CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS

presentadas el 24 de junio de 1999 *

1. El presente litigio tiene por objeto las interrupciones publicitarias de las películas emitidas por televisión y, en particular, el método que, con arreglo a la Directiva «Televisión sin fronteras», [1] debe utilizarse para calcular el número autorizado de tales interrupciones.

3. El litigio se suscita por el tenor del artículo 11, apartado 3, de la Directiva, en el que se establece que el número autorizado de interrupciones publicitarias de las películas emitidas por televisión debe calcularse en función de un período denominado «duración programada».

Hechos y procedimiento principal

2. Las demandantes son once organismos públicos de radiodifusión de los Länder que están asociados en la Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (en lo sucesivo, «ARD»). Con arreglo a la Grundgesetz (Ley Fundamental alemana), la radiodifusión televisiva es competencia de los Länder. Dichos organismos son responsables conjuntamente del canal televisivo ARD. La demandada, PRO Sieben Media AG (en lo sucesivo, «Pro Sieben»), es un organismo privado de radiodifusión televisiva.

4. Según el principio «bruto», defendido por Pro Sieben, la duración de los anuncios se ha de incluir en el período empleado para calcular el número autorizado de interrupciones. Según el principio «neto», defendido por ARD, no cabe incluir los anuncios en dicho período, es decir, el período de que se trata sólo tiene en cuenta la duración de la película propiamente dicha. La diferencia reside en que, en determinadas circunstancias, la aplicación del principio bruto permite un número mayor de interrupciones que el principio neto.

5. ARD planteó esta cuestión ante los órganos jurisdiccionales alemanes demandando a Pro Sieben por competencia des-

* Lengua original: inglés.

1 — 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 (DO L 298, p. 23). Fue modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60) (véase el punto 8 *infra*).

leal. Otros dos organismos privados de radiodifusión televisiva, SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH y Kabel 1, K1 Fernsehen GmbH, han intervenido en apoyo de Pro Sieben en los procedimientos nacionales. En octubre de 1996, el Landgericht Stuttgart, interpretando la normativa alemana aplicable en esta materia,[2] ordenó a Pro Sieben que no interrumpiera las películas con una frecuencia mayor que la permitida aplicando el principio neto. En su recurso de apelación ante el Oberlandesgericht Stuttgart, Pro Sieben alegó que si bien la normativa alemana establecía el principio neto, dicha normativa era contraria a la Directiva y al Derecho comunitario primario.

6. El Oberlandesgericht Stuttgart suspendió el procedimiento en noviembre de 1997 y solicitó al Tribunal de Justicia una decisión prejudicial para las siguientes cuestiones:

«1) ¿El artículo 11, apartado 3,[3] de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE (Directiva de modificación de la "Directiva sobre radiodifusión televisiva"), o el artículo 11, apartado 3, 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 (Directiva sobre radiodifusión televisiva), que es del mismo tenor, establecen el principio bruto o el principio neto?

2) En el caso de que el artículo 44, apartado 4, del Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (anexo B 33, p. 437 del anexo) establezca el principio neto, ¿es esto compatible con el artículo 11, apartado 3, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre radiodifusión televisiva y con el Derecho comunitario primario (artículos 5, 6, 30 y siguientes, 59 y siguientes, y 85 y siguientes del Tratado CE, y el principio de igualdad)?»

Primera cuestión

7. Los Estados miembros que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia discrepan sobre la primera cuestión: Francia, los Países Bajos y Portugal defienden el principio neto mientras que Italia, Luxemburgo y el Reino Unido abogan por el principio bruto, al igual que la

2 — Artículo 26, apartado 4, del Staatsvertrag der 16 Bundesländer über den Rundfunk im vereinigten Deutschland (Tratado de Estado de los dieciséis Bundesländer sobre radiodifusión en la Alemania reunificada) de 31 de agosto de 1991. Esta disposición fue sustituida por el artículo 44, apartado 4, del Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Tercer Tratado de Estado de modificación de los Tratados de Estado sobre radiodifusión), que entró en vigor el 1 de enero de 1997.

3 — Esta referencia al artículo 11, apartado 3, es incorrecta. El nuevo tenor del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 89/552 fue incorporado mediante el artículo 1, número 13, de la Directiva 97/36.

Comisión. Suecia sólo se pronuncia sobre la segunda cuestión.

La Directiva sobre televisión

8. La Directiva sobre televisión se aprobó el 3 de octubre de 1989 y los Derechos internos debían adaptarse a lo que ésta disponía a más tardar el 3 de octubre de 1991. [4] Fue modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, que fijaba el 31 de diciembre de 1998 como fecha final del plazo de adaptación de los Derechos nacionales. [5] Aunque los procedimientos judiciales del presente asunto comenzaron antes de que se aprobara esta última Directiva, la resolución de remisión del Oberlandesgericht Stuttgart se dictó en diciembre de 1997 y, por tanto, se refiere a ambas Directivas. La segunda de ellas modificó, mediante su artículo 1, número 13, el artículo 11 de la primera Directiva, pero no alteró de modo significativo el tenor del apartado 3 del artículo 11, objeto del procedimiento principal. Las citas que se hacen en estas conclusiones corresponden a la versión modificada de la Directiva, a no ser que se indique lo contrario.

9. La Directiva se aprobó con arreglo al artículo 57, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 47 CE, apartado 2, tras su modificación) y al artículo 66 (actualmente artículo 55 CE). De la exposición de motivos de la Directiva resulta que el objetivo de ésta era el de establecer el marco jurídico para la radiodifusión televisiva en el mercado interior, al considerarse que la adopción de normas comunes para tal radiodifusión contribuiría, en particular, a garantizar la libre prestación de servicios. Entre dichas normas comunes se cuentan, formando una parte sustancial de la Directiva, las relativas a la publicidad, que se contienen en el Capítulo IV de la Directiva, titulado «Publicidad por televisión, patrocinio y televenta» (artículos 10 a 20).

10. La publicidad deberá ser fácilmente identificable y diferenciarse claramente del resto del programa (artículo 10, apartado 1). Por regla general, deberá insertarse entre los programas. Podrá también insertarse dentro de los programas siempre que no menoscabe «la integridad ni el valor de los programas, teniendo en cuenta interrupciones naturales del programa, así como su duración y su naturaleza, y de manera que no se perjudiquen los derechos de los titulares de derechos» (artículo 11, apartado 1). De lo anterior resulta que la Directiva trata de alcanzar, con estas disposiciones, un compromiso entre intereses potencialmente en conflicto: los de los televidentes, los de los organismos de radiodifusión, los de los anunciantes —de los que depende económicamente la actividad de radiodifusión— y los de los creadores de los programas.

11. El artículo 11, apartado 2, establece una disposición especial para los programas que, por su naturaleza, están compuestos por partes autónomas, como la retransmisión de acontecimientos deportivos. En este caso, la publicidad deberá insertarse en los intervalos, por ejemplo, en el descanso de los partidos.

4 — Artículo 25 de la Directiva.

5 — Artículo 2 de la Directiva de modificación.

12. El artículo 11, apartado 3, es del siguiente tenor:

«La transmisión de obras audiovisuales tales como los largometrajes cinematográficos y las películas concebidas para la televisión (con exclusión de las series, seriales, emisiones de entretenimiento y documentales), cuya duración programada sea superior a cuarenta y cinco minutos, podrá ser interrumpida una vez por cada período de cuarenta y cinco minutos. Se autorizará otra interrupción si la duración programada es superior en veinte minutos por lo menos a dos o más períodos completos de cuarenta y cinco minutos.»

13. Por lo general, deberá transcurrir un período de al menos 20 minutos entre cada interrupción publicitaria (artículo 11, apartado 4).

14. El artículo 11, apartado 5, dispone:

«No podrá insertarse publicidad ni televenta en las transmisiones de servicios religiosos. Los telediarios, los informativos de actualidad, los documentales, los programas religiosos y los programas infantiles, cuya duración programada sea inferior a treinta minutos, no podrán ser interrumpidos por la publicidad ni por la televenta. Se aplicarán los apartados precedentes cuando tengan una duración programada de treinta minutos como mínimo.»

15. Los artículos 12 a 20 contienen otras disposiciones sobre publicidad y patrocinio y más adelante será necesario hacer referencia a algunas de ellas.

16. Los efectos del artículo 11, apartado 3, dependerán de si se aplica el principio bruto o el principio neto. Por ejemplo, si una película dura cuarenta minutos, no podrá ser interrumpida con publicidad según el principio neto, mientras que con arreglo al principio bruto podrá ser interrumpida por seis minutos de anuncios. No obstante, esta cuestión está sujeta a los límites globales impuestos en el artículo 18. A modo de ejemplo, el artículo 18, apartado 2, establece la duración máxima de la publicidad por cada segmento de una hora. De este modo, aunque la aplicación del principio neto permitiría menos interrupciones que el principio bruto, no resultaría afectado el volumen total de publicidad si se aprovecha al máximo el tope previsto en el artículo 18. Por tanto, el dilema está entre interrupciones más frecuentes y más cortas según el principio bruto o menos frecuentes y más largas según el principio neto. No obstante, la cuestión es de gran interés en varios Estados miembros y tiene considerable importancia tanto desde el punto vista comercial como del de la política de radiodifusión televisiva.

17. Con el fin de determinar si el artículo 11, apartado 3, establece el principio bruto o el principio neto, examinaré, como hizo el representante del Gobierno francés en la vista, por este orden, la interpretación literal, los antecedentes

legislativos, la interpretación sistemática y, por último, los objetivos de la Directiva.

Interpretación literal

18. Tanto los defensores del principio bruto como los del principio neto ponen gran énfasis en el tenor del artículo 11, apartado 3.

19. El primer argumento esgrimido en apoyo del principio neto es que, en varias versiones lingüísticas —aunque no en todas ellas— del artículo 11, apartado 3, la duración se indica en relación con las propias obras audiovisuales (películas), y no con la *transmisión* de dichas películas. Se sostiene que al referirse a la duración de las películas, esta disposición ha de entenderse en el sentido de que contempla la película excluyendo las pausas publicitarias, mientras que si se refiriera a la transmisión de la película sería más fácil que se interpretara en el sentido de que incluye tanto la película como las pausas publicitarias. [6]

20. En contra de este argumento y en apoyo del principio bruto, se formula otra alegación basada en el tenor del artículo 11, apartado 3, según la cual esta disposición no se limita a referirse a la «duración» de las obras sino que lo hace a su «duración programada». Se argumenta que esta expresión ha de referirse a la duración del programa tal como aparece en la programación del organismo de radiodifusión y, por tanto, incluye el tiempo de publicidad. De lo contrario, la palabra «programada» sería redundante.

21. No obstante, se han propuesto otras explicaciones para la utilización de dicho término. Una es que las películas cinematográficas se emiten por televisión a una velocidad ligeramente diferente. Por tanto, era preciso especificar que lo decisivo no era la duración de la obra original, sino la duración de la película tal y como se había programado para televisión. Otra explicación, tan plausible al menos como la anterior, es que el término «programada» resulta necesario para contemplar la posibilidad de que la versión de la película tal y como se haya emitido pudiera ser menor que la programada, debido a cortes u otras modificaciones que no hubiera sido posible prever. Así, se consideró que el organismo de radiodifusión no debía correr el riesgo de ser sancionado por pequeñas divergencias de este tipo, por lo que el criterio pertinente debía ser la duración programada y no la duración de la emisión. Ambas explicaciones son compatibles con el principio neto, por lo que estimo que es arriesgado otorgar demasiada importancia al término «programada» en apoyo del principio bruto.

22. También se ha llamado la atención sobre el hecho de que la Directiva de modificación sustituyera la expresión «pro-

6 — Véase Pechstein, M.: «Brutto- bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung», EuZW, 1994, p. 583.

grammed duration», utilizada en la versión inglesa de la primera Directiva, por la de «scheduled duration». Sin embargo, es posible que «programmed duration» se empleara inicialmente como traducción literal, aunque poco afortunada, del francés «durée programmée», y que se aprovechara la Directiva de modificación para mejorar la versión inglesa. En cualquier caso, no existe, en mi opinión, ninguna diferencia relevante de significado.

23. El último argumento que conviene examinar en este momento es el que resulta de una lectura normal, guiada por el sentido común, del artículo 11, apartado 3. Podría parece paradójico entender la expresión «duración programada», que es el rasero establecido por dicha disposición para decidir el número de interrupciones autorizadas, en el sentido de que incluye también estas interrupciones. Parece, por lógica, que primero se debe determinar la duración de la película y sólo posteriormente se podrá determinar cuántas son las interrupciones autorizadas.

24. A primera vista, este argumento parece proporcionar una base sólida para el principio neto. No obstante, debe reconocerse que la disposición puede entenderse de otro modo, como así se ha hecho. Además, en el resto de la Directiva la base para calcular las pausas publicitarias incluye la propia publicidad. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 18, apartado 2, que regula los límites de la publicidad por cada segmento de una hora.

25. Como conclusión puede afirmarse que los argumentos basados en el tenor del artículo 11, apartado 3, juntos o por separado, no permiten aclarar si dicha disposición establece el principio bruto o el principio neto. Paso ahora a considerar los antecedentes legislativos de la Directiva.

Los antecedentes legislativos de la Directiva

26. No ha sido frecuente que el Tribunal de Justicia busque en los antecedentes legislativos de un instrumento comunitario orientación sobre su significado. Se suelen considerar únicamente como un medio complementario de interpretación. El Tribunal de Justicia ha otorgado mayor importancia a su estructura y contexto legislativo (interpretación sistemática) y a sus objetivos y finalidad. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los antecedentes pueden ser de ayuda. Así, en el asunto RTI,[7] al examinar los antecedentes legislativos de la Directiva objeto del presente litigio, hizo referencia a los mismos elementos que se invocan ahora, es decir, al Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza y a la posición defendida por la Instituciones comunitarias durante los trabajos preparatorios.

7 — Sentencia de 12 de diciembre de 1996, RTI y otros (asuntos acumulados C-320/94, C-328/94, C-329/94 y C-337/94 a C-339/94, Rec. p. I-6471).

El Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza

27. El primer elemento invocado de los antecedentes legislativos de la Directiva es el Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza, [8] adoptado en el marco del Consejo de Europa poco después de que se aprobara la Directiva y que contiene disposiciones muy similares. Los trabajos de ambos instrumentos se desarrollaron simultáneamente y el Consejo Europeo, reunido en Rodas los días 2 y 3 de diciembre de 1988, declaró:

«El Consejo Europeo considera importante que los esfuerzos realizados por la Comunidad sean acordes con el Convenio del Consejo de Europa.» [9]

Además, en la exposición de motivos de la Directiva se hace referencia a este Convenio.

28. El artículo 14, apartado 3, del Convenio está redactado en términos idénticos a los del artículo 11, apartado 3, de la Directiva excepto en que se refiere a la «duración» en lugar de a la «duración programada». La misma diferencia aparece en los textos auténticos del Convenio, a saber, las versiones inglesa y francesa.

29. Se pueden extraer conclusiones diferentes de la relación entre la Directiva y el Convenio. Por una parte, podría argumentarse que la diferencia de redacción refleja una diferencia en el significado. Por otra parte, podría decirse que no hay que tener en cuenta la diferencia de redacción, pues no es probable que los mismos Estados, negociando simultáneamente —aunque en el marco algo más amplio del Consejo de Europa e incluyendo también a los Estados partes en el Convenio Cultural Europeo—, hayan acordado disposiciones incoherentes.

30. Si bien el artículo 14, apartado 3, del Convenio no se refiere a la «duración programada», sí lo hace el informe explicativo del Convenio, que carece de carácter vinculante [10] Además, el Convenio ha sido modificado recientemente por un Protocolo [11] para incluir en artículo 14, apartado 3, una referencia a la «duración programada». Según las observaciones de la Comisión en el presente asunto, esta modificación está pensada para facilitar la adhesión de la Comunidad al Convenio. En cualquier caso, la modificación sugiere

8 — Serie de Tratados Europeos nº 132.

9 — Boletín CE, nº 12-1998, pp. 8 y ss., especialmente p. 10.

10 — Televisión transfronteriza: informe explicativo del Convenio europeo (5 de mayo de 1989), apartado 191. No obstante, el apartado 192 se refiere a la duración de la películas. Los informes explicativos de los convenios del Consejo de Europa son adoptados por el Comité intergubernamental que aprueba el texto del convenio de que se trate, pero no por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y se presentan como no vinculantes.

11 — Protocolo por el que se modifica el Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza, Serie de Tratados europeos nº 171, 1 de octubre de 1998.

ciertamente que se otorga relevancia al término «programada».

La declaración del Consejo y la Comisión

31. La Comisión y el Gobierno del Reino Unido se refieren al acta del Consejo de 3 de octubre de 1989,[12] fecha en la que se aprobó la primera Directiva, que tal y como se cita por éstos contiene una declaración del Consejo y la Comisión en el sentido de que las duraciones previstas en los apartados 3 y 5 del artículo 11 han de ser calculadas sobre la base de la duración programada de la emisión. El Tribunal de Justicia suele ser reticente a fundarse en una declaración de este tipo para interpretar una disposición, a menos que el contenido de la declaración esté reflejado en el tenor de la disposición que se interpreta.[13] En el caso de autos, la declaración encuentra en el texto una expresión bastante aproximada. De hecho, cabe afirmar que la declaración no es sino una respuesta para la pregunta de qué significa «duración programada», que es precisamente la cuestión objeto de este asunto. Una vez más se muestra la importancia otorgada a este término. Además la declaración se refiere a la duración programada de las emisiones («la durée programmée des émissions»), que como se señaló anteriormente puede entenderse de forma más inmediata en el sentido de que incluye la película y las pausas publicitarias.

La enmienda propuesta por el Parlamento Europeo

32. Como parte de los antecedentes legislativos, se invoca una enmienda al artículo 11, apartado 3, propuesta por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1996 durante el procedimiento que culminó con la aprobación de la Directiva de modificación. La enmienda estaba redactada en los siguientes términos:

«La transmisión de obras audiovisuales como los largometrajes cinematográficos y las películas realizadas para la televisión (con excepción de las series, las telenovelas, los programas recreativos y los documentales) podrá ser interrumpida una vez por cada período completo de 45 minutos. Se autorizará otra interrupción si la duración programada, *que se habrá de calcular neta de cualquier posible interrupción,* es superior por lo menos en 20 minutos a dos o más períodos completos de 45 minutos [...]» (el subrayado es mío).[14]

El Parlamento, por tanto, quiso dejar claro que se establecía el principio neto, al menos

12 — La Comisión y el Reino Unido la citan como el documento del Consejo SN 3063/89. El texto original francés está redactado en los siguientes términos: «Le Conseil et la Commission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programmée des émissions».

13 — Véase la sentencia de 26 de febrero de 1991, Antonissen (C-292/89, Rec. p. I-745), apartado 18; compárese con la sentencia de 12 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión (C-106/96, Rec. p. I-2729), apartado 29.

14 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO 1996, C 65, pp. 96 y ss., especialmente p. 107).

en el supuesto de que se contemplase «otra interrupción».

33. La respuesta de la Comisión [15] a este respecto fue que no podía aceptar la parte de la enmienda en la que se establecía que la base para el cálculo del número de pausas autorizadas debía ser la duración programada de la transmisión «con exclusión de todas las interrupciones». En su opinión, de este modo se impondría una restricción innecesaria que tendría una repercusión muy negativa en los ingresos de los organismos de radiodifusión.

34. En mi opinión, no pueden extraerse demasiadas conclusiones de los episodios mencionados de los trabajos preparatorios de la Directiva en su versión modificada. Las enmiendas propuestas por el Parlamento muestran que éste intentó que se reconociera de modo explícito el principio neto.

35. La respuesta de la Comisión indica que consideraba que la expresión «duración programada» puede incluir las interrupciones publicitarias. También muestra que la Comisión estaba a favor del principio bruto. La Comisión había defendido la misma posición anteriormente, como lo muestra su Informe sobre la aplicación de la Directiva de mayo de 1995, [16] en el que manifestaba que, en su opinión, el principio bruto era la disposición mínima necesaria para los fines de la Directiva.

36. En resumen, aunque no otorgaría demasiada importancia a los trabajos preparatorios, éstos muestran que el Parlamento no consiguió el reconocimiento parcial del principio neto e indican, quizás, que la normativa mantuvo deliberadamente una fórmula ambigua que, para la Comisión y algunos Estados miembros, admite el principio bruto.

Interpretación sistemática

37. Para abordar la interpretación sistemática parece conveniente interpretar el artículo 11, apartado 3, a la luz del Capítulo IV de la Directiva («Publicidad por televisión, patrocinio y televenta») considerado en su conjunto. Sin embargo, lo dispuesto en los demás artículos no parece ser pertinente.

38. El principal argumento, destacado en especial por los Países Bajos en sus observaciones escritas y por Francia durante la vista, se refiere a la relación entre los apartados 1 y 3 del artículo 11. Debe recordarse que el apartado 1 establece la regla general de que la publicidad ha de insertarse entre programas, pero acepta que, siempre que se cumplan los requisitos previstos en los apartados 2 a 5 de dicho

15 — Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, COM(96) 200 final.

16 — Informe sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE, COM(95) 86 final.

artículo, los anuncios «podrán también insertarse en los programas siempre que no perjudiquen la integridad ni el valor de los programas [...], y de manera que no se perjudiquen los derechos de los titulares de derechos».

39. Según los Países Bajos y Francia, dado que el apartado 1 establece la regla general de que la publicidad debe insertarse *entre* programas, la interrupción de programas permitida por el apartado 3 constituye una excepción que, al apartarse de la regla general, ha de interpretarse de modo estricto, es decir, con arreglo al principio neto.

40. No creo que deba llegarse a esa conclusión. En la práctica, lo que se discute esencialmente, como ya se ha expuesto, es la opción entre la posibilidad de interrupciones más frecuentes y más cortas e interrupciones menos frecuentes y más largas. El argumento general basado en el principio de la interpretación restrictiva de las excepciones no es de gran ayuda para resolver esta cuestión concreta.

41. En cualquier caso, la premisa es incierta en sí misma. Es evidente que una excepción ha de interpretarse de modo estricto cuando se refiere a una libertad fundamental. En las demás circunstancias, resulta más correcto otorgar a una excepción el alcance que resulte apropiado a la luz de su propio tenor y de su objetivo y finalidad. Y, en el presente asunto, el principio bruto es, en todo caso, el que aparentemente se ajusta mejor a la consecución de una libertad fundamental, ya que el principio neto impone mayores restricciones a la libertad de los organismos de radiodifusión y a los anunciantes. Obviamente, tales restricciones pueden ser deseables, entre otros motivos, para proteger al telespectador, pero no pueden justificarse, a mi modo de ver, únicamente en virtud del principio interpretativo que se invoca.

42. No obstante, considero que cabe llegar a otra conclusión realizando una interpretación sistemática. Dado que el artículo 11, apartado 1, establece una regla general, estimo que tanto si el apartado 3 de dicho artículo prevé el principio bruto como si prevé el principio neto, la publicidad que interrumpe la transmisión de películas de conformidad con esta disposición deberá cumplir siempre los requisitos de que se respete la integridad y el valor de la película y de que no resulten perjudicados los intereses de quienes posean derechos sobre aquélla.

43. Otro argumento relativo a la estructura de la Directiva se basa en el hecho de que el artículo 11, apartado 5, de la Directiva utiliza también la expresión «duración programada», alegándose que debe interpretarse del mismo modo en ambas disposiciones. Este argumento lo formula, en particular, el Gobierno del Reino Unido, cuya alegación principal sobre el artículo 11, apartado 5, plantea cuestiones algo diferentes de las que son objeto del presente litigio. Sostiene que el principio neto aplicado al artículo 11, apartado 5, dañaría la política de programación de los organismos comerciales británicos de

radiodifusión, que consiste en programar gran número de espacios informativos, de actualidad y documentales de media hora de duración con una única pausa publicitaria en la mitad de la emisión. Por motivos que se explicarán más adelante, no resulta necesario examinar las implicaciones de este argumento, en especial por lo que se refiere a las expectativas legítimas de los afectados. No obstante, admito que la expresión «duración programada» ha de recibir la misma interpretación en el apartado 3 y en el apartado 5 del artículo 11.

Argumentos teleológicos: los objetivos de la Directiva

44. Por último, examinaré los objetivos de la Directiva. Por ambos lados se aducen argumentos basados en dichos objetivos, tal y como se recogen en la exposición de motivos de la Directiva. Así, según su vigesimoséptimo considerando, la Directiva trata de asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, por lo que la publicidad televisiva debe someterse a un cierto número de normas mínimas y de criterios. Se alega que este considerando justifica una interpretación estricta del artículo 11, apartado 3, y, por tanto, respalda el principio neto.

45. Por otra parte, Pro Sieben alega que la Directiva se basa en la premisa del libre ejercicio de actividades económicas y, en particular, de la actividad de radiodifusión. Cita, entre otros, los considerandos sexto y séptimo, en los que se afirma, respectivamente, que la radiodifusión televisiva constituye un servicio con arreglo al Tratado y que el Tratado establece la libre circulación de todos los servicios realizados normalmente a cambio de una remuneración. La exposición de motivos también invoca el principio de libertad de expresión tal y como se encuentra consagrada por el artículo 10, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

46. En la exposición de motivos también se mencionan otros objetivos económicos, como la consecución de una competencia leal [17] y el fomento de las producciones europeas. [18] Por tanto, en la Directiva coexisten intereses en conflicto. Además, dista mucho de ser evidente cuál de los dos principios —bruto o neto— protege mejor los distintos intereses. Se han formulado argumentos económicos en uno y otro sentido.

47. Por ejemplo, se aduce que el principio bruto perjudicaría a los consumidores porque permitiría que los programas fueran interrumpidos con mayor frecuencia por los anuncios. Además, la mayor disponibilidad de espacios publicitarios potencialmente más baratos reduciría la demanda restante por parte de los anunciantes, lo que crearía una barrera importante para posibles nuevos organismos de radiodifu-

17 — Tercer considerando.

18 — Considerandos vigésimo, vigesimosegundo y vigesimocuarto.

sión, cuyos ingresos habrán de proceder necesariamente de la publicidad. La industria europea de radiodifusión, así como los productores y los telespectadores, se verían perjudicados y se limitaría el pluralismo que la Directiva trata de promover.

48. Pro Sieben y el Gobierno del Reino Unido, por el contrario, sostienen que la aplicación del principio neto tendría consecuencias económicas negativas para los organismos privados de radiodifusión y los anunciantes. Su razonamiento se basa en la premisa de que, como ya se ha expuesto, el principio neto permitiría menos pausas publicitarias, aunque más largas.

49. Según un estudio encargado por Pro Sieben, las interrupciones de tal duración tendrían dos efectos: en primer lugar, los telespectadores tenderían a cambiar a otros canales al inicio de dichas pausas y, en segundo lugar, con ellas se perdería el factor de reconocimiento de los anuncios individuales. [19] Esto implicaría que, en la práctica, los organismos de radiodifusión tendrían que restringir el volumen de publicidad para que sus interrupciones fueran aceptables tanto para los telespectadores como para los anunciantes. La restricción del volumen de publicidad tendría consecuencias negativas en los ingresos de los organismos privados de radiodifusión. Por otra parte, se indica que desde el punto de vista de los anunciantes —a este respecto puede haber alguna contradicción en el análisis—, disminuiría la oferta de espacios publicitarios, lo que ocasionaría una subida de precios. Además, los productores y los telespectadores europeos resultarían perjudicados ya que los organismos de radiodifusión dispondrían de menos medios para financiar una programación variada.

19 — Publieurope International Ltd, Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, p. 3.

50. Vistos los argumentos anteriores basados en los objetivos de la Directiva, tampoco parece que ofrezcan una solución clara para la elección entre el principio bruto y el principio neto. Por consiguiente, considero innecesario evaluar los argumentos económicos que se han invocado.

Apreciación

51. No cabe llegar a una conclusión clara a partir de los argumentos expuestos, basados en un análisis textual, en los antecedentes legislativos, en la interpretación sistemática y en los objetivos y posibles efectos de la Directiva. Aunque los antecedentes de ésta puedan inclinarse por el principio bruto, los argumentos no son en absoluto concluyentes.

52. En principio, en circunstancias semejantes considero que cuando una Directiva es susceptible de dos interpretaciones, no debe adoptarse la más restrictiva. Si una medida legislativa persigue imponer una restricción a una actividad, tal restricción ha de expresarse con claridad. Este principio debe aplicarse con mayor rigor cuando el ejercicio de la actividad considerada es la expresión tanto de una libertad fundamental del Tratado —la libre prestación de

servicios— como de un derecho fundamental previsto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —la libertad de expresión—, libertades ambas que se invocan expresamente en la exposición de motivos de la Directiva.

53. En cualquier caso, este principio parece especialmente idóneo en el presente asunto, en el que a primera vista la disposición controvertida, habida cuenta de las alegaciones formuladas por ambas partes, no sólo es susceptible de dos interpretaciones contrapuestas, sino que quizás sea deliberadamente ambigua. Una ambigüedad, sobre todo si es deliberada, no puede servir de fundamento para restringir una libertad fundamental.

54. A falta de indicios claros de lo contrario, de las consideraciones anteriores se desprende que dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que establece el principio bruto, dado que es menos restrictivo.

55. Ahora bien, considero que esta posición de principio se ve respaldada por una importante característica de la Directiva que no ha recibido la atención que merece.

56. Es importante recordar que en la Directiva se afirma que ésta tiene por objeto establecer únicamente disposiciones mínimas y que tales disposiciones prevén que los programas transmitidos en un único Estado miembro están sujetos a varios regímenes legales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha resaltado esta característica de la Directiva al interpretar otras de sus disposiciones relativas a la publicidad (véanse, en particular, las sentencias Leclerc-Siplec, RTI y De Agostini). [20]

57. En la exposición de motivos de la primera Directiva se puede leer:

«[...] la presente Directiva establece las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la libre difusión de las emisiones [...] [21]

[...]

[...] para asegurar de forma completa y adecuada la protección de los intereses de los consumidores como telespectadores, es básico que la publicidad televisiva se someta a un cierto número de normas mínimas y de criterios y que los Estados miembros tengan la facultad de fijar reglas más detalladas o más estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes para

20 — Sentencias de 9 de febrero de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Rec. p. I-179); RTI, citada en la nota 7 *supra*, y de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop (asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, Rec. p. I-3843).

21 — Decimotercer considerando.

los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia». [22]

58. Además, en la exposición de motivos de la Directiva de modificación se afirma:

«[...] el planteamiento adoptado en la Directiva 89/552/CEE y en la presente Directiva tiene por objeto lograr la armonización esencial, necesaria y suficiente para garantizar la libre circulación de las emisiones de radiodifusión televisiva en la Comunidad; [...] los Estados miembros tienen la facultad de aplicar a los organismos de radiodifusión televisiva que estén bajo su jurisdicción normas más estrictas o más detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva [...]». [23]

59. De estos considerandos y del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, que se examinará más adelante, se desprende con claridad que la Directiva tiene por objeto una mera armonización mínima y prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar regímenes legales diferentes para los organismos de radiodifusión que estén bajo su jurisdicción.

60. Para responder a la primera cuestión, mi conclusión, a la luz de los argumentos anteriores, es que el artículo 11, apartado 3, debe interpretarse en el sentido de que establece el principio bruto, aunque, en cualquier caso, las interrupciones deberán ajustarse a los requisitos generales establecidos en el artículo 11, apartado 1.

61. Habida cuenta de la conclusión a la que he llegado, no es necesario considerar los trastornos que podrían originarse y el posible efecto en los contratos existentes y en las expectativas legítimas de los afectados en el supuesto de que los Estados miembros que hasta ahora han adoptado el principio bruto se vieran obligados a instaurar el principio neto. No obstante, de haberse llegado a la conclusión contraria, sería necesario considerar qué límites se deberían imponer a la decisión del Tribunal de Justicia para proteger tales expectativas legítimas, especialmente si se tiene en cuenta el planteamiento que la Comisión ha venido adoptando en favor del principio bruto. [24]

Segunda cuestión

62. Con su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional nacional solicita, en esencia, que se dilucide si el hecho de que un Estado miembro establezca el principio neto es compatible con el artículo 11, apartado 3, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, o con el Derecho comunitario primario.

22 — Vigesimoséptimo considerando.

23 — Cuadragesimocuarto considerando.

24 — Véase el punto 35 *supra*. Por lo que se refiere a la importancia del planteamiento de la Comisión sobre las expectativas legítimas, véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, Rec. p. 455), apartados 72 y 73.

63. Sólo Pro Sieben aboga por una respuesta negativa. Las demandantes, los Gobiernos francés, italiano, neerlandés, sueco y del Reino Unido, así como la Comisión, mantienen que debe darse una respuesta afirmativa.

64. La segunda cuestión se puede dividir en dos partes: a) si el artículo 11, apartado 3, en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva permite a los Estados miembros establecer el principio neto, y b) si el principio neto es compatible con el Derecho comunitario primario.

Primera parte de la segunda cuestión

65. En la actualidad existen dos disposiciones de la Directiva, el artículo 3, apartado 1, y el artículo 20, que autorizan a los Estados miembros a establecer condiciones diferentes de las previstas en las demás disposiciones de la Directiva. El texto original contenía otras dos disposiciones: el artículo 8, relativo a la política lingüística, y el artículo 19, que permitía normas más rigurosas «que las del artículo 18 para el tiempo de transmisión y las modalidades de transmisión televisada».

66. El artículo 20 es del siguiente tenor: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 y dentro del respeto del Derecho comunitario, los Estados miembros podrán establecer condiciones distintas de las fijadas en los apartados 2 a 5 del artículo 11 [...] en lo referente a las emisiones destinadas exclusivamente al territorio nacional que no puedan ser recibidas directa o indirectamente por el público en uno o varios de los demás Estados miembros». En apariencia, el artículo 20 no puede aplicarse a los hechos del caso de autos ya que las emisiones de Pro Sieben se pueden recibir en otros Estados miembros.

67. El artículo 3, apartado 1, dispone en términos más generales que «los Estados miembros tendrán la facultad de exigir a los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas más estrictas o más detalladas en los ámbitos regulados por la presente Directiva». El tenor de esta disposición general podría parecer concluyente.

68. Sin embargo, Pro Sieben alega que el artículo 3, apartado 1, no puede aplicarse en el presente asunto porque las normas controvertidas están comprendidas en el ámbito del artículo 11 (frecuencia de las interrupciones publicitarias) y, dado que el artículo 20 se refiere al artículo 11, los Estados miembros únicamente pueden establecer nuevas normas del tipo previsto en el artículo 11 en las circunstancias contempladas por el artículo 20, es decir, cuando las emisiones consideradas sólo puedan recibirse en el territorio nacional.

69. Considero, por el contrario, que basta con señalar que, según se afirma expresamente, el artículo 20 se aplicará «sin

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3». Además, el hecho de que el artículo 20 tenga por objeto condiciones «distintas» de las fijadas en el artículo 11 indica que versa sobre normas de un tipo diferente a las autorizadas por el artículo 3, apartado 1, en el que se prevén normas «más estrictas o más detalladas». Esta opinión se ve corroborada por el tenor de los considerandos vigesimoséptimo y vigesimooctavo de la primera Directiva, en los que se distingue entre «reglas más detalladas o más precisas» y «condiciones diferentes».

70. Como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia Leclerc-Siplec,[25] en relación con el artículo 19 de la primera Directiva, ni de los considerandos ni del objetivo de la Directiva se deduce que deba interpretarse ésta en el sentido de que priva a los Estados miembros de la facultad que les reconoce su artículo 3, apartado 1.[26] Además, la consecución del objetivo de la Directiva, que consiste en garantizar la libre difusión de las emisiones televisadas que se atengan a las normas mínimas que en ella se establecen, no resulta afectado en modo alguno cuando los Estados miembros imponen normas más estrictas a los organismos de radiodifusión televisiva que dependen de su competencia.[27]

71. Por consiguiente, considero que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva permite a los Estados miembros la posibilidad de aplicar a los organismos de radiodifusión que están bajo su jurisdicción un régimen, como el principio neto, que es más riguroso que el principio bruto, siempre que dicho régimen sea compatible con otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario.

Segunda parte de la segunda cuestión

72. Tras demostrar que la adopción del principio neto por un Estado miembro en relación con los organismos de radiodifusión que están bajo su jurisdicción no es contraria a la Directiva, paso a examinar la cuestión de si la adopción de dicho principio es compatible con el Tratado y con los principios generales del Derecho.

73. El Oberlandesgericht Stuttgart se refiere a los artículos 5, 6, 30, 59 y 85 del Tratado (en su anterior numeración) y al principio general de igualdad.

74. Aunque el artículo 3, apartado 1, de la Directiva permite la adopción de normas más detalladas o más estrictas —y, por ende, del principio neto— en los ámbitos cubiertos por la Directiva en relación, únicamente, con los organismos de radiodifusión que estén bajo la jurisdicción del Estado que pretenda imponer tales normas, se puede argumentar que la adopción del principio neto por un Estado miembro con arreglo al artículo 3, apartado 1, tiene un efecto transfronterizo en los servicios y los bienes por las razones que expongo a continuación.

25 — Citada en la nota 20.
26 — Apartado 42 de la sentencia.
27 — Apartado 44 de la sentencia.

75. En primer lugar, el menor número de espacios publicitarios de interés y el aumento del precio de los anuncios que probablemente resultaría de tal reducción puede afectar a la capacidad de los proveedores establecidos en el extranjero para anunciar sus bienes y servicios en dicho Estado.

76. En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido, y así se reconoce en la exposición de motivos de la Directiva, que la prestación de servicios de radiodifusión en general y la emisión de anuncios por televisión en particular están comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas del Tratado relativas a los servicios. [28] Se alega que la limitación del número de espacios de interés que pueden ofrecer los organismos de radiodifusión afectaría a la capacidad de éstos de ofrecer a sus clientes (los anunciantes) establecidos en otros Estados miembros el servicio consistente en emitir anuncios. Un organismo de radiodifusión que está bajo la jurisdicción de un Estado que impone el principio neto podría quedar en una situación de desventaja competitiva en relación con un organismo de radiodifusión bajo la jurisdicción de un Estado que haya adoptado el principio bruto —suponiendo que las emisiones de ambos organismos puedan ser recibidas en el Estado de su competidor— dado que será menor el número de espacios publicitarios interesantes que el primero podrá ofrecer.

77. No obstante, los argumentos según los cuales este resultado infringe el Tratado se pueden refutar con bastante facilidad. Tomando en primer lugar el artículo 30 (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), conviene recordar que en la sentencia Leclerc-Siplec [29] el Tribunal de Justicia afirmó que una prohibición de publicidad por televisión en un sector concreto (distribución) no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de dicho artículo. Dado que la restricción de la publicidad objeto del presente asunto es de naturaleza similar a la de la sentencia Leclerc-Siplec, pero de menor alcance, mi conclusión es que el establecimiento del principio neto no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo.

78. Por lo que se refiere al artículo 59 (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), en la medida en que el principio neto restringe la libre circulación de servicios en el sentido de este artículo, considero que, en cualquier caso, dichas restricciones pueden encontrar justificación por motivos de protección al consumidor.

79. El Tribunal de Justicia ya ha aceptado que determinadas restricciones a las emisiones de publicidad, incluida la limitación

28 — Véase, en particular, la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 6. Véase también la sentencia De Agostini, citada en la nota 20, apartado 48, y el punto 106 de mis conclusiones en ese asunto.

29 — Citado en la nota 20.

de la duración o frecuencia de los anuncios, pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general si se han impuesto para proteger a los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial o, por razones de política cultural, para mantener una cierta calidad de los programas o para mantener el pluralismo (véase la sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda). [30]

80. Según ARD, la protección de los consumidores y de las obras artísticas son objetivos del principio neto. La Comisión, por su parte, señala que el propósito de establecer el principio neto en Alemania es evitar una caída del precio de la publicidad para mantener los ingresos de los organismos públicos de radiodifusión. Los objetivos perseguidos, según la Comisión, son el mantenimiento de la pluralidad en los medios de comunicación, por motivos de política cultural, y la protección de la competencia leal.

81. Considero evidente que el principio neto puede estar justificado por razones de protección de los consumidores. Cierto es que la propia Directiva ya contiene determinadas garantías contra el exceso de publicidad para proteger los intereses de los consumidores. Pero esto no quiere decir necesariamente que se haya eliminado la posibilidad de que un Estado miembro justifique normas más estrictas por motivos de protección de los consumidores, ya que la Directiva sólo persigue una armonización mínima. Como la Comisión señaló en la vista, si los Estados miembros carecieran de esta libertad, las Directivas de armonización mínima se convertirían de hecho en Directivas de armonización total que impondrían normas máximas.

82. Además, como alega la Comisión, no cabe afirmar que la aplicación del principio neto vulnere el principio de proporcionalidad, ya que sus efectos en la libre prestación de servicios, comparados con los efectos del principio bruto, no son sustanciales y es evidente que no son desproporcionados con los objetivos de la medida nacional.

30 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 27 y 23 respectivamente.

83. No existe discriminación por razón de la nacionalidad en el sentido del artículo 6 del Tratado (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación). Cualquier diferencia entre el trato que Alemania dispensa a sus organismos nacionales de radiodifusión y el trato más favorable de otros Estados miembros a sus propios organismos de radiodifusión no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho artículo, ya que éste no exige a un Estado miembro que trate a sus organismos de radiodifusión de igual modo que otros Estados miembros tratan a los suyos. [31]

84. Tampoco cabe afirmar que se vulnere el principio general de igualdad. Aunque los organismos de radiodifusión de Estados miembros diferentes puedan estar sujetos a requisitos diferentes, lo que implica la persistencia de algunas desigualdades en las condiciones de competencia, dichas desigualdades son una característica inherente de una normativa que establece criterios mínimos. De hecho, el Tribunal de Justicia ha aceptado en otros contextos tales consecuencias como una característica necesaria de las disposiciones de armonización que establecen requisitos mínimos y que no pueden ser consideradas ilícitas por tal razón. [32]

85. Por último, cuesta comprender que el artículo 85 (actualmente artículo 81 CE) y el artículo 5 (actualmente artículo 10 CE) puedan ser pertinentes, dado que no se ha identificado un acuerdo entre empresas. No se ha alegado que la aplicación del principio neto exija o fomente la celebración de acuerdos entre empresas o refuerce los efectos de un acuerdo semejante, y tampoco se ha afirmado que la normativa impugnada delegue en empresas privadas la responsabilidad de regular la publicidad televisiva.

31 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de mayo de 1992, Wood y Cowie (asuntos acumulados C-251/90 y C-252/90, Rec. p. I-2873), apartado 19.

32 — Véase la sentencia de 19 de octubre de 1995, Hönig (C-128/94, Rec. p. I-3389), apartado 17.

Conclusión

86. Por consiguiente, considero que la cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Stuttgart deben recibir la siguiente respuesta:

1) El artículo 11, apartado 3, 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, en su versión modificada por el artículo 1, número 13, de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de junio de 1997, debe interpretarse en el sentido de que establece el principio bruto, es decir, que al calcular el período de 45 minutos para determinar las interrupciones publicitarias autorizadas en la transmisión de obras audiovisuales tales como los largometrajes cinematográficos y las películas concebidas para la televisión, se incluye en dicho período la duración de la publicidad. Sin embargo, estas interrupciones sólo se permitirán si no perjudican la integridad ni el valor de los programas ni los derechos de los respectivos titulares.

2) Siempre que cumplan los mismos requisitos, los Estados miembros, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, pueden establecer el principio neto para los organismos de radiodifusión que estén bajo su jurisdicción, es decir, pueden establecer que, al calcular el mencionado período, se excluya la duración de la publicidad.