

Sentencias de 9 de septiembre de 2021 - I ZR 90/20, I ZR 125/20, I ZR 126/20

El Primer Senado Civil del Tribunal Federal de Justicia, que se encarga, entre otras cosas, del derecho de la competencia, se pronunció hoy en tres procedimientos sobre la cuestión de si los influencers han violado la obligación de etiquetar la publicidad con sus publicaciones de Instagram.

En todos los procedimientos, el demandante es una asociación cuyas tareas estatutarias incluyen la protección de los intereses comerciales de sus miembros, incluido el enjuiciamiento de violaciones de la ley de competencia desleal. Los acusados son personas influyentes que publican fotos en sus perfiles de Instagram en la plataforma de redes sociales Instagram, a la que a menudo proporcionan textos cortos que lo acompañan. En algunas imágenes, se han insertado las llamadas "etiquetas de toque", que aparecen al hacer clic en productos que se pueden ver en las imágenes, como la ropa, y que nombran a las empresas o marcas de los fabricantes o proveedores de estos productos. Al hacer clic en un "Tap Tag", el usuario es redirigido al perfil de Instagram de la empresa respectiva.

El demandante ve esto como publicidad subrepticia inadmisibles y reclama medidas cautelares de los demandados.

Procedimiento I ZR 90/20 - Influencer I:

Circunstancia:

En particular, el acusado publica fotos de ejercicios deportivos, así como consejos de acondicionamiento físico y nutrición en Instagram. Además, mantiene una web comercial en la que ofrece cursos de fitness y entrenamiento personal de pago y opera una tienda online. Si se llama al perfil del acusado en Instagram, aparece una referencia a esta dirección de Internet, entre otras cosas.

Una de las publicaciones de Instagram del demandado objetadas por el demandante se refiere a una "mermelada de frambuesa". Al hacer clic en el producto que se muestra, aparece un "Tap Tag" con el nombre del fabricante. Al hacer clic en la "Etiqueta de toque", el usuario es redirigido al perfil de Instagram del fabricante. La demandada recibió consideración del fabricante por esa contribución.

Curso previo del proceso:

El Tribunal Regional condenó al acusado de conformidad con la demanda. El Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional) desestimó el recurso del demandado. Sostuvo que el demandante tenía derecho a medidas cautelares en virtud del artículo 8, apartado 1, primera frase, y del artículo 3, apartado 2, del artículo 3, apartado 1, del artículo 5a, apartado 6, de la UWG.

Decisión del Tribunal Federal de Justicia:

El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) desestimó el recurso de casación de la demandada. Las contribuciones de Instagram en cuestión son actos comerciales de la demandada en el sentido del § 2 sec. 1 no. 1 UWG a favor de su propia empresa y, en cualquier caso, de la empresa extranjera de la que recibió una contraprestación por la contribución a la "Raspberry Jam". Esta publicación no está suficientemente claramente marcada como publicidad. Esto justifica la prohibición solicitada.

Los influencers que venden bienes, ofrecen servicios o comercializan su propia imagen utilizando un medio social como Instagram dirigen un negocio. La publicación de aportaciones de estos influencers en el medio social es adecuada para aumentar su conciencia y valor publicitario y así promocionar su propia empresa. Sin embargo, la publicación de una contribución -aparte del presente caso de que el influencer recibe una contraprestación por ello- sólo constituye un acto comercial a favor de una tercera empresa si esta contribución es publicidad exagerada según su impresión general, por ejemplo, porque simplemente elogia las ventajas de un producto de esta empresa sin ninguna distancia crítica. que la presentación

deja el alcance de la información inducida por los hechos. El mero hecho de que las imágenes en las que se representa el producto se proporcionen con "etiquetas de toque" no es suficiente para suponer tal excedente publicitario. En el caso de un enlace a un sitio web del fabricante del producto representado, por otro lado, hay regularmente un excedente de publicidad. El examen de si una contribución es excesivamente publicitaria requiere una evaluación exhaustiva por parte del tribunal penal, que es deficiente en caso de controversia con respecto a las contribuciones adicionales para cuya publicación no se ha establecido una consideración.

La contribución relativa a la «mermelada de frambuesa», por la que la demandada recibió la consideración del fabricante, infringe el artículo 5a, apartado 6, de la UWG porque, según las apreciaciones del Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional Civil y Penal), que están exentas de error jurídico, la finalidad comercial de dicha contribución, a saber, promover la venta de los productos de dicho fabricante, no está suficientemente identificada y no resulta de las circunstancias. A este respecto, carece de pertinencia que los consumidores reconozcan que la demandada actúa en favor de su propia empresa mediante la publicación de publicaciones en su perfil de Instagram. Para los consumidores, el propósito mismo de una contribución para promover una empresa extranjera debe ser reconocible. La no identificación del propósito comercial de dicha publicación con "etiquetas de toque" y enlaces suele inducir al consumidor a tomar una decisión comercial -haciendo clic en el enlace al perfil de Instagram del fabricante- que de otro modo no habría tomado. Además, la contribución a la "Raspberry Jam" viola § 3a UWG en conjunto con § 6 sec. 1 no. 1 TMG y § 58 sec. 1 oración 1 RStV o § 22 sec. 1 oración 1 MStV, porque la comunicación comercial o publicidad contenida en ella no es claramente reconocible como tal.

La ausencia de conclusiones sobre el excedente publicitario de las otras contribuciones no afecta a la validez de la sentencia de apelación, porque las alegaciones formuladas con referencia a la forma específica de infracción - el perfil de Instagram del demandado- ya están justificadas a la vista del acto comercial del demandado a favor de la empresa que proporcionó la consideración para la publicación de la contribución a la "Raspberry Jam".

Instancias inferiores:

LG Göttingen - Sentencia de 13 de noviembre de 2019 - 3 O 22/19

OLG Braunschweig - Sentencia de 13 de mayo de 2020 - 2 U 78/19

Procedimiento I ZR 125/20 - Influencer II:

Circunstancia:

La acusada mantiene una cuenta en Instagram, que es utilizada principalmente comercialmente por ella y a la que estaba suscrita 1,7 millones de usuarios. La cuenta se verifica y, por lo tanto, se marca con una marca de verificación azul al principio del perfil. El acusado publica regularmente fotos de sí mismo con breves textos adjuntos sobre los temas de belleza, moda, estilo de vida y viajes.

Curso previo del proceso:

El Tribunal Regional condenó al acusado de conformidad con la demanda. En apelación por la demandada, el Oberlandesgericht desestimó el recurso. Sostuvo que el demandante no tenía derecho a medidas cautelares en virtud del § 8.1 oración 1 y el párrafo 3 no. 2, § 3.1, § 5a.6 y § 3a UWG en conjunto con § 6 sec. 1 no. 1 TMG o § 58 sec. 1 oración 1 RStV.

Decisión del Tribunal Federal de Justicia:

El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) desestimó el recurso de casación de la demandante. Según las apreciaciones de la Court of Appeal, que no fueron impugnadas por el recurso de casación, las aportaciones controvertidas constituyen actos comerciales de la demandada. En la medida en que estos actos comerciales se llevaron a cabo a favor de la propia

empresa del demandado, no hay infracción del § 5a sec. 6 UWG porque, según la evaluación del tribunal de apelación, que no es objetable según la ley de apelación, este propósito comercial resulta directamente de las circunstancias. En la medida en que la demandada haya actuado en favor de otras empresas, tampoco puede presumirse ninguna infracción del artículo 5a, apartado 6, de la UWG, porque este comportamiento por parte de la demandada cumple lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, punto 1, de la TMG, en el artículo 58, apartado 1, frase 1, de la RStV o en el artículo 22, apartado 1, primera frase, de la MStV. Según esto, la comunicación comercial o la publicidad deben ser claramente reconocibles como tales en el caso de declaraciones de promoción de ventas en telemedia. Sin embargo, debido a la falta de consideración de un tercero, las contribuciones impugnadas no constituyen comunicación comercial o publicidad en el sentido de estas disposiciones. Estas disposiciones son disposiciones especiales sectoriales que limitan el ámbito de aplicación de la disposición general del Derecho de la competencia desleal del artículo 5 bis, apartado 6, de la UWG.

Las condiciones para una infracción del N° 11 del anexo del § 3 sec. 3 UWG tampoco se cumplen simplemente porque no hay financiación de las contribuciones impugnadas por parte de terceros.

Instancias inferiores:

LG Hamburg - Sentencia de 28 de marzo de 2019 - 403 HKO 127/18

OLG Hamburg - Sentencia de 2 de julio de 2020 - 15 U 142/19

Sobre el procedimiento I ZR 126/20:

Circunstancia:

La acusada publica regularmente fotos de sí misma en Instagram, a menudo con textos cortos que la acompañan. En ella, trata principalmente temas como la moda, su vida como madre de un niño pequeño, el yoga o los viajes. Aquellas publicaciones de Instagram por las que el demandado afirma ser pagado por las empresas vinculadas están marcadas con la nota "asociación pagada con ...". Las contribuciones controvertidas no contenían ninguna marca correspondiente.

Curso previo del proceso:

El Landgericht desestimó el recurso. El Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior) desestimó el recurso del demandante. Sostuvo que el demandante no tenía derecho a medidas cautelares en virtud de § 8.1 sentencia 1 y sec. 3 no. 2, § 3 sec. 1, § 5a sec. 6 UWG y § 3a UWG en conjunto con § 6 sec. 1 no. 1 TMG o § 58 sec. 1 sentencia 1 RStV.

Decisión del Tribunal Federal de Justicia:

El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal) desestimó el recurso de casación de la demandante. Contrariamente a lo que opina la Court of Appeal, las aportaciones controvertidas constituyen actos comerciales de la demandada en favor de su propia sociedad y no puede excluirse una actividad comercial en favor de sociedades extranjeras. Sin embargo, en la medida en que los actos empresariales se llevaron a cabo en favor de la propia sociedad demandada, no se infringe el artículo 5a, apartado 6, de la UWG porque, según la apreciación del tribunal de apelación, que no es objetable en virtud de la Ley de apelación, este fin comercial resulta directamente de las circunstancias. Con respecto a las actividades comerciales en favor de empresas de terceros, se descarta la presunción de una infracción del § 5a sec. 6 UWG porque el demandado no ha recibido ninguna contraprestación por las contribuciones en disputa y, por lo tanto, estas contribuciones cumplen con las disposiciones especiales primordiales del § 6 sec. 1 no. 1 TMG, § 58 sec. 1 frase 1 RStV y § 22 sec. 1 oración 1 MStV (véanse las explicaciones anteriores sobre el procedimiento I ZR 125/20). Una violación del No. 11 del anexo al § 3 Abs. 3 UWG tampoco existe a partir de entonces.

Instancias inferiores:

LG München I - Sentencia de 29 de abril de 2019 - 4 HK O 14312/18

OLG München - Sentencia de 25 de junio de 2020 - 29 U 2333/19

Disposiciones pertinentes:

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

«acto comercial»: todo comportamiento de una persona en favor de su propia empresa o de un tercero antes, durante o después de una operación objetivamente vinculada a la promoción de la compraventa de bienes o servicios o a la celebración o ejecución de un contrato de bienes o servicios; [...]

§ 3 Abs. 1 y 3 UWG

(1) Los actos comerciales desleales son inadmisibles.

(3) Los actos comerciales con respecto a los consumidores enumerados en el anexo de la presente Acta son siempre inadmisibles.

Nº 11 del Anexo del § 3 Abs. 3 UWG

Los actos comerciales inadmisibles en el sentido del § 3 párrafo 3 son [...]

11. el uso de contenido editorial con fines de promoción de ventas financiados por el empresario, sin que esta conexión se desprenda claramente del contenido o del tipo de representación visual o acústica (publicidad disfrazada de información);

§ 3 bis UWG

Cualquier persona que infrinja una disposición legal que también tenga por objeto regular la conducta del mercado en interés de los participantes en el mercado y la infracción pueda afectar sensiblemente a los intereses de los consumidores, otros participantes en el mercado o competidores actúa deslealmente.

§ 5a Abs. 6 UWG

Cualquier persona que no identifique el propósito comercial de un acto comercial, siempre que esto no se desprenda directamente de las circunstancias, y la no identificación pueda inducir al consumidor a tomar una decisión transaccional que de otro modo no habría tomado, también actúa deslealmente.

§ 8 sección 1 oración 1 UWG

Cualquier persona que lleve a cabo un acto comercial que sea inadmisibles en virtud de § 3 o § 7 puede ser demandada por remoción y, en caso de riesgo de recurrencia, por medidas cautelares.

§ 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Las reclamaciones previstas en el párrafo 1 tienen derecho a: [...]

2. las asociaciones con capacidad jurídica para la promoción de intereses profesionales comerciales o autónomos, en la medida en que incluyan a un número significativo de empresarios que distribuyan bienes o servicios de la misma naturaleza o de naturaleza conexas en el mismo mercado, si pueden, en particular en virtud de sus recursos humanos, materiales y financieros, llevar a cabo eficazmente sus tareas legales de perseguir intereses comerciales o profesionales independientes y en la medida en que el la infracción afecta a los intereses de sus miembros; [...]

§ 2 oración 1 no. 5 carta.b TMG

A los efectos de la presente Ley [...]

5) comunicación comercial: cualquier forma de comunicación destinada a promover, directa o indirectamente, la venta de bienes, servicios o la imagen de una empresa, otra organización o persona física que ejerza una actividad comercial, industrial o artesanal o una profesión liberal; la transmisión de la siguiente información no constituye en sí misma una forma de comunicación comercial: [...]

b) la información relativa a los bienes y servicios o a la imagen de una empresa, organización o persona facilitada de forma independiente y, en particular, sin contraprestación económica; [...]

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG

Para las comunicaciones comerciales que sean teledifusión o componentes de teledifusión, los proveedores de servicios deben observar al menos los siguientes requisitos:

1. Las comunicaciones comerciales deberán ser claramente identificables como tales.

§ 2 sec. 2 no. 7 oración 1 RStV en la versión válida hasta el 6 de noviembre de 2020

A los efectos del presente Tratado de Estado, [...]

7) publicidad: toda expresión realizada en el marco de un comercio, industria, oficio o profesión difundida en radiodifusión por un organismo de radiodifusión público o privado o por una persona física, ya sea a cambio de una remuneración o una contraprestación similar o como autopromoción, con el fin de promover la venta de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones; por una tarifa.

§ 58 sec. 1 frase 1 RStV en la versión válida hasta el 6 de noviembre de 2020

La publicidad debe ser claramente reconocible como tal y estar claramente separada del resto del contenido de las ofertas.

§ 2 sec. 2 no. 7 oración 1 MStV

A los efectos del presente Tratado de Estado, [...]

7. Por publicidad se entenderá toda expresión que sirva para promover, directa o indirectamente, la venta de bienes y servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, o la imagen de personas físicas o jurídicas que ejerzan una actividad económica, y que se registre a cambio de una remuneración o contraprestación similar o como autopromoción en la radio o en un telemedio.

§ 22 seg. 1 frase 1 MStV

La publicidad debe ser claramente reconocible como tal y estar claramente separada del resto del contenido de las ofertas.

Karlsruhe, 9 de septiembre de 2021