CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 30 de abril de 1996 *

A. Introducción

1. El presente asunto y el asunto C-222/94, en el que también he presentado hoy mis conclusiones, ofrecen por primera vez al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse sobre problemas centrales de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva [1] (en lo sucesivo, «Directiva»).

Disposiciones relevantes de Derecho comunitario

2. Resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las emisiones televisivas —incluidos los espacios publicitarios— deben ser consideradas como prestaciones de servicios en el sentido de los artículos 59 y 60 del Tratado CE. [2] El ámbito de aplicación de la libertad de prestación de servicios protegida por dichas disposiciones también cubre la situación en que el titular de una red de distribución por cable establecido en un Estado miembro, retransmite programas de televisión de emisoras de otros Estados miembros. [3]

3. La Directiva persigue fundamentalmente el objetivo de eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios en el sector de la televisión. [4] En la exposición de motivos se expone al respecto lo siguiente:

[9]«Considerando que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva y de distribución por cable presentan disparidades, de las cuales algunas pueden obstaculizar la libre circulación de las emisiones en la Comunidad y falsear el juego de la competencia dentro del mercado común;

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 298, p. 23.

2 — Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 6.

3 — Sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartados 14 a 17.

4 — Véase la sentencia de 9 de febrero de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec. p. I-179), apartado 28. Véase también la sentencia del Tribunal de la AELC, de 16 de junio de 1995, Forbrukerombudet/Mattel Scandinavia A/S y Lego Norge A/S (asuntos acumulados E-8/94 y E-9/94), apartado 22.

[10]Considerando que todos estos obstáculos a la libre difusión dentro de la Comunidad deben ser suprimidos en virtud del Tratado;

[11]Considerando que dicha supresión debe ser paralela con una coordinación de las legislaciones aplicables; que ésta debe tener por objeto facilitar el ejercicio de las actividades profesionales de que se trate y, más generalmente, la libre circulación de las informaciones y las ideas dentro de la Comunidad;

[12]Considerando que, por lo tanto, es necesario y suficiente que todas las emisiones sean conformes a la legislación del Estado miembro de que emanen;». [5]

La Directiva establece, según la motivación expuesta por el Consejo, «las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la libre difusión». Los Estados miembros conservan su competencia en relación con la organización y financiación de las emisiones, así como con el contenido de los programas. [6] A renglón seguido, se dice en la exposición de motivos lo siguiente:

[14]«Considerando que es necesario, en el mercado común, que todas las emisiones procedentes de la Comunidad y destinadas a ser captadas dentro de la misma y, en particular, las emisiones destinadas a otro Estado miembro, sean conformes a la legislación del Estado miembro de origen aplicable a las emisiones destinadas al público en este Estado miembro, así como las disposiciones de la presente Directiva;

[15]Considerando que la obligación del Estado miembro de origen de asegurarse que las emisiones son conformes con la legislación nacional tal como es coordinada por la presente Directiva es suficiente, con respecto al Derecho comunitario, para garantizar la libre circulación de las emisiones sin un control secundario, por los mismos motivos, en cada uno de los Estados miembros de recepción; que, sin embargo, el Estado miembro de recepción puede, con carácter excepcional y en determinadas condiciones, suspender provisionalmente la retransmisión de emisiones televisadas;». [7]

4. El artículo 1 de la Directiva, que integra el Capítulo I de ésta contiene varias disposiciones de definición de conceptos. En ellas se define, entre otros, el concepto de

5 — Considerandos noveno a duodécimo de la Directiva. Para más claridad, he insertado entre corchetes delante de cada uno el número correspondiente.

6 — Decimotercer considerando de la Directiva.

7 — Considerandos decimocuarto y decimoquinto de la Directiva.

«radiodifusión televisiva» a los efectos de la Directiva. Según dicha definición, se entenderá por radiodifusión televisiva «la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público».

5. El Capítulo II de la Directiva («Disposiciones generales») contiene los artículos 2 y 3. Dichas disposiciones tienen —por lo que aquí interesa— el siguiente tenor:

«*Artículo 2*

1. Cada Estado miembro velará para que todas las emisiones de radiodifusión televisiva transmitidas:

— por organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia, o

— por organismos de radiodifusión televisiva que utilicen una frecuencia o la capacidad de un satélite concedida por dicho Estado miembro o un enlace conectado con un satélite y situado en dicho Estado miembro, que no dependan de la competencia de ningún Estado miembro,

se ajusten al derecho aplicable a las emisiones destinadas al público en ese Estado miembro.

2. Los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva. Los Estados miembros podrán suspender provisionalmente la retransmisión de emisiones televisadas si se cumplen las condiciones siguientes:

a) que una emisión televisada procedente de otro Estado miembro infrinja de manera manifiesta, seria y grave el artículo 22;

b) que durante los doce meses anteriores el organismo de radiodifusión televisiva ya haya infringido, al menos dos veces, la misma disposición;

c) que el Estado miembro de que se trate haya notificado por escrito al organismo de radiodifusión televisiva y a la Comisión las infracciones alegadas y su intención de restringir la retransmisión en caso de que se produzca de nuevo dicha infracción;

d) que las consultas con el Estado de transmisión y la Comisión no hayan dado lugar a una solución amistosa, en un

plazo de 15 días a partir de la notificación prevista en la letra c), y que persista la infracción alegada.

La Comisión velará para que la suspensión sea compatible con el Derecho comunitario. Podrá solicitar al Estado miembro en cuestión que ponga fin con carácter de urgencia a las suspensiones que sean contrarias al Derecho comunitario. Esta disposición no afectará a la aplicación de cualquier procedimiento, medida o sanción contra las infracciones en cuestión en el Estado miembro de donde proceda el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate.

3. [...]

Artículo 3

1. Los Estados miembros quedarán facultados, en relación con los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia, para establecer prohibiciones o normas más estrictas o más detalladas en los sectores cubiertos por la presente Directiva.

2. Los Estados miembros, en el marco de su legislación y con los medios adecuados, velarán para que los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de ellos cumplan las disposiciones de la presente Directiva.»

6. El Capítulo III («Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos») contiene en los artículos 4 a 9 disposiciones dirigidas a garantizar «que las producciones europeas sean mayoritarias en los programas de televisión de todos los Estados miembros». [8] Además, se pretende estimular el surgimiento de «nuevas fuentes de producción televisiva» [9] en la Comunidad reservando una parte del tiempo de difusión o del presupuesto de los organismos de radiodifusión televisiva a productores independientes.

7. El artículo 4 de la Directiva establece por ello que los Estados miembros han de velar, «siempre que sea posible y con los medios adecuados», para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas, [10] una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, con exclusión del tiempo dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a la publicidad o a los servicios de teletexto (apartado 1). Cuando no pueda alcanzarse dicha proporción, ésta no podrá ser inferior a la media comprobada en 1988, o en 1990, en el Estado miembro de que se trate (apartado 2).

8 — Vigésimo considerando de la Directiva.

9 — Véase el vigésimo cuarto considerando de la Directiva.

10 — Este concepto se define en el artículo 6 de la Directiva.

El artículo 5 de la Directiva establece que los Estados miembros han de velar «siempre que sea posible y con medios apropiados», para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven, como mínimo, el 10 % de su tiempo de emisión, o el 10 % como mínimo de su presupuesto de programación, a obras europeas de productores independientes de los organismos de radiodifusión televisiva.

8. El Capítulo IV (artículos 10 a 21) de la Directiva contiene disposiciones relativas a la publicidad por televisión y al patrocinio. El artículo 14 prohíbe la publicidad televisada de medicamentos y de tratamientos médicos que únicamente puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro del que dependa el organismo de radiodifusión televisiva. El artículo 15 establece determinados criterios que debe respetar la publicidad televisada de bebidas alcohólicas.

9. El Capítulo V (artículo 22) de la Directiva está dedicado a la protección de los menores. Según lo en él dispuesto, los Estados miembros han de velar por que las emisiones de televisión que dependan de su competencia no incluyan programas «que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita».

10. El Capítulo VI (artículo 23) de la Directiva trata el derecho de réplica. El Capítulo VII (artículos 24 a 27) contiene las disposiciones finales. Según el apartado 1 del artículo 25 de la Directiva, los Estados miembros habían de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva, a más tardar el 3 de octubre de 1991, e informar inmediatamente de ello a la Comisión. En virtud del apartado 2 del artículo 25 de la Directiva, había de comunicarse a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adoptaran los Estados miembros en los ámbitos regulados por la Directiva.

Marco jurídico en Bélgica

11. En Bélgica, la competencia en el ámbito de la televisión corresponde fundamentalmente a las regiones. Por consiguiente, conviene, a continuación, describir el marco jurídico vigente, respectivamente, en la Comunidad francesa, en la Comunidad flamenca, en la Región bilingüe de Bruselas capital y en la Comunidad germanófona.

Marco jurídico en la Comunidad francesa

12. En la Comunidad francesa, las disposiciones que aquí interesan se encuentran en el Decreto de la Comunidad francesa de 17 de

julio de 1987, relativo a los medios audiovisuales [11] (en lo sucesivo, Decreto de 17 de julio de 1987), en la versión resultante del Decreto de la Comunidad francesa de 19 julio de 1991. [12]

13. Los artículos 20 y siguientes del Decreto de 17 de julio de 1987 se refieren a la distribución de programas de radio y de televisión por cable.

14. El apartado 1 del artículo 22 se refiere a los programas de canales de televisión belgas. Con arreglo al apartado 2 del artículo 22 del Decreto, el «distribuidor» —es decir, la persona que explote una red de distribución por cable de este tipo— podrá, mediante autorización escrita y previa del ejecutivo [esto es, el ejecutivo de la Comunidad francesa (Exécutif de la Communauté française)] transmitir programas de televisión de otras emisoras de radiodifusión autorizadas por el Estado en el que tengan su sede social, y que se ajusten a los requisitos establecidos por el ejecutivo en el acto de autorización. Esta autorización es revocable.

Los distribuidores por cable precisan, por lo tanto, de la autorización previa del ejecutivo si se proponen distribuir a través de su red programas de emisoras extranjeras y, por consiguiente, también emisiones de otros Estados miembros. La referida autorización sólo se concede si la emisora de que se trate ha celebrado previamente un convenio de derecho privado con el ejecutivo. El Decreto del ejecutivo de la Comunidad francesa de 22 de diciembre de 1988 [13] define cierto marco para dichos convenios. Las cadenas de televisión tienen que obligarse, entre otras cosas, a dedicar una parte de su presupuesto a la compra o producción de programas audiovisuales europeos.

15. El artículo 26 del Decreto regula la cuestión de la competencia en materia de publicidad en televisión. Con arreglo al apartado 2 del artículo 26, los organismos de radiodifusión que reúnan los requisitos establecidos por el ejecutivo en virtud del apartado 2 del artículo 22, podrán difundir publicidad comercial especialmente destinada a los telespectadores de la Comunidad francesa (publicité commerciale plus particulièrement destinée aux téléspectateurs de la Communauté française), mediante autorización expresa y previa del ejecutivo. Según el apartado 3 del artículo 26 el ejecutivo determinará las condiciones en que se puede insertar publicidad comercial en los programas de televisión. Dichas condiciones establecerán, en especial, que el organismo de radiodifusión de que se trate habrá de participar en la promoción de la producción audiovisual de la Comunidad francesa y de los Estados miembros de la Unión Europea, así como en el mantenimiento y desarrollo del pluralismo en la prensa de la Comunidad francesa.

11 — *Moniteur belge* de 22 de agosto de 1987, p. 12505.

12 — Décret modifiant la loi du 6 février 1987 relative aux réseaux de radiodistribution et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision, le décret de 12 décembre 1977 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF) et le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel (*Moniteur belge* de 2 de octubre de 1991, 21671).

13 — *Moniteur belge* de 17 de marzo de 1989, p. 4896; modificado por Decreto de 18 de diciembre de 1991 (*Moniteur belge* de 26 de febrero de 1992, p. 6532).

El apartado 1 del artículo 26 *ter* del Decreto establece que los organismos de radiodifusión a los que se refiere el apartado 2 del artículo 26 podrán difundir los llamados programas de «télé-achat», [14] mediante autorización expresa y previa del ejecutivo. De lo expuesto por las partes en el presente procedimiento cabe deducir que esta disposición se refiere a programas de venta dirigidos especialmente a los telespectadores en la Comunidad francesa.

16. Según el apartado 2 *bis* del artículo 22 del Decreto, el distribuidor podrá transmitir los programas de televisión de los organismos de radiodifusión que dispongan de la autorización prevista en el apartado 2 del artículo 26 y se ajusten a los requisitos fijados por el ejecutivo en virtud del apartado 3 del artículo 26. [15]

Marco jurídico en la Comunidad flamenca

17. La materia jurídica de que se trata se encontraba regulada en esta región —por lo que aquí interesa— inicialmente, en el Decreto de la Comunidad flamenca de 28 de enero de 1987, relativo a la transmisión de programas sonoros y televisados por las redes de radiodifusión y de teledistribución y relativo a la autorización de sociedades de televisión privadas [16] (en lo sucesivo, «Decreto de 28 de enero de 1987»). Según el artículo 3 de dicho Decreto, los programas de organismos de radiodifusión televisiva de otros Estados miembros sólo podían transmitirse a través de las redes de distribución por cable flamencas si su emisión se efectuaba en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro de origen y —cuando se tratara de emisoras privadas de otros Estados miembros— cuando el ejecutivo de la Comunidad flamenca hubiera expedido su autorización previa, que podía ir provista de condiciones.

18. En su sentencia de 16 de diciembre de 1992, [17] el Tribunal de Justicia declaró que esta normativa infringía, en otras disposiciones, los artículos 59 y 60 del Tratado.

19. El 4 de mayo de 1994, la Comunidad flamenca adoptó un Decreto relativo a las redes de radio y teledistribución y a la autorización exigida para el establecimiento y explotación de dichas redes y relativo a la promoción de la difusión y producción de programas de televisión [18] (en lo sucesivo, «Decreto de 4 de mayo de 1994»). Mediante este Decreto se derogaron algunas partes (entre ellas, el artículo 3) del Decreto de 28 de enero de 1987 y se dio nueva regulación a los aspectos afectados.

14 — Se trata de emisiones en las que se realizan ofertas directas a los telespectadores para la venta, compra o alquiler de objetos o para la realización de prestaciones de servicios onerosas.

15 — La Comisión mantuvo (implícitamente) la opinión de que esta disposición también se aplica a la radiodifusión de programas de telecompra en virtud del artículo 26 *ter* del Decreto. La parte demandada no ha rebatido esa interpretación de las disposiciones de que se trata.

16 — *Moniteur belge* de 19 de marzo de 1987, p. 4196.

17 — Sentencia Comisión/Bélgica (C-211/91, Rec. p. I-6757).

18 — *Moniteur belge* de 4 de junio de 1994, p. 15434.

20. El artículo 3 del Decreto de 4 de mayo de 1994 establece que nadie podrá establecer ni explotar una red de radiodistribución o de teledistribución sin haber obtenido la autorización del Gobierno flamenco con arreglo a los requisitos enunciados en el propio Decreto. En dicha autorización se mencionan, en otros datos, los programas que pueden ofrecerse. Toda modificación relativa a la retransmisión de un nuevo programa ha de ser sometida, para su aprobación (goedkeuring) al Gobierno flamenco. Este examina si se respetan todos los requisitos fijados en el Decreto. La resolución aprobatoria o denegatoria de la modificación ha de notificarse al distribuidor por cable dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud. El distribuidor está legitimado para poner en práctica la modificación a partir de la aprobación de ésta por parte del Gobierno o al término del plazo de cuatro meses (apartado 2 del artículo 5 del Decreto).

21. Según el apartado 2 del artículo 10 del Decreto, los programas de los organismos de radiodifusión autorizados por el Gobierno de otro Estado miembro de la Unión Europea se pueden retransmitir en la red de distribución por cable, siempre y cuando el organismo de radiodifusión de que se trate esté sujeto, en dicho Estado miembro, al control ejercido sobre los organismos de radiodifusión dirigidos al público de dicho Estado miembro, y siempre y cuando dicho control se refiera efectivamente al respeto del Derecho europeo. Además, se exige que el organismo de radiodifusión y los programas por él difundidos no vayan en contra del orden público, de las buenas costumbres y de la seguridad pública en la Comunidad flamenca.

Marco jurídico en la Región bilingüe de Bruselas capital

22. Según el párrafo segundo del artículo 127 de la Constitución belga, los Decretos adoptados por la Comunidad francesa y por la Comunidad flamenca son también aplicables a los distribuidores por cable que tengan su sede en la Región bilingüe de Bruselas capital, en la medida en que deban ser considerados como pertenecientes a una o a otra Comunidad en razón de sus actividades. [19]

23. Con respecto a los demás distribuidores por cable en esta Región, se aplica actualmente la Ley promulgada el 30 de marzo de 1995, relativa a las redes de radio y teledistribución y al ejercicio de las actividades de radiodifusión televisiva en la Región bilingüe de Bruselas capital. [20]

Marco jurídico en la Comunidad germanófona

24. En la Comunidad germanófona estuvo vigente, primeramente, el Real Decreto de

19 — Así lo mantuvo la parte demandada en su escrito de dúplica, sin que la Comisión se opusiera en la vista oral.

20 — El texto de esta Ley fue aportado por la parte demandada en anexo a su escrito de contestación.

24 de diciembre de 1966, relativo a las redes de difusión de programas radiofónicos. [21] Según el artículo 21 de dicho Decreto, no pueden retransmitirse, entre otros, los programas publicitarios. [22]

25. La base jurídica para el referido Decreto era el artículo 13 de una Ley de 26 de enero de 1960. [23] Esta disposición fue derogada por el artículo 30 de la Ley de julio de 1987. [24] Según este precepto, no existe actualmente en la Comunidad germanófona ninguna disposición jurídica mediante la que pudiera prohibirse la retransmisión de programas televisivos. [25]

En cuanto al procedimiento

26. El 3 de noviembre de 1992, la Comisión dirigió un escrito al Reino de Bélgica instándolo, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE, a presentar sus observaciones en relación con las imputaciones formuladas por la Comisión. La Comisión mantuvo en el referido escrito que el Derecho interno belga no había sido adaptado correctamente al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, ni en las tres Comunidades lingüísticas ni en la Región de Bruselas capital. En cuanto a la Comunidad francesa, la Comisión reprochaba, además, una infracción de los artículos 13, 14, 15 y 23 de la Directiva. En relación con la Comunidad flamenca censuraba una infracción de los artículos 4, 5, 22 y 23 de la Directiva. Por último, alegaba que los capítulos III y IV de la Directiva no habían sido objeto de una correcta adaptación del Derecho interno en la Comunidad germanófona ni en la Región de Bruselas capital.

27. Como respuesta, la Comisión recibió un escrito de 5 de abril de 1993 en el que se exponía la opinión de la Comunidad flamenca. Además, recibió un escrito de 21 de abril de 1993, en el que se contenía la definición de la postura de la Comunidad francesa.

28. El 10 de enero de 1994, la Comisión remitió al Reino de Bélgica un dictamen motivado. La Comisión reprochaba en él a su destinatario no haberla informado suficientemente sobre las medidas adoptadas o que se proponía adoptar para la plena adaptación del Derecho interno a la Directiva. Además, por lo que respecta a las tres Comunidades lingüísticas y a la Región de Bruselas capital, el Reino de Bélgica no había adaptado correctamente su Derecho interno al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva. En cuanto a la Comunidad francesa, la Comisión imputaba, además, una infracción de los artículos 14 y 15 de la Directiva. Por lo que se refiere a la Comunidad flamenca, censuraba una infracción de los artículos 4, 5 y 22 de la Directiva. Por último, alegaba que no se había adaptado correctamente el Derecho interno en la Región de Bruselas capital a las disposiciones de la Directiva, en la medida en que se trate de organismos de radiodifusión que no puedan encuadrarse ni en la Comunidad francesa ni en la Comuni-

21 — *Moniteur belge* de 24 de enero de 1967, p. 604.

22 — Así lo adujo la Comisión en su escrito de réplica, sin que lo refutara la parte demandada.

23 — *Moniteur belge* de 6 de febrero de 1960, p. 726.

24 — *Moniteur belge* de 12 de agosto de 1987, p. 12071.

25 — Así lo afirmó la parte demanda en su escrito de dúplica. La Comisión no la contradijo.

dad flamenca. Según el dictamen motivado, el Reino de Bélgica había incumplido, por lo tanto, las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva y del artículo 5 del Tratado. La Comisión requería al Reino de Bélgica para que pusiera fin a tales incumplimientos en el plazo de dos meses.

29. Como respuesta, la Comisión recibió, mediante escrito de 4 de febrero de 1994, el proyecto de un nuevo Decreto de la Comunidad flamenca. Mediante escrito de 9 de junio de 1994, el Reino de Bélgica envió a la Comisión una copia del Decreto de 4 de mayo de 1994 adoptado entretanto.

La respuesta de la Comunidad francesa se contenía en un escrito de 11 de abril de 1994. Por último, la Comisión recibió un escrito de un Ministro belga, de 7 de abril de 1994, en el que se abordaban las imputaciones relativas a la Región de Bruselas capital.

30. El 16 de enero de 1995, se recibió en el Tribunal de Justicia un recurso de la Comisión, interpuesto con arreglo al artículo 169 del Tratado, que dio lugar al presente procedimiento. En su demanda, la Comisión solicitó que se declare que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva y, en especial, en virtud de sus artículos 2, 14 y 15, mediante las siguientes conductas:

— por lo que se refiere a la Comunidad francesa, haber mantenido, en la región de lengua francesa, un régimen de autorización previa para la retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros;

— por lo que se refiere a la Comunidad francesa, haber mantenido, en la región de lengua francesa, un régimen de autorización previa, expresa y condicional, para la retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros que incluyan publicidad comercial o un programa de telecompra específicamente destinados a los telespectadores de la Comunidad francesa;

— por lo que se refiere a la Comunidad flamenca, haber mantenido, en la región de lengua neerlandesa, un régimen de autorización previa para la retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros;

— por lo que se refiere a la Región bilingüe de Bruselas capital, no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 89/552;

— por lo que se refiere a la Comunidad germanófona, no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 89/552;

— por lo que se refiere a la Comunidad francesa, no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse íntegramente a los artículos 14 y 15 de la Directiva 89/552.

La Comisión solicitó, además, que se condene en costas al Reino de Bélgica.

31. La parte demandada solicita que se desestime el recurso por infundado, por lo que se refiere a la Comunidad francesa, a la Comunidad germanófona y a la Región de Bruselas capital. En cuanto el recurso atañe a la Comunidad flamenca, solicita que se declare su inadmisibilidad, o, subsidiariamente, que se desestime por infundado.

B. Definición de postura

32. A continuación, me ocuparé, primeramente, de la cuestión de si es fundada la imputación de la Comisión de que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva. En este contexto, es necesario efectuar un análisis separado para cada una de las tres Comunidades lingüísticas y la Región bilingüe de Bruselas capital. Por último, habrá de examinarse la imputación de que el Reino de Bélgica ha infringido, por lo que se refiere a la Comunidad francesa los artículos 14 y 15 de la Directiva.

I. *Infracción del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva*

1. *Comunidad francesa*

a) Apartado 2 del artículo 22 del Decreto de 17 de julio de 1987

33. La Comisión mantiene la opinión de que el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sólo impone, en principio, al Estado miembro del que procede la emisión (Estado miembro de origen [26]) la obligación de controlar si el organismo de radiodifusión de que se trate se ha ajustado al Derecho de dicho Estado miembro y a las disposiciones de la Directiva. El apartado 2 del artículo 2 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la libertad de

26 — En lo sucesivo, utilizaré esta expresión que también aparece, por ejemplo, en el decimocuarto considerando de la Directiva. La cuestión de cuál es en un caso concreto el Estado miembro competente se trata con más detalle en mis conclusiones para el asunto C-222/94.

recepción y no obstaculizar —sin perjuicio de la excepción contenida en la segunda frase del apartado 2 del artículo 2— la retransmisión de emisiones de radiodifusión televisiva procedente de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la Directiva. Según la Comisión, no es, por consiguiente, compatible con dicha disposición el que un Estado miembro (Estado miembro de recepción [27]) haga depender, como el apartado 2 del artículo 22 del Decreto de 17 de julio de 1987, de una autorización previa la retransmisión a través de una red de distribución por cable de emisiones de radiodifusión televisiva de otros Estados miembros.

34. El Reino de Bélgica no niega que las disposiciones de la Comunidad francesa exigen tal autorización. Sin embargo, mantiene la opinión de que la correspondiente disposición es conforme con el Derecho comunitario. Para ello aduce toda una serie de consideraciones que han de examinarse a continuación.

35. La parte demandada afirma que debe negarse una infracción de disposiciones de la Directiva por la simple razón de que ésta no es aplicable a la retransmisión por cable. Así es, por lo menos, cuando no se trata de una emisión primaria a través de una red de distribución por cable. [28] La parte demandada se basa, al respecto, en la definición del concepto «radiodifusión televisiva» contenida en la letra a) del artículo 1 de la Directiva, según la cual, se entenderá por tal «la emisión primaria [...] de programas televisados». [29] La opinión de la Comisión no encuentra apoyo en el concepto de «retransmisión» utilizado en el apartado 2 del artículo 2. Este concepto no se define en la Directiva. Si efectivamente se hubiera querido incluir también la retransmisión por cable, se hubiera elegido otra expresión. La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable [30] también acude, en ese caso, al concepto de «distribución por cable» [«retransmission par câble» en la versión francesa]. Según la parte demandada, de no apreciarse así, la Directiva se separaría de la terminología internacional. [31]

Además, ha de observarse, según la parte demandada, que en el momento en que se adoptó la Directiva, la televisión por cable aún no estaba muy extendida. Por tal motivo, no cabe entender que el legislador comunitario quisiera regular este sector.

36. Estos argumentos no me convencen. En mi opinión, no cabe duda de que la Directiva también regula el sector de la retransmisión de programas de otros Estados miembros

27 — También aquí me apoyo, en aras de la sencillez, en la terminología de los considerandos de la Directiva (véase el decimoquinto considerando de ésta).

28 — Según la concepción de la parte demandada esto hace referencia a la situación de un organismo de radiodifusión televisiva que emite sus programas directamente en la red de distribución por cable.

29 — Véase el apartado 4 *supra*.

30 — DO L 248, p. 15.

31 — La parte demandada alega que, según dicha terminología, cabría esperar que en la versión francesa de la Directiva se hubiera utilizado el término «réémission» en lugar de «retransmission».

por cable. La opinión contraria no puede basarse en la definición del concepto «radiodifusión televisiva», por la simple razón de que el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva no se base en ella en cuanto tal, sino en el concepto de «retransmisión». Tampoco cabe deducir de la Directiva 93/83 que el concepto de «retransmisión» no sea aplicable a la actividad de los explotadores de redes de distribución por cable. Bien al contrario, la referida norma puede servir de base para la opinión de la Comisión. El concepto de «distribución [retransmission] por cable» se define allí como «retransmisión» de programas «por medio de cable o microondas». [32] Ello prueba, en mi opinión, que el concepto de «retransmisión» en la percepción del legislador comunitario es lo bastante amplio como para incluir también la transmisión por cable.

Me parece que reviste, asimismo, cierto interés en el presente contexto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, suscrito el 2 de mayo de 1992 y aprobado mediante Decisión del Consejo y de la Comisión de 13 de diciembre de 1993. [35] A los efectos de dicho Acuerdo se insertó un complemento en el artículo 15 de la Directiva, según el cual los Estados AELC conservaban la facultad de «obligar a las compañías de radiodifusión por cable que operen en sus territorios a confundir con interferencias o por cualquier otro procedimiento los anuncios de bebidas alcohólicas». Según la disposición insertada, esta «excepción no podrá tener por efecto restringir la retransmisión de partes de programas televisivos distintas de los anuncios de bebidas alcohólicas». [36] Esto también confirma la opinión de la Comisión de que la Directiva es aplicable a la televisión por cable.

37. Por lo demás, de la Directiva se deduce claramente que debe ser aplicada a la redistribución de programas televisados por cable. En este contexto, la Comisión se remite, con razón, a los considerandos noveno y décimo. [33] En ellos se hace referencia, entre otras circunstancias, a los obstáculos que de las disparidades entre las disposiciones nacionales aplicables al «ejercicio de actividades [...] de distribución por cable» pueden derivarse para la libre prestación de servicios. «*Todos estos* obstáculos» a la libertad de emitir programas dentro de la Comunidad debían ser suprimidos, según el Consejo. [34]

38. Por otra parte, la Comisión señala acertadamente que en el Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza, adoptado por el Consejo de Europa el 5 de mayo de 1989, [37] también se utiliza el concepto de «retransmission». Según su artículo 3, el Convenio es también aplicable a programas retransmitidos por cable. Este Convenio fue adoptado sólo unos meses antes que la Directiva comunitaria. Eso demuestra que en la época que nos ocupa si que se pensaba —en contra de la opinión expresada por la parte demandada— en la regulación del sector de la televisión por cable. Por consiguiente, carece de

32 — Apartado 3 del artículo 1 de la referida Directiva, citada en la nota 30.

33 — El tenor de estos pasajes se ha reproducido en el punto 3 *supra*.

34 — Véase el décimo considerando (el subrayado es mío).

35 — DO 1994, L 1, p. 1. El texto del acuerdo se transcribió en dicho diario oficial, en las pp. 3 y ss.

36 — Véase el Anexo X del Acuerdo, *loc. cit.*, nota 35, p. 417.

37 — Las versiones inglesa y francesa de este convenio, así como su traducción en alemán, se publicaron en el BGBl. II 1994, p. 639.

incidencia la circunstancia mencionada por la parte demandada de que Bélgica no ha ratificado, al parecer, todavía este Convenio.

39. La afirmación de la parte demandada de que la Directiva no contempla el sector de la televisión por cable debe, por consiguiente, desestimarse. También debe desestimarse la objeción de la parte demandada de que las disposiciones de la Comunidad francesa sólo se aplican a distribuidores de televisión por cable que operen en su territorio, de modo que no existe restricción a la libre prestación de servicios. En efecto, hay que señalar que, según la jurisprudencia, la distribución de programas televisados procedentes de otros Estados miembros si que está incluida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios. [38] Del noveno considerando de la Directiva resulta que ésta tiene, precisamente, la finalidad de armonizar las disposiciones nacionales que restringen esta libertad.

40. La parte demandada alega, además, que la exigencia de autorización sirve, en la práctica, sobre todo para comprobar cuál es el Estado miembro a cuyo Derecho está sometido el organismo de radiodifusión televisiva con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva. Alega en este contexto que la aplicación del apartado 1 del artículo 2 puede producir dificultades y, por ejemplo, la consecuencia de que dos Estados miembros mantengan que son competentes sobre un mismo organismo de radiodifusión televisiva.

41. Este argumento no se sostiene. Efectivamente, es cierto que la aplicación del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva puede ser motivo de dificultades [39] y que, por ello, un Estado miembro tiene legítimo interés en informarse sobre qué Estado miembro ejerce su competencia sobre un determinado organismo de radiodifusión televisiva. Sin embargo, es de todo punto evidente que una normativa que hace depender la retransmisión de programas de otros Estados miembros de una autorización va demasiado lejos y, por consiguiente, no está amparada por el referido interés. La Comisión ha observado, con razón, que la parte demandada tendría que haber probado que la exigencia de autorización era necesaria para procurar al Estado miembro las informaciones precisas y que no existía ninguna alternativa menos restrictiva para alcanzar este objetivo. La parte demandada no ha aportado esa prueba.

42. En el centro de la alegación que la parte demandada formula en su defensa se encuentra también otra consideración más fundamental. El Reino de Bélgica estima que el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva prima sobre el apartado 2 del artículo 2. Según ello, todos los programas televisivos tendrían que ajustarse al Derecho del Estado miembro de origen, así como —según el artículo 3 de la Directiva— a las disposiciones de la Directiva. *Unicamente* tales programas pueden acogerse a las ventajas del apartado 2 del artículo 2, esto es, los demás Estados miembros sólo están obligados a garantizar la libre recepción de los programas de que se trate y a no obstaculizar su retransmisión, cuando se cumpla esa condición. La parte demandada deduce de ello el derecho del Estado miembro de recepción a comprobar

38 — Véase el punto 2 *supra* y la sentencia Bond van Adverteerders, allí citada.

39 — Véanse, al respecto, mis conclusiones en el asunto C-222/94.

si se ha respetado el Derecho del Estado miembro de origen y las disposiciones de la Directiva.

La parte demandada alega, al respecto, que la manera de actuar de la Comunidad francesa contribuye, en especial, a la realización de los artículos 4 y 5 de la Directiva. En la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, expuso, además, que el artículo 4 de la Directiva parece dirigirse a todos los Estados miembros y, por consiguiente, tampoco debe procurar su cumplimiento únicamente el Estado miembro de origen.

43. Dicho sea de antemano, a mi modo de ver esta opinión no puede acogerse. Conduciría a un control secundario de las emisiones de televisión por parte del Estado miembro de recepción que la Directiva pretende, precisamente, evitar. Si se siguiera el criterio de la parte demandada, se anularía en buena parte la liberalización en el sector de la televisión establecida por la Directiva.

44. La opinión mantenida por la parte demandada no es compatible ni con el tenor ni con el sentido y finalidad de la Directiva. Según el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, el Estado miembro de origen debe velar por que los organismos de radiodifusión televisiva sujetos a su jurisdicción o sobre los cuales ejerza, por otros motivos, su competencia, se ajusten al Derecho aplicable a las emisiones destinadas al público en ese Estado miembro. Según el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, el Estado miembro de origen ha de velar, además, por que los organismos de radiodifusión televisiva que de él dependa cumplan las disposiciones de la Directiva. Ambas obligaciones se dirigen al *Estado miembro de origen*. A los *Estados miembros de recepción* se dirige el apartado 2 del artículo 2. Tienen que garantizar la libre recepción y están obligados a no prohibir la retransmisión de las emisiones de que se trata —sin perjuicio de la excepción allí mencionada— por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la Directiva.

45. Esto es plenamente congruente con la idea que resulta, en particular, del decimoquinto considerando de la Directiva. Según este, la obligación del Estado miembro de origen de asegurarse del respeto de la legislación nacional tal como es coordinada por la Directiva es suficiente, con respecto al Derecho comunitario, para garantizar la libre circulación de las emisiones «sin un control secundario, por los mismos motivos, en cada uno de los Estados miembros de recepción». De ahí se deduce claramente que los Estados miembros de recepción no han de estar facultados para llevar a cabo un control secundario de ese tipo. La frase subsiguiente y última del decimoquinto considerando lo hace aún más patente al indicar que el Estado miembro de recepción puede, «sin embargo [...] con carácter excepcional y en determinadas condiciones», suspender «provisionalmente» la retransmisión de un programa.

46. Sólo en la segunda frase del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva se encuentra una facultad de intervención del Estado miembro de recepción. No obstante, esa

facultad está delimitada en términos estrictos. En primer lugar, se refiere únicamente al caso de que emisiones televisivas de otros Estados miembros infrinjan el artículo 22. Se trata, por consiguiente, de un supuesto en el que las emisiones televisivas de que se trate puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores. Sin embargo, el Estado miembro de recepción sólo puede tomar medidas si se trata de una infracción manifiesta, seria y grave. Su actuación depende, además, de que el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate ya haya cometido varias infracciones de ese tipo y de que no hayan resultado fructíferas las consultas llevadas a cabo con el Estado miembro de origen y con la Comisión. De esta norma, definida de forma tan detallada, sólo cabe deducir que el Estado miembro de recepción no ha de estar facultado para adoptar medidas unilaterales contra emisiones de otros Estados miembros cuando no se cumplen los requisitos en ella mencionados. De esta disposición debe extraerse, asimismo, la conclusión de que el Estado miembro de recepción no está facultado para adoptar medidas unilaterales contra programas procedentes de otros Estados miembros cuando se produzca o se alegue una infracción de otras disposiciones de la Directiva. Esto es además absolutamente coherente con la manifestación antes citada contenida en el decimoquinto considerando de la Directiva. Por consiguiente, no ha de acogerse la opinión de la parte demandada de que la norma contenida en la segunda frase del apartado 2 del artículo 2 no excluye que el Estado miembro de recepción tenga derecho a controlar el respeto de *otras* disposiciones de la Directiva.

47. Esta regulación se basa, al parecer, en la consideración de que cada Estado miembro puede confiar en que el Estado miembro competente en cada caso también cumpla con sus obligaciones de control, derivadas del apartado 1 del artículo 2 y del apartado 2 del artículo 3, frente a los organismos de radiodifusión televisiva de los que sea responsable. La ya citada disposición también lo expresa puesto que la quinta frase del apartado 2 del artículo 2 indica expresamente que la posibilidad del Estado miembro de recepción de intervenir contra emisiones de otros Estados miembros, con arreglo a requisitos estrictamente definidos, con vistas a la protección de los menores, deja intacto el derecho del Estado miembro de origen de actuar contra las infracciones de que se trate.

48. Me parece, por lo tanto, evidente que, en la concepción de la Directiva, únicamente el Estado miembro de origen debe velar por el respeto de las disposiciones de dicho Estado, así como de la Directiva. El Estado miembro de recepción sólo está facultado, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, para intervenir contra la retransmisión de programas procedentes de otros Estados miembros en los casos estrictamente descritos en la segunda frase del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva.

49. De lo expuesto por la parte demandada se deduce claramente que la disposición de la Comunidad francesa objeto del litigio tiene por finalidad específica el cumplimiento de los artículos 4 y 5 de la Directiva. Sin embargo, en contra de la opinión de la parte demanda, opino que precisamente en este ámbito no cabe admitir un derecho del Estado miembro de recepción a someter a un control secundario programas procedentes de otros Estados miembros. Tanto el artículo 4 como el artículo 5 vinculan obviamente las obligaciones por ellos establecidas a requisitos referidos a las peculiaridades del Estado miembro de que se trate. Es este, en efecto, también el mejor situado para apreciar qué ha de hacerse «siempre que sea posible y con

medios apropiados» para cumplir tales obligaciones. No procede que otro Estado miembro, sometiendo los programas a un control (complementario), sustituya por su propia apreciación de qué es posible y apropiado, la valoración del Estado miembro de origen.

50. Esto no significa que no pueda en modo alguno controlarse el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado miembro de origen. Si un Estado miembro opina que otro Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, puede interponer un recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 170 del Tratado o pedir a la Comisión que intervenga por sí misma en virtud del artículo 169 del Tratado contra el Estado miembro de que se trate.

51. Tampoco puede invocar la parte demandada el argumento de que estos procedimientos no ofrecen ninguna protección jurídica apropiada, ya que las emisiones de radiodifusión televisiva son, por naturaleza, procesos extremadamente efímeros y de que el perjuicio ocasionado por ellos no puede repararse. A tal respecto, ha de señalarse, primeramente, que —como acertadamente observó la Comisión— el Tribunal de Justicia puede en el marco de tal recurso por incumplimiento adoptar medidas provisionales, con arreglo al artículo 186 del Tratado. Pero, ante todo, es preciso referirse una vez más a la valoración contenida en la segunda frase del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva. Si, ya en un ámbito tan importante y delicado como la protección de menores, un Estado miembro sólo puede actuar con arreglo a determinados requisitos, y no inmediatamente de manera unilateral, no serían comprensibles las razones por las que habría de afirmarse una facultad de esa índole cuando se trate, por ejemplo, de la cuestión del respeto de las normas relativas a las cuotas contenidas en los artículos 4 y 5.

52. Sólo en aras de la exhaustividad, quisiera señalar que la exigencia de autorización tampoco puede justificarse por disposiciones como las contenidas en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 19, según las cuales, los Estados miembros pueden establecer disposiciones más rigurosas con respecto a los organismos de radiodifusión televisiva sujetos a su jurisdicción. En efecto, en dichas disposiciones se trata de emisiones de organismos de radiodifusión televisiva de otros Estados miembros no sujetos a la jurisdicción del Estado miembro de recepción.

53. Como conclusión, puede considerarse que es, en principio, incompatible con la Directiva un control secundario de las emisiones de otros Estados miembros por parte del Estado miembro de recepción como el establecido por la disposición de la Comunidad francesa objeto del litigio. Sin embargo, ha de recordarse que los Estados miembros únicamente están obligados a no obstaculizar la retransmisión de tales emisiones por motivos inherentes *a los ámbitos coordinados por la Directiva.* La Directiva no contiene una armonización plena en el sector de la actividad televisiva. En su decimoséptimo considerando se declara expresamente que la Directiva se limita «a una regulación que tiende específicamente a la radiodifusión televisiva» y deja intactos los actos comunitarios de armonización vigentes o futuros «que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la competencia». Por

consiguiente, si la exigencia de autorización que aquí se debate pudiera basarse en motivos inherentes a aspectos *no* coordinados por la Directiva, no se produciría ninguna infracción del Derecho comunitario. En este contexto, la parte demandada ha aducido una serie de argumentos que pasan a examinarse a continuación.

54. Quizá sea este el lugar adecuado para abordar de manera sucinta, en primer lugar, el argumento que la parte demandada basa en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, [40] según la segunda frase del apartado 1 del artículo 10 de dicho Convenio el derecho a la libertad de expresión protegido por dicho artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión a un régimen de autorización previa. Sin embargo, como acertadamente expuso la Comisión, la circunstancia de que un régimen con arreglo al cual los organismos de radiodifusión televisiva precisen de una autorización del Estado de que se trate sea compatible con el referido Convenio del Consejo de Europa, en nada altera el hecho de que tal exigencia de autorización puede ser incompatible con el Derecho comunitario.

55. El Reino de Bélgica alega que la exigencia de autorización objeto del litigio pretende facilitar la comprobación de si las emisiones de que se trate respetan los derechos de autor y derechos afines. La parte demandada invoca, al respecto, la ya mencionada Directiva 93/83 y, en particular, el apartado 1 de su artículo 8, que tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros velarán por que la distribución por cable en su territorio de programas de otros Estados miembro se realice respetando los derechos de autor y derechos afines aplicables y con arreglo a acuerdos contractuales individuales o colectivos entre los titulares de ambas categorías de derechos y las empresas de distribución por cable.»

56. En la exposición de motivos de esta Directiva, el Consejo señala que en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, aún se echa en falta la necesaria seguridad jurídica cuando se conectan y distribuyen programas por cable a través de varios países. La distribución por cable de tales programas es una actividad sujeta a la normativa de derechos de autor y derechos afines. Por consiguiente, la empresa de distribución por cable precisa, para el ejercicio de su actividad, la autorización de la totalidad de los titulares de los derechos. Sin embargo el distribuidor por cable no puede en la situación actual del Derecho estar seguro de si ha adquirido realmente todos los derechos necesarios al celebrar el correspondiente contrato. [41] El «marco jurídico definido en la Directiva 89/552 para la creación de un espacio audiovisual unitario» debe, pues, «completarse desde el punto de vista de la propiedad intelectual». [42]

40 — *UNTS*, vol. 213, p. 221.

41 — Véanse los considerandos octavo a décimo, así como el vigésimo séptimo, de la Directiva.

42 — Duodécimo considerando de la Directiva.

Según la Directiva 93/83, el distribuidor por cable debe procurarse las necesarias autorizaciones mediante relaciones contractuales. A fin de evitar que las pretensiones de terceros titulares de derechos sobre elementos constitutivos de los programas impidan el buen funcionamiento de las relaciones contractuales, [43] la Directiva 93/83 establece en el apartado 1 de su artículo 9 que los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor «sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva».

57. Resulta de lo que acaba de exponerse que el distribuidor por cable ha de velar por que al redistribuir programas de otros Estados miembros no se lesionen derechos de autor o derechos afines. A tal fin, los distribuidores deben concluir acuerdos con entidades de gestión colectiva que ejerzan dichos derechos en nombre de sus titulares. Los Estados miembros tienen que garantizar que se vele por la protección de los referidos derechos. Cabe entender que los Estados miembros satisfacen este deber imponiendo a los distribuidores por cable las correspondientes obligaciones y controlando su cumplimiento. Por el contrario, no se entiende por qué ha de ser necesario a tal fin vincular la redistribución a una autorización que sólo se expida si la emisora extranjera ha celebrado un convenio con el ejecutivo de la Comunidad francesa. La parte demanda no ha expuesto al respecto nada que permita concluir que la exigencia de autorización previa sea necesaria para la protección de los derechos de autor sin que exista un medio menos restrictivo para la consecución de dicho fin.

58. El Reino de Bélgica invoca además el artículo 128 del Tratado para justificar la disposición debatida. Mantiene la opinión de que la Directiva sólo puede, a partir de ahora, interpretarse a la luz de dicha disposición. La referida disposición fue insertada por el Tratado de la Unión Europea en el Tratado CE y constituye el único artículo del título IX (cultura) de la tercera parte de dicho Tratado. El artículo 128 establece, entre otras cosas, que la Comunidad ha de contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados miembros (apartado 1). Según el apartado 4 del artículo 128, la Comunidad «tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado».

59. La parte demandada parece opinar que este precepto faculta a los Estados miembros para someter a un nuevo control las emisiones procedentes de otros Estados miembros. Sin embargo, no alcanzo a ver como llega a tal interpretación. Ya la propia Directiva perseguía —en especial mediante las normas contenidas en sus artículos 4 y 5— también fines culturales. En la medida en que el derecho que la parte demandada postula en favor el Estado miembro de recepción a controlar si el Estado miembro de origen ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva se basa en la aplicación de dichos artículos, constituye, por lo tanto, un ámbito coordinado por la Directiva. No obstante, según el claro, y ya varias veces citado, tenor del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, el Estado miembro de recepción no puede obstaculizar la retransmisión de

43 — Vigésimo octavo considerando de la Directiva 93/83.

emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la Directiva. Por lo demás, hay que tener presente que el hecho —pacífico— de que los Estados miembros tengan una competencia primaria para los asuntos culturales, no impide a la Comunidad adoptar medidas vinculantes para los Estados miembros dirigidas a aplicar las libertades fundamentales, aun cuando, al hacerlo, haya que tener presentes consideraciones culturales, como ocurre en el caso del ámbito de la televisión. Es cierto que el apartado 5 del artículo 128 del Tratado establece expresamente que para la consecución de los objetivos de dicho artículo sólo pueden adoptarse, junto con recomendaciones, medidas de fomento, «con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Sin embargo, tampoco afirma la parte demandada que ello signifique, acaso, una pérdida de base jurídica para la Directiva. Por consiguiente, la opinión mantenida por la parte demandada tampoco puede apoyarse en el artículo 128.

60. La parte demandada invoca, además, el principio de subsidiariedad, actualmente enunciado en el apartado 2 del artículo 3 B del Tratado, sin aclarar, no obstante, de qué modo se pretende que dicho principio sea adecuado para servir de apoyo para su opinión. Sobre este particular basta, a mi juicio, con tener presente que los objetivos perseguidos por la Directiva sólo pueden ser conseguidos mediante la coordinación de las disposiciones nacionales. Por consiguiente, era necesaria una regulación por parte del legislador comunitario. La opinión mantenida por la parte demandada de que los Estados miembros están legitimados para someter emisiones de otros Estados miembros a un control secundario obstaculizaría, por el contrario, la consecución del «espacio único audiovisual» que la Directiva quería instaurar. [44] Esto acredita, en mi opinión, que los Estados miembros no pueden deducir tal facultad del principio de subsidiariedad.

Por lo demás, el principio de subsidiariedad sólo es aplicable, con arreglo al párrafo segundo del artículo 3 B del Tratado, en los ámbitos que no sean de la competencia exclusiva de la Comunidad. La libertad de prestación de servicios asegurada por los artículos 59 y siguientes del Tratado, a cuya consecución ha de servir la Directiva, corresponde, no obstante —al igual que las demás materias enumeradas en el artículo 7 A del Tratado— al ámbito exclusivo de competencias de la Comunidad.

61. Por último, hay que analizar aún la objeción formulada por la parte demandada de que la normativa objeto del litigio no supone obstáculo alguno a la libre circulación de servicios. Los organismos de radiodifusión televisiva afectados de otros Estados miembros celebran, según la parte demanda, voluntariamente los necesarios convenios con el ejecutivo, los cuales sirven, además, únicamente al cumplimiento de los artículos 4 y 5 de la Directiva.

Sin embargo, difícilmente puede hablarse aquí de una libre resolución de los organismos de radiodifusión televisiva afectados. De todos modos, la celebración de tales conve-

44 — Véase, al respecto, el punto de vista del Consejo en el duodécimo considerando de la Directiva 93/83.

nios es, al fin y al cabo, requisito para poder incluir los programas de que se trata en una red de distribución por cable en la Comunidad francesa. La cuestión de hasta qué punto dispone el ejecutivo de un margen de discrecionalidad al celebrar tales convenios es, en mi opinión, irrelevante. La parte demandada reconoció, además, en su escrito de contestación a la demanda que en la época en que dicho escrito se presentó ante el Tribunal de Justicia existía, por lo menos, un organismo de radiodifusión televisiva de otro Estado miembro que no estaba dispuesto a concluir un convenio de ese tipo. [45]

62. Es, por el contrario, más importante la otra objeción formulada por la parte demanda en este contexto, según la cual, la celebración de estos convenios constituye un medio especialmente apropiado para fomentar el desarrollo de la producción televisiva europea. Dichos convenios constituyen un medio de realización de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Directiva. Ahora bien, está claro que es cierto que la celebración de convenios mediante los cuales los organismos de radiodifusión televisiva se obligan a dedicar una parte de su presupuesto a la adquisición o realización de producciones europeas puede propiciar el objetivo perseguido por la Directiva de promoción de la producción televisiva en la Comunidad. Sin embargo, esto en nada altera el hecho de que, por esta vía, la parte demanda se atribuye tareas y facultades que, según la Directiva, deben reservarse al Estado miembro de origen. El Estado miembro de origen puede tener una visión distinta de la del Estado miembro de recepción de alcance de las obligaciones que le vienen impuestas por los artículos 4 y 5 de la Directiva de velar «siempre que sea posible y con los medios adecuados» por la promoción de obras europeas. No puede admitirse que el Estado miembro de recepción aplique *sus* criterios al respecto también a programas de otros Estados miembros, sometiéndolos a un control secundario. Si, efectivamente, un Estado miembro de origen incumple las obligaciones que al respecto le impone la Directiva, el otro Estado miembro puede pedirle cuentas y, en caso necesario, demandarle ante el Tribunal de Justicia. La Directiva sólo prevé un derecho a la protección por medios propios únicamente en la ya analizada segunda frase del apartado 2 del artículo 2, cuyos requisitos no concurren aquí. La normativa de la Comunidad francesa objeto del litigio sí que obstaculiza, por consiguiente, la libre prestación de servicios.

63. Sin embargo, la parte demanda alega que las disposiciones en cuestión están justificadas por consideraciones de política cultural y que, por lo tanto, no existe infracción de los artículos 59 y siguientes del Tratado. En particular, parece opinar que las disposiciones de la Comunidad francesa propician la protección del pluralismo en los medios de comunicación. Como demuestra la referencia al pluralismo en la prensa escrita y a la difusión de emisiones publicitarias, este argumento está fundamentalmente relacionado con las normas contenidas en los artículos 26 y 26 *ter* del Decreto de 17 de julio de 1987, de las que me ocuparé más adelante. Dado, no obstante, que la parte demandada parece

45 — Curiosamente, la parte demandada expuso, además, en aquel lugar que las emisiones de dicho organismo de radiodifusión televisiva se retransmitían, a pesar de todo, a través de la red de distribución por cable. Podrá verse en ello un indicio de que la normativa de la Comunidad francesa objeto del litigio no tiene la significación que le atribuye la parte demandada.

opinar que también puede justificarse mediante este argumento la norma contenida en el apartado 2 del artículo 22 del Decreto, se hace necesario analizarlo ya en este lugar.

64. Puede deducirse de la jurisprudencia que la consecución y garantía del pluralismo en el sector televisivo, o en los medios de comunicación en general, constituye un objetivo de interés general que puede justificar restricciones de la libre prestación de servicios protegida por los artículos 59 y siguientes del Tratado. [46] Es, efectivamente, cierto que un Estado miembro sólo puede basarse en consideraciones de interés general de esta índole cuando las disposiciones nacionales de que se trate no hayan sido armonizadas a nivel comunitario. [47] Sin embargo, la parte demandada parte de la base de que esta cuestión no ha sido regulada de manera exhaustiva en la Directiva. Admite que, en apoyo de su opinión contraria, la Comisión se basa en las normas contenidas en los artículos 10 y siguientes de la Directiva. No obstante, los referidos preceptos son, más bien, disposiciones de carácter técnico cuya relación con la pluralidad de opiniones en los medios de comunicación no es sino muy indirecta.

65. Por consiguiente, la parte demandada no ha acreditado las razones por las que las disposiciones de la Comunidad francesa objeto del litigio son necesarias y proporcionadas para proteger el pluralismo en el sector televisivo o en los medios de comunicación en general. Tampoco se ofrecen explicaciones más detalladas sobre la cuestión de la proporcionalidad. Al contrario, la parte demandada se ha limitado a realizar afirmaciones genéricas sin ofrecer ninguna prueba concreta al respecto. Esto no puede considerarse suficiente.

66. Procede, pues, declarar que la norma contenida en el apartado 2 del artículo 22 del Decreto de 17 de julio de 1987, según la cual la retransmisión de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por cable tiene que ser objeto de autorización previa, infringe el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva.

b) El apartado 2 del artículo 26 y el apartado 1 del artículo 26 *ter* del Decreto de 17 de julio de 1987

67. La Comisión mantiene la opinión de que la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 26 del Decreto de 17 de julio de 1987, según la cual la retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros, que contengan publicidad comercial especialmente destinada a los telespectadores de la Comunidad francesa, precisa autorización previa, infringe el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva. Apoya esta opinión en las mismas consideraciones que ya alegó en el marco del apartado 2 del artículo 22 del Decreto. La Comisión opina que la disposición que aquí ha de examinarse es aún más restrictiva que el apartado 2 del artículo 22 del Decreto, dado que este último establece una autorización previa, mientras que el apartado 2 del artículo 26 del Decreto exige incluso una autorización *expresa* y previa.

46 — Véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 1994, TV10 (C-23/93, Rec. p. I-4795), apartados 18 a 19.

47 — Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833), apartado 15.

Según la Comisión, lo mismo cabe decir con respecto a la norma relativa a los programas de telecompra contenida en el apartado 1 del artículo 26 *ter* del Decreto.

68. El Reino de Bélgica alega que la norma discutida está justificada, dado que permite poner freno a la elusión de las disposiciones nacionales. La exigencia de una autorización previa hace posible a la autoridad competente comprobar si una emisora es, efectivamente, un organismo de radiodifusión televisiva al que sea aplicable la Directiva.

69. Según la opinión de la parte demandada, los organismos de radiodifusión televisiva afectados por la disposición de que se trata no son ni emisoras extranjeras que intenten eludir la aplicación de las disposiciones de la Comunidad francesa, ni tampoco emisoras extranjeras que deban ser consideradas como organismos de radiodifusión televisiva que, en virtud del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, dependan de la competencia de la Comunidad francesa.

70. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la afirmación de la parte demandada de que la normativa que se discute es necesaria para procurar al Estado miembro de recepción los datos necesarios sobre cada organismo de radiodifusión televisiva, basta con hacer referencia a lo anteriormente expuesto en relación con el apartado 2 del artículo 22 del Decreto de 17 de julio de 1987. [48] La parte demanda no ha acreditado que para conseguir los datos que precisa, fuera necesario someter la retransmisión de los programas de que se trata a una autorización expresa y previa.

71. En cuanto al fondo propiamente dicho, ambas partes están de acuerdo en que la Directiva no ha privado a los Estados miembros del derecho a protegerse, en determinadas condiciones, contra la elusión de sus legislaciones. Comparto esta opinión. Está en consonancia con la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia en materia de libre prestación de servicios. Ya en 1974, en el asunto Van Binsbergen, el Tribunal de Justicia resolvió que no puede negarse a un Estado miembro el derecho a adoptar disposiciones «destinadas a impedir que la libertad garantizada por el artículo 59 sea utilizada por un prestador cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado». [49] El Tribunal de Justicia ha ratificado esta jurisprudencia hace algún tiempo en su sentencia en el asunto TV10. [50]

72. La sentencia mencionada en último lugar reviste especial importancia para el presente caso. En aquella ocasión se trataba de un organismo de radiodifusión televisiva que se había establecido en Luxemburgo pero

48 — Véase el punto 41 *supra*.

49 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974 (33/74, Rec. p. 1299), apartado 13.

50 — Sentencia citada en la nota 46, apartado 20.

difundía primordialmente programas para el mercado neerlandés. En opinión del órgano jurisdiccional neerlandés que había planteado el asunto al Tribunal de Justicia, el establecimiento en Luxemburgo se había efectuado para permitir al organismo de radiodifusión televisiva eludir la aplicación de las disposiciones neerlandesas. Según ello, se habría abusado de la libre prestación de servicios protegida en el artículo 59 del Tratado para eludir las disposiciones del Estado miembro de recepción.

73. Sin embargo, la Comisión objeta con razón a la parte demandada que la normativa que aquí se discute no puede justificarse como necesaria para impedir la elusión de disposiciones del Estado miembro de recepción. En efecto, ello presupondría que se pudiera reprochar a todos los organismos de radiodifusión televisiva de otros Estados miembros que difundieran publicidad comercial o programas de telecompra destinados especialmente a los telespectadores en la Comunidad francesa la intención de eludir las disposiciones del Estado miembro de recepción. Sin embargo no es así. Antes bien, el reproche de elusión sólo es fundado cuando el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate actúe *abusivamente*. En efecto, en la sentencia TV10 también se afirma la posibilidad del Estado miembro de recepción de defenderse con tal fundamento contra emisiones procedentes del extranjero para el caso en que organismos que se hayan instalado en otro Estado miembro puedan eludir, amparándose «de forma abusiva» en el ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado, la aplicación de las disposiciones del Estado miembro de recepción. [51]

74. No puede estimarse que todo organismo de radiodifusión televisiva de otro Estado miembro que difunda programas publicitarios o de telecompra especialmente destinados a los telespectadores de la Comunidad francesa actúe, ya por ese mero hecho, en fraude de ley. En la ya mencionada sentencia en el recurso por incumplimiento planteado por la Comisión contra Bélgica en relación con las disposiciones de la Comunidad flamenca en el sector de la televisión, el Tribunal de Justicia recalcó, refiriéndose a la sentencia Van Binsbergen, que el Estado miembro de recepción puede adoptar medidas orientadas a impedir el abuso del artículo 59 del Tratado por un organismo de radiodifusión televisiva cuya actividad «esté entera o principalmente orientada hacia su territorio». No obstante añadió lo siguiente: «ello no significa sin embargo que un Estado miembro pueda excluir de forma general que ciertos servicios puedan ser prestados por operadores establecidos en otros Estados miembros, lo que suprimiría la libre prestación de servicios». [52]

En mi opinión, esta jurisprudencia también puede trasladarse al ámbito de la Directiva. Por otra parte, así lo avala la circunstancia de que dicha Directiva también rigen ese tipo de emisiones. En el decimocuarto considerando de la Directiva, antes citado, se dice que todas las emisiones procedentes de la Comunidad y «destinadas a ser captadas dentro de la misma y, *en particular, las emisiones destinadas a otro Estado miembro*» [53] han de

51 — Sentencia citada en la nota 46, apartado 21.

52 — Sentencia citada en la nota 17, apartado 12.

53 — El subrayado es mío.

ser conformes a la legislación del Estado miembro de origen. Por consiguiente, un Estado miembro no puede presumir que todas las emisiones de organismos de radiodifusión televisiva extranjeros destinadas especialmente al público de dicho Estado miembro supongan, por esa simple razón un abuso de derecho. Ahora bien, esto es, precisamente, lo que hace la norma de la Comunidad francesa que aquí se examina.

75. Por último, hay que tener en cuenta que la posibilidad de intervención del Estado miembro de recepción reconocida por el Tribunal de Justicia en las sentencias Van Binsbergen y TV10 es una excepción a una de las libertades constitutivas del mercado interior. Por serlo, exige necesariamente una interpretación restrictiva. Por consiguiente, el Estado miembro de que se trate tiene que acreditar en cada caso concreto —como reclamó acertadamente la Comisión— que, efectivamente, se da un abuso de derecho en el sentido antes mencionado. Las disposiciones objeto del presente litigio no se ajustan a este criterio. Dado que someten de manera absolutamente general al requisito de expresa y previa autorización la retransmisión de emisiones publicitarias o de telecompra especialmente destinadas a los telespectadores en la Comunidad francesa. Por consiguiente, no pueden justificarse por la prevención de tales abusos.

76. Las normas de que se trata tampoco pueden ampararse en el artículo 3 de la Directiva. Es cierto que en el asunto TV10 el Tribunal de Justicia declaró que, en caso de abuso, el Estado miembro de recepción puede asimilar un organismo de radiodifusión televisiva establecido en otro Estado miembro a un organismo nacional. [54] Sin embargo, esto presupone que exista efectivamente tal abuso, lo cual sólo puede apreciarse caso por caso.

77. Por las razones expuestas, la parte demandada tampoco puede alegar que las disposiciones objeto del litigio son compatibles con el artículo 4 de la Directiva. [55]

78. Con carácter subsidiario la parte demandada alega las consideraciones aducidas en relación con el apartado 2 del artículo 22 del Decreto de 17 de julio 1987. Ya he examinado y refutado dichos argumentos al tratar la referida disposición.

79. Por consiguiente, procede declarar que el régimen contenido en el apartado 2 del artículo 26 y en el apartado 1 del artículo 26 *ter* del Decreto de 17 de julio de 1987, según el cual la redistribución por cable de emisiones televisivas de otros Estados miembros especialmente destinadas a los telespectadores de la Comunidad francesa que contengan publicidad o programas de telecompra ha de someterse a autorización previa y expresa, infringe el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva.

54 — Sentencia citada en la nota 46, apartado 21.

55 — Véase el punto 65 *supra*.

2. *Comunidad flamenca*

a) Admisibilidad del recurso

80. El Reino de Bélgica mantiene que ha de apreciarse la inadmisiblidad del recurso de la Comisión en lo que afecta a las disposiciones de la Comunidad flamenca. La parte demandada aduce al respecto tres argumentos de los que, según pretende, así resulta. Primeramente, la Comisión, incumpliendo el artículo 169 del Tratado no le dio oportunidad alguna de formular sus observaciones al respecto antes de la interposición del recurso. En segundo lugar, la Comisión no tuvo en cuenta el marco jurídico vigente en el momento en que emitió su dictamen motivado. Por último, el dictamen motivado y el recurso no se basan en los mismos motivos e imputaciones.

81. En cuanto a la primera objeción de la parte demandada ha de observarse que, en su escrito de 3 de noviembre de 1992, la Comisión le ofreció la posibilidad de presentar sus observaciones antes de interponer el recurso ante el Tribunal de Justicia. Es asimismo evidente que dicho escrito y las imputaciones que contiene no se referían al Decreto de 4 de mayo de 1994. La razón era naturalmente que dicho Decreto aún no había sido adoptado en el momento en que la Comisión envió su escrito. El motivo de la parte demandante equivale en definitiva a afirmar que, una vez adoptado el referido Decreto, la Comisión tendría que haber iniciado un nuevo procedimiento. Dado que, de este modo, se reprocha a la Comisión no haber abierto un procedimiento previo regular, es más adecuado examinar junto con el tercero.

82. Sobre este punto, la parte demandada se basa en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el recurso por incumplimiento no puede basarse en motivos distintos de los indicados en el dictamen motivado. [56] A la vista de la citada jurisprudencia, debe apreciarse la inadmisibilidad del recurso por cuanto se centra en el Estado de la normativa resultante del Decreto de 4 de mayo de 1994, que no era objeto del dictamen motivado.

83. La Comisión replica que, cuando la normativa nacional objeto del litigio se modifica durante el procedimiento, el Tribunal de Justicia admite, con arreglo a determinados requisitos, excepciones al principio enunciado. En la sentencia que cita la Comisión, el Tribunal de Justicia, tras recordar que el dictamen motivado de la Comisión y el recurso deben basarse en imputaciones idénticas, expuso lo siguiente:

«Sin embargo, esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los casos una coincidencia perfecta entre las disposiciones nacionales mencionadas en el dictamen motivado y las que aparecen el recurso. Cuando, entre estas dos fases del procedimiento se produce un cambio legislativo, basta efectivamente que el sistema establecido por la legislación aludida en el curso del procedimiento administrativo previo haya sido mantenido en su totalidad por las nuevas medidas adoptadas por el

56 — Véase en especial, como ejemplo más reciente, la sentencia de 12 de enero de 1994, Comisión/Italia (C-296/92, Rec. p. I-1), apartado 11.

Estado miembro posteriormente al dictamen motivado y contra las que se dirige el recurso.» [57]

En aquel supuesto, el Tribunal de Justicia indicó que las críticas formuladas por la Comisión durante la fase administrativa previa se refería a la aplicación temporal de diferentes tipos de gravamen. Según apreció el Tribunal de Justicia, esa diferencia de tipos de gravamen había sido mantenida, e incluso gravada, por la ley nacional adoptada durante el procedimiento. [58]

84. En el presente caso, debe señalarse que una de las imputaciones que la Comisión había formulado en el dictamen motivado consistía en que el Decreto de 28 de enero de 1987 sometía la transmisión en las redes de distribución por cable flamencas de las emisiones de organismos de radiodifusión televisiva de otros Estados miembros a autorización previa, que podía ir acompañada de requisitos. Además, la Comisión señaló allí que el Tribunal de Justicia había considerado que dicha disposición infringía los artículos 59 y 60. En la demanda, la Comisión imputa a la parte demandada haber mantenido una normativa que somete a autorización previa la distribución por cable de emisiones televisadas procedentes de otros Estados miembros.

85. Es exacto que el Decreto de 4 de mayo de 1994 introdujo modificaciones sustancia-

57 — Sentencia de 17 de noviembre de 1992, Comisión/Grecia (C-105/91, Rec. p. I-5871), apartado 13.

58 — Sentencia citada en la nota 57, apartado 14.

les respecto a la normativa que anteriormente estaba en vigor. Es, por ello, perfectamente comprensible que la parte demandada proponga un motivo de inadmisiblidad. La Comisión tuvo en cuenta dichas modificaciones en la medida en que no revirtió en la demanda cierto número de imputaciones que había formulado en el dictamen motivado. Tampoco es totalmente desacertado por parte de la demandada señalar que, una vez adoptado dicho Decreto, transcurrió aún algún tiempo antes de que la Comisión formulara su recurso ante el Tribunal de Justicia.

86. Sin embargo, opino que hay mejores razones para considerar que el recurso es, también en este punto, admisible. En efecto, al igual que la Comisión opino que el Decreto de 4 de mayo de 1994 no introdujo ninguna modificación fundamental, o por lo menos esencial, en los aspectos contemplados por las imputaciones formuladas por la Comisión en su demanda. Nada ha cambiado en el hecho de que la retransmisión a través de las redes de transmisión por cable flamencas de emisiones televisadas procedentes de otros Estados miembros está, en efecto, sometida a autorización previa.

87. La parte demandada objeta que el Decreto de 4 de mayo de 1994 sustituyó la autorización requerida por una mera obligación de notificar. Tales explicaciones no me han convencido. Resulta, sin más, del Decreto que el distribuidor por cable debe recabar la autorización previa del Gobierno flamenco para ejercer su actividad. Dado que, a tenor del artículo 3 del Decreto, dicha autorización es expedida con los requisitos que en éste se fijan, la autorización implica una decisión sobre si los programas de que se trate procedentes de otros Estados miembros

satisfacen las exigencias del artículo 10 del Decreto. [59] Así sucede también —aun cuando la normativa de la Comunidad flamenca sea menos explícita sobre este punto— en el caso de los programas que el distribuidor por cable desee difundir a través de su red en una época ulterior. En efecto, las correspondientes modificaciones requieren la aprobación del Gobierno flamenco. Si, efectivamente, se tratara de una mera obligación de notificar, no se entiende por qué el distribuidor por cable no habría de poder transmitir de forma inmediata el nuevo programa. El hecho de que sólo pueda hacerlo tras la aprobación del Gobierno es prueba de que se trata de una autorización constitutiva de su derecho.

La circunstancia de que el distribuidor por cable tenga la facultad de transmitir el programa transcurrido un plazo de cuatro meses a partir de la notificación de la modificación de que se trata tampoco altera en nada dicho análisis. Es, primeramente, significativo que el distribuidor por cable no pueda transmitir los programas antes de transcurrido dicho plazo. A continuación, está claro que esta disposición sólo llega a aplicarse si antes de que expire dicho plazo no se produce la denegación de la aprobación por parte del Gobierno. El Decreto hace expresa referencia a esta eventualidad. [60] En su escrito de contestación, la parte demandada expone que dicha aprobación ya fue denegada en una ocasión, lo que demuestra que no se trata de una mera hipótesis teórica.

88. La opinión que mantengo es también acorde con el objetivo que el Tribunal de Justicia definió en la citada jurisprudencia sobre las exigencias a las que debe someterse el procedimiento previo previsto en el artículo 169 del Tratado. En un auto reciente, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con esta cuestión, lo siguiente:

«La finalidad del procedimiento precontencioso es dar al Estado miembro interesado la ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario o de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión [...]

La regularidad del procedimiento administrativo previo constituye una garantía esencial querida por el Tratado, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido.» [61]

89. En el presente caso está claro, en mi opinión, que no puede existir duda alguna en cuanto al objeto del procedimiento. La Comisión sigue reprochando que la Comunidad francesa someta a autorización previa la transmisión por redes de distribución por cable de programas de organismos de

59 — Véase el punto 20 *supra*.

60 — Véase el apartado 2 del artículo 5 del Decreto de 4 de mayo de 1994.

61 — Auto de 11 de julio de 1994, Comisión/España (C-266/94, Rec. p. I-1975), apartados 16 y 17.

radiodifusión extranjeros. La circunstancia de que las disposiciones de que se trata estén contenidas actualmente en el Decreto de 4 de mayo de 1994 carece de relevancia en este contexto.

La declaración de admisibilidad del recurso tampoco supone una merma de los derechos de la parte demandada. En efecto, la parte demandada no podía albergar dudas en cuanto a las imputaciones que la Comisión formuló contra ella. Tampoco podía ignorar que el Decreto de 4 de mayo de 1994 no sería suficiente para poner remedio al incumplimiento que la Comisión le reprocha. Por lo demás, en su dictamen motivado, la Comisión ya había indicado que el proyecto de nuevo Decreto presentado el 5 de julio de 1991 no podía ser considerado como suficiente. Por último, no se alcanza a entender en qué podría haber perjudicado la manera de proceder de la Comisión a la parte demandada en sus posibilidades de defensa contra las imputaciones formuladas por aquélla.

90. Si declarase la inadmisibilidad del recurso en un asunto como el que aquí nos ocupa, se complicaría, por lo demás, inútilmente la tarea de la Comisión y se terminaría, en definitiva, por conceder un plazo suplementario al Estado miembro que no se atenga puntualmente a sus obligaciones. Ha de señalarse al respecto que, incontestablemente, el Decreto de 4 de mayo de 1994 no fue adoptado sino después de transcurrido el plazo que la Comisión había concedido a la parte demandada en su dictamen motivado.

91. Por lo que se refiere, por último, a la objeción formulada por la parte demandada en el sentido de que la Comisión no tuvo en cuenta la normativa vigente en el momento en que emitió su dictamen motivado, ha de señalarse que el Decreto invocado por la parte demandada no se adoptó hasta el 4 de mayo de 1994. Dado que la Comisión tenía que orientarse por la normativa efectivamente en vigor, no tenía que examinar los eventuales proyectos de un nuevo Decreto. Por otra parte, consta que, de todos modos, la parte demandada no envió a la Comisión una copia del proyecto de nuevo Decreto sino el 4 de febrero de 1994, esto es, después de haber recibido el dictamen motivado de 10 de enero de 1994.

92. En virtud de tales consideraciones, opino que debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad propuesta por la parte demandada.

b) Procedencia del recurso

93. La Comisión reprocha a la parte demandada que las disposiciones de la Comunidad flamenca objeto del litigio infringen el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva al someter a autorización previa la retransmisión en sus redes de distribución por cable de programas de organismos de radiodifusión de otros Estados miembros. A tenor del apartado 2 del artículo 10 del Decreto, la autorización requiere que el organismo de radiodifusión esté autorizado en el Estado miembro de origen, que el Estado miembro de origen garantice que dicho organismo de

radiodifusión se ajusta a lo dispuesto en la Directiva y que no se menoscaben en la Comunidad flamenca el orden público, las buenas costumbres y la seguridad pública. Sin embargo, alega la Comisión, la Directiva no admite ninguno de estos requisitos.

94. La parte demandada mantiene primeramente que las disposiciones objeto del litigio no someten a autorización del Gobierno flamenco la retransmisión de programas procedentes de otros Estados miembros, sino que constituyen una simple obligación de notificar los programas. Ya he considerado y refutado este motivo al examinar la admisibilidad del recurso. Las disposiciones objeto del litigio siguen manteniendo la exigencia de que la retransmisión se autorice previamente por el Gobierno flamenco.

95. Por lo que se refiere a los requisitos enunciados en el apartado 2 del artículo 10 del Decreto de 4 de mayo de 1994, la parte demandada considera que son conformes a Derecho.

96. Según ella, es razonable exigir del organismo de radiodifusión de que se trate que disponga de una autorización del Estado miembro de origen, y ello no infringe en modo alguno la Directiva. Sobre este punto, la parte demandada invoca por analogía la Segunda Directiva en materia de bancos. [62]

97. No procede seguir este argumento. La Directiva impone a los Estados miembros velar por que los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia se ajusten a la legislación del Estado miembro de origen y a las disposiciones de la Directiva. Según se enuncia en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, los Estados miembros deben cumplir tal obligación «con los medios adecuados» a tal fin, el Estado miembro de origen no está obligado a someter a autorización la actividad del organismo de radiodifusión de que se trate (aunque puede hacerlo). Puede renunciar a ello cuando pueda garantizar, por otra vía, la observancia de la normativa nacional y de la Directiva. Así se deduce del decimotercer considerando de la Directiva, según el cual, se deja a los Estados miembros la tarea de regular la cuestión de los «sistemas de concesión o de autorización administrativa». Del contexto se infiere claramente que en este punto se trata en todo caso del Estado miembro de origen y no del Estado miembro de recepción. Al exigir que el Estado miembro de origen dé su autorización, el apartado 2 del artículo 10 del Decreto de 4 de mayo de 1994 no es, por consiguiente, compatible con la Directiva. Las normas adoptadas por el legislador comunitario en el sector bancario carecen de incidencia en el sector que aquí nos ocupa.

62 — Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, Segunda Directiva para la coordinación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (DO L 386, p. 1).

Las consideraciones que, con carácter manifiestamente subsidiario, formula la parte demandada al exponer que, en este punto, el concepto de «aprobación» no debe entenderse en su acepción estricta no me parecen convincentes, dado el tenor de la disposición. Carecen asimismo de pertinencia los motivos de la parte demandada cuando mantiene que, en todo caso, las disposiciones de la Directiva no se infringen, por cuanto el marco jurídico no era claro al respecto. Aun cuando, en contra de la opinión que mantengo hubiera sido así, ello no alteraría en nada el hecho del incumplimiento. En efecto, basta que el Estado miembro de que se trate haya incumplido objetivamente sus obligaciones; el comportamiento culposo carece aquí de toda transcendencia.

98. La parte demandada justifica el apartado 2 del artículo 10 del Decreto de 4 de mayo de 1994, que exige que el organismo de radiodifusión televisiva sea sometido a un control efectivo en el Estado miembro de origen, manteniendo que únicamente las emisiones de los organismos que se hayan ajustado a las disposiciones de la Directiva pueden acogerse a sus ventajas. Se trata, por consiguiente, de dilucidar si el Estado miembro de recepción tiene derecho a someter a un control secundario emisiones procedentes de otros Estados miembros para comprobar si el Estado miembro de origen se ha ajustado a las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva. Ya he tratado esta cuestión en relación con la normativa de la Comunidad francesa. Como expuse allí, esta cuestión ha de responderse negativamente. [63]

99. Por lo que se refiere al requisito de que los programas de los organismos de radiodifusión extranjeros únicamente se transmitan en las redes de distribución por cable en Flandes si no menoscaban el orden público, las buenas costumbres y la seguridad pública en la Comunidad flamenca, la parte demandada expone que la Directiva no coordinó en modo alguno las legislaciones de los Estados miembros sobre este punto. Esa es la razón por la que, según ella, el Estado miembro de recepción no infringe el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva al efectuar un control dirigido a comprobar que se respetan dichas condiciones.

100. Hay que conceder a la parte demandada que las referidas materias no están, efectivamente, reguladas en la Directiva, por lo menos de manera exhaustiva. Así, por ejemplo, el artículo 12 de la Directiva enuncia severos requisitos que debe cumplir la publicidad televisada. No debe, en particular, atentar contra el respeto a la dignidad humana ni contra las convicciones religiosas o políticas. Por el contrario, no se encuentra disposición expresa relativa a las demás emisiones, excepción hecha de la tercera frase del artículo 22, a tenor de la cual las emisiones televisadas no han de contener ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad. [64] Cabría, por consiguiente, imaginar que la Directiva haya querido dejar a los Estados miembros de recepción la facultad de actuar, en su caso, contra las emisiones de organismos de radiodifusión extranjeros cuando consideren que la protección del orden público, de las buenas costumbres o de la seguridad pública lo

63 — Véanse los puntos 42 y ss. *supra*.

64 — Esta disposición se inscribe en el Capítulo V titulado «Protección de los menores». Puede, no obstante, considerarse que la norma se extiende a todas las emisiones.

requiere. También podría abogar por ello el hecho de que la Directiva —como ya he expuesto— no regula de manera exhaustiva y definitiva el sector de la televisión.

101. Sin embargo, una interpretación como ésa haría fracasar en gran medida la liberalización perseguida por la Directiva. Como, acertadamente, manifestó a este respecto la propia parte demandada en su escrito de contestación, la Directiva se basa en el «principio fundamental de confianza recíproca» de los Estados miembros. Resulta, asimismo, del decimoquinto considerando, ya citado en varias ocasiones, que, en el ánimo del legislador, el control del Estado miembro de origen debe bastar, mientras que el Estado miembro de recepción sólo tiene la facultad de actuar contra la retransmisión de programas procedentes de otros Estados miembros en condiciones rigurosamente definidas.

En particular, el régimen de protección de los menores contenido en el artículo 22 y en la frase segunda del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, demuestra que la Directiva cubre, asimismo, ámbitos que deben considerarse incluidos dentro del orden público, las buenas costumbres o la seguridad pública. Cuando, en los aspectos que reguló, el legislador comunitario vinculó a condiciones rigurosas la facultad del Estado miembro de recepción de actuar unilateralmente y, en otras materias, no concedió facultades de este tipo al Estado miembro de recepción, debe deducirse que estimó que el control del Estado miembro de origen bastaba para proteger estos valores. Se trata aquí de la aplicación del principio ya evocado de la confianza recíproca que, en este punto, parece gozar de un reconocimiento generalizado. [65]

102. Esto no perjudica desmesuradamente los intereses legítimos de los Estados miembros de recepción. A parte de la facultad de intervención que les reconoce la segunda frase del apartado 2 del artículo 2, conservan la facultad de demandar ante el Tribunal de Justicia al Estado miembro de origen que haya descuidado sus obligaciones de control. La posibilidad de medidas provisionales hace posible remediar rápidamente situaciones que así lo requieran.

103. Procede, por otra parte, considerar que, en los casos en que programas procedentes de otros Estados miembros puedan ser directamente captados en el Estado miembro de recepción, el recurso ante el Tribunal de Justicia es prácticamente la única salida que se le ofrece si el Estado miembro de origen incumple las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva.

104. Por lo demás, considero que el Tribunal de Justicia no tiene, en absoluto, que decidir si un Estado miembro no tiene en ningún caso —por muy sangrante que sea— el derecho de intervenir para proteger el orden público, la seguridad pública o las buenas costumbres actuando contra la transmisión

65 — Las controversias y divergencias que se han expresado durante el presente procedimiento se refieren a los artículos 4 y 5 de la Directiva, que difícilmente cabe clasificar dentro del ámbito del orden público y de la seguridad pública o de las buenas costumbres.

de programas procedentes de otros Estados miembros. No es, en todo caso, posible invocar la protección de dichos valores para justificar un sistema que somete de manera *general* a la autorización previa del Estado miembro de recepción la transmisión de programas procedentes de otros Estados miembros, como hacen las normas de la Comunidad flamenca objeto del litigio. Un régimen de esta índole va claramente más allá de lo necesario para proteger dichos valores.

105. Sólo en aras de la exhaustividad, deseo señalar que la parte demandada invoca la Directiva 93/83 también en la parte correspondiente a las disposiciones de la Comunidad flamenca. Sobre este aspecto, puedo remitirme a las consideraciones que dediqué a los argumentos basados en dicha Directiva cuando examiné la normativa de la Comunidad francesa. [66]

106. Por consiguiente, procede estimar que la normativa contenida en el Decreto de 4 de mayo de 1994, según la cual la distribución por cable de programas televisados procedentes de otros Estados miembros debe ser previamente autorizada, infringe el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva.

66 — Véanse los puntos 55 y ss. *supra*.

3. *Bruselas capital*

107. La Comisión reprocha al Reino de Bélgica haber infringido el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva también en la Región de Bruselas capital, en la medida en que no ha adaptado su Derecho interno a dicha disposición.

108. En un primer momento, la parte demandada se contentó con indicar en su escrito de contestación que, el 30 de marzo de 1995, se había promulgado una ley por la que se adaptaba el Derecho interno a la Directiva.

109. En su réplica, la Comisión mantuvo que dicha ley había sido adoptada demasiado tarde. Por lo demás, según la Comisión, el texto de la referida ley se inspira en gran medida en la normativa incluida en el Decreto de la Comunidad flamenca de 4 de mayo de 1994 y merece, por consiguiente, críticas análogas. La Comisión se reservó por ello el derecho de interponer, sobre este punto, un recurso por incumplimiento en virtud del artículo 169 del Tratado.

110. En su dúplica, la parte demandada repuso que no se infringía la Directiva. Mantuvo primeramente que, con arreglo al apartado 2 del artículo 127 de la Constitución belga, los Decretos de la Comunidad francesa y de la Comunidad flamenca son,

respectivamente, también aplicables a la Región de Bruselas capital, de modo que esta última no tiene que adaptar por sí misma el Derecho interno a la Directiva. Además, en el momento en que la Comisión le ofreció la posibilidad de manifestar sus observaciones, la Región de Bruselas capital no tenía una normativa que limitara el derecho de retransmitir emisiones procedentes del extranjero. Por último, considera también que ha de apreciarse inadmisibilidad del recurso de la Comisión en la medida en que se refiere a la nueva ley, ya que ésta no fue objeto de procedimiento administrativo previo.

111. Habida cuenta del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, dudo seriamente que la parte demandada pueda aún proponer válidamente tales motivos de oposición en la dúplica. Sin embargo, dado que la postura de la parte demandada me parece, de todos modos, carente de fundamento, no es decisivo este aspecto.

112. El motivo de inadmisibilidad propuesto por la parte demandada carece de objeto, ya que, aun cuando la Comisión menciona efectivamente la nueva ley en sus escritos, no la ha convertido en el objeto de su demanda. El argumento basado en el apartado 2 del artículo 127 de la Constitución belga tampoco es convincente. Los Decretos adoptadas por la Comunidad francesa y por la Comunidad flamenca sólo se aplican a las personas que pertenezcan a una de las dos Comunidades. No se aplican, por consiguiente, a las que no tengan tal cualidad. La adopción de la ley promulgada el 30 de marzo de 1995 que, a tenor de su artículo 3, sólo se aplica a los organismos que no puedan considerarse pertenecientes a la Comunidad francesa ni a la Comunidad flamenca, confirma, por lo demás, expresamente que existía una laguna al respecto.

113. Por lo que se refiere al último motivo de la parte demandada, hay que señalar que, sobre este punto parece adoptar una postura paradójica. Mientras que, por una parte, mantiene que en la época de que se trata la Región de Bruselas capital carecía de normativa en este sector, y por consiguiente de normativa que pudiera restringir el derecho a la libre retransmisión de emisiones extranjeras establecido por la Directiva, expone, por otra, que la normativa de la Comunidad francesa y la de la Comunidad flamenca eran aplicables. La única conclusión que pueden sugerir todos estos elementos es que, o bien la adaptación del Derecho interno a la Directiva se produjo demasiado tarde, por lo que respecta a la Región de Bruselas capital (esto es, mediante la ley de 30 de marzo de 1995), o bien —si fuera cierto que no existían normas restrictivas— que el estado objetivamente confuso y opaco de la normativa exigía una clarificación por parte del legislador. [67]

114. Por tales motivos, me parece fundado la imputación de la Comisión.

67 — Me parece dudoso que durante el período de que se trata la Región de Bruselas capital careciera de normativa en este ámbito, aunque sólo sea porque la ley de 30 de marzo de 1995 deroga en su artículo 42 los artículos 2 y 3 de la Ley de 6 de febrero de 1987, relativa a las redes de radiodifusión y radiofusión televisiva y a la publicidad comercial en la radio y en la televisión (véase, asimismo, la nota 12 *supra*).

4. *La Comunidad germanófona*

115. También por lo que se refiere a la Comunidad germanófona, la Comisión imputa a la parte demandada haber infringido el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, al no adoptar a dicho precepto su Derecho interno.

116. La parte demandada alega en su defensa que la Comunidad germanófona carece de normativa que puede restringir el derecho de libre retransmisión de programas procedentes del extranjero. Según ella, el Real Decreto de 24 de diciembre de 1966, que inicialmente regía esta materia, quedó anulado, al ser derogado el artículo 13 de la Ley de 26 de febrero de 1960 que le servía de base, por el artículo 30 de la Ley de 13 de julio de 1987. [68]

117. Durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, el agente de la Comisión no negó estos datos, que la parte demandada no aportó hasta la vista oral. Mantuvo, no obstante, que, habida cuenta del marco normativo, que era cualquier cosa menos transparente, habría sido necesario que el legislador interviniera para establecer claramente que el derecho de retransmisión estaba efectivamente garantizado. No puedo dejar de adherirme a esta opinión. En vista del contexto que queda descrito, las obligaciones derivadas de la Directiva imponían clarificar el marco normativo. Las incertidumbres vinculadas al carácter confuso de la normativa compromete, efectivamente, el pleno ejercicio de los derechos que la Directiva se propone garantizar.

118. Por consiguiente, también en este punto es fundada la imputación de la Comisión.

II. *Infracción de los artículos 14 y 15 de la Directiva*

119. La Comisión reprocha a la parte demandada no haber adaptado plenamente su Derecho interno a los artículos 14 y 15 de la Directiva por lo que se refiere a la Comunidad francesa. Mientras que el artículo 14 de la Directiva prohíbe la publicidad televisada de medicamentos y de tratamientos médicos que únicamente puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro de origen, la disposición de Derecho interno de que se trata se limita a prohibir la publicidad de medicamentos. En la Comunidad francesa los límites que el artículo 15 impone a la publicidad televisada de bebidas alcohólicas sólo se impusieron, según la Comisión, a un único organismo de radiodifusión y no a los demás. Por lo demás, la normativa de que se trata sólo se refiere a las bebidas alcohólicas con más de diez grados, mientras que el artículo 15 de la Directiva se refiere a todas las bebidas alcohólicas.

68 — Véase el punto 24 *supra*.

120. Como la Comisión ha señalado acertadamente, la parte demandada no niega en el fondo sus reproches. Llama especialmente la atención que sobre este punto el Reino de Bélgica se limite a reproducir los motivos de la Comunidad francesa en los que ésta mantiene que corresponde al Estado federal adaptar el Derecho interno al artículo 14 de la Directiva.

121. Por consiguiente, también sobre este punto es fundado el recurso de la Comisión.

C. Conclusión

122. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que estime en todas sus partes el recurso de la Comisión y condene en costas al Reino de Bélgica.