Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 24. juni 2021 [1]

Sag C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, repræsenteret af den personligt hæftende selskabsdeltager Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
mod
Peek & Cloppenburg KG, repræsenteret af den personligt hæftende selskabsdeltager Van Graaf Management GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – forbrugerbeskyttelse – urimelig handelspraksis – reklamefremstød – fremme af salget af medievirksomhedens og den forretningsdrivendes produkter«

I. Indledning

1. Ifølge H.G. Wells »er reklame legaliseret løgn«. Uden at gå nærmere ind i diskussionen om, hvorvidt dette udsagn er korrekt, er det klart, at en reklame, der fremstår som redaktionelt indhold uden klart at angive sit salgsfremmende formål, ikke er blevet »legaliseret« i EU-retten.

2. Ifølge punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29/EF [2] er en advertorial en handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig, uden at det er nødvendigt at foretage en vurdering i hvert enkelt tilfælde i forhold til bestemmelserne i dette direktivs artikel 5-9. Domstolen har i øvrigt fastslået, at det nævnte direktiv pålægger de annoncerende virksomheder en pligt til klart at anføre, at de har betalt for et redaktionelt indhold i medierne, når dette indhold har til formål at promovere disse erhvervsdrivendes produkter eller tjenesteydelser [3].

3. Denne præjudicielle forelæggelse giver Domstolen lejlighed til at præcisere rækkevidden af punkt 11), i bilag I til direktiv 2005/29. Domstolen anmodes mere specifikt om at fortolke ordet »betalt« i denne bestemmelse med henblik på at beskrive den fordel, som en annoncerende virksomhed giver medievirksomheden.

[1] Originalsprog: fransk.

[2] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 11.5.2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT 2005, L 149, s. 22).

[3] Dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 48).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. Artikel 5, stk. 5, i direktiv 2005/29 bestemmer:

»I bilag I findes fortegnelsen over de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder vil blive betragtet som urimelige. Den samme fortegnelse skal anvendes i alle medlemsstater og må kun ændres ved en revision af dette direktiv.«

5. Punkt 11) i bilag I til dette direktiv har følgende ordlyd:

»Der anvendes redaktionelt indhold i medierne til at promovere produktet, hvor en erhvervsdrivende har betalt for en sådan reklame, uden at dette fremgår tydeligt af indholdet eller af billeder eller lyd, som tydeligt kan identificeres af forbrugeren (Advertorial). […]«

B. Tysk ret

6. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »UWG«)[4], har gennemført direktiv 2005/29. UWG's § 3 med overskriften »Forbud mod urimelig handelspraksis« fastsætter følgende i stk. 1 og 3:

»1. Illoyale kommercielle handlinger er ulovlige.

[…]

3. De i bilaget til denne lov anførte kommercielle handlinger over for forbrugere er under alle omstændigheder ulovlige. […]«

7. Punkt 11) i bilaget til den nævnte lov, som vedrører § 3, stk. 3, har følgende ordlyd:

»anvendelse, der er betalt af en erhvervsdrivende, af redaktionelt indhold for at promovere et produkt, uden at denne forbindelse tydeligt fremgår af indholdet eller af den visuelle eller lydlige fremstilling (advertorial)«.

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

8. Peek & Cloppenburg KG, repræsenteret ved Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (herefter »P&C Düsseldorf«), og Peek & Cloppenburg, repræsenteret ved Van Graaf Management GmbH (herefter »P&C Hamburg«), er to selskaber, som juridisk og økonomisk er uafhængige af hinanden, og som begge driver detailhandel med tøj under firmanavnet »Peek & Cloppenburg« gennem forskellige filialer. De driver virksomhed i forskellige zoner på tysk område, og kun en af parterne har tøjforretninger i hver af disse zoner. Parterne reklamerer for deres tøjforretninger uafhængigt af og adskilt fra hinanden.

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

9. I marts 2011 blev der bragt et dobbeltsidet indslag i modetidsskriftet *GRAZIA*, hvori læserne under overskriften »Læserkampagne« blev inviteret til »eksklusiv late-night-shopping«, nærmere bestemt »GRAZIA StyleNight by Peek&Cloppenburg«.

10. På baggrund af billeder af en forretning, hvor navnet »Peek & Cloppenburg« kunne ses på lysskilte over indgangene, hed det: »Natten for alle GRAZIA-girls: Gå på opdagelse med os i fashion-templet efter fyraften! Med bobler og personlig stylist. Hvordan bliver du V.I.S. (Very important Shopper)? Ved at tilmelde dig med det samme!« Der blev i indslaget gjort opmærksom på, at der findes to uafhængige virksomheder ved navn Peek & Cloppenburg, og at der i dette tilfælde var tale om information fra selskabet »Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf«.

11. I et søgsmål ved Landgericht Hamburg (den regionale ret i første instans i Hamburg, Tyskland) gjorde P&C Hamburg gældende, at en sådan handelspraksis var i strid med det forbud mod redaktionel reklame, der er fastsat i UWG's § 3, stk. 3, sammenholdt med punkt 11) i bilaget til denne lov. P&C Hamburg nedlagde påstand om, at det blev forbudt P&C Düsseldorf at offentliggøre reklameannoncer i konkurrenceøjemed uden tydeligt at betegne disse som annoncer, at det blev pålagt dette selskab at meddele visse oplysninger, og at det blev fastslået, at det skulle yde erstatning for den skade, der var sket.

12. Retten i første instans gav P&C Hamburg medhold i sagen. P&C Düsseldorfs appelsag ved Oberlandesgericht Hamburg (den regionale appeldomstol i Hamburg, Tyskland) blev forkastet. P&C Düsseldorf har i forbindelse med revisionsanken nedlagt påstand om frifindelse.

IV. De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

13. P&C Düsseldorf har iværksat revisionsanke ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland), som ved afgørelse af 25. juni 2020, indgået til Domstolen den 7. august 2020, har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der kun en »betaling« af en reklame som omhandlet i punkt 11), første punktum, i bilag I til direktiv [2005/29], såfremt anvendelsen af redaktionelt indhold i medierne til at promovere produktet sker mod en modydelse i penge, eller omfatter begrebet »betaling« enhver form for modydelse, uanset om denne udgøres af penge, varer eller tjenesteydelser eller af andre aktiver?

2) Forudsætter punkt 11), første punktum, i bilag I til direktiv 2005/29/EF, at den erhvervsdrivende giver medievirksomheden fordelen af pengeværdi som modydelse for anvendelsen af redaktionelt indhold, og, såfremt dette besvares bekræftende, skal det også lægges til grund, at der foreligger en sådan modydelse i et tilfælde, hvor medievirksomheden [beretter] om en reklamekampagne afviklet i fællesskab med en erhvervsdrivende, såfremt den erhvervsdrivende har stillet billedrettigheder til rådighed for medievirksomheden med henblik på [beretningen], begge virksomheder har bidraget til at dække omkostningerne og til arbejdet i forbindelse med reklamekampagnen, og reklamekampagnen har til formål at promovere begge virksomheders produkter?«

14. P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, den ungarske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Der er ikke afholdt retsmøde i den foreliggende sag.

V. Bedømmelse

15. Den forelæggende ret har i den begrundelse, som den har givet for forelæggelsen af de to præjudicielle spørgsmål, forklaret, at revisionsappellens udfald afhænger af, hvordan punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes. Den har oplyst, at dette direktivs artikel 5, stk. 5, og punkt 11) i bilag I hertil blev gennemført i tysk ret ved henholdsvis UWG's § 3, stk. 3, og punkt 11) i bilaget hertil, som vedrører § 3, stk. 3, og at disse tyske lovbestemmelser som følge heraf skal fortolkes i overensstemmelse med det nævnte direktiv.

16. Henset til de særlige retlige og faktiske omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende præjudicielle sag, vil jeg indledningsvis fremsætte nogle bemærkninger om anvendelsesområdet for direktiv 2005/29, før jeg undersøger de præjudicielle spørgsmål.

17. Jeg vil nærmere bestemt undersøge for det første, om den praksis, der er tale om i hovedsagen, udgør en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29 og derfor er omfattet af forskrifterne i dette direktiv, og for det andet, om den omstændighed, at de præjudicielle spørgsmål er blevet forelagt i forbindelse med en tvist mellem to konkurrenter, kan medføre, at det nævnte direktiv ikke finder anvendelse.

A. Spørgsmålet om, hvorvidt den i hovedsagen omtvistede praksis er en handelspraksis

18. Den forelæggende ret har med henvisning til appeldomstolens forklaringer påpeget, at formålet med den praksis, der er omtvistet i forbindelse med hovedsagen, ikke er at gennemføre de arrangementer, der annonceres og beskrives i den pågældende artikel, men at offentliggøre denne artikel[5].

19. Den forelæggende ret har ligeledes anført, at appeldomstolen ikke begik nogen retlig fejl, da den lagde til grund, at den pågældende offentliggørelse udgør en fælles handelspraksis for P&C Düsseldorf og tidsskriftet *GRAZIA*, som tjener til at fremme disse to virksomheders salg. P&C Hamburgs retssag er dog udelukkende anlagt mod P&C Düsseldorf.

20. For at den i hovedsagen omtvistede praksis kan omfattes af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29, skal den udgøre en handelspraksis som omhandlet i dette direktivs artikel 2, litra d).

21. Denne praksis skal derfor for det første hidrøre fra en »erhvervsdrivende« som omhandlet i det nævnte direktivs artikel 2, litra b), dvs. fra en person, der udøver virksomhed »som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv« eller handler i en

[5] Den forelæggende ret har i begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse oplyst, at »den anfægtede reklamekampagne alene [består] i offentliggørelsen af [artiklen] og ikke i gennemførelsen af de arrangementer, som annonceres og beskrives heri«, og at »[t]vistens genstand er en landsdækkende reklameforanstaltning fra [P&C Düsseldorf], som […] blev offentliggjort i modetidsskriftet«. I formuleringen af det andet præjudicielle spørgsmål og i andre passager i begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse anvendes udtrykket »reklamekampagne« ved beskrivelsen af de arrangementer, der skulle afholdes i P&C Düsseldorfs forretninger, og som var genstand for artiklen i tidsskriftet *GRAZIA*. Jeg vil for klarhedens skyld antage, at den praksis, der er omtvistet i forbindelse med hovedsagen, vedrører offentliggørelsen af denne artikel, og at udtrykket »reklamekampagne« i dette forslag til afgørelse anvendes om de arrangementer, der annonceres og beskrives heri.

erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne[6]. For det andet skal den nævnte praksis udgøre en handling, udeladelse, adfærd, fremstilling eller kommerciel kommunikation »med direkte relation til promovering, salg eller udbud af et produkt til forbrugerne«[7].

22. Som den forelæggende ret har anført med henvisning til det af appeldomstolen anførte, blev den pågældende praksis iværksat af P&C Düsseldorf[8] og anvendt til at fremme denne virksomheds salg. Denne praksis hidrører for det første fra P&C Düsseldorf, og den er for det andet en del af dette selskabs markedsstrategi og tilsigter direkte promovering og afsætning af dets varer. Den nævnte praksis udgør derfor en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29 og er derfor omfattet af dets anvendelsesområde[9].

23. Denne betragtning drages ikke i tvivl af den omstændighed, at artiklen i tidsskriftet *GRAZIA* vedrørte en reklamekampagne, som P&C Düsseldorf arrangerede i samarbejde med dette tidsskrift, eller at denne artikel tjente til at fremme disse to erhvervsdrivendes salg.

24. Som Domstolen allerede har bemærket, kan direktiv 2005/29 på baggrund af definitionen af »erhvervsdrivende« i dette direktivs artikel 2, litra b), anvendes i en situation, hvor en erhvervsdrivendes handelspraksis anvendes af en anden virksomhed, der handler i denne erhvervsdrivendes navn og/eller på dennes vegne, således at dette direktivs bestemmelser i visse tilfælde kan gøres gældende såvel over for den pågældende erhvervsdrivende som over for denne anden virksomhed, såfremt de begge to svarer til definitionen af begrebet »erhvervsdrivende«[10]. Det kan ikke uden videre udelukkes, at en enkelt handelspraksis kan tilskrives to forskellige erhvervsdrivende, når disse handler på egne vegne og på en samarbejdspartners vegne. En sådan handelspraksis er ligeledes omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2005/29. Hertil kommer, som jeg har nævnt i punkt 19 i dette forslag til afgørelse, at P&C Hamburg kun anlagde sag mod P&C Düsseldorf, hvilket indebærer, at spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i dette direktiv kan påberåbes over for tidsskriftet *GRAZIA*, ikke er relevant i det foreliggende tilfælde[11].

25. Den retlige kvalificering, der er beskrevet i punkt 22 i dette forslag til afgørelse, svarer i øvrigt i det væsentlige til den, som den forelæggende ret har foretaget. Denne ret har nemlig oplyst, at artiklens offentliggørelse ifølge appeldomstolen både udgjorde en kommerciel handling som omhandlet i UWG's § 2, stk. 1, nr. 1), og en handelspraksis som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. Den har desuden udtalt, at appeldomstolens vurdering ikke er behæftet med nogen retlig fejl. Jeg forstår denne udtalelse således, at den ligeledes vedrører den retlige kvalificering af artiklens offentliggørelse i henhold til denne bestemmelse i EU-retten.

6 Jf. dom af 4.10.2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, præmis 32). En erhvervsdrivende defineres i artikel 2, litra b), i direktiv 2005/29 som »en fysisk eller juridisk person, der i forbindelse med en af dette direktiv omfattet handelspraksis udøver virksomhed som handlende, håndværker eller industridrivende eller udøver et liberalt erhverv, og enhver, der handler i en erhvervsdrivendes navn eller på en erhvervsdrivendes vegne«.

7 Jf. dom af 4.10.2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, præmis 42 og 43).

8 Jf. fodnote 5 til dette forslag til afgørelse og navnlig bemærkningen om, at »[t]vistens genstand er en landsdækkende reklameforanstaltning fra [P&C Düsseldorf], som […] blev offentliggjort i modetidsskriftet«.

9 Jf. i denne retning dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 36).

10 Jf. i denne retning dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 38).

11 Uden at foregribe besvarelsen af et sådant spørgsmål kan præmis 39 i dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), ganske vist give det indtryk, at offentliggørelsen af en artikel ikke kan udgøre en handelspraksis, der hidrører fra en presseredaktør. Den sag, der gav anledning til denne dom, vedrørte imidlertid artikler om begivenheder, der ikke var knyttet til en presseredaktør, hvorimod den foreliggende sag vedrører offentliggørelsen af en artikel om en reklamekampagne, der blev arrangeret af en presseredaktør i samarbejde med P&C Düsseldorf.

26. I denne sammenhæng har den forelæggende ret gjort opmærksom på en afvigelse i definitionen af begrebet »kommercielle handlinger« i tysk ret. Den har forklaret, at dette begreb i UWG's § 2, stk. 1, nr. 1), defineres som en handling, som en person foretager til fordel for sin egen eller en fremmed virksomhed før, under eller efter en handelstransaktion, og som er objektivt forbundet med fremme af afsætning eller indkøb af varer eller tjenesteydelser. Ifølge den forelæggende ret er begrebet »kommercielle handlinger« i tysk ret mere bredt end det tilsvarende begreb i artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29, idet det også omfatter handlinger, som tredjemænd foretager med henblik på at fremme afsætning og indkøb i en anden virksomhed, der ikke handler på den erhvervsdrivendes vegne eller i dennes navn. Den har imidlertid fastslået, at direktiv 2005/29 ikke er til hinder for, at begrebet »handelspraksis« defineres bredere i national ret, eftersom dette direktiv kun omhandler et »enkelt aspekt« af lovgivningen om illoyal konkurrence.

27. Domstolen skal således ikke klarlægge, om UWG's § 2, stk. 1, nr. 1), udgør en korrekt gennemførelse af artikel 2, litra d), i direktiv 2005/29. Det er heller ikke nødvendigt for besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål at afgøre, i hvilket omfang den definition, der findes i tysk ret, er bredere end den, der er fastsat i EU-retten. Det skal udelukkende afgøres, om den i hovedsagen omtvistede praksis udgør en handelspraksis hos P&C Düsseldorf i dette direktivs forstand, og det har jeg tidligere nævnt [12], at den gør.

B. Anfægtelsen af en handelspraksis i forbindelse med en tvist mellem to konkurrenter

28. Denne præjudicielle forelæggelse udspringer af en tvist, hvori P&C Hamburg har nedlagt påstand om, at det forbydes P&C Düsseldorf at offentliggøre reklameannoncer uden tydeligt at betegne disse som annoncer, at det pålægges dette selskab at meddele visse oplysninger, og at det fastslås, at det skal yde erstatning for den skade, der er sket. Det er i forbindelse med denne tvist, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om offentliggørelsen af den pågældende artikel udgør en handelspraksis som omhandlet i nr. 11) i bilag I til direktiv 2005/29 og derfor under alle omstændigheder skal anses for urimelig.

29. Der kan ganske vist kun være tale om handelspraksis i henhold til direktiv 2005/29, hvis dels en erhvervsdrivende, dels en forbruger er involveret [13].

30. Selv om tvisten i hovedsagen vedrører to erhvervsdrivende, der øjensynligt konkurrerer med hinanden, indebærer dette imidlertid ikke automatisk, at de nationale bestemmelser, der har gennemført direktiv 2005/29, ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

31. Domstolen har nemlig allerede bemærket, at nationale bestemmelser, der under trussel om sanktioner forbyder en urimelig handelspraksis i forbrugernes interesse, henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2005/29 [14]. Forbrugernes interesse kan beskyttes ved retssager, der anlægges mellem konkurrenter, dvs. ved privat håndhævelse (private enforcement) af retten til forbrugerbeskyttelse som fastsat i dette direktivs artikel 11, stk. 1. I henhold til denne bestemmelse skal medlemsstaterne påse, at der findes tilstrækkelige og effektive midler til bekæmpelse af urimelig handelspraksis. Disse midler kan omfatte retsforskrifter, hvorefter konkurrenter får adgang til at indbringe en sag for retten i anledning af sådan praksis.

[12] Jf. punkt 22 i dette forslag til afgørelse.

[13] Jf. mit forslag til afgørelse Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 40).

[14] Jf. dom af 17.1.2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, præmis 33).

32. Selv om en konkurrent har sin egen interesse i en sådan sag, kan det ikke medføre, at direktiv 2005/29 ikke finder anvendelse.

33. Direktiv 2005/29 blev nemlig vedtaget på grundlag af artikel 114 TEUF, og et af de formål, som det forfølger, er som nævnt i artikel 1 at bidrage til et velfungerende indre marked [15]. Det fremgår i denne sammenhæng af sjette og ottende betragtning til dette direktiv, at det direkte beskytter forbrugernes økonomiske interesser mod virksomheders urimelige handelspraksis og derved også indirekte beskytter legitime konkurrenters økonomiske interesser [16]. Som Domstolen allerede har bemærket med henvisning til sjette betragtning til det nævnte direktiv, er det alene nationale love om urimelig handelspraksis, som »udelukkende« skader konkurrenters økonomiske interesser, eller som vedrører transaktioner mellem erhvervsdrivende, der er udelukket fra dets anvendelsesområde [17].

C. Bemærkninger om de præjudicielle spørgsmåls genstand og rækkevidde

34. Med de to præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omtvistede handelspraksis, henset til omstændighederne i hovedsagen og mere præcist de fordele, som P&C Düsseldorf har indrømmet medievirksomheden, dvs. redaktøren af tidsskriftet *GRAZIA*, under alle omstændigheder udgør en urimelig handelspraksis som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29. Selv om der i denne bestemmelse angives en række betingelser for, at der er tale om en handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig, vedrører de to præjudicielle spørgsmål kun betingelsen om betaling for promovering af et produkt.

35. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at når der anvendes redaktionelt indhold for at promovere et produkt, har en erhvervsdrivende »betalt« for dette, uanset om den pågældende har givet medievirksomheden en fordel af pengeværdi for denne promovering eller givet en fordel, der udgøres af varer, tjenesteydelser eller andre aktiver [18].

36. Det andet præjudicielle spørgsmål består af to led. Med dette spørgsmåls første led, der kun skal besvares, hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om en sådan fordel af økonomisk værdi udgør en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt.

37. Selv om henvisningen til begrebet »modydelse« for »anvendelsen af redaktionelt indhold« i det første spørgsmål kan give anledning til at tro, at dette spørgsmål svarer til det andet spørgsmåls første led, er dette imidlertid ikke tilfældet. Med det første spørgsmål ønskes det nemlig oplyst, om betalingen kan finde sted på en anden måde end ved betaling af et pengebeløb,

[15] Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 32). Jf. analogt med hensyn til forbindelsen mellem et velfungerende indre marked og forskellige former for privat håndhævelse af EU-retten dom af 17.9.2002, Muñoz og Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, præmis 29-32).

[16] Jf. i denne retning ligeledes dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 40), hvori Domstolen fastslog, at direktiv 2005/29 har til formål at beskytte forbrugere af varer og tjenesteydelser fra de samme virksomheder samt at beskytte virksomhedernes legitime konkurrenter.

[17] Jf. dom af 14.1.2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12 præmis 39), og af 17.1.2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, præmis 30).

[18] Det bør påpeges, at den forelæggende ret ikke har anmodet Domstolen om at præcisere, om en sådan betaling kan bestå i en ikke-økonomisk fordel. Det skal for fuldstændighedens skyld blot nævnes, at dette spørgsmål ifølge retslitteraturen bør besvares bekræftende. Jf. M. Namysłowska og K. Sztobryn, »Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych«, *Państwo i Prawo*, 2008, bind 11, s. 61.

hvorimod det med det andet spørgsmåls første led ønskes oplyst, om en sådan betaling, som den forelæggende ret har forklaret i begrundelsen for anmodningen om præjudiciel afgørelse, skal udgøre en modydelse af økonomisk værdi »som led i et gensidigt bebyrdende forhold«.

38. Dette spørgsmål afspejler de argumenter, som P&C Düsseldorf har fremført i forbindelse med sin revisionsanke, nemlig at en fordel, der indrømmes af en erhvervsdrivende, for at det kan konkluderes, at der er tale om en handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig, skal have forbindelse med det redaktionelle indhold, således at det kan antages, at reportagen som følge af denne betaling er blevet »købt« af den erhvervsdrivende. Ifølge P&C Düsseldorf kan dette derimod ikke konkluderes af den omstændighed, at den erhvervsdrivende bidrager til at dække omkostningerne ved den reklamekampagne, som er arrangeret sammen med medievirksomheden og kommer begge erhvervsdrivende til gode. Det, der i et sådant tilfælde finansieres i fællesskab, er kun det i fællesskab gennemførte arrangement, mens medievirksomheden i en artikel blot henviser til reklamekampagnen i egen interesse.

39. Den forelæggende ret har i denne henseende anført, at det kan fastslås, at den sammenhæng, hvortil P&C Düsseldorf har henvist, gør sig gældende, allerede af den grund, at reklamekampagnen og artiklen kan anses for dele af en sammenhængende reklameforanstaltning, som kun kan betragtes og vurderes samlet. En sådan løsning er ikke uomgængelig. Den forelæggende ret har på denne baggrund bemærket, at P&C Düsseldorf ifølge det af appeldomstolen anførte bl.a. har stillet rettighederne til at anvende det billedmateriale, der findes i denne artikel, til rådighed for medievirksomheden. Ifølge den forelæggende ret må i det mindste en del af de ydelser af økonomisk værdi, som P&C Düsseldorf har erlagt, derfor have en konkret sammenhæng med offentliggørelsen af den nævnte artikel.

40. Som det fremgår af formuleringen af det andet spørgsmål, er dets andet led kun relevant, hvis det første led besvares bekræftende. Med det andet spørgsmåls andet led ønsker den forelæggende ret oplyst, om anvendelsen af det redaktionelle indhold er »betalt« som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, såfremt den erhvervsdrivende har stillet billedrettigheder til rådighed for medievirksomheden, og begge erhvervsdrivende har bidraget til omkostningerne og arbejdet i forbindelse med den reklamekampagne, der har til formål at fremme salget af deres produkter.

41. Da disse to spørgsmål har den samme genstand og er snævert forbundet med hinanden, kan de efter min opfattelse vurderes under ét og besvares samlet.

42. Det skal som følge heraf først afgøres, om punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at når der anvendes redaktionelt indhold for at promovere et produkt, har en erhvervsdrivende »betalt« for dette, uanset om den pågældende har givet medievirksomheden en fordel af pengeværdi for denne promovering eller givet en fordel, der udgøres af varer, tjenesteydelser eller andre aktiver (afsnit D).

43. Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, skal det dernæst afgøres, om en sådan fordel af økonomisk værdi som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 udgør en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt, således at der er en sammenhæng mellem fordelen og den pågældende promovering. Hvis dette er tilfældet, skal det efterprøves, om det, når en medievirksomhed beretter om en reklamekampagne, der er arrangeret i fællesskab med en erhvervsdrivende, udgør en sådan modydelse, at der stilles rettigheder til anvendelse af billedmateriale til rådighed for medievirksomheden, og/eller der bidrages til omkostningerne og arbejdet i forbindelse med denne reklamekampagne (afsnit E).

D. Betaling i form af en fordel af økonomisk værdi

1. Objektiv fortolkning

44. Det fremgår af ordlyden af femte betragtning til direktiv 2005/29, at hindringer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser og varer på tværs af grænserne eller for etableringsfriheden efter EU-lovgivers opfattelse kun kan fjernes ved at indføre ensartede bestemmelser og ved at tydeliggøre visse retlige begreber. Det må heraf udledes, at EU-lovgiver principielt anser de begreber, der anvendes i dette direktiv, for at være selvstændige EU-retlige begreber.

45. Ifølge en lang række sprogversioner af direktiv 2005/29 og deres formulering kan punkt 11) i bilag I til dette direktiv forstås således, at en betaling kan bestå i en fordel af pengeværdi [19], og ifølge den bredere formulering i andre sprogversioner kan det forstås således, at en sådan betaling kan bestå i enhver fordel af økonomisk værdi [20].

46. Det er på grund af disse forskelle ikke muligt at drage en entydig konklusion om, hvilken fordel der kan udgøre en betaling som omhandlet i punkt 11) i bilag I til det nævnte direktiv. Der skal derfor i overensstemmelse med Domstolens faste praksis anvendes andre fortolkningsmetoder ud over den objektive fortolkning [21].

2. Systematisk fortolkning

47. Bestemmelserne i direktiv 2005/29 har forbrugeren som hovedsigte i dennes egenskab af adressat og offer for den urimelige handelspraksis [22]. I det system, der er indført, betegnes den handelspraksis, der er beskrevet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, som en »handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig«, og ifølge overskrifterne i dette bilag som en »vildledende handelspraksis«.

[19] Der kan henvises til versionerne på spansk (»pagando«), tjekkisk (»zaplatil«), dansk (»betalt«), tysk (»bezahlt«), estisk (»maksnud«), engelsk (»paid for«), lettisk (»ir samaksājis«), litauisk (»sumokėjo«), nederlandsk (»betaald«), polsk (»zapłacił«), rumænsk (»a plătit«), slovakisk (»zaplatil«), slovensk (»plačal«), finsk (»maksanut«) og svensk (»betalat«), hvori der anvendes forskellige bøjningsformer af verbet »betale«.

[20] Dette gælder især for den italienske sprogversion (»costi […] sostenuti«), der frit kan oversættes til »afholdt salgsomkostningerne«. I denne forbindelse synes sprogversionerne på fransk (»financer«), ungarsk (»fizetett«) og portugisisk (»financiar«) ikke at udelukke fordele, som har økonomisk værdi, men ikke pengeværdi.

[21] I 4finance-dommen foretog Domstolen en teleologisk fortolkning af punkt 14) i bilag I til direktiv 2005/29 for at bekræfte den objektive fortolkning, samtidig med at den bemærkede, at nødvendigheden af en ensartet anvendelse og fortolkning af en EU-retsakt udelukker, at denne betragtes isoleret i en af sine sprogversioner, idet det tværtimod er påkrævet, at den fortolkes i overensstemmelse med såvel ophavsmandens virkelige vilje som det af ham forfulgte mål, navnlig i lyset af dens affattelse på alle sprogene (dom af 3.4.2014, C-515/12, EU:C:2014:211, præmis 19, 20 og 24). Med hensyn til det samme direktiv anførte Domstolen i dommen i sagen Trento Sviluppo og Centrale Adriatica, at den pågældende bestemmelse i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sproglige versioner skal fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i (dom af 19.12.2013, C-281/12, EU:C:2013:859, præmis 26). I dommen i sagen Purely Creative m.fl. besvarede Domstolen i øvrigt de præjudicielle spørgsmål, der vedrørte punkt 31) i bilag I til direktiv 2005/29, på grundlag af en objektiv (præmis 25 og 26), historisk (præmis 28), systematisk (præmis 35 og 42) og teleologisk fortolkning (præmis 43) af denne bestemmelse (dom af 18.12.2012, C-428/11, herefter »dommen i sagen Purely Creative m.fl.«, EU:C:2012:651). Tilsvarende støttede Domstolen sig i dommen i sagen Wind Tre og Vodafone Italia, hvori den skulle besvare et præjudicielt spørgsmål om punkt 21) i bilag I til dette direktiv, på en objektiv (præmis 43), systematisk (præmis 45) og teleologisk fortolkning (præmis 54) (dom af 13.9.2018, C-54/17 og C-55/17, EU:C:2018:710). I de to sidstnævnte domme henviste Domstolen ganske vist ikke til forskelle mellem sprogversionerne af dette direktiv. Den metodiske tilgang i disse domme bekræfter imidlertid, at resultatet af den objektive fortolkning ikke må overskygge resultaterne af andre fortolkningsmetoder.

[22] Jf. dom af 16.4.2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, præmis 52).

48. Dikotomien mellem de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelige, og de former for handelspraksis, som kun kan erklæres urimelige efter en vurdering i hvert enkelt tilfælde i forhold til bestemmelserne i artikel 5-9 i direktiv 2005/29, er baseret på en betragtning om, at det alene er de former for handelspraksis, der er mest skadelige for forbrugerne, som er undergivet et absolut forbud [23].

49. Set fra forbrugernes synspunkt er det mindre vigtigt, om anvendelsen af redaktionelt indhold betales i form af en fordel af pengeværdi eller ej. Den handelspraksis, der er beskrevet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, anses under alle omstændigheder for urimelig, fordi den kan føre til vildledning. Det er for at undgå dette, at Domstolen allerede har fastslået, at »direktiv 2005/29, navnlig punkt 11) i bilag I til direktivet, [faktisk pålægger] de annoncerende virksomheder en pligt til klart at anføre, at de har betalt for et redaktionelt indhold i medierne, når dette indhold har til formål at promovere disse erhvervsdrivendes produkter eller tjenesteydelser« [24].

50. Den systematiske fortolkning af direktiv 2005/29 støtter således antagelsen om, at det ikke har nogen betydning, om betalingen består i en fordel af pengeværdi eller en anden fordel af økonomisk værdi.

3. Teleologisk fortolkning

51. P&C Düsseldorf har med henvisning til præmis 46 og 47 i dommen i sagen Purely Creative m.fl. anført, at Domstolen har fastslået, at målet med direktiv 2005/29 ikke nås, såfremt fortolkningen af de forskellige tilfælde i forbindelse med anvendelsen af bestemmelserne i bilag I til dette direktiv kræver, at der tages hensyn til betingelser, som forudsætter en vanskelig vurdering af hvert enkelt tilfælde.

52. Denne anskuelse understøttes ikke af en teleologisk fortolkning af direktiv 2005/29 og skyldes en selektiv læsning af denne dom.

53. I den sag, der gav anledning til dommen i sagen Purely Creative m.fl., var Domstolen blevet anmodet om at fortolke punkt 31) i bilag I til direktiv 2005/29 for at klarlægge, om en handelspraksis ifølge denne bestemmelses ordlyd under alle omstændigheder anses for urimelig, når en forbruger, der er blevet underrettet om, at vedkommende har vundet en præmie, pålægges en udgift, selv om denne er bagatelagtig.

54. Domstolen konkluderede først på grundlag af en objektiv og systematisk fortolkning af punkt 31) i dette bilag, at forbuddet mod at pålægge udgifter er af absolut karakter [25]. For at bekræfte resultatet af den objektive fortolkning af denne bestemmelse foretog Domstolen dernæst en teleologisk fortolkning [26]. I denne sammenhæng påpegede Domstolen, at retssikkerhed, som det fremgår af 17. betragtning til direktiv 2005/29, er et væsentligt element til

[23] Jf. dom af 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, præmis 32). I forbindelse med forarbejderne oplyste Kommissionen, at bilag I til direktiv 2005/29 vedrører handelspraksis, som altid i væsentlig grad vil forvride forbrugernes beslutningstagning. Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis) (KOM(2003) 356), s. 9.

[24] Dom af 17.10.2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 48).

[25] Dommen i sagen Purely Creative m.fl., præmis 30 og 36.

[26] Dommen i sagen Purely Creative m.fl., præmis 43.

sikring af et velfungerende indre marked, og at det var med henblik på at nå dette mål, at lovgiver i bilag I til direktivet samlede de former for handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelige [27].

55. Domstolen fastslog desuden, at målet ikke kan nås, såfremt punkt 31) i bilag I til direktiv 2005/29 fortolkes således, at det dels omfatter et element af vildledning, der er forskelligt fra de omstændigheder, der er beskrevet i bestemmelsens anden del, og dels gør det muligt at pålægge forbrugeren »bagatelagtige udgifter« i forhold til præmiens værdi [28]. Den foretog ligeledes en række konstateringer, hvortil P&C Düsseldorf har henvist, og hvorefter en anden fortolkning forudsætter en række vanskelige vurderinger, der skal foretages i hvert enkelt tilfælde, hvilket optagelsen af den pågældende praksis i bilag I netop tilsigter at undgå.

56. Det skal for det første påpeges, at Domstolen udelukkende anvendte den teleologiske fortolkning for at bekræfte den objektive fortolkning af punkt 31) i bilag I til direktiv 2005/29, som i modsætning til den foreliggende sag gjorde det muligt at drage en entydig konklusion.

57. For det andet gjorde anvendelsen af den teleologiske fortolkning det muligt at udelukke, at beskrivelsen af en handelspraksis, der henhører under bilag I, omfatter et forhold, som er forskelligt fra de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i denne bestemmelse. Det er desuden altid nødvendigt at undersøge, om de omstændigheder, der foreligger i det konkrete tilfælde, svarer til beskrivelsen af en handelspraksis, der henhører under bilag I. Domstolen har nemlig fastslået, at anvendelsen af dette bilag forudsætter, at visse omstændigheder kvalificeres som »hovedsagelige« eller »væsentlige«, og at der tages hensyn til visse omstændigheder, som indirekte er forbundet med andre [29].

58. For det tredje må det konstateres, at resultatet af det ræsonnement, som Domstolen anlagde, var det modsatte af det, som P&C Düsseldorf ønsker at nå frem til. Domstolen henviste til den teleologiske fortolkning for at undgå at begrænse definitionen af »handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig«, hvorimod P&C Düsseldorf forsøger at udelukke enhver form for betaling, der ikke udgøres af penge, fra denne definition.

59. For det fjerde er Domstolens ræsonnement efter min opfattelse fuldt foreneligt med det andet mål med direktiv 2005/29, som ligeledes er nævnt i dommen i sagen Purely Creative m.fl. [30], dvs. at sikre et højt forbrugerbeskyttelsesniveau.

60. For det femte vil det, hvis definitionen af begrebet »handelspraksis« i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 begrænses til en fordel af pengeværdi, risikere at fratage denne bestemmelse dens effektive virkning, eftersom en sådan begrænsning vil gøre det let at omgå forbuddet mod advertorials [31]. Som P&C Hamburg i denne henseende har anført, vil en sondring mellem fordele af pengeværdi og andre fordele af økonomisk værdi i hvert fald ikke afspejle virkelighedens journalistik.

[27] Dommen i sagen Purely Creative m.fl., præmis [45].

[28] Dommen i sagen Purely Creative m.fl., præmis 46 og 47.

[29] Jf. i denne retning dom af 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, præmis 30). Jf. ligeledes dom af 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, præmis 33).

[30] Dommen i sagen Purely Creative m.fl., præmis 48 og 49.

[31] Jf. analogt vedrørende punkt 14 i dette bilag dom af 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, præmis 31).

61. Målene med direktiv 2005/29 bekræfter derfor fortolkningen om, at det ikke er vigtigt, om en betaling som omhandlet i punkt 11) i bilag I til dette direktiv består i en fordel af pengeværdi eller en anden fordel af økonomisk værdi.

4. Historisk fortolkning

62. I forbindelse med forarbejderne foreslog Europa-Parlamentet ved ændringsforslag 72 [32], at den handelspraksis, der er omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, beskrives således: »Annonceartikler, annoncemeddelelser eller annoncereklamer – undertiden benævnt »advertorials« (blandinger mellem annoncer og redaktionelle artikler), *som formidles mod betaling eller anden gensidig aftale*, bør overholde direktivet, hvis det er markedsføreren snarere end udgiveren, der kontrollerer deres indhold. Erhvervsdrivende og udgivere skal gøre det klart, at annonceartikler er annoncer, f.eks. ved at give dem overskriften »annonceartikel««[33].

63. Rådet for Den Europæiske Union tog afstand fra denne ændring med henvisning til, at »[den] [ikke] kan […] accepteres, da den ikke definerer nogen praksis, der under alle omstændigheder er urimelig, hvilket er kriteriet for medtagelse i bilaget«[34]. Kommissionen godtog ikke det pågældende ændringsforslag, og punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 blev ikke ændret væsentligt i forbindelse med forarbejderne[35]. Disse omstændigheder kan imidlertid ikke forstås således, at EU-lovgiver tog afstand fra fortolkningen om, at en advertorial både kan formidles mod betaling og ved anden gensidig aftale.

64. Hvad for det første angår Rådets modstand kunne ændringsforslag 72 faktisk forstås således, at det ikke indeholdt en beskrivelse af handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig, men snarere en vejledning, som gør det muligt at undgå, at redaktionelt indhold betragtes som en sådan praksis (»bør overholde direktivet« […] Erhvervsdrivende og udgivere skal gøre det klart, at »annonceartikler er annoncer«). Det er derfor ikke overraskende, at Kommissionen ikke godtog dette ændringsforslag, således som Parlamentet havde formuleret det.

65. For det andet indeholdt ændringsforslag 72 en præcisering om den fordel, som den erhvervsdrivende skulle give (»formidles mod betaling eller anden gensidig aftale«). Parlamentet begrundede imidlertid dette ændringsforslag med ønsket om at undgå, at »advertorial« blev fortolket for bredt, således at begrebet (»utilsigtet«) kunne komme til at omfatte redaktionelt indhold. Det må heraf udledes, at tilføjelsen af passagen om, at en advertorial kendetegnes ved, at »det er markedsføreren snarere end udgiveren, der kontrollerer [indholdet af en meddelelse]«, udgjorde en ændring af den beskrivelse, som Kommissionen oprindeligt havde foreslået. Det var også muligt, at Parlamentet mente, at den oprindeligt foreslåede beskrivelse allerede indebar, at en fordel, der blev indrømmet af en erhvervsdrivende, ikke behøvede at bestå i en betaling. Denne

[32] Betænkning af 18.3.2004 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis) (KOM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) (A5-0188/2004 endelig).

[33] Min fremhævelse.

[34] Fælles holdning (EF) nr. 6/2005 af 15.11.2004 fastlagt af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) (EUT 2005, C 38 E, s. 1), s. 20.

[35] Kommissionens oprindelige forslag indeholdt følgende beskrivelse af denne praksis: »Der anvendes redaktionelt indhold i medierne til at promovere produktet, hvor en erhvervsdrivende har betalt for en sådan reklame, uden at dette fremgår tydeligt af indholdet. (Advertorial – en blanding mellem en annonce og en redaktionel artikel).« Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis) (KOM(2003) 356 endelig).

fortolkning af ændringsforslag 72 bekræftes tilsyneladende af Kommissionens bemærkning om, at den i hvert fald delvist ville have kunnet acceptere de ændringsforslag, som den ikke havde godtaget, heriblandt ændringsforslag 72 [36].

66. Forarbejderne til direktiv 2005/29 kan derfor ikke rejse tvivl om fortolkningen om, at enhver fordel af økonomisk værdi kan udgøre en betaling som omhandlet i punkt 11) i bilag I til dette direktiv.

5. Foreløbig konklusion

67. Eftersom den objektive fortolkning af punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 ikke gør det muligt at drage en tilfredsstillende konklusion og under hensyntagen til de entydige konklusioner, der følger af den systematiske og teleologiske fortolkning af dette direktiv og ikke modsiges af konklusionerne af den historiske fortolkning, skal denne bestemmelse efter min opfattelse fortolkes således, at når der anvendes redaktionelt indhold for at promovere et produkt, har en erhvervsdrivende »betalt« for dette, såfremt den erhvervsdrivende har givet medievirksomheden en fordel, der udgøres af varer, tjenesteydelser eller andre aktiver.

68. Det spørgsmål, som jeg nu vil undersøge, er spørgsmålet om, hvorvidt en sådan fordel af økonomisk værdi som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 udgør en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt, og om der i bekræftende fald er erlagt en sådan modydelse under omstændighederne i hovedsagen.

E. Betaling som modydelse for anvendelse af redaktionelt indhold

69. Anvendelsen af udtrykket »betalt« og af de udtryk, der optræder i de øvrige sprogversioner af punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, antyder, at der skal indrømmes en fordel af økonomisk værdi for at anvende redaktionelt indhold til promovering af et produkt, og at der derfor skal være en klar sammenhæng mellem en sådan fordel og denne promovering af produktet.

70. Det bør i denne forbindelse fremhæves, at der umiddelbart er forskel på den beskrivelse, der findes i denne bestemmelse i EU-retten, og den, der findes i tysk ret. Ifølge punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 består den handelspraksis, der betegnes som »advertorial«, i anvendelse af redaktionelt indhold til at promovere produktet, hvor *en erhvervsdrivende har betalt for en sådan reklame*, hvorimod det ifølge punkt 11) i bilaget til UWG er *anvendelse af redaktionelt indhold* for at promovere et produkt, der er betalt af en erhvervsdrivende. Domstolen har allerede belyst punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 i RLvS-dommen [37], hvori den fastslog, at denne bestemmelse pålægger de annoncerende virksomheder en pligt til klart at anføre, *at de har betalt et redaktionelt indhold*. Denne dom bekræfter derfor den fortolkning af udtrykket »betalt«, som jeg netop har beskrevet.

71. Der kan af de grunde, der er anført i forbindelse med gennemgangen af det første spørgsmål [38], argumenteres for, at den historiske fortolkning ligeledes støtter denne fortolkning. Parlamentets ændringsforslag 72 indeholdt nemlig en præcisering om, at advertorials omfatter

[36] Kommissionens meddelelse af 16.11.2004 til Europa-Parlamentet (KOM(2004) 753 endelig), s. 6.

[37] Dom af 17.10.2013 (C-391/12, EU:C:2013:669, præmis 48).

[38] Jf. punkt 64 og 65 i dette forslag til afgørelse.

annonceartikler, annoncemeddelelser og annoncereklamer, som *formidles mod betaling eller anden gensidig aftale*. Som jeg har forklaret, ser det ikke ud til, at dette ændringsforslag blev forkastet på grund af den tilføjede præcisering.

72. Det skal på grundlag af det ovenfor anførte fastslås, at en fordel af økonomisk værdi, som den erhvervsdrivende giver medievirksomheden som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29, udgør en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt, således at der er en klar sammenhæng mellem fordelen og denne promovering af produktet.

73. Det er i denne sammenhæng min opfattelse, at de tildelte rettigheder til at anvende billederne, hvortil den forelæggende ret har henvist i det andet spørgsmåls andet led, er en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt.

74. For det første er der nemlig en klar og direkte sammenhæng mellem den fordel, der blev indrømmet af P&C Düsseldorf, og den promovering, der skete ved hjælp af dette redaktionelle indhold, eftersom rettighederne til at anvende billederne blev stillet til rådighed for medievirksomheden, således at den kunne berette om en reklamekampagne, der også var arrangeret af denne erhvervsdrivende, og eftersom de billeder, der indgik i dette indhold, viste P&C Düsseldorfs forretninger og de produkter, som denne erhvervsdrivende udbød til salg.

75. For det andet er der i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 ikke fastsat noget minimumsbeløb, som en fordel af økonomisk værdi skal nå op på for at blive betragtet som en betaling i denne bestemmelses forstand [39]. Det har som følge heraf ingen betydning, at medievirksomheden også selv har påtaget sig en del af omkostningerne og arbejdet i forbindelse med en offentliggørelse. Offentliggørelse af redaktionelt indhold er altid forbundet med lignende omkostninger og arbejde for en medievirksomhed. Eftersom der i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 ikke er fastsat noget minimumsbeløb med hensyn til den fordel af økonomisk værdi, der indrømmes af den erhvervsdrivende, kræver denne bestemmelse heller ikke, at denne fordel svarer til de omkostninger og det arbejde, som medievirksomheden er blevet pålagt.

76. Betragtningen i punkt 72 i dette forslag til afgørelse kan derfor markere afslutningen på vurderingen af det andet spørgsmål og give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar. Ud fra denne betragtning kan det nemlig konkluderes, at punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at en fordel af økonomisk værdi skal udgøre en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt, således at der er en klar sammenhæng mellem denne fordel og denne promovering. Der foreligger navnlig en sådan sammenhæng, når en medievirksomhed beretter om en reklamekampagne, som er arrangeret i fællesskab med en erhvervsdrivende, der i forbindelse med denne kampagne stiller rettigheder til at anvende billeder, som viser dennes forretninger og de produkter, som denne erhvervsdrivende udbyder til salg, til rådighed for denne medievirksomhed.

77. For fuldstændighedens skyld kan det endvidere overvejes, om den klare sammenhæng mellem en fordel af økonomisk værdi og anvendelsen af redaktionelt indhold til at promovere et produkt ligeledes kan være af indirekte karakter, og om der i det foreliggende tilfælde findes en sådan klar og indirekte sammenhæng mellem bidraget til omkostningerne og arbejdet i forbindelse med en reklamekampagne, der er arrangeret i samarbejde med en medievirksomhed, og offentliggørelsen

[39] Formålet om at sikre en yderligere retssikkerhed ved præciseringen af urimelig handelspraksis, som nævnt i 17. betragtning til dette direktiv, ville desuden ikke blive opfyldt, hvis medlemsstaterne kunne beslutte, hvilke beløb der kan betragtes som en betaling som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29. Jf. analogt dom af 3.4.2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, præmis 26).

af den omtvistede artikel. Isoleret set er der ikke nogen direkte sammenhæng mellem en sådan reklamekampagne, der er arrangeret i fællesskab, og denne offentliggørelse. Det er netop den manglende direkte sammenhæng, der har fået den forelæggende ret til at overveje, om denne reklamekampagne og denne artikel udgør en helhed [40].

78. Jeg kan ikke umiddelbart udelukke, at den omstændighed, at der er en indirekte sammenhæng mellem en fordel af økonomisk værdi, som medievirksomheden opnår, og anvendelsen af dens redaktionelle indhold til at promovere et produkt, er tilstrækkelig til at konkludere, at der er tale om en handelspraksis, som under alle omstændigheder er urimelig, som omhandlet i punkt 11) i bilag I til direktiv 2005/29. Den modsatte fortolkning af denne bestemmelse risikerer desuden at fratage bestemmelsen dens effektive virkning, eftersom kravet om en direkte sammenhæng gør det let at omgå det absolutte forbud mod advertorials [41].

79. Der er imidlertid ikke nogen klar indirekte sammenhæng mellem bidraget til omkostningerne og arbejdet i forbindelse med en reklamekampagne, der er arrangeret i samarbejde med en medievirksomhed, og offentliggørelsen af den omtvistede artikel, da denne sammenhæng alene er baseret på en tvivlsom formodning.

80. Hvis det indledningsvis antages, at den erhvervsdrivende har betalt for anvendelse af redaktionelt indhold til at promovere et produkt, når en medievirksomhed beretter om en reklamekampagne, der er arrangeret i samarbejde med en erhvervsdrivende, svarer det nemlig til at anerkende, at der foreligger en formodning for, at denne erhvervsdrivende er gået sammen med denne virksomhed om at foretage en sådan promovering. Hvis det dernæst lægges til grund, at denne formodning er relevant i forbindelse med punkt 11 i bilag I til direktiv 2005/29, kan det give den nævnte formodning en uafviselig karakter, da der er tale om en handelspraksis, som under alle omstændigheder er urimelig. Denne handelspraksis vil endelig blive anset for at hidrøre fra denne erhvervsdrivende, selv om dennes involvering i det redaktionelle indholds anvendelse til promovering udelukkende er baseret på den nævnte formodning.

81. En erhvervsdrivende kan imidlertid udnytte friheden til at oprette og drive egen virksomhed til at indlede et samarbejde med en medievirksomhed, der kan udøve forskellige aktiviteter, hvor formålet ikke er at sikre mediedækning, men at drage fordel af denne virksomheds anseelse, knowhow, ressourcer eller forretningskontakter.

82. Hvis der ikke foreligger en betaling som omhandlet i punkt 11 i bilag I til direktiv 2005/29, kan en handelspraksis ikke anses for urimelig under alle omstændigheder i denne bestemmelses forstand. En sådan handelspraksis, der ikke er opført i dette bilag, kan eventuelt erklæres urimelig efter en vurdering i hvert enkelt tilfælde af dens karakteristika på baggrund af de kriterier, der er nævnt i dette direktivs artikel 5-9.

83. Med forbehold for de tidligere anførte bemærkninger om bidraget til omkostningerne og arbejdet i forbindelse med en reklamekampagne, som arrangeres i samarbejde med en medievirksomhed, fastholder jeg den konklusion, der er angivet i punkt 76 i dette forslag til afgørelse.

[40] Jf. punkt 39 i dette forslag til afgørelse.

[41] Jf. analogt dom af 15.12.2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, præmis 31). I denne dom skulle Domstolen afgøre, om punkt 14 i bilag I til direktiv 2005/29 skal fortolkes således, at denne bestemmelse giver mulighed for at betegne en handelspraksis som »salgsfremmende pyramideordning« selv i det tilfælde, hvor der kun foreligger en indirekte sammenhæng mellem de vederlag, der betales af nye deltagere i et sådan system, og den kompensation, der udbetales til eksisterende deltagere. Domstolen fastslog i denne forbindelse, at finansieringen af den kompensation, som en eksisterende deltager kan modtage, indirekte kan afhænge af de vederlag, der erlægges af nye deltagere i ordningen.

84. Det bør i øvrigt pointeres, at det for at fastslå, om der foreligger en urimelig handelspraksis, som under alle omstændigheder anses for urimelig, som omhandlet i punkt 11 i bilag I til direktiv 2005/29, altid skal efterprøves, om de øvrige betingelser, der er fastsat i denne bestemmelse, og ikke kun betingelsen om, at der er betalt for at promovere et produkt, ligeledes er opfyldt. Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede skal det navnlig efterprøves, om der er tale om »redaktionelt indhold« i denne bestemmelses forstand, da Domstolen ikke har fortolket dette begreb i sin praksis, og det ikke fremgår klart af den pågældende artikel, at der var tale om indhold, som var medfinansieret af den erhvervsdrivende. Disse øvrige betingelser er imidlertid ikke genstand for de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, og er derfor ikke blevet undersøgt i dette forslag til afgørelse.

VI. Forslag til afgørelse

85. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål, som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol, Tyskland) har forelagt, således:

»Punkt 11) i bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis) skal fortolkes således, at når der anvendes redaktionelt indhold for at promovere et produkt, har en erhvervsdrivende ligeledes »betalt« for dette, såfremt den erhvervsdrivende har givet medievirksomheden en fordel, der udgøres af varer, tjenesteydelser eller andre aktiver.

En sådan fordel af økonomisk værdi skal udgøre en modydelse for anvendelsen af det redaktionelle indhold til at promovere et produkt, således at der er en klar sammenhæng mellem denne fordel og denne promovering.

Der foreligger navnlig en sådan sammenhæng, når en medievirksomhed beretter om en reklamekampagne, som er arrangeret i fællesskab med en erhvervsdrivende, der i forbindelse med denne kampagne stiller rettigheder til at anvende billeder, som viser dennes forretninger og de produkter, som denne erhvervsdrivende udbyder til salg, til rådighed for denne medievirksomhed.«