

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. JEAN-PIERRE WARNER  
presentadas el 13 de diciembre de 1979 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

**Introducción**

De estos dos asuntos, el primero, asunto 52/79, fue remitido al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial por el tribunal correctionnel de Liège y el segundo, asunto 62/79, por la cour d'appel de Bruxelles.

Ambos plantean problemas de interpretación de los artículos 59 a 66 del Tratado CEE, relativos a la libre prestación de servicios.

Ambos tienen como telón de fondo las actividades de empresas que prestan servicios de televisión por cable en Bélgica. Este servicio consiste esencialmente en captar mediante una antena las señales de televisión emitidas por el aire y distribuir dichas señales por cable a los televisores de aquellos que se han abonado al servicio. Se me ha dicho que desde un punto de vista técnico, es únicamente la escala y el carácter profesional de la operación (en particular, las dimensiones y la situación de las ante-

nas, así como el grado de mantenimiento) lo que la distingue de la que consiste en utilizar una antena ordinaria destinada a captar las emisiones televisadas, por ejemplo, en un edificio de apartamentos.

Se dice que la televisión por cable tiene cuatro efectos beneficiosos. En primer lugar, constituye un medio de superar los obstáculos a la recepción directa de las emisiones, tales como colinas, bosques y grandes edificios. Además, mejora la calidad tanto de la imagen como del sonido. En tercer lugar, permite a los abonados recibir programas de televisión, incluso si viven fuera de la zona de emisión de las estaciones que difunden dichos programas, es decir, fuera de lo que se ha denominado la «zona de recepción natural» de los mismos. Por último, existe un elemento ligado a la protección del medio ambiente: la televisión por cable dispensa a los que disfrutan de ella de tener que instalar antenas particulares sobre el tejado de su vivienda. Se ha subrayado que el telespectador abonado a un servicio de televisión por cable recibe todos los programas de televisión por el cable, incluidos aquellos que pueden ser captados dentro de la zona de recepción natural en la que vive.

\* Lengua original: inglés.

Los asuntos que aquí se tratan se refieren a los problemas que plantea la distribución por cable en Bélgica de programas emitidos por estaciones de televisión situadas fuera del territorio belga. Se ha presentado ante este Tribunal de Justicia un mapa que muestra que cualquier punto de Bélgica está situado dentro de la zona de recepción natural de una o de varias emisoras extranjeras (británica, neerlandesa, alemana, luxemburguesa, francesa). La importancia de la penetración de las emisoras extranjeras tal como se indicaba en el mapa ha sido cuestionada por el Agente del Gobierno alemán, pero éste no ha insistido sobre la cuestión y, de todas formas, el aspecto general de la situación no se habría modificado en gran medida si hubiera tenido razón. Se ha dicho, sin que esta afirmación haya sido discutida, que la televisión por cable aumenta el número de programas extranjeros ofrecidos a los telespectadores belgas al hacer que estos pasen, en las zonas más favorecidas, de dos o tres a ocho o diez.

El asunto 52/79 ha sido originado por los procesos penales emprendidos como consecuencia de una infracción de una prohibición de difundir publicidad comercial, impuesta por un Real Decreto al que me referiré de manera más detallada a continuación. El asunto 62/79 arranca de una acción civil ejercitada por la infracción de derechos de autor.

### **La legislación belga aplicable al presente caso**

La emisión de programas a través de las ondas constituye en Bélgica un monopolio legal, que incluye tanto la radio como la

televisión. Dicho monopolio se rige en la actualidad por una Ley de 18 de mayo de 1960 (modificada por Decreto de 12 de diciembre de 1977) por la que se crean dos institutos de emisión, la «radio-télévision belge de la Communauté culturelle française» (designada generalmente con las siglas «RTBF») y la «Belgische radio en televisie, Nederlandse uitzendingen» (designada por lo general con las siglas «BRT»). La ley creó también un organismo común, la «radiodifusión-televisión belga — instituto de servicios comunes», que es el responsable de los servicios técnicos, administrativos financieros y culturales comunes, de las emisiones en lengua alemana y de un servicio de emisiones mundiales.

Entre otras restricciones, la Ley, en el apartado 3 de su artículo 28 prohíbe toda difusión por la RTBF o la BRT (o, según creo entender, por el instituto de los servicios comunes) de mensajes «que revistan carácter de publicidad comercial». Se me ha dicho que, no obstante, los programas patrocinados por colectividades estatales o paraestatales, como Sabena, la Caisse de crédit communal y la Caisse d'épargne, están autorizados.

La distribución de emisiones de televisión por cable está regulada por un Real Decreto de 24 de diciembre de 1966.

El capítulo II de dicho Real Decreto contiene disposiciones relativas a la autorización de las redes de distribución de emisiones por cable.

A tenor del artículo 2, se prohíbe el establecimiento de dichas redes sin autorización del Ministro competente. Me han dicho que la solicitud de autorización debe indicar las emisoras cuyos programas pretende retransmitir el solicitante y que toda modificación del grupo de estaciones indicado de este modo necesita una nueva autorización.

El artículo 7 dispone que se conceda la autorización para un territorio limitado a una parte de un municipio, a un municipio o a un grupo de municipios contiguos. Sin embargo, el Ministro competente puede autorizar la instalación de colectores de ondas y de aparatos conectados a ellos eventualmente fuera de dicho territorio.

El capítulo VI del Real Decreto se titula «Programas». Contiene entre otros los artículos 20 a 23 que están redactados, en lo que interesa al caso de autos, en los siguientes términos:

#### «Artículo 20

Salvo en caso de imposibilidad reconocida por la Régie des télégraphes et des téléphones, toda red de distribución de emisiones de radiodifusión televisada debe transmitir simultáneamente y en su integridad todas las emisiones de la radiodifusión televisión belga.

#### Artículo 21

Sin perjuicio de las estipulaciones de los convenios internacionales, el distribuidor puede transmitir las emisiones de cualquier otra estación de radiodifusión televisada autorizada por el país en el que está establecida.

Sin embargo, queda prohibida la transmisión:

- 1º De las emisiones que tengan carácter de publicidad comercial;

[...]

#### Artículo 22

Se prohíbe al distribuidor conectar a la red de distribución de emisiones de radiodifusión televisada aparatos capaces de distribuir imágenes y sonidos distintos de los de los programas autorizados.

[...]

#### Artículo 23

Se prohíbe distribuir emisiones:

- a) que atenten contra la seguridad del Estado, el orden público o las leyes belgas;
  - b) contrarias a las buenas costumbres;
  - c) que puedan constituir un atentado a las convicciones de los demás o una ofensa para un Estado extranjero».
- i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de dichas obras a través de cualquier otro medio que sirva para difundir sin cables las señales, los sonidos o las imágenes;
  - ii) cualquier comunicación pública, ya sea con cables o sin ellos, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se realice por un organismo distinto del de origen;

El artículo 41 del Real Decreto dispone que toda infracción a estas disposiciones puede suponer para el distribuidor la retirada temporal o definitiva de la autorización. Esta sanción queda establecida sin perjuicio de las disposiciones del artículo 16 de la Ley de 26 de enero de 1960, a cuyo tenor pueden imponerse multas.

Las disposiciones de Derecho belga en materia de derechos de autor que interesan en el caso de autos se incluyen en la resolución de remisión de la cour d'appel de Bruxelles. Esta última señala en ella que la situación de las empresas de difusión por cable se rige en Bélgica por el artículo 11 *bis* del Convenio de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas, revisado por última vez en Bruselas, el 26 de junio de 1948, y ratificada por una Ley belga de 26 de junio de 1951. El apartado 1 del artículo 11 *bis* está redactado como sigue:

«Los autores de obras literarias y artísticas disfrutan del derecho exclusivo de autorizar:

iii) [...]»

La cour d'appel declara que el inciso ii) es aplicable al caso de autos en la medida en que una empresa belga de televisión por cable constituye un organismo distinto del emisor original y en la medida en que la distribución de una emisión por dicha empresa a sus abonados es una «comunicación pública por cable». De este modo, el autor de cualquier obra literaria o artística objeto de emisión tiene el derecho exclusivo de autorizar su difusión por dicha empresa. Si lo entiendo bien, la cour d'appel considera que este principio es aplicable tanto si la emisión original fue realizada en Bélgica como en otro lugar.

En mi opinión, el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar la apreciación de la cour d'appel sobre esta cuestión, puesto que en el marco de una remisión con arreglo al artículo 177 del Tratado, toda cuestión de interpretación del Derecho nacional es competencia del órgano jurisdiccional nacional.

El artículo 1 y el apartado 1 del artículo 6 del Acuerdo Europeo para la Protección de las Emisiones de Televisión, de 22 de junio de 1960, redactado bajo los auspicios del Consejo de Europa (Acuerdo de Estrasburgo), son igualmente de interés en cierta medida para los presentes asuntos. Por lo que respecta a los Estados miembros de la Comunidad, este Acuerdo está vigente entre Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal de Alemania y el Reino Unido. Al parecer, el Acuerdo no ha sido ratificado por Irlanda, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

El artículo 1 del Acuerdo, en lo que interesa al caso de autos, está redactado en los siguientes términos:

«Los Organismos de radiodifusión constituidos en el territorio de una parte del Acuerdo con arreglo a las leyes de la misma o que efectúen emisiones en dicho territorio disfrutarán, en lo que respecta a todas sus emisiones de televisión,

- 1) en el territorio de todas las partes del Acuerdo, del derecho para autorizar o prohibir:
  - a) [...]
  - b) la distribución al público de dichas emisiones por cable [...]

El apartado 1 del artículo 6 dispone:

«La protección prevista en el artículo 1 no afectará a ninguno de los derechos que puedan existir en relación con una emisión de televisión a favor de terceros, en particular de los autores, artistas o interpretes, productores de películas o de fonogramas y organizadores de espectáculos».

Me ocuparé ahora de los hechos de los asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia y, en primer lugar, de los del asunto 52/79.

#### **Hechos del asunto 52/79**

El artículo 21 del Real Decreto de 24 de diciembre de 1966, tiene claramente por efecto que, en Bélgica, las sociedades de distribución de emisiones por cable están obligadas a excluir toda publicidad comercial de los programas de televisión extranjeros que retransmiten. Conforme al artículo 23, están obligadas a excluir también otro tipo de emisiones, pero el asunto 52/79 sólo se refiere a la publicidad.

Me han hablado de las dificultades que dichas exclusiones supondrían si se exigiera el cumplimiento de las prohibiciones de los artículos 21 y 23 del Real Decreto. Estas dificultades parecen ser de tres tipos.

En primer lugar, cada red de distribución tendría que emplear los servicios de una persona que vigilara cada programa extranjero retransmitido, durante toda la duración de emisión del programa, para poder cortar

la emisión cuando los mensajes prohibidos aparecieran en la pantalla y restablecerla al desaparecer dichos mensajes. Ello exigiría un incremento enorme de plantilla con el correspondiente aumento de tarifas por el servicio de distribución. Me han informado que en la actualidad, todo el equipo funciona de manera automática una vez instalada la red, de modo que los efectivos se reducen únicamente al personal de gestión y de mantenimiento.

En segundo lugar, el personal contratado para vigilar y censurar los programas cometería inevitablemente errores de juicio. La línea de separación entre las emisiones que «revisten un carácter de publicidad comercial» y las que no poseen ese carácter puede resultar borrosa. Me han hablado de las dificultades que han tenido la RTBF y la BRT, y que siguen teniendo, para realizar esta distinción. Se me ha dado el ejemplo de un controlador que vigilase un partido de fútbol y viera en su pantalla una publicidad realizada en el estadio. ¿Debe o no cortar inmediatamente la emisión?

En tercer lugar, la interrupción de la emisión produce un ruido desagradable en los aparatos de los abonados y, en su pantalla, lo que se describe como «nieve». Ello contraría a los abonados que se preguntan si la perturbación procede de su receptor, de la red de distribución o de la emisión propiamente dicha. Además, el artículo 22 del Real Decreto impide que la sociedad de distribución inserte ella misma una señal que explique las razones de la interrupción de la emisión.

Consta que, después de haber cumplido las disposiciones legales durante un periodo inicial, las sociedades de televisión por cable, debido a dichas dificultades y al rápido incremento de la publicidad televisada en los países limítrofes con Bélgica, acabaron por prescindir del artículo 21 del Real Decreto y retransmitieron en su totalidad los programas de las televisiones extranjeras. Ante esta inobservancia generalizada del artículo de que se trata, las autoridades prefirieron cerrar los ojos. Esto es lo que se desprende de las declaraciones ministeriales que me han comunicado así como del hecho de que los procesos penales incoados en el asunto 52/79 son los primeros que lo han sido en relación con una infracción del artículo 21.

Estos procesos se emprendieron a instancia de tres asociaciones que se presentan como «asociaciones de consumidores», a saber, la ASBL «Fédération nationale du mouvement coopératif féminin, organisation de consommateurs», la ASBL «Fédération belge des coopératives» y la ASBL «Vie féminine».

¿Porqué se han involucrado hasta este punto unas organizaciones femeninas? La razón me fue explicada durante la vista por su Abogado. Estas asociaciones se componen principalmente de madres de familia y profesoras que se preocupan por los efectos que pueda tener sobre los niños la publicidad difundida por la televisión.

En cualquier caso, dichas asociaciones presentaron denuncias ante el ministère public en Bruselas, Amberes y Lieja. Las únicas que reaccionaron fueron las autoridades de la Fiscalía de esta última ciudad,

donde se inició un proceso ante el tribunal de police.

Las sociedades contra cuyas actividades se emprendieron actuaciones son una empresa que forma parte del conocido grupo «Coditel» y una sociedad denominada «Association liégeoise d'électricité» (o «ALE»). Coditel y ALE prestan un servicio de televisión por cable que cubre la ciudad de Lieja y la provincia del mismo nombre. De hecho, fueron inculpadas tres personas (los Sres. Debauve, Denuit y Lohest), que son directores de Coditel y de ALE. Coditel y ALE han sido citadas en el procedimiento como responsables civiles.

Las tres asociaciones que iniciaron las actuaciones se personaron como actores civiles, al igual que gran número de particulares y también la RTBF.

Se me ha dicho que, ante el tribunal de police, el ministère public solicitó la absolución de los inculpados.

En todo caso, el tribunal de police decidió su absolución. Mediante resolución de 14 de diciembre de 1978, después de recordar que el artículo 21 produce sus efectos «sin perjuicio de los convenios internacionales», declaró que esta disposición no era aplicable por dos motivos. En primer lugar, porque el Acuerdo de Estrasburgo reconoce a las emisoras extranjeras el derecho a prohibir la televisión por cable de sus emisiones si se modifican sus programas. (Y, de he-

cho, se me ha presentado una carta de 8 de octubre de 1966 de la Embajada de Francia en Bélgica dirigida a la que parece ser la sociedad matriz del grupo Coditel, por la que se autorizaba la difusión en Lieja de las emisiones televisadas de la ORTF con determinados requisitos entre los que se incluía que «la distribución deberá efectuarse sin cortes» — Anexo I a las observaciones del Sr. Debauve y otros). El segundo motivo considerado por el tribunal es que, al haber decidido el Tribunal de Justicia en el asunto Sacchi (155/73, → Rec. 1974, pp. 409 y ss., especialmente p. 427), que la transmisión de señales de televisión, incluidas las que tienen carácter publicitario, está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 59 a 66 del Tratado, excluir los mensajes publicitarios de las emisiones que provienen de otros Estados miembros sería contrario al Derecho comunitario, que prevalece sobre el artículo 21 del Real Decreto en caso de incompatibilidad entre ambas disposiciones.

A instancias de los actores civiles (o de la mayoría de ellas) se interpuso recurso de apelación contra la absolución ante el tribunal correctionnel de Liège. Se me ha dicho que, ante este órgano jurisdiccional, el ministère public también pidió la absolución de los procesados, basándose principalmente en el motivo de que el artículo 21 del Real Decreto es contrario, según él, a las disposiciones de la Constitución belga que garantizan la libertad de opinión y prohíben la censura.

No obstante, mediante resolución de 23 de febrero de 1979, el tribunal correctionnel

formuló dos cuestiones al Tribunal de Justicia, redactadas en los siguientes términos:

«1) Habida cuenta de la sentencia del Tribunal de Justicia, de 30 de abril de 1974, en el asunto 155/73, Sacchi, ¿debe interpretarse el artículo 59 del Tratado de Roma en el sentido de que prohíbe cualquier normativa nacional que se oponga a la transmisión de mensajes publicitarios por las sociedades de distribución de televisión por cable, cuando la captación natural de dichos mensajes en las zonas de recepción de las emisoras extranjeras es posible y lícita, teniendo en cuenta en particular que:

- a) la normativa mencionada crearía una discriminación basada en la localización geográfica de la emisora extranjera, que sólo podría emitir mensajes publicitarios en su zona de recepción natural, pudiendo dichas zonas, debido a la diferente densidad de población, presentar un interés publicitario muy diferente.
- b) esta normativa crearía una restricción desproporcionada en relación con el objetivo perseguido por cuanto éste —a saber, la prohibición de la publicidad televisada— nunca podría alcanzarse plenamente debido a la existencia de zonas naturales de captación?

2) Habida cuenta de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 1974 en el asunto 33/74, Van Binsber-

gen, ¿debe interpretarse los artículos 59 y 60 del Tratado de Roma en el sentido de que tienen efecto directo frente a cualquier normativa nacional en la medida en que dicha normativa no establece ninguna discriminación formal en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o de su residencia (en el caso de autos, la prohibición de retransmitir mensajes publicitarios)?»

### Los hechos del asunto 62/79

En el asunto 62/79, los hechos son los siguientes.

Mediante contrato de 8 de julio de 1969, celebrado entre una sociedad francesa, la SA «Les Films La Boétie» (en lo sucesivo, «La Boétie») y una sociedad belga, la SA «Cine Vog Films» (en lo sucesivo, «Cine Vog»), La Boétie concedió a Cine Vog el derecho exclusivo de distribución en Bélgica y en Luxemburgo, por un período de siete años, de una película titulada «Le Boucher», que había sido producida por ella. El acuerdo comprendía tanto las proyecciones cinematográficas como las emisiones televisadas. Sin embargo, estipulaba que la película no sería presentada por televisión en Bélgica hasta 40 meses después de su primera proyección cinematográfica en dicho país y no podría serlo en Luxemburgo antes del último año de un período de 7 años. La primera proyección de la película en un cine belga tuvo lugar el 15 de mayo de 1970, de forma que, según el contrato, no podría ser televisada en dicho país antes de septiembre de 1973.



El derecho de distribución de «Le Boucher» en Alemania fue concedido por La Boëtie a otra sociedad francesa, llamada «Filmedis», o por lo menos esto es lo que afirmó durante la vista el Abogado de Cine Vog. Filmedis estaba autorizada, por lo que parece, a tenor de su contrato con La Boëtie, a explotar inmediatamente los derechos de exhibición de la película en la televisión alemana, cosa que hizo. La película pudo verse en la televisión alemana el 5 de enero de 1971.

La emisión fue captada en Bélgica por Coditel y retransmitida por ésta a sus abonados, pero únicamente —según lo que, a mi entender, ha afirmado Coditel— en la zona de recepción natural de la estación alemana. Los abonados de Coditel que residían en aquella zona vieron pues la película (doblada en lengua alemana y sin subtítulos) sólo siete meses después de su primera proyección cinematográfica en Bélgica.

Junto con la ASBL «Chambre syndicale belge de la cinématographie», Cine Vog ejerció una acción ante el tribunal de première instance de Bruselas contra La Boëtie y tres compañías del grupo Coditel, incluida, creo, la compañía de Lieja que es una de las inculpadas en el asunto 52/79. (Para mayor facilidad designaré en lo sucesivo estas tres compañías con el nombre de «Coditel»). Se admitió la intervención en el proceso de la «Chambre syndicale des producteurs et exportateurs de films français», en apoyo de las pretensiones de La Boëtie.

El tribunal de première instance juzgó que la demanda presentada por Cine Vog contra

la Boëtie, basada en un incumplimiento del contrato, había sido formulada incorrectamente y por ello no prosperó.

Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional acogió la demanda dirigida contra Coditel y basada en el motivo de violación de derechos de autor. Prohibió a Coditel difundir en Bélgica la película «Le Boucher» sin autorización de Cine Vog, declaró ilícita la emisión de la película por Coditel el 5 de enero de 1971, condenó a Coditel a pagar a Cine Vog la cantidad de 300.000 FB en concepto de daños y perjuicios y, a la segunda demandante, la suma de 1 FB simbólico, en concepto de daños y perjuicios, autorizó a esta última a publicar la sentencia en dos diarios belgas a cargo de Coditel y condenó en costas a Coditel.

Esta sentencia fue apelada por Coditel ante la cour d'appel de Bruxelles.

Se admitió que intervinieran otros interesados en la apelación. Sólo lo menciono porque dos de ellos están representados individualmente ante el Tribunal de Justicia, a saber, «Inter-Régies» y la «Union professionnelle de radio et télédistribution» que, al parecer, son las asociaciones que representan respectivamente a los organismos de Derecho público y de Derecho privado que prestan servicios de televisión por cable en Bélgica.

La cour d'appel consideró que, con arreglo a la legislación belga en materia de derechos de autor, Coditel no estaba autorizada

a retransmitir la emisión de la película «Le Boucher» del 5 de enero de 1971, tanto en la zona de recepción natural de la emisión alemana como fuera de ésta, sin haber sido autorizada para ello por Cine Vog. A continuación, examinó si el artículo 85 del Tratado CEE podía influir sobre esta situación y consideró que dicho artículo no era aplicable en las circunstancias del caso. Por último, la cour d'appel examinó el artículo 59 del Tratado, a la luz del motivo de Coditel según el cual la acción de Cine Vog era incompatible con esta disposición, por cuanto restringe la posibilidad que tiene una estación emisora en un país limítrofe con Bélgica para prestar libremente un servicio en beneficio de personas establecidas en Bélgica.

Después de haber observado que,

«a la doble objeción que podría hacerse, de que la restricción objeto de litigio no afecta al prestador de servicios (es decir, a la emisora extranjera), sino a los intermediarios (las sociedades de televisión por cable) y que, de este modo, sólo producía efectos sobre los nacionales de un mismo Estado (Bélgica), las recurrentes responden que el artículo 59 debe entenderse en el sentido de que prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicio y no sólo a la libre actividad de los prestadores de servicios, y que se aplica a todas las situaciones en las que la prestación del servicio supone o ha supuesto, en una fase anterior, o supondrá, en una fase posterior, franquear fronteras intracomunitarias»,

la cour d'appel ordenó la remisión al Tribunal de Justicia de las siguientes cuestiones:

- «1) Las restricciones prohibidas por el artículo 59 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ¿son únicamente las que se oponen a la prestación de servicios entre nacionales establecidos en Estados miembros diferentes, o comprenden también las restricciones a la prestación de servicios entre nacionales establecidos en un mismo Estado miembro, pero que afectan a una prestación cuyo contenido proviene de otro Estado miembro?
- 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera parte de la cuestión precedente, ¿es compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios que el cesionario de los derechos de exhibición de una película cinematográfica en un Estado miembro invoque su derecho para prohibir al demandado que exhiba dicha película en este Estado mediante distribución de televisión por cable, en el caso de que la película así exhibida sea captada por el demandado en dicho Estado miembro después de haber sido difundida en otro Estado miembro por un tercero con el consentimiento del titular original del derecho?»

Se supo durante la vista, como consecuencia de las preguntas planteadas por algunos miembros de este Tribunal de Justicia, que las sociedades belgas de televisión por cable no han pagado hasta ahora ningún canon a los titulares de los derechos sobre las películas que retransmitieron y que el presente asunto se inició con la finalidad específica de determinar si están obligados a efectuar estos pagos. Se trata, dicho de

otro modo, de una acción destinada a obtener una sentencia que siente jurisprudencia.

### **Cuestiones menores de Derecho comunitario**

Creo que procede examinar en un primer momento, para facilitar el debate, tres cuestiones menores de Derecho comunitario de las cuales dos se suscitaron mediante la primera cuestión del tribunal correctionnel de Liège y una mediante la primera cuestión de la cour d'appel de Bruxelles.

En primer lugar, la sugerencia contenida en la letra a) de la primera cuestión del tribunal correctionnel, según la cual podría considerarse que la normativa belga que prohíbe la difusión por cable de mensajes publicitarios (y lógicamente igual sucedería con la norma correspondiente de la legislación belga en materia de derechos de autor) crea una discriminación entre emisoras situadas en Estados miembros limítrofes por el hecho de que sus zonas de recepción natural son diferentes por su respectiva situación geográfica y no todas tienen la misma densidad de población. La idea subyacente es, creo comprender, que semejante «discriminación» sólo puede evitarse permitiendo la retransmisión libre por cable en toda Bélgica de toda la programación de cada una de estas emisoras.

Evidentemente, el problema sólo se plantea en la medida en que deba considerarse, con arreglo a los artículos 59 y 66 del Tratado, que las emisoras de los Estados miembros

limítrofes prestan un servicio a los telespectadores belgas fuera de su respectiva zona de recepción natural. Este es un problema más difícil que examinaré más tarde. Sin embargo, suponiendo que dichas estaciones deban considerarse de este modo, me parece claro que «la discriminación» entre ellas a la que alude el tribunal correctionnel, no es una discriminación prohibida por el Tratado. Como han subrayado insistentemente ante el Tribunal de Justicia, en particular, la RTBF, el Gobierno francés y la Comisión, las disposiciones del Tratado que prohíben las discriminaciones se refieren a las discriminaciones creadas artificialmente por medidas adoptadas por Gobiernos u otras personas dotadas de autoridad. Dichas disposiciones no tienen por objeto suprimir las ventajas competitivas que poseen determinadas empresas debido a su situación geográfica u otros factores naturales. Por el contrario, el Tratado, en los casos en que se ocupa de estos factores, lo hace autorizando, excepcionalmente, las ayudas a las empresas perjudicadas por éstos: véanse por ejemplo el artículo 42 y el artículo 92.

El segundo problema suscitado por la letra b) de la primera cuestión del tribunal correctionnel es dilucidar si la normativa belga que prohíbe la distribución por cable de mensajes publicitarios (y, aquí también, lo mismo cabe decir de la norma correspondiente de la legislación belga en materia de derechos de autor) es incompatible con el Derecho comunitario, porque crea una restricción desproporcionada en relación con su objetivo, por cuanto la prohibición total de la recepción de mensajes prohibidos en Bélgica no puede conseguirse nunca

debido a la existencia de zonas de recepción natural de emisoras extranjeras.

Me parece que ello procede de un malentendido. La legislación belga, tal como ha sido comentada ante nosotros, reconoce la existencia de zonas de recepción natural de emisoras extranjeras y no intenta poner obstáculos a la libertad de los telespectadores que viven en esas zonas de recibir directamente los programas transmitidos por dichas emisoras. Lo que prohíbe la normativa belga de que se trata, es la retransmisión por sociedades belgas de televisión por cable de determinadas partes de estos programas, es decir, la difusión de lo que he calificado como «mensajes prohibidos». Está claro que dichas normas ni tienen ni pueden tener por objeto prohibir de forma absoluta estos mensajes en territorio belga. Su único objetivo es impedir que estos sean difundidos, en cada programa, más allá del grupo formado por quienes pueden recibirlos directamente. En mi opinión, el hecho de que la normativa persiga únicamente este objetivo limitado no puede por sí solo invalidarla.

En tercer lugar, existe el problema suscitado en la primera cuestión de la cour d'appel, es decir, si el artículo 59 sólo prohíbe las restricciones relativas a la prestación de servicios entre personas establecidas en Estados miembros diferentes o si prohíbe igualmente las restricciones impuestas a la prestación entre personas establecidas en el mismo Estado miembro de servicios cuya «sustancia proviene» de otro Estado miembro.

A mi modo de ver, la respuesta a la cuestión se encuentra en el propio tenor del artículo 59, según el cual dicha disposición se aplica a la prestación de servicios por «nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». Naturalmente, es necesario interpretar el término «establecidos», que figura en esta disposición. En el asunto Van Binsbergen (33/74, Rec. 1974, p. 1299), se juzgó que el artículo 59 era aplicable al caso de un neerlandés residente en Bélgica y que prestaba servicios en los Países Bajos y, en el asunto Coenen (39/75, Rec. 1975, p. 1547) se juzgó aplicable en el caso de un neerlandés residente en Bélgica y con un despacho en los Países Bajos, que prestaba sus servicios en los Países Bajos. Interpretar el artículo 59 en el sentido de que no es aplicable a tales situaciones hubiera sido manifiestamente erróneo, en particular por la referencia que hace el artículo 65 a la aplicación de restricciones a las personas que prestan servicios «sin distinción de nacionalidad o residencia». Pero es inútil buscar en los artículos 59 a 66 del Tratado una referencia o una alusión cualquiera a una situación en la cual la sustancia o el objeto de un servicio prestado dentro de un Estado miembro tiene su origen en otro Estado miembro. Por otra parte, no es sorprendente que los autores del Tratado hayan eludido un concepto tan impreciso.

Tampoco es necesario, a mi entender, para saber si el artículo 59 puede aplicarse a los presentes casos, dilucidar si la «sustancia» del servicio prestado por Coditel a sus abonados «proviene» de otros Estados miembros. Lo que es importante, es determinar si las restricciones impuestas por la legislación belga a la prestación de este

servicio (enteramente dentro de los límites territoriales de dicho país) restringen indirectamente la prestación de otro servicio cualquiera por parte de otra persona establecida en un Estado miembro a personas situadas en otro Estado miembro.

Pero antes de pasar a examinar este problema crucial, es necesario analizar los problemas más generales de interpretación de los artículos 59 a 66 del Tratado que formaban el entramado de las alegaciones de las partes, ya que la respuesta que se dé a estos, debe condicionar necesariamente en su conjunto la manera de abordar estos asuntos.

### **Ámbito de aplicación de los artículos 59 a 66 del Tratado**

El primero de dichos problemas es determinar si, como han afirmado o supuesto algunos de los que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, la finalidad de los artículos 59 a 66 es sólo eliminar, entre prestadores de servicios, las discriminaciones por razón de la nacionalidad o la residencia o si, como otros han sostenido o supuesto, estos artículos tratan, de manera mas amplia, de crear, como se ha afirmado, «un mercado común de los servicios».

Ambas opiniones pueden encontrar apoyos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero, antes de pasar al examen de esta ultima, creo que procede examinar las disposiciones del Tratado aplicables en la materia.

Los artículos 59 a 66 forman el Capítulo 3 del Título III de la Segunda parte del Tratado.

La Segunda Parte del Tratado se titula «Fundamentos de la Comunidad».

El Título III se titula «Libre circulación de personas, servicios y capitales». Este título recoge el tenor de la letra c) del artículo 3 del Tratado, que incluye entre las actividades de la Comunidad «la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales». Ello demuestra con claridad que, en contra de lo que a veces se cree, la libre circulación de servicios era, en el espíritu de los autores del Tratado, distinta de la libre circulación de personas. En efecto, como tiene por costumbre señalar la Comisión, la prestación de un servicio por una persona en un Estado miembro a favor de una persona de otro Estado miembro no exige necesariamente que una u otra de ellas circule.

El Título III tiene cuatro Capítulos, a saber, el Capítulo 1 «Trabajadores», el Capítulo 2 «Derecho de establecimiento» (estos dos capítulos se refieren claramente a la libre circulación de personas), el Capítulo 3 «Servicios» y el Capítulo 4 «Capitales».

El artículo 59, que encabeza el Capítulo 3, no hace ninguna referencia a la discriminación. Su primer párrafo dispone, en términos generales, lo siguiente:

«En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

El párrafo segundo del artículo 59 habilita simplemente al Consejo para extender el beneficio de las disposiciones del Capítulo 3 «a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad».

El párrafo primero del artículo 60 está redactado de forma que confirma que la libre prestación de servicios debe considerarse diferente de la «libre circulación de mercancías, capitales y personas».

El párrafo segundo del artículo 60 no interesa para la presente cuestión.

Llegamos a continuación al párrafo tercero de esta disposición que es la primera del Capítulo 3 que menciona la discriminación. Dice así:

«Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

Ello parece implicar que, si la persona que presta un servicio no se traslada al Estado en el que se presta el servicio, los requisitos impuestos por dicho Estado a sus propios nacionales no entran en juego o, por lo menos, no constituyen un elemento decisivo.

Ninguna otra disposición del Capítulo 3 menciona discriminaciones antes de la del artículo 65, que está redactada como sigue:

«En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el párrafo primero del artículo 59».

Por consiguiente, la discriminación por razones de nacionalidad o de residencia estaba prohibida incluso antes de la supresión de toda restricción con arreglo al párrafo primero del artículo 59. De ello se deduce que es difícil sostener que el artículo 59 sólo se refiere a la supresión de las discriminaciones, dado que en ese caso quedaría poco, si no nada, que abolir en cumplimiento de sus disposiciones que no lo hubiera sido ya conforme al artículo 65.

Queda el artículo 66, que hace aplicables a la materia regulada en el Capítulo 3 las disposiciones de los artículos 55 a 58 (del Capítulo 2). Sin embargo, no hay nada en dichas disposiciones que indique aunque sea de forma poco clara que el Capítulo 3 sólo se refiere a la supresión de las discriminaciones.

Existen dos diferencias significativas entre las disposiciones del Capítulo 3 y las del Capítulo 2.

La primera es que el artículo 52 (el primer artículo del Capítulo 2) contiene, en su párrafo segundo, una disposición que se refiere claramente a las discriminaciones. Dicha disposición está redactada como sigue:

«La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales».

Ya en el asunto Costa (6/64, → Rec. 1964, pp. 1141 y ss., especialmente pp. 1162–1163), el Tribunal de Justicia interpretó que dicho apartado define la libertad de establecimiento y dedujo de ello que el Capítulo 2 se refiere únicamente a las discriminaciones. Sin embargo, no existe una disposición de esta naturaleza en el artículo 59 ni en otro lugar del Capítulo 3.

La otra diferencia significativa consiste en que el Capítulo 2 no contiene ninguna disposición similar a las del artículo 65.

Puede que una de las razones de estas diferencias se deba a que determinados servicios están nacionalizados en algunos Estados miembros. La nacionalización de un servicio en un Estado tiene a menudo la consecuencia de que los particulares no pueden establecerse en él para prestar el mismo servicio. Sería lógico que los autores del Tratado consideraran que debe aplicarse una prohibición similar a los nacionales de otros Estados miembros en la misma medida en que lo es a los nacionales del propio Estado que ha nacionalizado el servicio de que se trata, pero que no debe extenderse a la prestación del servicio por una persona establecida en otro Estado miembro en tanto que la prestación de este servicio por dicha persona no lleve a esta última a trasladarse al territorio del Estado que ha nacionalizado dicho servicio. De otro modo, la empresa nacionalizada podría prestar libremente sus servicios a los residentes de otros Estados miembros, mientras que las empresas establecidas en dichos Estados no podrían hacerlo a los residentes del Estado que ha nacionalizado el servicio.

En cualquier caso, el análisis de las disposiciones del Tratado relativas a la materia que aquí estamos considerando me lleva a concluir que cualquiera que sea el alcance del Capítulo 2 en lo referente al derecho de establecimiento, tenían razón los que han sostenido que el Capítulo 3 estaba destinado a crear un mercado común en el ámbito de la prestación de servicios y no sólo a suprimir las discriminaciones entre prestadores de servicios.

Tal parece haber sido la opinión del Tribunal de Justicia en los asuntos Van Binsbergen y Coenen, antes citados, al haber declarado que:

«Las restricciones cuya eliminación prevé el párrafo primero del artículo 59 comprende todos los requisitos impuestos al prestador de un servicio, *en particular* por razón de su nacionalidad o de la circunstancia de que no tenga residencia permanente en el Estado donde se realiza la prestación, que no sean aplicables a las personas establecidas en el territorio nacional o que puedan prohibir o dificultar de otro modo las actividades de quien presta servicios.»

(Sentencia Van Binsbergen, apartado 10 y sentencia Coenen, apartado 6; el subrayado es mío.)

Me parece que todas las demás sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia sobre los artículos 59 a 66 son compatibles o, al menos, conciliables con esta opinión, con excepción de una sola. Se trata de la sentencia en el asunto Koestler (15/78, → Rec. 1978, p. 1971), en la que este Tribunal de Justicia se ha basado sin duda en la consideración de que dichas disposiciones se refieren solamente a la supresión de las discriminaciones. Sin embargo, me parece que la cuestión no se ha debatido plenamente en el citado asunto. En particular, no parece que el Tribunal de Justicia haya examinado atentamente el artículo 65 o su alcance. El Tribunal de Justicia parece haber basado sus afirmaciones en un examen del párrafo tercero del artículo 60 (citado en dicha sentencia como si fuera

el segundo párrafo), aunque la disposición no era aplicable en aquel caso, dado que ningún agente de la Société générale se desplazó a Alemania en el marco de la prestación de servicios del banco a favor del Sr. Koestler, así como en un examen del programa general adoptado por el Consejo en cumplimiento del artículo 63, aunque [como me he permitido subrayar en el asunto Walrave & Koch (36/74, → Rec. 1974, pp. 1405 y ss., especialmente p. 1425)], el programa general no podía definir el ámbito de aplicación del artículo 59 y, por otra parte, no trataba de hacerlo. El programa general ni siquiera era esencial para la aplicación del artículo 59 durante el período transitorio: véanse las palabras con las que comienza el apartado 2 del artículo 63. Me parece, además, que si las disposiciones del artículo 56 relativas al orden público, en la medida en que son aplicables para los fines del Capítulo 3 conforme al artículo 66, tienen el efecto que yo creo, (problema al que volveré en seguida), habrían servido en el asunto Koestler como una razón más para llegar al mismo resultado de hecho. Concluyendo, considero que procede que el Tribunal de Justicia se mantenga en la opinión expresada en los asuntos Van Binsbergen y Coenen, antes citados, y no en aquélla en la que se basó en el asunto Koestler. Pienso, en efecto, que cualquier otra actitud sería contraria al tenor expreso del Tratado.

### **Alcance del efecto directo del artículo 59**

La forma misma en que está redactada la segunda cuestión del tribunal correctionnel de Liège hace necesario examinar en qué medida el artículo 59 tiene efecto directo. Afortunadamente, aquí podré ser más breve.



Está claro que el párrafo segundo del artículo 59 no puede tener efecto directo. Así que el problema se plantea únicamente respecto a su párrafo primero.

Este Tribunal de Justicia ha afirmado al menos en tres ocasiones que la citada disposición tiene efecto directo «en cualquier circunstancia» en la medida en que trata de suprimir cualquier discriminación, en contra de una persona que preste un servicio, por razón de su nacionalidad o de su lugar de residencia —fórmula cuyo uso tiende, dicho sea de paso, a confirmar que el artículo 59 tiene también un objetivo más amplio. Supongo que el Tribunal de Justicia se ha servido de esta fórmula en los mencionados asuntos para evitar tener que ir más lejos de lo necesario para su solución. Estos tres asuntos son el asunto Van Binsbergen, el asunto Walrave & Koch y el asunto Donà (13/76, → Rec. 1976, p. 1333). Existen igualmente asuntos cuya solución es difícilmente conciliable con la opinión de que el párrafo primero del artículo 59 sólo tiene efecto directo en esta medida limitada: véanse en particular los asuntos Ministère public/Van Wasemael y otros (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, → Rec. 1979, p. 35).

No veo ningún motivo en base al cual pudiera sostenerse que el efecto directo de esta disposición estaba limitado hasta tal punto, y además ninguna de las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia en estos asuntos ha planteado un motivo en tal sentido.

Así pues considero que el párrafo primero del artículo 59 tiene efecto directo en todos sus aspectos.

Dicho esto, no pierdo de vista que el Real Decreto de que se trata en el asunto 52/79 fue promulgado en 1966, es decir, después de la entrada en vigor del Tratado, de forma que su compatibilidad con el Derecho comunitario debe juzgarse por referencia al artículo 62 (la disposición de «standstill» del Capítulo 3) más que en función del artículo 59 propiamente dicho, como se ha hecho ver. No obstante, creo que la extensión del efecto directo del artículo 62 y del párrafo primero del artículo 59 debe ser la misma.

### Los servicios de que se trata

Me referiré ahora a una cuestión que, como ya he afirmado reviste una importancia crucial en el caso de autos.

No cabe duda de que la prohibición de distribuir por cable mensajes publicitarios, enunciada en el artículo 21 del Real Decreto, por una parte, y el derecho del titular de los derechos de autor de una película de impedir su distribución por cable en Bélgica, por otra, constituyen, cada vez que se ejercen, una restricción a la libertad de Coditel de prestar su servicio a sus abonados. No obstante, tampoco cabe duda de que el servicio prestado por Coditel a sus abonados es, en sí mismo, un servicio prestado enteramente dentro de las fronteras de

Bélgica, de forma que no puede aplicársele el artículo 59. Algunas de las partes en el procedimiento (y en particular la RTBF) sostuvieron que ello pone punto final al asunto. No creo, sin embargo, que las cosas sean así de simples, porque subsiste la cuestión de si las restricciones directas impuestas al servicio que presta Coditel a sus abonados producen indirectamente un efecto restrictivo sobre otro servicio cualquiera que tenga carácter transnacional.

Comenzaré con este sencillo supuesto. La RTBF tiene la finalidad de proporcionar emisiones de televisión a la población belga de lengua francesa. Su audiencia se compone, en parte, de quienes reciben directamente sus emisiones y, en parte también, de los que la reciben mediante un sistema de televisión por cable. Sería pura ficción considerar, como de hecho se nos ha pedido que hagamos, que la RTBF presta su servicio únicamente a quienes están en situación de recibir directamente sus emisiones, incluidas las sociedades de difusión por cable. El abonado a Coditel, cuando ve un programa de la RTBF en su receptor, disfruta de dos servicios: el servicio de la RTBF como emisora del programa y el servicio de Coditel al retransmitir el programa para él. El primer servicio no acaba donde empieza el segundo.

¿Es diferente la situación cuando el abonado a Coditel ve un programa extranjero? Existen dos razones por las que cabría considerar que sucede así.

La primera fue alegada con insistencia por el Gobierno del Reino Unido y, con más fuerza todavía, por el Gobierno alemán. Se basa en las palabras «destinatario de la

prestación» que los autores del Tratado emplearon en el artículo 59. Se ha sostenido que debe hacerse una distinción entre las personas a las que se dirige una emisión y las que están en situación de captarlas fortuitamente. Las emisiones de la televisión alemana se dirigen al público alemán y no a los habitantes de los países vecinos. La circunstancia de que algunos de éstos puedan captarlas no incluye a estas personas entre los destinatarios de dichas emisiones y no implica por lo tanto, la aplicación del artículo 59.

Se trataría de una solución sencilla si fuera posible sostener, por lo menos en términos generales, que una emisora de televisión realiza sus emisiones de forma exclusiva para las personas que habitan en su propio país. Pero sabemos que éste no es el caso. Se nos han propuesto ejemplos, como el de programas difundidos por la ORTF que contienen mensajes publicitarios indicando precios en francos belgas así como el de programas emitidos por RTL que incluyen mensajes publicitarios referentes a tiendas situadas en Lieja, ciudad que se encuentra fuera de la zona de recepción natural de la RTL si hemos de fiarnos del mapa al que ya me he referido con anterioridad.

¿Como pueden entonces los órganos jurisdiccionales nacionales, ante los que se plantean asuntos como los presentes, determinar si una emisión concreta es difundida o no para un público determinado? Esta claro que no pueden hacerlo recurriendo al testimonio de determinados productores de programas acerca del público al que pretenden dirigirse. Tampoco me parece que resulte muy práctico para estos órganos jurisdiccionales asistir a la proyección de

grabaciones de los programas para intentar formarse una opinión objetiva acerca de su contenido. Por una parte, puede que no existan dichas grabaciones y, por otra, suponiendo que existan, puede que su contenido no ofrezca indicación alguna sobre el público al que el autor las destinaba.

Me parece que la respuesta de sentido común es que debe suponerse que una emisión televisada está destinada a todos los que estén en condiciones de captarla, bien directamente o mediante una red de televisión por cable sin importar que los responsables de la emisión sean conscientes o no de que se dirigen a ellos.

Añadiré que, dado que una sociedad de distribución de emisiones por cable no puede retransmitir los programas de un organismo emisor sin el consentimiento de este último, en todo caso en los Estados vinculados por el Acuerdo de Estrasburgo, parece razonable afirmar que una organización emisora que ha dado su consentimiento con vistas a la retransmisión de uno de sus programas por un determinado servicio de distribución por cable debe considerar que los abonados a este servicio constituyen una parte de la audiencia de este programa.

El segundo motivo por el que se puede sostener que una estación emisora extranjera no presta para los abonados a Coditel un servicio al que sea aplicable el artículo 59, se basa en el párrafo primero del artículo 60, que dispone:

«Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración [...]»

Naturalmente, si las sociedades de televisión por cable efectuaran normalmente pagos a los organismos de emisión como retribución del derecho a retransmitir los programas de éstos, esta disposición no plantearía ningún problema. El coste de estos cánones se repercutiría en las tarifas de abono aplicadas a los clientes de dichas sociedades y resultaría evidente en este caso que el servicio de que se trata se presta a cambio de una remuneración. Pero resulta que en la práctica no se realiza ningún pago por estos cánones. De hecho, se me ha dicho que el motivo por el cual los programas de la BBC no se retransmiten en Bélgica es que la BBC no autoriza estas retransmisiones sin que se abone un canon.

Sin embargo, me ha convencido una alegación formulada por la Comisión, según la cual considerar que la falta de pago de cánones a las organizaciones de emisión por parte de sociedades de televisión por cable reviste importancia para el caso de autos, equivaldría a interpretar erróneamente el artículo 60. El objetivo de la definición de los «servicios» enunciada en dicho artículo es identificar los tipos de servicios a los que es aplicable el Tratado y, en particular, excluir los que normalmente se prestan de forma gratuita. Las emisiones de televisión se financian de distintas formas. Algunas organizaciones se financian enteramente con el producto de los cánones abonados

por los telespectadores; otras dependen enteramente de los ingresos procedentes de los mensajes publicitarios que difunden; también las hay que se financian en parte por el primer procedimiento y en parte por el segundo. La cuestión que aquí se plantea es si las emisiones de televisión en cuanto tales constituyen un servicio al que se aplica el Tratado. El método de financiación de determinadas organizaciones de emisión o de algunas emisiones concretas no puede tener ningún interés para responder a la cuestión planteada. El elemento decisivo es que las emisiones de televisión se pagan normalmente, es decir, se remuneran, de una forma u otra. De este modo, es preciso concluir que se trata de un servicio al que es aplicable el Tratado, sin importar la fuente de la que proviene la retribución. En efecto, creo que cualquier otra opinión supondría ignorar lo que afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto Sacchi, antes citado.

Como conclusión, entiendo que debe considerarse que las emisoras situadas fuera de Bélgica, en la medida en que sus programas pueden ser captados por telespectadores situados en este país, bien directamente bien por medio de un sistema de distribución por cable, prestan a dichas personas un servicio al que es aplicable el artículo 59 y que las restricciones de que se trata constituyen restricciones impuestas a este servicio así como al servicio prestado a sus abonados por las sociedades belgas de televisión por cable.

Al ser esta mi opinión sobre lo que he considerado el aspecto crucial de estos asuntos, no me parece necesario abusar de la paciencia de este Tribunal de Justicia, para examinar las alegaciones presentadas durante la

vista sobre la existencia de otros servicios transnacionales que podrían ser afectados por estas restricciones, como el servicio prestado por emisoras instaladas fuera de Bélgica a favor de anunciantes belgas o el prestado por estas emisoras a favor de anunciantes no belgas que buscan introducirse en el mercado belga.

La última cuestión que se plantea es la de si las restricciones, aunque prohibidas a primera vista por el artículo 59, si no me equivoco, pueden eludir esta prohibición mediante la excepción «de orden público» del artículo 56 del Tratado o de otra forma. Propongo examinar esta cuestión por separado, primero en relación con las restricciones impuestas a la difusión de mensajes publicitarios y, en segundo lugar, en lo relativo a la restricción aplicable conforme a la legislación en materia de derechos de autor.

### **La conformidad a Derecho de las restricciones impuestas a la difusión de mensajes publicitarios**

El apartado 1 del artículo 56 del Tratado (que el artículo 66 declara aplicable a los servicios) dispone, como se recordará, que:

«Las disposiciones del presente Capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.»

Se ha alegado que esta disposición no puede aplicarse en el presente caso, porque los extranjeros no están sujetos a un «régimen especial». La prohibición de difundir mensajes publicitarios por emisoras extranjeras sólo constituye una extensión a éstas de la prohibición aplicable a las emisiones realizadas por las emisoras belgas.

Sin embargo, como ha subrayado el Gobierno alemán, el artículo 56, al permitir a los Estados miembros adoptar, por razones de orden público, seguridad y salud públicas, medidas que establezcan un régimen especial para los extranjeros debe permitir *a fortiori* a los Estados miembros adoptar, por las mismas razones, medidas aplicables indistintamente a los extranjeros y sus propios nacionales. (Esta es la razón por la que he afirmado, con anterioridad, que consideraba que el artículo 56 hubiera supuesto en el asunto Koestler un motivo más para llegar al mismo resultado.)

En cualquier caso, imponer el cumplimiento de la obligación de difundir mensajes publicitarios conduciría en la práctica a aplicar un régimen especial a las emisiones extranjeras, puesto que ellas serían las únicas a las que se cortarían determinadas partes de los programas. Además, si el artículo 21 del Real Decreto debe entenderse en el sentido de que impone recortar en los programas extranjeros un tipo de mensajes publicitarios que las emisoras de televisión belgas están autorizadas a emitir —estoy pensando en los mensajes publicitarios realizados por Sabena y otros, de los que se ha hablado— también constituye un régimen especial.

No dudo que el control de la publicidad televisada pertenece plenamente al orden público. Bélgica no es el único país en el que existe este control. He sabido que existen restricciones similares en Alemania donde, por ejemplo, los mensajes publicitarios deben poder distinguirse claramente de las demás emisiones, no deben ocupar un tiempo de emisión superior a veinte minutos al día, no pueden difundirse después de las 8 de la noche ni, en ningún caso, los domingos y días festivos, donde la publicidad de cigarrillos o los anuncios de empleos vacantes están prohibidos, donde la publicidad de medicamentos está restringida y donde ni los anunciantes ni los publicitarios están autorizados a influir sobre otras partes de los programas. Me han informado de que existen también restricciones semejantes en numerosos aspectos en el Reino Unido y también en Luxemburgo, al menos, respecto a la publicidad de los medicamentos.

El Abogado de Coditel sostuvo que el artículo 21 del Real Decreto no es de orden público en Bélgica, dado que, sucesivamente, varios Gobiernos y el *ministère public* han dado a entender claramente que no pretendían su observancia. A esto, los Abogados de las asociaciones de consumidores, denunciantes en el litigio principal, respondieron que lo que es de orden público en un país debe deducirse de su legislación y no de las opiniones expresadas por las autoridades de dicho país, encargadas de la aplicación de dicha legislación. No creo que lo que es de orden público en un Estado miembro, a efectos del Tratado, deba establecerse necesariamente teniendo sólo en cuenta su legislación (véase el asunto Van Duyn 41/74, *rec.* 1974, p. 1337). No obstante,

creo que, en última instancia, corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes de cada Estado miembro, y no al Tribunal de Justicia, definir lo que es de orden público en su Estado, en este sentido.

### **La conformidad a Derecho de la restricción en materia de derechos de autor**

Nadie ha pretendido que la protección de los derechos de autor esté comprendida en el ámbito del orden público. El Gobierno alemán, pero sólo él, sostuvo que debería aplicarse el artículo 56 «por analogía».

Considero que el Gobierno alemán sostuvo con mejor fundamento que la disposición del artículo 36 debe aplicarse por analogía. En esto le apoyaron otras partes en el procedimiento, entre ellas la Comisión.

En las sentencias de 5 de julio de 1978, Ludwig (138/77, Rec. p. 1645) y Neumann (137/77, Rec. p. 1623), examiné la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de aplicación por analogía de disposiciones de Derecho comunitario y deduje de ella que estaba permitida cuando existiera una laguna manifiesta que fuera preciso colmar, debida a una omisión por parte de los autores del acto considerado y que no procediese de una intención deliberada. Creo que la falta de disposiciones en los artículos 59 a 66 del Tratado sobre la protección de la propiedad industrial y comercial obedece más bien a un olvido que a una intención deliberada. Podría sostenerse también que la protección de la propiedad industrial y comercial está incluida en el apartado 2 del

artículo 57 conforme al espíritu de los autores del Tratado, pero ello no me parece muy probable. Si es acertada la opinión que he expresado anteriormente a propósito del ámbito de aplicación de los artículos 59 a 66, la concepción que figura en el Tratado en materia de libre circulación de servicios se aproxima a la de la libre circulación de mercancías. Por consiguiente, la aplicación por analogía del artículo 36 resulta adecuada.

Las observaciones presentadas por Coditel y por la Comisión parecen dar fundamento a la idea de que la referencia al artículo 36 plantea desde el principio una dificultad de orden lingüístico en lo referente al texto de dicho artículo en determinadas lenguas oficiales. La expresión «industrial and commercial property» utilizada en el texto en lengua inglesa no es, que yo sepa, una expresión consagrada en Derecho inglés. Se trata de una expresión que tiene un sentido vago y general que extrae todo su significado en el contexto en que figura. En el del artículo 36, no dudo de que sea suficientemente amplia para englobar los derechos de autor. Parece que éste no es el caso de las expresiones equivalentes en otras lenguas. Los juristas de lengua francesa, por ejemplo, no aceptan de buena gana que la «propiedad industrial y comercial» incluya los derechos de autor; los adscriben más bien a una categoría diferente, denominada «propiedad literaria y artística». Sin embargo, tanto Coditel como la Comisión afirman que, en el contexto del artículo 36, debería entenderse que la «propiedad intelectual y comercial» incluye los derechos de autor. Esta opinión parece conforme a la de la inmensa mayoría de la doctrina y creo que es la correcta.

La aplicación por analogía del artículo 36 suscita, a la vista de las sentencias del Tribunal de Justicia sobre el ejercicio de los derechos de propiedad industrial y comercial en relación con las mercancías, el problema del objeto específico del derecho de que se trata.

Este derecho es aquí un elemento del derecho de autor, es decir, el derecho de exhibición. Todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia reconocen que no se puede aplicar, en el ámbito del derecho de exhibición, la doctrina del agotamiento del derecho tal como se aplica en el de la comercialización de mercancías. Perteneció a la esencia misma de un derecho de exhibición permitir a su titular que autorice o prohíba cada exhibición de la obra a la que se refiere.

Resulta tentador afirmar que se presume que el propietario de un derecho de exhibición de una obra, cuando autoriza la difusión de la misma por la vía de las ondas, autoriza igualmente la distribución por cable de la emisión. Existen Estados miembros cuya legislación dispone esto en una medida limitada. Se ha mencionado el apartado 3 del artículo 40 de la Copyright Act 1956 del Reino Unido que dispone precisamente esto en el caso de emisiones de la BBC y de la IBA, al Copyright Act 1963 irlandés que establece lo mismo, en el apartado 3 del

artículo 52, en el caso de emisiones realizadas por Radio Eireann, así como a una resolución del Landgericht de Hamburgo de 6 de enero de 1978, confirmada por sentencia del Oberlandesgericht de Hamburgo de 14 de diciembre de 1978, a cuyo tenor la ley alemana establece lo mismo siempre que se trate de la difusión de emisiones en la zona de recepción natural de las mismas. En estos casos, el canon que percibe el titular del derecho de exhibición de la organización emisora se calcula teniendo en cuenta que la emisión será retransmitida por cable.

Sin embargo, estos son casos excepcionales. El análisis completo y muy útil del Derecho de los Estados miembros que ha presentado la Comisión (y corregido en aspectos menores en lo referente al Derecho del Reino Unido por el Gobierno de dicho país) demuestra que, en general, el derecho a autorizar una emisión y el derecho a autorizar la distribución de la misma por cable se consideran distintos el uno del otro, como ha considerado la cour d'appel de Bruxelles en el caso de Bélgica. Siendo esto así, no creo que el Tribunal de Justicia pueda considerar que el Derecho comunitario niega al titular del derecho de exhibición de una obra, como por ejemplo una película, la facultad —considerada en tanto que elemento del objeto específico de dicho derecho— de autorizar o de prohibir la distribución por cable de una emisión de la obra.

## **Conclusiones**

Como conclusión, considero que, en respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia por el tribunal correctionnel de Liège en el asunto 52/79, este Tribunal debería declarar que:

- 1) Debe entenderse que el artículo 59 del Tratado CEE prohíbe toda normativa nacional que restrinja la distribución por cable de mensajes publicitarios emitidos en otros Estados miembros, salvo en la medida en que dicha normativa esté justificada por razones de orden público.
- 2) Las disposiciones del artículo 59 producen efecto directo y pueden por ello invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Considero que en respuesta a las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia por la cour d'appel de Bruxelles en el asunto 62/79, este Tribunal de Justicia debería declarar que:

- 1) El artículo 59 del Tratado CEE sólo prohíbe las restricciones a la prestación de servicios por personas establecidas en un Estado miembro a favor de las de otro Estado miembro.
- 2) Cuando una película cinematográfica se difunde por televisión en un Estado miembro con el consentimiento del titular del derecho de exhibición en dicho Estado, las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios no impiden al cesionario del derecho de exhibición en otro Estado miembro invocar su derecho, para prohibir la distribución por cable de la emisión en el otro Estado.