ropea, no puede proporcionar criterios para enjuiciar la conformidad de un monopolio de la televisión nacional con el Derecho comunitario.

6. Cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 del Tratado para justificar, por razones de orden público, seguridad y salud públicas, una normativa que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por las citadas disposiciones más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia. Al tratarse de una normativa en materia de televisión, ello supone que debe apreciarse en relación con la libertad de expresión consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.

INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-260/89 *

I. Hechos y procedimiento

1. *Régimen jurídico*

1. Según el artículo 15 de la Constitución helénica de 1975, la radiodifusión y la televisión están sujetas al control directo del Estado y tienen por finalidad la difusión objetiva y equilibrada de informaciones y noticias, como también de los productos del pensamiento y del arte; según el mismo artículo, procede en todo momento garantizar el nivel cualitativo de los programas de acuerdo con su función social y con el desarrollo cultural del país.

2. La sociedad anónima Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia (en lo sucesivo, «ERT»), empresa pública colocada bajo el control y la tutela del Estado, fue creada por la Ley nº 1730/1987 (*Diario Oficial de la República Helénica*, nº 145 A de 18.8.1987, p. 144).

La ERT incluye la televisión helénica (ET1 y ET2), la radiodifusión helénica, el Instituto de medios audiovisuales y también la sociedad de producción y de comercialización de emisión y de programas de radio y de televisión ERT.

* Lengua de procedimiento: griego.

Los apartados 1 a 3 del artículo 2 de la Ley nº 1730/1987 disponen:

«1. La ERT AE tiene por objetivo la organización, la explotación y el desarrollo de la radiodifusión y la televisión así como la contribución a través de dichos medios de comunicación: a) a la información, b) a la cultura y c) a la diversión del pueblo griego. La ERT AE es una entidad sin ánimo de lucro.

2. El Estado concede a la ERT AE un privilegio exclusivo en materia de radio y televisión para todas las actividades que concurren a la realización de su objetivo. Dicho privilegio es inalienable e incluye fundamentalmente:

a) La emisión de sonidos y de imágenes de todas clases, a partir de cualquier punto del territorio terrestre, marítimo y aéreo del país, mediante los métodos de la radiodifusión y televisión destinados a la recepción, sea general, sea por circuitos especiales cerrados, cables o de cualquier otra forma.

b) La instalación de estaciones de servicio de radiodifusión y televisión, es decir, de emisoras, de aparatos de retransmisión, de estaciones terrestres de retransmisión por satélite, circuitos por hilos, transmisiones por cable en general, por cualquier medio técnico y aplicación de tecnología que contribuya a la transmisión del sonido y de la imagen destinados a ser captados por el público.

3. La ERT AE producirá y explotará por cualesquiera medios emisiones de radiodifusión y televisión, creará unidades de producción de bienes y servicios de cualquier clase, relativos a los medios ópticos, acústicos, audiovisuales de comunicación de masas y, en general, ejercerá cualquier actividad que contribuya a alcanzar el objetivo de la ERT AE.»

El apartado 1 del artículo 16 dispone:

«Se prohíbe a toda persona jurídica o física cualquier emisión de la naturaleza que sea, respecto de la cual, y de conformidad con el artículo 2, la ERT AE ostenta un privilegio y un derecho exclusivos.»

De todos modos, la Ley nº 1730/1987 prevé una excepción a esta prohibición: el Consejo de Administración de la ERT puede conceder una autorización para la instalación de circuitos internos, por hilo o por cable, de radiodifusión y televisión de alcance local. Sin embargo, la autorización sólo se concede para captar el sonido y la imagen. Las condiciones y las particularidades de la concesión de autorizaciones y también determinadas exigencias sobre el funcionamiento de los circuitos de que se trata se regularán mediante un Decreto de la Presidencia.

Según el mismo artículo 16, cualquier persona que infrinja las disposiciones de apartado 1 puede ser condenada a pena de prisión de tres meses por lo menos. En el curso del mismo juicio, el tribunal puede también decidir la confiscación en beneficio de la ERT de los medios para emitir sonidos e imágenes.

3. El 6 de octubre de 1989 fue promulgada la Ley nº 1866/1989 que establece, entre otras cosas, la posibilidad de conceder, mediante resolución conjunta de los Ministerios de la Presidencia del Gobierno, del Interior, de Hacienda y de Transportes y Co-

municaciones, una autorización para la creación y la gestión de estaciones de televisión de alcance local a sociedades anónimas o a entidades locales.

2. *Antecedentes del litigio principal*

4. El último día del año 1988, la sociedad Dimotiki Etairia Pliroforissis (en lo sucesivo, «DEP») y el alcalde de Tesalónica, Sr. Sotirios Kouvelas, fundaron en Tesalónica una estación de televisión denominada «TV 100» que comenzó sus emisiones en la misma fecha.

La ERT emprendió contra esta actuación, el 24 de diciembre de 1988, un procedimiento de medidas provisionales ante el tribunal de primera instancia de Tesalónica. En dicho procedimiento ERT afirmó que la actuación de la DEP y del alcalde era ilícita, porque entra dentro de los conceptos de «emisión» y de «instalación» en el sentido del apartado 2 del artículo 2 de la Ley nº 1730/1987, prohibidos por el apartado 1 del artículo 16 de la misma Ley. Además, según la ERT, la actividad de que se trata le ha causado un perjuicio económico, a la vez que perturba considerablemente el sistema de radiotelecomunicaciones del país y el ejercicio de sus actividades.

Las partes demandadas en el litigio principal solicitaron que se desestimara el recurso. Afirmaron que la Ley nº 1730/1987, y en particular el apartado 2 de su artículo 2 y el artículo 16, son contrarios a la Constitución griega, al artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y al Tratado CEE, sobre todo a sus artículos 59 y siguientes y 85 y siguientes.

3. *Cuestiones prejudiciales*

5. Por entender que la solución del litigio principal depende de la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de primera instancia de Tesalónica (Grecia) decidió, el 11 de abril de 1989, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

« 1) Una ley que autoriza a un único operador a ejercer el monopolio de la televisión sobre todo el territorio de un Estado miembro y a proceder a transmisiones televisivas de cualquier naturaleza, ¿es compatible con las disposiciones del Tratado CEE y el Derecho derivado?

2) En caso afirmativo, ¿se infringe la libertad fundamental de circulación de mercancías prevista por el artículo 9 del Tratado CEE, y en qué medida, teniendo en cuenta el hecho de que el ejercicio por parte de un operador único del privilegio exclusivo en materia de televisión entraña una prohibición para los demás ciudadanos de la Comunidad, de exportar, arrendar o distribuir de cualquier forma en el Estado miembro de que se trata materiales, soportes de sonido, películas, documentales televisivos y otros productos que pueden ser utilizados para la emisión de mensajes televisivos, a menos que sea para dar cumplimiento a los objetivos del citado operador, poseedor del privilegio exclusivo de la televisión, especialmente cuando el operador de que se trata disfruta igualmente de la posibilidad de elegir libremente el material nacional y los productos nacionales y preferirlos a los de los demás Estados miembros de la Comunidad?

3) La concesión a un operador único del privilegio de la televisión ¿constituye, y hasta qué punto, una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas a la importación prohibida expresamente por lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado CEE?

4) En el supuesto de que la ley conceda a un operador único el privilegio exclusivo de efectuar emisiones televisadas y de proceder en todo el territorio de un Estado miembro a transmisiones televisivas de cualquier naturaleza y si dicha concesión debe considerarse lícita por ajustarse a lo dispuesto en el artículo 36 del Tratado CEE, tal como lo interpreta el Tribunal de Justicia, porque la citada concesión cumple con una exigencia imperativa y sirve a un objetivo de interés general, como es la organización de la televisión en su carácter de servicio de interés público, se pregunta si, y en qué medida, el resultado excede del objetivo perseguido, en otros términos, si la realización de este objetivo que es la protección del interés público se produce de la forma menos gravosa, es decir, la que menos obstaculiza la libre circulación de mercancías.

5) Los derechos exclusivos concedidos por un Estado miembro a una empresa (un operador) en materia de transmisiones televisivas y el ejercicio de estos derechos ¿son compatibles, y en qué medida, con las normas sobre la competencia de las disposiciones del artículo 85, en relación con la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE, cuando la realización de determinados actos por parte de la empresa de que se trata y, con carácter indicativo, el hecho de que ésta proceda por sí sola a) a la difusión de mensajes publicitarios, b) a poner en circulación películas, documentales y otras obras de televisión producidas en la Comunidad, c) a elegir discrecionalmente la distribución y transmisión de mensajes televisivos, películas, documentales y otras obras de televisión, impide, restringe o falsea el juego de la competencia en detrimento de los consumidores comunitarios en su sector de actividad y en todo el territorio de un Estado miembro, incluso si la Ley le autoriza a hacerlo?

6) En la hipótesis en que el Estado miembro utilice la empresa encargada del servicio de televisión, incluso en lo que se refiere a su actividad comercial, más concretamente, publicidad, como empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, ¿son incompatibles las reglas sobre la competencia de las disposiciones del artículo 85 en relación con las de la letra f) del artículo 3 del Tratado con el cumplimiento de la misión encargada a dicha empresa, y en qué medida lo son?

7) ¿Puede considerarse que tal empresa, a la que la Ley del Estado miembro otorga el derecho exclusivo a proceder, en materia de televisión, en todo el territorio de dicho Estado miembro, a transmisiones televisivas de cualquier naturaleza, ejerce una posición dominante sobre una parte sustancial del mercado común?

8) En caso afirmativo, el hecho de que la citada empresa imponga a los consumidores comunitarios (a falta de cualquier competencia en el mercado) precios monopolistas sobre las emisiones publicitarias televisadas, así como un

trato preferencial caprichoso y el hecho de que ejecute los actos mencionados en la quinta cuestión citada, que conducen a la eliminación de competencia en su sector de actividad, ¿constituyen una utilización abusiva de la posición dominante, y en qué medida?

9) El hecho de que una Ley confiera hoy a un operador único el monopolio de la televisión en todo el territorio de un Estado miembro y el privilegio exclusivo de proceder a transmisiones televisadas de cualquier naturaleza ¿es conciliable, por una parte, con el objetivo social perseguido por el Tratado CEE (según su preámbulo y su artículo 2) que consiste en la constante mejora de las condiciones de vida de los pueblos europeos y la elevación acelerada de su nivel de vida y, por otra parte, con la disposición del artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950?

10) La libertad de expresión consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y el objetivo social del Tratado CEE al que se ha hecho referencia y mencionado en el preámbulo y el artículo 2 de dicho Tratado, ¿imponen por sí mismos obligaciones a los Estados miembros y cuáles son dichas obligaciones, independientemente de la existencia de disposiciones escritas de Derecho comunitario en vigor?»

En su resolución de remisión, el Tribunal de primera instancia se refiere a determinados principios de Derecho comunitario y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los mismos. Son, sobre todo, los artículos del Tratado sobre la libre circulación de mercancías y las normas de competencia las que han planteado dudas al Tribunal de primera instancia sobre si es contrario al Derecho comunitario el monopolio de emisiones por televisión concedido al ERT por la Ley nº 1730/1987.

4. *Procedimiento*

6. La resolución de remisión se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 16 de agosto de 1989.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, presentaron observaciones escritas la sociedad ERT, parte demandante en el asunto principal, representada por los Sres. V. Kostopoulos, K. Kalavros y N. Papageorgiou, Abogados de Atenas; la persona jurídica de Derecho privado DEP y el Sr. S. Kouvelas, partes demandadas en el asunto principal, representadas por los Sres. A. Vamvakopoulos, A. Panagopoulos y P. Ladas, Abogados de Tesalónica; el Gobierno de la República Francesa, representado por la Sra. E. Belliard, Directora Adjunta en la Dirección de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Asuntos Exteriores, y por el Sr. G. de Bergues, Secretario Adjunto Principal de Asuntos Extranjeros en el mismo Ministerio, en calidad de Agentes, y también la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. G. Marenco y B. Jansen y la Sra. M. Condou-Durande, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de Agentes.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

II. Resumen de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia

7. Las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se refieren a si el monopolio de las emisiones por televisión es compatible con 1) las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de mercancías, 2) las disposiciones sobre la libre prestación de servicios, 3) las normas sobre la competencia, 4) el artículo 2 del Tratado y 5) el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

1. *Libre circulación de mercancías*

8. La *ERT* se remite, en primer lugar, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), en la que el mismo Tribunal entendió que la emisión de mensajes por televisión está sujeta a las normas del Tratado relativas a la prestación de servicios. En lo relativo a la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia declaró:

«El hecho de que una empresa de un Estado miembro disfrute de la exclusiva de los mensajes publicitarios por televisión no es, por sí mismo, incompatible con la libre circulación de los productos cuya comercialización tratan de promocionar estos mensajes; otro caso sería si el derecho de exclusiva se emplease para favorecer, en el interior de la Comunidad, determinadas corrientes de intercambios o a determinados operadores económicos en relación a otros» *(traducción provisional).*

La ERT hace observar a este respecto que no utiliza su privilegio en exclusiva para favorecer determinadas corrientes de intercambios. Por el contrario, se abastece de los productoss necesarios para las emisiones previa licitación en la que toman parte todas las sociedades interesadas.

9. El *Gobierno francés* subraya que el artículo 9 del Tratado, que se refiere a los derechos exigidos con ocasión o en razón de la importación, no se opone en modo alguno a que un Estado miembro conceda el monopolio de la televisión a un operador único.

10. Respecto a los artículos 30 y 36, el Gobierno francés cita también los apartados mencionados de la sentencia en el asunto Sacchi. También recuerda que el Tribunal de Justicia, en este asunto, entendió que los intercambios que se referían a cualquier material, registro de sonido y otros productos para la difusión de los mensajes televisados, entraban en el capítulo de la libre circulación de mercancías. El Gobierno francés añade que en la sentencia de 28 de junio de 1983, Mialocq (271/81, Rec. p. 2057), el Tribunal de Justicia no excluyó la posibilidad de que un monopolio de prestaciones de servicios pudiera tener una influencia indirecta sobre los intercambios de mercancías entre los Estados miembros. Según el Tribunal de Justicia, una empresa que disfrute de un monopolio de prestación de servicios podría violar también el principio de la libre circulación de mercancías, sobre todo si el monopolio llevase a una discriminación de los productos importados en relación con los de origen nacional. Ahora bien, añade el Gobierno francés, en el caso de autos el Tribunal de Tesalónica no ha hecho ninguna indicación a este propósito.

La *Comisión*, a su vez, se remite al citado pasaje del asunto Sacchi. De él se deduce que la concesión a un solo operador del privilegio de emisión de mensajes por televisión y la concesión a tal fin de la facultad de importar los materiales y productos necesarios para su difusión no quedan sujetas, de por sí, a cuanto disponen los artículos 30 y siguientes del Tratado. Según la Comisión, únicamente cuando el monopolio es utilizado directa o indirectamente *por el Estado* para realizar una discriminación de los productos importados en favor de los nacionales, pueden aplicarse las normas sobre la libre circulación de mercancías. Cuando una posible discriminación se debe a una *decisión autónoma de la empresa*, la Comisión entiende que es mejor hablar de infracción del artículo 86. Añade la Comisión que los tribunales nacionales son competentes para juzgar si la ERT ejerce su monopolio de manera que suponga una discriminación en perjuicio de los productos importados.

2. *Libre prestación de servicios*

11. La *ERT* observa que, según las sentencias del Tribunal de Justicia en el asunto Sacchi, antes citado, y Debauve (sentencia de 18 de marzo de 1980, 52/79, Rec. p. 833), la emisión y la transmisión de mensajes por televisión constituyen servicios en el sentido del Tratado. La ERT reconoce sin embargo que, en su sentencia de 26 de abril de 1988 Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), el Tribunal de Justicia reconoció que las normas que se aplican sin distinción a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, son compatibles con el Derecho comunitario. Añade la ERT que, conforme al Tratado y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden disponer restricciones al ejercicio de actividades de radio y televisión por razones de orden público, de seguridad pública, etc., siempre que tales restricciones estén justificadas por razones de interés general y no sean desproporcionadas con el objetivo perseguido.

12. Según la *DEP* y el *Sr. Kouvelas*, el hecho de que, conforme a la legislación griega, los ciudadanos griegos, lo mismo que los extranjeros, no puedan ejercer ninguna actividad de producción, suministro, transmisión o retransmisión de sonido o imágenes en Grecia, viola las disposiciones sobre la libre prestación de servicios. Además, un monopolio en el sector de la televisión tan absoluto y radical como el que se aplica en Grecia no está justificado por razones de interés general o por otras razones que admita el ordenamiento jurídico.

13. La *Comisión* observa que, si bien es verdad que la existencia del monopolio de emisión impide por definición realizar determinados contratos de licencias de derechos de autor entre autores de otros Estados miembros y los organismos de televisión, que podrían celebrarse si no existiera el monopolio, esta limitación no constituye por sí misma una restricción de la libre prestación de servicios más allá de las fronteras en el sentido del artículo 59 del Tratado. Según la Comisión, esta restricción se daría si la empresa de que se trata fuera obligada por una decisión del Estado a realizar una discriminación a favor de obras nacionales.

14. Por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, la Comisión alega que el derecho de exclusiva que se discute incluye por definición una prohibición para otros sujetos, y por consiguiente también para los operadores económicos de otros Estados miembros, de establecerse en Grecia. De todos modos, semejante prohibición recae por igual sobre nacionales y extranjeros. De ahí deduce la Comisión que en principio no se discute la libertad de establecimiento. Otro

sería el caso, según ella, si el derecho de exclusiva se concediera no por razones de orden publico que justifiquen el ejercicio centralizado de esta actividad, sino para proteger de la competencia extranjera al operador amparado por el derecho de exclusiva. Según la Comisión, el monopolio de la emisión primaria parece ser la materialización de los objetivos contemplados por el artículo 15 de la Constitución y por el artículo 2 de la Ley nº 1730/1987.

15. Por último, la Comisión abriga dudas respecto a que concurran a favor de la ERT dos derechos exclusivos, el derecho de emisión primaria y el de retransmisión de los programas de otros Estados miembros. Alega la Comisión que efectivamente la Ley nº 1730/1987 ha previsto autorizaciones para la instalación de circuitos, por hilo o por cable, de radiodifusión y televisión para captar sonidos e imágenes. Por lo que sabe la Comisión, el Decreto de la Presidencia que sería necesario para ello no se ha promulgado nunca. En lo que se refiere a la retransmisión de programas por ondas hertzianas, la Comisión subraya que la Ley no ha previsto ninguna excepción al monopolio de la ERT, siendo así que no parece necesario un derecho de exclusiva para evitar las interferencias. En efecto, la distribución de frecuencias puede planificarse rigurosamente. Por último, la Comisión, citando la sentencia de 3 de febrero de 1976 Manghera (59/75, Rec. p. 91), afirma que la reunión de los monopolios de emisión primaria y de retransmisión constituye una restricción y una discriminación prohibida de las normas sobre la libre prestación de servicios. Si bien al amparo del monopolio la ERT tiene la posibilidad y sobre todo el interés de transmitir sus propios programas, el mismo interés no puede estar asegurado por lo que se refiere a los programas de otros Estados miembros.

3. *Las normas de competencia*

16. La *ERT* afirma ser una empresa de interés general en la que predomina el carácter público. Cree que debe ser tratada como una empresa de las contempladas por el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, que por lo tanto no está sujeta a las reglas específicas del artículo 86. Opina que las normas de competencia sólo le pueden afectar en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión específica a ella confiada.

17. Con carácter subsidiario, la ERT formula algunas observaciones respecto a los artículos 85 y 86 del Tratado.

Por lo que se refiere al artículo 85, alega que jamás ha efectuado prácticas concertadas que impidieran, restringieran o falsearan el juego de la competencia en perjuicio de los consumidores.

Respecto al artículo 86, observa que no existe ninguna clase de explotación abusiva de una posición dominante por su parte en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, de forma que pudiera quedar afectado el comercio entre Estados miembros en el sector de la radio y la televisión. En opinión de la ERT, el Tribunal de Justicia debiera examinar en primer lugar si el territorio nacional griego constituye una parte sustancial del mercado común.

Respecto a la enumeración no exhaustiva de actuaciones que prohíbe el artículo 86 del Tratado, la ERT afirma que no se ha dado ninguna de las mismas: los clientes de la empresa no pagan precios excesivos; la ERT no impone precios extraordinariamente ba-

jos a los proveedores; negocia libremente con las asociaciones de clase de los trabajadores y celebra con ellas contratos colectivos; la ERT no limita en absoluto la producción, la comercialización o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; dado su carácter público y la tutela directa que el Gobierno ejerce sobre ella, la ERT no tiene ninguna posibilidad de aplicar a las personas con quienes contrata condiciones desiguales por prestaciones equivalentes o condicionar la celebración de contratos a que la contraparte acepte prestaciones suplementarias que no tengan ningún vínculo con el objeto de dichos contratos.

18. La *DEP* y el *Sr. Kouvelas* alegan que los derechos exclusivos de la ERT tienen por objeto o efecto impedir y falsear el juego de la competencia. Entienden que el privilegio de la ERT no se ve afectado en nada porque la estación de ellos utilice un canal de televisión. Observan que en Grecia hay 49 canales disponibles para la transmisión de mensajes por televisión. Por el momento, la ERT sólo utiliza cuatro en Tesalónica. Ahora bien, el hecho de que los demandantes utilicen una frecuencia no impide en absoluto a la ERT que ejerza su misión en los demás canales disponibles. La DEP y el Sr. Kouvelas concluyen afirmando que, al tratar de prohibir todas las actividades de televisión en el territorio griego a las personas físicas y jurídicas, la ERT abusa de la posición dominante que le garantiza su privilegio.

19. El *Gobierno francés* observa que la concesión a un operador único del monopolio de la televisión en el territorio de un Estado miembro no puede entrar, por definición, en el ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado. En efecto, éste se refiere a los acuerdos entre varias empresas. Además en la resolución de remisión no hay nada que permita suponer que existe una práctica colusoria entre la empresa griega y otro operador de la televisión.

Respecto al artículo 86 del Tratado, el Gobierno se refiere a la sentencia del asunto Sacchi, en la que el Tribunal de Justicia afirmó:

«[...] que nada hay en el Tratado que se oponga a que los Estados miembros, por consideraciones de interés público, de naturaleza extraeconómica, excluyan las emisiones de radiotelevisión, incluidas las emisiones por cable, del juego de la competencia, atribuyendo el derecho exclusivo de realizarlas a uno o varios establecimientos;

que, sin embargo, para realizar su misión, estos establecimientos quedan sujetos a las prohibiciones de discriminación y, en la medida en que su actividad suponga actividades de naturaleza económica, quedan sujetos a las disposiciones del artículo 90, que se refieren a las empresas públicas y a las empresas a las que los Estados han concedido derechos especiales o exclusivos» *(traducción provisional).*

De ello deduce el Gobierno francés que la existencia de un monopolio a favor de una empresa a quien un Estado ha concedido derechos exclusivos no es, en cuanto tal, incompatible con el artículo 86. Observa que, según el Tribunal de Justicia, compete al Juez nacional comprobar si el comportamiento de la empresa incurre en abusos. Destaca sin embargo el Gobierno francés que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia, hay que tener también en cuenta el apartado 2 del artículo 90, según el cual las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general están sujetas a las reglas del Tratado, con tal que ello no sea incompatible con el ejercicio de su misión.

20. La *Comisión* observa, con carácter preliminar, que los artículos 85 y 86 se refieren al comportamiento de las empresas. En el caso de autos, crear un monopolio para las emisiones y las retransmisiones en el campo de la televisión es obra del Estado. A este respecto señala la Comisión que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas que dejen sin efecto las normas sobre competencia. Por consiguiente, es contrario a esta obligación el hecho de que un Estado miembro imponga o fomente prácticas abusivas, por ejemplo la imposición de precios excesivos, de una empresa que tenga una posición dominante. Sin embargo la Comisión considera que, en el presente asunto, no hay ninguna circunstancia de hecho que señale que la ERT aplica precios excesivos o que las autoridades públicas intervienen en la formación del nivel de los precios de que se trata. Subraya que la constitución de un monopolio y, por consiguiente, de una posición dominante no constituye todavía, por sí misma, un abuso. Si una medida semejante es adoptada por el Estado, no es de por sí contraria a las disposiciones de los artículos 5 y 86 del Tratado.

21. La Comisión se refiere seguidamente al artículo 90 del Tratado. La ERT está sujeta a dicho artículo porque es una empresa pública a la que el Estado ha concedido derechos exclusivos. La Comisión alega a este respecto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el apartado 1 del artículo 90 no se opone a la constitución de un monopolio en el campo de la televisión. En efecto, semejante medida se justifica por motivos de interés general y de carácter extraeconómico. La Comisión observa que el mismo artículo obliga al Estado miembro interesado a velar por el cumplimiento de las demás disposiciones del Tratado. A su parecer, el respeto por el Estado miembro de lo que dispone el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86, incluye la prohibición de una acumulación de derechos exclusivos, es decir, el de la emisión primaria y el de la retransmisión. Según la Comisión, semejante acumulación responde a intereses opuestos dentro de una misma empresa que, por exigencia de las cosas, se verá conducida a descuidar una de sus actividades en provecho de la otra. Ello equivale a una limitación de la producción en el sentido de la letra b) del artículo 86. Destaca la Comisión a este respecto que, según las informaciones de que dispone, la ERT, desde su creación en 1975 hasta el mes de octubre de 1988, nunca ha transmitido programas de otros Estados miembros. De ello se sigue, continúa la Comisión, que el legislador griego ha creado un conflicto de intereses en el seno de la ERT, la cual debe dar prioridad a una de sus actividades en perjuicio de la otra, abusando de este modo de su posición dominante. Efectivamente, puede tomar sus decisiones sin tener en cuenta las tendencias del mercado, porque no existen.

Examina por último la Comisión si el hecho de que el Estado griego infrinja el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86 puede justificarse al amparo del apartado 2 del artículo 90. Si bien la Comisión admite que la emisión y la retransmisión de programas por televisión pueden considerarse servicios de interés económico general, la acumulación de los dos monopolios en una misma empresa no le parece justificada.

4. *El artículo 2 del Tratado*

22. El *Gobierno francés* alega que, si la concesión del monopolio de la televisión en el territorio de un Estado miembro es compatible con los artículos 30 a 36 y 85 a 90 del Tratado, de ello se deduce que el referido

derecho exclusivo no es contrario al artículo 2.

El Gobierno francés añade que, cuando un Estado miembro promulga una normativa del tipo de la Ley griega que se discute, está obligado a respetar, por la misma razón que el artículo 2 del Tratado, los principios consagrados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. De todos modos, le parece que la normativa griega en cuanto tal es enteramente compatible con el artículo 10 del Convenio.

23. La *Comisión* alega que el preámbulo y el artículo 2 del Tratado constituyen obligaciones generales que la Comunidad debe tener en cuenta cuando adopta medidas comunitarias. Pero, teniendo en cuenta su carácter general, no pueden interpretarse de manera que impongan a los Estados miembros una obligación precisa, como sería la de suprimir un monopolio.

5. *El artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos*

24. Segun la *ERT,* en el marco del artículo 10 del Convenio, el legislador nacional es libre para elegir el esquema de organización que considere apropiado y que puede revestir la forma de un monopolio de Estado o bien la de una radio y una televisión enteramente privadas, siempre que satisfagan las condiciones para la concesión de las autorizaciones correspondientes. Alega además la ERT que el derecho que garantiza el artículo 10 es un derecho negativo. Consiste en una libertad de protección y no en un derecho a una prestación. En opinión de la ERT, no incluye el derecho, en favor de una persona, a exigir que se ponga a su disposición un tiempo de antena por radio o televisión.

A continuación ERT afirma que el artículo 10 del Convenio no puede sujetarse a la interpretación del Tribunal de Justicia. Al respecto ERT cita la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Cinéthèque, (asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec. p. 2605) en la cual afirmó el Tribunal:

«Si es verdad que compete al Tribunal de Justicia garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el campo propio del Derecho comunitario, no le compete, por el contrario, examinar la compatibilidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de una ley nacional relativa a un tema cuya apreciación es propia del legislador nacional» *(traducción provisional).*

Según la ERT la Ley griega discutida se funda precisamente en esta apreciación.

25. La *DEP* y el *Sr. Kouvelas* afirman que la Ley nº 1730/1987 es contraria directamente al artículo 10 del Convenio, igual que a los artículos 59 y siguientes, 85, 86 y 90 y siguientes del Tratado. En su opinión, las disposiciones del Tratado deben interpretarse también en función de las disposiciones del Convenio. Desde este punto de vista, el monopolio absoluto de la ERT no puede justificarse aplicando las excepciones permitidas por el Derecho comunitario.

26. El *Gobierno francés* opina, en relación con la sentencia del asunto Cinéthèque, que no incumbe al Tribunal de Justicia velar por la conformidad de las legislaciones nacionales con el artículo 10 del Convenio.

27. La *Comisión* alega también que, según la sentencia en el asunto Cinéthèque, la compatibilidad con el Convenio de una legislación nacional no constituye una cuestión de interpretación del Derecho comunitario.

6. *Respuestas a las cuestiones prejudiciales que propone la Comisión*

28. Partiendo de sus observaciones, la Comisión propone al Tribunal de Justicia que dé las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas por el Tribunal de primera instancia de Tesalónica:

«1) Una ley que autorice a un solo operador a disfrutar del monopolio de la televisión sobre todo el territorio de un Estado miembro y a realizar transmisiones por televisión de todas clases no es de por sí incompatible con la libre circulación de mercancías y de servicios de los que la misma empresa tenga necesidad para el ejercicio de su actividad. Otra cosa sería si, como efecto de una disposición estatal, el derecho de exclusiva fuere utilizado para favorecer mercancías o servicios nacionales en perjuicio de mercancías o servicios de otros Estados miembros.

2) Una ley que tenga las características mencionadas en el apartado 1 no es compatible con el artículo 59 del Tratado, por cuanto el monopolio de emisión de programas por televisión se concede a la misma empresa que también ostenta el monopolio de la retransmisión de programas de televisión procedentes de los demás Estados miembros. La misma Ley es también incompatible con lo que dispone el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86, por cuanto la empresa titular del monopolio ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común.

3) Las disposiciones del preámbulo y del artículo 2 del Tratado no imponen obligaciones concretas a los Estados miembros.

4) La compatibilidad de una normativa de un Estado miembro con las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos no constituye una cuestión de interpretación del Derecho comunitario.»

P. J. G. Kapteyn
Juez Ponente