

Asunto C-555/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

19 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Landgericht Stuttgart (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Stuttgart, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

12 de julio de 2019

Parte demandante:

Fussl Modestraße Mayr GmbH

Parte demandada:

SevenOne Media GmbH

[*omissis*]

Landgericht Stuttgart

Resolución

En el litigio entre

Fussl Modestraße Mayr GmbH, [*omissis*] Ort im Innkreis, Austria

[*omissis*]

y

SevenOne Media GmbH, [*omissis*] Unterföhring[, Alemania]

[*omissis*]

por cumplimiento de contrato en materia de publicidad televisiva

el Landgericht Stuttgart (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Stuttgart, Alemania) ha resuelto:

[Información de Derecho procesal] *[omissis]*

II.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho de la Unión:

1. ¿Deben interpretarse

a) el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2010/13/UE,

b) el principio de igualdad del Derecho de la Unión, y

c) las normas sobre la libre prestación de servicios del artículo 56 TFUE,

en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prohíbe la difusión regional de publicidad en programaciones de radiotelevisión autorizadas para todo el Estado miembro?

2. ¿Debe apreciarse la primera cuestión de forma diferente, si el Derecho nacional permite disposiciones normativas conforme a las que la difusión regional de publicidad puede autorizarse legalmente y en ese caso está autorizada con un permiso administrativo adicional que es necesario?

3. ¿Debe apreciarse de forma diferente la primera cuestión, si no se utiliza efectivamente la posibilidad de autorizar la publicidad regional descrita en la segunda cuestión y si, por consiguiente, la publicidad regional está prohibida en general?

4. ¿Debe interpretarse el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, habida cuenta también del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular del principio del pluralismo de la información, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la descrita en las cuestiones primera, segunda y tercera?

Fundamentación:

I. Hechos

La demandante reclama a la demandada que permita la emisión de un anuncio publicitario en la programación televisiva de «ProSieben» de la sociedad

ProSiebenSat.1 Television GmbH, pero limitando la emisión a la red de cable de la empresa Vodafone Kabel Deutschland GmbH en Baviera.

La demandante es una empresa de modas con sede en Ort im Innkreis (Austria) que explota desde allí numerosas tiendas especializadas en moda. Dichas tiendas de modas se encuentran

(i) en Austria y con ello también en la «zona de influencia» de potenciales clientes de Alemania, así como

(ii) en Alemania en el Estado federado de Baviera, de modo que la demandante también se dirige directamente a los clientes alemanes en Baviera.

La demandada es la empresa comercializadora del grupo empresarial ProSiebenSat.1. Tiene su sede en Unterföhring (Alemania).

Con el fin de promover sus actividades comerciales tanto en Austria como en Alemania, si bien, en lo que concierne a este país, limitadas localmente a Baviera, el 25 de mayo de 2018 la demandante formalizó con la demandada un contrato [omissis] para la inserción de publicidad televisiva en la programación televisiva de «ProSieben», pero limitándola específicamente al territorio de Baviera, en concreto al sistema por cable de Vodafone Kabel Deutschland GmbH en Baviera. Por consiguiente, la publicidad no debe incluirse en la programación nacional de «ProSieben», sino únicamente en la señal para la retransmisión por cable en las redes de cable de Vodafone Kabel Deutschland GmbH en Baviera.

La restricción a la emisión de la publicidad tiene su origen en el hecho de que, como empresa que opera a escala local en Austria y Baviera, la demandante no tiene ningún interés económico en que la publicidad televisiva se emita en Alemania a escala nacional. Al contrario: Un anuncio a escala nacional perjudicaría a la demandante, ya que entre los destinatarios de la publicidad se podría crear la impresión de una oferta en todo el territorio nacional, que la demandante, sin embargo, no puede atender como empresa mediana que es, que con los recursos disponibles tiene que concentrarse en determinadas regiones mientras desarrolla el mercado alemán. Esto daría lugar al riesgo de recibir calificaciones negativas de los usuarios (entre otros en Internet).

Además, debido a la limitación geográfica, la demandante tiene que pagar a la demandada una remuneración más reducida.

La demandada se niega a insertar el anuncio publicitario y a difundirlo en la programación de «ProSieben». Aunque es incontrovertido que técnicamente está en condiciones de emitir publicidad regionalizada como la del presente asunto, afirma que no puede cumplir el contrato debido a la normativa en materia de radiodifusión.

II. Disposiciones del Derecho alemán pertinentes

La disposición del Derecho alemán pertinente para la resolución del litigio presenta el siguiente tenor:

Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Convenio Estatal sobre la Radiodifusión y los Medios Telemáticos; en lo sucesivo, «Rundfunkstaatsvertrag» o «RStV») en la versión publicada el 21 de diciembre de 2015

«[...]

§ 7 Principios de publicidad, obligaciones de identificación

[...]

(11) La difusión a escala no nacional de publicidad o de otros contenidos en una programación contratada o autorizada para su difusión a escala nacional será admisible solamente si y en la medida en que lo permita la ley del Estado federado en el que se realice la difusión a escala no nacional. La publicidad y los otros contenidos de organismos de radiodifusión privados que sean difundidos a escala no nacional requieren un permiso específico según la legislación del Estado federado. Dicho permiso podrá hacerse depender de requisitos de contenido que se determinarán por ley.

[...]»

Hasta la fecha, ni un solo Estado federado ha hecho uso de la posibilidad que brinda esta disposición para otorgar permisos según la legislación del Land en materia de publicidad regionalizada.

III. Situación jurídica

1. Libre prestación de servicios

El artículo 7, apartado 11, del RStV posiblemente infringe el artículo 56 TFUE, según el cual están prohibidas en principio las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación. La publicidad difundida a cambio de una remuneración por un organismo de radiodifusión televisiva establecido en un Estado miembro en nombre de un anunciante establecido en otro Estado miembro es una prestación de servicios en el sentido del artículo 57 TFUE (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, EU:C:2008:421, apartado 33). En el presente asunto, el artículo 7, apartado 11, del RStV impide que la demandante reciba un servicio como el descrito y que la demandada lo preste.

Si bien es cierto que, en casos excepcionales, se permiten medidas que pueden dificultar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios garantizada en virtud del artículo 56 TFUE, las excepciones requieren que concurren determinadas condiciones: Es necesario que las medidas se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoesztética, C-500/06, EU:C:2008:421, apartado 35). Además, las medidas deben ser proporcionadas en sentido estricto (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, C-250/06, EU:C:2007:783, apartado 44).

Es dudoso que estos requisitos se cumplan en el caso del artículo 7, apartado 11, del RStV.

a) Si bien procede considerar que los servicios regionales de comunicación se beneficiarán económicamente de esta disposición, las ventajas de carácter puramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general que justifique una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C-338/09, EU:C:2010:814, apartado 51).

b) Asimismo, si bien procede asumir que el artículo 7, apartado 11, del RStV puede contribuir a preservar o incluso ampliar la diversidad de los medios de comunicación, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este objetivo solo justificaría una restricción de una libertad fundamental como la aquí mencionada si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, HIT y HIT LARIX, C-176/11, EU:C:2012:454 apartado 22). Esto último parece dudoso si se tiene en cuenta que los grandes gigantes de la publicidad en Internet, como Google y Facebook, sí pueden ofrecer publicidad regional basada en Internet.

c) Además, resulta dudoso saber si el régimen es adecuado para alcanzar el objetivo y, en caso afirmativo, proporcionado en sentido estricto. En el presente asunto existe la tesis de que los medios de comunicación regionales o no se benefician del artículo 7, apartado 11, del RStV o solo lo hacen en una medida muy limitada, mientras que los empresarios como la demandante están considerablemente limitados en sus opciones publicitarias. Así pues, la demandante alega de un modo incontrovertido que los programas regionales se dirigen a los espectadores con intereses locales específicos. Afirma que, desde la perspectiva de los espectadores, en cuanto a la calidad de sus contenidos y su presentación, dichos programas son muy inferiores a las emisiones televisivas difundidas en todo el país. Esto, junto con el carácter local de dichas programaciones, conduce a que las propias programaciones regionales en su conjunto representan menos del 5 % de la cobertura total de televisión. Por consiguiente, la demandante no puede obtener ningún valor publicitario relevante

con la denominada programación regional. Aunque la demandante contratara publicidad en todas las programaciones regionales, continuaría estando excluida de más del 95 % del mercado de la publicidad televisiva. Sostiene que tampoco se produce una transferencia de imagen significativa, como en el caso de la publicidad en las emisiones televisivas de ámbito nacional que desde la perspectiva de los espectadores son de alta calidad, cuando es precisamente esa transferencia de imagen la que es decisiva para el éxito de su publicidad televisiva en la implantación de la marca «Fussl Modestraße».

2. Libertad de radiodifusión y libertad de expresión

Además, señala que el artículo 7, apartado 11, del RStV podría constituir una injerencia inadmisibles en la libertad de radiodifusión protegida por el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el artículo 10 del CEDH y en la libertad de expresión protegida por el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. Principio de igualdad de trato en el Derecho de la Unión

Por último, el principio de igualdad de trato establecido en el Derecho de la Unión podría verse vulnerado por el artículo 7, apartado 11, del RStV. El artículo 7, apartado 11, del RStV perjudica a los organismos de radiodifusión y a los empresarios nacionales y extranjeros que desean utilizar publicidad televisiva lineal en la radiotelevisión nacional frente a otros prestadores de servicios de comunicación, en particular los servicios de comunicación audiovisual no lineales, como los servicios de vídeo a la carta o los servicios de *streaming*, como, por ejemplo, Youtube o Spotify. Estos sí pueden hacer una diferenciación regional en su publicidad, al igual que los medios impresos distribuidos a escala nacional. También se produce una discriminación entre los diferentes empresarios, pues la prohibición de la publicidad regional conduce de hecho a una preferencia por los grandes proveedores que operan a escala nacional y para los que la difusión correspondiente resulta rentable.

IV. Pertinencia de las cuestiones para la solución del litigio

La solución del presente litigio depende de la respuesta que se dé a las cuestiones prejudiciales, que el Tribunal de Justicia no ha interpretado hasta la fecha. En caso de que el artículo 7, apartado 11, del RStV no sea conforme con el Derecho de la Unión, la demandante podrá exigir que el demandado cumpla el contrato, es decir, que en el Estado federado de Baviera emita la publicidad regionalizada convenida contractualmente. En cambio, en caso de que el artículo 7, apartado 11, del RStV sea conforme con el Derecho de la Unión, el demandado quedará exento de su obligación de realizar la prestación con arreglo al artículo 275, apartado 1, del Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán).

[Firmas]

[omissis]

DOCUMENTO DE TRABAJO