Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 24 juni 2021 [1]

Mål C-371/20

Peek & Cloppenburg KG, företrätt av Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV
mot
Peek & Cloppenburg KG, företrätt av Van Graaf Management GmbH

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Konsumentskydd – Otillbörliga affärsmetoder – Reklamkampanj – Marknadsföring av medieföretagets och näringsidkarens produkter”

I. Inledning

1. Följande citat ska tillskrivas H.G. Wells: ”Marknadsföring är en legaliserat lögn”. Utan att gå in på frågan huruvida detta påstående är välgrundat, står det klart att reklam i form av redaktionellt innehåll som inte tydligt framstår som sådan inte har ”legaliserats” i unionsrätten.

2. Enligt punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29/EG [2] utgör nämligen annons i redaktionell form en affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig, utan att det är nödvändigt att göra en prövning från fall till fall utifrån bestämmelserna i artiklarna 5–9 i direktivet. Domstolen har dessutom slagit fast att de annonserande företagen i direktivet åläggs en skyldighet att tydligt ange att de har betalat för ett redaktionellt innehåll i medierna när detta innehåll kan göra reklam för de annonserande företagens produkter eller tjänster. [3]

3. Förevarande begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att precisera räckvidden av punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29. Domstolen ska närmare bestämt tolka ordet ”betalat”, som används i denna bestämmelse för att beskriva den förmån som ett annonsföretag ger mediebolaget.

1 Originalspråk: franska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (EUT L 149, 2005, s. 22).

3 Dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätten

4. I artikel 5.5 i direktiv 2005/29 föreskrivs följande:

”Bilaga I innehåller förteckningen över de affärsmetoder som under alla omständigheter skall betraktas som otillbörliga. Samma förteckning skall gälla i alla medlemsstater och får ändras endast genom en översyn av detta direktiv.”

5. Punkt 11 i bilaga I till direktivet har följande lydelse:

”Använda material från medierna för att göra reklam för en produkt om näringsidkaren själv har betalat för materialet och detta inte framgår av reklamen eller av bilder eller ljud som tydligt kan identifieras av konsumenten (annons i redaktionell form). …”

B. Den tyska lagstiftningen

6. Direktiv 2005/29 införlivades genom Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lagen om förbud mot illojal konkurrens), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad UWG). [4] I 3 § UWG, med rubriken ”Förbud mot otillbörliga affärsmetoder”, föreskrivs i styckena 1 och 3 följande:

”1. Otillbörliga affärsmetoder är förbjudna.

…

3. Affärsmetoder gentemot konsumenter som anges i bilagan till denna lag är alltid förbjudna. …”

7. Punkt 11 i bilagan till nämnda lag, som avser 3 § stycke 3, har följande lydelse:

”Använda redaktionellt material för att göra reklam för en produkt om näringsidkaren själv har betalat för materialet och detta inte klart framgår av innehållet eller av typen av bild- eller ljudframställning (annons i redaktionell form).”

III. De faktiska omständigheterna i det nationella målet

8. Peek & Cloppenburg KG, företrätt av Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (nedan kallat P&C Düsseldorf) och Peek & Cloppenburg, företrätt av Van Graaf Management GmbH (nedan kallat P&C Hamburg) är två bolag som är rättsligt och ekonomiskt oberoende av varandra. Båda bedriver detaljhandel med kläder under firmabeteckningen ”Peek & Cloppenburg” genom olika filialer. De är verksamma i olika regioner i Tyskland och i var och en av dessa regioner driver endast en av parterna klädvaruhus. Parterna gör reklam för sina klädvaruhus oberoende och åtskilt från varandra.

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

9. I mars 2011 publicerades ett dubbeluppslag i modetidningen ”GRAZIA”. Under rubriken ”läsarerbjudande” inbjöds läsarna av tidskriften till en ”exklusiv kvällsshopping”, nämligen till ”GRAZIA StyleNight by Peek & Cloppenburg”.

10. På bilderna av klädesvaruhusen – på vilka ljusskyltar med skriften ”Peek & Cloppenburg” syntes över ingångarna – angavs texten ””En kväll för alla GRAZIA-Girls: Kom och botanisera hos oss i modetemplet efter arbetet! Med bubbel och personal shopper. Hur ni blir V.I.S. (Very Important Shopper)? Genom att anmäla er snarast!” I tidningsartikeln påpekades att det finns två oberoende företag med namnet Peek & Cloppenburg och att det i förevarande fall rörde sig om uppgifter som lämnats av ”Peek & Cloppenburg KG Düsseldorf”.

11. P&C Hamburg väckte talan vid Landgericht Hamburg (Regionala domstolen i Hamburg, Tyskland) och anförde att en sådan affärsmetod stred mot förbudet mot redaktionell reklam enligt 3 § tredje stycket UWG jämförd med punkt 11 i bilagan till denna lag. P&C Hamburg yrkade att P&C Düsseldorf skulle förbjudas att i konkurrenssyfte låta publicera reklamannonser som inte tydligt kan identifieras som sådana, samt förpliktas att lämna vissa uppgifter och ersätta den vållade skadan.

12. Domstolen i första instans biföll P&C Hamburgs yrkanden. P&C Düsseldorfs överklagande vid appellationsdomstolen, Oberlandesgericht Hamburg (Regionala överdomstolen i Hamburg, Tyskland), ogillades. P&C Düsseldorf har i sitt överklagande yrkat att den hänskjutande domstolen ska ogilla P&C Hamburgs talan.

IV. Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

13. Till följd av P&C Düsseldorfs överklagande beslutade Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland), genom beslut av den 25 juni 2020, som inkom till domstolen den 7 augusti 2020, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Är det endast fråga om betalning för material, i den mening som avses i punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29, om vederlag i form av pengar utges för användningen av material från medierna för att göra reklam, eller omfattas varje form av vederlag av begreppet betalning, oavsett om detta utgörs av pengar, varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag?

2) Förutsätts det enligt punkt 11 första meningen i bilaga I till direktiv 2005/29 att näringsidkaren ger medieföretaget en naturaförmån som vederlag för användningen av material från medierna, och om så är fallet, ska ett sådant vederlag även antas föreligga när ett medieföretag rapporterar om en reklamkampanj som anordnas tillsammans med en näringsidkare, när näringsidkaren har ställt bildrättigheter till medieföretagets förfogande för rapporteringen, båda företagen har bidragit till kostnaderna för och arbetet med reklamkampanjen och reklamkampanjen syftar till att marknadsföra båda företagens produkter?”

14. Skriftliga yttranden har ingetts av P&C Düsseldorf, P&C Hamburg, den ungerska regeringen och Europeiska kommissionen. I förevarande fall har det inte hållits någon förhandling.

V. Bedömning

15. Den hänskjutande domstolen har i motiveringen till att den ställt dessa båda tolkningsfrågor angett att utgången i det mål om överklagande som anhängiggjorts vid denna domstol beror på hur punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas. Den hänskjutande domstolen har angett att artikel 5.5 och punkt 11 i bilaga I till direktivet har införlivats med tysk rätt genom 3 § stycke 3 respektive punkt 11 i bilagan till UWG, avseende 3 § stycke 3. Dessa tyska bestämmelser ska därför tolkas i enlighet med direktivet.

16. Med hänsyn till de särskilda rättsliga och faktiska omständigheterna i förevarande begäran om förhandsavgörande, anser jag att det finns anledning att göra några inledande påpekanden om tillämpningsområdet för direktiv 2005/29, innan jag prövar tolkningsfrågorna.

17. Närmare bestämt kommer jag att först undersöka huruvida den aktuella metoden utgör en affärsmetod i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29 och således omfattas av bestämmelserna i detta direktiv. Därefter kommer jag att pröva huruvida den omständigheten att tolkningsfrågorna har ställts i samband med en tvist mellan två konkurrenter kan medföra att direktivet inte är tillämpligt.

A. Huruvida den omtvistade metoden utgör en affärsmetod

18. Den hänskjutande domstolen har, med hänvisning till de förklaringar som lämnats av appellationsdomstolen, angett att den omtvistade metod som är i fråga i det nationella målet inte avser genomförandet av de tillkännagivna och beskrivna evenemangen i den aktuella tidningsartikeln, utan publiceringen av denna artikel. [5]

19. Den hänskjutande domstolen har även angett att appellationsdomstolen inte förefaller ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att den aktuella publiceringen utgjorde en gemensam affärsmetod som tillämpats av P&C Düsseldorf och tidskriften ”GRAZIA”, och som syftade till att göra reklam för de båda företagen. P&C Hamburgs talan riktas emellertid endast mot P&C Düsseldorf.

20. För att omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29 ska den omtvistade metod som avses i det nationella målet utgöra en affärsmetod i den mening som avses i artikel 2 d i direktivet.

21. Denna metod ska således härröra från en ”näringsidkare” i den mening som avses i artikel 2 b i direktivet, det vill säga att personen ska handla för ”ändamål som ligger inom ramen för dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, hantverk eller yrke” eller i en näringsidkares namn eller för

[5] I motiveringen till beslutet om hänskjutande har den hänskjutande domstolen angett att ”den omtvistade reklamkampanjen endast [består] i publiceringen av artikeln och inte i genomförandet av de där tillkännagivna och beskrivna evenemangen” och att ”tvisten i målet rör en landsomfattande reklamkampanj som genomfördes [av P&C Düsseldorf] i modetidningen”. I formuleringen i den andra tolkningsfrågan och i andra avsnitt i redogörelsen för motiveringen till beslutet om hänskjutande används emellertid ordet ”reklamkampanj” för att beskriva evenemang som äger rum i P&C Düsseldorfs klädvaruhus, vilka var föremål för den artikel som publicerades i tidskriften ”GRAZIA”. För att undvika all förvirring anser jag att den omtvistade reklamkampanjen avser publiceringen av denna tidningsartikel och ordet ”reklamkampanj” kommer att användas i detta förslag till avgörande för att beskriva evenemang som tillkännages och beskrivs däri.

dennes räkning.[6] Metoden ska även utgöra en handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelanden ”i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument”.[7]

22. Såsom den hänskjutande domstolen har angett med hänvisning till appellationsdomstolens konstateranden, började P&C Düsseldorf tillämpa den aktuella metoden[8] och använde metoden för att marknadsföra sina produkter. Denna metod härrör från P&C Düsseldorf, och ingår vidare i bolagets affärsstrategi samt avser direkt marknadsföring och försäljning. Denna metod utgör således en affärsmetod i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29 och omfattas följaktligen av direktivets tillämpningsområde.[9]

23. Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten att den artikel som publicerades i tidskriften ”GRAZIA” avsåg en reklamkampanj som anordnats av P&C Düsseldorf tillsammans med tidskriften, eller av den omständigheten att denna artikel var avsedd att göra reklam för de båda aktörerna.

24. Mot bakgrund av definitionen av begreppet näringsidkare i artikel 2 b i direktiv 2005/29 har domstolen tidigare slagit fast att direktivet visserligen kan tillämpas i en situation då en aktörs affärsmetoder tillämpas av ett annat företag, i aktörens namn eller för vederbörandes räkning. Detta innebär att bestämmelserna i nämnda direktiv i vissa situationer skulle kunna göras gällande både mot nämnda aktör och mot företaget, när båda är omfattas av begreppet näringsidkare enligt definitionen.[10] Det kan än mindre uteslutas att en enda affärsmetod ska tillskrivas två separata aktörer, när dessa handlar för egen räkning samt för en medorganisatörs räkning. En sådan affärsmetod omfattas även av tillämpningsområdet för direktiv 2005/29. Som jag redan har påpekat i punkt 19 ovan, riktas P&C Hamburgs talan endast mot P&C Düsseldorf, vilket innebär att frågan huruvida bestämmelserna i detta direktiv kan åberopas gentemot tidskriften ”GRAZIA” inte är aktuell i förevarande fall.[11]

25. Den rättsliga kvalificering som anges i punkt 22 ovan motsvarar i huvudsak den kvalificering som den hänskjutande domstolen har förespråkat. Den hänskjutande domstolen har nämligen angett att publiceringen av artikeln enligt appellationsdomstolen utgjorde en affärsmetod såväl i den mening som avses i 2 § första stycket led 1 UWG som i den mening som avses i artikel 2 d i direktiv 2005/29. Den hänskjutande domstolen har vidare hävdat att appellationsdomstolen inte har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin bedömning. Jag förstår detta påpekande så, att det även avser den rättsliga kvalificeringen av publiceringen av artikeln utifrån denna unionsbestämmelse.

6 Se dom av den 4 oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punkt 32). I artikel 2 b i direktiv 2005/29 definieras näringsidkare som ”en fysisk eller juridisk person som, med avseende på de affärsmetoder som omfattas av detta direktiv, handlar för ändamål som ligger inom ramen för dennes näringsverksamhet, affärsverksamhet, hantverk eller yrke samt den som handlar i näringsidkarens namn eller för dennes räkning”.

7 Se dom av den 4 oktober 2018, Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:808, punkterna 42 och 43).

8 Se fotnot 5 i detta förslag till avgörande och uppgiften att ”tvisten i målet rör en landsomfattande reklamkampanj som genomförts [av P&C Düsseldorf] i modetidningen”.

9 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 36).

10 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 38).

11 Utan att föregripa svaret på en sådan fråga är det riktigt att punkt 39 i domen av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669), kan ge intryck av att publiceringen av en tidningsartikel inte kan utgöra en affärsmetod som härrör från en tidningsutgivare. Det mål som gav upphov till denna dom avsåg emellertid artiklar om evenemang som inte anordnats av tidningsutgivaren, medan förevarande mål avser publiceringen av en artikel om en reklamkampanj som anordnats av en tidningsutgivare tillsammans med P&C Düsseldorf.

26. I detta sammanhang fäster den hänskjutande domstolen uppmärksamhet vid den nyans som kännetecknar begreppet affärsmetoder, såsom det definieras i tysk rätt. Denna domstol har angett att begreppet definieras i 2 § första stycket led 1 UWG som en handling som en person vidtar för att gynna den egna eller någon annans näringsverksamhet, före, i samband med eller efter en handelsåtgärd, vilken objektivt sett syftar till att marknadsföra eller tillhandahålla varor eller tjänster. Enligt den hänskjutande domstolen är begreppet affärsmetoder som används i tysk rätt vidare än det begrepp som används i artikel 2 d i direktiv 2005/29, eftersom det även omfattar handlingar som görs av tredje man för att främja ett utomstående bolags försäljning eller köp och som inte handlar för näringsidkarens räkning eller i dennes namn. Den hänskjutande domstolen anser emellertid att direktiv 2005/29 inte utgör hinder för att begreppet affärsmetoder ges en vidare definition i nationell rätt, eftersom direktivet endast ”delvis” reglerar bestämmelserna avseende otillbörlig konkurrens.

27. Domstolen behöver emellertid inte klargöra huruvida 2 § första stycket led 1 UWG utgör ett korrekt införlivande av artikel 2 d i direktiv 2005/29. För att besvara tolkningsfrågorna är det inte heller nödvändigt att fastställa huruvida definitionen enligt tysk rätt är vidare än definitionen enligt unionsrätten. Det ska endast fastställas huruvida den aktuella omtvistade metoden utgör en affärsmetod som tillämpats av P&C Düsseldorf i den mening som avses i detta direktiv, vilket, såsom jag har angett,[12] är fallet.

B. Huruvida en affärsmetod kan ifrågasättas i samband med en tvist mellan två konkurrenter

28. Förevarande begäran om förhandsavgörande har sin grund i en tvist i vilken P&C Hamburg har yrkat att P&C Düsseldorf ska förbjudas att i konkurrenssyfte låta publicera reklamannonser som inte tydligt kan identifieras som sådana, samt förpliktas att lämna vissa uppgifter och ersätta den vållade skadan. Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida publiceringen av den aktuella artikeln utgör en affärsmetod som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 och således under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig.

29. Det är riktigt att en affärsmetod i den mening som avses i direktiv 2005/29 endast kan anses föreligga om den avser en näringsidkare, å ena sidan, och en konsument, å andra sidan.[13]

30. Den omständigheten att tvisten vid den nationella domstolen avser två näringsidkare som förefaller konkurrera med varandra innebär emellertid inte per automatik att de nationella bestämmelser genom vilka direktiv 2005/29 har införlivats inte är tillämpliga i förevarande fall.

31. Domstolen har nämligen tidigare slagit fast att nationella bestämmelser som innehåller ett påföljdsbelagt förbud mot otillbörliga affärsmetoder i konsumenternas intresse omfattas av direktivets tillämpningsområde.[14] Konsumenternas intresse kan skyddas genom att talan väcks mellan konkurrenter i form av en privat tillämpning (*private enforcement*) av konsumentskyddsreglerna som avses i artikel 11.1 i direktivet. I denna bestämmelse föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att det finns adekvata och effektiva metoder för att bekämpa otillbörliga affärsmetoder. Sådana metoder kan innefatta rättsliga bestämmelser enligt vilka konkurrenter får vidta rättsliga åtgärder mot otillbörliga affärsmetoder.

[12] Se punkt 22 ovan.

[13] Se mitt förslag till avgörande i målet Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 40).

[14] Se dom av den 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punkt 33).

32. Den omständigheten att en konkurrent har ett eget intresse av att väcka en sådan talan innebär inte att direktiv 2005/29 inte är tillämpligt.

33. Direktiv 2005/29 har nämligen antagits på grundval av artikel 114 FEUF. Enligt artikel 1 i direktiv 2005/29 är syftet med detta direktiv bland annat att bidra till att den inre marknaden fungerar korrekt. [15] I detta sammanhang anges i skälen 6 och 8 i direktivet att direktivet direkt skyddar konsumenternas ekonomiska intressen mot otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter och därigenom indirekt legitima konkurrenters ekonomiska intressen. [16] Såsom domstolen tidigare slagit fast med hänvisning till skäl 6 i direktivet, är det endast sådan nationell lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder som ”enbart” skadar konkurrenters ekonomiska intressen, eller som gäller transaktioner mellan näringsidkare, som faller utanför direktivets tillämpningsområde. [17]

C. Anmärkningar beträffande tolkningsfrågornas syfte och innebörd

34. Den hänskjutande domstolen vill genom sina två frågor få klarhet i huruvida den omtvistade affärsmetoden, mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet och, närmare bestämt, de förmåner som P&C Düsseldorf gett medieföretaget, nämligen utgivaren av tidskriften ”GRAZIA”, under alla omständigheter utgör en otillbörlig affärsmetod i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29. Medan det i denna bestämmelse anges flera villkor som ska vara uppfyllda för att fastställa att det föreligger en affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig, rör de båda tolkningsfrågorna enbart det villkor som avser betalning för att göra reklam för en produkt.

35. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att i det fall att ett redaktionellt innehåll används för att göra reklam för en produkt, ”betalar” näringsidkaren för marknadsföringen inte bara när denne har gett mediebolaget en förmån i form av pengar för att göra reklam, utan även när näringsidkaren har gett en förmån i form av varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag. [18]

36. Den andra tolkningsfrågan består av två delar. Den hänskjutande domstolen har ställt den första delfråga, som endast behöver besvaras om den första frågan besvaras jakande, för att få klarhet i huruvida en sådan förmån i form av tillgångar av annat slag, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, utgör ett vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt.

37. I formuleringen i den första frågan kan användningen av begreppet vederlag, som ges ”för användningen av material från medierna”, ge intrycket att denna fråga sammanfaller med den andra frågans första del. Så är dock inte fallet. Medan den första frågan avser huruvida

[15] Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i målet Kamenova (C-105/17, EU:C:2018:378, punkt 32). Vad gäller sambandet mellan en väl fungerande inre marknad och olika former av privat tillämpning (*private enforcement*) av unionsrätten, se, analogt, dom av den 17 september 2002, Muñoz och Superior Fruiticola (C-253/00, EU:C:2002:497, punkterna 29–32).

[16] Se, även, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 40), i vilken domstolen konstaterat att direktiv 2005/29 syftar till att skydda både konsumenterna av företagens produkter och tjänster och företagens legitima konkurrenter.

[17] Se dom av den 14 januari 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, EU:C:2010:12, punkt 39), och dom av den 17 januari 2013, Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, punkt 30).

[18] Jag noterar att den hänskjutande domstolen inte har bett EU-domstolen att klargöra huruvida en betalning kan ske i form av en förmån som saknar ekonomiskt värde. För fullständighetens skull räcker det att notera att denna fråga besvaras jakande i doktrinen. Se Namysłowska, M., Sztobryn, K., ”Ukryta reklama po implementacji dyrektywy o nieuczciwych praktykach rynkowych”, *Państwo i Prawo*, 2008, volym 11, s. 61.

betalningen kan ha en annan form än en betalning i pengar, avser den andra frågans första del huruvida en sådan betalning, såsom den hänskjutande domstolen har tydliggjort i motiveringen till begäran om förhandsavgörande, ska anses som ett vederlag som utgörs av tillgångar av annat slag i den mening som avses i ”ett ömsesidigt bindande förhållande”.

38. Denna fråga återspeglar de argument som P&C Düsseldorf framfört i sitt överklagande. I överklagandet gjorde P&C Düsseldorf gällande att för att en affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig ska anses föreligga måste en förmån som ges av näringsidkaren ha ett samband med det redaktionella innehållet, så att det kan anses att näringsidkaren genom denna betalning har ”köpt” reportaget. Enligt P&C Düsseldorf kan denna slutsats däremot inte dras av den omständigheten att näringsidkaren bidragit till kostnaderna för den reklamkampanj som anordnats tillsammans med ett medieföretag och som gynnar de båda företagen. I ett sådant fall är det endast det evenemang som anordnats tillsammans som finansieras gemensamt, medan medieföretaget i en artikel endast i eget intresse hänvisar till reklamkampanjen.

39. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende angett att ett sådant samband, som P&C Düsseldorf hänvisar till, redan kan fastställas av det skälet att reklamkampanjen och tidningsartikeln kan anses utgöra delar av en och samma reklamkampanj som endast kan bedömas och kvalificeras som en helhet. En sådan lösning framstår inte genast som självklar. Mot bakgrund härav har den hänskjutande domstolen angett att P&C Düsseldorf, enligt appellationsdomstolens konstateranden, bland annat har tillhandahållit mediebolaget nyttjanderätten till det bildmaterial som använts i denna artikel. Enligt den hänskjutande domstolen förefaller således åtminstone vissa av de tjänster i form av tillgångar av annat slag som tillhandahållits av P&C Düsseldorf ha ett konkret samband med publiceringen av nämnda artikel.

40. Såsom framgår av formuleringen av den andra frågan uppkommer den andra delfrågan endast om den första delfrågan besvaras jakande. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågans andra del för att få klarhet i huruvida användningen av redaktionellt innehåll är ”betalad” för i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, om näringsidkaren har ställt bildrättigheter till medieföretagets förfogande och båda aktörerna har bidragit till kostnaderna för och arbetet med reklamkampanjen som syftar till att marknadsföra deras produkter.

41. Med hänsyn till att båda frågorna rör samma sak och att de hänger nära samman, anser jag att de ska prövas tillsammans och besvaras gemensamt.

42. Följaktligen ska det först fastställas huruvida punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att i det fall att ett redaktionellt innehåll används för att göra reklam för en produkt, ”betalar” näringsidkaren för marknadsföringen inte bara när denne har gett mediebolaget en förmån i form av pengar för att göra denna reklam, utan även när näringsidkaren har gett en förmån i form av varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag (avsnitt D).

43. Om denna fråga besvaras jakande, ska det därefter fastställas huruvida en sådan förmån i form av tillgångar av annat slag, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, utgör vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, vilket medför att det finns ett samband mellan förmånen och reklamen i fråga. Om så är fallet, ska det undersökas huruvida den omständigheten att näringsidkaren har ställt bildrättigheter till mediebolagets förfogande och/eller bidragit till kostnaderna för och arbetet med reklamkampanjen utgör ett sådant vederlag när ett mediebolag rapporterar om denna reklamkampanj som anordnats gemensamt med näringsidkaren (avsnitt E).

D. Betalning i form av en ekonomisk förmån

1. Bokstavstolkning

44. Såsom framgår av skäl 5 i direktiv 2005/29, har unionslagstiftaren ansett att hindren för den fria rörligheten för tjänster och varor över gränserna samt för etableringsfriheten endast kan undanröjas genom antagande av enhetliga regler och klargörande av vissa rättsliga begrepp. Härav drar jag slutsatsen att unionslagstiftaren ansett att de begrepp som används i direktivet i princip utgör självständiga unionsrättsliga begrepp.

45. Beroende på de olika språkversionerna av direktiv 2005/29 och de ord som används däri kan punkt 11 i bilaga I till direktivet förstås så, att en betalning ska ske i form av en penningförmån [19] eller, enligt de mer generösa formuleringar som används i andra språkversioner, så att en sådan betalning kan ske i form av en ekonomisk förmån av annat slag. [20]

46. På grund av divergensen mellan de olika språkversionerna är det inte möjligt att komma fram till en entydig slutsats om den typ av förmån som kan utgöra betalning i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till nämnda direktiv. Enligt domstolens fasta praxis ska därför andra tolkningsmetoder än bokstavstolkning tillämpas. [21]

2. Systematisk tolkning

47. Bestämmelserna i direktiv 2005/29 har i huvudsak utarbetats med beaktande av konsumenten i egenskap av den person som utsätts för och till vilken otillbörliga affärsmetoder riktas. [22] I det system som sålunda utformats betecknas den affärsmetod som beskrivs i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 som en ”affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig” och, såsom framgår av de rubriker som används i denna bilaga, som ”vilseledande”.

[19] Det kan även hänvisas till följande språkversioner, som använder olika grammatiska varianter av verbet ”betala”: på spanska (”*pagando*”), på tjeckiska (”*zaplatil*”), på danska (”*betalt*”), på tyska (”*bezahlt*”), på estniska (”*maksnud*”), på engelska (”*paid for*”), på lettiska (”*ir samaksājis*”), på litauiska (”*sumokėjo*”), på nederländska (”*betaald*”), på polska (”*zapłacił*”), på rumänska (”*a plătit*”), på slovakiska (”*zaplatil*”), på slovenska (”*plačal*”),, på finska (”*maksanut*”) och på svenska (”*betalat*”).

[20] I den fria översättningen av den italienska versionen (”*costi … sostenuti*”) rör det sig om ”att påta sig kostnaderna för marknadsföringen”. I linje härmed förefaller ordalydelsen i den franska (”*financer*”), den ungerska (”*fizetett*”) och den portugisiska (”*financiar*”) språkversionen inte utesluta andra typer av ekonomiska förmåner som inte utgörs av pengar.

[21] I domen 4finance bekräftade domstolen resultatet från bokstavstolkningen av punkt 14 i bilaga I till direktiv 2005/29 med det från den teleologiska tolkningen, samtidigt som den erinrade om att behovet av en enhetlig tillämpning och tolkning av en unionsrättsakt utesluter att denna betraktas isolerat, i endast en språkversion. I stället ska rättsakten tolkas med beaktande både av upphovsmannens verkliga avsikt och av det av denne eftersträvade syftet, särskilt mot bakgrund av samtliga språkversioner (dom av den 3 april 2014, C-515/12, EU:C:2014:211, punkterna 19, 20 och 24). Mot bakgrund av detta direktiv angav domstolen vidare i domen Trento Sviluppo och Centrale Adriatica att bestämmelsen i fråga, i händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna, ska tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår (dom av den 19 december 2013, C-281/12, EU:C:2013:859, punkt 26). I domen Purely Creative m.fl. besvarade domstolen dessutom tolkningsfrågoravseende punkt 31 i bilaga I till direktiv 2005/29 genom att göra en bokstavlig (punkterna 25 och 26), historisk (punkt 28), systematisk (punkterna 35 och 42) och teleologisk (punkt 43) tolkning av denna bestämmelse (dom av den 18 oktober 2012, C-428/11, EU:C:2012:651) (nedan kallad domen Purely Creative m.fl). På samma sätt hänvisade domstolen i domen Wind Tre och Vodafone Italia, för att besvara tolkningsfrågan avseende punkt 21 i bilaga I till direktivet, till den bokstavliga (punkt 43), den systematiska (punkt 45) och den teleologiska (punkt 54) tolkningen (dom av den 13 september 2018, C-54/17 och C-55/17, EU:C:2018:710). I de två sistnämnda domarna nämnde domstolen visserligen inte att det fanns skillnader mellan de olika språkversionerna av detta direktiv. Det metodologiska tillvägagångssätt som användes i dessa domar bekräftar emellertid att resultatet från bokstavstolkningen inte kan överskugga resultaten från andra tolkningsmetoder.

[22] Se dom av den 16 april 2015, UPC Magyarország (C-388/13, EU:C:2015:225, punkt 52).

48. Skillnaden mellan de affärsmetoder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga och de som enligt artiklarna 5–9 i direktiv 2005/29 endast kan förklaras otillbörliga efter en bedömning i det enskilda fallet bygger på övervägandet att det endast är de affärsmetoder som är mest skadliga för konsumenterna som omfattas av ett absolut förbud. [23]

49. Ur konsumenternas synvinkel saknar det betydelse huruvida användningen av redaktionellt innehåll har betalats i form av en penningförmån eller ej. Den affärsmetod som beskrivs i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska under alla omständigheter betraktas som otillbörlig på grund av att den kan vara vilseledande. För att undvika detta har domstolen tidigare slagit fast att ”direktiv 2005/29, särskilt punkt 11 i bilaga I till detta, [faktiskt] ålägger de annonserande företagen en skyldighet att tydligt ange att de har betalat för ett redaktionellt innehåll i medierna när detta innehåll är avsett att göra reklam för de annonserande företagens produkter eller tjänster”. [24]

50. En systematisk tolkning av direktiv 2005/29 talar således för uppfattningen att formen av betalning, oavsett om den utgörs av en penningförmån eller en ekonomisk förmån av annat slag, saknar betydelse.

3. Teleologisk tolkning

51. P&C Düsseldorf har, med hänvisning till punkterna 46 och 47 i domen Purely Creative m.fl., gjort gällande att domstolen har slagit fast att målet med direktiv 2005/29 inte kan nås om tolkningen av de olika typfallen, vid tillämpningen av bestämmelserna i bilaga I till direktivet, medför att det tas hänsyn till villkor som innebär att det måste göras en svår bedömning i varje enskilt fall.

52. Jag anser att detta påstående inte stöds av någon teleologisk tolkning av direktiv 2005/29 och följer av en selektiv tolkning av den domen.

53. I det mål som gav upphov till domen Purely Creative m.fl. ombads domstolen att tolka punkt 31 i bilaga I till direktiv 2005/29 för att klargöra huruvida en affärsmetod enligt denna bestämmelse under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig när en kostnad, även om den är försumbar, åläggs en konsument som har meddelats att han eller hon har vunnit ett pris.

54. Domstolen fann inledningsvis, på grundval av en bokstavlig och systematisk tolkning av punkt 31 i bilagan, att förbudet att ålägga någon kostnad är absolut. [25] Domstolen gjorde därefter en teleologisk tolkning för att bekräfta resultatet från bokstavstolkningen av denna bestämmelse [26]. Domstolen erinrade i detta avseende om att rättssäkerheten, såsom anges i skäl 17 i direktiv 2005/29, utgör ett väsentligt krav för att den inre marknaden ska fungera väl och att unionslagstiftaren, för att uppnå detta mål, i bilaga I har angett de affärsmetoder som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörliga. [27]

[23] Se dom av den 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 32). Under förarbetena angav kommissionen att bilaga I till direktiv 2005/29 innehåller de affärsmetoder som alltid avsevärt påverkar konsumenternas beslut. Se förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv av den 18 juni 2003 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (COM (2003) 356 slutlig), s. 10.

[24] Dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

[25] Domen Purely Creative m.fl., punkterna 30 och 36.

[26] Domen Purely Creative m.fl., punkt 43.

[27] Domen Purely Creative m.fl., punkt 46.

55. Domstolen fann vidare att detta mål inte nås om punkt 31 i bilaga I till direktiv 2005/29 tolkas så, att vilseledande är ett självständigt rekvisit i förhållande till de situationer som beskrivs i den andra delen av bestämmelsen. Målet kan inte heller nås om näringsidkare kan ålägga konsumenterna ”kostnader som är försumbara” i förhållande till prisets värde.[28] Domstolen har även kommit fram till de konstateranden som P&C Düsseldorf hänvisat till, nämligen att en annan tolkning skulle medföra svåra bedömningar som skulle behöva göras utifrån det enskilda fallet, vilket man har velat undvika genom att ange metoden i bilaga I.

56. Det ska för det första påpekas att domstolen endast gjorde en teleologisk tolkning för att bekräfta bokstavstolkningen av punkt 31 i bilaga I till direktiv 2005/29. Till skillnad från förevarande mål kunde man komma fram till en entydig slutsats med stöd av denna tolkning.

57. Denna teleologiska tolkning har för det andra gjort det möjligt att utesluta att beskrivningen av en affärsmetod som omfattas av bilaga I innehåller ett ytterligare självständigt rekvisit utöver dem omständigheter som uttryckligen anges i denna bestämmelse. Det är dessutom alltid nödvändigt att kontrollera huruvida de omständigheter som motsvarar beskrivningen av en affärsmetod som omfattas av bilaga I föreligger i det aktuella fallet. Domstolen har nämligen slagit fast att tillämpningen av denna bilaga kräver att vissa omständigheter anses vara ”väsentliga” eller ”huvudsakliga” och att vissa omständigheter som indirekt har samband med andra omständigheter ska beaktas.[29]

58. Dessutom kan det för det tredje konstateras att resultatet från domstolens resonemang skiljer sig från det resultat som P&C Düsseldorf önskar komma fram till. Domstolen hänvisade till en teleologisk tolkning för att inte begränsa definitionen av ”affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig”, medan P&C Düsseldorf från denna definition försöker undanta alla andra former av betalning än pengar.

59. Därutöver anser jag för det fjärde att domstolens resonemang är helt förenligt med det andra målet med direktiv 2005/29, som också åberopades i domen Purely Creative m.fl.,[30] nämligen att säkerställa en hög konsumentskyddsnivå.

60. Om definitionen av begreppet affärsmetoder som omfattas av punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, för det femte, begränsades till att endast avse en penningförmån skulle detta riskera att frånta denna bestämmelse sin ändamålsenliga verkan, eftersom en sådan begränsning skulle göra det möjligt att lätt kringgå förbudet mot annons i redaktionell form.[31] Att skilja mellan penningförmåner och ekonomiska förmåner av annat slag skulle, såsom P&C Hamburg har påpekat, i detta sammanhang inte alls återspegla hur journalistiken fungerar i praktiken.

61. Målen med direktiv 2005/29 bekräftar således tolkningen att det saknar betydelse huruvida en betalning, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktivet, sker i form av en penningförmån eller en ekonomisk förmån av annat slag.

[28] Domen Purely Creative m.fl., punkterna 46 och 47.

[29] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 30). Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 33).

[30] Domen Purely Creative m.fl., punkterna 48 och 49.

[31] Se, analogt, avseende punkt 14 i bilagan, dom av den 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 31).

4. Historisk tolkning

62. Under förarbetena föreslog Europaparlamentet, genom ändringsförslag 72,[32] att den affärsmetod som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 skulle beskrivas på följande sätt: ”Annonserbjudanden, annonser eller reklam som ibland benämns som en ”annons i redaktionell form” och som *förmedlas mot betalning eller annat ömsesidigt arrangemang* bör vara förenliga med direktivet om det är marknadsaktörer snarare än utgivare som kontrollerar deras innehåll. Näringsidkarna och utgivarna skall förtydliga att annonserbjudanden är annonser, till exempel genom att benämna dem som ”annonserbjudanden”.[33]

63. Rådet motsatte sig detta ändringsförslag och angav följande: ”Ändringen kunde inte godtas eftersom den inte anger någon metod som under alla omständigheter är otillbörlig, vilket är kriteriet för att den skall införas i bilagan”.[34] Kommissionen å sin sida har inte godtagit detta ändringsförslag och punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ändrades inte väsentligt under förarbetena.[35] Dessa omständigheter kan dock inte förstås så, att unionslagstiftaren har motsatt sig tolkningen att en annons i redaktionell form inte enbart förmedlas mot betalning utan även mot annat ömsesidigt arrangemang.

64. Vad för det första gäller rådets invändning, kunde ändringsförslag 72 faktiskt förstås så, att det inte innehöll någon beskrivning av den affärsmetod som under alla omständigheter skulle betraktas som otillbörlig, utan snarare en vägledning som gjorde det möjligt att undvika att ett redaktionellt innehåll betraktas som en sådan metod (”bör vara förenliga med direktivet … Näringsidkarna och utgivarna skall förtydliga att annonserbjudanden är annonser”). Det är således inte förvånande att ändringsförslaget inte godtogs av kommissionen i den version som parlamentet hade föreslagit.

65. För det andra preciserades i ändringsförslag 72 den förmån som näringsidkaren skulle ge (”förmedlas mot betalning eller annat ömsesidigt arrangemang”). Parlamentet motiverade ändringsförslaget med målet att förhindra en alltför bredtolkning av uttrycket ”annons i redaktionell form”, vilket (”oavsiktligt”) kunde omfatta redaktionellt innehåll. Jag drar härav slutsatsen att parlamentet ansåg att införandet av tillägget att annons i redaktionell form kännetecknas av att ”det är marknadsaktörer snarare än utgivare som kontrollerar [innehållet i en publikation]” ändrade den beskrivning som kommissionen ursprungligen hade föreslagit. Det kan även antas att parlamentet ansåg att den beskrivning som ursprungligen föreslagits redan tydde på att en förmån som ges av en näringsidkare inte nödvändigtvis måste bestå i en betalning. Denna tolkning av ändringsförslag 72 tycks bekräftas av kommissionens konstaterande att de ändringsförslag som inte godtagits, inklusive ändringsförslag 72, åtminstone delvis hade kunnat godtas av kommissionen.[36]

[32] Betänkande av den 18 mars 2004 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) (KOM(2003) 356 – C5-0288/2003 – 2003/0134(COD)) [A5–0188/2004 slutlig].

[33] Min kursivering.

[34] Gemensam ståndpunkt (EG) nr 6/2005 av den 15 november 2004, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (”direktiv om otillbörliga affärsmetoder”) (EUT C 38E, 2005, s. 1), s.20.

[35] I kommissionens ursprungliga förslag beskrevs metoden enligt följande: ”Använda material från media för att göra reklam för en produkt om näringsidkaren själv har betalat för materialet och detta inte framgår av reklamen (annons i redaktionell form).” Se förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG och 98/27/EG (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) [KOM (2003) 356 slutlig].

[36] Kommissionens meddelande till Europaparlamentet av den 16 november 2004, KOM (2004) 753 slutlig, s. 6.

66. Tolkningen att varje ekonomisk förmån kan utgöra betalning i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 påverkas således inte av förarbetena till detta direktiv.

5. Delslutsats

67. Med hänsyn till att det inte kan dras någon tillfredsställande slutsats av bokstavstolkningen av punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 och med beaktande av de entydiga slutsatser som följer av den systematiska och teleologiska tolkningen, vilka inte strider mot de slutsatser som följer av den historiska tolkningen, anser jag att denna bestämmelse ska tolkas så, att när ett redaktionellt innehåll används för att göra reklam för en produkt, ”betalar” näringsidkaren för marknadsföringen när denne ger mediebolaget en förmån i form av varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag.

68. Nu kommer jag att behandla frågan huruvida en sådan ekonomisk förmån, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, utgör ett vederlag för användningen av redaktionellt material för att göra reklam för en produkt och, om så är fallet, huruvida ett sådant vederlag har tillhandahållits i det aktuella målet.

E. Betalning som vederlag för användningen av redaktionellt innehåll

69. Användningen av ordet ”betalat” och andra ord i andra språkversioner av punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 tyder på att en ekonomisk förmån ska tillhandahållas för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, och att det således måste finnas ett visst samband mellan en sådan förmån och marknadsföringen av produkten.

70. Det ska i detta hänseende påpekas att det i princip finns nyansskillnader mellan beskrivningen i denna unionsbestämmelse och den som finns i tysk rätt. Enligt punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 består nämligen den affärsmetod som betecknas som ”annons i redaktionell form” i användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, trots att *denna reklam har finansierats av näringsidkaren*, medan det enligt punkt 11 i bilagan till UWG är *användningen av redaktionellt innehåll* för att göra reklam för en produkt, som finansieras av näringsidkaren. Domstolen har redan i domen RLvS[37] klargjort punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 och funnit att denna bestämmelse ålägger de annonserande företagen en skyldighet att tydligt ange *att de har betalat för ett redaktionellt innehåll*. Denna dom bekräftar således den tolkning av ordet ”betalat” som jag redogjort för ovan.

71. Av samma skäl som anförts i bedömningen av den första frågan[38] kan det hävdas att även den historiska tolkningen talar för denna tolkning. Ändringsförslag 72, som parlamentet föreslog, syftade nämligen till att klargöra att en annons i redaktionell form omfattar annonserbjudanden, annonser eller reklam som *förmedlas mot betalning eller annat ömsesidigt arrangemang*. Som jag har förklarat ovan förefaller förkastandet av detta ändringsförslag inte ha berott på införandet av detta klargörande.

[37] Dom av den 17 oktober 2013, RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, punkt 48).

[38] Se punkterna 64 och 65 ovan.

72. Mot bakgrund av vad som anförts ovan, ska en ekonomisk förmån, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, som näringsidkaren tillhandahållit mediebolaget anses utgöra ett vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, vilket innebär att det finns ett visst samband mellan en sådan förmån och marknadsföringen av produkten.

73. Härvidlag anser jag att beviljandet av bildrättigheter, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till i den andra frågans andra del, utgör ett vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt.

74. För det första finns det nämligen ett visst och direkt samband mellan den förmån som P&C Düsseldorf tillhandahållit och den reklam som gjorts med hjälp av det redaktionella innehållet, eftersom bildrättigheterna ställdes till mediebolagets förfogande för att rapportera om en reklamkampanj som även anordnats av näringsidkaren. De bilder som användes i det innehållet var fotografier på P&C Düsseldorfs klädvaruhus samt de produkter som näringsidkaren erbjuder till försäljning.

75. För det andra innehåller punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 inte något minimibelopp som en ekonomisk förmån ska uppgå till för att kunna anses som betalning i den mening som avses i denna bestämmelse.[39] Härav följer att den omständigheten att mediebolaget också har bidragit till kostnaderna för och arbetet med publiceringen saknar betydelse. Publicering av redaktionellt innehåll medför alltid sådana kostnader för ett mediebolag. Med hänsyn till att det i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 inte föreskrivs något minimibelopp som den ekonomiska förmån som näringsidkaren tillhandahåller måste uppgå till, kräver denna bestämmelse inte att denna förmån motsvarar mediebolagets kostnader och arbetsinsats.

76. Bedömningen i punkt 72 ovan kan således markera slutet på bedömningen av den andra frågan och ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar. Denna bedömning gör det nämligen möjligt att dra slutsatsen att punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att en ekonomisk förmån ska anses utgöra ett vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, vilket innebär att det finns ett visst samband mellan denna förmån och marknadsföringen. Ett sådant samband föreligger särskilt när ett mediebolag informerar om en reklamkampanj som anordnats gemensamt med en näringsidkare som i sin tur – för att göra reklam för denna produkt – har tillhandahållit mediebolaget nyttjanderätten till de bilder som innehåller fotografier på näringsidkarens varuhus samt de produkter som näringsidkaren erbjuder till försäljning.

77. För fullständighetens skull kan man även fråga sig huruvida ett visst samband mellan en ekonomisk förmån och användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt även kan vara indirekt och, i förekommande fall, huruvida det i det aktuella fallet finns ett visst och indirekt samband mellan det aktuella bidraget till kostnaderna för och arbetet med den reklamkampanj som anordnats tillsammans med ett mediebolag och publiceringen av den omtvistade artikeln. Betraktat separat har det gemensamma anordnandet av en sådan reklamkampanj inte något direkt samband med publiceringen. Det är just avsaknaden av ett sådant direkt samband som tycks ha föranlett den hänskjutande domstolen att anse att reklamkampanjen och tidningsartikeln utgör en helhet.[40]

[39] Målet i skäl 17 i direktivet att öka rättssäkerheten vid fastställandet av otillbörliga affärsmetoder kan inte heller uppnås om medlemsstaterna får bestämma det belopp som kan anses utgöra betalning i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29. Se, analogt, dom av den 3 april 2014, 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, punkt 26).

[40] Se punkt 39 ovan.

78. Det kan inte redan från början uteslutas att ett indirekt samband mellan en ekonomisk förmån till mediebolaget och användningen av dess redaktionella innehåll för att göra reklam för en produkt räcker för att dra slutsatsen att det föreligger en affärsmetod som under alla omständigheter är otillbörlig, i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29. En motsatt tolkning av denna bestämmelse kan medföra att bestämmelsen förlorar sin ändamålsenliga verkan, eftersom ett krav på ett direkt samband kan göra det möjligt att lätt kringgå det absoluta förbudet mot annons i redaktionell form. [41]

79. Det indirekta sambandet mellan bidraget till kostnaderna för och arbetet med den reklamkampanj som anordnats tillsammans med ett mediebolag och publiceringen av den omtvistade artikeln kan emellertid endast fastställts på grundval av ett tvivelaktigt antagande. Sambandet kan således inte fastställas med säkerhet.

80. Att anse att näringsidkaren har finansierat användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt när ett mediebolag rapporterar om en reklamkampanj som anordnats tillsammans med en näringsidkare skulle nämligen innebära att det erkänns att det föreligger en presumtion om att näringsidkaren har samarbetat med detta bolag för att göra en sådan reklam. Att godta att denna presumtion är relevant för punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29 skulle vidare kunna ge presumtionen en icke motbevisbar karaktär, med hänsyn till att det rör sig om en affärsmetod som under alla omständigheter är otillbörlig. Denna affärsmetod skulle slutligen anses härröra från näringsidkaren, även om dennes åtagande att använda redaktionellt innehåll för att göra reklam endast grundar sig på nämnda presumtion.

81. En näringsidkare kan emellertid, genom att använda sig av näringsfriheten, inleda ett samarbete med ett mediebolag – som kan bedriva olika verksamheter – inte för att tillförsäkra en mediabevakning, utan för att dra fördel av att bolaget är välkänt samt av bolagets kompetens, resurser eller affärskontakter.

82. Om det saknas betalning i den mening som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, kan en affärsmetod under alla omständigheter inte betraktas som otillbörlig enligt denna bestämmelse. En sådan affärsmetod, som inte finns med i bilagan, kan eventuellt förklaras otillbörlig efter en prövning från fall till fall av metodens egenskaper utifrån kriterierna i artiklarna 5–9 i direktivet.

83. Utan att det påverkar vad som anförts ovan om bidraget till kostnaderna för och arbetet med den reklamkampanj som anordnats tillsammans med ett mediebolag, vidhåller jag den slutsats som anges i punkt 76 ovan.

84. För att det ska kunna fastställas att det föreligger en sådan affärsmetod som under alla omständigheter ska betraktas som otillbörlig, som avses i punkt 11 i bilaga I till direktiv 2005/29, ska det vidare alltid kontrolleras huruvida de villkor som uppställs i denna bestämmelse, utöver villkoret om betalning för att göra reklam för en produkt, också är uppfyllda. Under sådana omständigheter som de nu aktuella ska det bland annat prövas huruvida det rör sig om ett ”redaktionellt innehåll” i den mening som avses i denna bestämmelse, eftersom detta begrepp inte har tolkats av domstolen i sin praxis samt om det inte klart framgår av den aktuella artikeln

[41] Se, analogt, dom av den 15 december 2016, Nationale Loterij (C-667/15, EU:C:2016:958, punkt 31). I den domen ombads domstolen att klargöra huruvida punkt 14 i bilaga 1 till direktiv 2005/29 ska tolkas så, att det är möjligt att med stöd av denna bestämmelse beteckna en affärsmetod som ett pyramidspel även i det fall då det endast finns ett indirekt samband mellan de insatser som betalas av nya medlemmar till ett sådant system och de ersättningar som betalas ut till befintliga medlemmar. Domstolen fann i detta sammanhang att den ersättning som betalas ut till befintliga deltagare indirekt kan finansieras genom insatser som betalas av nya medlemmar till systemet.

att det rör sig om ett innehåll som samfinansierats av näringsidkaren. Dessa övriga villkor är emellertid inte föremål för de tolkningsfrågor som har ställts till domstolen och ska därför inte prövas i detta förslag till avgörande.

VI. Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den första tolkningsfrågan från Bundesgerichtshof (Federala högsta domstolen, Tyskland) på följande sätt:

Punkt 11 i bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder) ska tolkas så, att när ett redaktionellt innehåll används för att göra reklam för en produkt, anses näringsidkaren ha ”betalat” för reklamen även när denne ger mediebolaget en förmån i form av varor eller tjänster eller tillgångar av annat slag.

En sådan ekonomisk förmån ska anses utgöra ett vederlag för användningen av redaktionellt innehåll för att göra reklam för en produkt, vilket innebär att det måste finnas ett visst samband mellan denna förmån och reklamen.

Ett sådant samband föreligger särskilt när ett mediebolag informerar om en reklamkampanj som anordnats gemensamt med en näringsidkare som i sin tur – för att göra reklam för denna produkt – har tillhandahållit mediebolaget nyttjanderätten till de bilder som innehåller fotografier på näringsidkarens varuhus samt de produkter som näringsidkaren erbjuder till försäljning.