CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 24 juni 2021 [1]

Zaak C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, wettelijk vertegenwoordigd door Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
tegen
Peek & Cloppenburg KG, wettelijk vertegenwoordigd door Van Graaf Management GmbH

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Bescherming van de consument – Oneerlijke handelspraktijken – Publiciteitsactie – Bevordering van de verkoop van producten van het mediabedrijf en van de handelaar"

I. Inleiding

1. Een citaat dat wordt toegeschreven aan H.G. Wells luidt: „Reclame is gelegaliseerd liegen." Of die stelling klopt, laat ik in het midden, maar vaststaat dat reclame die als redactionele inhoud wordt voorgesteld zonder duidelijk aan te geven dat het om reclame gaat, in het Unierecht niet „gelegaliseerd" is.

2. Volgens punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG [2] vormen advertorials immers handelsprakijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd, zonder dat zij moeten worden onderworpen aan een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van deze richtlijn. Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat die richtlijn de adverterende ondernemingen verplicht om het duidelijk aan te geven wanneer zij redactionele inhoud in de media hebben gefinancierd met de bedoeling om reclame te maken voor een van hun producten of diensten. [3]

3. Deze prejudiciële verwijzing biedt het Hof de gelegenheid de strekking van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 te verduidelijken. Het Hof wordt meer specifiek verzocht om uitlegging te geven aan het begrip „betaald", dat in deze bepaling wordt gebruikt om het voordeel te beschrijven dat de adverterende onderneming aan het mediabedrijf verstrekt.

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB 2005, L 149, blz. 22).

[3] Arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 48).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. In artikel 5, lid 5, van richtlijn 2005/29 is bepaald:

„Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn."

5. Punt 11 van bijlage I bij die richtlijn luidt als volgt:

„Redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt (advertorial) [...]."

B. Duits recht

6. Richtlijn 2005/29 is omgezet bij het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet inzake oneerlijke mededing), in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding (hierna: „UWG")[4]. In § 3 UWG, met als opschrift „Verbod op oneerlijke handelspraktijken", is in de leden 1 en 3 het volgende bepaald:

„1. Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

[...]

3. De in de bijlage bij deze wet genoemde handelsgedragingen jegens consumenten zijn altijd ontoelaatbaar. [...]"

7. Punt 11 van de in § 3, lid 3, UWG genoemde bijlage bij deze wet luidt als volgt:

„het gebruik van redactionele inhoud, waarvoor de handelaar heeft betaald, om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt (advertorial)".

III. Feiten in het hoofdgeding

8. Peek & Cloppenburg KG, vertegenwoordigd door Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (hierna: „P&C Düsseldorf"), en Peek & Cloppenburg KG, vertegenwoordigd door Van Graaf Management GmbH (hierna: „P&C Hamburg"), zijn twee ondernemingen die juridisch en economisch onafhankelijk van elkaar zijn en die beide onder de naam „Peek & Cloppenburg" verschillende filialen in de detailhandel in kleding exploiteren. Zij zijn actief in verschillende regio's van Duitsland, waarbij steeds slechts één van de twee partijen kledingzaken heeft in de respectieve regio. De partijen maken onafhankelijk en los van elkaar reclame voor hun eigen kledingzaken.

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

9. In maart 2011 werd in het modetijdschrift *GRAZIA* op een dubbele pagina een bijdrage gepubliceerd met het opschrift „Lezersaanbieding", waarin de lezers werden uitgenodigd voor een „exclusieve Late-Night-Shopping", te weten de „GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg".

10. Op de achtergrond waren foto's van winkels te zien, waarop boven de ingang in lichtreclame „Peek & Cloppenburg" te lezen stond. Op de voorgrond stond de tekst: „Dé nacht voor alle GRAZIA-girls: struin na sluitingstijd met ons door onze fashion-tempel! Met champagne en persoonlijke stylist. Hoe je V.I.S. (Very Important Shopper) wordt? Door je heel snel aan te melden!" In de bijdrage werd erop gewezen dat er twee onafhankelijke ondernemingen met de naam Peek & Cloppenburg bestaan en dat de informatie in dit geval afkomstig was van „Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf".

11. In een bij het Landgericht Hamburg (rechter in eerste aanleg Hamburg, Duitsland) ingestelde vordering heeft P&C Hamburg aangevoerd dat de genoemde handelspraktijk in strijd was met het verbod op redactionele reclame op grond van § 3, lid 3, UWG juncto punt 11 van de bijlage bij deze wet. P&C Hamburg heeft de rechter verzocht om haar concurrent P&C Düsseldorf te verbieden advertenties te doen publiceren zonder daarbij duidelijk aan te geven dat het om advertenties gaat, haar te veroordelen tot het verstrekken van bepaalde informatie en haar te verplichten tot betaling van schadevergoeding.

12. De rechter in eerste aanleg heeft het door P&C Hamburg gevorderde toegewezen. Het hoger beroep van P&C Düsseldorf bij de rechter in tweede aanleg, het Oberlandesgericht Hamburg (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hamburg, Duitsland), werd afgewezen. Met haar beroep in *Revision* verzoekt P&C Düsseldorf de verwijzende rechter om de vordering van P&C Hamburg ongegrond te verklaren.

IV. Prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

13. Het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland), dat uitspraak dient te doen op het door P&C Düsseldorf ingestelde beroep in *Revision*, heeft bij beslissing van 25 juni 2020, ingekomen bij het Hof op 7 augustus 2020, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is er slechts sprake van de ‚betaling' voor reclame in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn [2005/29] wanneer een tegenprestatie in geld wordt verricht voor het gebruik van redactionele inhoud in media om reclame te maken, of strekt het begrip ‚betaling' zich uit tot elke vorm van tegenprestatie, zonder dat van belang is of deze bestaat in geld, goederen of diensten of overige vermogensbestanddelen?

2) Onderstelt punt 11 van bijlage I bij richtlijn [2005/29] dat de handelaar het mediabedrijf het op geld waardeerbare voordeel als tegenprestatie voor het gebruik van redactionele inhoud verschaft en, indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet ook worden aangenomen dat er sprake is van een dergelijke tegenprestatie in een geval waarin het mediabedrijf verslag doet van een samen met een handelaar georganiseerde publiciteitsactie, wanneer de handelaar het mediabedrijf voor het verslag beeldrechten ter beschikking heeft gesteld, beide ondernemingen in de kosten en lasten van de publiciteitsactie hebben deelgenomen en de publiciteitsactie dient ter bevordering van de verkoop van de producten van beide ondernemingen?"

14. P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, de Hongaarse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. In dit geval heeft er geen terechtzitting plaatsgevonden.

V. Analyse

15. In de toelichting bij zijn twee prejudiciële vragen legt de verwijzende rechter uit dat de slaagkansen van het bij hem aanhangige beroep afhankelijk zijn van de uitlegging die moet worden gegeven aan punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29. Hij vermeldt dat artikel 5, lid 5, van die richtlijn en punt 11 van bijlage I respectievelijk zijn omgezet in het Duitse recht bij § 3, lid 3, UWG en punt 11 van de in § 3, lid 3, genoemde bijlage bij het UWG en dat deze bepalingen van het Duitse recht derhalve moeten worden uitgelegd overeenkomstig de richtlijn.

16. Gelet op de specifieke kenmerken van de juridische en feitelijke omstandigheden die aan de orde zijn in deze prejudiciële verwijzing, lijkt het mij dienstig om eerst in te gaan op de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 alvorens de prejudiciële vragen te onderzoeken.

17. Meer specifiek zal ik ten eerste onderzoeken of de praktijk in het hoofdgeding een handelspraktijk is in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29 en derhalve onderworpen is aan de voorschriften van die richtlijn, en ten tweede of het feit dat de prejudiciële vragen zijn voorgelegd in een geding tussen twee concurrenten tot gevolg kan hebben dat de richtlijn niet kan worden toegepast.

A. Vraag of de praktijk aan de orde in het hoofdgeding een handelspraktijk is

18. De verwijzende rechter verwijst naar de toelichting van de rechter in tweede aanleg en geeft aan dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk niet bestaat in de organisatie van de in de bijdrage aangekondigde en beschreven evenementen, maar wel in de publicatie van die bijdrage. [5]

19. De verwijzende rechter geeft eveneens aan dat de beoordeling van de rechter in tweede aanleg, namelijk dat de publicatie in kwestie een gezamenlijke handelspraktijk van P&C Düsseldorf en het tijdschrift *GRAZIA* is en tot doel heeft de verkoop van beide ondernemingen te bevorderen, geen blijk lijkt te geven van een onjuiste rechtsopvatting. De vordering van P&C Hamburg is echter uitsluitend gericht tegen P&C Düsseldorf.

20. Om binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 te vallen, moet de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk een handelspraktijk in de zin van artikel 2, onder d), van die richtlijn zijn.

21. De praktijk moet dus uitgaan van een „handelaar” in de zin van artikel 2, onder b), van de richtlijn, dat wil zeggen dat deze praktijk moet worden verricht door een persoon die handelt in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit of namens of voor rekening

[5] In de toelichting van de prejudiciële verwijzing stelt de verwijzende rechter dat „de bekritiseerde publiciteitsactie enkel in de publicatie van de bijdrage en niet in de organisatie van de daarin aangekondigde en beschreven evenementen bestaat” en dat „een landelijke publiciteitsactie [van P&C Düsseldorf] in het modetijdschrift in het geding is”. In de formulering van de tweede prejudiciële vraag en in andere passages van de toelichting bij de prejudiciële verwijzing wordt de term „publiciteitsactie” echter gebruikt om de in de winkels van P&C Düsseldorf georganiseerde evenementen te beschrijven waarop de bijdrage in het tijdschrift *GRAZIA* betrekking had. Om verwarring te vermijden, ga ik ervan uit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk bestaat in de publicatie van de bijdrage en zal de term „publiciteitsactie” in deze conclusie worden gebruikt om de daarin aangekondigde en beschreven evenementen aan te duiden.

van een handelaar.[6] Voorts moet de praktijk een handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie vormen „die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”.[7]

22. Zoals de verwijzende rechter onder verwijzing naar de vaststellingen van de rechter in tweede aanleg heeft opgemerkt, is de betrokken praktijk door P&C Düsseldorf verricht[8] en werd deze praktijk gebruikt om de verkoop van die ondernemer te bevorderen. De praktijk gaat uit van P&C Düsseldorf, maakt deel uit van de commerciële strategie van die onderneming en dient rechtstreeks om haar verkoop en afzet te bevorderen. Die praktijk vormt derhalve een handelspraktijk in de zin van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29 en valt dus binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijn.[9]

23. Aan deze overweging wordt noch afgedaan door het feit dat de in het tijdschrift *GRAZIA* gepubliceerde bijdrage betrekking had op een door P&C Düsseldorf in samenwerking met dat tijdschrift opgezette publiciteitsactie, noch door het feit dat de bijdrage de verkoop van beide ondernemers moest bevorderen.

24. Zoals het Hof reeds heeft aangegeven kan richtlijn 2005/29, gelet op de definitie van het begrip „handelaar” in artikel 2, onder b), van toepassing zijn in een situatie waarin een andere onderneming dan de ondernemer, die in naam en/of voor rekening van laatstgenoemde optreedt, tot de handelspraktijken overgaat, zodat de bepalingen van de richtlijn in bepaalde situaties tegen zowel deze ondernemer als deze onderneming kunnen worden ingeroepen, aangezien beide onder de definitie van „handelaar” vallen.[10] A fortiori kan niet worden uitgesloten dat één handelspraktijk aan twee afzonderlijke ondernemers kan worden toegeschreven wanneer deze zowel voor eigen rekening optreden als voor rekening van een medewerkende onderneming. Ook een dergelijke handelspraktijk zou onder de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 vallen. Zoals ik reeds heb opgemerkt in punt 19 van deze conclusie, is de vordering van P&C Hamburg evenwel slechts gericht tegen P&C Düsseldorf, waardoor de vraag of de bepalingen van de richtlijn tegen het tijdschrift *GRAZIA* kunnen worden ingeroepen, in de onderhavige zaak niet aan de orde is.[11]

25. De juridische kwalificatie in punt 22 van deze conclusie komt overigens in wezen overeen met de door de verwijzende rechter gehanteerde kwalificatie. Die rechter geeft immers aan dat de publicatie van de bijdrage volgens de rechter in tweede aanleg een handelspraktijk was in de zin van zowel § 2, lid 1, punt 1, UWG als artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29. Hij bevestigt bovendien dat de beoordeling door de rechter in tweede aanleg geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals ik die overweging begrijp, ziet zij eveneens op de juridische kwalificatie van de publicatie van de bijdrage in het licht van voornoemde Unierechtelijke bepaling.

6 Zie in die zin arrest van 4 oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punt 32). In artikel 2, onder b), van richtlijn 2005/29, is een „handelaar” gedefinieerd als „een natuurlijke persoon of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt”.

7 Zie arrest van 4 oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punten 42 en 43).

8 Zie voetnoot 5 van deze conclusie en met name de vermelding dat „een landelijke publiciteitsactie [van P&C Düsseldorf] in het modetijdschrift in het geding is”.

9 Zie in die zin arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 36).

10 Zie in die zin arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 38).

11 Hoewel ik niet nader wil ingaan op het mogelijke antwoord op die vraag, is het juist dat punt 39 van het arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), de indruk kan wekken dat de publicatie van een bijdrage niet kan worden beschouwd als een handelspraktijk die uitgaat van een persuitgever. De zaak die tot dat arrest heeft geleid, had echter betrekking op bijdragen over evenementen die losstonden van een persuitgever, terwijl de onderhavige zaak de publicatie betreft van een bijdrage over een publiciteitsactie die door een persuitgever werd georganiseerd in samenwerking met P&C Düsseldorf.

26. In dat verband vestigt de verwijzende rechter de aandacht op een nuance in het begrip „handelspraktijk" zoals dat is gedefinieerd in het Duitse recht. Hij legt uit dat dit begrip in § 2, lid 1, punt 1, UWG is gedefinieerd als elke actie van een persoon ten behoeve van diens eigen onderneming of een derde onderneming die plaatsvindt vóór, tijdens of na de afronding van een commerciële transactie en die objectief verband houdt met de bevordering van de verkoop of de levering van producten of diensten. Volgens de verwijzende rechter is het begrip „handelspraktijk" in het Duitse recht ruimer dan het in artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29 gehanteerde begrip, aangezien het ook ziet op handelingen van derden ter bevordering van de verkopen of aankopen van een derde onderneming die niet voor rekening of in naam van de handelaar optreedt. De verwijzende rechter is evenwel van oordeel dat richtlijn 2005/29 zich er niet tegen verzet dat het begrip „handelspraktijken" in het nationale recht een ruimere definitie krijgt, aangezien de richtlijn slechts een „deelaspect" van het recht inzake oneerlijke concurrentie regelt.

27. Hoe dan ook wordt het Hof niet verzocht te verduidelijken of § 2, lid 1, punt 1, UWG een juiste omzetting vormt van artikel 2, onder d), van richtlijn 2005/29. Om de prejudiciële vragen te beantwoorden, hoeft evenmin te worden bepaald in hoeverre de in het Duitse recht gegeven definitie ruimer is dan die in het Unierecht. Er moet alleen worden bepaald of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde praktijk een handelspraktijk van P&C Düsseldorf in de zin van de richtlijn is, wat – zoals ik heb aangegeven [12] – het geval is.

B. Betwisting van een handelspraktijk in het kader van een geschil tussen twee concurrenten

28. Deze prejudiciële verwijzing vindt haar oorsprong in een geding waarin P&C Hamburg de rechter verzoekt om haar concurrent P&C Düsseldorf te verbieden advertenties te doen publiceren zonder daarbij duidelijk aan te geven dat het om advertenties gaat, haar te veroordelen tot het verstrekken van bepaalde informatie en haar te verplichten tot betaling van schadevergoeding. In de context van dat geding wenst de verwijzende rechter te vernemen of de publicatie van de betrokken bijdrage een handelspraktijk als bedoeld in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 is en derhalve in alle omstandigheden als oneerlijk moet worden beschouwd.

29. Het is juist dat er van een handelspraktijk in de zin van richtlijn 2005/29 alleen maar sprake kan zijn als deze praktijk betrekking heeft op enerzijds een handelaar en anderzijds een consument. [13]

30. Dat in het hoofdgeding twee handelaren tegenover elkaar staan, die elkaars concurrenten lijken te zijn, betekent echter niet automatisch dat de nationale bepalingen tot omzetting van richtlijn 2005/29 in de onderhavige zaak niet van toepassing zijn.

31. Het Hof heeft immers reeds aangegeven dat nationale bepalingen die een oneerlijke handelspraktijk op straffe van sancties verbieden in het belang van de consument, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2005/29 vallen. [14] Het belang van consumenten kan worden beschermd middels gedingen die aanhangig worden gemaakt door concurrenten, waarbij de gedingen in dat geval de vorm van *private enforcement* van het consumentenrecht aannemen, zoals beschreven in artikel 11, lid 1, van die richtlijn. In dat artikel is bepaald dat de lidstaten

[12] Zie punt 22 van deze conclusie.

[13] Zie mijn conclusie in de zaak Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punt 40).

[14] Zie arrest van 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punt 33).

zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. Daartoe kunnen ook wettelijke bepalingen behoren op grond waarvan concurrenten in rechte kunnen optreden tegen die praktijken.

32. Het feit dat een concurrent zijn eigen belang heeft bij een dergelijk optreden in rechte, kan niet tot gevolg hebben dat de toepassing van richtlijn 2005/29 is uitgesloten.

33. Richtlijn 2005/29 is namelijk vastgesteld op grond van artikel 114 VWEU en heeft, zoals in artikel 1 van die richtlijn is vermeld, onder meer als doelstelling bij te dragen aan de goede werking van de interne markt.[15] In dat verband is in de overwegingen 6 en 8 aangegeven dat deze richtlijn de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze beschermt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten en dat zij derhalve ook indirect de economische belangen van legitieme concurrenten beschermt.[16] Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt onder verwijzing naar overweging 6 van de richtlijn, zijn enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die „alleen" de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.[17]

C. Opmerkingen inzake het onderwerp en de reikwijdte van de prejudiciële vragen

34. Met zijn twee prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of de aan de orde zijnde handelspraktijk, gelet op de omstandigheden van het hoofdgeding en meer in het bijzonder de door P&C Düsseldorf aan het mediabedrijf (de uitgever van het tijdschrift *GRAZIA*) verschafte voordelen, een handelspraktijk is die onder alle omstandigheden als oneerlijk wordt beschouwd in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29. Hoewel in die bepaling meerdere voorwaarden worden genoemd om te kunnen stellen dat er sprake is van een in alle omstandigheden als oneerlijk beschouwde handelspraktijk, hebben deze twee prejudiciële vragen slechts betrekking op de voorwaarde aangaande de betaling voor de reclame voor een product.

35. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer redactionele inhoud wordt gebruikt om reclame te maken voor een product, die reclame niet alleen door de handelaar wordt „betaald" als die handelaar het mediabedrijf een voordeel in geld verschaft om reclame te maken, maar ook als hij een voordeel verschaft dat bestaat in goederen, diensten of andere vermogensbestanddelen.[18]

36. De tweede prejudiciële vraag bestaat uit twee delen. Met het eerste deel van deze vraag, waarop slechts hoeft te worden geantwoord indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, wenst de verwijzende rechter te vernemen of een dergelijk voordeel met een

15 Zie in die zin mijn conclusie in de zaak Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punt 32). Zie, wat het verband tussen de goede werking van de interne markt en de verschillende vormen van *private enforcement* van het Unierecht betreft, naar analogie arrest van 17 september 2002, Muñoz en Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, punten 29-32).

16 Zie in die zin ook arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 40), waarin het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 2005/29 tot doel heeft bescherming te bieden aan de consumenten van de producten en diensten van die ondernemingen, maar ook van hun legitieme concurrenten.

17 Zie arresten van 14 januari 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, punt 39), en 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punt 30).

18 Ik merk op dat de verwijzende rechter het Hof niet verzoekt om te verduidelijken of een betaling de vorm kan aannemen van een immaterieel voordeel. Voor de volledigheid zij erop gewezen dat die vraag in de rechtsliteratuur bevestigend wordt beantwoord. Zie Namysłowska, M., en Sztobryn, K., „Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych", *Państwo i Prawo*, 2008, deel 11, blz. 61.

vermogenswaarde, voor de toepassing van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, kan worden beschouwd als tegenprestatie voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product.

37. Hoewel het gebruik van het begrip „tegenprestatie" die wordt verricht „voor het gebruik van redactionele inhoud" in de bewoordingen van de eerste vraag de indruk kan wekken dat deze vraag samenvalt met het eerste deel van de tweede vraag, is dat niet het geval. Waar de verwijzende rechter met de eerste vraag wenst te vernemen of de betaling een andere vorm kan aannemen dan een betaling in geld, wenst hij met het eerste deel van de tweede vraag immers te vernemen of een dergelijke betaling, zoals hij in de toelichting bij het verzoek om een prejudiciële beslissing aangeeft, een tegenprestatie met een vermogenswaarde „in de zin van een wederkerigheidsrelatie" moet zijn.

38. Deze vraag sluit aan bij de argumenten die P&C Düsseldorf in haar beroep in *Revision* heeft aangevoerd, te weten dat om van een onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwde handelspraktijk te kunnen spreken, een door de handelaar verschaft voordeel verband moet houden met de redactionele inhoud, zodat kan worden gesteld dat de reportage met die betaling door de handelaar is „gekocht". Die conclusie kan volgens P&C Düsseldorf echter niet worden getrokken op basis van het feit dat de handelaar deelneemt in de kosten van de publiciteitsactie die samen met een mediabedrijf wordt georganiseerd en die beide ondernemers ten goede komt. In een dergelijk geval wordt alleen het gezamenlijk georganiseerde evenement mede betaald, terwijl het mediabedrijf met de redactionele bijdrage slechts uit eigen belang de publiciteitsactie aankondigt.

39. De verwijzende rechter merkt dienaangaande op dat het verband waar P&C Düsseldorf naar verwijst, reeds zou kunnen worden vastgesteld op basis van het feit dat de publiciteitsactie en de bijdrage kunnen worden gezien als onderdelen van een en dezelfde publiciteitsactie, die alleen in haar geheel kan worden beoordeeld. Er zijn echter ook andere uitkomsten mogelijk. Met betrekking tot die overweging wijst de verwijzende rechter erop dat P&C Düsseldorf volgens de vaststellingen van de rechter in tweede aanleg onder meer gebruiksrechten op het in de bijdrage gebruikte beeldmateriaal ter beschikking heeft gesteld aan het mediabedrijf. Volgens de verwijzende rechter lijkt op zijn minst een gedeelte van de door P&C Düsseldorf verrichte prestaties met een vermogenswaarde dus concreet verband te houden met de publicatie van de bijdrage.

40. Zoals blijkt uit de formulering van de tweede vraag, is het tweede deel ervan alleen relevant als het eerste deel bevestigend wordt beantwoord. Met het tweede deel van de tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of voor het gebruik van de redactionele inhoud is „betaald" in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 indien de handelaar beeldrechten ter beschikking heeft gesteld aan het mediabedrijf en wanneer de twee ondernemers hebben deelgenomen in de kosten en lasten van de publiciteitsactie die dient ter bevordering van de verkoop van hun producten.

41. Aangezien deze twee vragen betrekking hebben op hetzelfde onderwerp en intrinsiek met elkaar verbonden zijn, moeten zij mijns inziens gezamenlijk worden beoordeeld en beantwoord.

42. Derhalve moet eerst worden bepaald of punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer redactionele inhoud wordt gebruikt om reclame te maken voor een product, die reclame niet alleen door de handelaar wordt „betaald" als deze het mediabedrijf om reclame te maken een voordeel in geld verschaft, maar ook als hij een voordeel verschaft dat bestaat in goederen, diensten of andere vermogensbestanddelen (onder D).

43. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet vervolgens worden bepaald of een dergelijk voordeel met een vermogenswaarde, voor de toepassing van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, kan worden beschouwd als tegenprestatie voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product, waardoor er een verband zou bestaan tussen het voordeel en de reclame. Indien dat het geval is, moet worden nagegaan of, wanneer een mediabedrijf verslag uitbrengt over een samen met een handelaar georganiseerde publiciteitsactie, het aan het mediabedrijf ter beschikking stellen van gebruiksrechten op beeldmateriaal en/of de deelname in de kosten en lasten van die publiciteitsactie een dergelijke tegenprestatie vormt (onder E).

D. Betaling in de vorm van een voordeel met een vermogenswaarde

1. Letterlijke uitlegging

44. Zoals blijkt uit overweging 5 van richtlijn 2005/29 was de Uniewetgever van mening dat belemmeringen voor het grensoverschrijdend verrichten van diensten, het vrije verkeer van goederen en de vrijheid van vestiging alleen kunnen worden weggenomen door uniforme regels vast te stellen en door bepaalde rechtsbegrippen te verduidelijken. Daaruit leid ik af dat de in deze richtlijn gebruikte begrippen volgens de Uniewetgever in beginsel autonome Unierechtelijke begrippen zijn.

45. Volgens de verschillende taalversies van richtlijn 2005/29 en de daarin gebruikte bewoordingen kan punt 11 van bijlage I bij die richtlijn aldus worden begrepen dat betaling de vorm van een voordeel in geld moet aannemen [19] of, volgens de ruimere bewoordingen die in andere taalversies worden gebruikt, dat betaling de vorm van elk voordeel met een vermogenswaarde kan aannemen [20].

[19] Voorbeelden hiervan zijn de Spaanse versie („pagando"), de Tsjechische („zaplatil"), de Deense („betalt"), de Duitse („bezahlt"), de Estse („maksnud"), de Engelse („paid for"), de Letse („ir samaksājis"), de Litouwse („sumokėjo"), de Nederlandse („betaald"), de Poolse („zapłacił"), de Roemeense („a plătit"), de Slowaakse („zaplatil"), de Sloveense („plačal"), de Finse („maksanut") en de Zweedse („betalat"), waarin verschillende grammaticale vormen van het werkwoord „betalen" worden gebruikt.

[20] Dat is vooral het geval in de Italiaanse versie: „costi [...] sostenuti", wat vrij vertaald neerkomt op „het dragen van de kosten van de reclame". In dezelfde zin lijken ook de Franse („financer"), de Hongaarse („fizetett") en de Portugese („financiar") versie naast geld ook andere voordelen met een vermogenswaarde niet uit te sluiten.

46. Vanwege die verschillen kan geen eenduidige conclusie worden bereikt ten aanzien van welke voordelen als betaling in de zin van punt 11 van bijlage I bij de richtlijn kunnen worden beschouwd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten derhalve andere uitleggingsmethoden dan een letterlijke uitlegging worden gebruikt. [21]

2. Systematische uitlegging

47. De bepalingen van richtlijn 2005/29 zijn vooral geformuleerd vanuit de optiek van de consument als doelwit en slachtoffer van oneerlijke handelspraktijken. [22] In het aldus opgezette systeem wordt de in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 beschreven praktijk beschouwd als een „onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwde handelspraktijk" en, zoals blijkt uit de opschriften in die bijlage, als „misleidende handelspraktijk".

48. De tweedeling tussen handelspraktijken die in alle omstandigheden oneerlijk zijn en handelspraktijken die slechts oneerlijk kunnen worden verklaard na een individueel onderzoek tegen de achtergrond van de in de artikelen 5 tot en met 9 van richtlijn 2005/29 vermelde criteria, berust op de overweging dat alleen de handelspraktijken die de consumenten het meest schaden, absoluut verboden zijn. [23]

49. Vanuit het oogpunt van de consument maakt het weinig uit of een betaling voor het gebruik van redactionele inhoud al dan niet de vorm van een voordeel in geld aanneemt. De in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 beschreven handelspraktijk wordt onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwd vanwege de misleiding waartoe deze aanleiding kan geven. Om dat te voorkomen, verplicht richtlijn 2005/29, en in het bijzonder punt 11 van bijlage I bij die richtlijn, zoals het Hof reeds heeft aangegeven, „de adverterende ondernemingen, wanneer zij een redactionele inhoud in de media hebben gefinancierd met de bedoeling een van hun producten of diensten te promoten, ertoe dit duidelijk aan te geven". [24]

50. De systematische uitlegging van richtlijn 2005/29 pleit dus voor de stelling dat de vorm van de betaling, te weten een voordeel in geld of een ander voordeel met een vermogenswaarde, van geen belang is.

[21] In het arrest 4finance heeft het Hof het resultaat van de letterlijke uitlegging van punt 14 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 bevestigd onder verwijzing naar de teleologische uitlegging van dat punt en heeft het erop gewezen dat het vereiste van een uniforme toepassing en uitlegging van een Uniehandeling meebrengt dat deze handeling niet op zichzelf in een van haar taalversies mag worden beschouwd, maar moet worden uitgelegd zowel naar de werkelijke bedoeling van de auteur ervan als naar het door deze laatste nagestreefde doel, gelet op onder meer de in alle talen geredigeerde versies (arrest van 3 april 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, punten 19, 20 en 24). In het arrest Trento Sviluppo en Centrale Adriatica heeft het Hof, nog steeds met betrekking tot die richtlijn, aangegeven dat wanneer er verschillen zijn tussen de verschillende taalversies, bij de uitlegging van de betrokken bepaling moet worden gelet op de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (arrest van 19 december 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, punt 26). In het arrest Purely Creative e.a. heeft het Hof de prejudiciële vragen met betrekking tot punt 31 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 beantwoord op basis van de letterlijke uitlegging (punten 25 en 26), de historische uitlegging (punt 28), de systematische uitlegging (punten 35 en 42) en de teleologische uitlegging (punt 43) van dat punt (arrest van 18 oktober 2012, C-428/11, EU:C:2012:651; hierna: „Purely Creative e.a."). In diezelfde lijn is het Hof in het arrest Wind Tre en Vodafone Italia uitgegaan van de letterlijke (punt 43), de systematische (punt 45) en de teleologische uitlegging (punt 54) om de prejudiciële vraag met betrekking tot punt 21 van bijlage I bij de richtlijn te beantwoorden (arrest van 13 september 2018, C-54/17 en C-55/17, EU:C:2018:710). In die twee laatste arresten heeft het Hof niet vermeld dat er verschillen bestaan tussen de taalversies van de richtlijn. Niettemin bevestigt de methode die in deze arresten is gehanteerd dat het resultaat van de letterlijke uitlegging dat van andere uitleggingsmethoden niet mag overschaduwen.

[22] Zie arrest van 16 april 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, punt 52).

[23] Zie arrest van 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punt 32). Tijdens de voorbereidende werkzaamheden heeft de Commissie aangegeven dat bijlage I bij richtlijn 2005/29 de handelspraktijken bevat die de besluitvorming van de consument in elk geval verstoren. Zie het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2003 betreffende oneerlijke „business-to-consumer"-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) [COM(2003) 356 definitief], blz. 10.

[24] Arrest van 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 48).

3. Teleologische uitlegging

51. P&C Düsseldorf verwijst naar de punten 46 en 47 van het arrest Purely Creative e.a. en stelt dat het Hof heeft geoordeeld dat de doelstelling van richtlijn 2005/29 niet zou worden bereikt indien de uitlegging van de verschillende situaties bij de toepassing van bijlage I bij de richtlijn zou betekenen dat rekening moet worden gehouden met voorwaarden die tot moeilijke individuele beoordelingen zouden nopen.

52. Die bewering wordt mijns inziens niet gedragen door de teleologische uitlegging van richtlijn 2005/29 en is het resultaat van een selectieve lezing van dat arrest.

53. In de zaak die tot het arrest Purely Creative e.a. heeft geleid, werd het Hof verzocht om uitlegging te geven aan punt 31 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, teneinde te verduidelijken of een handelspraktijk in de zin van dat punt in alle omstandigheden oneerlijk is wanneer een consument aan wie is meegedeeld dat hij een prijs heeft gewonnen, wordt gevraagd kosten te maken, ook al gaat het om minimale kosten.

54. Om te beginnen heeft het Hof op basis van de letterlijke en systematische uitlegging van punt 31 van die bijlage geoordeeld dat het verbod om kosten op te leggen een absoluut verbod is.[25] Vervolgens heeft het Hof ter bevestiging van de letterlijke uitlegging van die bepaling de teleologische uitlegging gehanteerd.[26] Het Hof heeft eraan herinnerd dat, zoals uit overweging 17 van richtlijn 2005/29 blijkt, rechtszekerheid wezenlijk is voor de goede werking van de interne markt en dat de wetgever ter bereiking van deze doelstelling in bijlage I bij die richtlijn de handelspraktijken heeft opgesomd die in alle omstandigheden oneerlijk zijn.[27]

55. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat die doelstelling niet zou worden bereikt indien punt 31 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus werd uitgelegd i) dat misleiding vereist is, los van de in het tweede deel van dat punt omschreven situaties, en ii) dat handelaars de consument kosten kunnen opleggen die „minimaal" zijn ten opzichte van de waarde van de prijs.[28] Het heeft ook de overwegingen geformuleerd waar P&C Düsseldorf naar verwijst, namelijk dat een andere uitlegging tot moeilijke individuele beoordelingen zou nopen, hetgeen de indeling van de betrokken praktijk in bijlage I juist beoogt te voorkomen.

56. Er zij ten eerste op gewezen dat het Hof de teleologische uitlegging slechts heeft gehanteerd ter bevestiging van de letterlijke uitlegging van punt 31 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 en dat met die letterlijke uitlegging, in tegenstelling tot in de onderhavige zaak, wel een eenduidige conclusie kon worden bereikt.

57. Ten tweede kon met de teleologische uitlegging worden uitgesloten dat de omschrijving van een onder bijlage I vallende handelspraktijk andere aspecten zou kunnen behelzen dan de situaties die uitdrukkelijk in dat punt worden genoemd. Bovendien moet steeds worden nagegaan of de omstandigheden die aan de omschrijving van een onder bijlage I vallende handelspraktijk voldoen, zich in de zaak in kwestie voordoen. Het Hof heeft namelijk geoordeeld

25 Arrest Purely Creative e.a., punten 30 en 36.

26 Arrest Purely Creative e.a., punt 43.

27 Arrest Purely Creative e.a., punt 45.

28 Arrest Purely Creative e.a., punten 46 en 47.

dat voor de toepassing van die bijlage vereist is dat bepaalde omstandigheden de kwalificatie „eerder" of „hoofdzakelijk" meekrijgen en dat er rekening wordt gehouden met bepaalde omstandigheden die indirect samenhangen met andere omstandigheden. [29]

58. Ten derde moet worden vastgesteld dat het resultaat van de door het Hof gevolgde redenering tegengesteld is aan het resultaat waartoe P&C Düsseldorf wenst te komen. Het Hof is van de teleologische uitlegging uitgegaan om de definitie van „handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd" niet te beperken, terwijl P&C Düsseldorf alle andere betalingsvormen dan geld van die definitie wil uitsluiten.

59. Ten vierde is de redenering van het Hof mijns inziens perfect verenigbaar met de tweede doelstelling van richtlijn 2005/29, die eveneens wordt genoemd in het arrest Purely Creative e.a. [30], namelijk de consumenten een hoog niveau van bescherming verzekeren.

60. Ten vijfde zou de opvatting dat er slechts sprake van een onder punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 vallende handelspraktijk kan zijn indien er een voordeel in geld is, dit punt zijn nuttig effect kunnen ontnemen, aangezien bij een dergelijke beperking het verbod op advertorials eenvoudig zou kunnen worden omzeild. [31] In dat verband zou het, zoals P&C Hamburg opmerkt, helemaal niet bij de realiteit van de journalistieke praktijk aansluiten om een onderscheid te maken tussen voordelen in geld en andere voordelen met een vermogenswaarde.

61. De doelstellingen van richtlijn 2005/29 bevestigen dus de uitlegging dat het weinig relevant is of een betaling in de zin van punt 11 van bijlage I bij die richtlijn de vorm aanneemt van een voordeel in geld, dan wel van een ander voordeel met een vermogenswaarde.

4. Historische uitlegging

62. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden heeft het Europees Parlement met amendement 72 [32] voorgesteld om de in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 bedoelde handelspraktijken als volgt te omschrijven: „Publiciteitsacties, aankondigingen of reclameboodschappen – soms ‚advertorials' genoemd – *die tegen betaling of in onderlinge afspraak worden verspreid*, moeten aan de richtlijn voldoen indien de inhoud daarvan veeleer door marketeers en niet zozeer door de uitgevers ervan wordt bepaald. De betrokken handelaren en uitgevers moeten duidelijk maken dat het bij de publiciteitsacties om reclame-uitingen gaat, bijvoorbeeld door deze te betitelen als ‚reclameacties'." [33]

63. De Raad van de Europese Unie heeft zich tegen aanneming van dat amendement verzet en zich op het standpunt gesteld dat „het amendement [niet] kon […] worden aanvaard, omdat het geen omschrijving bevat van een praktijk die in alle omstandigheden oneerlijk is, terwijl dit nu

[29] Zie in die zin arrest van 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punt 30). Zie in die zin ook arrest van 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punt 33).

[30] Arrest Purely Creative e.a., punten 48 en 49.

[31] Zie, wat punt 14 van de bijlage betreft, naar analogie arrest van 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punt 31).

[32] Verslag van 18 maart 2004 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke „business-to-consumer"-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken) [COM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)] [A5-0188/2004 definitief].

[33] Cursivering van mij.

juist het criterium is voor de vermelding in de bijlage”.[34] De Commissie van haar kant heeft het desbetreffende amendement niet overgenomen, en punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 is in de loop van de voorbereidende werkzaamheden niet ingrijpend gewijzigd.[35] Deze omstandigheden mogen echter niet aldus worden opgevat dat de Uniewetgever zich heeft verzet tegen de uitlegging dat advertorials niet alleen tegen betaling, maar ook in onderlinge afspraak worden verspreid.

64. Wat ten eerste het verzet van de Raad betreft, kon amendement 72 daadwerkelijk worden gelezen alsof het geen omschrijving van een onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwde handelspraktijk omvatte, maar veeleer een instructie waarmee kon worden vermeden dat redactionele inhoud als een dergelijke praktijk zou worden beschouwd („moeten aan de richtlijn voldoen […]. De betrokken handelaren en uitgevers moeten duidelijk maken dat het bij de publiciteitsacties om reclame-uitingen gaat”). Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de Commissie dit amendement niet heeft overgenomen zoals het door het Parlement was voorgesteld.

65. Ten tweede was het zo dat in amendement 72 het voordeel dat door de handelaar moest worden verschaft, nader werd omschreven („tegen betaling of in onderlinge afspraak […] verspreid”). Ter motivering van dit amendement heeft het Parlement aangehaald dat het de bedoeling was te voorkomen dat de term „advertorials” te breed zou worden geïnterpreteerd, hetgeen tot gevolg zou kunnen hebben dat („onbedoeld”) ook de redactionele inhoud eronder zou vallen. Daaruit leid ik af dat de toevoeging van de passage dat een advertorial wordt gekenmerkt door het feit dat „de inhoud [van een publicatie] veeleer door marketeers en niet zozeer door de uitgevers ervan wordt bepaald” door het Parlement werd gezien als een wijziging van de omschrijving die de Commissie aanvankelijk had voorgesteld. Verondersteld zou ook kunnen worden dat het Parlement van mening was dat de aanvankelijk voorgestelde omschrijving reeds inhield dat een door een handelaar verschaft voordeel niet noodzakelijkerwijs de vorm van een betaling hoeft aan te nemen. Deze lezing van amendement 72 lijkt te worden bevestigd door de vaststelling van de Commissie dat zij de nietopgenomen amendementen, waaronder amendement 72, ten minste gedeeltelijk kon hebben aanvaard.[36]

66. De uitlegging dat alle voordelen met een vermogenswaarde als betaling in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 kunnen worden aangemerkt, wordt dus niet tegengesproken door de ontstaansgeschiedenis van deze richtlijn.

5. Tussenconclusie

67. Aangezien op basis van de letterlijke uitlegging van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 geen bevredigende conclusie kan worden geformuleerd, ben ik, gelet op de eenduidige conclusie die voortvloeit uit de systematische en de teleologische uitlegging van dat punt en die niet ter discussie wordt gesteld door de uit de historische uitlegging voortvloeiende bevindingen, van

[34] Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 6/2005 van 15 november 2004, vastgesteld door de Raad, volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) (PB 2005, C 38 E, blz. 1), blz. 20.

[35] In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie was die praktijk als volgt omschreven: „Redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud blijkt (advertorial).” Zie het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke „business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt, aangehaald in voetnoot 23.

[36] Mededeling van 16 november 2004 van de Commissie aan het Europees Parlement [COM(2004) 753 definitief], blz. 6.

oordeel dat punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer redactionele inhoud wordt gebruikt om reclame te maken voor een product, die reclame door de handelaar wordt „betaald" als die handelaar het mediabedrijf een voordeel verschaft dat bestaat in goederen, diensten of andere vermogensbestanddelen.

68. Ik zal mij nu buigen over de vraag of een dergelijk voordeel met een vermogenswaarde, voor de toepassing van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, een tegenprestatie vormt voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product en zo ja, of er in de omstandigheden van het hoofdgeding een dergelijke tegenprestatie is verricht.

E. Betaling als tegenprestatie voor het gebruik van redactionele inhoud

69. Het gebruik van het begrip „betaald" en de bewoordingen van andere taalversies van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 suggereren dat er een voordeel met een vermogenswaarde moet worden verschaft voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product en dat er derhalve een duidelijk verband moet bestaan tussen dat voordeel en de reclame voor het product.

70. Er zij in dat verband op gewezen dat er a priori een nuanceverschil bestaat tussen de omschrijving van dit punt in het Unierecht en die in het Duitse recht. Volgens punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 bestaat de handelspraktijk die bekendstaat als „advertorials", erin dat redactionele inhoud, *waarvoor de handelaar heeft betaald*, wordt gebruikt om reclame te maken voor een product, terwijl datgene waarvoor de handelaar volgens punt 11 van de bijlage bij het UWG heeft betaald, *het gebruik van redactionele inhoud* om reclame te maken voor een product is. Het Hof heeft punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 reeds verduidelijkt in het arrest RLvS [37], waarin het heeft geoordeeld dat dit punt de adverterende ondernemingen verplicht om duidelijk aan te geven *dat zij redactionele inhoud hebben gefinancierd*. Dit arrest bevestigt derhalve de uitlegging van het begrip „betaald" die ik net heb uiteengezet.

71. Om dezelfde redenen als bij de analyse van de eerste vraag [38] kan worden betoogd dat ook de historische uitlegging voor deze uitlegging pleit. Het door het Parlement voorgestelde amendement 72 was namelijk bedoeld om voor advertorials tevens te vermelden dat daaronder ook publiciteitsacties, aankondigingen of reclameboodschappen vallen die *tegen betaling of in onderlinge afspraak worden verspreid*. Zoals ik heb opgemerkt, lijkt de verwerping van dit amendement niet te wijten te zijn aan de toevoeging van die verduidelijking.

72. Gelet op het voorgaande moet worden geoordeeld dat een door de handelaar aan het mediabedrijf verschaft voordeel met een vermogenswaarde, voor de toepassing van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, een tegenprestatie vormt voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product en dat er dus een duidelijk verband bestaat tussen dat voordeel en de reclame voor het product.

73. Ik ben van oordeel dat de terbeschikkingstelling van de gebruiksrechten op het beeldmateriaal, waaraan de verwijzende rechter in het tweede deel van de tweede vraag refereert, een tegenprestatie is voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product.

[37] Arrest van 17 oktober 2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, punt 48).

[38] Zie de punten 64 en 65 van deze conclusie.

74. Ten eerste bestaat er namelijk een duidelijk en rechtstreeks verband tussen het door P&C Düsseldorf verschafte voordeel en de met gebruikmaking van die redactionele inhoud gemaakte reclame, aangezien aan het mediabedrijf gebruiksrechten op beeldmateriaal ter beschikking zijn gesteld om verslag te doen van een mede door deze handelaar georganiseerde publiciteitsactie en aangezien op dat beeldmateriaal, dat in de redactionele inhoud werd gebruikt, foto's van de winkels van P&C Düsseldorf en van bij die handelaar verkrijgbare producten worden getoond.

75. Ten tweede is in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 geen minimumbedrag opgenomen waarmee een voordeel met een vermogenswaarde moet overeenkomen om als betaling in de zin van dat punt te worden aangemerkt. [39] Het feit dat het mediabedrijf zelf ook heeft deelgenomen in de kosten en de lasten van een publicatie, is derhalve van geen belang. De publicatie van redactionele inhoud brengt voor een mediabedrijf altijd dergelijke kosten en lasten met zich. Daar in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 geen minimumbedrag is opgenomen voor het door de handelaar verschafte voordeel met een vermogenswaarde, hoeft dat voordeel overeenkomstig punt 11 – a fortiori – niet gelijk te zijn aan de door het mediabedrijf gemaakte kosten en lasten.

76. De analyse van de tweede vraag zou dus kunnen worden afgesloten met de in punt 72 van deze conclusie uiteengezette overweging, die de verwijzende rechter een nuttig antwoord kan bieden. Op basis van deze overweging kan immers worden geconcludeerd dat punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat een voordeel met een vermogenswaarde een tegenprestatie vormt voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product en dat er derhalve een duidelijk verband bestaat tussen dat voordeel en de reclame. Van een dergelijk verband is met name sprake wanneer een mediabedrijf informatie verstrekt over een publiciteitsactie die gezamenlijk wordt georganiseerd met een handelaar die het mediabedrijf voor het maken van de reclame de rechten ter beschikking stelt om beeldmateriaal te gebruiken waarop foto's van zijn winkels en van de bij hem verkrijgbare producten worden getoond.

77. Voor de volledigheid zou echter nog kunnen worden nagegaan of een duidelijk verband tussen het voordeel met een vermogenswaarde en het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product ook indirect kan zijn en indien ja, of er in casu sprake is van een dergelijk duidelijk en indirect verband tussen de deelname in de kosten en lasten van een samen met een mediabedrijf georganiseerde publiciteitsactie en de publicatie van de bijdrage in kwestie. Op zichzelf bekeken hangt de gezamenlijke organisatie van een dergelijke publiciteitsactie niet rechtstreeks samen met die publicatie. Het is juist het ontbreken van een dergelijk rechtstreeks verband dat de verwijzende rechter ertoe lijkt te hebben gebracht de publiciteitsactie en de bijdrage als één geheel te beschouwen. [40]

78. Ik zou niet bij voorbaat uitsluiten dat een indirect verband tussen een aan het mediabedrijf verschaft voordeel met een vermogenswaarde en het gebruik van redactionele inhoud van dat bedrijf om reclame te maken voor een product voldoende is om tot de slotsom te komen dat er sprake is van een in alle omstandigheden oneerlijke handelspraktijk in de zin van punt 11 van

[39] Bovendien zou de in overweging 17 van die richtlijn genoemde doelstelling om te zorgen voor een grotere rechtszekerheid bij de identificatie van oneerlijke handelspraktijken niet worden bereikt indien de lidstaten konden bepalen welke bedragen kunnen worden geacht een betaling te vormen in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29. Zie naar analogie arrest van 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punt 26).

[40] Zie punt 39 van deze conclusie.

bijlage I bij richtlijn 2005/29. Een andere uitlegging van dat punt zou het zijn nuttig effect kunnen ontnemen, aangezien bij een verplichte directe band het absolute verbod op advertorials eenvoudig zou kunnen worden omzeild.[41]

79. Het is echter zo dat het indirecte verband tussen de deelname in de kosten en lasten van een samen met een mediabedrijf georganiseerde publiciteitsactie en de publicatie van de bijdrage in kwestie slechts gebaseerd zou zijn op een discutabele aanname en dus niet duidelijk zou zijn.

80. De opvatting dat een handelaar voor het gebruik van redactionele inhoud om reclame te maken voor een product heeft betaald wanneer een mediabedrijf verslag doet van een samen met de handelaar georganiseerde publiciteitsactie, zou namelijk allereerst impliceren dat aangenomen wordt dat die handelaar met dat bedrijf in zee is gegaan om die reclame te maken. Wordt die aanname vervolgens relevant geacht in de context van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, dan zou er sprake zijn van een onweerlegbare aanname, aangezien het om een onder alle omstandigheden oneerlijke handelspraktijk gaat. Tot slot zou deze handelspraktijk worden beschouwd als een praktijk die uitgaat van de handelaar, ook al berust zijn betrokkenheid bij het gebruik van de redactionele inhoud om reclame te maken uitsluitend op die aanname.

81. Een handelaar kan – gebruikmakend van de vrijheid van ondernemerschap – met een mediabedrijf, dat mogelijkerwijs verschillende activiteiten verricht, een samenwerking aangaan niet om media-aandacht te krijgen, maar om te profiteren van de bekendheid, de knowhow, de middelen of de commerciële contacten van dat bedrijf.

82. Indien er geen sprake is van betaling in de zin van punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, kan een handelspraktijk niet in alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd op grond van dit punt. Een dergelijke handelspraktijk, die niet in die bijlage wordt genoemd, kan eventueel wel oneerlijk worden verklaard na een individueel onderzoek van de kenmerken van die praktijk tegen de achtergrond van de in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn vermelde criteria.

83. Niettegenstaande de opmerkingen die in de voorgaande punten zijn gemaakt en die betrekking hebben op de deelname in de kosten en de lasten van een samen met een mediabedrijf georganiseerde publiciteitsactie, blijf ik bij de conclusie zoals verwoord in punt 76 van deze conclusie.

84. Ik merk voorts op dat, om te kunnen vaststellen dat er sprake is van een onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwde handelspraktijk als bedoeld in punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29, steeds moet worden nagegaan of er, naast aan de voorwaarde aangaande de betaling voor de reclame voor een product, ook aan de andere in dat punt genoemde voorwaarden is voldaan. In omstandigheden zoals die van het hoofdgeding moet met name worden nagegaan of het gaat om „redactionele inhoud" in de zin van dat punt, aangezien dat begrip niet is uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, en of uit de desbetreffende bijdrage niet duidelijk blijkt dat het gaat om inhoud die mede gefinancierd is door de handelaar. Deze andere voorwaarden zijn echter niet aan de orde in de prejudiciële vragen die aan het Hof zijn voorgelegd, en worden dus niet onderzocht in deze conclusie.

[41] Zie naar analogie arrest van 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punt 31). In dat arrest werd het Hof verzocht te verduidelijken of punt 14 van bijlage I bij richtlijn 2005/29 aldus moet worden uitgelegd dat op grond van dat punt een handelspraktijk ook als een „piramidesysteem" kan worden gekwalificeerd indien er slechts een indirecte band bestaat tussen de door nieuwe leden van een dergelijk systeem verrichte betalingen en de door de bestaande leden ontvangen vergoedingen. Het Hof heeft geoordeeld dat de financiering van de vergoeding die een bestaand lid kan ontvangen, indirect kan afhangen van de door nieuwe leden van het systeem verrichte betalingen.

VI. Conclusie

85. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Punt 11 van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (‚richtlijn oneerlijke handelspraktijken') moet aldus worden uitgelegd dat wanneer redactionele inhoud wordt gebruikt om reclame te maken voor een product, die reclame ook door de handelaar wordt ‚betaald' als die handelaar het mediabedrijf een voordeel verschaft dat bestaat in goederen, diensten of andere vermogensbestanddelen.

Een dergelijk voordeel met een vermogenswaarde moet een tegenprestatie zijn voor het gebruik van de redactionele inhoud om reclame te maken voor het product, hetgeen inhoudt dat er een duidelijk verband dient te bestaan tussen dat voordeel en de reclame.

Van een dergelijk verband is met name sprake wanneer een mediabedrijf informatie verstrekt over een publiciteitsactie die gezamenlijk wordt georganiseerd met een handelaar die het mediabedrijf voor het maken van de reclame de rechten ter beschikking stelt om beeldmateriaal te gebruiken waarop foto's van zijn winkels en van de bij hem verkrijgbare producten worden getoond."