

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. CARL OTTO LENZ
presentadas el 16 de junio de 1994 *

Indice

A. Introducción	I - 1
B. Discusión	I - 4
Observación preliminar	I - 4
I. Sobre la primera cuestión	I - 4
Prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario	I - 4
La influencia de la «jurisprudencia sobre la elusión» sobre la cuestión de la prestación de servicios	I - 7
II. Sobre la segunda cuestión	I - 11
La prohibición de restricciones, base de la libre prestación de servicios	I - 11
La aplicación de los criterios a la Mediawet neerlandesa por parte del Tribunal de Justicia	I - 13
La «jurisprudencia sobre la elusión» del Tribunal de Justicia	I - 16
Consecuencias en el caso de autos	I - 17
Los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	I - 21
C. Conclusión	I - 28

* Lengua original: alemán.

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

3. La disposición aplicable en el presente asunto es la siguiente:

A. Introducción

1. En la presente petición de decisión prejudicial, el Raad van State der Nederlanden plantea cuestiones relativas a la aplicación de las disposiciones sobre la libre prestación de servicios a determinadas actividades de un organismo de radiodifusión.

2. El procedimiento principal enfrenta al organismo de radiodifusión TV 10, sociedad anónima luxemburguesa (en lo sucesivo, «demandante»), y al Commissariaat voor de Media de los Países Bajos (en lo sucesivo, «demandado»). El objeto del litigio era la negativa por parte del demandado a autorizar la inserción de los programas transmitidos por TV 10 en la red neerlandesa de distribución por cable. En la resolución de denegación, el demandado afirmaba que TV 10 no podía ser considerada como un organismo de radiodifusión extranjero a efectos del apartado 1 del artículo 66 de la Mediawet (Ley por la que se regula el suministro de programas de radiodifusión y de televisión, los cánones de radiodifusión y las medidas de ayuda a los órganos de prensa), dado que la demandante se había establecido en Luxemburgo con la intención manifiesta de eludir la legislación neerlandesa aplicable a las instalaciones nacionales de radiodifusión.

«1. El gestor de una red de teledistribución podrá:

a) Transmitir programas emitidos por un organismo de radiodifusión extranjero por medio de una emisora de radiodifusión y que, la mayor parte del tiempo, puedan ser captados directamente en la zona cubierta por la red de distribución por cable mediante una antena individual normal, con unas condiciones de calidad satisfactorias.

b) Transmitir programas, distintos de los aludidos en la letra a), emitidos por un organismo de radiodifusión extranjero o por un conjunto de tales organismos como programas de radiodifusión, de acuerdo con la legislación vigente en el país de emisión [...]»

4. TV 10 interpuso un recurso de anulación contra dicha resolución ante la Sección Jurisdiccional del Raad van State. La demandante considera que la resolución es impugnabile en varios aspectos. Considera inexacta la valoración jurídica de los hechos probados. Ade-

más, en su opinión, se viola el principio de igualdad y se incumplen los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como los artículos 7, 52 y siguientes y 59 y siguientes del Tratado CEE,¹ de 31 de agosto de 1992).

5. El órgano jurisdiccional remitente declaró que la demandante *no* es un organismo de radiodifusión a efectos de los artículos 14 a 30 de la Mediawet. Considera probado que la demandante se estableció en el extranjero con la intención manifiesta de eludir la legislación aplicable en los Países Bajos en materia de radiodifusión interior. No obstante, estima que debe examinarse el cargo de incompatibilidad de la resolución impugnada con el Derecho comunitario, invocado por la demandante.

6. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente, refiriéndose a la sentencia dictada en el asunto Debauve,² considera que las disposiciones del Tratado CEE sobre la libre prestación de servicios no son aplicables a actividades en las que ninguno de sus elementos esenciales se manifiesta más allá de las fronteras de un Estado miembro. Basándose en la sentencia dictada en el asunto Van Binsbergen,³ el órgano jurisdiccional remitente alega que no puede retirarse a un Estado miembro el derecho a adoptar disposiciones destinadas a impedir que el prestador de un servicio cuya actividad se dirige

total o principalmente hacia su territorio invoque la libertad garantizada por el artículo 59 para eludir las normas profesionales que se le aplicarían si estuviera domiciliado en el territorio de dicho Estado. Según el Raad van State, puede preguntarse si el capítulo aplicable en tal caso no es el del derecho de establecimiento en lugar del relativo a las prestaciones de servicios. Teniendo presente la sentencia Segers,⁴ el Raad van State se pregunta cómo debe juzgarse la actividad ejercida a partir de otro Estado miembro por un organismo de radiodifusión legalmente constituido y oficialmente establecido en dicho Estado miembro.

7. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

«1) ¿Existe prestación de servicios de carácter transfronterizo relevante a efectos de Derecho comunitario cuando un organismo de radiodifusión que en el Estado miembro A no tiene acceso a la red de distribución por cable emite programas desde el Estado miembro B con la intención manifiesta, resultante de cir-

1 — Desde el 1 de noviembre de 1993, Tratado CE, de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992 (DO 1992, C 224, p. 1).

2 — Sentencia de 18 de marzo de 1980, Debauve (52/79, Rec. p. 833).

3 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299).

4 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Segers (79/85, Rec. p. 2375).

cunstancias objetivas, de eludir con ello la legislación del Estado miembro al que los programas se dirigen principal, aunque no exclusivamente?

B. Discusión

Observación preliminar

2) ¿Autoriza el Derecho comunitario, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 10 en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al Estado miembro receptor a imponer a la prestación de servicios contemplada en la primera cuestión restricciones conforme a las cuales el organismo de radiodifusión no es considerado como un organismo de radiodifusión extranjero, aunque haya optado por establecerse en otro Estado miembro, y se le niega por ello el acceso de sus programas a la red nacional de distribución por cable, mientras no cumpla los requisitos de acceso aplicables a los organismos nacionales de radiodifusión, debido a que, al establecerse en ese otro Estado miembro, dicho organismo de radiodifusión intenta eludir las disposiciones adoptadas por el Estado miembro receptor para mantener el carácter pluralista y no comercial del sistema nacional de radiodifusión?»

8. Participaron en el procedimiento la demandante, el demandado, los Gobiernos neerlandés, alemán y francés, así como la Comisión, y el demandado hizo suyas todas las observaciones del Gobierno neerlandés. En el marco de la valoración jurídica, volveré sobre las particularidades del asunto y las observaciones de las partes.

9. Me permito realizar una observación preliminar, antes de iniciar la valoración jurídica del caso. Los hechos que dieron lugar al presente asunto se remontan a una época en la que no era obligatorio adaptar el Derecho interno a la Directiva 89/552/CEE⁵ ni modificar el Derecho neerlandés de los medios de comunicación para autorizar la radiodifusión comercial. El contexto jurídico del asunto habría sido fundamentalmente distinto si los hechos se hubiesen producido posteriormente. Por consiguiente, la valoración jurídica del presente asunto tiene sólo un valor limitado respecto a asuntos posteriores.

10. En primer lugar, deseo atraer la atención sobre otra consideración. El órgano jurisdiccional remitente no plantea, respecto a la aplicación al presente asunto de la prohibición de la discriminación en Derecho comunitario, la cuestión que habría podido suscitarse teniendo en cuenta la autorización concedida a RTL 4 para emitir a través de la

5 — 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).

red neerlandesa de distribución por cable. Parece que el órgano jurisdiccional remitente respondió por sí mismo a dicha cuestión. En el marco de la aplicación del artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, sólo el Tribunal de Justicia se encarga de comprobar la observancia de la prohibición de discriminación. En este ámbito, las competencias de control del Tribunal de Justicia son sensiblemente más limitadas que cuando se trata de la prohibición de discriminación en Derecho comunitario.

cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁶ que no puede tratarse aquí de prestaciones de servicios a efectos del Derecho comunitario, de forma que a un asunto puramente interno sólo debe aplicarse la legislación del Estado receptor.

I. Sobre la primera cuestión

Prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario

11. La primera cuestión tiene por objeto saber si una actividad de emisión puramente transfronteriza puede calificarse de prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario, aunque el organismo de radiodifusión se haya establecido en el extranjero con el fin de eludir la legislación aplicable en el Estado receptor a los organismos nacionales de radiodifusión.

12. Tanto el Gobierno neerlandés como el Gobierno alemán consideran, teniendo en

13. Por el contrario, la demandante considera que sí se trata de una actividad de servicio a efectos del Derecho comunitario, dado que la empresa de radiodifusión se estableció efectivamente en Luxemburgo y comenzó a emitir de conformidad con la legislación de dicho país. De esta manera, obtuvo de las autoridades luxemburguesas competentes la autorización para difundir sus programas mediante el satélite Astra. Según la demandante, en el caso de autos se trata únicamente de la definición de los límites de la libre prestación de servicios, que, por lo demás, sólo puede efectuarse de acuerdo con criterios objetivos.

14. Tanto el Gobierno francés como la Comisión consideran que existe prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario. En su opinión, este punto es distinto de otra cuestión, que es la de saber cuáles son las medidas que un Estado miembro está autorizado a adoptar para impedir que el prestador de servicios eluda su legislación interna.

6 — Véase la jurisprudencia citada en los puntos 51 y 52 *infra*.

15. Los servicios a efectos del Derecho comunitario se definen en el artículo 60 del Tratado como «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». La libre prestación se garantiza para los servicios «dentro de la Comunidad»,⁷ es decir, que el servicio debe ser transfronterizo. Los beneficiarios de la libertad son los «nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».⁸ Los nacionales de los Estados miembros a efectos de esta disposición son las personas tanto físicas como jurídicas. A través del artículo 66, las personas jurídicas se asimilan a las personas físicas para la aplicación del capítulo del Tratado relativo a los «servicios», conforme al artículo 58. A tenor de este último, quedan asimiladas «las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad».

16. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sede de una sociedad así definida sirve para determinar su pertenencia al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.⁹

17. Para poder invocar la libre prestación de servicios del Derecho comunitario, la demandante debería reunir, en primer lugar, los criterios que definen a los beneficiarios de la libertad. La demandante es una sociedad anónima, fundada el 27 de julio de 1989 con arreglo al Derecho luxemburgués bajo la denominación FICORT SA, rebautizada TV 10 SA el 1 de septiembre de 1989. El objeto de la sociedad se define, entre otras cosas, como «principalmente, la emisión de programas de teledifusión». Además, su objeto social le permite producir programas radio y teledifundidos o prestar su concurso a dicha actividad. Las autoridades luxemburguesas reconocieron a la demandante la calidad de organismo de radiodifusión. Además, se le autorizó a emitir en la red luxemburguesa de distribución por cable. Por otra parte, la «Société Européenne des Satellites»¹⁰ obtuvo de las autoridades luxemburguesas la autorización para retransmitir mediante el satélite Astra los programas de la demandante, con la que celebró un contrato. El control, la explotación técnica, la producción de los programas, así como la organización de la actividad de emisión, debían efectuarse en Luxemburgo.

7 — Véase el apartado 2 del artículo 59.

8 — Véase el apartado 1 del artículo 59. Sobre posibles excepciones a esta norma, véanse las sentencias de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia (C-154/89, Rec. p. I-659); Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709); Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727), y de 22 de marzo de 1994, Comisión/España (C-375/92, Rec. p. I-923). Véanse también mis conclusiones de 19 de mayo de 1994 en el asunto Peralta (C-379/92, Rec. 1994, pp. I-4353 y ss., especialmente p. I-4356), puntos 74 a 77.

9 — Sentencias de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartado 18; Segers, antes citada, apartado 13, y de 13 de julio de 1993, Commerzbank (C-330/91, Rec. p. I-4017), apartado 13.

18. Por consiguiente, ha quedado acreditado que la demandante fue constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tiene su sede en la Comunidad, a saber, en Luxemburgo. No procede investi-

10 — Tal como aparece escrito en las observaciones de la demandante.

gar si su sede social, administración central o centro de actividad principal están en Luxemburgo, dado que los requisitos se aplican de manera alternativa y basta con que se cumpla un solo criterio. En el caso de autos se cumplen, con toda probabilidad, los tres criterios.

19. Un prestador de servicios a efectos del Derecho comunitario debe, en principio,¹¹ estar establecido en un Estado miembro distinto al del destinatario de la prestación. Ahora bien, este concepto significa que debe existir una relación efectiva y duradera con la economía de un Estado miembro. En mi opinión, los elementos descritos, a saber, la constitución y la creación de la sociedad, la obtención de todas las autorizaciones de emisión necesarias y el inicio de la actividad social son indicios suficientes para acreditar el establecimiento.

20. Una actividad de emisión que afecta a los Países Bajos o que les está destinada cumple también el criterio del carácter transfronterizo. Según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia califica las emisiones de teledifusión como prestación de servicios,¹² cualquiera que sea el modo de transmisión.¹³ Esta calificación comprende incluso las emisiones de carácter publicitario.¹⁴ La emisión publicitaria puede constituir también una

prestación de servicios en beneficio de las empresas de publicidad.¹⁵

La influencia de la «jurisprudencia sobre la elusión» sobre la cuestión de la prestación de servicios

21. Como he indicado anteriormente, los Gobiernos neerlandés y alemán consideran que la actividad de emisión de la demandante no puede considerarse prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario, dado que no cabe duda de la intención de la demandante de eludir la legislación neerlandesa sobre los medios de comunicación. En su opinión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de libertades fundamentales se deduce un principio según el cual una persona no puede invocar las libertades derivadas del Derecho comunitario para eludir las normativas aplicables.

22. No cabe duda de que el órgano jurisdiccional remitente acreditó, vinculando al Tribunal de Justicia, la existencia de una manobra que tiene por objeto eludir la legislación

11 — Para las posibles excepciones a la norma, véase la jurisprudencia citada en la nota 8.

12 — Expresamente: sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 6; de forma implícita: sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartados 19 y ss.; de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007); de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), y de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487).

13 — Sentencia Debaue, antes citada, apartado 8.

14 — Sentencia Debaue, antes citada.

15 — Sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders y otros (352/85, Rec. p. 2085), apartado 14.

aplicable. La prueba de los hechos es únicamente competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro. Cuestión distinta es saber cuáles son los requisitos de tales pruebas, si sólo pueden tenerse en cuenta elementos objetivos o si en la apreciación pueden intervenir criterios subjetivos tales como la intención y los motivos. Estos últimos criterios son problemáticos, particularmente cuando se trata de analizar la actividad de una persona jurídica. Volveré a estas cuestiones complejas.

23. Para continuar el análisis de la cuestión de si hay prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario, es necesario partir de la apreciación del órgano jurisdiccional remitente según la cual existe una maniobra destinada a eludir la legislación.

24. En la sentencia Van Binsbergen ¹⁶ se dice lo siguiente:

«No se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar las disposiciones destinadas a impedir que la libertad garantizada por el artículo 59 sea utilizada por un prestador, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de

dicho Estado, *situación que puede estar comprendida en el capítulo relativo al derecho de establecimiento, pero no bajo el de las prestaciones de servicios.*» ¹⁷

25. La última parte de la frase suscita, en particular, dudas respecto a las consecuencias jurídicas que procede atribuir al hecho de que un prestador de servicios eluda la normativa profesional aplicable. ¿Significa esta formulación que el prestador de servicios escapa, en su caso, al ámbito de aplicación de las normas relativas a la libre prestación de servicios y se encuentra sujeto al derecho de establecimiento como si estuviera establecido en el país de destino, o bien que, en principio, sigue rigiéndose por el capítulo relativo a los servicios, con la consecuencia de que deben probarse los elementos determinantes, como el hecho de tener su domicilio en un Estado miembro distinto al del destinatario de la prestación o el carácter transfronterizo de esta última y que, además, está sometido a la normativa profesional del país destinatario de la prestación de servicios?

26. El punto de vista de los Gobiernos neerlandés y alemán y las observaciones de todas las demás partes deben conciliarse, en esta medida, con el tenor literal del pasaje correspondiente de la sentencia Van Binsbergen.

16 — Véase también la jurisprudencia que de ella deriva, por ejemplo, las sentencias de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755); de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica (C-211/92, Rec. p. I-6757), apartado 12, y Verónica Omroep Organisatie, antes citada, apartado 12.

17 — Véase el asunto Van Binsbergen, antes citado, apartado 13; el subrayado es mío.

27. Por lo demás, la Comisión reconoció el problema y formuló observaciones convincentes sobre este punto.¹⁸ En su opinión, la postura de la «jurisprudencia Van Binsbergen» puede analizarse bajo dos puntos de vista. Por una parte, puede verse en la misma un criterio distintivo de la aplicación de los artículos 52 y 59 del Tratado. Considera que tanto la última parte de la frase del decimotercer considerando de la sentencia Van Binsbergen¹⁹ como los efectos de dicha jurisprudencia juegan en favor de esta interpretación. Por otra parte, es posible interpretar esta jurisprudencia como una *excepción al artículo 59 del Tratado*, partiendo de la idea de que, en principio, se efectúa una prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado.

28. Según la Comisión, la distinción es importante en la medida en que, conforme a la primera interpretación, *sólo* es aplicable la legislación del Estado en el que se realiza la prestación de servicios, mientras que, de acuerdo con la segunda interpretación, el prestador está sujeto, en todos los casos, a la legislación del Estado miembro en el que está (oficialmente) establecido y puede estar sujeto, *además*, a la del Estado en el que se realiza la prestación. Por consiguiente, la segunda interpretación lleva a la aplicación simultánea de dos legislaciones que pueden ser inconciliables, lo que supone un obstáculo que no debe despreciarse. No obstante, la Comisión se inclina más bien por esta última interpretación, porque el hecho de ver en la «jurisprudencia Van Binsbergen» un simple criterio de distinción entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de

servicios puede constituir una causa grave de incertidumbre jurídica.

29. La Comisión justifica esta afirmación con el siguiente razonamiento. El Estado miembro en el que se efectúa la prestación de servicios *no está obligado* a aplicar las normas profesionales vigentes en su territorio: la jurisprudencia Van Binsbergen le otorga, según la Comisión, el derecho a «defenderse». Dicho Estado tiene —si se reúnen todos los requisitos— la posibilidad de imponer el cumplimiento de todas las normas profesionales o, si lo desea, sólo de una parte de las mismas; pero esta *posibilidad de intervención* no proporciona ningún indicio respecto a la situación en el Estado miembro en el que se encuentra el establecimiento oficial. La Comisión se pregunta si este último Estado miembro no puede aplicar ninguna de las disposiciones vigentes en su territorio (dado que, de acuerdo con la primera interpretación, la empresa afectada se considera «establecida» en el Estado miembro en el que se efectúan las prestaciones de servicios) o si sólo puede hacerlo en la medida en que no intervenga el otro Estado miembro. En cualquier caso, la primera interpretación requiere una estrecha colaboración de las Administraciones de los dos Estados miembros.

30. Además, la «jurisprudencia Van Binsbergen» sólo afecta a las «normas profesionales». La Comisión considera que tales «normas» —teniendo en cuenta el hecho de que la jurisprudencia «Van Binsbergen» (cualquiera que sea la interpretación que se adopte) se inserta en el contexto de las disposiciones del Tratado relativas a la supresión de los obstáculos al ejercicio de actividades

18 — Véase el escrito de observaciones de la Comisión, pp. 10 y ss., puntos 12 y 13.

19 — Mencionado en el punto 24.

económicas en la Comunidad— están compuestas por las disposiciones nacionales que regulan el acceso a las actividades contempladas en el artículo 57 del Tratado CEE y el ejercicio de las mismas. No quedan afectadas otras legislaciones, por ejemplo en materia de Derecho fiscal, de Seguridad Social o de planificación, etc. En su opinión, el Estado miembro en el que la empresa está oficialmente establecida se encuentra ante una situación difícil de determinar.

31. Deseo añadir las siguientes consideraciones a las alegaciones relevantes de la Comisión. La interpretación de la sentencia Van Binsbergen, que ve en la misma un criterio de delimitación entre la aplicabilidad de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios y la referente a la libertad de establecimiento, no me convence porque, en mi opinión, esta premisa hace abstracción, al menos parcialmente, del establecimiento real del prestador de servicios y se basa en la ficción de un establecimiento en el país destinatario de la prestación. Fuera de los casos de abuso o de maniobras dirigidas a eludir la normativa, el objeto declarado de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios es facilitar su ejercicio sin obstáculos y sin que sea necesario un establecimiento en el país miembro en el que se encuentre el destinatario de la prestación. En la sentencia Van Binsbergen y en la jurisprudencia que de ella deriva,²⁰ no se trata de regular el establecimiento, sino de someter una determinada actividad transfronteriza a las normas profesionales pertinentes.

32. En el presente asunto, el establecimiento de la demandante en Luxemburgo no puede criticarse con arreglo al Derecho comunitario. La única cuestión que puede plantearse es si se aplican disposiciones del país de destino y, en su caso, cuáles.

33. Por consiguiente, considero que, teniendo en cuenta la sentencia Van Binsbergen y la jurisprudencia que de ella deriva, sólo se aplican las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Sólo en el marco de esta libertad puede aplicarse, en determinadas circunstancias,²¹ el Derecho del país destinatario, con carácter de limitación o de excepción a la libertad, como si el prestador de los servicios estuviera establecido en dicho país.

34. En efecto, la multiplicidad potencial de los ordenamientos jurídicos aplicables, antítesis del objeto perseguido por la libre prestación de servicios, va en contra de mi tesis. No obstante, este argumento no puede prevalecer. De todas formas, como todas las normas de excepción, ésta debe interpretarse también de manera restrictiva. A este respecto, nunca debe perderse de vista que se

20 — Sentencias de 26 de noviembre de 1975, Coenen (39/75, Rec. p. 1547); de 7 de febrero de 1979, Knoors (115/78, Rec. p. 399); de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, antes citada; de 27 de septiembre de 1989, Van de Bijl (130/88, Rec. p. 3039), y Veronica Omroep Organisatie, antes citada.

21 — Según la jurisprudencia Van Binsbergen, la aplicación de las normas profesionales sólo se tiene en cuenta cuando, primero, la actividad del prestador esté «entera o principalmente orientada hacia [el] territorio [del Estado miembro]» y, segundo, haya voluntad por parte del prestador de utilizar dicha libertad «para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado» (véase el apartado 13).

trata únicamente de la aplicación de las normas profesionales que el prestador de servicios pretende eludir.

35. La posible aplicación subsidiaria de las normas profesionales del país destinatario en caso de abuso o en caso de elusión de la legislación del Estado miembro no hace, en principio, que el presente asunto quede fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. En consecuencia, por su aspecto objetivo, la actividad de teledifusión en el caso de autos debe ser calificada de prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario.

37. La aplicación del Derecho del Estado miembro es únicamente competencia del órgano jurisdiccional remitente. La calificación de organismo de radiodifusión extranjero o nacional a efectos de la Ley neerlandesa sobre medios de comunicación corresponde, en última instancia, al Derecho interno. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente tiene dudas en cuanto a la compatibilidad de su interpretación de la Ley con el Tratado. Por esta razón, considera que las cuestiones prejudiciales son determinantes para la resolución del litigio y que la petición de decisión prejudicial es necesaria. Conforme a su jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia comunica al órgano jurisdiccional remitente, en el marco del procedimiento prejudicial, los datos que necesita para adoptar una decisión conforme con el Derecho comunitario en el litigio que debe resolver.²²

La prohibición de restricciones, base de la libre prestación de servicios

II. Sobre la segunda cuestión

36. En la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el Estado miembro destinatario está autorizado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos, a imponer a la prestación de servicios restricciones que consisten en denegar a la demandante el estatuto de organismo extranjero de radiodifusión a efectos del Derecho del Estado miembro, estatuto que implica un trato más favorable en materia de acceso al mercado en comparación con los organismos de radiodifusión nacionales y a someterla, por el contrario, al trato nacional.

38. La libre prestación de servicios tiene por objeto esencial la eliminación de las restricciones a efectos del artículo 59. Estas pueden revestir variados aspectos. Entre ellas deben incluirse en primer lugar, conforme a la jurisprudencia más antigua del Tribunal de Justicia, las exigencias «impuestas al prestador de un servicio, en particular por razón de su nacionalidad o en virtud 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

²² — Sentencia de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartados 29 y ss.

el territorio nacional o que puedan prohibir o dificultar de otro modo las actividades de quien presta servicios». ²³

39. Desde esta óptica, la prohibición de las restricciones, ²⁴ inmediatamente aplicable desde el final del período transitorio, se revela, en primer lugar, como una prohibición de discriminación. ²⁵ En este contexto, no sólo están prohibidas las desigualdades de trato manifiestas, sino también las formas de discriminación encubiertas, que, en efecto, se basan aparentemente en criterios neutros, pero que de hecho conducen al mismo resultado. ²⁶ Las normativas nacionales que no se aplican indistintamente a todas las prestaciones de servicios sin consideración de su origen sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden incluirse en una disposición expresa por la que se introducen excepciones, como el artículo 56 del Tratado CEE. ²⁷

40. No obstante, las restricciones pueden presentarse también en forma de normativas nacionales aplicables indistintamente. Tales normas, que juegan en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, se consideran «otras restricciones» y quedan cubiertas por la prohibición de discriminación inmediatamente aplicable. El

límite entre discriminaciones encubiertas y otras restricciones no siempre está claro. ²⁸ En cualquier caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ²⁹ se deduce que toda disposición que obstaculiza, de hecho o jurídicamente, la libre circulación de servicios *puede* constituir una infracción del artículo 59 del Tratado CEE, y que, en cada asunto, debe analizarse la compatibilidad del obstáculo con el artículo 59. ³⁰

41. Teniendo en cuenta las particularidades de numerosas prestaciones de servicios, los requisitos especiales impuestos al prestador que derivan de la aplicación de las normas relativas a este tipo de actividad pueden considerarse compatibles con el Tratado. No obstante, la libre circulación de servicios sólo debe quedar limitada por normas aplicables sin distinción y justificadas por el interés general, y únicamente en la medida en que las normas a las que esté sujeto el prestador en el Estado en el que está establecido no tengan ya en cuenta este interés general. ³¹

42. La importancia que se concede al respeto de determinados intereses generales a través

23 — Asunto Van Binsbergen, antes citado, apartado 10; véase también la sentencia Coenen, citada en la nota 20, apartado 6.

24 — Asunto Van Binsbergen, antes citado, apartado 23.

25 — Sentencia Collectieve Antennevoorziening Gouda, antes citada, apartado 10.

26 — Véanse mis conclusiones de 5 de diciembre de 1990, Comisión/Francia, citadas en la nota 8, punto 27.

27 — Véase el asunto Collectieve Antennevoorziening Gouda, antes citado, apartado 11.

28 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 21 de febrero de 1991, en el asunto Säger (C-76/90, Rec. 1991, pp. I-4221 y ss., especialmente p. I-4229), puntos 20, 21 y 22.

29 — Sentencia de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartado 16, y sentencia Comisión/Alemania, antes citada.

30 — Véanse mis conclusiones en el asunto Comisión/Francia, antes citado, punto 29.

31 — Asuntos Comisión/Alemania, antes citado, apartado 27; Webb, antes citado, apartado 17.

de la validación de las normas aplicables en el Estado en el que está establecido el prestador se ha considerado siempre una extensión jurisprudencial, en el ámbito de los servicios, del principio del país de origen, comparable a la jurisprudencia *Cassis de Dijon* ³² en materia de libre circulación de mercancías. Por ejemplo, las normativas dirigidas a proteger al destinatario de las prestaciones de servicios o al consumidor forman parte de las bases esenciales del interés general reconocidas ya por el Tribunal de Justicia. ³³

43. Por último, los requisitos deben ser concretamente adecuados para garantizar el cumplimiento de las normas profesionales y la protección de los intereses contemplados. ³⁴ Por lo que respecta a estos últimos criterios, considero, al igual que el Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó en el asunto *Säger*, ³⁵ que no imponen ningún requisito adicional a las restricciones lícitas a la libre prestación de servicios. En mi opinión, se trata, en este caso, de elementos del control de proporcionalidad ³⁶ que debe aplicarse en el momento del posible examen de las restricciones autorizadas.

La aplicación de los criterios a la *Mediawet* neerlandesa por parte del Tribunal de Justicia

44. El Tribunal de Justicia comenzó ya a aplicar criterios abstractos a diferentes secciones de la Ley neerlandesa sobre medios de comunicación en los asuntos C-288/89, ³⁷ C-353/89 ³⁸ y C-148/91. ³⁹ Declaró que la *Mediawet* tiene por objeto mantener una radio pluralista y no comercial y se inscribe en una política cultural que tiene por finalidad proteger la libertad de opinión de los diferentes grupos sociales de los Países Bajos, en los ámbitos de la prensa, la radio y la televisión. ⁴⁰ Según el Tribunal de Justicia, dichas intenciones de política cultural constituyen objetivos de interés general que un Estado miembro puede legítimamente perseguir, por ejemplo, fijando de manera apropiada la estructura de sus propios organismos de difusión. ⁴¹

45. Por consiguiente, la decisión del Estado miembro de proteger una radiodifusión no comercial no es criticable en sí. Una modificación legislativa posterior no puede volver a poner en entredicho la conformidad a Dere-

32 — Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe* (120/78, Rec. p. 649).

33 — Véase el asunto *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citado, apartado 14. En él se mencionan otros asuntos, con las referencias jurisprudenciales correspondientes.

34 — Sentencia de 18 de enero de 1979, *Van Wesemael* (asuntos acumulados 110/78 y 111/78, Rec. p. 35); asunto *Comisión/Alemania*, antes citado, apartado 27.

35 — Conclusiones en el asunto *Säger*, antes citado, punto 29.

36 — Por ejemplo, los asuntos *Comisión/Alemania*, antes citado, apartados 41 y ss.; *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citado, apartado 15.

37 — Sentencia *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citada.

38 — Sentencia *Comisión/Países Bajos*, antes citada.

39 — Sentencia *Veronica Omroep Organisatie*, antes citada.

40 — Asunto *Veronica Omroep Organisatie*, antes citado, apartado 9, que remite al asunto *Comisión/Países Bajos*, antes citado, apartados 3, 29 y 30, y al asunto *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citado, apartados 22 y 23.

41 — Asunto *Veronica Omroep Organisatie*, antes citado, apartado 10, que remite a los asuntos *Comisión/Países Bajos*, antes citado, apartados 41 y 42, y *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citado, apartados 23 y 24.

cho de la apreciación en la que se basa la decisión anterior. Según las observaciones escritas de las partes, confirmadas durante la vista, es precisamente esta decisión del legislador la que se opone a la creación de un organismo comercial de radiodifusión en los Países Bajos y la que motivó el recurso de la empresa demandante.

46. Además, de la jurisprudencia antes citada resulta que las prescripciones normativas relativas a la estructura de un organismo de radiodifusión, aun cuando se apliquen de manera indistinta a las empresas nacionales y extranjeras, pueden constituir para estas últimas una restricción prohibida a la libre prestación de servicios, a efectos del artículo 59 del Tratado CEE.⁴² Desde el punto de vista de los Países Bajos, los organismos extranjeros de radiodifusión disfrutaban, por lo tanto, de mayor libertad en cuanto a su organización societaria, aun cuando emitan programas destinados a los Países Bajos. Esta libertad es, ciertamente, sólo relativa, ya que dichos organismos extranjeros deben cumplir la legislación del Estado miembro en el que están establecidos. En efecto, esta última puede ser más liberal.

47. El artículo 66 de la Mediawet, en su versión aplicable al caso de autos, constituye, en armonía con el Derecho comunitario, una base jurídica autónoma que regula el acceso de los programas de los organismos extranjeros de radiodifusión a la red neerlandesa de distribución por cable. En el sistema del Derecho comunitario, la norma está incluida en el principio del país de origen. Por lo demás, el artículo 2 de la Directiva 89/552⁴³

prevé, imperativamente, un procedimiento similar para el acceso al mercado de los programas de televisión de los organismos extranjeros de radiodifusión⁴⁴ que, no obstante, no estaba todavía vigente en el momento en que se produjeron los hechos.⁴⁵

48. Los fundadores de la empresa demandante utilizaron, manifiestamente, las posibilidades del Derecho luxemburgués de los medios de comunicación y fundaron dicha empresa con la esperanza de disfrutar de la mayor libertad concedida a los organismos extranjeros en comparación con los organismos neerlandeses. El establecimiento de la demandante no es criticable, teniendo presente el objetivo de libre elección del lugar de residencia del Derecho comunitario.

49. Para llevar más lejos el análisis, debe tenerse por aceptado que la aplicación no

44 — Véanse también los considerandos duodécimo, decimocuarto y decimoquinto de la Directiva, en los que se dice lo siguiente:

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

«[...]»

«[...] es necesario, en el mercado común, que todas las emisiones procedentes de la Comunidad y destinadas a ser captadas dentro de la misma y, en particular, las emisiones destinadas a otro Estado miembro, sean conformes a la legislación del Estado miembro de origen aplicable a las emisiones destinadas al público en este Estado miembro, así como a las disposiciones de la presente Directiva; Considerando que la obligación del Estado miembro de origen de asegurarse que las emisiones son conformes con la legislación nacional tal como es coordinada por la presente Directiva es suficiente, con respecto al Derecho comunitario, para garantizar la libre circulación de las emisiones sin un control secundario, por los mismos motivos, en cada uno de los Estados miembros de recepción [...]»

45 — Artículo 25 de la Directiva 89/552.

42 — Asunto Comisión/Países Bajos, antes citado, apartados 40 y ss.

43 — Citada en la nota 5.

discriminatoria de las disposiciones legales neerlandesas que se oponen a la televisión comercial —que, ciertamente, no son criticables en la medida en que afectan a los organismos nacionales de radiodifusión—⁴⁶ produce el efecto de una restricción prohibida a efectos del artículo 59 del Tratado CEE en perjuicio de la actividad de los organismos extranjeros de radiodifusión. Por consiguiente, se trata solamente de saber si el Estado miembro está autorizado por excepción, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, a oponer a la demandante las disposiciones aplicables a los organismos nacionales, para impedir el acceso de sus programas a la red neerlandesa de distribución por cable.

La «jurisprudencia sobre la elusión» del Tribunal de Justicia

50. Como he indicado anteriormente, en el ámbito de las libertades fundamentales existe una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se caracteriza por el hecho de que, en caso de elusión de las normativas de los Estados miembros o de abuso de las libertades comunitarias, se deniega al interesado la posibilidad de invocar las libertades fundamentales.

51. En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia declaró que determinadas disposiciones no discriminatorias de fijación obligatoria del precio de los libros constituyan una medida prohibida de efecto similar a una restricción cuantitativa de las importaciones. No obstante, esta afirmación no se aplicaba en el caso de que de elementos objetivos resultara «que tales libros fueron exportados exclusivamente para su reimportación, con la finalidad de eludir una legislación como la del caso de autos».⁴⁷ En el ámbito de la libre circulación de trabajadores, el Tribunal de Justicia declaró, en una sentencia relativa a una asignación por estudios, que ciertos abusos que podrían descubrirse de acuerdo con elementos objetivos en el sentido de que determinados trabajadores entraron en un Estado miembro con el único propósito de acogerse en dicho Estado, tras un período muy breve de actividad profesional, al sistema de ayudas a los estudiantes, no están amparados por las disposiciones comunitarias de que se trata.⁴⁸ El Tribunal de Justicia se pronunció en los mismos términos, tratándose de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. En la sentencia Knoors,⁴⁹ el Tribunal de Justicia señala, por ejemplo, que

«[Considerando] que, sin embargo, no puede negarse el interés legítimo que puede tener un Estado miembro en impedir que, aprovechando las facilidades creadas por el Tratado,

46 — Los Estados miembros han conservado, aun después de la entrada en vigor de la Directiva 89/552, la posibilidad de prever normas más estrictas para los organismos de radiodifusión que están comprendidos en su ordenamiento jurídico. Véase el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva y su decimotercer considerando: «Considerando que la presente Directiva establece las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la libre difusión de las emisiones; que, en consecuencia, no afectará a las competencias de los Estados miembros y sus autoridades en materia de organización —incluidos los sistemas de concesión o de autorización administrativa o de fiscalidad— de la financiación y del contenido de los programas; que la independencia y la evolución cultural de un Estado miembro al otro y la diversidad cultural de la Comunidad quedarán así preservadas.»

47 — Sentencia de 10 de enero de 1985, *Leclerc/Au bleu vert* (229/83, Rec. p. 1), apartado 27 y fallo. Igualmente, las sentencias de 11 de julio de 1985, *Leclerc/Syndicat des libraires de Loire-Océan* (299/83, Rec. p. 2515), y de 10 de julio de 1986, *Boriello/Darras y Tostain* (95/84, Rec. p. 2253).

48 — Sentencia de 21 de junio de 1988, *Lair* (39/86, Rec. p. 3161), apartado 43.

49 — Sentencia Knoors, citada en la nota 20, apartado 25.

algunos de sus nacionales intenten eludir abusivamente la aplicación de su normativa nacional en materia de formación profesional.»

radio y la televisión, se trata, en desarrollos similares en cuanto a su contenido, de medidas que deben adoptarse. El concepto de «normas profesionales» se sustituye por el más general de «disposiciones». ⁵⁴

52. La sentencia Van Binsbergen, dictada en el marco de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios, así como la jurisprudencia que de ella deriva, van en el mismo sentido. En el pasaje ⁵⁰ relevante a efectos del presente asunto, el Tribunal de Justicia declaró que no se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar las disposiciones destinadas a impedir que la libertad garantizada por el artículo 59 sea utilizada por un prestador, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado. ⁵¹

53. En resumen, observo que un Estado miembro está autorizado para adoptar *medidas* destinadas a impedir que un prestador de servicios cuya actividad está entera o principalmente orientada hacia dicho Estado miembro invoque la libertad de prestación de servicios para eludir la normativa aplicable a dicha actividad profesional. ⁵⁵

Consecuencias en el caso de autos

En la sentencia 130/88, ⁵² el Tribunal de Justicia hace, en sustancia, la misma observación, con la ligera modificación terminológica de que emplea la expresión «adoptar medidas» en lugar de «adoptar disposiciones». En la sentencia C-148/91, ⁵³ la más cercana cronológica y materialmente al caso de autos, en la que el Tribunal de Justicia aplica los principios a un asunto en el ámbito de la

54. Las disposiciones de cuya elusión se trata en el caso de autos tienen por objeto regular la actividad de teledifusión. Por consiguiente, se trata, sin duda alguna, de una actividad profesional, de forma que las disposiciones deben clasificarse en un concepto de «normas profesionales», interpretado en sentido amplio.

50 — Citado textualmente en el punto 24 *supra*.

51 — Véase el apartado 13 de la sentencia, antes citada. Véase también el asunto Coenen, antes citado, apartados 8 a 11, y la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 22, en la que el Tribunal de Justicia repitió expresamente esta afirmación.

52 — Sentencia Van de Bijl, citada en la nota 20, apartado 26.

53 — Sentencia Veronica Omroep Organisatie, antes citada, apartado 12.

54 — En la sentencia dictada el 16 de diciembre de 1992 en el asunto Comisión/Bélgica, citada en la nota 16, apartado 12, se analizó, pero se desechó, la aplicación de los principios contra la elusión.

55 — En este contexto, procede señalar la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita n° 1101/89. La Comisión comunica que, durante las deliberaciones del Consejo para la adopción de la Directiva 89/552, declaró que, en el ejercicio del papel que le corresponde y en la interpretación del Derecho, velará por el respeto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de elusión de las normas nacionales, y se remite a la jurisprudencia Van Binsbergen (DO 1990, C 125, p. 34).

55. La cuestión de si la actividad de la demandante está orientada entera o principalmente hacia el territorio de los Países Bajos debe resolverse de acuerdo con criterios objetivos. El contenido de los programas, el idioma y los mensajes publicitarios son indicios del destino de la actividad de teledifusión. Otro criterio que debe tenerse en cuenta es el hecho de que la demandante cesara totalmente su actividad de difusión cuando se le denegó el acceso de sus programas a la red neerlandesa de distribución por cable.

56. Para que un Estado miembro esté facultado para adoptar medidas, debe demostrarse que el prestador utiliza la libre prestación de servicios a efectos del Derecho comunitario para eludir la legislación vigente en el país destinatario de las prestaciones.

57. En sus observaciones escritas, la Comisión calificó este elemento de criterio subjetivo, pero abandonó dicha calificación durante la vista. En este contexto, se plantea la cuestión del modo en que debe presentarse el hecho de «eludir» y en qué circunstancias puede demostrarse. Se trata, en particular, de saber si pueden invocarse criterios subjetivos —cuya prueba es difícil presentar, en particular para las personas jurídicas— o si la voluntad de eludir la normativa debe demostrarse a través de elementos objetivos.

58. Tanto en las observaciones escritas de las partes como durante la vista se destacó, en

repetidas ocasiones, que la elusión de las disposiciones neerlandesas se había demostrado ya definitivamente, como hecho probado, ante el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, el representante de la demandante alegó, en mi opinión acertadamente, que el órgano jurisdiccional remitente probó determinados hechos cuya interpretación según el Derecho comunitario es competencia del Tribunal de Justicia. La prueba de la elusión de la Ley o de la voluntad de eludirla consiste en una valoración jurídica de elementos de hecho que no puede escapar totalmente a la apreciación del Tribunal de Justicia. En cualquier caso, los límites de dicha valoración están sujetos al control jurídico del Tribunal de Justicia.⁵⁶

59. En primer lugar, procede explicar en qué circunstancias puede demostrarse la elusión. En general, una elusión de la Ley o un abuso de Derecho se basa en la intención de cometerlos, que constituye, sin duda alguna, un elemento subjetivo. Ello explica perfectamente la interpretación de la jurisprudencia Van Binsbergen, adoptada por la Comisión en sus observaciones escritas, en cuanto a la presencia de los criterios objetivo y subjetivo. En las sentencias Van Binsbergen, Coenen, Knoors y Van de Bijl se trataba, en todos los casos, de la valoración del comportamiento de personas físicas, de manera que en el análisis podían tenerse en cuenta la intención y los motivos.

56 — El órgano jurisdiccional remitente parece ser de la misma opinión, dado que, en el marco del procedimiento prejudicial, somete al Tribunal de Justicia la valoración de los hechos que probó.

60. En principio, la actitud es distinta a la hora de concretar elementos subjetivos cuando se trata de valorar jurídicamente la actividad de una persona jurídica que actúa a través de sus órganos. La persona jurídica no puede, en cuanto tal, tener comportamientos subjetivos. Sólo las personas físicas son responsables desde un punto de vista ético, circunstancia que reviste una importancia fundamental para determinar, por ejemplo, la imposición de una sanción penal. En el marco del ordenamiento jurídico que fundamenta la existencia en Derecho de la persona jurídica y le reconoce capacidad jurídica, están previstas, en general, normas que imputan a la persona jurídica las actividades de sus órganos, realizadas por personas físicas. Esta imputación puede llegar hasta el extremo de reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica. En concreto, tales normas se presentan en formas considerablemente diferentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros.

61. En mi opinión, una inclusión uniforme, válida para todos los Estados miembros en el marco del Derecho comunitario, de los actos de las personas físicas en el ámbito de la responsabilidad de la persona jurídica sólo puede llevarse a cabo en el marco de un estudio de Derecho comparado. Al no existir la previa demostración de la existencia de tal situación jurídica comunitaria, considero problemática la utilización de criterios subjetivos para la valoración jurídica de los actos de una persona jurídica. Considero que, por esta razón, es necesario limitarse a criterios objetivos para la demostración de la existencia de una elusión de legislación cometida por una persona jurídica.

62. Aun partiendo del principio de que sólo los criterios objetivos pueden influir en el análisis, falta examinar en qué medida el Derecho comunitario impone límites respecto a la toma en consideración de hechos objetivos. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente tuvo en cuenta en su análisis, de forma manifiesta, la nacionalidad de los fundadores, de los administradores y de los empleados de la empresa demandante.

63. De la norma adoptada por los Estados miembros en el artículo 58 del Tratado se deduce que la nacionalidad de los poseedores del capital de una sociedad o de sus directivos no puede tenerse en cuenta, en cualquier caso, para determinar el domicilio social y, en consecuencia, la pertenencia de una sociedad al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.⁵⁷ En la sentencia *Factortame*,⁵⁸ el Tribunal de Justicia calificó como contrario al Derecho comunitario el criterio de la nacionalidad de los poseedores del capital, así como de los directivos de una sociedad, por constituir una discriminación prohibida basada en la nacionalidad.⁵⁹ Por consiguiente, parece que el criterio de la nacionalidad de las personas que se encuentran detrás de una sociedad —por lo menos, por lo que se refiere a los nacionales de la Comunidad— debe evitarse desde el punto de vista comunitario.

64. Por otra parte, no se puede ignorar el hecho de que, en un caso de elusión poten-

57 — Sentencias *Comisión/Francia*, citada en la nota 9, apartado 18, y *Segers*, citada en la nota 4, apartado 13.

58 — Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame* y otros (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 33.

59 — Sentencia *Factortame* y otros, antes citada, apartado 32.

cial de la Ley, la creación de una persona jurídica puede constituir la primera fase de la maniobra de elusión. Por esta razón, considero que debe evitarse la utilización del criterio de la nacionalidad de las personas físicas, debido al riesgo que éste conlleva de discriminación basada en la nacionalidad respecto a nacionales comunitarios, cuya prohibición tiene valor de principio fundamental en Derecho comunitario.

65. En mi opinión, la elusión de las legislaciones de los Estados miembros debería demostrarse sobre la base de otros criterios objetivos, tales como la fecha de inicio, el contenido y el objeto de la actividad de la sociedad. Las relaciones interempresariales pueden desempeñar también un papel en este análisis. En el asunto 250/85,⁶⁰ el Tribunal de Justicia efectuó un análisis de conjunto de las actividades de un grupo para valorar conforme al Derecho comunitario las de una persona jurídica y, en dicha ocasión, no reconoció el reparto formal de las diversas actividades del grupo entre empresas autónomas, destinada a evitar que se pusieran en evidencia determinados procedimientos.

66. En conclusión, opino que la elusión de las normativas profesionales de los Estados miembros debe probarse mediante elementos objetivos distintos de la nacionalidad de las personas físicas nacionales de la Comunidad

que están detrás de la sociedad y a través de las cuales la misma actúa.

67. El Tribunal de Justicia se abstiene de pronunciarse definitivamente sobre el procedimiento que dio lugar al presente litigio, dado que el mismo es competencia del órgano jurisdiccional remitente. No obstante, considero que los elementos de hecho de que ha tenido conocimiento el Tribunal de Justicia revelan indicios de elusión, tales como la imposibilidad objetiva de emitir en el territorio neerlandés en la forma elegida por la demandante, el contenido y el destino de los programas y el cese completo de la actividad de emisión tras la prohibición de la inclusión de los programas en la red neerlandesa de distribución por cable. Al igual que puede tenerse en cuenta la producción de los programas en los Países Bajos, por una empresa sujeta a determinadas obligaciones.

68. A pesar de que ha quedado acreditado y probado a través de elementos objetivos que es objeto de elusión una legislación de un Estado miembro que tiene por objeto regular el ejercicio de una profesión, la pertenencia de una persona jurídica al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, determinada por su domicilio social, no puede, en mi opinión, obstaculizar las medidas que el Estado miembro adopta con el fin de oponerse a dicha elusión. Las medidas no consisten forzosamente en adoptar disposiciones, sino que también pueden consistir simplemente en aplicar sin distinción las normas del Estado miembro. Finalmente, es el Estado miembro el que queda afectado si este proceso lleva, desde el punto de vista del Derecho, a tratar a una persona jurídica que está sometida al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro como si fuera una persona jurídica nacional, que no disfruta del estatuto de

60 — Sentencia de 5 de octubre de 1988, Brother/Consejo (250/85, Rec. p. 5683), apartado 16.

organismo extranjero de difusión. En cualquier caso, el Estado miembro tiene derecho a hacer que fracase el intento de una empresa de eludir su soberanía, tratándola, en esta medida, como si estuviera sometida a la misma.

Los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

69. Falta por comprobar si esta conclusión provisional es compatible con los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La segunda cuestión prejudicial se refiere expresamente a los efectos de los artículos 10 y 14 del Convenio sobre la valoración conforme al Derecho comunitario del caso de autos.

70. Esta cuestión se evitó ampliamente durante la vista. La postura de las partes en la fase escrita del procedimiento se reproduce, en lo esencial, a continuación.

71. Según la *demandante*, su tesis basada en el Derecho comunitario se ve reforzada por el hecho de que está en juego la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio. En su opinión, exigirle el cumpli-

miento de todos los requisitos de establecimiento, es decir, en la época de que se trata, cumplir las normas exclusivas de un servicio público, al que justamente TV 10 no quería adherirse, llevaría a prohibir efectivamente y de forma absoluta todas las actividades de la empresa. Dado que la libertad garantizada constituye un derecho fundamental, las disposiciones comunitarias no pueden interpretarse en el sentido de que privan de contenido a la libre prestación de servicios.

72. Para la demandante, esto es tanto más cierto en cuanto que, en la época en que sucedieron los acontecimientos, las autoridades neerlandesas aceptaron los programas de otro organismo luxemburgués de radiodifusión. Aun cuando dichas autoridades hubiesen querido hacer que TV 10 se estableciese en el territorio neerlandés, deberían haber tenido en cuenta el hecho de que las disposiciones del artículo 10 en relación con las del artículo 14 del Convenio no les permitían discriminar a la demandante por razón de su estatuto en el momento de fijar los requisitos para su establecimiento.

73. La demandante señala, para dar una visión completa, que formuló una queja contra el Reino de los Países Bajos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, tras la resolución del órgano jurisdiccional remitente, en la medida en que la misma se hizo firme.

74. El *Gobierno neerlandés* expresa, en primer lugar, sus dudas en cuanto a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la referencia al Convenio que hace el órgano jurisdiccional remitente. Por otra parte, se remite a la jurisprudencia ERT.⁶¹ Si el Tribunal de Justicia se declara competente para examinar la referencia del órgano jurisdiccional remitente al Convenio, el Gobierno neerlandés, basándose en el artículo 10 del Convenio, considera que las restricciones a las actividades de servicio de la demandante que resultan de la aplicación de la Mediawet están justificadas por el apartado 2 de dicha disposición (defensa del orden público y protección de los derechos ajenos). Alega que el órgano jurisdiccional remitente llegó ya a esta conclusión. En su opinión, procede hacer constar, por lo que respecta al principio de igualdad de trato, que la demandante, en su condición de organismo de radiodifusión no extranjero, está sometida a las mismas disposiciones que los organismos neerlandeses. Por consiguiente, TV 10 no es víctima de una desigualdad de trato en comparación con organismos neerlandeses de difusión similares, a efectos del artículo 14 del Convenio. El órgano jurisdiccional remitente llegó también a esta conclusión.

75. El *Gobierno de la República Federal de Alemania* señala, en primer lugar, que el artículo 10 del Convenio tiene «por objeto permitir que los ciudadanos y las ciudadanas de los Estados miembros estén informados libremente no sólo a través de los programas radiodifundidos en su propio país, sino también a través de los de los demás Estados miembros, y reciban libremente —en la medida en que sea posible desde el punto de

vista técnico— los programas». Continúa diciendo:

«Las disposiciones legales supranacionales tienen en cuenta el hecho de que cada uno de dichos programas se produce de conformidad con la legislación que le es aplicable, es decir, de conformidad con la normativa en materia de radiodifusión aplicable en el Estado miembro de que se trate. Esto se refiere a los programas destinados a los diferentes Estados miembros y no —si se hace referencia al objetivo del artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos— a los programas que se producen con la intención de eludir las disposiciones de la normativa nacional en materia de radiodifusión, mediante la elección del lugar de establecimiento.»⁶²

76. Los artículos 10 y 14 del Convenio no contradicen la tesis del Gobierno alemán según la cual un productor de programas no puede basarse en el artículo 59 del Tratado CEE con el propósito de eludir las disposiciones nacionales relativas a la radiodifusión. Ciertamente, podría considerarse, en principio, que el «free flow of information» quedaría obstaculizado si los programas difundidos a partir de otro Estado miembro estuvieran sometidos a restricciones internas. Pero el punto de vista es algo distinto si se tiene en cuenta la elusión. Según el Gobierno

61 — Sentencia ERT, citada en la nota 12, apartados 42 a 44.

62 — Véanse las observaciones del Gobierno alemán, p. 11.

alemán, las consideraciones que se imponen son las mismas que en el caso de elusión de las disposiciones del Tratado CEE. El artículo 10 del Convenio no tiene por objeto permitir que un organismo de radiodifusión eluda las normativas nacionales regularmente aplicables. Este análisis es también el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoció a las Administraciones del Estado contratante el derecho a considerar a una emisora establecida en el extranjero como emisora nacional, cuando se utiliza a partir del extranjero para eludir la normativa nacional.⁶³

77. Por lo que respecta a un posible incumplimiento de la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio, el Gobierno federal señala que las medidas autorizadas en el marco del apartado 2 del artículo 10 del Convenio para evitar que se eludan las legislaciones están basadas en hechos y, en consecuencia, no son arbitrarias. Por lo que se refiere a una posible desigualdad de trato de la demandante, considerada organismo nacional de radiodifusión, en comparación con los organismos extranjeros, el elemento constitutivo de la elusión excluye *per se* que se utilice la prohibición de discriminación.

78. La *Comisión* considera que los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo para la pro-

tección de los Derechos Humanos carecen de todo efecto sobre las cuestiones planteadas en el caso de autos. El artículo 10 del Convenio se refiere al derecho a la libertad de expresión. El apartado 2 de dicho artículo permite supeditar el ejercicio de dicho derecho a formalidades, condiciones y restricciones previstas por la Ley y necesarias en una sociedad democrática. El artículo 14 prohíbe las discriminaciones relativas a los derechos y a las libertades garantizados por el Convenio. Según la Comisión, no se ha afirmado que las normas profesionales vigentes en los Países Bajos, aplicables a los organismos que están establecidos en dicho país, sean incompatibles con el artículo 10 del Convenio. La Comisión tampoco ve cómo el hecho de aplicar tales normas a una empresa establecida en el extranjero puede ser incompatible con los artículos 10 y 14 del Convenio en una situación específica como la descrita en la «jurisprudencia Van Binsbergen», en un caso en el que una empresa elude voluntariamente la aplicación de normas que son, en sí, compatibles con el Convenio.

79. Ya en el pasado se solicitó al Tribunal de Justicia, en varias ocasiones, la aplicación y la interpretación de disposiciones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Por lo que respecta a su competencia para comprobar la compatibilidad de medidas legislativas con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia es competente para garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la com-

63 — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo de 1990, n° 14/1988/158/214 (Gropper Radio AG y otros/Suiza, publicación del Tribunal, serie A, vol. 173, ap. 72).

patibilidad con el Convenio Europeo de una Ley nacional que se sitúa [...] en un ámbito que pertenece a la apreciación del legislador nacional.»⁶⁴

80. No obstante, los derechos garantizados por el Convenio y, en particular, por su artículo 10, relativo a la libertad de opinión, forman parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.⁶⁵ En la sentencia que dictó en el asunto C-260/89 ERT, el Tribunal de Justicia aprovechó la ocasión, ofrecida por una petición de decisión prejudicial relativa al artículo 10 del Convenio, para pronunciarse en principio sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Refiriéndose a las sentencias Nold,⁶⁶ Johnston⁶⁷ y Wachauf,⁶⁸ el Tribunal de Justicia explicó que procedía recordar, con carácter preliminar, que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros hayan cooperado o a los que se hayan adherido. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos reviste, a este respecto, un significado particular. De ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos

humanos reconocidos y garantizados de esta manera.⁶⁹

81. Refiriéndose a las sentencias Cinéthèque⁷⁰ y Demirel,⁷¹ el Tribunal de Justicia continúa explicando que, en efecto, no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, una normativa nacional que no se sitúa en el marco del Derecho comunitario. «Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia tal como están expresados, en particular, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.»⁷²

82. En la medida en que la aplicación de la «jurisprudencia sobre la elusión» puede interpretarse como excepción a la libre prestación de servicios, las demás explicaciones del Tribunal de Justicia en el asunto ERT son

64 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Cinéthèque y otros (asuntos acumulados 60/84 y 61/84, Rec. p. 2605), apartado 26.

65 — Véase la sentencia Comisión/Países Bajos, citada en la nota 12, apartado 30, y la referencia a la sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold/Comisión (4/73, Rec. p. 491), nota 13.

66 — Sentencia antes citada, apartado 13.

67 — Sentencia de 15 de mayo de 1986 (222/84, Rec. p. 1651), apartado 18.

68 — Sentencia de 13 de julio de 1989 (5/88, Rec. p. 2609), apartado 19.

69 — Sentencia ERT, antes citada, apartado 41.

70 — Sentencia Cinéthèque y otros, antes citada, apartado 26.

71 — Sentencia de 30 de septiembre de 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719), apartado 28.

72 — Sentencia ERT, antes citada, apartado 12.

de particular importancia en el caso de autos. Se afirma lo siguiente:

«En particular, cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.» ⁷³

83. Estructuralmente, estas consideraciones se aplican de forma similar al caso de autos. En el asunto ERT, el Tribunal de Justicia saca la siguiente conclusión de las consideraciones anteriores:

«De ello se sigue que en semejante caso compete al Juez nacional y, en su caso, al Tribunal de Justicia apreciar la aplicación de dichas disposiciones, teniendo en cuenta todas las normas del Derecho comunitario, incluida la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, en cuanto

principio general del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.» ⁷⁴

84. El Tribunal de Justicia se ha mostrado siempre reservado frente a la aplicación concreta de los principios generales del Derecho así definidos por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En los asuntos acumulados 46/87 y 227/88, ⁷⁵ en los que se invocaba un incumplimiento del artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia hizo constar, en una frase, la inaplicabilidad de la disposición al caso de autos, añadiendo además:

«Por otra parte, ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión.» ⁷⁶

85. Por el contrario, existe ya jurisprudencia relativa a la aplicación de los artículos 10 y 14 del Convenio a hechos similares al caso de autos. En el asunto Groppera Radio AG y otros/Suiza, ⁷⁷ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó lo siguiente en el marco del análisis de la justificación de restricciones a la retransmisión por cable de programas de radio:

«Por último y sobre todo, podía parecer que el procedimiento escogido era obligatorio

⁷³ — Asunto ERT, antes citado, apartado 43.

⁷⁴ — Asunto ERT, antes citado, apartado 44.

⁷⁵ — Sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859).

⁷⁶ — Sentencia Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 18.

⁷⁷ — Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de marzo de 1990, n° 14/1988/158/214, citada en la nota 63.

para hacer que fracasara un fraude de Ley; no constituía una forma de censura dirigida contra el contenido o la orientación de los programas de que se trata, sino una medida adoptada contra una emisora que las autoridades del Estado demandado podían razonablemente considerar como una verdadera emisora suiza que funcionaba del otro lado de la frontera para eludir el sistema legal de telecomunicaciones vigente en la Confederación.

Por lo tanto, las autoridades nacionales no sobrepasaron, en el presente caso, el margen de apreciación que les dejaba el Convenio.»⁷⁸

86. En aquel asunto, los Jueces, que se pronunciaron por mayoría, estimaban que la actividad de emisión de la demandante debía ser considerada ilegal a efectos del ordenamiento jurídico del Estado de emisión. Por lo tanto, en este sentido, existía una diferencia con el presente asunto planteado al Tribunal de Justicia. No obstante, de las opiniones disidentes de los Jueces Sres. Petitti, Bernhard y De Meyer puede deducirse que la ilegalidad de la actividad de emisión no estaba demostrada de ninguna manera.

87. En una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos,⁷⁹ se dice, en el

marco del examen del apartado 2 del artículo 10:

«The Commission notes that the recent changes in the Media Act have not affected the position of broadcasting institutions established abroad with the evident intention of evading the Dutch statutory regulations for national broadcasting institutions. They are not regarded as foreign broadcasting institutions, but as national broadcasting institutions subject to the rules on broadcasting applicable to such institutions.

The Commission notes that, while the applicant company is incorporated under British law and has its seat in the United Kingdom, the programme at issue is specifically intended for the Dutch public. In these circumstances and having regard to the fact that both the company and the Cable One programme have other strong links with the Netherlands, the Dutch authorities could reasonably consider that these broadcasts should be subject to those rules which normally apply to Dutch broadcasting institutions. There is no indication that these rules, insofar as they are relevant to the present case, involve restrictions which would be in violation of Article 10 of the Convention.»

78 — Apartado 73 de la sentencia.

79 — Asunto 1803/91 (Cable Music Europe/Países Bajos).

88. En el marco de la misma decisión, la Comisión expone lo siguiente respecto al análisis del artículo 14:

«The Commission recalls that Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It refers in this connection to the caselaw of the Court concerning the criteria for assessing a difference in treatment: There must be established an objective and reasonable justification for the measure in question, as well as a reasonable relationship of proportionality

between the means employed and the aim sought to be realized [...]»

89. Tal como acaba de reflejarse, la interpretación de los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Europea de Derechos Humanos no presenta ningún indicio que lleve a dudar de la solución propuesta, desde el punto de vista del Derecho comunitario. En mi opinión, tales artículos producen resultados análogos a los contemplados por la «jurisprudencia sobre la elusión» del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no se oponen a la aplicación de dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

C. Conclusión

90. Sobre la base de las consideraciones anteriores, propongo que se responda de la siguiente manera a las cuestiones prejudiciales:

- «1) Existe prestación de servicios de carácter transfronterizo relevante a efectos de Derecho comunitario cuando un organismo de radiodifusión emite programas desde un Estado miembro X hacia otro Estado miembro Y, al que los programas están principal pero no exclusivamente destinados, aun cuando el organismo de radiodifusión no tenga acceso a la red de distribución por cable en el Estado miembro Y, y emite desde el Estado miembro Y con la intención manifiesta, resultante de circunstancias objetivas, de eludir con ello la legislación del Estado miembro Y.
- 2) El Estado destinatario Y puede adoptar medidas destinadas a impedir que se eludan sus Leyes, sometiendo excepcionalmente a la prestación de servicios a restricciones consistentes en negar al organismo de radiodifusión el estatuto de organismo extranjero de radiodifusión a efectos del Derecho del Estado miembro y en someterle, por esta razón, a las disposiciones aplicables a los organis-

mos nacionales de radiodifusión. Por consiguiente, está autorizada la aplicación indistinta de las normas por las que se rigen los organismos nacionales, siempre que

- 1) la actividad esté dirigida totalmente o de manera preponderante al territorio de dicho Estado miembro, y
- 2) el prestador utilice la libertad garantizada por el artículo 59 del Tratado CE para eludir las disposiciones que se le aplicarían si estuviera domiciliado en el territorio de dicho Estado.

Los dos requisitos deben demostrarse conforme a criterios objetivos distintos de la nacionalidad de los poseedores del capital, de los administradores o de los empleados de la sociedad prestadora.

Los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no se oponen a esta interpretación ni a esta aplicación del Derecho comunitario.»