenesena s členom 3(3) UWG oziroma točko 11 Priloge k UWG, ki se nanaša na člen 3(3) tega zakona, ter da je treba zato ti določbi nemškega prava razlagati v skladu z navedeno direktivo.

16. Ob upoštevanju posebnosti pravnega in dejanskega okvira tega predloga za sprejetje predhodne odločbe se mi zdi primerno uvodoma navesti nekaj ugotovitev v zvezi s področjem uporabe Direktive 2005/29, preden preidem na proučitev vprašanj za predhodno odločanje.

17. Natančneje, na prvem mestu bom proučil, ali praksa, obravnavana v postopku v glavni stvari, pomeni poslovno prakso v smislu člena 2(d) Direktive 2005/29 in zanjo torej veljajo določbe navedene direktive, na drugem mestu pa, ali je lahko s tem, da sta bili vprašanji za predhodno odločanje postavljeni v okviru spora med dvema konkurentoma, preprečena uporaba navedene direktive.

A. Praksa, izpodbijana v postopku v glavni stvari kot poslovna praksa

18. Predložitveno sodišče s sklicevanjem na pojasnila pritožbenega sodišča navaja, da se praksa, izpodbijana v okviru postopka v glavni stvari, ne nanaša na izvedbo dogodkov, napovedanih in opisanih v obravnavanem članku, temveč na objavo tega članka. [5]

19. Predložitveno sodišče navaja tudi, da se ne zdi, da bi pritožbeno sodišče napačno uporabilo pravo pri presoji, da obravnavana objava pomeni skupno poslovno prakso družbe P&C Düsseldorf in revije *GRAZIA*, namenjeno promociji prodaje teh dveh podjetij. Vendar je tožba družbe P&C Hamburg usmerjena le proti družbi P&C Düsseldorf.

20. Da bi praksa, izpodbijana v postopku v glavni stvari, spadala na področje uporabe Direktive 2005/29, mora pomeniti poslovno prakso v smislu člena 2(d) navedene direktive.

21. To prakso mora torej po eni strani izvajati „trgovec“ v smislu člena 2(b) navedene direktive oziroma mora biti dejanje osebe, ki deluje „za namene v zvezi z svojo trgovsko, poslovno, obrtno dejavnostjo ali svobodno poklicno dejavnostjo“ oziroma v imenu ali celo za račun trgovca. [6] Po drugi strani mora navedena praksa pomeniti dejanje, opustitev, ravnanje, razlago ali tržno komunikacijo, „neposredno povezano s promocijo, prodajo ali dobavo izdelka potrošnikom“. [7]

[5] Predložitveno sodišče v obrazložitvi predloga za sprejetje predhodne odločbe navaja, da „v obravnavani zadevi sporna reklamna akcija zajema le objavo članka, ne pa izvedbe dogodkov, napovedanih in opisanih v njem“, ter da „je predmet spora vsedržavna reklamna akcija, ki jo je v modni reviji objavila [družba P&C Düsseldorf]“. Vendar je v besedilu drugega vprašanja za predhodno odločanje in v drugih odlomkih obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe izraz „reklamna akcija“ uporabljen za opis dogodkov, organiziranih v trgovinah družbe P&C Düsseldorf, ki so bili predmet članka, objavljenega v reviji *GRAZIA*. Za preprečitev zmede menim, da se praksa, izpodbijana v okviru postopka v glavni stvari, nanaša na objavo tega članka, izraz „reklamna akcija“ pa bo v teh sklepnih predlogih uporabljen za opis dogodkov, ki so v njem napovedani in opisani.

[6] Glej sodbo z dne 4. oktobra 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, točka 32). Člen 2(b) Direktive 2005/29 trgovca opredeljuje kot „vsako fizično ali pravno osebo, ki v s to direktivo zajetih poslovnih praksah deluje za namene v zvezi s svojo trgovsko, poslovno, [industrijsko,] obrtno dejavnostjo ali svobodno poklicno dejavnostjo, in kogar koli, ki deluje v imenu ali na račun trgovca“.

[7] Glej sodbo z dne 4. oktobra 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, točki 42 in 43).

22. Kot navaja predložitveno sodišče s sklicevanjem na ugotovitve pritožbenega sodišča, je obravnavano prakso začela družba P&C Düsseldorf [8] in je bila uporabljena za promocijo prodaje tega gospodarskega subjekta. To prakso po eni strani izvaja družba P&C Düsseldorf, po drugi strani pa spada v poslovno strategijo te družbe in je neposredno namenjena promociji in pospeševanju njene prodaje. Ta praksa torej pomeni poslovno prakso v smislu člena 2(d) Direktive 2005/29 in zato spada na področje uporabe navedene direktive. [9]

23. Tega preudarka ne omaje ne to, da se je članek, objavljen v reviji *GRAZIA*, nanašal na reklamno akcijo, ki jo je organizirala družba P&C Düsseldorf v sodelovanju s to revijo, ne to, da je bil ta članek namenjen spodbujanju prodaje teh dveh gospodarskih subjektov.

24. Sodišče je že navedlo, da je glede na opredelitev pojma „trgovec“ iz člena 2(b) Direktive 2005/29, to direktivo sicer mogoče uporabiti v položaju, v katerem poslovne prakse gospodarskega subjekta izvaja drugo podjetje, ki ravna v imenu in za račun tega gospodarskega subjekta, tako da bi bilo v nekaterih primerih določbe navedene direktive mogoče uveljavljati tako proti navedenemu gospodarskemu subjektu kot tudi proti temu podjetju, če oba zadnjenavedena ustrezata opredelitvi pojma „trgovec“. [10] *A fortiori* ne gre izključiti, da je mogoče isto poslovno prakso pripisati dvema ločenima gospodarskima subjektoma, kadar delujeta za lastni račun in za račun partnerja. Taka poslovna praksa bi prav tako spadala na področje uporabe Direktive 2005/29. Glede na navedeno je, kot sem ugotovil že v točki 19 teh sklepnih predlogov, revizija družbe P&C Hamburg usmerjena le proti družbi P&C Düsseldorf, tako da se v obravnavani zadevi ne postavlja vprašanje, ali je mogoče določbe navedene direktive uveljavljati zoper revijo *GRAZIA*. [11]

25. Poleg tega pravna opredelitev iz točke 22 teh sklepnih predlogov v bistvu ustreza opredelitvi, ki jo je uporabilo predložitveno sodišče. To sodišče namreč navaja, da po mnenju pritožbenega sodišča objava članka pomeni poslovno prakso tako v smislu člena 2(1)(1) UWG kot tudi v smislu člena 2(d) Direktive 2005/29. Poleg tega trdi, da pritožbeno sodišče pri presoji ni napačno uporabilo prava. To trditev razumem v tem smislu, da se nanaša tudi na pravno opredelitev objave članka glede na to določbo prava Unije.

26. Predložitveno sodišče v tem okviru opozarja na pomenski odtenek, ki je značilen za pojem „poslovne prakse“, kot je opredeljen v nemškem pravu. Pojasnjuje, da je ta pojem v členu 2(1)(1) UWG opredeljen kot vsako ravnanje osebe v korist lastnega podjetja ali tretjega podjetja pred sklenitvijo poslovne transakcije, med njo ali po njej, ki je objektivno povezano s promocijo prodaje ali dobave izdelkov ali storitev. Po mnenju predložitvenega sodišča je pojem „poslovne prakse“, uporabljen v nemškem pravu, širši od pojma, uporabljenega v členu 2(d) Direktive 2005/29, saj zajema tudi ravnanja tretjih oseb, katerih namen je spodbujati prodajo ali nakup izdelkov ali storitev tretje družbe, ki ne deluje za račun ali v imenu trgovca. Vendar meni, da Direktiva 2005/29 ne nasprotuje temu, da bi bil pojem „poslovne prakse“ v nacionalnem pravu opredeljen širše, saj navedena direktiva ureja le „delni vidik“ prava na področju nelojalne konkurence.

[8] Glej opombo 5 teh sklepnih predlogov in navedbo, da „je predmet spora vsedržavna reklamna akcija, ki jo je v modni reviji objavila [družba P&C Düsseldorf]“.

[9] Glej v tem smislu sodbo z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 36).

[10] Glej v tem smislu sodbo z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 38).

[11] Ne da bi želel posegati v odgovor, ki ga je treba dati na tako vprašanje, je res, da bi bilo mogoče na podlagi točke 39 sodbe z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), razumeti, da objava članka ne more pomeniti poslovne prakse, ki jo izvaja časopisni urednik. Vendar se je zadeva, v kateri je bila izdana navedena sodba, nanašala na članke o dogodkih zunaj področja časopisnega urednika, medtem ko se ta zadeva nanaša na objavo članka o reklamni akciji, ki jo je organiziral časopisni urednik v sodelovanju z družbo P&C Düsseldorf.

27. Glede na navedeno Sodišče ni pozvano, naj pojasni, ali člen 2(1)(1) UWG pomeni pravilen prenos člena 2(d) Direktive 2005/29. Za odgovor na vprašanji za predhodno odločanje niti ni treba ugotoviti, koliko je opredelitev v nemškem pravu širša od opredelitve v pravu Unije. Pomembno je le ugotoviti, ali praksa, izpodbijana v okviru postopka v glavni stvari, pomeni poslovno prakso družbe P&C Düsseldorf v smislu navedene direktive, odgovor na to pa je, kot sem že navedel,[12] pritrdilen.

B. Izpodbijanje poslovne prakse v okviru spora med konkurentoma

28. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe izhaja iz spora, v katerem je družba P&C Hamburg predlagala, naj se družbi P&C Düsseldorf kot konkurentki prepove objavljanje oglasov, ki jih ni mogoče z lahkoto prepoznati kot takih, naloži obveznost posredovanja nekaterih informacij in naloži povrnitev povzročene škode. V okviru navedenega spora želi predložitveno sodišče izvedeti, ali objava obravnavanega članka pomeni poslovno prakso iz Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 in jo je torej treba v vseh okoliščinah šteti za nepošteno.

29. Res je, da se obstoj poslovne prakse v smislu Direktive 2005/29 lahko prizna le, če se po eni strani nanaša na trgovca in po drugi potrošnika.[13]

30. Vendar pa to, da sta si v postopku v glavni stvari nasproti dva trgovca, za katera se zdi, da si konkurirata, ne pomeni samodejno, da se v obravnavani zadevi nacionalne določbe, s katerimi je bila prenesena Direktiva 2005/29, ne uporabljajo.

31. Sodišče je namreč že navedlo, da nacionalne določbe, ki ob zagroženih sankcijah prepovedujejo nepošteno poslovno prakso v interesu potrošnikov, spadajo na področje uporabe Direktive 2005/29.[14] Interes potrošnikov je mogoče zaščititi s postopki, začetimi med konkurenti, ki imajo v tem primeru obliko zasebnega uveljavljanja (*private enforcement*) prava o varstvu potrošnikov iz člena 11(1) navedene direktive. V skladu s to določbo države članice zagotovijo, da so na voljo ustrezna in učinkovita sredstva za boj proti nepoštenim poslovnim praksam. Ta sredstva lahko vključujejo pravne določbe, na podlagi katerih lahko konkurenti vložijo tožbo proti tem praksam.

32. To, da ima konkurent lasten interes za tako tožbo, ne more preprečiti uporabe Direktive 2005/29.

33. Direktiva 2005/29 je bila namreč sprejeta na podlagi člena 114 PDEU in, kot je določeno v njenem členu 1, je eden od njenih ciljev prispevati k pravilnemu delovanju notranjega trga.[15] V tem okviru je v uvodnih izjavah 6 in 8 te direktive navedeno, da neposredno ščiti ekonomske interese potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami podjetij v razmerju do potrošnikov ter s tem tudi posredno ščiti ekonomske interese zakonitih konkurentov.[16] Kot je že navedlo

[12] Glej točko 22 teh sklepnih predlogov.

[13] Glej moje sklepne predloge v zadevi Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, točka 40).

[14] Glej sodbo z dne 17. januarja 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, točka 33).

[15] Glej v tem smislu moje sklepne predloge v zadevi Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, točka 32). V zvezi s povezavo med pravilnim delovanjem notranjega trga in različnimi oblikami zasebnega uveljavljanja (*private enforcement*) prava Unije glej po analogiji sodbo z dne 17. septembra 2002, Muñoz in Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, točke od 29 do 32).

[16] V tem smislu glej tudi sodbo z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 40), v kateri je Sodišče ugotovilo, da je namen Direktive 2005/29 varstvo potrošnikov izdelkov in storitev teh podjetij in njihovih zakonitih konkurentov.

Sodišče s sklicevanjem na uvodno izjavo 6 navedene direktive, so s področja njene uporabe izključene le nacionalne zakonodaje o nepoštenih poslovnih praksah, ki škodijo „samo“ ekonomskim interesom konkurentov ali se nanašajo na poslovanje med trgovci. [17]

C. Pripombe o predmetu in obsegu vprašanj za predhodno odločanje

34. Predložitveno sodišče želi z vprašanjema za predhodno odločanje izvedeti, ali ob upoštevanju okoliščin spora o glavni stvari in, natančneje, ugodnosti, ki jih je družba P&C Düsseldorf zagotovila medijskemu podjetju oziroma uredniku revije *GRAZIA*, izpodbijana poslovna praksa v vseh okoliščinah pomeni nepošteno poslovno prakso v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29. Medtem ko navedena določba določa več pogojev, potrebnih za ugotovitev obstoja poslovne prakse, ki se šteje za nepošteno v vseh okoliščinah, se ti vprašanji za predhodno odločanje nanašata le na pogoj v zvezi s plačilom promocije izdelka.

35. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali je treba Prilogo I, točka 11, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da kadar se uredniška vsebina uporabi za promocijo izdelka, tega ni „plačal“ trgovec le takrat, kadar je medijskemu podjetju zagotovil ugodnost v denarju za to promocijo, temveč tudi takrat, kadar je zagotovil ugodnost v blagu, storitvah ali drugih elementih s premoženjsko vrednostjo. [18]

36. Drugo vprašanje za predhodno odločanje je sestavljeno iz dveh delov. Predložitveno sodišče želi s prvim delom tega vprašanja, na katero je treba odgovoriti le, če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, izvedeti, ali v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 taka ugodnost s premoženjsko vrednostjo pomeni protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka.

37. Čeprav je mogoče iz prvega vprašanja glede na uporabo pojma „protidajatev“, zagotovljena „za uporabo uredniških vsebin“, sklepati, da se to vprašanje prekriva s prvim delom drugega vprašanja, to ne drži. Medtem ko se prvo vprašanje nanaša na to, ali ima lahko plačilo drugo obliko kot plačilo v denarju, se prvi del drugega vprašanja nanaša na to, ali mora tako plačilo pomeniti protidajatev s premoženjsko vrednostjo „v smislu sinalagmatskega razmerja“, kot pojasnjuje predložitveno sodišče v obrazložitvi predloga za sprejetje predhodne odločbe.

38. To vprašanje se ujema z utemeljitvijo, na katero se je sklicevala družba P&C Düsseldorf v reviziji, ki je trdila, da bi morala za ugotovitev obstoja poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno, ugodnost, ki jo zagotovi trgovec, pomeniti povezavo z uredniško vsebino, tako da bi se lahko štelo, da je trgovec s tem plačilom „kupil“ reportažo. Nasprotno pa tega po mnenju družbe P&C Düsseldorf ni mogoče ugotoviti na podlagi tega, da trgovec prispeva h kritju stroškov reklamne akcije, organizirane skupaj z medijskim podjetjem, od katere imata korist oba gospodarska subjekta. V takem primeru naj bi bil skupaj plačan le dogodek, izveden skupaj, medtem ko naj bi medijsko podjetje reklamno akcijo v članku napovedalo le v lastnem interesu.

39. Predložitveno sodišče v zvezi s tem navaja, da je povezavo, na katero se sklicuje družba P&C Düsseldorf, mogoče vzpostaviti zgolj zaradi tega, ker je mogoče reklamno akcijo in članek razumeti kot elementa ene same in iste reklamne akcije, ki jo je mogoče oceniti in opredeliti le kot

[17] Glej sodbi z dne 14. januarja 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 točka 39), in z dne 17. januarja 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, točka 30).

[18] Naj opozorim, da predložitveno sodišče od Sodišča ne zahteva, naj pojasni, ali ima plačilo lahko obliko nepremoženjske ugodnosti. Zaradi izčrpnosti je dovolj opozoriti, da je v pravni teoriji na to vprašanje predviden pritrdilen odgovor. Glej Namysłowska, M., Sztobryn, K., „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych“, *Państwo i Prawo*, 2008, zv. 11, str. 61.

celoto. Taka rešitev naj ne bi bila neizogibna. Glede na navedeno trditev predložitveno sodišče navaja, da je družba P&C Düsseldorf po ugotovitvah pritožbenega sodišča med drugim dala medijskemu podjetju na voljo pravice do uporabe v zvezi s slikami, uporabljenimi v članku. Po navedbah predložitvenega sodišča se torej vsaj za del storitev s premoženjsko vrednostjo, ki jih je zagotovila družba P&C Düsseldorf, zdi, da pomenijo konkretno povezavo z objavo zadevnega članka.

40. Kot izhaja iz drugega vprašanja, je treba na njegov drugi del odgovoriti le, če je odgovor na prvi del pritrdilen. Predložitveno sodišče želi z drugim delom drugega vprašanja ugotoviti, ali je uporaba uredniške vsebine „plačana“ v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29, če je dal trgovec medijskemu podjetju na voljo pravice do uporabe slik in kadar sta si gospodarska subjekta delila stroške reklamne akcije, namenjene promociji prodaje njunih izdelkov.

41. Ob upoštevanju skupnega predmeta teh dveh vprašanj in tega, da sta neločljivo povezani, menim, da ju je treba analizirati skupaj in dati enoten odgovor.

42. Zato je treba najprej ugotoviti, ali je treba Prilogo I, točka 11, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da kadar se uredniška vsebina uporabi za promocijo izdelka, tega ni „plačal“ trgovec le takrat, kadar je medijskemu podjetju zagotovil ugodnost v denarju za to promocijo, temveč tudi takrat, kadar je zagotovil ugodnost v blagu, storitvah ali drugih elementih s premoženjsko vrednostjo (razdelek D).

43. Če bo odgovor na to vprašanje pritrdilen, bo treba nato ugotoviti, ali v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 taka ugodnost s premoženjsko vrednostjo pomeni protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, tako da obstaja povezava med ugodnostjo in zadevno promocijo. Če to drži, bo treba preveriti, ali v primeru, ko medijsko podjetje poroča o skupni reklamni akciji trgovca in medijskega podjetja, tako protidajatev predstavlja to, da so medijskemu podjetju dane na voljo pravice do uporabe slik, in/ali prispevanje h kritju stroškov te reklamne akcije (razdelek E).

D. Plačilo kot ugodnost s premoženjsko vrednostjo

1. Dobesedna razlaga

44. Kot izhaja iz uvodne izjave 5 Direktive 2005/29, je zakonodajalec Unije menil, da je mogoče ovire za prosti čezmejni pretok storitev in blaga ter svobodo ustanavljanja odpraviti le s sprejetjem enotnih pravil in pojasnitvijo nekaterih pravnih pojmov. Iz tega sklepam, da po mnenju zakonodajalca Unije pojmi, uporabljeni v navedeni direktivi, načeloma pomenijo avtonomne pojme prava Unije.

45. Glede na različne jezikovne različice Direktive 2005/29 in uporabljene izraze je mogoče Prilogo I, točka 11, k navedeni direktivi razumeti tako, da mora imeti plačilo obliko ugodnosti v denarju,[19] ali – v skladu s širšimi izrazi, uporabljenimi v drugih jezikovnih različicah – tako, da ima lahko tako plačilo kakršno koli obliko ugodnosti s premoženjsko vrednostjo.[20]

46. Zaradi te raznolikosti ni mogoče priti do nedvoumnega sklepa glede narave ugodnosti, ki lahko pomeni plačilo v smislu Priloge I, točka 11, k navedeni direktivi. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je treba torej uporabiti druge načine razlage kot dobesedno.[21]

2. Sistematična razlaga

47. Določbe Direktive 2005/29 so zasnovane predvsem z vidika potrošnika kot naslovnika in žrtve nepoštenih poslovnih praks.[22] V tako zasnovanem sistemu je poslovna praksa, opisana v Prilogi I, točka 11, k Direktivi 2005/29, opredeljena kot „poslovna praksa, ki se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno“, in – kot izhaja iz naslovov, uporabljenih v navedeni prilogi – kot „zavajajoča poslovna praksa“.

48. Dihotomija med poslovnimi praksami, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene, in poslovnimi praksami, ki jih je mogoče razglasiti za nepoštene le po oceni za vsak primer posebej v skladu z določbami členov 5 do 9 Direktive 2005/29, temelji na ugotovitvi, da so absolutno prepovedane le poslovne prakse, ki najbolj škodujejo potrošnikom.[23]

49. Z vidika potrošnika ni pomembno, ali ima plačilo uporabe uredniške vsebine obliko ugodnosti v denarju ali ne. Poslovna praksa, opisana Prilogi I, točka 11, k Direktivi 2005/29, se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno zaradi zavajanja, ki ga lahko povzroči. Da bi se to preprečilo – kot

[19] Navedejo se lahko različice v španščini („*pagando*“), češčini („*zaplatil*“), danščini („*betalt*“), nemščini („*bezahlt*“), estonščini („*maksnud*“), angleščini („*paid for*“), latvijščini („*ir samaksājis*“), litovščini („*sumokėjo*“), nizozemščini („*betaald*“), poljščini („*zapłacił*“), romunščini („*a plătit*“), slovaščini („*zaplatil*“), slovenščini („*plačal*“), finščini („*maksanut*“) in švedščini („*betalat*“), ki uporabljajo različne slovnične oblike glagola „plačati“.

[20] Predvsem različica v italijanščini („*costi [...] sostenuti*“), ki v prostem prevodu pomeni „kritje stroškov promocije“. Podobno se ne zdi, da bi besedilo v francoščini („*financer*“), madžarščini („*fizetett*“) in portugalščini („*financiar*“) izključevalo druge oblike ugodnosti s premoženjsko vrednostjo kot denar.

[21] Sodišče je v sodbi 4finance rezultat dobesedne razlage Priloge I, točka 14, k Direktivi 2005/29 potrdilo z rezultatom teleološke razlage, pri čemer je opozorilo, da nujnost enotne uporabe in razlage akta prava Unije ne dovoljuje, da bi se ta obravnaval ločeno v eni od svojih jezikovnih različic, pač pa zahteva, da je treba akt razlagati na podlagi resnične volje njegovega avtorja in cilja, ki mu ta sledi, predvsem ob upoštevanju različic, sestavljenih v vseh jezikih (sodba z dne 3. aprila 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, točke 19, 20 in 24). Sodišče je v zvezi z navedeno direktivo v sodbi Trento Sviluppo in Centrale Adriatica navedlo tudi, da je treba v primeru razlik med različnimi jezikovnimi različicami zadevno določbo razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je (sodba z dne 19. decembra 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, točka 26). Poleg tega je Sodišče v sodbi Purely Creative in drugi na vprašanja za predhodno odločanje, ki so se nanašala na Prilogo I, točka 31, k Direktivi 2005/29, odgovorilo z uporabo dobesedne (točki 25 in 26), zgodovinske (točka 28), sistematične (točki 35 in 42) in teleološke razlage (točka 43) navedene določbe (sodba z dne 18. oktobra 2012, C-428/11, EU:C:2012:651, v nadaljevanju: sodba Purely Creative). V tem smislu se je Sodišče v sodbi Wind Tre in Vodafone Italia pri odgovoru na vprašanje za predhodno odločanje v zvezi s Prilogo I, točka 21, k navedeni direktivi sklicevalo na dobesedno (točka 43), sistematično (točka 45) in teleološko razlago (točka 54) (sodba z dne 13. septembra 2018, C-54/17 in C-55/17, EU:C:2018:710). Res je, da Sodišče v zadnjih dveh sodbah ni omenilo obstoja razlik med jezikovnimi različicami navedene direktive. Vendar metodološki pristop, uporabljen v teh sodbah, potrjuje, da rezultat, ki izhaja iz dobesedne razlage, ne more zasenčiti rezultata, ki izhaja iz drugih načinov razlage.

[22] Glej sodbo z dne 16. aprila 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, točka 52).

[23] Glej sodbo z dne 3. aprila 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, točka 32). Komisija je med pripravljalnimi deli navedla, da Priloga I k Direktivi 2005/29 vsebuje poslovne prakse, ki vedno bistveno izkrivijo odločitve potrošnikov. Glej Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. junija 2003 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi direktiv 84/450/EGS, 97/7/ES in 98/27/ES (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah), COM(2003) 356 final, str. 10.

je Sodišče že navedlo – „Direktiva 2005/29, zlasti točka 11 Priloge I k tej direktivi, [dejansko] podjetjem oglaševalcem nalaga obveznost jasne označitve, da so financirala uredniško vsebino v medijih, če je ta vsebina namenjena promociji proizvoda ali storitve teh trgovcev“.[24]

50. Sistematična razlaga Direktive 2005/29 torej govori v prid trditvi, da oblika plačila ni pomembna, ne glede na to, ali gre za ugodnost v denarju ali drugo ugodnost s premoženjsko vrednostjo.

3. Teleološka razlaga

51. Družba P&C Düsseldorf s sklicevanjem na točki 46 in 47 sodbe Purely Creative in drugi trdi, da je Sodišče razsodilo, da cilj Direktive 2005/29 ne bi bil dosežen, če bi v okviru uporabe določb Priloge I k navedeni direktivi razlaga različnih primerov privedla do upoštevanja pogojev, ki bi pomenili težavno ocenjevanje za vsak primer posebej.

52. Menim, da ta trditev ni podprta s teleološko razlago Direktive 2005/29 in izhaja iz selektivnega branja navedene sodbe.

53. Sodišče je bilo v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Purely Creative in drugi, pozvano, naj razloži Prilogo I, točka 31, k Direktivi 2005/29, da se pojasni, ali se v skladu s to določbo poslovna praksa v vseh okoliščinah šteje za nepošteno, kadar se potrošniku, ki je bil obveščen, da je dobil nagrado, naloži strošek, čeprav minimalen.

54. Sodišče je najprej na podlagi dobesedne in sistematične razlage točke 31 navedene priloge ugotovilo, da je prepoved nalaganja stroškov absolutna.[25] Nato je, da bi potrdilo rezultat dobesedne razlage navedene določbe, uporabilo teleološko razlago.[26] V tem okviru je Sodišče opozorilo, da je, kot je navedeno v uvodni izjavi 17 Direktive 2005/29, pravna varnost bistven element za delovanje notranjega trga in da je za dosego tega cilja zakonodajalec v Prilogi I k navedeni direktivi zbral poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah štejejo za nepoštene.[27]

55. Sodišče je nato menilo, da cilj ne bi bil dosežen, če bi se Priloga I, točka 31, k Direktivi 2005/29 razlagala po eni strani tako, da vključuje element zavajanja, drugačen od okoliščin, opisanih v drugem delu navedene določbe, in po drugi strani tako, da dovoljuje, da se potrošniku naložijo „minimalni stroški“ v primerjavi z vrednostjo nagrade.[28] Navedlo je tudi ugotovitve, na katere se sklicuje družba P&C Düsseldorf in v skladu s katerimi bi bile pri drugačni razlagi potrebne težavne ocene, opravljene za vsak primer posebej, ki naj bi se jim izognilo prav z vključitvijo prakse v Prilogo I.

56. Na prvem mestu je treba opozoriti, da je Sodišče teleološko razlago uporabilo le za potrditev dobesedne razlage Priloge I, točka 31, k Direktivi 2005/29, ki je drugače kakor ta zadeva omogočala nedvoumen sklep.

[24] Sodba z dne 17. oktobra 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 48).

[25] Sodba Purely Creative in drugi (točki 30 in 36).

[26] Sodba Purely Creative in drugi (točka 43).

[27] Sodba Purely Creative in drugi (točka 46).

[28] Sodba Purely Creative in drugi (točki 46 in 47).

57. Na drugem mestu, ta uporaba teleološke razlage je omogočila izključitev, da v opisu poslovne prakse iz Priloge I obstaja element, ki je drugačen od okoliščin, ki so izrecno določene v navedeni določbi. Poleg tega je vedno treba preveriti, ali v obravnavanem primeru obstajajo okoliščine, ki ustrezajo opisu poslovne prakse iz Priloge I. Sodišče je namreč razsodilo, da je treba za uporabo te priloge nekatere okoliščine opredeliti za take, ki obstajajo „predvsem“ ali „povečini“, in upoštevati nekatere okoliščine, ki so posredno povezane z drugimi.[29]

58. Na tretjem mestu je treba ugotoviti, da je rezultat sklepanja Sodišča nasproten rezultatu, do katerega želi priti družba P&C Düsseldorf. Sodišče se je na teleološko razlago sklicevalo, da ne bi omejilo opredelitve „poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno“, medtem ko želi družba P&C Düsseldorf iz te opredelitve izključiti vse oblike plačila, razen v denarju.

59. Na četrtem mestu menim, da je sklepanje Sodišča popolnoma združljivo z drugim ciljem Direktive 2005/29, ki je prav tako naveden v sodbi Purely Creative in drugi,[30] in sicer zagotoviti visoko raven varstva potrošnikov.

60. Na petem mestu, z omejitvijo opredelitve pojma „poslovne prakse“ iz Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 na ugodnost v denarju bi lahko ta določba izgubila polni učinek, ker bi bilo mogoče s tako omejitvijo z lahkoto zaobiti prepoved „advertoriala“.[31] Kot navaja družba P&C Hamburg, s tega vidika razlikovanje med ugodnostmi v denarju in drugimi ugodnostmi s premoženjsko vrednostjo ne bi bilo nikakor prilagojeno realnosti novinarske prakse.

61. Cilji Direktive 2005/29 torej potrjujejo razlago, da ni pomembno, ali ima plačilo v smislu Priloge I, točka 11, k navedeni direktivi obliko ugodnosti v denarju ali druge ugodnosti s premoženjsko vrednostjo.

4. Zgodovinska razlaga

62. Evropski parlament je med pripravljalnimi deli s spremembo 72[32] predlagal, naj se poslovna praksa iz Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 opiše tako: „Oglaševane ponudbe, oglasi ali promocije, včasih imenovani z izrazom ‚advertorial‘, *ki se razširjajo za plačilo ali v skladu z drugimi vzajemnimi dogovori*, morajo biti v skladu z določbami Direktive, če njihovo vsebino nadzorujejo udeleženci na trgu in ne uredniki. Trgovci in uredniki navedejo, da so oglaševane ponudbe oglasi, na primer tako, da jih naslovijo ‚oglaševana ponudba‘“.[33]

63. Svet Evropske unije je tej spremembi nasprotoval z navedbo, da „[te] ni bilo moč sprejeti, saj ne opredeljuje prakse, ki je nepoštena v vseh okoliščinah, kar je merilo za vključitev v Prilogo“.[34] Komisija ni uporabila zadevne spremembe in Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 med

[29] Glej v tem smislu sodbo z dne 15. decembra 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, točka 30). Glej v tem smislu tudi sodbo z dne 3. aprila 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, točka 33).

[30] Sodba Purely Creative in drugi (točki 48 in 49).

[31] V zvezi s točko 14 navedene priloge glej po analogiji sodbo z dne 15. decembra 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, točka 31).

[32] Poročilo z dne 18. marca 2004 o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi direktiv 84/450/EGS, 97/7/ES in 98/27/ES (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) (A5-0188/2004 final).

[33] Moj poudarek.

[34] Skupno stališče (ES) št. 6/2005 z dne 15. novembra 2004, ki ga je sprejel Svet v skladu s postopkom, določenim v členu 251 Pogodbe o ustanovitvi Evropske Skupnosti, z namenom sprejetja Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 2006/2004 („Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah“) (UL 2005, C 38 E, str. 1).

pripravljalnimi deli ni bila bistveno spremenjena.[35] Vendar teh okoliščin ni mogoče razumeti tako, da je zakonodajalec Unije nasprotoval razlagi, po kateri se „advertorial“ ne razširja le za plačilo, temveč tudi v skladu z drugimi vzajemnimi dogovori.

64. Po eni strani je mogoče glede nasprotovanja Sveta spremembo 72 dejansko razumeti tako, da to ni opis poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno, temveč navodilo, ki omogoča, da se prepreči, da bi se uredniška vsebina štela za tako prakso („morajo biti v skladu z določbami Direktive […]. Trgovci in uredniki navedejo, da so oglaševane ponudbe oglasi“). Zato ne preseneča, da Komisija te spremembe ni uporabila v obliki, ki jo je predlagal Parlament.

65. Po drugi strani naj bi sprememba 72 podrobneje pojasnila ugodnost, ki naj bi jo zagotovil trgovec („razširjajo za plačilo ali v skladu z drugimi vzajemnimi dogovori“). Vendar je Parlament to spremembo obrazložil s sklicevanjem na cilj, da se prepreči preširoka razlaga izraza „advertorial“, ki bi ga bilo mogoče razumeti, kot da („nehote“) vključuje uredniški del. Iz tega sklepam, da je za Parlament dodatek odlomka, v skladu s katerim je „advertorial“ opredeljen z dejstvom, da „vsebino [objave] nadzorujejo udeleženci na trgu in ne uredniki“, pomenil spremembo prvotnega opisa, ki ga je predlagala Komisija. Lahko se tudi domneva, da je Parlament menil, da prvotno predlagani opis že pomeni, da ni nujno treba, da je ugodnost, ki jo zagotovi trgovec, v obliki plačila. Zdi se, da je to razumevanje spremembe 72 potrjeno z ugotovitvijo Komisije, da bi Komisija lahko sprejela neuporabljene spremembe, vključno s spremembo 72, in sicer vsaj delno.[36]

66. Pripravljalna dela v zvezi z Direktivo 2005/29 torej ne izpodbijajo razlage, da lahko vsaka ugodnost s premoženjsko vrednostjo pomeni plačilo v smislu Priloge I, točka 11, k navedeni direktivi.

5. Vmesni predlog

67. Ker dobesedna razlaga Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 ne omogoča oblikovanja zadovoljive ugotovitve in ob upoštevanju nedvoumnih ugotovitev, ki izhajajo iz sistematične in teleološke razlage, ki jim ne nasprotujejo ugotovitve na podlagi zgodovinske razlage, menim, da je treba navedeno določbo razlagati tako, da kadar se uredniška vsebina uporabi za promocijo izdelka, je to trgovec „plačal“, če je medijskemu podjetju zagotovil ugodnost v blagu, storitvah ali drugih elementih s premoženjsko vrednostjo.

68. Vprašanje, ki ga bom proučil zdaj, je, ali v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 taka ugodnost s premoženjsko vrednostjo pomeni protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, in če je odgovor pritrdilen, ali je bila taka protidajatev zagotovljena v okoliščinah postopka v glavni stvari.

[35] Po prvotnem predlogu Komisije je bil opis te prakse oblikovan tako: „Uporabiti uredniško vsebino v medijih za promocijo izdelka, ki jo je plačal trgovec sam, ne da bi to bilo jasno označeno v vsebini (‚advertorial‘).“ Glej Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi direktiv 84/450/EGS, 97/7/ES in 98/27/ES (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) (COM(2003) 356 final).

[36] Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu z dne 16. novembra 2004 (COM(2004) 753 final), str. 6.

E. Plačilo kot protidajatev za uporabo uredniške vsebine

69. Uporaba izraza „plačal“ in izrazov v drugih jezikovnih različicah Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 kaže na to, da je treba zagotoviti ugodnost s premoženjsko vrednostjo za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka ter da mora torej obstajati povezava med tako ugodnostjo in to promocijo izdelka.

70. V zvezi s tem je treba poudariti, da *a priori* obstaja pomenski odtenek, po katerem se opis iz navedene določbe prava Unije razlikuje od opisa v nemškem pravu. V skladu s Prilogo I, točka 11, k Direktivi 2005/29 poslovna praksa, imenovana „advertorial“, vključuje uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, *če je to promocijo plačal trgovec*, metem ko je v skladu s točko 11 Priloge k UWG trgovec plačal *uporabo uredniške vsebine* za promocijo izdelka. Sodišče je v sodbi RLvS [37] že pojasnilo točko 11 Priloge I k Direktivi 2005/29, pri čemer je menilo, da navedena določba podjetjem oglaševalcem nalaga obveznost jasne označitve, *da so financirala uredniško vsebino*. Navedena sodba torej potrjuje razlago izraza „plačal“, ki sem jo ravnokar navedel.

71. Iz istih razlogov, kot so navedeni v okviru analize prvega vprašanja, [38] bi se lahko trdilo, da tudi zgodovinska razlaga govori v prid te razlage. Namen spremembe 72, ki jo je predlagal Parlament, je bil namreč podrobneje pojasniti, da „advertorial“ zajema oglaševane ponudbe, oglase ali promocije, *ki se razširjajo za plačilo ali v skladu z drugimi vzajemnimi dogovori*. Kot sem pojasnil, se zdi, da se zavrnitev spremembe ni nanašala na dodatek tega podrobnejšega pojasnila.

72. Ob upoštevanju zgoraj navedenega je treba ugotoviti, da v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 ugodnost s premoženjsko vrednostjo, ki jo je trgovec zagotovil medijskemu podjetju, pomeni protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, tako da obstaja povezava med tako ugodnostjo in to promocijo izdelka.

73. V tem okviru menim, da je podelitev pravic do uporabe slik, na katero se sklicuje predložitveno sodišče v drugem delu drugega vprašanja, protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka.

74. Po eni strani namreč obstaja zanesljiva in neposredna povezava med ugodnostjo, ki jo je zagotovila družba P&C Düsseldorf, in promocijo s to uredniško vsebino, ker so bile pravice do uporabe slik dane na voljo medijskemu podjetju za obveščanje o reklami akciji, ki jo je prav tako organiziral ta trgovec, ter ker so bili na teh slikah, uporabljenih v tej vsebini, upodobljene trgovine družbe P&C Düsseldorf in izdelki, ki jih na prodaj ponuja ta trgovec.

75. Po drugi strani Priloga I, točka 11, k Direktivi 2005/29 ne določa nobenega minimalnega zneska, ki ga mora pomeniti ugodnost s premoženjsko vrednostjo, da bi se štela za plačilo v smislu navedene določbe. [39] Zato to, da je tudi medijsko podjetje samo krilo del stroškov v zvezi z objavo, ni pomembno. Objava uredniške vsebine vedno pomeni take stroške za medijsko podjetje. Ker Priloga I, točka 11, k Direktivi 2005/29 ne določa nobenega minimalnega zneska v zvezi z ugodnostjo s premoženjsko vrednostjo, ki jo zagotovi trgovec, se s to določbo ne zahteva, da obstaja enakovrednost med to ugodnostjo in stroški, ki jih ima medijsko podjetje.

[37] Sodba z dne 17. oktobra 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, točka 48).

[38] Glej točki 64 in 65 teh sklepnih predlogov.

[39] Poleg tega cilj zagotovitve večje pravne varnosti pri opredelitvi nepoštenih poslovnih praks, ki je naveden v uvodni izjavi 17 navedene direktive, ne bi bil uresničen, če bi države članice lahko določale, katere zneske je mogoče šteti za plačilo v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29. Glej po analogiji sodbo z dne 3. aprila 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, točka 26).

76. Ugotovitev iz točke 72 teh sklepnih predlogov bi torej lahko pomenila konec analize drugega vprašanja in predložitvenemu sodišču zagotovila koristen odgovor. Na podlagi navedene ugotovitve je namreč mogoče skleniti, da je treba Prilogo I, točka 11, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da mora ugodnost s premoženjsko vrednostjo pomeniti protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, tako da obstaja zanesljiva povezava med to ugodnostjo in to promocijo. Konkretno taka povezava obstaja, kadar medijsko podjetje objavi informacije o reklamni akciji, organizirani skupaj s trgovcem, ki da za to promocijo temu medijskemu podjetju na voljo pravice do uporabe slik, na katerih so upodobljeni njegove trgovine in izdelki, ki jih na prodaj ponuja ta trgovec.

77. Zaradi izčrpnosti bi se bilo treba tudi vprašati, ali je lahko zanesljiva povezava med ugodnostjo s premoženjsko vrednostjo in uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka tudi posredna ter, če je ustrezno, ali v obravnavanem primeru obstaja taka zanesljiva in posredna povezava med prispevanjem h kritju stroškov reklamne akcije, organizirane v sodelovanju z medijskim podjetjem, in objavo spornega članka. Ločeno gledano, skupna organizacija take reklamne akcije ne pomeni neposredne povezave s to objavo. Zdi se, da je predložitveno sodišče ravno zaradi neobstoja take neposredne povezave predpostavljalo, da ta reklamna akcija in ta članek tvorita celoto. [40]

78. Ne bom vnaprej izključil, da lahko posredna povezava med ugodnostjo s premoženjsko vrednostjo, ki jo zagotovi medijsko podjetje, in uporabo njegove uredniške vsebine za promocijo izdelka zadostuje za ugotovitev obstoja poslovne prakse, ki je nepoštena v vseh okoliščinah, v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29. Z nasprotno razlago te določbe bi se tej lahko odvzel polni učinek, saj bi zahteva neposredne povezave omogočala, da se zlahka zaobide absolutna prepoved „advertoriala“. [41]

79. Vendar bi bila posredna povezava med prispevanjem h kritju stroškov reklamne akcije, organizirane v sodelovanju z medijskim podjetjem, in objavo spornega članka vzpostavljena le na podlagi dvomljive domneve in torej ne bi bila zanesljiva.

80. Najprej, če bi se štelo, da je trgovec plačal uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, kadar medijsko podjetje obvešča o reklamni akciji, organizirani v sodelovanju s trgovcem, bi to namreč pomenilo priznavanje obstoja domneve, da naj bi bil ta trgovec povezan s tem podjetjem za izvedbo take promocije. Dalje, če bi se sprejela upoštevnost te domneve v okviru Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29, bi lahko ta domneva postala neovrgljiva ob upoštevanju tega, da bi šlo za poslovno prakso, ki je v vseh okoliščinah nepoštena. Nazadnje, ta poslovna praksa bi se štela za dejanje tega trgovca, čeprav bi njegova udeležba pri uporabi uredniške vsebine za promocijo temeljila zgolj na navedeni domnevi.

81. Vendar lahko trgovec z uveljavljanjem svobode gospodarske pobude sodeluje z medijskim podjetjem, ki lahko izvaja različne dejavnosti, ne za to, da bi si zagotovil medijsko pokrivanje, temveč da bi izkoristil sloves tega podjetja, njegovo znanje, vire ali poslovne stike.

[40] Glej točko 39 teh sklepnih predlogov.

[41] Glej po analogiji sodbo z dne 15. decembra 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, točka 31). Sodišče je bilo v navedeni sodbi pozvano, naj pojasni, ali je treba Prilogo I, točka 14, k Direktivi 2005/29 razlagati tako, da se lahko poslovna praksa na podlagi te določbe opredeli kot „piramidni sistem pospeševanja prodaje“, tudi če se ugotovi, da obstaja le posredna povezava med prispevki, ki jih plačajo novi člani takega sistema, in nagradami, ki jih prejmejo obstoječi člani. Sodišče je v zvezi s tem menilo, da je lahko plačilo nagrade, ki jo lahko prejme obstoječi član, posredno odvisno od prispevkov, ki jih plačajo novi udeleženci sistema.

82. Če plačila v smislu Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 ni, se poslovna praksa ne more v vseh okoliščinah šteti za nepošteno na podlagi navedene določbe. Taka poslovna praksa, ki ni navedena v tej prilogi, se lahko nazadnje razglasi za nepošteno po proučitvi njenih značilnosti v vsakem primeru posebej glede na merila iz členov od 5 do 9 navedene direktive.

83. Brez poseganja v zgornje pripombe v zvezi s prispevanjem h kritju stroškov reklamne akcije, organizirane v sodelovanju z medijskim podjetjem, vztrajam pri ugotovitvi iz točke 76 teh sklepnih predlogov.

84. Poleg tega opozarjam, da je treba za ugotovitev obstoja poslovne prakse, ki se v vseh okoliščinah šteje za nepošteno, iz Priloge I, točka 11, k Direktivi 2005/29 vedno preveriti, ali so izpolnjeni tudi drugi pogoji iz navedene določbe kot tisti v zvezi s plačilom promocije izdelka. V okoliščinah, kot so te iz postopka v glavni stvari, je treba med drugim preveriti, ali gre za „uredniško vsebino“ v smislu navedene določbe, pri čemer Sodišče tega pojma v svoji sodni praksi ni razložilo, in ali iz zadevnega članka ne izhaja jasno, da gre za vsebino, ki jo je sofinanciral trgovec. Vendar ti drugi pogoji niso predmet vprašanj za predhodno določanje, naslovljenih na Sodišče, zato v teh sklepnih predlogih niso proučeni.

VI. Predlog

85. Ob upoštevanju zgornjih preudarkov Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče, Nemčija), odgovori:

Prilogo I, točka 11, k Direktivi Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva o nepoštenih poslovnih praksah) je treba razlagati tako, da kadar se uredniška vsebina uporabi za promocijo izdelka, je to trgovec „plačal“, tudi če je medijskemu podjetju zagotovil ugodnost v blagu, storitvah ali drugih elementih s premoženjsko vrednostjo.

Taka ugodnost s premoženjsko vrednostjo mora pomeniti protidajatev za uporabo uredniške vsebine za promocijo izdelka, tako da obstaja zanesljiva povezava med to ugodnostjo in to promocijo.

Konkretno taka povezava obstaja, kadar medijsko podjetje objavi informacije o reklamni akciji, organizirani skupaj s trgovcem, ki da za to promocijo temu medijskemu podjetju na voljo pravice do uporabe slik, na katerih so upodobljeni njegove trgovine in izdelki, ki jih na prodaj ponuja ta trgovec.