

**Zaak C-555/19**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

19 juli 2019

**Verwijzende rechter:**

Landgericht Stuttgart (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

12 juli 2019

**Verzoekster:**

Fussl Modestraße Mayr GmbH

**Verweerster:**

SevenOne Media GmbH

---

[OMISSIS]

Landgericht Stuttgart

(rechter in eerste aanleg Stuttgart, Duitsland)

**Beslissing**

In het geding

**Fussl Modestraße Mayr GmbH**, [OMISSIS] Ort im Innkreis, Oostenrijk

[OMISSIS]

tegen

**SevenOne Media GmbH**, [OMISSIS] Unterföhring[, Duitsland]

[OMISSIS]

in verband met de nakoming van een overeenkomst met betrekking tot de uitzending van televisiereclame

heeft het Landgericht Stuttgart [OMISSIS] besloten: **[Or. 2]**

[procedurele informatie] [OMISSIS]

## II.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt in verband met de uitlegging van het Unierecht krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moeten

a) artikel 4, lid 1, van richtlijn 2010/13/EU,

b) het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel en

c) de in artikel 56 VWEU vervatte beginselen inzake de vrijheid van dienstverrichting,

aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationaalrechtelijke regeling die de regionale uitzending van reclame in voor de gehele lidstaat toegelaten omroepprogramma's verbiedt?

2. Moet de eerste vraag anders worden beantwoord wanneer naar nationaal recht een wettelijke regeling is toegestaan, volgens welke regionale uitzending van reclame bij wet kan worden toegestaan en in dat geval met een – vereiste aanvullende – vergunning van de overheid is toegelaten?

3. Moet de eerste vraag anders worden beantwoord wanneer de facto geen gebruik wordt gemaakt van de in de tweede vraag beschreven mogelijkheid om regionale reclame toe te staan en bijgevolg regionale reclame altijd verboden is?

4. Moet artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gelet op artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden alsmede de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, en met name het beginsel van diversiteit van informatie, aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling zoals die is beschreven in de eerste, de tweede en de derde vraag? **[Or. 3]**

### Motivering:

#### I. Feiten

Verzoekster vordert van verweerster dat zij een reclameboodschap in het televisieprogramma „ProSieben” van ProSiebenSat.1 Television GmbH laat uitzenden, echter beperkt tot het kabelnet van Vodafone Kabel Deutschland GmbH in Beieren.

Verzoekster is een in Ort im Innkreis (Oostenrijk) gevestigde modeonderneming en exploiteert van daaruit talrijke modehuizen. Deze modehuizen bevinden zich

- (i) in Oostenrijk, en daarbij ook in het „verzorgingsgebied” van mogelijke klanten uit Duitsland, evenals
- (ii) in Duitsland in de deelstaat Beieren, zodat verzoekster zich ook rechtstreeks richt tot Duitse klanten in Beieren.

Verweerster is de marketingonderneming van de ProSiebenSat.1 groep. Zij is gevestigd in Unterföhring (Duitsland).

Teneinde haar bedrijfsactiviteiten in Oostenrijk en in Duitsland, dienaangaande plaatselijk beperkt tot Beieren, te promoten, heeft verzoekster met verweerster op 25 mei 2018 een overeenkomst [OMISSIS] gesloten om televisiereclame op te nemen in het televisieprogramma „ProSieben”, echter beperkt tot het gebied Beieren of meer concreet tot de kabelnetten van Vodafone Kabel Deutschland GmbH in Beieren. De reclame diende derhalve niet in het landelijk uitgezonden programma „ProSieben” te worden ingepast, maar alleen in het signaal voor uitzending via de kabel op de kabelnetten van Vodafone Kabel Deutschland GmbH in Beieren.

De achterliggende reden voor de beperking van de uitzending van de reclame is dat verzoekster, als onderneming die plaatselijk in Oostenrijk en Beieren actief is, geen economisch belang heeft bij een landelijke uitzending van televisiereclame. Integendeel, landelijke reclame zou verzoekster benadelen, omdat bij de doelgroep van de reclame de indruk van een landelijk aanbod zou kunnen ontstaan, waaraan verzoekster als tot de middenstand behorende onderneming, die zich bij de ontsluiting van de Duitse markt met de beschikbare middelen op bepaalde regio’s moet concentreren, echter niet kan voldoen. Dat zou een risico van negatieve gebruikersbeoordelingen (onder andere via internet) inhouden.

Daar komt bij dat verzoekster op grond van de geografische beperking kon volstaan met een lagere vergoeding aan verweerster. **[Or. 4]**

Verweerster weigert de reclameboodschappen op te nemen en uit te zenden in het programma „ProSieben”. Hoewel zij onbetwist technisch in staat is om op regio’s gerichte reclame, zoals in casu, te laten uitzenden, stelt zij dat zij de overeenkomst niet kan nakomen op grond van mediarechtelijke voorschriften.

## **II. Voor de beslechting van het geschil relevante bepalingen van Duits recht**

De voor de beslechting van het geschil doorslaggevende bepaling van Duits recht luidt:

**„Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag, akkoord tussen de deelstaten betreffende het omroepwezen en de telecommunicatiemiddelen; hierna: ‚RStV’), zoals gepubliceerd op 21 december 2015**

...

### **§ 7 Reclamebeginselen, identificatieverplichtingen**

...

(11) De niet-landelijke uitzending van reclame of andere inhoud in een voor landelijke uitzending bestemd of toegelaten programma is alleen toegestaan, wanneer en voor zover het recht van de deelstaat, waar de niet-landelijke uitzending plaatsvindt, dat mogelijk maakt. Voor de niet-landelijke uitzending van reclame of andere inhoud van particuliere omroeporganisaties is een afzonderlijke, op het recht van de deelstaat gebaseerde, vergunning vereist; aan deze vergunning kunnen bij wet vast te stellen inhoudelijke voorwaarden worden verbonden.

[...]”

Van de in deze bepaling geboden mogelijkheid om op het recht van de deelstaat gebaseerde vergunningen voor regionale reclame te verlenen heeft tot op heden geen enkele deelstaat gebruikgemaakt. **[Or. 5]**

### **III. Bespreking van de situatie rechtens**

#### 1. Vrijheid van dienstverrichting

§ 7, lid 11, RStV vormt mogelijkwerwijs schending van artikel 56 VWEU, volgens hetwelk beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie in principe verboden zijn ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Bij reclame die een in een lidstaat gevestigde televisieomroeporganisatie voor een in een andere lidstaat gevestigde adverteerder tegen betaling uitzendt, gaat het om een dienst in de zin van artikel 57 VWEU (arrest Hof van 17 juli 2008, Corporación Dermostética, C-500/06, EU:C:2008:421, punt 33). Door § 7, lid 11, RStV wordt verzoekster in het onderhavige geval belet een dergelijke dienst te ontvangen en wordt verweerster belet een dergelijke dienst te verrichten.

Het is juist dat in uitzonderingsgevallen maatregelen zijn toegestaan die de krachtens artikel 56 VWEU verleende vrijheid van dienstverrichting belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Er is echter alleen onder bepaalde voorwaarden sprake van een uitzonderingsgeval: de maatregelen moeten zonder discriminatie worden toegepast, beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en

zij mogen niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is (arrest Hof van 17 juli 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, punt 35). Bovendien moeten de maatregelen strikt evenredig zijn (arrest Hof van 13 december 2007, United Pan-Europe Communications Belgium NV e.a., C-250/06, EU:C:2007:783, punt 44).

Het valt te betwijfelen of voor § 7, lid 11, RStV aan deze voorwaarden is voldaan.

a) Er kan van worden uitgegaan dat regionale media-aanbieders economisch profiteren van deze bepaling. Zuiver economische voordelen voor een of meer concurrenten vormen echter geen dwingende reden van algemeen belang die een beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen (arrest Hof van 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH, C-338/09, EU:C:2010:814, punt 51).

b) Verder kan ervan worden uitgegaan dat § 7, lid 11, RStV ertoe kan bijdragen de diversiteit van de media te behouden of zelfs te vergroten. Volgens de rechtspraak van het Hof rechtvaardigt dat doel evenwel alleen een beperking van een fundamentele vrijheid zoals de in casu genoemde, wanneer het op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd (zie arrest Hof van 12 juli 2012, HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica e.a., C-176/11, EU:C:2012:454, punt 22). Dat laatste lijkt twijfelachtig, gelet op het feit dat Internet-reclamereuzen zoals Google en Facebook op internet regionale reclame **[Or. 6]** mogen aanbieden.

c) Bovendien is het de vraag of de regeling geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en – zo ja – strikt evenredig is. In het onderhavige geval is de kwestie in wezen dat regionale media niet of slechts gering profiteren van § 7, lid 11, RStV, terwijl adverteerders zoals verzoekster aanzienlijk zijn beperkt in hun reclamemogelijkheden. Zo stelt verzoekster, die op dit punt niet wordt weersproken, dat de regionale programma's zich richten tot kijkers met plaatselijke particuliere belangen. Uit het oogpunt van de kijker scoren deze programma's op het vlak van inhoud en presentatie kwalitatief heel wat lager in vergelijking met de landelijk uitgezonden televisieprogramma's. Dat, samen met het plaatselijke stempel van deze programma's, leidt ertoe dat de regionale programma's, zelfs in hun totaliteit, goed zijn voor minder dan 5 % van de totale kijkcijfers. Met reclame in zogenaamde regioprogramma's kan verzoekster derhalve geen aanzienlijke reclamewaarde realiseren. Verzoekster blijft, zelfs wanneer zij in alle regionale programma's reclame zou maken, uitgesloten van meer dan 95 % van de reclamemarkt voor televisie. Er is evenmin sprake van een aanzienlijke imago-overdracht, zoals bij reclame in de uit het oogpunt van de kijker kwalitatief hoogstaande landelijke televisieprogramma's. Juist deze imago-overdracht is echter doorslaggevend voor het succes van haar televisiereclame bij de opbouw van het merk „Fussl Modestraße”.

2. Vrijheid van het omroepwezen en vrijheid van meningsuiting

§ 7, lid 11, RStV vormt bovendien mogelijkwerijs een ongeoorloofde inbreuk op de krachtens artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en krachtens artikel 10 EVRM beschermde vrijheid van het omroepwezen en op de krachtens artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie beschermde vrijheid van meningsuiting.

3. Unierechtelijk beginsel van gelijke behandeling

Ten slotte schendt § 7, lid 11, RStV mogelijkwerijs het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling. Door § 7, lid 11, RStV worden omroeporganisaties en nationale en buitenlandse adverteerders, die lineaire televisiereclame willen uitzenden via de nationale omroep, benadeeld ten opzichte van andere aanbieders van mediadiensten, met name ten opzichte van niet-lineaire audiovisuele mediadiensten zoals Video-on-Demand-diensten of Streaming-diensten met Youtube of Spotify als voorbeelden. Deze diensten mogen hun reclame evenzeer regionaal differentiëren als landelijk aangeboden gedrukte media. Daarnaast worden de afzonderlijke adverteerders onder elkaar benadeeld. De facto leidt het regionale reclameverbod ertoe dat grote, landelijk actieve aanbieders, voor wie uitzending van reclame op een even grote schaal de moeite waard is, worden bevoordeeld. [Or. 7]

**IV. Belang van de prejudiciële vragen voor de beslechting van het geschil**

De beslechting van het onderhavige geschil hangt af van het antwoord op de – door het Hof tot nu toe niet beantwoorde – prejudiciële vragen. Ingeval § 7, lid 11, RStV in strijd is met het Unierecht, zou verzoekster van verweerster nakoming van de overeenkomst kunnen vorderen, dat wil zeggen de contractueel overeengekomen uitzending in de deelstaat Beieren van op deze regio gerichte reclame. Ingeval het Unierecht daarentegen niet in de weg staat aan § 7, lid 11, RStV, zou verweerster overeenkomstig § 275, lid 1, BGB (Duits burgerlijk wetboek) van haar nakomingsverplichting zijn ontslagen.

[Ondertekening]

[OMISSIS]