

Processo C-555/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

19 de julho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Landgericht Stuttgart (Tribunal Regional de Estugarda, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

12 de julho de 2019

Demandante:

Fussl Modestraße Mayr GmbH

Demandada:

SevenOne Media GmbH

[Omissis]

Landgericht Stuttgart (Tribunal Regional de Estugarda)

Despacho

no litúgio

Fussl Modestraße Mayr GmbH, [omissis] Ort im Innkreis, Áustria

[Omissis]

contra

SevenOne Media GmbH, [omissis] Unterföhring[, Alemanha]

[Omissis]

que tem por objeto a execução de um contrato de publicidade televisiva

o Landgericht Stuttgart [omissis] decidiu:

[informação processual] [omissis]

II.

Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos do artigo 267.º TFUE, as seguintes questões prejudiciais relativas à interpretação do direito da União:

1. Devem

- a) o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13/UE,
- b) o princípio da igualdade do direito da União e
- c) as regras previstas no artigo 56.º TFUE relativas à livre prestação de serviços

ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição nacional que proíbe a difusão regional de publicidade em programas de radiodifusão autorizados em todo o Estado-Membro?

2. Deve a primeira questão ser apreciada de forma diferente no caso de o direito nacional admitir disposições legais segundo as quais a difusão regional de publicidade pode ser legalmente autorizada e, neste caso, necessita de uma autorização administrativa suplementar?

3. Deve a primeira questão ser apreciada de forma diferente no caso de a possibilidade de autorizar a publicidade regional descrita na segunda questão não for de facto utilizada e, por conseguinte, a publicidade regional for permanentemente proibida?

4. Deve o artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tendo em conta o artigo 10.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em especial o princípio do pluralismo da informação, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional como a descrita na primeira, segunda e terceira questões?

Fundamentos:

I. Matéria de facto

A demandante exige à demandada que permita a emissão de um anúncio publicitário na programação televisiva de «ProSieben» da ProSiebenSat.1 Television GmbH, restringindo a emissão à rede por cabo da Vodafone Kabel Deutschland GmbH na Baviera.

A demandante é uma empresa de moda com sede em Ort im Innkreis (Áustria) e explora a partir daí várias lojas de moda. Estas lojas de moda estão localizadas

- (i) na Áustria e assim também na «área de atração» de potenciais clientes da Alemanha, bem como
- (ii) na Alemanha, no estado federado da Baviera, pelo que a demandante também se dirige diretamente a clientes alemães na Baviera.

A demandada é a empresa de marketing do grupo ProSiebenSat.1. Tem a sua sede em Unterföhring (Alemanha).

A fim de promover as suas atividades comerciais na Áustria e na Alemanha, na medida em que se restringem localmente à Baviera, em 25 de maio de 2018, a demandante celebrou com a demandada um contrato [omissis] relativo à inclusão de publicidade no programa televisivo «ProSieben», mas limitada ao território da Baviera, em concreto: ao sistema por cabo da Vodafone Kabel Deutschland GmbH na Baviera. Por conseguinte, a publicidade não deve ser incluída na programação nacional de «ProSieben», mas apenas no sinal de retransmissão por cabo nas redes por cabo da Vodafone Kabel Deutschland GmbH na Baviera.

A origem da restrição à difusão de publicidade é o facto de a demandante, enquanto empresa que opera localmente na Áustria e na Baviera, não ter qualquer interesse económico numa difusão de publicidade televisiva a nível nacional. Pelo contrário: uma publicidade a nível nacional prejudicaria a demandante, uma vez que poderia despertar nos destinatários da publicidade a impressão de uma oferta a nível nacional que a demandante, enquanto empresa de média dimensão que ao explorar o mercado alemão se tem de concentrar em determinadas regiões com os recursos disponíveis, não consegue assegurar. Isto justificaria o risco de avaliações negativas dos utilizadores (nomeadamente na Internet).

Além disso, devido à restrição territorial a demandante tem de pagar à demandada uma remuneração inferior.

A demandada recusa a inclusão do anúncio publicitário e a sua difusão na programação de «ProSieben». Embora seja pacífico que é tecnicamente capaz de difundir publicidade regionalizada como a do caso em apreço, alega que não pode executar o contrato devido aos requisitos do direito da radiodifusão.

II. Disposições do direito alemão relevantes para a decisão

A disposição do direito alemão pertinente para a decisão do litígio tem o seguinte teor:

«Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV) (Tratado estatal sobre a radiodifusão e os meios de comunicação eletrónica, a seguir “RStV”) na versão publicada de 21 de dezembro de 2015

[...]

§ 7 Princípios de publicidade, obrigações de identificação

[...]

(11) A difusão regional de publicidade ou outros conteúdos num programa designado ou aprovado para a difusão nacional só é permitida se e na medida em que o direito do estado federado, em que a difusão regional ocorre, o autoriza. A difusão a nível regional de publicidade ou de outros conteúdos de operadores privados requer uma autorização especial pelo estado federado; esta autorização pode estar sujeita a condições de conteúdo determinadas por lei.

[...]»

Até à data, nenhum estado federado utilizou a possibilidade concedida por esta disposição da autorização a nível federal de publicidade regionalizada.

III. Situação jurídica

1. Livre prestação de serviços

É possível que o § 7, n.º 11, do RStV viole o artigo 56.º TFUE, nos termos do qual as restrições à livre prestação de serviços na União Europeia serão, em princípio, proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação. A publicidade difundida a título oneroso por um operador televisivo estabelecido num Estado-Membro de um anunciante estabelecido noutro Estado-Membro constitui um serviço na aceção do artigo 57.º TFUE (Acórdão de 17 de julho de 2008, C-500/06, n.º 33). O § 7, n.º 11, do RStV impede a demandante de receber esse serviço e a demandada de o prestar.

É verdade que em casos excecionais são justificadas medidas que impedem ou tornam menos atrativa a livre prestação de serviços concedida ao abrigo do artigo 56.º TFUE. No entanto, só existe um caso excecional se preencher determinados requisitos: as medidas devem ser aplicadas de modo não discriminatório, justificadas por razões imperiosas de interesse geral, adequadas para garantir a realização do objetivo que prosseguem e não devem ultrapassar o que é necessário para atingir esse objetivo (Acórdão de 17 de julho de 2008, C-500/06, n.º 35). Além disso, as medidas devem ser proporcionadas em sentido estrito (Acórdão de 13 de dezembro de 2007, C-250/06, n.º 44).

A dúvida consiste em saber se estes requisitos estão preenchidos no caso do § 7, n.º 11, do RStV.

a) Deve presumir-se, é certo, que os operadores regionais de meios de comunicação social beneficiam economicamente desta disposição. No entanto,

benefícios puramente económicos a favor de um ou mais concorrentes não constituem uma razão imperiosa de interesse geral, suscetível de justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado (Acórdão de 22 de dezembro de 2010, C-338/09, n.º 51).

b) Deve presumir-se ainda que o § 7, n.º 11, do RStV pode contribuir para manter ou mesmo expandir a diversidade dos meios de comunicação social. Contudo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, este objetivo só justifica uma restrição de uma liberdade fundamental como a referida no presente caso quando for prosseguido de uma maneira coerente e sistemática (Acórdão de 12 de julho de 2012, C-176/11, n.º 22). Isto parece ser duvidoso, tendo em conta que os grandes gigantes da publicidade na Internet, como o Google e o Facebook, estão autorizados a disponibilizar publicidade regional na Internet.

c) Além disso, é questionável se a disposição é adequada e, em caso afirmativo, proporcionada em sentido estrito. No caso em apreço, os meios de comunicação social regionais não beneficiam ou beneficiam ligeiramente do § 7, n.º 11, do RStV, enquanto profissionais como a demandante são consideravelmente restringidos nas suas possibilidades de publicidade. Assim, a demandante alega sem ser contestada que os programas regionais se destinam ao público com interesses locais específicos. Afirma que, do ponto de vista do público, a qualidade do conteúdo e da apresentação fica muito aquém dos programas televisivos difundidos a nível federal. Tal conduz, juntamente com as características locais desses programas, a que os próprios programas regionais, no seu conjunto, representem menos de 5% da cobertura televisiva total. Por conseguinte, com a publicidade nos chamados programas regionais a demandante não podia alcançar um valor publicitário significativo. A demandante fica excluída de mais de 95% do mercado publicitário televisivo, mesmo que passe a publicidade em todos os programas regionais. Do ponto de vista do público, também não existe uma transferência relevante de imagens, como no caso de uma publicidade nos programas televisivos de elevada qualidade a nível federal. No entanto, é precisamente esta transferência de imagens que é decisiva para o sucesso da sua publicidade televisiva na implantação da marca «Fussl Modestraße».

2. Liberdade de radiodifusão e liberdade de expressão

Além disso, o § 7, n.º 11, do RStV pode constituir uma ingerência inadmissível na liberdade de difusão, protegida pelo artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pelo artigo 10.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e na liberdade de expressão garantida pelo artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

3. Princípio da igualdade de tratamento ao abrigo do direito da União

Por último, o § 7, n.º 11, do RStV pode violar o princípio da igualdade de tratamento consagrado no direito da União. O § 7, n.º 11, do RStV penaliza os operadores de radiodifusão e os profissionais nacionais e estrangeiros que pretendem explorar a publicidade televisiva linear na radiodifusão nacional em relação a outros operadores de serviços de comunicação social, em especial serviços de comunicação social audiovisual não lineares, como serviços de *video on demand* ou de *streaming* como, por exemplo, o Youtube ou o Spotify. Estes podem diferenciar regionalmente a sua publicidade como a imprensa a nível federal. Além disso, os profissionais individuais estão em desvantagem entre si. De facto, a proibição regional da publicidade conduz a uma preferência por grandes operadores ativos a nível federal, para os quais compensa essa difusão de publicidade.

IV. Pertinência das questões de interpretação

A decisão do presente litígio depende da resposta às questões prejudiciais, até agora não interpretadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. No caso de inadmissibilidade do § 7, n.º 11, do RStV nos termos do direito da União, a demandante pode exigir da demandada a execução do contrato, ou seja, a difusão acordada contratualmente de publicidade regionalizada no estado federado da Baviera. Por outro lado, no caso de admissibilidade do § 7, n.º 11, do RStV nos termos do direito da União, a demandada está isenta da sua obrigação de prestação ao abrigo do § 275, n.º 1, do BGB (Código Civil alemão).

[Assinaturas]

[Omissis]