

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. F. G. JACOBS

presentadas el 17 de diciembre de 1996 *

1. Estos casos, que son objeto de una remisión prejudicial planteada por el Marknadsdomstolen (Tribunal Mercantil) de Estocolmo, se refieren a la compatibilidad con el Derecho comunitario de las restricciones a la publicidad televisada impuestas por la legislación sueca.

2. Los procedimientos principales de los tres asuntos fueron incoados ante el Marknadsdomstolen por el Defensor del Consumidor, que solicitó esencialmente que se ordenase a las empresas demandadas el cese de determinadas prácticas publicitarias.

3. En estos asuntos se trata de anuncios televisivos supuestamente contrarios a las prohibiciones establecidas por la legislación sueca de (en el primer asunto) anuncios televisivos destinados a captar la atención de los menores de 12 años y (en todos los asuntos) publicidad engañosa para los consumidores o para los operadores económicos. Los anuncios de que se trata aparecieron en varios canales de televisión en Suecia, emitiéndose algunos desde el Reino Unido y otros desde Suecia.

Normativa nacional

4. El artículo 2 de la Ley sobre prácticas mercantiles¹ establece que si un operador económico, en el momento de la comercialización de productos, servicios o de cualesquiera otros bienes, practicase una publicidad o cualquier otro acto contrarios a la buena fe mercantil o que tuvieran un carácter desleal respecto de los consumidores o de otros operadores económicos, el Marknadsdomstolen podrá prohibirle la continuación de tal comportamiento o de toda práctica análoga.

5. Esta disposición es aplicable a las emisiones televisivas por satélite dentro del Espacio Económico Europeo.

6. Cuando un operador económico haya omitido en su anuncio publicitario información relevante para los consumidores, el artículo 3 de la Ley sobre prácticas mercantiles

* Lengua original: inglés.

1 — Ley 1975: 1418. En la vista se informó de que dicha Ley había sido derogada y sustituida, con efectos a partir de 1 de enero de 1996, por una nueva Ley sobre Prácticas Mercantiles, sin resultar modificadas las disposiciones relevantes.

faculta al Marknadsdomstolen, *inter alia*, a ordenar a dicho operador que incluya dicha información en su anuncio.

7. En la exposición de motivos de la Ley sobre prácticas mercantiles se declara que dicha Ley es aplicable a todas las prácticas mercantiles dirigidas al público sueco, aun cuando consistan en, por ejemplo, anuncios publicitarios producidos en el extranjero pero distribuidos desde allí a sus destinatarios en Suecia.

8. El artículo 11 de la Radiolag (Ley sueca sobre radiodifusión)² establece que las secuencias publicitarias difundidas durante los tramos horarios previstos para la publicidad televisada no deben estar destinadas a captar la atención de los menores de 12 años. De las observaciones presentadas por el Gobierno sueco se desprende que esta prohibición se extiende a la televisión por cable³ y a las emisiones por satélite.⁴ Todas las partes están de acuerdo en que la Ley sobre radiodifusión no es directamente aplicable a las transmisiones televisivas emitidas desde fuera de Suecia.

9. En su jurisprudencia, el Marknadsdomstolen ha establecido los principios de que

a) las prácticas comerciales que sean contrarias a las disposiciones legales deben considerarse desleales en el sentido de la Ley sobre prácticas mercantiles y

b) la publicidad engañosa se considera normalmente desleal en el sentido de dicha Ley.

10. Ha quedado acreditado que el Marknadsdomstolen es competente para conocer de los litigios relacionados con determinadas normativas, entre las que se encuentra la Ley sobre prácticas mercantiles pero no la Ley sobre radiodifusión. Por ello, supongo, el Defensor del Consumidor entabló su acción en el primer caso basándose más bien en que los anuncios publicitarios son desleales en el sentido de la Ley sobre prácticas mercantiles porque son contrarios a la prohibición establecida en la Ley sobre radiodifusión, que en esta última directamente. El Defensor del Consumidor alega además que los anuncios publicitarios emitidos desde el Reino Unido son desleales en el sentido de dicha Ley aunque no se discute que la Ley sobre radiodifusión sólo se aplica directamente a los anuncios emitidos desde Suecia.

Hechos y cuestiones planteadas

11. El primer asunto se refiere a los anuncios televisivos de una revista infantil sobre dinosaurios. El Defensor del Consumidor solicita

2 — Ley 1966: 755.

3 — Ley 1991: 2027.

4 — Ley 1992: 1356.

al Marknadsdomstolen, con arreglo a la Ley sobre prácticas mercantiles que: a) prohíba al editor de la revista que comercialice su producto de una manera destinada a captar la atención de los menores de 12 años o b) con carácter subsidiario, le obligue a indicar claramente el precio de toda la serie de dieciocho fascículos en su publicidad y que le prohíba que de su publicidad pueda implícitamente deducirse que pueden reunirse todas las partes de un modelo de dinosaurio fluorescente por el precio de un fascículo en lugar de por el precio de la serie entera.

12. El segundo asunto se refiere a los anuncios televisivos para cuidados de la piel. El Defensor del Consumidor solicita al Marknadsdomstolen, con arreglo a la Ley sobre prácticas mercantiles que,

a) prohíba al anunciante, por lo que se refiere a la comercialización de los productos para cuidados de la piel,

i) hacer afirmaciones relativas a los efectos de dichos productos sobre la piel sin que, en el momento de la comercialización, puedan ser corroboradas;

ii) afirmar que los productos tienen efectos curativos o terapéuticos cuando no han sido aprobados como medicamentos;

iii) dar a entender que los compradores recibirán otros productos sin gastos adicionales cuando el producto no se vende normalmente al mismo precio que el indicado en el anuncio de que se trata;

iv) efectuar comparaciones de precios cuando el anunciante no pueda demostrar que la comparación se refiere a productos idénticos o análogos, y

v) indicar que para recibir determinados productos adicionales, el consumidor debe realizar su pedido dentro de los veinte minutos siguientes o en similar breve plazo;

b) ordene al anunciante que indique claramente los costes adicionales de correo, portes, etc.

13. El tercer asunto se refiere a los anuncios televisivos de detergentes. El Defensor del Consumidor solicita al Marknadsdomstolen, con arreglo a la Ley sobre prácticas mercantiles, que prohíba al anunciante que: a) haga afirmaciones relativas a la eficacia de los productos y a sus efectos sobre el medio ambiente que no puedan ser corroboradas y b) emplee formulaciones imprecisas que den a entender que el producto presenta ventajas para el medio ambiente.

14. En todos los asuntos, los anuncios televisivos se emitieron vía satélite desde el Reino Unido a Suecia, y se difundieron por

el canal TV3. En todos los asuntos, además, los anuncios se difundían por un canal nacional (TV4 en el primer asunto, Homeshopping Channel en los asuntos segundo y tercero) sin haber sido previamente emitidos desde otro Estado miembro, aunque sólo en relación con el primer caso se plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de las restricciones que se solicita que se apliquen contra el anunciante respecto de la difusión nacional.

publica en series, conteniendo cada una varios fascículos. Con cada fascículo se acompaña una parte de un modelo de dinosaurio: una vez adquirida una serie entera, se habrán coleccionado todas las partes del modelo. La revista, que se publica en varias lenguas, se ha comercializado en numerosos Estados miembros desde su aparición en 1993, en cada caso, al parecer, por una filial local del grupo De Agostini. Según consta en autos, todas las versiones lingüísticas de la revista se imprimen en Italia.

15. TV3 es una sociedad establecida en el Reino Unido. Emite programas de televisión vía satélite desde el Reino Unido a Dinamarca, Suecia y Noruega. Según las observaciones de la sociedad demandada en los asuntos segundo y tercero, la señal retransmitida desde el satélite puede ser recibida bien directamente por los telespectadores que disponen de una antena parabólica, bien mediante sociedades de televisión por cable que la retransmiten entonces a los espectadores a través del cable. Aunque las señales visuales se difunden a todos los Estados de recepción, los espectadores reciben las señales acústicas en la lengua de la región de que se trate.

17. El anuncio a que se refiere el primer asunto había sido difundido, antes de ser retransmitido por TV3 en septiembre de 1993, en distintas versiones lingüísticas en todos los Estados que eran entonces miembros de la Comunidad Económica Europea salvo en Grecia, donde no apareció hasta enero de 1995 y donde parece que ha sido emitido desde entonces. En ninguno de dichos Estados, salvo en el Reino Unido, ha habido indicio alguno de que el anuncio pudiera infringir la legislación nacional. En el Reino Unido, la Independent Television Commission examinó el anuncio y no encontró motivos para oponerse a él.

16. La sociedad demandada en el primer asunto, De Agostini (Svenska) Förlag AB (en lo sucesivo, «De Agostini»), es una sociedad sueca que forma parte de un grupo italiano, Istituto Geografico De Agostini, con sociedades en varios países europeos. Las actividades del grupo son principalmente de carácter editorial, incluyendo la publicación de revistas en varias lenguas. De Agostini describe la revista infantil de que se trata como una revista enciclopédica sobre dinosaurios. Se

18. La sociedad demandada en los asuntos segundo y tercero, TV-Shop i Sverige AB (en lo sucesivo, «TV-Shop»), es una sociedad sueca integrada en un grupo internacional con filiales en toda Europa (tanto en los Estados miembros como en otros Estados) y fuera de ella. La actividad de TV-Shop consiste en la comercialización por televisión y en la venta por teléfono de productos impor-

tados: los clientes potenciales efectúan por teléfono sus pedidos de productos tras haber visto su anuncio en televisión, y reciben sus compras por correo. La principal forma de comercialización televisiva que se utiliza —y aparentemente la forma de que se trata en el presente caso— consiste en «publireportajes», programas presentados por un locutor, a veces con la colaboración de personajes conocidos, y que incluye demostraciones, entrevistas con clientes satisfechos, etc.

19. De Agostini y TV-Shop alegan esencialmente que las prohibiciones establecidas por la Ley sueca de que se trata en el presente caso son contrarias a los artículos 30 y 59 del Tratado CE y a la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁵ (en lo sucesivo, «Directiva sobre televisión»).

20. Las cuestiones prejudiciales se plantearon inicialmente ante el Tribunal de la AELC, en forma de solicitudes de dictamen consultivo formuladas por el Marknadsdomstolen, el 30 de agosto de 1994. Dichas solicitudes fueron retiradas tras la adhesión de Suecia a la Unión Europea el 1 de enero de 1995. Mediante resoluciones de 7 de febrero de 1995 el Marknadsdomstolen planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre si el artículo 30 o el artículo 59

del Tratado o la Directiva sobre televisión i) impiden que un Estado miembro inicie actuaciones contra la publicidad televisada que un anunciante hace emitir desde otro Estado miembro (en todos asuntos) o ii) impiden la aplicación de la normativa nacional que prohíbe la publicidad dirigida a los menores (en el primer asunto).

21. Es preciso señalar que el Tribunal de la AELC dictó una resolución en dos asuntos acumulados relacionados con Noruega e incoados con arreglo a la Directiva sobre televisión y a los artículos 11 y 13 del Acuerdo AELC, que son equivalentes a los artículos 30 y 59 del Tratado.⁶ Dichos asuntos son análogos al asunto C-34/95, De Agostini, en la medida en que se refieren a la prohibición noruega de publicidad televisada dirigida específicamente a los menores. El Tribunal de la AELC consideró que la Directiva se oponía a una prohibición impuesta a un anunciante por la que se le impedía difundir un anuncio incluido en un programa de televisión de un organismo de radiodifusión establecido en otro Estado miembro de la AELC si resultaba de una prohibición general establecida por el Derecho nacional de publicidad dirigida específicamente a los menores.⁷ En la vista de los presentes asuntos ante este Tribunal de Justicia, la representación del Gobierno noruego (que presentó observaciones escritas en virtud del artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia) afirmó que la prohibición noruega no ha sido aplicada desde aquella resolución.

6 — Sentencia de 16 de junio de 1995, Forbrikerombudet/Mattel Scandinavia and Lego Norge, asuntos acumulados E-8/94 y E-9/94.

7 — Apartado 57 y parte dispositiva de la resolución.

5 — DO L 298, p. 23.

La Directiva sobre televisión

22. El objetivo principal de la Directiva sobre televisión (frecuentemente llamada «Directiva televisión sin fronteras»), adoptada basándose en el apartado 2 del artículo 57 y en el artículo 66 del Tratado, es facilitar la libre circulación de emisiones televisivas dentro de la Comunidad. Pretende, esencialmente, alcanzar este objetivo estableciendo unos estándares mínimos que deben cumplir los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de la competencia de un Estado miembro y prohibiendo con carácter general a los Estados miembros que sujeten las emisiones procedentes de otro Estado miembro a cualquier otro control antes de la recepción o de la retransmisión.

23. La exposición de motivos enuncia lo siguiente:

«[...] que, por lo tanto, es necesario y suficiente que todas las emisiones sean conformes a la legislación del Estado miembro de que emanen;»⁸

[...] que es necesario, en el mercado común, que todas las emisiones procedentes de la Comunidad y destinadas a ser captadas dentro de la misma y, en particular, las emisiones destinadas a otro Estado miembro, sean conformes a la legislación del Estado miembro

de origen aplicable a las emisiones destinadas al público en este Estado miembro, así como las disposiciones de la presente Directiva;»⁹

[...] 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;»¹⁰

[...] que la presente Directiva, al limitarse a una regulación que tiende específicamente a la radiodifusión televisiva, se entiende sin perjuicio de los actos comunitarios de armonización vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la competencia;»¹¹

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

9 — Decimocuarto considerando.

10 — Decimoquinto considerando.

11 — Decimoséptimo considerando.

8 — Duodécimo considerando.

condiciones diferentes para los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia;¹²

o el alquiler de productos o con miras a la prestación de servicios a cambio de remuneración;».¹⁴

[...] que además es necesario prever normas relativas a la protección del desarrollo físico, mental y moral de los menores en los programas y en la publicidad televisiva;».¹³

26. La piedra angular de la estructura contemplada por la Directiva es el «principio del Estado de transmisión». Dicho principio, elegantemente expresado en el duodécimo considerando de la exposición de motivos, antes citado, se establece en el artículo 2, que dispone, en lo que aquí interesa:

24. La letra a) del artículo 1 de la Directiva define la expresión «radiodifusión televisiva» como «la emisión primaria, con o sin hilo, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público [...]».

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

25. La letra b) del artículo 1 define la expresión «publicidad televisada» como:

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

«cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, la prestación de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones;

[...]

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

excepto para los fines contemplados en el artículo 18, ello no incluye las ofertas directas al público con miras a la venta, la compra

2. Los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de

12 — Vigésimo séptimo considerando.

13 — Trigésimo segundo considerando.

14 — El artículo 18 trata del tiempo de publicidad permitido y no es relevante en los presentes casos.

otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva [...]»

27. La única excepción a este principio contemplada por la Directiva se refiere a las infracciones graves, manifiestas y repetidas del artículo 22, que tiene esencialmente por objeto proteger a los menores de la exposición a programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita u otros contenidos perjudiciales que se especifican. Aunque ninguna de las situaciones descritas en dicho artículo es aplicable en los presentes asuntos, el hecho de que sólo en estas altamente específicas y extremas circunstancias la Directiva autorice a un Estado miembro a suspender la retransmisión de emisiones desde otro Estado miembro demuestra la relevancia del principio del Estado de transmisión en el sistema de la Directiva.

28. El apartado 1 del artículo 3 (que lamentablemente está incorrectamente traducido en la versión inglesa de la Directiva) faculta a los Estados miembros, en relación con los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia, para establecer prohibiciones o normas más estrictas o más detalladas en los sectores cubiertos por la presente Directiva. El apartado 2 del artículo 3 exige a los Estados miembros que velen para que los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de ellos cumplan las disposiciones de la presente Directiva.

29. El Capítulo IV de la Directiva contiene disposiciones detalladas sobre la publicidad televisada y el patrocinio, algunas de las cuales se mencionan a continuación. El artículo 16, relativo a la protección de los menores, establece:

«La publicidad televisada no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores y deberá, por consiguiente, respetar los siguientes criterios para su protección:

- a) no deberá incitar directamente a los menores a la compra de un producto o de un servicio, explotando su inexperiencia o su credulidad;
- b) no deberá incitar directamente a los menores a persuadir a sus padres o a terceros a que compren los productos o servicios de que se trate;
- c) no deberá explotar la especial confianza de los menores en sus padres, profesores u otras personas;
- d) no deberá, sin motivo, presentar a menores en situaciones peligrosas.»

30. Se recordará que en los tres casos el órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide si, *inter alia*, la Directiva sobre televisión impide a un Estado miembro que inicie actuaciones contra la publicidad televisada emitida desde otro Estado miembro. Además, en el asunto De Agostini, dicho órgano jurisdiccional plantea si, *inter alia*, la Directiva se opone a la aplicación de una Ley nacional que prohíbe la publicidad televisada dirigida a los menores. De la resolución de remisión se desprende que esta última cuestión se refiere específicamente a los anuncios publicitarios retransmitidos por el canal nacional TV4. Examinaré en primer lugar la primera cuestión, relativa a la publicidad emitida desde el Reino Unido por TV3.

31. Antes de entrar en la cuestión específica de si el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva sobre televisión prohíbe a un Estado miembro limitar la radiodifusión en su territorio de emisiones como las controvertidas, examinaré tres argumentos que han sido expuestos por varias partes en el sentido de que la Directiva sobre televisión no es en modo alguno aplicable a las circunstancias de los tres asuntos.

El argumento de que TV3 es un canal sueco

32. En primer lugar, el Defensor del Consumidor alega, en efecto, que debe considerarse que TV3 es, de hecho, un canal de televisión

sueco al igual que TV4, basándose en que: a) todos sus programas difundidos en Suecia están producidos en Suecia; b) todos los programas están doblados o subtítulos en sueco; c) todos los anunciantes hablan sueco, y d) los anuncios están exclusivamente diseñados para el mercado sueco, habida cuenta del lenguaje utilizado y los productos que se comercializan (no obstante, debería observarse que esta última afirmación contradice directamente las explicaciones dadas por De Agostini y TV-Shop de su estrategia de mercadotecnia).

33. Por lo que se refiere a la Directiva sobre televisión, presumo que la argumentación del Defensor del Consumidor pretende demostrar que Suecia está facultada para adoptar en relación con TV3 normas más estrictas que las establecidas en la Directiva basándose en que, por las razones anteriormente expuestas, TV3 depende de su competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva.

34. A mi juicio, no cabe acoger este punto de vista. Por las razones dadas por el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Reino Unido¹⁵ en relación con el sentido del mismo término en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre televisión, considero que el Estado miembro de cuya competencia depende un organismo de radiodifusión es el

15 — Sentencia de 10 de septiembre de 1996 (C-222/94, rec. p. I-4025), apartados 35 a 42, así como los puntos 32 a 75 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicha sentencia.

Estado miembro en el que dicho organismo está establecido. Dado que TV3 está establecido en el Reino Unido, depende de la competencia de este Estado a efectos de la Directiva. Debe observarse que la argumentación formulada por el Reino Unido y desestimada por el Tribunal de Justicia en aquel asunto, que consideró que debía interpretarse que los organismos de radiodifusión que dependen de la competencia de un Estado miembro son aquellos que emiten sus programas de televisión desde el territorio del Estado miembro de que se trate, no podría ser utilizada para apoyar la tesis del Defensor del Consumidor en el presente caso, puesto que la publicidad televisada controvertida se emitía desde el Reino Unido.

El argumento de que los anunciantes no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva

35. En segundo lugar, el Defensor del Consumidor y los Gobiernos sueco, finlandés y noruego alegan que el ámbito de aplicación de la Directiva, en general, y del principio del Estado de transmisión, en particular, sólo comprenden el comportamiento de los organismos de radiodifusión y no el de los anunciantes y, por lo tanto, la Directiva no impide a un Estado miembro iniciar actuaciones, como en el presente caso, contra un anunciante respecto de los anuncios televisivos emitidos desde otro Estado miembro.

36. A mi entender, numerosas razones impiden sostener este argumento.

37. Si se considerase que la Directiva no es aplicable a los anunciantes, se menoscabarían gravemente el objeto y el efecto del principio del Estado de transmisión: el Estado de recepción sería libre para restringir la difusión de anuncios desde otro Estado miembro que supuestamente obstaculizara «la retransmisión en su territorio de emisiones de radiodifusión televisiva» contrarias al apartado 2 del artículo 2.

38. Además, sería incongruente que la Directiva no fuera aplicable a los anunciantes dado que contiene muchas normas relativas a la forma y al contenido de los anuncios televisados.

39. Por último, considerar que la actividad de radiodifusión es intrínsecamente distinta de actividades accesorias, como la publicidad, allanaría el camino a los Estados miembros para que pudieran articular medidas legislativas de tal modo que resultaran aplicables exclusivamente a los productores, a los anunciantes, a los patrocinadores, etc., limitando de este modo las actividades de radiodifusión aunque sin infringir formalmente la Directiva. Esta formulación es incoherente con los objetivos de la Directiva y con la finalidad del legislador.

El argumento de que la sentencia Van Binsbergen es aplicable

40. El tercer argumento principal según el cual la Directiva no es aplicable en este caso, expuesto por el Defensor del Consumidor y por los Gobiernos sueco, finlandés, noruego y belga, se basa en que aquélla no se aplica a los anuncios incluidos en retransmisiones televisivas específicamente destinadas y dirigidas sólo al Estado de recepción.

41. El argumento se basa en la sentencia Van Binsbergen,¹⁶ en la que el Tribunal de Justicia formuló por primera vez el principio de que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que un prestador de servicios cuya actividad está entera o principalmente orientada hacia su territorio pueda ampararse en la libre prestación de servicios para eludir la legislación aplicable en el Estado de destino.

42. El Tribunal de Justicia ha aplicado recientemente este principio (aunque en relación con hechos acaecidos antes de expirar el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre televisión) al sector de la radiodifusión en los asuntos Veronica Omroep Organisatie¹⁷ y TV10.¹⁸

43. En la sentencia Veronica Omroep Organisatie, el Tribunal de Justicia declaró que una legislación nacional que prohíba que los organismos de radiodifusión nacionales contribuyan a la constitución de sociedades comerciales de radio y televisión en el extranjero, con el fin de prestar servicios dirigidos al Estado legislador, logra precisamente impedir que, al amparo del ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado, estas entidades puedan eludir abusivamente las obligaciones que derivan de la legislación nacional, relativas al contenido pluralista y no comercial de los programas.¹⁹

44. En la sentencia TV10 el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios no se oponen a que un Estado miembro asimile a un organismo de radiodifusión nacional un organismo de radiodifusión constituido conforme a la legislación de otro Estado miembro y establecido en dicho Estado, pero cuyas actividades están entera o principalmente orientadas hacia el territorio del primer Estado miembro, cuando tal establecimiento se produjo para permitir a dicho organismo eludir las normas que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio del primer Estado.²⁰

45. El principio establecido en la sentencia Van Binsbergen puede interpretarse simplemente como una aplicación del principio general del fraude de ley, reconocido en

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

17 — Sentencia de 3 de febrero de 1993 (C-148/91, Rec. p. I-487).

18 — Sentencia de 5 de octubre de 1994 (C-23/93, Rec. p. I-4795).

19 — Apartado 13.

20 — Apartado 2 del fallo de la sentencia.

muchos Estados miembros. Como tal, podría esperarse que fuera también aplicable en el sector de la radiodifusión televisiva a pesar de lo establecido en la Directiva, postura que sostuvo recientemente el Abogado General Sr. Lenz.²¹ Este planteamiento, sin embargo, como aclaró el Abogado General, no debería ser objeto de una interpretación demasiado extensiva: no debe pasarse por alto que, como excepción a una de las libertades fundamentales del mercado interior, el margen de intervención que dicho principio confiere al Estado de recepción debe interpretarse restrictivamente.²² Aunque el Tribunal de Justicia, en el asunto Comisión/Bélgica, dejó abierta la cuestión de si el principio era aplicable en el sector de la radiodifusión televisiva, declaró que en cualquier caso no podía facultar para excluir con carácter general la prestación de determinados servicios por parte de operadores establecidos en otros Estados miembros, puesto que ello implicaría la abolición de la libre prestación de servicios.²³

46. Admitir que este principio pueda ser invocado en un caso como el presente, en el que los intereses protegidos por las normas que supuestamente se pretenden eludir están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, socavaría fundamentalmente además el principio del Estado de transmisión, que constituye por sí mismo la expresión elemental de la finalidad de la Directiva de eliminar los obstáculos a la libre circulación de servicios con vistas a la realización del mercado interior.²⁴ Supongo que éste es

el motivo por el que la Directiva no contiene ninguna disposición como la del artículo 16 del Convenio europeo sobre televisión transfronteriza de 5 de mayo de 1989 (en el que está inspirado en gran medida el Capítulo IV de la Directiva, relativo a la publicidad televisada y al patrocinio), que establece expresamente que los anuncios «destinados específicamente y con cierta frecuencia a públicos en un Estado parte distinto del Estado de transmisión no podrán eludir las normas sobre publicidad televisada de dicho Estado parte». El punto de vista de la Comisión de que la omisión fue deliberada ha sido apoyado recientemente por el Abogado General Sr. Lenz, que señala en sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Reino Unido²⁵ que una disposición como las del artículo 16 del Convenio no encontraría acomodo entre las normas destinadas a la realización del mercado interior. A mayor abundamiento, es incoherente con la resolución del Tribunal de la AELC en los asuntos noruegos, antes citados.²⁶

47. En cualquier caso, nada en el presente asunto permite suponer que TV3 se hubiera establecido efectivamente en el Reino Unido con el fin de eludir las normas suecas de que se trata. Del mero hecho de que un organismo de radiodifusión establecido en un Estado miembro retransmita programas destinados a ser recibidos en otro Estado miembro no puede inferirse que dicho organismo pretenda eludir la legislación aplicable en el Estado miembro de recepción: el organismo

21 — Véase el punto 74 de sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica, (C-11/95, Rec. pp. I-4115 y ss., especialmente p. I-4117).

22 — *Ibidem*, punto 75.

23 — Apartado 65 de la sentencia.

24 — Véase el segundo considerando de la exposición de motivos.

25 — Citado en la nota 15; véase el punto 55 de las conclusiones.

26 — Citados en la nota 6, apartados 51 a 53 de la resolución.

de radiodifusión debe actuar *wrongfully*²⁷ o *improperly*²⁸ para poder aplicar el principio Van Binsbergen. Este análisis queda corroborado por el hecho de que la propia Directiva indica en su decimocuarto considerando que es necesario «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»: por consiguiente, un Estado miembro no puede suponer que todas las emisiones difundidas por organismos extranjeros destinadas específicamente a su público constituyan, por esta sola razón, un abuso.²⁹ Además, la carga de la prueba de este supuesto acto ilícito pesa sobre el Estado miembro que pretende ampararse en la excepción.³⁰

48. Por otra parte, el hecho de que en estos casos las emisiones de TV3, como se desprende de las observaciones de las partes, se retransmitieran (aunque con diferentes señales) a Dinamarca y a Noruega, así como a Suecia, sugiere que la aplicación del principio —que tiene por objeto evitar que el prestador de servicios cuya actividad se orienta

directa o principalmente hacia el Estado Miembro que lo invoca pueda ampararse en el Derecho comunitario— no es apropiada.

49. Por último, examinaré el argumento expuesto por TV-Shop según el cual el principio establecido en la sentencia Van Binsbergen sólo puede invocarse cuando las normas de que se trate —es decir, la norma que se pretende eludir y la norma a la que está sujeta el organismo elusor— sean considerablemente distintas. Dado que las normas relativas a la publicidad televisada son en gran medida similares en Suecia y en el Reino Unido, TV-Shop sostiene que no cabe aplicar dicho principio.

50. Es evidente que, cuando los efectos y la finalidad de las normas de que se trata sean iguales, no cabrá en la práctica la aplicación del principio, puesto que nada se ganaría eludiendo un régimen para acogerse al otro. Cuando las legislaciones sean suficientemente distintas para permitir a una empresa establecerse en otro Estado miembro con el mero propósito de explotar estas diferencias, entonces cabrá, *ex hypothesi*, la aplicación del principio. A mi juicio, no es deseable ni factible establecer una norma general que determine el grado de similitud jurídicamente necesario para excluir o permitir la aplicación del principio.

27 — Sentencia TV10, citada en la nota 18, apartado 21. El término francés es quizá más fuerte: «de manière abusive». Sin embargo, parece que no existe ningún adverbio equivalente en neerlandés, la lengua de procedimiento.

28 — Sentencia Veronica, citada en la nota 17, apartado 13: el término francés es «abusivement»; de nuevo parece que no hay equivalente en neerlandés, la lengua de procedimiento.

29 — Véase el punto 74 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas en el asunto Comisión/Bélgica, citado en la nota 21. Véase también el análisis del Abogado General Sr. Lenz en el asunto TV10, citado en la nota 18 (puntos 62 a 68 de sus conclusiones), sobre los factores relevantes para determinar si una persona jurídica ha eludido disposiciones legales.

30 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas en el asunto Comisión/Bélgica, citado en la nota 21, punto 75.

51. El efecto cumulativo de las anteriores consideraciones basta, a mi entender, para desestimar todo argumento basado en la sentencia Van Binsbergen en el presente caso.

52. De todas formas, no estoy convencido de que dicho principio, aun en el supuesto de que fuera aplicable, pueda ser invocado con éxito en el presente caso. Un elemento distintivo, en contraste con los asuntos Veronica y TV10, es que en el presente caso no se solicita que se aplique la medida controvertida frente a TV3, el prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino contra el anunciante, que está claramente establecido en Suecia. Por tanto, se requeriría un nuevo desarrollo del principio Van Binsbergen para poder aplicarlo a estas circunstancias. Además, todo intento de alegar que el anunciante pretendía servirse de una empresa establecida en otro Estado miembro con la única finalidad de eludir su propia legislación caería sin duda por su propio peso, dado que los anuncios de que se trata también se difundían en los canales nacionales (TV4 en el asunto De Agostini y Homeshopping Channel en TV-Shop).

53. Por consiguiente, no considero convincente ninguno de los argumentos generales que pretenden demostrar que la Directiva sobre Televisión no es aplicable en las circunstancias de los tres asuntos. Abordaré

ahora la cuestión específica planteada por el órgano jurisdiccional nacional de si dicha Directiva impide que un Estado miembro inicie actuaciones contra la publicidad televisada emitida desde otro Estado miembro. A mi juicio, la respuesta a dicha cuestión en los tres casos es que la Directiva sobre Televisión impide a un Estado miembro adoptar tales medidas.

54. El apartado 2 del artículo 2 de la Directiva, reproducido *supra*, prohíbe a los Estados miembros obstaculizar la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la Directiva. Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional depende de si la regulación de anuncios como los controvertidos están comprendidos en dichos ámbitos. El asunto De Agostini se refiere fundamentalmente a la publicidad destinada a los menores; además, las medidas solicitadas con carácter subsidiario por el Defensor del Consumidor se basan en la consideración de que la publicidad es en parte engañosa y, por lo tanto, contraria a la Ley sobre prácticas mercantiles. En el asunto TV-Shop el Defensor del Consumidor solicita que se prohíba al anunciante incluir determinadas afirmaciones e insinuaciones en sus anuncios basándose en su carácter engañoso y, por lo tanto, contrario a la Ley sobre prácticas mercantiles. Examinaré los dos tipos de publicidad por separado.

Publicidad dirigida a los menores

menores en los programas y en la publicidad televisiva.

55. El Defensor del Consumidor y los Gobiernos sueco, finlandés, noruego y griego justifican la restricción de la retransmisión de que se trata en el asunto De Agostini basándose en que su finalidad es proteger a los menores frente a la publicidad televisada.

56. A mi juicio, esta pretensión, aunque en sí misma loable, está claramente comprendida en los ámbitos coordinados por la Directiva, siendo de aplicación el apartado 2 del artículo 2, conforme al cual el Estado de recepción no puede restringir la retransmisión en su territorio de emisiones procedentes de otros Estados miembros. Entiendo que esta conclusión resulta del sistema de la Directiva y de sus disposiciones relativas a la publicidad.

57. Del vigésimo séptimo considerando de la exposición de motivos se desprende claramente que la Directiva establece «un cierto número de normas mínimas y de criterios» relativos a la publicidad televisada para proteger los intereses de los consumidores. Los considerandos vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo segundo exponen más detalladamente las razones para prohibir o limitar determinados tipos de publicidad televisada, como la de productos de tabaco y medicamentos; dichas razones incluyen (en el trigésimo segundo considerando) la protección del desarrollo físico, mental y moral de los

58. El Capítulo IV de la Directiva, «Publicidad por televisión y patrocinio», establece disposiciones generales y específicas para la regulación de la publicidad televisada. Dicho Capítulo, que comprende los artículos 10 a 21, establece normas relativas tanto al cuándo, dónde y cómo deben aparecer los anuncios (artículos 10, 11, 18 y 20) como a su contenido y a su presentación (artículos 12 y 16).

59. El artículo 12 exige el respeto de ciertos criterios generales de carácter ético y de interés público. El artículo 13 contiene la prohibición estricta de cualquier forma de publicidad por televisión de cigarrillos y demás productos del tabaco. El artículo 14 prohíbe la publicidad televisada de determinados medicamentos y de tratamientos médicos. El artículo 15 establece determinados criterios que la publicidad televisada de bebidas alcohólicas deberá respetar, entre los cuales el de que no podrá estar dirigida específicamente a los menores ni presentar a menores consumiendo dichas bebidas. Por último, el artículo 16 establece que la publicidad televisada no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores y deberá, por consiguiente, respetar determinados criterios para su protección.

60. El artículo 21 impone a los Estados miembros la obligación de velar para que, en el caso de emisiones de televisión que no respeten las disposiciones del Capítulo IV, se apliquen las medidas adecuadas para garantizar dichas disposiciones.

Publicidad engañosa

61. A mi juicio, el efecto de las disposiciones que se acaban de mencionar, consideradas conjuntamente, pone claramente de manifiesto que la Directiva establece normas mínimas y criterios que regulan la publicidad televisada, incluyendo determinados criterios para la protección de los menores.

64. Aunque en el asunto TV-Shop la publicidad de que se trata consiste en lo que se conoce como «telecompra», y por lo tanto queda excluida de la definición de «publicidad televisada» a efectos del Capítulo IV de la Directiva sobre televisión, constituyen no obstante y sin ninguna duda emisiones de radiodifusión a efectos del Capítulo II de la Directiva, titulado «Disposiciones generales»; pues bien, el apartado 2 del artículo 2 prohíbe las restricciones a la retransmisión por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la Directiva.

62. Por consiguiente, considero que el tipo de publicidad que se discute en el presente caso, es decir, la publicidad dirigida a los menores, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, por lo que, en virtud del apartado 2 de su artículo 2, un Estado miembro no puede obstaculizar su retransmisión en su territorio.

65. El Defensor del Consumidor, los Gobiernos sueco y finlandés y la Comisión alegan que la regulación de la publicidad engañosa no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre televisión. Exponen varios argumentos en apoyo de esta afirmación.

63. Cabe señalar que el Tribunal de la AELC llegó a la misma conclusión en relación con los efectos del artículo 16 y del apartado 2 del artículo 2, considerados conjuntamente, en los asuntos noruegos antes citados.³¹

66. Sin embargo, antes de examinar dichos argumentos, es oportuno describir brevemente la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa³² (en lo sucesivo, «Directiva sobre

31 — Citados en la nota 6; véanse los apartados 31 a 41 de la resolución, así como su parte dispositiva.

32 — DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55.

publicidad engañosa»), puesto que varias partes la invocan.

67. La Directiva sobre publicidad engañosa tiene por objeto mejorar la protección de los consumidores, así como poner fin a las distorsiones de la competencia y a los obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre circulación de servicios derivados de las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.³³ Con dicho objeto, establece criterios objetivos mínimos para determinar si la publicidad es engañosa y requisitos indispensables relativos a los medios para garantizar la protección frente a este tipo de publicidad. Da unas definiciones³⁴ amplias de los términos «publicidad» y «publicidad engañosa», a las que sin lugar a dudas responderían las tergiversaciones como las que supuestamente se hacen en un publireportaje televisado.

68. El Defensor del Consumidor formula el primer argumento según el cual la Directiva sobre televisión no es aplicable a la publicidad televisada, afirmando que la propuesta inicial de la Comisión para la Directiva sobre televisión³⁵ indica claramente que la legisla-

ción nacional en materia de publicidad podrá aplicarse a los anuncios de alcance transfronterizo.

69. Dado que no hay nada en este sentido en la propuesta de Directiva —que, a la inversa, se refiere expresamente al efecto contrario que las disparidades en el ámbito de la publicidad por radiodifusión pueden tener sobre la libre circulación de mercancías y de servicios—³⁶ debe entenderse que el Defensor del Consumidor se refiere al memorándum explicativo de la Comisión relativo a la propuesta de Directiva.³⁷

70. En efecto, dicho memorándum indica que los Estados miembros deben poder seguir aplicando con carácter general las normas nacionales no discriminatorias en materia de publicidad a las emisiones de alcance transfronterizo, siempre que dichas normas resulten necesarias por razones de interés público con el fin de respetar las exigencias imperativas relativas, en particular, a la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores.³⁸ Sin embargo, el memorándum aclara luego que dicha posibilidad sólo debería quedar abierta en los ámbitos no armonizados.³⁹ Habida cuenta de que la materia de que se trata ha sido armonizada por la Directiva sobre publicidad engañosa, un Estado miembro no puede invocar su

33 — Sentencia de 16 de enero de 1992, Diligencias contra X (C-373/90, Rec. p. I-131), apartado 9.

34 — Véase el artículo 2.

35 — Propuesta de Directiva del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión (DO 1986, C 179, p. 4).

36 — Véase el decimosexto considerando.

37 — COM(86) 146 final.

38 — Punto 47.

39 — Punto 48.

legislación nacional en dicha materia para restringir las radiodifusiones de alcance transfronterizo.

71. Este análisis es coherente no sólo con el memorándum explicativo al que se refiere el Defensor del Consumidor sino también a los objetivos de armonización en general.

72. El Defensor del Consumidor también se remite al artículo 11 del Convenio europeo sobre televisión transfronteriza, cuyo apartado 2 establece que la publicidad no podrá ser engañosa ni perjudicar los intereses de los consumidores. Aunque no lo haya desarrollado con mayor amplitud, cabe suponer que el argumento del Defensor del Consumidor se basa en que el hecho de que el Convenio regule expresamente la publicidad engañosa pero que no se mencione en la Directiva permite presumir que esta última lo omitió deliberadamente, lo que apoyaría su tesis de que la Directiva no se aplica a la publicidad engañosa.

73. A mi entender, este argumento es erróneo.

74. El Convenio sobre televisión transfronteriza debe interpretarse en su contexto específico: a diferencia de la Directiva sobre

televisión, no se adoptó teniendo en cuenta la existencia de medidas de armonización. Los autores del Convenio seguramente consideraron que, para ampararse en la libertad de recepción que el Convenio pretendía establecer, la publicidad debía cumplir un requisito general, a saber, no ser engañosa ni perjudicar los intereses de los consumidores. Puesto que no existía ningún instrumento que impusiera dicho requisito, se incluyó en el Convenio. Los autores de la Directiva sobre televisión, por el contrario, no necesitaban regular esta materia, dado que la Directiva sobre publicidad engañosa, adoptada cinco años antes de la Directiva, ya exigía a los Estados miembros adaptar su legislación para proteger a los consumidores frente a la publicidad engañosa. Por consiguiente, considero que el hecho de que el Convenio contenga disposiciones relativas a la publicidad engañosa no permite afirmar que dicha publicidad no esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

75. El Defensor del Consumidor, el Gobierno sueco y la Comisión invocan el decimoséptimo considerando de la Directiva sobre televisión en apoyo de su tesis de que la Directiva no impide las restricciones a la retransmisión justificadas por la legislación sobre publicidad engañosa. En dicho considerando se afirma que la Directiva se entiende sin perjuicio de los actos comunitarios de armonización vigentes o futuros que tienen especialmente por objeto hacer que se respeten los imperativos relativos a la defensa de los consumidores, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la competencia.

76. Las distintas alegaciones formuladas respecto al sentido del decimoséptimo considerando no son siempre fáciles de desenredar. El hilo común, sin embargo, parece ser que los «actos comunitarios de armonización» en él mencionados incluyen en particular a la Directiva sobre publicidad engañosa, y que por tanto un Estado miembro puede seguir prohibiendo la publicidad televisada si es engañosa en el sentido de dicha Directiva y, presumiblemente, de su legislación nacional por la que se adapta el Derecho interno a la misma.

77. En mi opinión, el considerando que enuncia que la Directiva sobre televisión se entiende sin perjuicio de los actos comunitarios de armonización vigentes o futuros significa simplemente lo que dice: que no afecta a tales actos de armonización. Por consiguiente, la Directiva sobre publicidad engañosa se mantiene en vigor en su versión original: los Estados miembros siguen estando obligados a garantizar que su legislación nacional confiere al menos la protección mínima frente a la publicidad engañosa exigida por esta última Directiva. Sin embargo, no veo que haya ningún motivo para interpretar en el sentido de que establezca que una materia que ha sido objeto de armonización quede *ipso facto* excluida del ámbito de aplicación de la Directiva.

78. La exposición de motivos de la Directiva sobre publicidad engañosa, que expone los objetivos de la Directiva, declara que las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros obstaculizan la realización de las campañas publicitarias más allá de las

fronteras y por ello afectan a la libre circulación de las mercancías y a la prestación de servicios: ⁴⁰ por este motivo, entre otros, tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la publicidad engañosa. Sería perverso utilizar para el efecto contrario una Directiva que fomenta explícitamente la libre circulación de las mercancías y la libre prestación de servicios al facilitar la publicidad de alcance transfronterizo.

79. Por último, el Defensor del Consumidor, el Gobierno sueco y la Comisión aducen que la publicidad engañosa no está comprendida en uno de los ámbitos coordinados por la Directiva sobre televisión, en el sentido del apartado 2 del artículo 2, por lo que un Estado miembro puede restringir la retransmisión de la publicidad emitida desde otro Estado miembro basándose en que infringe la legislación del Estado de recepción en materia de publicidad engañosa. Este argumento es una clara repetición, en cierta medida, del anterior. La Comisión, sin embargo, incide en un nuevo punto según el cual, al no haber ninguna norma específica en la Directiva sobre televisión que la regule, la publicidad engañosa no está comprendida en los ámbitos coordinados.

80. A mi juicio, dicha afirmación confunde dos cuestiones distintas, a saber, los ámbitos coordinados por la Directiva y las materias específicas que ésta regula. El concepto clave

40 — Cuarto considerando.

para determinar si el apartado 2 del artículo 2 es aplicable es el primero.

81. Los ámbitos coordinados por la Directiva comprenden la promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos (Capítulo III), la publicidad por televisión y el patrocinio (Capítulo IV), la protección de los menores (Capítulo V), y el derecho de réplica (Capítulo VI). A mi juicio, este análisis se desprende claramente del sistema y de los objetivos de la Directiva; que es el análisis correcto se desprende además de los travaux préparatoires, en los que se indica que el objeto de la Directiva era coordinar los mencionados ámbitos (a los que cabe añadir, inicialmente, el derecho de autor) coordinando, *inter alia*, las legislaciones nacionales que pudieran ser invocadas para obstaculizar la recepción de radiodifusiones de alcance transfronterizo.⁴¹ Por lo tanto, no es correcta la interpretación restrictiva del concepto de «los ámbitos coordinados» por la Directiva.

82. Corroboran además este enfoque las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Lenz en el asunto Comisión/Bélgica,⁴² en el contexto de un argumento según el cual, puesto que los conceptos de orden público, de buenas costumbres y de seguridad pública no se mencionan explícitamente, o por lo menos exhaustivamente, en la Directiva, no están comprendidos en los ámbitos por ella coordinados a efectos de la aplicación del apartado 2 del artículo 2 y, por lo tanto, un Estado miembro puede restringir

la retransmisión por motivos relacionados con estos conceptos. El Abogado General Sr. Lenz desestimó dicho argumento basándose en que semejante interpretación haría fracasar en gran medida la liberalización perseguida por la Directiva, que se basa en el principio fundamental de confianza recíproca de los Estados miembros. La prohibición de un «control» secundario de las emisiones por parte del Estado de recepción es la expresión de dicho principio.⁴³ El Tribunal de Justicia acogió el punto de vista del Abogado General.⁴⁴

83. Es cierto que el Abogado General Sr. Lenz parece sugerir, en un punto anterior de sus conclusiones,⁴⁵ que el decimoséptimo considerando excluye las materias en él mencionadas de los ámbitos coordinados a efectos del apartado 2 del artículo 2. Esta indicación, sin embargo, se efectuó en el contexto de varios argumentos desacertados basados en materias que están claramente excluidas de dichos ámbitos, a saber,

- i) una disposición del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que establece claramente que el hecho de que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, *inter alia*, a un régimen de autorización previa, no constituye una infracción del derecho a la libertad de expresión;
- ii) derechos de autor (que, aunque en un principio se pretendía claramente incluirlo entre los ámbitos coordinados, al estar comprendido en el Capítulo V de

41 — Véanse, en particular, los puntos 1 a 3 y 24 a 30 del memorándum explicativo a la propuesta de la Comisión, citado en la nota 37.

42 — Citado en la nota 21.

43 — Véanse los puntos 99 a 101 de las conclusiones.

44 — Véanse los apartados 88 y 92 de la sentencia.

45 — Punto 53.

la propuesta de la Comisión,⁴⁶ fue excluido del ámbito de aplicación de la Directiva durante el proceso legislativo);

iii) el apartado 4 del artículo 128 del Tratado, que establece que la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud del Tratado, y

iv) el principio de subsidiariedad. Por lo tanto, la observación incidental del Abogado General acerca de los efectos del decimoséptimo considerando quizá no debería interpretarse de modo demasiado extensivo.

84. Por último, cabe observar que la tesis de que pueden invocarse las legislaciones nacionales en materia de publicidad engañosa para impedir la retransmisión de emisiones desde otro Estado miembro no sólo menoscabaría gravemente el principio del Estado de transmisión sino que además daría lugar a considerables dificultades de orden práctico.⁴⁷ Es cierto que en los presentes asuntos los anunciantes de que se trata son suecos, por lo que las medidas que frente a la publicidad engañosa permite adoptar la legislación sueca podrían ser aplicadas sin mayores dificultades. Puede suceder frecuentemente, sin embargo, que en una situación análoga el anunciante de que se trate esté establecido en

otro Estado miembro. En tales circunstancias, las dificultades prácticas para la ejecución de las medidas aplicables conforme a la legislación del Estado de recepción son más que evidentes.

85. Es cierto que en los asuntos noruegos antes citados⁴⁸ el Tribunal de la AELC observó que la Directiva sobre televisión no impedía a un Estado adoptar medidas conforme a la Directiva sobre publicidad engañosa respecto de un anuncio que, con arreglo a lo dispuesto en esta última, debía considerarse engañoso.⁴⁹ Este comentario, sin embargo, se hizo *obiter dictum*, y del tenor literal de la sentencia y del informe para la vista en los mencionados casos se desprende que ninguna de las partes formuló alegación alguna en este sentido ante el Tribunal de la AELC. En una materia en la que las legislaciones ya han sido armonizadas, difícilmente puede encontrarse alguna razón para interpretar que dichas legislaciones pueden ser invocadas frente a emisiones a las que la Directiva sobre televisión garantiza la libertad de recepción y de retransmisión. Además —como efectivamente demuestran estos asuntos—, el resultado de tal interpretación sería insatisfactorio y anómalo, al requerir el desarmamiento conceptual de cada una de las emisiones para determinar cuáles de sus fragmentos están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles no.

86. A mi juicio, por lo tanto, el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva sobre televisión

46 — Citada en la nota 35.

47 — El Abogado General Sr. Lenz también se refiere a este extremo, aunque brevemente, en sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Bélgica, citado en la nota 21; véase el punto 103.

48 — Citada en la nota 6.

49 — Véanse los apartados 54 a 56 y 58 de la resolución.

impide a un Estado miembro restringir la retransmisión en su territorio de emisiones televisivas difundidas desde otros Estados miembros basándose en que dichas emisiones infringen su normativa nacional sobre publicidad engañosa.

87. Por consiguiente, considero que la Directiva sobre televisión impide a un Estado miembro iniciar actuaciones frente a anuncios televisivos emitidos desde otro Estado miembro dirigidos directamente a los menores o supuestamente engañosos en el sentido de la Directiva sobre publicidad engañosa.

88. Esta conclusión sería la misma aun en el supuesto —como se sugirió en el asunto De Agostini—⁵⁰ de que el Reino Unido, a pesar de que aparentemente impone normas más estrictas que las establecidas por la Directiva respecto de la publicidad dirigida a los menores,⁵¹ no efectúa de hecho un control del respeto de dichas normas cuando se trata de emisiones difundidas hacia otros Estados, infringiendo de este modo el apartado 1 del artículo 2 y el artículo 21 de la Directiva. El procedimiento apropiado que en tales circunstancias podría seguir el Estado insatisfecho consistiría en la interposición de un recurso con arreglo al artículo 170 del Tratado contra el Estado de transmisión o el sometimiento del asunto a la Comisión con el fin de que ésta proceda conforme al artículo 169.⁵²

50 — Véase el punto 90 de estas conclusiones.

51 — Véase el apartado 40 de la resolución del Tribunal de la AELC en los asuntos noruegos, citada en la nota 6 *supra*.

52 — Véanse el asunto Comisión/Bélgica, citado en la nota 21, apartados 34 a 37, y los puntos 50 y 51 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz. Véase, también, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. 2553), en especial los apartados 19 y 20.

89. Este procedimiento también sería el apropiado si el Estado de recepción considerase que el Estado de transmisión no vela, como exige el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre televisión, para que las emisiones de radiodifusión televisiva transmitidas por organismos de radiodifusión que dependen de su competencia se ajusten al Derecho aplicable a las emisiones destinadas al público, que en el caso de la publicidad, en el sentido más amplio de la Directiva sobre publicidad engañosa, incluye sus normas en esta materia.

90. Cabe señalar que la Comisión interpuso recientemente un recurso, con arreglo al artículo 169, contra el Reino Unido, en el que solicitaba que el Tribunal de Justicia declarase que este último había adaptado incorrectamente su Derecho interno a la Directiva sobre televisión.⁵³ Uno de los motivos invocados por la Comisión se refería al hecho de que en el Reino Unido existen regímenes distintos para los servicios vía satélite nacionales y para los no nacionales; las normas aplicables a los segundos son menos estrictas que las aplicables a los primeros (de un intercambio de correspondencia con United Kingdom Independent Television Commission, ITC, adjunto a las observaciones de TV-Shop, resulta además que en el Reino Unido no se controla, en absoluto, el respeto de dichas normas cuando los programas no se emiten en inglés). La Comisión alegó que esta distinción constituía una infracción del apartado 1 del artículo 2 y del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva.

53 — Véase la nota 15.

91. El Tribunal de Justicia dictó su sentencia en el asunto Comisión/Reino Unido el 10 de septiembre de 1996, en la que estimó este motivo del recurso interpuesto por la Comisión.⁵⁴

92. Por último, en el contexto del asunto De Agostini, abordaré someramente la segunda cuestión del órgano jurisdiccional nacional relativa a los efectos de la Directiva sobre televisión, a saber, si esta última impide la aplicación al canal nacional TV4 de una normativa nacional que prohíbe la publicidad dirigida a los menores. A mi juicio, es evidente que no impide restricciones en relación con la publicidad difundida por dicho canal, puesto que, en virtud del apartado 1 del artículo 3, los Estados miembros están facultados para establecer normas más estrictas en relación con los organismos de radiodifusión televisiva que dependen de su competencia.

Las disposiciones del Tratado

93. El órgano jurisdiccional nacional pide además que se dilucide, en primer lugar, si, en relación con los tres mencionados asuntos, el artículo 30 o el artículo 59 del Tratado impiden a un Estado miembro iniciar actuaciones contra la publicidad televisada que un anunciante hace emitir desde otro Estado

miembro, y, en segundo lugar, únicamente en relación con el primer caso, si cualquiera de los dos artículos impide la aplicación de una norma nacional que prohíbe la publicidad dirigida a los menores.

94. La primera de estas dos cuestiones deja de tener relevancia dada mi opinión de que la publicidad de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre televisión, ya que el apartado 2 de su artículo 2 impide a un Estado miembro adoptar tales medidas. Por consiguiente, examinaré la segunda cuestión, que como he señalado anteriormente⁵⁵ se refiere específicamente, como se desprende de la resolución de remisión, a la publicidad emitida por el canal nacional TV4. Se recordará que la normativa nacional prohíbe toda publicidad televisada dirigida a los menores, que las revistas de que se trata en el asunto De Agostini se imprimían en Italia y que TV4 es un canal sueco cuyas emisiones se dirigen al público sueco y presta sus servicios (concretamente espacios publicitarios) a una sociedad sueca.

Artículo 30

95. De Agostini alega esencialmente que las restricciones nacionales a la publicidad que el

54 — Véanse los apartados 70 a 75 de la sentencia. Véanse, también, los puntos 84 y 85 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz.

55 — Punto 30.

Defensor del Consumidor invoca en su contra son contrarias al artículo 30, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

96. El Tribunal de Justicia declaró en su sentencia *Keck y Mithouard*⁵⁶ que el artículo 30 no es aplicable a las disposiciones nacionales que limitan o prohíben ciertas modalidades de venta, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.⁵⁷ Por lo tanto, la contradicción de las medidas de que se trata con el artículo 30 depende, en el estado actual del Derecho comunitario, de si cumplen estos requisitos.

97. Por lo que se refiere al primer punto, es decir, si las medidas limitan o prohíben ciertas modalidades de venta, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia *Leclerc-Siplec*⁵⁸ que una prohibición de publicidad televisada en un sector particular (distribución) se refiere a unas modalidades de venta por cuanto prohíbe una cierta forma de promoción (publicidad televisiva) de un cierto método de comercialización (distribución) de productos.⁵⁹ Por ello, una medida que prohíbe esta forma de promoción respecto de una categoría particular de consumidores

potenciales, o de una categoría particular de mercancías, debe considerarse como una modalidad de venta, siempre que existan otras formas eficaces de promoción para la categoría de que se trate. Que ello ocurra en el presente caso es una cuestión que debe determinar el órgano jurisdiccional nacional: debe observarse que De Agostini lo niega rotundamente.

98. Además, para estar incluida en la categoría de medidas que, conforme a la sentencia *Keck*, deben considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30, la medida en cuestión debe aplicarse a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y afectar del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

99. El primer requisito se cumple claramente en los tres casos. A mi juicio, sin embargo, la situación no está tan clara en lo que respecta al segundo: comparto la inquietud de la Comisión de que el efecto de la prohibición de toda publicidad televisada dirigida a los menores pueda ser de hecho mayor para los productos procedentes de otros Estados miembros. Como observé en mis conclusiones presentadas en el asunto *Leclerc*, interpretar que la sentencia *Keck* excluye del ámbito del artículo 30 a una prohibición absoluta de hacer publicidad de un producto que puede ser legalmente vendido en el Estado miembro en el que se aplica la prohibición y en otros Estados miembros sería incompatible con los objetivos del Tratado: una prohibición de esta naturaleza condu-

56 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097).

57 — Apartado 16 de la sentencia.

58 — Sentencia de 9 de febrero de 1995 (C-412/93, Rec. I-179).

59 — Apartado 22.

ciría prácticamente a impedir a los fabricantes de otros Estados miembros la entrada en el mercado sujeto a esta prohibición, por lo que la medida sería equivalente a una restricción cuantitativa a los intercambios comerciales entre Estados miembros.⁶⁰ Sea cual fuere la interpretación dada al examen de discriminación establecido en la sentencia Keck, es difícil resistirse a afirmar que en la práctica una prohibición de esta naturaleza tendrá casi inevitablemente un efecto perceptible en las importaciones.

100. *A fortiori*, una prohibición absoluta de la publicidad televisada de cualquier producto destinado a un sector particular de consumidores suscita la misma inquietud. Por consiguiente, considero que la prohibición absoluta de la publicidad dirigida a los menores es en principio contraria al artículo 30.

101. Una medida aplicable indistintamente que limite la libre circulación de mercancías puede sin embargo ser compatible con el Tratado si es necesaria para satisfacer determinadas exigencias imperativas relativas al interés general y proporcionadas con este propósito.⁶¹

102. Según una jurisprudencia consolidada, la lealtad de las transacciones comerciales y la protección de los consumidores en general figuran entre los objetivos que pueden justificar restricciones a la libre circulación de mercancías.⁶² La protección de un sector de los consumidores particularmente vulnerable, como los menores, debe *a fortiori* constituir también una incuestionable razón de interés público que justifique dichas restricciones.

103. Debe probarse además que la restricción no es desproporcionada para alcanzar los objetivos perseguidos. En este caso la Comisión ha expresado sus dudas (en el contexto paralelo del artículo 59) de que la prohibición absoluta de publicidad dirigida a los menores pueda ser justamente considerada proporcionada al objetivo perseguido, alegando que dicho objetivo podría alcanzarse mediante medidas menos draconianas que una prohibición absoluta, por ejemplo, mediante normas relativas al contenido y a la calidad o mediante la obligación de indicar el precio de artículos de elevado valor. Otra posibilidad sería quizás excluir de la prohibición el material educativo.

104. No obstante, considero que no está tan claro que esta forma de moderar la prohibición pueda constituir un método igualmente eficaz para evitar, como desea el Gobierno sueco, que los menores, que no pueden distinguir entre reportaje y publicidad, estén expuestos a esta última. Por consiguiente, no estoy convencido de que la prohibición sea

60 — Véase el punto 50 de mis conclusiones.

61 — Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649).

62 — *Ibidem*, apartado 8.

necesariamente desproporcionada con los objetivos perseguidos. Cabe señalar que el Tribunal de Justicia ha admitido —en el ámbito paralelo de la justificación de medidas a las que es aplicable el artículo 59— que pueden permitirse determinados tipos de publicidad, por ejemplo, la prohibición de publicidad de determinados productos o en determinados días o las restricciones destinadas a que los telespectadores no confundan la publicidad con otras partes del programa: véase la sentencia *Collectieve Antennevoorziening Gouda*⁶³ (aunque en aquel asunto el tribunal de Justicia declaró que las restricciones no estaban de hecho justificadas, puesto que tenían por objeto y como efecto proteger los ingresos de la fundación publicitaria de la televisión nacional).

105. Por lo tanto, considero que el artículo 30 del Tratado no impide la aplicación de una norma nacional que prohíbe la publicidad dirigida a los menores de 12 años.

Artículo 59

106. De anteriores decisiones del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las disposiciones del Tratado relativas a los servi-

cios son aplicables a la radiodifusión televisiva en general y la radiodifusión de publicidad televisiva en particular: véase, en especial, el asunto *Sacchi*.⁶⁴ Aunque en dicho asunto se trata únicamente de transmisiones terrestres (o «por el aire») y de transmisiones por cable, el principio en ella establecido se aplica igualmente a la forma de radiodifusión de que se trata en los presentes casos, es decir, la transmisión vía satélite.⁶⁵

107. El Tribunal de Justicia ha examinado en numerosas ocasiones la compatibilidad de las restricciones a la publicidad televisada con el artículo 59.⁶⁶ En la sentencia *Bond van Adverteerders* y otros⁶⁷ analizó el efecto de una prohibición de publicidad y declaró que dicha prohibición constituía una doble restricción a la libre prestación de servicios: por un parte, impedía a los explotadores de redes de cables establecidos en un Estado miembro transmitir programas televisados ofrecidos por emisoras (en aquel caso, transmisiones vía satélite) establecidos en otros Estados miembros; por otra parte, impedía que tales emisoras programasen, en beneficio de los publicitarios establecidos en el Estado de recepción, mensajes específicamente destinados al público de dicho Estado.⁶⁸

64 — Sentencia de 30 de abril de 1974 (155/73, Rec. p. 409), apartado 6. Véase también el sexto considerando de la exposición de motivos de la Directiva sobre televisión.

65 — Véanse, con carácter general, los comentarios del Abogado General Sr. Mancini en sus conclusiones presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders* y otros (352/85, Rec. p. 2085), sobre la continuidad de la pertinencia de los principios establecidos en la sentencia *Sacchi*, a pesar de los posteriores avances técnicos en los métodos de radiodifusión.

66 — Véanse las sentencias *Sacchi*, citada en la nota 64; de 18 de marzo de 1980, *Debaube* y otros (52/79, Rec. p. 833); *Bond van Adverteerders* y otros, citada en la nota 65, y *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, citada en la nota 63.

67 — Citada en la nota 65.

68 — Apartado 22 de la sentencia.

63 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 27.

108. Las disposiciones del tratado relativas a la libre prestación de servicios no pueden aplicarse, sin embargo, a las actividades cuyos elementos relevantes se limitan al interior de un solo Estado miembro: que ello ocurra en los presentes casos depende de apreciaciones de carácter fáctico que corresponde determinar al órgano jurisdiccional nacional.

una empresa sueca, aunque pertenezca a un grupo internacional establecido en Italia. Sin embargo, es evidente que dicho artículo sería aplicable a la normativa nacional en cuestión en otras circunstancias que pueden fácilmente imaginarse: por ejemplo, si el anunciante o los telespectadores no fueran exclusivamente nacionales.

109. En el caso de la publicidad transmitida por TV4, el artículo 59 resulta por ello, en las circunstancias del presente caso, inaplicable: TV4 es un canal sueco que emite para el público sueco y que presta sus servicios a

110. En consecuencia, considero que, en las circunstancias del asunto De Agostini, el artículo 59 del Tratado no impide a un Estado miembro aplicar una normativa nacional que prohíba la publicidad dirigida a los menores.

Conclusión

111. Por consiguiente, considero que debe responderse a las cuestiones planteadas por el Marknadsdomstolen de la siguiente manera:

- «1) El apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, impide a un Estado miembro iniciar actuaciones contra la publicidad televisada emitida desde otro Estado miembro.

- 2) Ni el artículo 30 ni el artículo 59 del Tratado CE impiden a un Estado miembro aplicar una normativa nacional por la que se prohíbe la publicidad dirigida a los menores de 12 años cuando tanto el anunciante como el organismo de radiodifusión están establecidos en dicho Estado y cuando la publicidad se emite por un canal de televisión recibido exclusivamente por los telespectadores de dicho Estado.»