



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. SZPUNAR
представено на 15 октомври 2020 година¹

Дело C-555/19

Fussl Modestraße Mayr GmbH
срещу
SevenOne Media GmbH,
ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH,
ProSiebenSat.1 Media SE

(Преюдициално запитване, отправено от Landgericht Stuttgart (Областен съд Щутгарт, Германия))

„Преюдициално запитване — Телевизионно излъчване — Директива 2010/13/ЕС — Член 4, параграф 1 — Национална правна уредба, с която се забранява регионална телевизионна реклама по програма, която се излъчва на национално равнище — Възможност за федералната провинция, в която се излъчва рекламата, да я разреши и да обвърже разрешението с условия — Равно третиране — Свободно предоставяне на услуги — Член 11 от Хартата на основните права на Европейския съюз“

Въведение

1. Макар появата на интернет да не доведе, както предвещаваха някои, до изчезването на телевизията, тя със сигурност отслаби положението ѝ по-специално в икономически и финансов аспект. Не става въпрос само за конкуренцията, която достъпните в интернет съдържания представляват за телевизионните програми, но също, ако не и главно, за способността на интернет да конкурира „традиционните“ медии, по-специално телевизионните оператори, на рекламния пазар и произтичащото от това намаляване на приходите им. Към това се добавят общият неблагоприятен икономически климат и последователните кризи, по-специално финансовата криза от 2008 г. и в момента здравната криза, предизвикана от Covid-19.

2. Ето защо не е изненадващо, че телевизионните оператори търсят нови източници на приходи, по-специално като разширяват предлагането на реклама и го правят по-гъвкаво, подобно на рекламата в интернет. Именно в този контекст германският телевизионен оператор ProSiebenSat.1 опитва да предложи на рекламодателите възможността за регионална реклама (тоест ориентирана към една или повече федерални провинции) по националните си телевизионни канали. Това обаче представлява заплаха за икономическите интереси на регионалните и на местните телевизии, за които рекламата е важен източник на приходи. Поради това опитът на ProSiebenSat.1 първоначално се натъква на забрана от Medienanstalt Berlin-Brandenburg (Медийна служба на федералните провинции Берлин и Бранденбург, Германия). Тази забрана обаче е отменена с решение на Bundesverwaltungsgericht (Федерален административен съд, Германия) от 17 декември 2014 г.², постановено по жалба срещу решение

¹ Език на оригиналния текст: френски.

² 6 С 32.13.

на Verwaltungsgericht Berlin (Административен съд Берлин, Германия) от 26 септември 2013 г.³. Възщност в решението си Bundesverwaltungsgericht (Федерален административен съд) приема по-специално че след като рекламата не е неразделна част от телевизионната програма, лицензията за телевизионно излъчване на национално равнище допуска излъчването на регионална реклама, тъй като тази лицензия се отнася само за редакционното съдържание⁴.

3. След това решение федералните провинции, които в Германия са компетентни във връзка с телевизионното излъчване, приемат Achtzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag (XVIII държавен договор за изменение на Договора за радио- и телевизионното разпространение) от 21 декември 2015 г., с който в член 7, параграф 11 от Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Държавен договор за радио- и телевизионното разпространение и електронните медии) от 31 август 1991 г. (наричан по-нататък „RStV“) се въвежда изрична забрана на регионализираната реклама по националните телевизионни канали⁵.

4. Landgericht Stuttgart (Областен съд Щутгарт, Германия), запитваща юрисдикция по настоящото дело, сега иска да се прецени съответствието на тази забрана с различни разпоредби и принципи на правото на Съюза.

Правна уредба

Правото на Съюза

5. Съгласно член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 10 март 2010 година за координирането на някои разпоредби, установени в закони, подзаконовни и административни актове на държавите членки, отнасящи се до предоставянето на аудио-визуални медийни услуги (Директива за аудио-визуалните медийни услуги)⁶:

„За целите на настоящата директива се прилагат следните определения:

[...]

д) „телевизионно излъчване“ (т.е. линейна аудио-визуална медийна услуга) означава аудио-визуална медийна услуга, предоставена от доставчик на медийни услуги за едновременно гледане на предавания въз основата на програмна схема;

[...]“.

6. Член 4, параграф 1 от Директива 2010/13 гласи:

„Държавите членки запазват свободата си да изискват от доставчиците на медийни услуги под тяхна юрисдикция да спазват по-подробни или по-строги правила в областите, координирани от настоящата директива, при условие че тези правила са в съответствие с правото на Съюза“.

3 27 K 231.12.

4 *Matzner*, P. Le BVerwG autorise la régionalisation de la publicité par une chaîne nationale. — IRIS. Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel. 2015, No. 3, p. 8; *Trute*, H.-H. Zulässigkeit von Werbespots mit regional beschränktem Verbreitungsgebiet. — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. 2015, No. 13, p. 284.

5 По този въпрос вж. по-специално *Iacino*, G. — In: Observatoire européen de l'audiovisuel. IRIS Spécial. La télévision régionale et locale en Europe. Strasbourg, 2016, 60–61.

6 ОВ L 95, 2010 г., стр. 1 и поправка в ОВ L 263, 2010 г., стр. 15.

Германското право

7. RStV предвижда в член 2, параграф 1:

„Радио- и телевизионното излъчване е линейна информационна и съобщителна услуга; тя се състои в създаване и разпространяване на съдържание, което е под формата на движещи се образи или на звуци и е предназначено за широката общественост и за едновременно гледане въз основа на програмна схема посредством използването на електромагнитни вълни“.

8. Член 7, параграф 11 от RStV гласи:

„Програма, която е предвидена или на която е разрешено да се излъчва на национално равнище, може да излъчва реклами или друго съдържание само на част от националната територия, при условие че и доколкото правото на федералната провинция по излъчването допуска това. За излъчване на реклами или друго съдържание от частни оператори само на част от националната територия се изисква специално разрешение съгласно правото на съответната федерална провинция; за издаването на такова разрешение могат да бъдат предвидени законови условия относно съдържанието“.

9. Досега нито една от федералните провинции не се е възползвала от предвидената в член 7, параграф 11 от RStV възможност да издаде въз основа на правото си разрешение за регионално излъчване на реклама по програма, която се излъчва на национално равнище.

Фактите, производството и преюдициалните въпроси

10. Fussl Modestraße Mayr GmbH е дружество, което е учредено по австрийското право и извършва търговска дейност в магазини за модни стоки в Австрия и във федерална провинция Бавария (Германия).

11. SevenOne Media GmbH е дружество, което е учредено по германското право и извършва маркетингова дейност за групата ProSiebenSat.1 — частен телевизионен оператор, установен в Германия.

12. На 25 май 2018 г. Fussl Modestraße Mayr сключва със SevenOne Media договор за излъчване само във федерална провинция Бавария на телевизионна реклама в програмите на националния телевизионен канал ProSieben, предавани по кабелните мрежи на Vodafone Kabel Deutschland GmbH в Бавария. SevenOne Media отказва да изпълни този договор, с довода че регионалното излъчване на телевизионна реклама по програми, които се излъчват на цялата територия на Германия, му е забранено по силата на член 7, параграф 11 от RStV. Тогава Fussl Modestraße Mayr сезира запитващата юрисдикция с искане да разпорежи на SevenOne Media да изпълни задълженията си по съответния договор.

13. Според запитващата юрисдикция фактът, че от техническа гледна точка SevenOne Media е в състояние да излъчва разглежданата телевизионна реклама в националните си емисии по такъв начин, че тя да може да бъде показвана на екран само на територията на федерална провинция Бавария, е безспорно установен. Следователно единствената пречка за това излъчване била от правно естество.

14. При тези обстоятелства Landgericht Stuttgart (Областен съд Щутгарт) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Следва ли

- а) член 4, параграф 1 от Директива 2010/13,
- б) установеният в правото на Съюза принцип на [равно третиране] и
- в) разпоредбите на член 56 ДФЕС относно свободното предоставяне на услуги

да се тълкуват в смисъл, че не допускат национална разпоредба, която забранява регионално излъчване на реклама по разрешени за цялата държава членка програми?

- 2) Различен ли би бил отговорът на първия въпрос, ако националното право допуска законови разпоредби, съгласно които регионалното излъчване на реклама може да бъде правно разрешено със специално административно разрешение?
- 3) Различен ли би бил отговорът на първия въпрос, ако посочената във втория въпрос възможност за разрешаване на регионална реклама в действителност не се използва и ако предвид това регионалната реклама остава все пак забранена?
- 4) Трябва ли член 11 от [Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“)], разглеждан в светлината на член 10 от [Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“)], както и на практиката на Европейския съд по правата на човека, и по-специално на принципа на плурализъм на информацията, да се тълкува в смисъл, че не допуска национална разпоредба като посочената в първи, втори и трети въпрос?“.

15. Писмени становища представят Fussl Modestraße Mayr, германското правителство и Комисията⁷. Същите страни, както и SevenOne Media са представявани в проведеното на 2 юли 2020 г. съдебно заседание.

Анализ

16. Първите три въпроса на запитващата юрисдикция, които ще разгледам заедно, се отнасят до преценката на съдържащата се в член 7, параграф 11 от RStV забрана за регионална реклама по национални телевизионни канали с оглед на някои разпоредби и принципи на правото на Съюза. Тази преценка ще изисква да се направи проверка за пропорционалност, при която да се вземе предвид по-специално възможността за федералните провинции да разрешават такава реклама, както и фактът, че нито една от тях не е използвала тази възможност. Четвъртият въпрос, така както го разбирам, се отнася до принципна преценка на същата тази забрана от гледна точка на основните права, по-специално на свободата на изразяване на мнение.

По първите три преюдициални въпроси

17. С първите си три преюдициални въпроса запитващата юрисдикция иска да установи дали член 4, параграф 1 от Директива 2010/13, принципът на равно третиране и член 56 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че не допускат забрана като тази, предвидена в член 7, параграф 11 от RStV, за регионална реклама по национални телевизионни канали. Под „регионална реклама“ следва да се разбира излъчването от телевизионен канал с национално

⁷ Писменото становище на SevenOne Media е представено след изтичането на срока и поради това не е приложено към преписката по делото.

покрытие на рекламни блокове или спотове само в един или няколко региона, докато в същото време в останалата част от територията на страната излъчва други реклами. Така поставен, въпросът се отнася също и до значението на евентуална възможност за отпадане на тази забрана в един или повече региони.

18. Ще анализирам разглежданата забрана с оглед на нормите от правото на Съюза, които са посочени в преюдициалните въпроси и в същия ред, в който те са изложени там. Ще разгледам също и довода на германското правителство, изведен от член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13.

По (и)релевантността на Директива 2010/13

19. Запитващата юрисдикция посочва, на първо място, член 4, параграф 1 от Директива 2010/13. Същевременно германското правителство сочи довод, изведен от член 1, параграф 1, буква д) от тази директива, за да защити спорната национална мярка.

– По член 4, параграф 1 от Директива 2010/13

20. В Директива 2010/13 се установява свободно движение на аудио-визуалните медийни услуги, тоест на телевизионни предавания и на аудио-визуални услуги по заявка, като на държавите членки по принцип се забранява да ограничават приемането и препредаването на тяхна територия на такива услуги от други държави членки (член 3, параграф 1). Тази свобода е съчетана с хармонизиране на правилата, уреждащи посочените услуги. Това хармонизиране се отнася по-специално до области като защитата на потребителите или на определени категории потребители, утвърждаването на европейски произведения или също достъпа на телевизионните оператори до събития от първостепенно значение за обществеността. Що се отнася до минималното хармонизиране, член 4, параграф 1 от Директива 2010/13 съдържа възможността за държавите членки да изискват от доставчиците под тяхна юрисдикция да спазват по-строги правила в областите, обхванати от мерките за хармонизиране по посочената директива.

21. Не виждам как тази разпоредба би могла да не допуска забрана за регионална реклама като разглежданата в главното производство.

22. Първо, струва ми се, че тази забрана не попада в приложното поле на Директива 2010/13. Всъщност, макар тази директива да съдържа правила относно телевизионната реклама, те се отнасят до съдържанието на тази реклама, отреденото за нея време и ясното разграничение между рекламата и редакционното съдържание. Главната цел на тези правила е защитата на зрителите. Разглежданата в главното производство мярка обаче се отнася до разпределянето на рекламния пазар между национални и регионални телевизионни оператори и нейното предназначение е да защити позициите им на този пазар. Това не попада в хармонизираната с Директива 2010/13 област.

23. Второ, дори да се предположи, че спорната национална мярка попада в приложното поле на Директива 2010/13, в член 4, параграф 1 от тази директива се предвижда само възможност за държавите членки да приемат правила, по-строги от предвидените в същата директива, без да се определя съдържанието им. Поради това тази разпоредба трудно би могла да бъде противопоставена на такива правила, след като те са приети от държава членка.

24. Що се отнася до условието тези по-строги правила да са в съответствие с други разпоредби от правото на Съюза, става въпрос за класическо ограничение, чиято цел е да се избегне тълкуване в смисъл, че възможността за държавите членки да дерогират разпоредбите на акт от правото на Съюза допуска дерогиране на цялото това право. Съответствието на приетите от държава членка правила с други разпоредби от правото на Съюза обаче трябва да се преценява с оглед не на член 4, параграф 1 от Директива 2010/13, а на тези други разпоредби.

25. Поради това споделям становището на Комисията, че разпоредба като член 7, параграф 11 от RStV не попада в приложното поле на Директива 2010/13, а следователно и на член 4, параграф 1 от нея.

– По член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13

26. Германското правителство твърди в писменото си становище, че изразът „едновременно гледане на предавания“, който се използва в определението на понятието „телевизионно излъчване“ в член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13 и който е възприет и в член 2, параграф 1 от RStV, налага едновременно излъчване на едно и също съдържание на цялата обхваната от телевизионния канал територия и следователно не допуска регионална реклама по национални канали.

27. Струва ми се, че тази гледна точка не е правилна.

28. Всъщност, дори да се приеме — нещо, което противоречи на самия текст на разглежданата разпоредба — че не се отнася само за програмите (тоест за редакционното съдържание), а и за рекламите, изразът „едновременно гледане“ по никакъв начин не налага изискване за идентичност на излъчваното на цялата обхваната територия съдържание.

29. Директива 2010/13 се основава на разграничението на услугите, наречени „линейни“, от услугите по заявка. Линейните услуги са определени в член 1, параграф 1, буква д) от тази директива. Основната характерна особеност на тези услуги е, че телевизионният оператор определя излъчването в определен момент съдържание, независимо от всякаква заявка, като изборът на зрителя се свежда до това дали да приема или не излъчването. Следователно тези услуги са линейни във времето. В резултат на това всички зрители, за които е предназначено съдържанието, го гледат едновременно. От това обаче не произтича никакво изискване едно и също съдържание да бъде предназначено за всички зрители, които се намират в зоната, в която се разпространява съответният телевизионен канал. Телевизионният оператор може много добре да диференцира съдържанието на териториална основа или в зависимост от начина на предаване (наземно, по кабел, чрез сателит и т.н.), без това да отнема линейния характер на неговата услуга.

30. Възможно е, разбира се, условията на разрешението за разпространение или пък, както е в случая, нормите на вътрешното право, да налагат забрана за посочената диференциация, но такава забрана по никакъв начин не следва нито от член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13, нито впрочем от която и да било друга разпоредба от тази директива.

31. Следователно член 1, параграф 1, буква д) от Директива 2010/13 не налага забрана за регионална реклама като съдържащата се в член 7, параграф 11 от RStV.

Принципът на равно третиране

32. На второ място, в преюдициалните си въпроси запитващата юрисдикция се позовава на принципа на равно третиране като стандарт за преценка на съответствието с правото на Съюза на съдържащата се в член 7, параграф 11 от RStV забрана за регионална реклама по националните телевизионни канали. Тя не е сигурна, от една страна, дали националните доставчици на линейни аудио-визуални медийни услуги (тоест на телевизионните оператори) не са поставени в по-неблагоприятно положение в сравнение с доставчиците на нелинейни аудио-визуални медийни услуги, и по-специално с тези, извършващи дейността си по интернет, що се отнася до възможността да предлагат услуги за целева реклама. От друга страна, запитващата юрисдикция отбелязва разликата в третирането на потенциалните рекламодатели, следователно получатели на телевизионните рекламни услуги, действащи на регионално равнище, като ищеца в главното производство, и по-големите оператори, за които е подходяща рекламата в национален мащаб.

33. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда принципът на равно третиране изисква да не се третират по различен начин сходни положения и да не се третират еднакво различни положения, освен ако такова третиране не е обективно обосновано⁸.

34. Струва ми се обаче, че положението на посочените от запитващата юрисдикция оператори не е сходно.

35. Първо, що се отнася до операторите на национални телевизионни канали, също като Комисията мисля, че тяхното положение не е сходно — по смисъла на принципа на равно третиране — с това на извършващите дейност в интернет доставчици на нелинейни аудио-визуални медийни услуги. Начините на потребление на тези услуги, начинът, по който се осъществява рекламата по телевизията и в интернет, и накрая, правната уредба, както национална, така и на Съюза⁹, се различават до такава степен, че сравнение на положението им с оглед на правилата относно регионалната реклама ми се струва безсмислено. Това е свързано по-специално с факта, че благодарение на интерактивния си характер и на събирането на множество данни относно ползвателите, рекламата в интернет не е ограничена от териториалния критерий и може да бъде индивидуално насочена към ползвателите в зависимост от предполагаемите им интереси, което е невъзможно за телевизията. Възможността да се предлага регионална телевизионна реклама не би могла да премахне тези различия.

36. Второ, що се отнася до положението на извършващите дейност на регионално равнище потенциални рекламодатели в сравнение с това на рекламодателите, извършващи дейност в национален мащаб, този път, обратно на изразеното от Комисията становище, не мисля, че разликата в начина, по който въпросните правила се отразяват на тези две категории икономически оператори (получатели на рекламните услуги), може да се счита за неравно третиране.

37. Всъщност вярно е, че забраната за регионална реклама по националните телевизионни канали може да засегне в по-голяма степен потенциалните рекламодатели, извършващи дейност на регионално равнище, които биха могли да се възползват от такава реклама, отколкото операторите, извършващи дейност на национално равнище, за които тя не би била от полза. Целта на тази забрана обаче не е да регламентира възможностите за реклама на различните

⁸ Относно телевизионната реклама вж. по-специално решение от 18 юли 2013 г. Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, т. 15).

⁹ Директива 2010/13 и Директива 2000/31/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2000 година за някои правни аспекти на услугите на информационното общество, и по-специално на електронната търговия на вътрешния пазар („Директива за електронната търговия“) (ОВ L 178, 2000 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 29, стр. 257).

категории потенциални рекламодатели, а тъй като се отнася за телевизионните оператори, да запази регионалния рекламен пазар за регионалните и за местните телевизионни оператори. Отражението на тази забрана върху различните категории потенциални получатели на рекламните услуги не произтича пряко от тази правна уредба, а от положението, в което се намират тези различни оператори, именно поради техния размер от икономическа гледна точка. Правилата обаче са еднакви за всички. Според мен принципът на равно третиране не може да се тълкува в смисъл, че изисква правните норми да се приспособяват към специфичните нужди на всеки правен субект.

38. В заключение, не мисля, че принципът на равно третиране не допуска забрана за регионална реклама по националните телевизионни канали като тази по член 7, параграф 11 от RStV.

Член 56 ДФЕС

39. На трето място, запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 56 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска забрана за регионална реклама по националните телевизионни канали като тази по член 7, параграф 11 от RStV.

40. С тази разпоредба от Договора се забранява всякакво ограничение на свободното предоставяне на услуги при трансгранични случаи, освен ако това ограничение е обосновано от императивно съображение от обществен интерес.

– По съществуването на ограничение

41. Съгласно постоянната съдебна практика излъчването на телевизионни съобщения, в това число и рекламни, представлява предоставяне на услуги, което попада в обхвата на член 56 ДФЕС¹⁰. Към установената с тази разпоредба свобода спада също и възможността за потенциалните рекламодатели да се ползват от услугите за телевизионна реклама¹¹.

42. Като ограничения за свободното предоставяне на услуги трябва да се считат всички мерки, които забраняват, затрудняват или правят по-малко привлекателно упражняването на тази свобода¹². Това се отнася в още по-голяма степен за случаите, при които потенциалните рекламодатели са от други държави членки, тъй като ограниченията на възможностите за ползване на рекламните услуги правят особено труден достъпа им до пазара на установилата тези ограничения държава членка. Такива ограничения могат да съществуват по-специално когато рекламата за дейността на потенциалния рекламодалел е разрешена само по местните телевизионни канали, а е забранена по националните телевизионни канали¹³.

43. Подобно положение може да се установи по настоящото дело. Ищецът в главното производство, дружество, учредено съгласно австрийското право, управлява верига магазини за модни стоки в Австрия. Той иска да разшири дейността си, като се установи и в Германия, но само на част от територията на тази държава членка, а именно в Бавария.

44. За тази цел ищецът в главното производство желае да използва услуги за телевизионна реклама. Поради съдържащата се в член 7, параграф 11 от RStV забрана обаче той не може да иска рекламата му да се излъчва само на територията на Бавария по национален телевизионен канал, каквото е било намерението му, като е подписал договор в този смисъл с ответника в

¹⁰ Вж. още решение от 30 април 1974 г., Sacchi (155/73, EU:C:1974:40, т. 6). За неотдавнашно прилагане вж. решение от 11 декември 2019 г., TV Play Baltic (C-87/19, EU:C:2019:1063, т. 34 и цитираната съдебна практика).

¹¹ Вж. в този смисъл решение от 17 юли 2008 г. Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 33 in fine).

¹² Решение от 17 юли 2008 г., Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 32).

¹³ Вж. в този смисъл решение от 17 юли 2008 г., Corporación Dermoestética (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 33).

главното производство. Единствените възможности, които се откриват пред него, са или да купи рекламно време на национално равнище по национален телевизионен канал, или да използва услугите на регионални и местни телевизии. Ищецът обяснява обаче, че нито една от тези възможности не отговаря на нуждите му.

45. Рекламата на национално равнище била прекалено скъпа и до голяма степен ненужна, тъй като обхващала главно територията, на която ищецът не желае да осъществява дейност. Следователно такава реклама нямало да е рентабилна¹⁴.

46. Що се отнася до рекламата по регионални и по местни телевизионни канали, тя не позволявала да се постигнат преследваните от ищеца цели. Първо, тези канали се гледали само от съвсем малка част от зрителите (около 5 % от телевизионната аудитория според данните на ищеца). Второ, зрителите на тези регионални и местни канали не били целевата аудитория за ищеца. Всъщност ищецът има интерес рекламата да се излъчва преди или след телевизионни програми, които могат да интересуват потенциалните му клиенти, тоест клиентите на модните стоки. Този вид програми обаче се излъчват по националните телевизионни канали, докато регионалните и местните канали се съсредоточават върху местни актуални теми и привличат други зрители.

47. В този смисъл произтичащата от забраната по член 7, параграф 11 от RStV невъзможност да се рекламира по национален телевизионен канал само на територията на Бавария, въпреки че това е технически възможно и ответникът в главното производство е готов да предостави такава услуга, правел по-труден достъпа на ищеца до германския пазар. Това се дължало по-специално на факта, че ищецът щял да се конкурира с веригите магазини за модни стоки, действащи на национално равнище, за които рекламата по националните телевизионни канали, покриваща цялата национална територия, е отлично приспособена.

48. При тези обстоятелства ми се струва безспорно, че съдържащата се в член 7, параграф 11 от RStV забрана за регионализирана реклама по националните телевизионни канали представлява ограничение на гарантираното с член 56 ДФЕС свободно предоставяне на услуги. Фактът, че RStV оставя на федералните провинции възможността да разрешават регионализираната реклама на своята територия, не променя нищо в тази преценка, тъй като, от една страна, това винаги е предмет на решение на всяка провинция, и от друга страна, досега нито една от тях не е разрешила такава реклама, поради което тази възможност остава изцяло теоретична.

49. Сега следва да се провери дали това ограничение може да се обоснове с императивни съображения от обществен интерес.

– По обосноваването на ограничението

50. Съгласно установената съдебна практика ограничение на гарантираното с член 56 ДФЕС свободно предоставяне на услуги може да бъде обосновано, доколкото отговаря на императивни съображения от обществен интерес, стига да бъде в състояние да гарантира осъществяване на преследваната цел и да не надхвърля необходимото за постигането ѝ¹⁵. Съответната държава членка следва да докаже обосноваването на мярката, която възнамерява да приеме или да запази в сила.

¹⁴ Ищецът в главното производство посочва също че рекламата на национално равнище би могла дори да му навреди, тъй като ще предизвика търсене, което той няма да е в състояние да задоволи. Този довод обаче ми се струва чисто хипотетичен, тъй като нищо не гарантира такъв успех на рекламираните стоки на ищеца.

¹⁵ Вж. последно решение от 11 декември 2019 г., TV Play Baltic (C-87/19, EU:C:2019:1063, т. 37).

51. Германското правителство обосновава ограничението със запазването на плурализма на мнения на регионално равнище, за който съществуването на регионални и местни телевизионни канали било от първостепенно значение. Според това правителство запазването чрез член 7, параграф 11 от RStV на пазара на регионалната реклама за регионалните и за местните телевизионни оператори е необходимо, за да се гарантира икономическото им оцеляване.

52. Съдът вече е постановил, че съображения, свързани с културната политика и запазването на медийния плурализъм, могат да обосноват ограничения на свободното предоставяне на услуги. Всъщност тези мерки допринасят за гарантиране на свободата на изразяване на мнение, която се закриля с член 11 от Хартата¹⁶.

53. Изглежда, че същите доводи могат да се приложат по настоящото дело. Естествено, регионалните и местните телевизии разглеждат въпроси от местен интерес, които не са застъпени или са застъпени много бегло по националните телевизионни канали. Така тези телевизии допринасят за обществения дебат и следователно за плурализма на мнения по тези въпроси. Значението на регионалните и на местните медии за запазването на плурализма на мнения и за демокрацията на участието се подчертава и от различни органи на Съвета на Европа¹⁷. Струва ми се, че мярка, която има за цел да гарантира възможността за функциониране на регионалните и местните телевизии, като им запазва пазара на регионалната реклама и по този начин им осигурява източник на финансиране, може да бъде обоснована от императивно съображение от обществен интерес, свързано с културната политика.

54. Все пак, за да бъде в съответствие с член 56 ДФЕС, тази мярка трябва да е годна да гарантира осъществяването на преследваната от нея цел и да е пропорционална, в смисъл да не надхвърля необходимото за постигането ѝ.

55. Именно относно тези два аспекта изразяват съмнения както запитващата юрисдикция, така и страните в главното производство.

– По въпроса дали спорната национална мярка е подходяща

56. Първо, запитващата юрисдикция се съмнява в последователността и съгласуваността на въпросната мярка по смисъла на практиката на Съда¹⁸, поради факта че целева реклама за определени категории ползватели е разрешена в интернет, именно във връзка с предоставяните в тази мрежа нелинейни аудио-визуални медийни услуги. Страните в главното производство, както и Комисията излагат подобни доводи.

57. За мен тези доводи не са убедителни. Както вече посочих във връзка с принципа на равно третиране, рекламата в интернет функционира по съвсем различен начин от телевизионната реклама. От една страна, от техническа гледна точка рекламата в интернет е независима от съдържанието, което съпътства. Макар ползвателят да има впечатлението, че рекламата е неразделна част от това съдържание, на практика тя има различен източник. От друга страна, благодарение на данните, които събират за ползвателите си, доставчиците на услуги в интернет са в състояние да насочат рекламата индивидуално към всеки ползвател на интернет в зависимост от характерните интереси, които му се приписват въз основа на събраните данни. Географското местоположение на ползвателя е само един от елементите, които се вземат

16 Вж. относно свободното движение на стоки решение от 26 юни 1997 г., Familiapress (C-368/95, EU:C:1997:325, т. 18). По-специално вж. също решения от 13 декември 2007 г., United Pan-Europe Communications Belgium и др. (C-250/06, EU:C:2007:783, т. 40–42), и от 11 декември 2019 г., TV Play Baltic (C-87/19, EU:C:2019:1063, т. 38–40).

17 Вж. McGonagle, T. et van Eijk, N. — In: Observatoire européen de l'audiovisuel, IRIS Spécial. La télévision régionale et locale en Europe. Strasbourg, 2016, 12–20 и цитираните документи.

18 Във връзка с това запитващата юрисдикция цитира решение от 12 юли 2012 г. HIT и HIT LARIX (C-176/11, EU:C:2012:454, т. 22). Вж. също решение от 17 юли 2008 г., Corporación Dermoeestética (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 39).

предвид. Поради това, като гледа едно и също съдържание в интернет, всеки ползвател може да получи подобрена за него реклама, различна от тази на другите ползватели. Този механизъм е много по-сложен, отколкото географското разпределение на телевизионната реклама, за което се отнася спорната национална мярка.

58. Наистина предоставяните в интернет услуги са конкуренция за регионалните и за местните телевизионни оператори на рекламния пазар и заплахата за получаваните им от този пазар приходи, но това не е от законодателната компетентност на федералните провинции, дори само поради това че в Директива 2000/31 силно се ограничава възможността на държавите членки да уреждат тези услуги¹⁹. Впрочем предизвикателствата пред правната уредба на интернет са от съвсем различно естество от тези пред правната уредба на телевизията. Държава членка не може да бъде упреквана, както я упрекват Комисията, за това, че не е уредила област, която излиза извън законодателните ѝ правомощия.

59. Поради това не виждам и аналогия между настоящото дело и това, приключило с решение *Corporación Dermoestética*²⁰. Последното се отнася до забрана на реклама на медицинско и хирургично лечение. Тази забрана обаче се отнася само за националните телевизионни канали, но не и за регионалните канали, по които такава реклама е допустима. Съдът постановява, че този режим е непоследователен и поради това противоречи на член 56 ДФЕС²¹. Целта на националната мярка, предмет на настоящото дело, обаче не е да се забрани или ограничи всяка целева реклама, насочена към определена категория зрители, а да се запази за регионалните и за местните телевизионни оператори във вида, в който съществува, специфичен пазар, този на регионалната телевизионна реклама. Поради това съществуването на целева реклама по други съобщителни канали, по-специално в интернет, не поставя под въпрос последователността на тази мярка.

60. Впрочем, струва ми се, че посочената от ответника в главното производство „медийна конвергенция“, по-специално на телевизията и на интернет, не може да постави под въпрос тази констатация. Конвергенцията е само процес, който — докато тези две медии са предмет на различна правна уредба²² — далеч не е завършен. Поради това не споделям становището на Комисията относно спорната национална мярка, за която се твърди, че е „анахронична“. При всяко положение тази мярка не е по-анахронична от законодателството на Съюза относно различни видове медии.

61. Второ, ищецът в главното производство, подкрепян по този въпрос, както впрочем и по други, от ответника в главното производство, оспорва съждението, на което се основава спорната национална мярка, а именно че отварянето на пазара на регионалната реклама за националните телевизионни канали нанася значителна вреда на финансирането на регионалните и на местните телевизионни оператори. Този довод се основава по-специално на проучване, извършено по поръчка на ответника в главното производство²³. Според това проучване рекламоделите, които биха могли да се ползват от регионална реклама по националните телевизионни канали, като ищеца в главното производство, не са същите като тези, които ползват рекламните услуги на регионалните и на местните канали. В този смисъл отварянето на този пазар за националните канали не би довело до значителна загуба на приходи за регионалните и за местните канали. Рекламата в интернет обаче, според това проучване, се отразявала неблагоприятно върху приходите на тези канали.

19 Що се отнася до предоставяните в интернет аудио-визуални медийни услуги, Директива 2010/13 предвижда малко на брой ограничения на рекламата. Тези ограничения обаче не се отнасят до географския ѝ обхват.

20 Решение от 17 юли 2008 г., *Corporación Dermoestética* (C-500/06, EU:C:2008:421).

21 Решение от 17 юли 2008 г., *Corporación Dermoestética* (C-500/06, EU:C:2008:421, т. 39 и 40).

22 На равнището на правото на Съюза, на Директива 2010/13, със специфични разпоредби относно телевизията и Директива 2000/31.

23 Dewenter, R. Führt das Verbot regionaler Fernsehwerbung auf bundesweiten Programmen zu einer Förderung von lokalen/regionalen Programmen? (https://www.hsu-hh.de/ioek/wp-content/uploads/sites/520/2020/01/Gutachten_P7S1_Dewenter_final.pdf).

62. Все пак, без да искам да влизам в полемика относно фактическите преценки, струва ми се трудно да се предвиди със сигурност бъдещото поведение на участниците на пазара при евентуално изменение на правния контекст, тъй като по-специално те са склонни да приспособяват поведението си към такива промени. От друга страна, ако принципно се допусне регионалната реклама, нищо не пречи националните телевизионни канали също да предлагат рекламни услуги на субрегионално и на местно равнище, тоест на равнището, което, според посоченото по-горе проучване, понастоящем се заема от регионалните и местните телевизионни оператори.

63. В този смисъл твърдението, че навлизането на пазара на регионална реклама на толкова мощни оператори като националните телевизионни канали има опасност да засегне значително дяловете от този пазар, които в момента се държат от регионалните и местните телевизионни оператори, не ми изглежда явно лишено от основание. Поради това считам, че в рамките на своята свобода на преценка германският законодател в действителност с право се е основал на това съждение, за да въведе забраната за регионална реклама по националните телевизионни канали. И тъй като става въпрос за мярка, чието предназначение е да защити гарантираната в член 11 от Хартата свобода на изразяване на мнение, свободата на преценка на националния законодател е особено широка²⁴.

64. В заключение на тази част, считам, че в рамките на свободата си на преценка германският законодател с право е счел, че навлизането на националните телевизионни канали на пазара на регионалната реклама има опасност да засегне финансирането на регионалните и на местните телевизионни оператори, като по този начин застраши плурализма на мнения на регионално равнище, за който тези оператори допринасят. Поради това мисля, че спорната национална мярка е подходяща за постигането на целта за защита на този плурализъм. От друга страна, съществуването на реклама, насочена към конкретни потребители в интернет, не поставя под въпрос съгласуваността на тази мярка.

– По пропорционалността на разглежданата национална мярка

65. За да бъде обосновано от императивно съображение от обществен интерес, ограничението на свободното предоставяне на услуги трябва да бъде не само подходящо за осъществяването на преследваната цел, но и пропорционално, тоест да не надхвърля необходимото за постигането ѝ. Следователно въпросът, който се поставя, е дали други мерки не биха могли да позволят постигането на същата цел, като същевременно водят до по-малко ограничения на свободното предоставяне на услуги.

66. Както страните в главното производство, така и Комисията оспорват пропорционалността на въпросната национална мярка, като твърдят, че тя се отразява много неблагоприятно върху възможностите за реклама на ищеца, като в същото време ползата от нея за регионалните и за местните телевизионни оператори е съвсем ограничена.

67. Този довод се основава обаче на твърдението на заинтересованите лица, че посочената мярка не е подходяща за постигането на желаната цел. При все това, както вече посочих, не мисля, че е доказано, че тази мярка не е подходяща с оглед на нейната цел. В този смисъл, ако се приеме, че спорната мярка е подходяща за постигането на своята цел, балансът на засегнатите интереси, тоест тези на предприятията, които искат да се рекламират чрез регионална реклама по националните телевизионни канали, и тези на регионалните и на местните телевизионни оператори, изглежда по друг начин. Всъщност според мен германският

²⁴ Решение от 13 декември 2007 г., United Pan-Europe Communications Belgium и др. (C-250/06, EU:C:2007:783, т. 44).

законодател легитимно приема, че общественият интерес от съществуването на посочените оператори и от техния принос за публичния дебат на регионално и на местно равнище има предимство пред частния интерес на предприятията, да се рекламират чрез определен канал за комуникация.

68. При това положение остава да си зададем въпроса дали съществуват други, по-малко ограничителни мерки, които биха позволили да се постигне тази цел за защита на плурализма на медиите на регионално и на местно равнище.

69. По този въпрос ищецът в главното производство се позовава на подхода, който е възприела в това отношение родната му държава членка, Австрия. Там на обществените телевизионни канали се осигурява финансиране чрез такса, като им се забранява да излъчват реклами, а на частните канали се оставя свобода на преценка дали да излъчват реклами, включително и регионални.

70. По силата на постоянната съдебна практика обаче фактът, че дадена държава членка налага правила, които не са така строги като приложимите в друга държава членка, не означава, че последните правила са непропорционални и следователно са несъвместими с правото на Съюза²⁵. В този смисъл наличието на по-малко строги правила в Австрия не може да се счита за доказателство за непропорционалността на разглежданата германска мярка.

71. Освен това, макар че може да представлява разрешение на някои проблеми, финансирането на медиите с обществени средства може също да поставя въпроси с оглед на реалната независимост на тези медии. От тази гледна точка притежаването на собствени средства, например под формата на приходи от реклама, е допълнителна гаранция за независимостта на тези медии и следователно за плурализма на мнения.

72. Самото съществуване на предвидената в член 7, параграф 11 от RStV клауза, позволяваща на федералните провинции да разрешават на съответната им територия регионалната реклама по национални телевизионни канали, евентуално при спазването на условия, обаче подсказва, че смекчаване на произтичащата от член 7 от RStV забрана би могло да е възможно, без да се причини вреда на преследваната с тази забрана цел. Обстоятелството, че тази възможност не е била приложена до момента, не се отразява на факта, че с въвеждането на тази клауза германският законодател е признал съвместимостта на такова евентуално разрешение с целите на разглежданата мярка.

73. Би могло да си представим други, по-малко ограничителни мерки от абсолютната забрана за регионална реклама по националните телевизионни канали, като например участието на регионалните и на местните телевизионни оператори в приходите, които националните телевизионни оператори биха получили от такава регионализирана реклама. Такава мярка би позволила да се съчетаят интересите на потенциалните рекламодатели, като ищеца в главното производство, с тези на регионалните и на местните телевизионни оператори.

74. Накрая запитващата юрисдикция ще трябва да прецени, с оглед на конкретните правни и фактически обстоятелства в Германия, пропорционалността на спорната мярка, а именно наличието на евентуални по-малко ограничителни мерки. За да бъде тази преценка реалистична, запитващата юрисдикция трябва да вземе предвид само мерките, които действително могат да бъдат приложени от националния законодател. Всъщност не би имало никаква полза да се отмени съществуващата мярка, в името на безспорно по-малко ограничителни, но чисто теоретични мерки.

²⁵ Вж. по-специално решения от 10 май 1995 г., *Alpine Investments* (C-384/93, EU:C:1995:126, т. 51), от 13 юли 2004 г., *Комисия/Франция* (C-262/02, EU:C:2004:431, т. 37), и на последно място, от 18 септември 2019 г., *VIPA* (C-222/18, EU:C:2019:751, т. 71).

Предложение за отговор

75. С оглед на изложеното по-горе предлагам на първите три преюдициални въпроса да се отговори, че член 4, параграф 1 от Директива 2010/13 и принципът на равно третиране трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат забрана на регионалната реклама по националните телевизионни канали, като тази, съдържаща се в член 7, параграф 11 от RStV. Член 56 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че допуска такава забрана, ако не съществуват по-малко ограничителни мерки, които националният законодател действително може да въведе и които могат да позволят постигането на целта за защита на плурализма на мненията на регионално и на местно равнище, което запитващата юрисдикция трябва да провери.

По четвъртия преюдициален въпрос

76. С четвъртия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали член 11 от Хартата трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска забрана на регионална реклама по национални телевизионни канали, като тази, съдържаща се в член 7, параграф 11 от RStV.

77. Запитващата юрисдикция не обяснява какво е основанието за съмнението ѝ относно съвместимостта на спорната национална мярка с член 11 от Хартата. Същото може да се каже и за ищеца в главното производство, както и за Комисията, които само заявяват, че тази мярка нарушава посочената разпоредба от Хартата. Този въпрос обаче следва да се анализира, за да бъде даден отговор на въпроса на запитващата юрисдикция.

78. Както с основание отбелязва Комисията, Хартата е приложима към настоящия случай. Всъщност тя следва да се прилага по-специално когато съответната национална правна уредба представлява ограничение на свобода във вътрешния пазар и държавата членка се позовава на императивно съображение от обществен интерес, за да обоснове това ограничение²⁶.

79. Съгласно член 52, параграф 3 от Хартата, доколкото тази Харта съдържа права, съответстващи на права, гарантирани от ЕКПЧ, техният смисъл и обхват са същите като дадените им в тази Конвенция. Свободата на изразяване на мнение е гарантирана от член 10 от ЕКПЧ. Смисълът и обхватът на правата, предоставени с тази конвенция, са определени в практиката на Европейския съд по правата на човека.

80. Както подчертава Комисията, съгласно тази съдебна практика свободата на изразяване на мнение се прилага по отношение на изразяването на мнение в областта на търговията и рекламата²⁷. От това следва, че разглежданата в настоящото дело национална мярка, която ограничава възможностите за реклама на ищеца в главното производство, трябва да се счита за ограничаване на свободата на изразяване на мнение, гарантирана както от член 10 от ЕКПЧ, така и от член 11 от Хартата.

81. Съгласно член 52, параграф 1 от Хартата обаче ограничаването на упражняването на правата и свободите, признати от нея, е възможно, при условие че е предвидено в закон, че защита основното съдържание на същите права и свободи и действително отговаря на признати от Съюза цели от обществен интерес или на необходимостта да се защитят правата и свободите на други хора. Подобна резерва относно свободата на изразяване на мнение се съдържа и в член 10, параграф 2 от ЕКПЧ.

²⁶ Вж. последно решение от 21 май 2019 г., Комисия/Унгария (Право на ползване на земеделски земи) (C-235/17, EU:C:2019:432, т. 63—65).

²⁷ Вж. ЕСПЧ, 16 юли 2013 г., Remuszko c/y Полша (СЕ:ЕCHR:2013:0716JUD000156210, § 59).

82. Целта на разглежданата в главното производство национална мярка е защита на плурализма на медиите — ценност, изрично призната в член 11, параграф 2 от Хартата. Съгласно утвърдената практика на Европейския съд по правата на човека, свързана с прилагането на член 10, параграф 2 от ЕКПЧ, „[о]бхватът на свободата на преценка, с която разполагат договарящите държави в тази област, варира в зависимост от множество елементи, сред които съответният вид „реч“ или информация придобива особено значение. Така макар член 10[, параграф 2] от [ЕКПЧ] да не оставя никаква възможност за ограничения на свободата на изразяване на мнение например в областта на политиката, договарящите държави членки разполагат с широка свобода на преценка, когато уреждат свободата на изразяване на мнение в областта на търговията“²⁸. Този принцип вече е признат от Съда относно прилагането на основните права в правото на Съюза²⁹. От друга страна, Европейският съд по правата на човека приема, че „когато преследваната цел е „защитата на правата и свободите на други хора“ и самите посочени „права и свободи“ са сред тези, гарантирани от [ЕКПЧ] или от Протоколите към нея, трябва да се приеме, че поради необходимостта от закрилата им може да се наложи държавите да ограничат други права или свободи, които също са прогласени в [ЕКПЧ]. Тогаво претеглянето на евентуално противоречащите интереси на едните и на другите лица е трудно и договарящите държави членки трябва да разполагат в това отношение със значителна свобода на преценка“³⁰.

83. Според мен, като е приел спорната национална мярка, германският законодател не е превишил свободата си на преценка при осъществяването на претеглянето, от една страна, на свободата на изразяване на мнение в областта на търговията, и от друга страна, на интереса за защита на плурализма на мнения и на медиите.

84. В това отношение е особено важно да се отбележи, че спорната мярка не съдържа никаква забрана за реклама на стоките или на марката на ищеца в главното производство. Последниците от нея се свеждат само до ограничаване на възможността на ищеца да се рекламира само чрез едно съобщително средство, а именно по националните телевизионни канали чрез регионалната реклама. Дори ако става въпрос за най-рентабилното според ищеца средство за реклама, това не променя факта, че на негово разположение са други средства за реклама, по-специално рекламата в интернет, която самият ищец представя като почти равностойна на телевизионната реклама. Затова, що се отнася до свободата на изразяване на мнение на ищеца, следва да се посочи, че разглежданата национална мярка не засяга основното съдържание на неговите права³¹. Тя би могла най-много да засегне търговските му възможности.

85. Поради това предлагам на четвъртия преюдициален въпрос да се отговори, че член 11 от Хартата трябва да се тълкува в смисъл, че допуска забрана на регионална реклама по национални телевизионни канали като тази, съдържаща се в член 7, параграф 11 от RStV.

Заключение

86. С оглед на изложеното по-горе предлагам на преюдициалните въпроси, поставени от Landgericht Stuttgart (Областен съд Щутгарт, Германия), да се отговори по следния начин:

„Член 4, параграф 1 от Директива 2010/13/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 10 март 2010 година за координирането на някои разпоредби, установени в закони, подзаконови и административни актове на държавите членки, отнасящи се до предоставянето на аудио-визуални медийни услуги (Директива за аудио-визуалните медийни услуги), принципът на

28 ЕСПЧ, 10 януари 2013 г. Ashby Donald и др. *с/у* Франция (СЕ:ЕCHR:2013:01110JUD003676908, § 39).

29 Вж. решение от 23 октомври 2003 г. RTL Television (C-245/01, EU:C:2003:580, т. 73).

30 ЕСПЧ, 10 януари 2013 г. Ashby Donald и др. *с/у* Франция (СЕ:ЕCHR:2013:01110JUD003676908, § 40).

31 Вж. по аналогия решение от 4 май 2016 г., Philip Morris Brands и др. (C-547/14, EU:C:2016:325, т. 151).

равно третиране и член 11 от Хартата на основните права на Европейския съюз трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат забрана на регионална реклама по национални телевизионни канали като забраната, съдържаща се в член 7, параграф 11 от Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Държавен договор за радио- и телевизионното разпространение и електронните медии) от 31 август 1991 г., изменен с Achtzehnter Rundfunkänderungsstaatsvertrag (XVIII държавен договор за изменение на Договора за радио- и телевизионното разпространение) от 21 декември 2015 г.

Член 56 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че допуска такава забрана, ако не съществуват по-малко ограничителни мерки, които националният законодател е в състояние действително да въведе и които позволяват постигането на целта за защита на плурализма на мнения на регионално и на местно равнище, което запитващата юрисдикция следва да провери“.