

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
(Sala Primera ampliada)
de 8 de julio de 1999 *

En el asunto T-266/97,

Vlaamse Televisie Maatschappij NV, sociedad belga, con domicilio social en Vilvoorde (Bélgica), representada por los Sres. Francis Herbert y Dirk Arts, Abogados de Bruselas, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Carlos Zeyen, 56-58, rue Charles Martel,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Wouter Wils, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de Sr. Carlos Gómez de la Cruz, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión 97/606/CE de la Comisión, de 26 de junio de 1997, con arreglo al artículo 90, apartado 3, del Tratado CE; relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes (DO L 244, p. 18),

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Primera ampliada),

integrado por los Sres.: B. Vesterdorf, Presidente; C.W. Bellamy, J. Pirrung,
A.W.H. Meij y M. Vilaras, Jueces;

Secretario: Sr. A. Mair, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de
noviembre de 1998;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes de hecho del litigio

- 1 El artículo 127 de la Constitución belga atribuye a los Consejos de la Comunidad francesa y de la Comunidad flamenca competencia normativa, cada uno en lo que le atañe, en materia cultural.
- 2 La legislación flamenca sobre medios de comunicación fue coordinada por medio del Decreto del Gobierno flamenco, de 25 de enero de 1995, de coordinación de los decretos sobre radiodifusión y televisión (*Moniteur belge* de 30 de mayo de 1995, p. 15058; corrección de errores en el *Moniteur belge* de 31 de octubre de 1995, p. 30555), ratificado mediante Decreto del Consejo de la Comunidad flamenca de 23 de febrero de 1995 (en lo sucesivo, «Codex»).

- 3 El Codex coordina las disposiciones del Decreto de 28 de enero de 1987 relativo a la retransmisión de programas sonoros y televisados en las redes de radiodistribución y teledistribución y al reconocimiento de las empresas de televisión no públicas (en lo sucesivo, «Decreto de 1987», *Moniteur belge* de 19 de marzo de 1987, p. 4196), del Decreto de 12 de junio de 1991 sobre reglamentación de la publicidad y del patrocinio en radio y en televisión (*Moniteur belge* de 14 de agosto de 1991, p. 17730) y del Decreto de 4 de mayo de 1994 sobre las redes de radio y teledistribución y la autorización requerida para el establecimiento y la explotación de dichas redes y sobre la promoción de la difusión y la producción de programas de televisión (*Moniteur belge* de 4 de junio de 1994, p. 15434).
- 4 En los artículos 39 a 41 del Codex se prevé:

«Art. 39. Previo dictamen del Consejo de medios de comunicación, el Gobierno flamenco podrá autorizar la actividad de organismos privados de teledifusión, con arreglo a los requisitos establecidos en el presente Capítulo.

Para poder obtener esta autorización, dichos organismos deberán estar constituidos como personas jurídicas de Derecho privado y tener su domicilio social en la región neerlandófona o en la región bilingüe de Bruselas-Capital.

Art. 40. Los organismos privados de teledifusión tendrán por misión asegurar la programación. Podrán realizar cualesquiera actos que contribuyan directa o indirectamente a la consecución de dicho objetivo.

Art. 41. Podrá autorizarse la actividad de los siguientes organismos:

- 1) un organismo privado de teledifusión que emita para el conjunto de la Comunidad flamenca;

[...]»

- 5 Los artículos 44 a 50 del Codex contienen las disposiciones relativas al organismo privado de teledifusión que emita para el conjunto de la Comunidad flamenca. El apartado 1 del artículo 44, relativo a los requisitos para la autorización, establece lo siguiente:

«El organismo privado de teledifusión que emita para el conjunto de la Comunidad flamenca tendrá el estatuto de sociedad de Derecho privado. Su capital social estará exclusivamente representado por acciones nominativas. Al menos el 51 % de dicho capital social estará suscrito por editores de prensa diaria o semanal de lengua neerlandesa.»

- 6 El apartado 1 del artículo 46 prevé que «la duración de la autorización del organismo privado de teledifusión que se emita para el conjunto de la Comunidad flamenca será de dieciocho años».

7 Los apartados 1 y 2 del artículo 80 del Codex disponen:

«Los organismos de radio y teledifusión de la Comunidad flamenca o autorizados por ella sólo podrán emitir publicidad previa autorización del Gobierno flamenco [...]

De los organismos de radio y teledifusión de la Comunidad flamenca o autorizados por ella y que emitan para el conjunto de la Comunidad flamenca, sólo un organismo estará autorizado a difundir publicidad. Dicha exclusividad también se aplicará a la publicidad no comercial.»

8 De acuerdo con las disposiciones aplicables, la Vlaamse Televisie Maatschappij (en lo sucesivo, «VTM» o «demandante»), una empresa privada de televisión de expresión neerlandesa establecida en Flandes, obtuvo, mediante Decisión del Ejecutivo flamenco de 19 de noviembre de 1987, la autorización como único organismo de televisión privado que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca, por un período de dieciocho años.

9 Por Real Decreto de 3 de diciembre de 1987, confirmado por Decisión del Gobierno flamenco de 11 de diciembre de 1991, VTM también fue autorizada a emitir publicidad, conforme al artículo 80 del Codex, por un período de dieciocho años.

10 El otro organismo de teledifusión que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca, la empresa pública de radio y televisión Belgische Radio en Televisie Nederlands (en lo sucesivo, «BRTN»), controlada por la Comunidad flamenca, no está autorizada a emitir publicidad televisada.

- 11 VTM fue constituida en 1987 por nueve socios, todos ellos con intereses en la prensa escrita flamenca y cada uno de los cuales suscribió el 11,1 % de su capital.
- 12 En el momento de interponerse el presente recurso, el capital de VTM estaba en manos de sólo cuatro accionistas. Tres de ellos son filiales del grupo neerlandés Verenigde Nederlandse Uitgeverijen (en lo sucesivo, «VNU»). El cuarto accionista, la empresa Vlaamse Media Holding (en lo sucesivo, «VMH»), posee el 55,55 % de las acciones de la demandante. Vlaamse Uitgevers Maatschappij NV y Concentra Holding NV, primero y tercer grupos de prensa flamencos, no son accionistas de VTM.
- 13 Según la versión inicial del Decreto de 1987, la mayoría de las acciones del organismo privado de teledifusión que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca debía reservarse a editores de prensa diaria o semanal de lengua neerlandesa que tuvieran su domicilio social en la región flamenca o en la región bilingüe de Bruselas-Capital. El requisito de la localización del domicilio de los asociados en Flandes o en Bruselas fue suprimido tras declarar el Tribunal de Justicia su incompatibilidad con el Tratado (sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica, C-211/91, Rec. p. I-6757).
- 14 El 16 de diciembre de 1994, VT4 Ltd (en lo sucesivo, «VT4»), una sociedad inglesa con domicilio social en Londres que emite programas destinados al público flamenco mediante satélite, presentó a la Comisión una denuncia en la que mencionaba la ventaja que supone para VTM el derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes.
- 15 El 13 de julio de 1995, la Comisión pidió al Gobierno belga que expusiera su punto de vista sobre la compatibilidad de la legislación flamenca que confiere a VTM el derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE) en relación con el artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación). Finalmente, la Comisión consideró que dicha legislación no era

contraria a las normas comunitarias relativas a la libre prestación de servicios en la medida en que no prohibía a las cadenas de televisión establecidas en otros Estados miembros emitir mensajes publicitarios destinados al público flamenco.

- 16 El 10 de enero de 1997, la Comisión comunicó al Gobierno belga los motivos por los que consideraba que el derecho exclusivo concedido a VTM era incompatible con el artículo 90, apartado 1, del Tratado, en relación con el artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación), instándole a presentar sus observaciones a este respecto.
- 17 El 11 de febrero de 1997, las autoridades flamencas respondieron a dicho escrito de la Comisión.
- 18 Paralelamente al procedimiento mencionado en el apartado 16 *supra*, el 15 de mayo de 1997 la Comisión notificó a las autoridades belgas un dictamen motivado sobre el requisito relativo a la cuota del 51 % del capital social del organismo privado de teledifusión que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca reservada a los editores de prensa diaria y semanal de lengua neerlandesa.
- 19 El 26 de junio de 1997, la Comisión adoptó la Decisión 97/606/CE con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, relativa al derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes (DO L 244, p. 18; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), cuyo artículo 1 dispone:

«El párrafo segundo del artículo 80 y el apartado 1º del artículo 41 del Codex de las disposiciones flamencas relativas a la radiodifusión y teledifusión, a la publicidad, al patrocinio y al cable, que prevén que el Gobierno flamenco sólo podrá autorizar a un único organismo privado de teledifusión para emitir, con destino a la Comunidad flamenca en general, y para difundir, con destino a dicha

Comunidad, publicidad comercial y no comercial —en el caso que nos ocupa, la empresa de televisión privada [VTM]—, así como la Decisión del Ejecutivo flamenco de 19 de noviembre de 1987 y el Real Decreto de 3 de diciembre de 1987 (confirmado por una Decisión del Ejecutivo flamenco de 11 diciembre de 1991), por los cuales VTM fue reconocida como la única empresa de televisión privada destinada a la Comunidad flamenca en general y autorizada para insertar publicidad comercial en sus programas, son incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CE en relación con el artículo 52 de dicho Tratado.»

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 20 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 6 de octubre de 1997, la demandante interpuso el presente recurso.
- 21 Con arreglo al artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y a propuesta de la Sala Primera, el Tribunal de Primera Instancia decidió, oídas las partes conforme al artículo 51 de dicho Reglamento, atribuir el asunto a una Sala ampliada.
- 22 Visto el Informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) decidió iniciar la fase oral y acordó la práctica de diligencias de ordenación del procedimiento, pidiendo a las partes que respondieran a determinadas preguntas escritas y que aportaran ciertos documentos. Las partes así lo hicieron.
- 23 Las partes fueron oídas en sus alegaciones y en sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia con ocasión de la vista celebrada el 20 de noviembre de 1998.

24 La parte demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

25 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la parte demandante.

Sobre el fondo

26 En apoyo de su recurso, la demandante invoca cinco motivos basados, en primer lugar, en la vulneración de los derechos de defensa; en segundo lugar, en la violación del principio de protección de la confianza legítima y del principio de seguridad jurídica, así como de los deberes de previsión y de circunspección; en tercer lugar, en la infracción del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado; en cuarto lugar, en la desviación de poder, y, en quinto lugar, en la infracción del artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE).

Sobre el primer motivo, basado en la vulneración de los derechos de defensa

Sobre la primera parte del primer motivo

— Breve exposición de la argumentación de las partes

27 En el marco de la primera parte de este motivo, la demandante sostiene esencialmente que la empresa que se beneficia de una medida estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 90 del Tratado no es un tercero en el marco del procedimiento de adopción de una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado. Por lo tanto, a tal empresa deben reconocérsele los mismos derechos de defensa que al Estado miembro de que se trata. En consecuencia, se le debe notificar, antes de adoptar una Decisión con arreglo a dicha disposición, no sólo una exposición precisa y completa de las imputaciones que se formulan contra el correspondiente Estado miembro, sino también cualesquiera observaciones presentadas por terceros interesados (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565, apartados 45 y 46). Lo anterior no se ha producido en el caso de autos, pues no le fueron notificadas ni la copia de la demanda interpuesta por VT4 ni las observaciones del Gobierno flamenco sobre las imputaciones notificadas por la Comisión. Además, la Comisión se basó en dichas observaciones (apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión) para rechazar cualquier justificación del derecho exclusivo.

28 En su escrito de réplica, la demandante sostiene que los derechos de defensa del Estado miembro destinatario de la Decisión adoptada con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado no pueden distinguirse de los de las empresas beneficiarias de la medida estatal cuestionada. En la sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia no excluyó que una empresa beneficiaria de una medida estatal cuestionada pueda disponer de los mismos derechos de defensa que una empresa destinataria de una Decisión adoptada con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) u 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE).

29 Además, considera que la Comisión reconoce que la demandante se encuentra materialmente en una situación comparable a la del Estado miembro destinatario de la Decisión impugnada. Efectivamente, en primer lugar, de la exposición de motivos de la Decisión se desprende que, en términos de derechos de defensa, las autoridades belgas y la demandante fueron consideradas de la misma manera. En segundo lugar, la Comisión notificó la Decisión a las autoridades belgas y a la demandante. En tercer lugar, el hecho de que no haya discutido la admisibilidad del recurso significa que la Comisión reconoce que, con arreglo al artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, párrafo cuarto, tras su modificación), la demandante está directa e individualmente afectada por la Decisión y que ésta afecta, por tanto, a su situación jurídica como si ella fuese su destinatario.

30 Finalmente, la demandante aduce que, en el marco de un procedimiento relativo al monopolio radiofónico de la cadena pública en Flandes, la Comisión instó a las empresas beneficiarias de la medida estatal a formular, antes de iniciar un procedimiento formal, sus observaciones sobre el contenido de la denuncia relativa a dicho monopolio.

31 La Comisión niega que haya vulnerado los derechos de defensa de la demandante. Estima que la argumentación de ésta desconoce el alcance de la sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, así como el carácter particular del procedimiento fundado en el apartado 3 del artículo 90 del Tratado. En efecto, el Tribunal de Justicia distinguió con claridad, por una parte, los derechos de defensa del Estado miembro destinatario de una Decisión adoptada en virtud de dicha disposición, y, por otra, los derechos de defensa de las empresas que se benefician directamente de la medida estatal cuestionada.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

32 El apartado 1 del artículo 90 del Tratado impone a los Estados miembros la obligación de no adoptar ni mantener, respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales exclusivos, ninguna

medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 del Tratado CE (actualmente artículo 12 CE, tras su modificación) y 85 del Tratado a 94 del Tratado CE (actualmente artículo 89 CE), inclusive.

- 33 El apartado 3 del artículo 90 del Tratado encomienda a la Comisión velar por que los Estados miembros cumplan las obligaciones que les incumben en lo relativo a las empresas a que se refiere el apartado 1, y atribuye expresamente a dicha Institución la competencia para intervenir al efecto mediante Directivas o Decisiones. Los actos jurídicos adoptados por la Comisión con arreglo a dicha disposición, ya se trate de Directivas o de Decisiones, tienen como destinatarios a los correspondientes Estados miembros.
- 34 Según ha declarado el Tribunal de Justicia, el apartado 3 del artículo 90 del Tratado atribuye, por tanto, a la Comisión la facultad de declarar mediante una Decisión que una medida estatal determinada es incompatible con las normas del Tratado, así como la de indicar las medidas que el Estado destinatario habrá de adoptar para cumplir las obligaciones derivadas del Derecho comunitario (sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, apartado 28). De ello se deduce que un procedimiento que lleva a la adopción de una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado es un procedimiento iniciado contra el correspondiente Estado miembro y que, por consiguiente, cualquier empresa afectada por el apartado 1 del artículo 90 del Tratado es un tercero con respecto a dicho procedimiento. Por este mero hecho, y en contra de lo defendido por la demandante, la empresa beneficiaria de la medida estatal cuestionada no se encuentra, en el marco de un procedimiento con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, en una posición análoga a la de una empresa que es objeto de un procedimiento de comprobación de la existencia de una infracción de los artículos 85 u 86 del Tratado.
- 35 Según reiterada jurisprudencia, el respeto de los derechos de defensa, en todo procedimiento iniciado contra una persona y que pueda llevar a un acto lesivo contra ella, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario y debe quedar garantizado aun cuando no exista una normativa reguladora del procedimiento de que se trate (véase, en particular, la sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, apartado 44). El mencionado principio exige que, antes de adoptar una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del

Tratado, se comunique al correspondiente Estado miembro una exposición precisa y completa de los cargos que la Comisión se proponga formular contra él y que pueda expresar efectivamente su punto de vista sobre las observaciones presentadas por los terceros interesados (sentencia Países Bajos y otros/Comisión, antes citada, apartados 45 y 46).

36 De la sentencia Países Bajos y otros/Comisión (apartados 50 y 51) se desprende que, cuando una de las empresas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 90 del Tratado es beneficiaria directa de la medida estatal cuestionada y es nominalmente designada en la Ley aplicable y, además, es expresamente mencionada por la Decisión controvertida y soporta directamente las consecuencias económicas de dicha Decisión, tiene el derecho a ser oída por la Comisión durante el procedimiento.

37 El respeto de dicho derecho a ser oído exige que la Comisión comunique formalmente a la empresa beneficiaria de la medida estatal cuestionada las objeciones concretas que plantea respecto de dicha medida, como las ha expuesto en el escrito de requerimiento dirigido al Estado miembro y, en su caso, en toda la correspondencia ulterior, y le conceda la oportunidad de expresar adecuadamente su punto de vista sobre estas imputaciones. Sin embargo, no exige que la Comisión ofrezca a la empresa beneficiaria de la medida estatal la posibilidad de expresar su punto de vista sobre las observaciones formuladas por el Estado miembro contra el que se ha iniciado el procedimiento en respuesta a las imputaciones que le han sido dirigidas o en respuesta a las observaciones presentadas por terceros interesados, ni que le comunique formalmente una copia de la denuncia que, en su caso, haya originado el procedimiento.

38 En el caso de autos es patente que VTM es la empresa beneficiaria del derecho exclusivo de emitir publicidad televisada destinada a la Comunidad flamenca y está nominalmente designada por la legislación flamenca, que la Decisión impugnada se refiere a ella de modo expreso y que soporta directamente las consecuencias económicas de dicha Decisión.

- 39 También se desprende de los autos que mediante escrito de 10 de enero de 1997 la Comisión requirió al Gobierno belga para que presentase sus observaciones sobre las imputaciones, anejas a dicho escrito, que derivan de la incompatibilidad de la exclusividad concedida a VTM con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado. El «Gobierno flamenco» comunicó sus observaciones relativas a dichas imputaciones mediante escrito de 11 de febrero de 1997.
- 40 Una copia de dicho escrito de requerimiento y de la exposición de las imputaciones fue transmitida a la demandante, quien la recibió a más tardar el 20 de marzo de 1997. Mediante escrito de 16 de mayo de 1997, y dentro del plazo de dos meses que se le había señalado, esta última presentó sus observaciones a la Comisión.
- 41 En la medida en que la demandante no discute que la Comisión adoptó la Decisión impugnada tras haberle ofrecido la oportunidad de expresar adecuadamente su punto de vista sobre las imputaciones formuladas «en relación con el monopolio en materia de publicidad televisada en Flandes» (exposición de motivos de la Decisión impugnada) ni que dichas imputaciones se corresponden a las señaladas en la Decisión impugnada, procede concluir que fue debidamente oída. La circunstancia de que las autoridades belgas también pudieran exponer su punto de vista acerca de las imputaciones formuladas por la Comisión no puede significar, en contra de lo que sostiene VTM, que el Estado miembro de que se trata y la empresa beneficiaria de la medida estatal se encuentren en la misma posición procesal, ni que dispongan de los mismos derechos en el marco del procedimiento con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado.
- 42 Por lo demás, la demandante no puede sostener válidamente que la Comisión se basó, en particular, en las observaciones del Gobierno flamenco para negar cualquier justificación al derecho exclusivo de la demandante. En efecto, de una visión de conjunto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión, en primer lugar, relató el punto de vista de las autoridades belgas sobre si existen motivos de política cultural que justifiquen «la concesión a VTM de un monopolio de emisión de publicidad televisada» (primer párrafo del apartado 13); a continuación, el de la deman-

dante (segundo párrafo del apartado 13), y, finalmente, expresó su propia posición sobre dicha cuestión (párrafos tercero a séptimo del apartado 13).

- 43 También debe descartarse el argumento de la demandante según el cual la admisibilidad de su recurso implica colocarla en una situación análoga a la del destinatario del acto impugnado. En efecto, del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de anulación formulado por una persona jurídica que no es destinataria de la Decisión no puede deducirse que tal persona disfruta de los mismos derechos de defensa que la persona, destinataria de la Decisión, frente a la cual se ha iniciado un procedimiento que da lugar a un acto lesivo.
- 44 Finalmente, la circunstancia que, en el marco de un procedimiento relativo al monopolio radiofónico de la cadena pública en Flandes, la Comisión haya invitado a las empresas beneficiarias de la medida estatal a formular, antes de incoar un procedimiento formal, sus observaciones sobre el contenido de la denuncia dirigida contra dicho monopolio no puede afectar a la legalidad de la Decisión impugnada. Por lo tanto, debe desestimarse el argumento por inoperante.
- 45 Habida cuenta de lo que antecede, debe desestimarse la primera parte del presente motivo.

Sobre la segunda parte del primer motivo

— Breve exposición de la argumentación de las partes

- 46 La demandante sostiene que la Comisión decidió de antemano no tener en cuenta sus observaciones sobre el pliego de cargos, como prueban dos declaraciones relativas a la compatibilidad de las medidas estatales controvertidas con el

Derecho comunitario, realizadas por el miembro de la Comisión responsable en materia de competencia, el 2 de mayo de 1996 y el 5 de febrero de 1997, respectivamente.

- 47 La Comisión rechaza dicha alegación y afirma que de las declaraciones públicas invocadas no se puede deducir ninguna imputación que pudiera afectar a la legalidad de la Decisión impugnada. Además, la Junta de Comisarios adoptó una Decisión en virtud del apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 48 El Tribunal de Primera Instancia considera que no pueden estimarse las alegaciones de la demandante.

- 49 Por una parte, sin perjuicio del respeto del secreto profesional al que está obligado cualquier miembro de la Comisión en virtud del artículo 214 del Tratado CE (actualmente artículo 287 CE), la expresión de una opinión del miembro de la Comisión encargado de cuestiones de competencia sobre un procedimiento que se tramita con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, por ser estrictamente personal y reservada, sólo es atribuible a dicho miembro y no prejuzga la posición que adopte la Junta de Comisarios al término del procedimiento. En efecto, en virtud del artículo 163 del Tratado CE (actualmente artículo 219 CE, tras su modificación), el funcionamiento de la Comisión se rige por el principio de colegialidad. Este principio se basa en la igualdad de los miembros de la Comisión, en cuanto a la participación en la adopción de decisiones, e implica en particular que se delibere colectivamente sobre las decisiones (sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de septiembre de 1986, AKZO Chemie/Comisión, 5/85, Rec. p. 2585, apartado 30, y de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, C-137/92 P, Rec. p. I-2555, apartado 63).

50 En el caso de autos, el primer documento invocado por la demandante es un informe elaborado por el Sr. Van Rompaey en nombre de la Comisión de medios de comunicación del Parlamento flamenco sobre la audiencia del miembro de la Comisión encargado de cuestiones de competencia celebrada el 2 de mayo de 1996. Dicho documento recoge principalmente:

«Por lo que respecta al monopolio de VTM, el Comisario europeo mantiene su punto de vista, es decir, que el monopolio no es conforme con la normativa europea. En la actualidad se tramita ante la Comisión Europea un procedimiento a este respecto, tras una denuncia presentada por VT4 con arreglo al artículo 90 del Tratado CE».

51 De dicho documento, aun leído a la luz de las manifestaciones del orador ante el Parlamento flamenco antes de que dicho miembro de la Comisión tomase la palabra, se desprende que este último se limitó a expresar «su punto de vista» y a indicar que se estaba tramitando ante la Comisión un procedimiento relativo a la compatibilidad con el Derecho comunitario del derecho exclusivo concedido a VTM.

52 El segundo documento, un artículo de prensa de fecha 14 de mayo de 1997, relata las manifestaciones hechas el 5 de febrero de 1997 por el Sr. Van Rompuy, Ministro de medios de comunicación flamenco, que son las siguientes: «En el transcurso del mes de febrero, el Comisario Europeo encargado de política de competencia, Karel Van Miert, nos prometió que nos haría llegar a principios de mayo el requerimiento oficial.»

- 53 Aparte del hecho de que dicho artículo sólo reproduce de manera indirecta las manifestaciones del miembro de la Comisión y del hecho de que el requerimiento que menciona sólo puede entenderse, en realidad, como la decisión adoptada por la Comisión al término del procedimiento incoado, las manifestaciones de que se trata no pueden atribuirse a la Comisión y la «promesa» hecha al Ministro de medios de comunicación flamenco por el miembro de la Comisión sólo podía, interpretarse, por consiguiente, como la posibilidad de que finalmente se adoptase, durante el mes de mayo de 1997, una decisión que declarase incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del Tratado, ciertas disposiciones de la normativa flamenca en materia audiovisual.
- 54 Por lo demás, no se discute que el escrito de requerimiento dirigido al Gobierno belga en virtud del apartado 3 del artículo 90 del Tratado y la Decisión final basada en esta misma disposición son decisiones sobre las que realmente se deliberó conjuntamente.
- 55 Por otra parte, procede hacer constar que el párrafo segundo del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada recoge determinadas alegaciones de VTM, mientras que el apartado correspondiente del anexo del escrito de requerimiento, es decir el apartado 12, no las menciona. De ello se deduce que, en contra de lo que sostiene la demandante, la Comisión tomó efectivamente en consideración las observaciones que había formulado.
- 56 Habida cuenta de lo que antecede, debe desestimarse el primer motivo en su conjunto.

Sobre el segundo motivo, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima y del principio de seguridad jurídica y en el incumplimiento de los deberes de previsión y circunspección

Alegaciones de las partes

- 57 La demandante recuerda, en primer lugar, que la Comisión ha iniciado contra el Reino de Bélgica varios procedimientos relativos a la legislación aplicable en el Comunidad flamenca en materia audiovisual.
- 58 De este modo, un procedimiento incoado en marzo de 1990 con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmente artículo 226 CE) dio lugar a la sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Bélgica, antes citada. Mediante dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumben conforme a los artículos 52 del Tratado y 221 del Tratado CE (actualmente artículo 294 CE, tras su modificación), al reservar el 51 % del capital de la sociedad de televisión privada que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca a los editores de diarios y semanarios de lengua neerlandesa cuyo domicilio social esté situado en la región de lengua neerlandesa o en la zona bilingüe de Bruselas capital. En consecuencia, aparte de dicha norma, ninguna otra disposición del Decreto de 1987 se consideró contraria al artículo 52 del Tratado.
- 59 Además, en julio de 1995, en el marco de un procedimiento basado en el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, la Comisión requirió a las autoridades belgas para que presentasen sus observaciones sobre la compatibilidad del derecho exclusivo concedido a la demandante con el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 59 del Tratado. Finalmente, se concluyó dicho procedimiento.
- 60 La demandante sostiene que, en la medida en que dichos procedimientos permitieron a la Comisión examinar la legalidad del Decreto de 1987 en su conjunto respecto del Derecho comunitario, las disposiciones de dicho Decreto no afectadas por dichos procedimientos podían considerarse conformes con el Tratado.

- 61 Esta situación generó en la demandante la esperanza fundada de que la Comisión no volvería a impugnar la legalidad de la normativa flamenca en materia audiovisual respecto del Derecho comunitario.
- 62 En su opinión, de ello se deduce que, al declarar ilegal el derecho exclusivo concedido a VTM en virtud del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 de dicho Tratado, la Comisión violó el principio comunitario de protección de la confianza legítima (sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1978, *Töpfer/Comisión*, 112/77, Rec. p. 1019, apartado 19, y de 17 de abril de 1997, *De Compte/Parlamento*, C-90/95 P, Rec. p. I-1999, apartados 39 y 40), según el cual todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprende que la Administración comunitaria, dándole seguridades concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas tiene derecho a reclamar la protección de la confianza legítima (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de octubre de 1996, *Efisol/Comisión*, T-336/94, Rec. p. II-1343, apartado 31).
- 63 Estima que, mediante esta actitud, la Comisión también incumplió los deberes de previsión y de circunspección y violó el principio de seguridad jurídica. La demandante subraya que dicho principio impedía que la Comisión incoara un nuevo procedimiento sobre la legislación controvertida, pues la compatibilidad de dicha legislación con el Derecho comunitario había sido, con anterioridad, objeto de un examen detenido. Esta situación es comparable con la del Juez nacional que, en virtud del principio de seguridad jurídica, no puede plantear una cuestión prejudicial sobre la validez de un acto comunitario cuando dicho acto no ha sido impugnado dentro de los plazos para recurrir previstos en el Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, Rec. p. I-833, apartados 24 a 26).
- 64 En su réplica, la demandante contesta a la Comisión que no niega que el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 52 del Tratado tengan efecto directo, ni, por consiguiente, la posibilidad de que el Juez nacional controle la legalidad de disposiciones de legislación nacional ya analizadas por la Comisión, y, en su caso, las declare incompatibles con dichas disposiciones. En cambio, el deber de diligencia y el principio de seguridad jurídica impiden a la Comisión —y únicamente a ella— revisar la compatibilidad del derecho exclusivo concedido a VTM con el Derecho comunitario. En efecto, asegura que, al no haberse

producido modificaciones sustanciales en los términos del Decreto que regula el derecho exclusivo que pudieran justificar una nueva investigación de la Comisión, dicho derecho exclusivo adquirió, tras la investigación a la que puso fin la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, carácter definitivo para la Comisión.

65 Afirma que las alegaciones formuladas con carácter subsidiario por la Comisión, según las cuales no puede esperarse que, cada vez que un Estado miembro adopte una medida que pueda violar una o varias disposiciones de Derecho comunitario, la Comisión disponga inmediatamente de toda la información necesaria para proceder a un análisis fáctico y jurídico completo e incoar cuanto antes cualesquiera procedimientos posibles, se fundamentan en una interpretación errónea del deber de diligencia. En efecto, el deber de diligencia, recogido en el artículo 155 (actualmente artículo 211 CE), exige a la Comisión que, tras una denuncia, no limite su investigación únicamente a los elementos de la medida nacional mencionados en la denuncia, ni a las disposiciones de Derecho comunitario invocadas en ella, sino que examine la medida nacional en su integridad respecto al Derecho comunitario en su conjunto.

66 La demandante estima que una lectura normalmente atenta de la normativa flamenca en materia audiovisual debía permitir a la Comisión comprobar, en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado concluido mediante la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, que el Decreto de 1987 establecía un derecho exclusivo en favor de VTМ, salvo que haya incumplido su deber de diligencia, de manera que la adopción de la Decisión impugnada constituye, respecto de la demandante, una violación del principio de protección de la confianza legítima. De modo alternativo, la demandante no excluye que, durante este mismo procedimiento, la Comisión haya comprobado la existencia del derecho exclusivo y examinado su compatibilidad con el Tratado. En este último caso, la apreciación por la Comisión, en el marco del procedimiento incoado en el asunto que nos ocupa, de la compatibilidad de este derecho exclusivo con el Tratado constituiría, respecto de la demandante, una violación del principio de protección de la confianza legítima, de forma que podría invocar legítimamente el principio de seguridad jurídica para obtener la anulación de la Decisión impugnada.

67 En apoyo del segundo término de dicha alternativa, la demandante invoca el dictamen motivado, transmitido por la Comisión al Gobierno belga el 13 de

febrero de 1991, sobre el requisito del establecimiento exigido para poder autorizar las actividades del organismo privado de teledifusión, según el cual:

«No obstante, el medio elegido por la Comunidad flamenca para alcanzar este objetivo no es compatible con el Derecho comunitario. Es cierto que el artículo 90 del Tratado autoriza a los Estados miembros a conceder derechos especiales a organismos de difusión, como se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409); sin embargo, dicho artículo prevé que los Estados miembros no pueden mantener en vigor ninguna medida contraria a las normas del Tratado. Si un Estado miembro opta por conceder derechos especiales a una empresa de derecho privado, ya no puede intervenir en la estructura del capital de dicha empresa a través de una medida contraria a los artículos [52 y 221 del Tratado] y que tampoco se puede justificar por razones de orden público invocando el artículo 56 del Tratado.»

- 68 La Comisión rechaza las alegaciones de la demandante según las cuales no debería haber incoado el procedimiento que llevó a la adopción de la Decisión impugnada, lo cual implicaría reconocer que un derecho adquirido a infringir disposiciones del Tratado que tienen efecto directo.
- 69 Puesto que las disposiciones del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado, tienen efecto directo, su aplicabilidad no depende de ningún modo de una posible iniciativa de la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 90 de dicho Tratado. En consecuencia, la incompatibilidad del derecho exclusivo de la demandante con el Derecho comunitario podría haber sido declarada por el Juez nacional en cualquier momento. Por tanto, no puede haber una confianza legítima que implique que nunca se pueda declarar la incompatibilidad.
- 70 Con carácter subsidiario, la Comisión subraya que no puede esperarse que, cada vez que un Estado miembro adopte una medida que pueda violar una o varias disposiciones de Derecho comunitario, disponga inmediatamente de toda la información necesaria para proceder a un análisis fáctico y jurídico completo e incoar cuanto antes todos los procedimientos posibles.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 71 Según jurisprudencia reiterada, el principio de protección de la confianza legítima forma parte del ordenamiento jurídico comunitario (sentencia Töpfer/Comisión, antes citada, apartado 19). El derecho a reclamar protección de la confianza legítima se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprende que la Administración comunitaria, dándole, en particular, seguridades concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de septiembre de 1995, Lefebvre y otros/Comisión, T-571/93, Rec. p. II-2379, apartado 72).
- 72 En el caso de autos, aunque, con objeto de comprobar la compatibilidad de la normativa flamenca en materia audiovisual con las normas del Tratado, la Comisión haya incoado e instruido sucesivamente durante varios años procedimientos relativos a una misma normativa que, sin embargo, no ha sido modificada, no obstante procede señalar, por un lado, que, como la demandante reconoció durante la vista, no se le dio ninguna seguridad concreta en cuanto a la legalidad, respecto del apartado 1 del artículo 90 y el artículo 52 del Tratado, de las disposiciones de la normativa flamenca que conceden a VTM el derecho exclusivo de emitir publicidad televisada destinada al conjunto de la Comunidad flamenca y, por otro lado, que la forma de la que la Comisión llevó a cabo su comprobación de la compatibilidad de dicha normativa con las normas del Tratado no pudo hacer concebir a la demandante esperanzas fundadas.
- 73 En efecto, el extracto del dictamen motivado notificado por la Comisión al Gobierno belga el 13 de febrero de 1991 que invoca la demandante (apartado 67 *supra*) no contiene ningún elemento que indique que la Comisión había analizado, por aquel entonces, la conformidad con el conjunto de normas del Tratado de las disposiciones de la normativa de que se trata que prevén dicho derecho exclusivo. Este extracto confirma simplemente la regla general según la cual la concesión de derechos especiales o exclusivos no está prohibida cuando no se infringe ninguna disposición del Tratado y el hecho de que un Estado miembro «ya no puede intervenir en la estructura del capital» de una empresa a la que se han conferido tales derechos «a través de una medida contraria a los artículos 52 y 221 del Tratado». Por consiguiente, la posición expresada en el dictamen motivado no constituye una seguridad dada por la Comisión y, por lo tanto, no

ha podido hacer concebir a la demandante esperanzas fundadas de que no se volvería a cuestionar la compatibilidad del derecho exclusivo previsto por la normativa flamenca con respecto a las normas del Tratado.

- 74 Del mismo modo, no puede asimilarse a una seguridad concreta el hecho de que la Comisión, en los procedimientos iniciados con anterioridad al que llevó a la Decisión impugnada, no cuestiona la compatibilidad del derecho exclusivo con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, interpretado en relación con el artículo 52 del mismo Tratado. Resulta necesario precisar que dicha situación no es comparable a la de una persona que tiene esperanzas fundadas en la legalidad de un acto administrativo que le resulta favorable (sentencia De Compte/Parlamento, antes citada). Por tanto, la comprobación de la incompatibilidad de una normativa nacional con el Derecho comunitario no puede compararse con la revocación de un acto administrativo favorable en cuya legalidad había confiado una persona.
- 75 Por lo que respecta a la alegación de la demandante según la cual la Comisión incumplió los deberes de previsión y circunspección, procede recordar que, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas». Por lo demás, conforme a los artículos 155 y 169 del Tratado, la Comisión es la guardiana de la legalidad comunitaria. Como tal, tiene por misión velar, en interés general de la Comunidad, por que los Estados miembros apliquen correctamente el Tratado e instar la declaración de la existencia de posibles incumplimientos de las obligaciones que se derivan de éste, para que cesen (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, 167/73, Rec. p. 359, apartado 15). Corresponde, pues, a la Comisión apreciar la oportunidad de actuar contra un Estado miembro sobre la base del artículo 169 o del apartado 3 del artículo 90 del Tratado, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento elegido (véase, por lo que respecta únicamente al artículo 169 del Tratado, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 27). En este contexto, procede indicar que del tenor literal del apartado 3 del artículo 90 del Tratado y del sistema del conjunto de disposiciones de dicho artículo se deduce que la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación en el ámbito de los apartados 1 y 3 de dicho artículo, tanto en lo relativo a la acción que considere necesario llevar a cabo como en lo relativo a los medios apropiados para ello (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comisión, C-107/95 P, Rec. p. I-947, apartado 27).

76 De ello se deduce que, cuando considera que determinadas disposiciones nacionales son contrarias a normas de Derecho comunitario distintas de aquellas cuya infracción había justificado el inicio de procedimientos anteriores, la Comisión puede promover, para cumplir plenamente las misiones que le asignan los artículos 155 y 169 del Tratado, un nuevo procedimiento por incumplimiento con el fin de que se declaren dichas nuevas infracciones (en este sentido, sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 28). Del mismo modo, si observa una infracción del artículo 90 del Tratado por parte de un Estado miembro, tiene la posibilidad, aun cuando la presunta incompatibilidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario ya haya justificado el inicio de varios procedimientos, de dirigir una Decisión apropiada a dicho Estado miembro con objeto de velar por la aplicación de las disposiciones de dicho artículo.

77 Puesto que la Comisión no está obligada a examinar de una sola vez la legalidad de una legislación nacional respecto del conjunto de normas del Tratado, debe rechazarse el argumento que la demandante basa en los deberes de diligencia y circunspección que corresponden a la Comisión, en virtud del artículo 155 del Tratado, cuando instruye un procedimiento.

78 Finalmente, por no haber demostrado la demandante que la Comisión le diera seguridades de que las disposiciones de la normativa flamenca que regulan la concesión del derecho exclusivo eran compatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado, y a falta de elementos particulares en los que podría haber fundado la esperanza de que dicha normativa sería tolerada por la Comisión, dicha demandante no puede sostener válidamente que ésta incumplió el principio de seguridad jurídica al iniciar el procedimiento que llevó a la adopción de la Decisión impugnada.

79 Habida cuenta de lo que antecede, debe desestimarse el segundo motivo.

Sobre el tercer motivo, basado en la infracción del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado

Alegaciones de las partes

- 80 La demandante niega que tanto las disposiciones del Codex como sus medidas de ejecución constituyan infracciones del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 de dicho Tratado, por tener «una finalidad y un efecto proteccionista incontestables» (apartado 12 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada).
- 81 En el marco de la primera parte del motivo, pone en entredicho la apreciación hecha por la Comisión de la justificación del derecho exclusivo concedido temporalmente.
- 82 La demandante estima que la cuestión de la necesidad y, por consiguiente, de la justificación del derecho exclusivo es una cuestión previa. En efecto, cuando se demuestra que para un Estado miembro existen razones aceptables para conceder un derecho exclusivo, cualquier objeción basada en el derecho a la libertad de establecimiento y que, de hecho, se refiera únicamente al efecto de exclusión inherente al derecho exclusivo, resulta improcedente.
- 83 Además, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los objetivos de política cultural constituyen objetivos de interés general que un Estado miembro puede legítimamente perseguir elaborando de manera apropiada el Estatuto de sus propios organismos de radiodifusión (sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, TV10, C-23/93, Rec. p. I-4795, apartado 19, y de 26 de junio de 1997, Familiapress, C-368/95, Rec. p. I-3689, apartado 18).

- 84 Pues bien, en el caso de autos, las autoridades públicas previeron, con ocasión de la liberalización del panorama audiovisual flamenco, la concesión de un derecho exclusivo temporal a un único organismo privado de teledifusión por razones de política cultural y, en particular, de mantenimiento del pluralismo y de la independencia de la prensa escrita.
- 85 En efecto, el lanzamiento de una cadena comercial en Flandes llevaba consigo, inevitablemente, un traslado de las inversiones en publicidad del sector de la prensa escrita hacia el de la televisión comercial.
- 86 El efecto de sustitución entre los vectores tradicionales de publicidad de marcas y la televisión comercial, que fue más importante de lo previsto, produjo, según la demandante, un lucro cesante para el sector de la prensa escrita. Entre 1988 y 1990, la cuota de mercado de la publicidad comercial de los periódicos pasó del 25 al 17 %, y la de las revistas del 43 al 24 %. Este deslizamiento benefició a la televisión comercial, cuya cuota de mercado fue del 34 % en 1990. Este lucro cesante sólo se vio compensado muy parcialmente por los dividendos pagados por la demandante a los grupos de prensa escrita que poseen su capital social. En consecuencia, la prensa escrita flamenca se adaptó a las nuevas condiciones de competencia en el mercado de la publicidad. De este modo, la política flamenca en materia de medios de comunicación permitió que dicho saneamiento, inevitable a causa de la liberalización del mercado audiovisual flamenco, pudiese realizarse preservando la existencia de una prensa escrita independiente y pluralista en Flandes, y ello sin que los poderes públicos tuviesen que pagar subvención alguna que hubiese podido dar lugar a distorsiones de competencia.
- 87 A continuación, la demandante niega los motivos por los que la Comisión estima que no existe relación necesaria entre, por un lado, la política cultural que tiene por objetivo proteger el pluralismo de la prensa escrita flamenca y, por otro, la concesión a la demandante de un derecho exclusivo temporal para explotar una cadena comercial en Flandes.

- 88 En primer lugar, de la Decisión impugnada se desprende que «el Codex no garantiza que todo editor de prensa neerlandófono, sin distinción ninguna, tenga derecho a convertirse en accionista de VTM o a recibir una parte de los beneficios de aquélla» (párrafo cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos). A este respecto, la demandante subraya, en primer lugar, que, en el momento de su constitución, todos los editores de prensa diaria y semanal de lengua neerlandesa tuvieron la posibilidad de participar en su capital. La desventaja competitiva que sufren algunos en la actualidad no es, por tanto, consecuencia directa del derecho exclusivo concedido a la demandante, sino de su propia actitud. A continuación, la Comisión omitió indicar cuáles son los editores que no existían en el momento de su constitución y que entraron en el mercado de la prensa flamenca después de 1987. En cualquier caso, considera que estos posibles editores nuevos no sufren los efectos negativos producidos en el mercado de la publicidad por el lanzamiento de una televisión comercial que pudieron sufrir los editores que existían en el momento de su constitución, porque desde el comienzo de sus actividades pudieron crear una estructura de costes que tuviese en cuenta la disminución de la cuota del mercado de la publicidad ocupada por la prensa escrita.
- 89 En segundo lugar, la demandante rechaza el argumento según el cual «no se garantiza en absoluto que los ingresos publicitarios de VTM, que se distribuyen entre los accionistas en función del porcentaje que éstos poseen en el capital de aquélla, se dediquen por parte de esos últimos al sostenimiento de sus periódicos ante posibles dificultades financieras» (párrafo cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). A este respecto, la demandante subraya que paga a sus accionistas dividendos, y no ingresos publicitarios, y que la Comisión no indicó para qué otros fines se podrían utilizar dichos ingresos. Además, para garantizar el pluralismo de la prensa escrita, sería necesario sanear las finanzas de las editoriales. Por tanto, la cuestión que se plantea no es tanto si los ingresos económicos que perciben los editores en virtud de su participación van directamente a las publicaciones, sino si dichos ingresos contribuyen a reforzar o, posiblemente, incluso a restablecer la solidez financiera de dichos editores. Para demostrar la eficacia de la política flamenca en materia audiovisual, la demandante invoca la evolución de la situación económica del periódico *De Morgen*.
- 90 En tercer lugar, la demandante no acepta el argumento según el cual «las condiciones establecidas por el Codex relativas a la estructura de la única empresa de televisión privada en Flandes que ha sido reconocida por el ejecutivo

flamenco, a saber, la reserva del 51 % del capital de VTM a los editores de la prensa neerlandófono, constituyen un medio ineficaz para el logro de la finalidad cultural declarada, puesto que no queda descartado que el capital de VTM, y en particular la cuota reservada del 51 %, pueda concentrarse en manos de un único accionista, en detrimento del mantenimiento del pluralismo en el sector de los medios de comunicación» (párrafo quinto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). El legislador flamenco dejó a los editores la libertad de decidir si procedía o no suscribir capital de la demandante. Por lo demás, la reserva del 51 % del capital de la demandante otorgaba a los editores que desearan participar en ella la certeza suficiente de que el traslado de los ingresos publicitarios de la prensa escrita en beneficio de la televisión no afectaría demasiado a su situación económica.

91 Asegura que la posibilidad de que una editorial adquiriera una participación mayoritaria en el capital de la demandante no desvirtúa el vínculo necesario entre, por una parte, el derecho exclusivo concedido y, por otra parte, el mantenimiento del pluralismo de la prensa flamenco. En efecto, por un lado, la exclusividad concedida a la demandante sólo es temporal y, por otro, los dividendos que revertirían a la editorial de prensa que se convirtiera en mayoritaria no serían más que el contravalor de su inversión en su participación complementaria, que pagaría a los editores que vendiesen la suya, lo que permitiría a estos últimos invertir para asegurar el futuro de sus periódicos.

92 En cuarto lugar, la demandante rechaza las alegaciones de la Comisión según las cuales «no hay motivo para creer que en la Comunidad flamenco una estación de televisión privada no pueda sobrevivir si no dispone de un monopolio de publicidad televisada», lo que queda demostrado por el lanzamiento de una segunda cadena de televisión por la demandante (párrafo sexto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). En efecto, tal afirmación demuestra un desconocimiento de la realidad económica del panorama audiovisual flamenco, que se caracteriza por lo limitado del mercado. Las consecuencias de la entrada de la cadena VT4 en el mercado televisivo flamenco a través de la libre prestación de servicios prueban que una televisión comercial establecida en Flandes y que cumpla todos los requisitos establecidos por el legislador sólo puede ser rentable si posee exclusividad para emitir. Pues bien, tras la llegada de VT4, el volumen de negocios obtenido por la demandante en 1996 en el ámbito de la publicidad bajó un 21,6 % con respecto a 1994, y la situación de su liquidez se degradó en gran medida.

- 93 Por lo demás, la demandante afirma no tener un monopolio, en particular porque el mercado de la publicidad televisada no existe como tal. Son dos los elementos importantes que influyen fuertemente en la viabilidad de una televisión comercial en el mercado flamenco. Primero, la demandada ha tenido que hacer frente, desde su constitución, a una competencia severa de la cadena pública en el mercado de telespectadores. Esta última disfruta del monopolio de subvenciones públicas, así como del monopolio de explotación de las frecuencias de radio nacionales, junto con una exclusividad de duración ilimitada en el ámbito de la publicidad. Después, la demandante se ve sometida a exigencias estrictas de programación y a las limitaciones comerciales impuestas por las autoridades flamencas. En consecuencia, el derecho exclusivo temporal es indispensable para la rentabilidad de la demandante, sin la cual los editores no tienen ninguna perspectiva de ingresos económicos para poder compensar la disminución de sus ingresos publicitarios.
- 94 El hecho de que la propia demandante lanzase una segunda cadena de televisión, Kanaal 2, no afecta a la justificación de la exclusividad temporal. En efecto, la cadena VTM produce pérdidas que se justifican por el hecho de que, como contraprestación de la exclusividad que le ha sido concedida por dieciocho años, la demandante ha centrado su oferta de programas en las exigencias cualitativas de las autoridades flamencas.
- 95 En quinto lugar, la demandante niega que el derecho exclusivo no se justifique como garantía de pluralismo de la prensa escrita flamenca porque «el Gobierno flamenco podría haber recurrido a medidas adecuadas que obstaculizasen menos la integración económica» (párrafo séptimo del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). Además de que la Comisión no indica cuáles podrían ser estas otras medidas adecuadas, la exclusividad concedida a la demandante crea muchas menos distorsiones de competencia que el pago de subvenciones directas e indirectas a la prensa escrita. Invoca varios ejemplos para fundamentar su alegación.
- 96 En el marco de la segunda parte del motivo, la demandante discute que tanto las disposiciones del Codex como las medidas de habilitación sean, como se desprende de la parte dispositiva de la Decisión impugnada, contrarias al

apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado, porque constituyen «una forma disimulada de discriminación» y sus «efectos son proteccionistas».

- 97 El número 1) del artículo 41 del Codex (véase el apartado 4 *supra*), no constituye una discriminación disimulada por el mero hecho de que sólo se pueda autorizar la actividad de una única cadena de televisión privada que emita para la Comunidad flamenca. Los requisitos para la autorización de dicho organismo privado, previstos en el artículo 44 del Codex (véase el apartado 5 *supra*), tampoco permiten concluir la existencia de una discriminación encubierta en favor de empresas «flamencas» o «belgas». El hecho de que dos grupos de medios de comunicación extranjeros suscribieran, a través de sus filiales, el 22,22 % del capital social de la demandante en el momento de su constitución y de que un grupo neerlandés de medios de comunicación, VNU, controle en la actualidad el 45 % de su capital demuestra, según la demandante, que los requisitos para la autorización no constituyen un obstáculo que impida a las empresas extranjeras participar en el capital de la cadena de televisión privada. Además, el requisito de que el 51 % del capital social de la demandante esté en posesión de editores de prensa diaria y semanal de lengua neerlandesa no excluye que participen en dicho capital editores extranjeros de publicaciones de la misma clase.
- 98 La demandante afirma que el apartado 2 del artículo 80 del Codex (véase el apartado 7 *supra*) tampoco constituye una discriminación encubierta. Esta disposición no excluye en absoluto que las autoridades flamencas puedan autorizar a una cadena de televisión privada, cuyo capital social esté enteramente en manos de accionistas extranjeros que, al menos en un 51 %, sean editores de prensa diaria y semanal de lengua neerlandesa, a difundir mensajes de publicidad destinados al conjunto de la Comunidad flamenca. Por lo demás, el Decreto no contiene ninguna disposición que prevea la caducidad de este derecho exclusivo en el caso de que su titular pasara a estar bajo control, en todo o en parte, de una empresa extranjera.
- 99 Por lo que respecta a las medidas de habilitación, es decir, la Decisión del Gobierno flamenco de 19 de noviembre de 1987, que la reconoce como única cadena comercial que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca, y el Real Decreto de 3 de diciembre de 1987 (ratificado mediante una Decisión del Gobierno flamenco de 11 de diciembre de 1991), que la autoriza a emitir publicidad, la demandante alega que el obstáculo al establecimiento, que procede necesariamente de la concesión del derecho exclusivo, afecta de forma idéntica a

las empresas belgas y a las empresas extranjeras, de modo que, en principio, la decisión de reconocer a la demandante como única cadena comercial que emite para el conjunto de la Comunidad flamenca no pone en entredicho la libertad de establecimiento.

100 En respuesta a la primera parte del motivo, la Comisión reconoce que una política cultural y el mantenimiento del pluralismo de la prensa escrita pueden constituir razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libertad de establecimiento. Sin embargo, no hay relación necesaria entre, por una parte, dicha política cultural que tiene por objeto proteger el pluralismo de la prensa flamenca y, por otra, el derecho exclusivo concedido a la demandante. La Comisión critica las alegaciones de la demandante relativas a cada uno de los motivos expuestos en la Decisión.

101 A modo de respuesta a la segunda parte del motivo, la Comisión estima que la demandante basa su crítica en el hecho de que se observaron dos discriminaciones distintas en la Decisión. Sin embargo, afirma haber comprobado una única infracción del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado, que es la que resulta de la combinación de las disposiciones mediante las cuales se otorgó el derecho exclusivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

102 A tenor del apartado 2 del artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento.

103 Por tanto, procede comprobar de modo preliminar si la argumentación que desarrolló la demandante en la vista, según la cual la aplicación conjunta del

apartado 1 del artículo 90 y del artículo 52 del Tratado es «contradictoria» constituye, como sostiene la Comisión, un motivo invocado por primera vez en el curso del proceso.

- 104 A este respecto procede señalar que la alegación desarrollada por la demandante durante la fase oral no es más que una ampliación de los argumentos que presentó en su escrito de interposición del recurso, en el marco del presente motivo (véase el apartado 82 *supra*). Dicha alegación es admisible, pues no puede considerarse un nuevo motivo que haya sido invocado por primera vez en la fase oral.
- 105 Mediante la Decisión impugnada, la Comisión señala que las disposiciones de la normativa flamenca que confieren a VTM el derecho exclusivo de emitir publicidad televisada destinada al conjunto de la Comunidad flamenca son incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado. En efecto, subraya que las medidas estatales que constituyen el fundamento jurídico de este derecho son incompatibles con el artículo 52 del Tratado (párrafos segundo a quinto del apartado 12 de la exposición de motivos) y no se justifican por «razones imperiosas de interés general» (párrafo séptimo del apartado 13 de la exposición de motivos). A este respecto, indica que, si bien una política cultural y el mantenimiento del pluralismo de la prensa, que está vinculado a la libertad de expresión, pueden constituir razones imperiosas de interés general que justifiquen una restricción a la libertad de establecimiento (párrafo tercero del apartado 13 de la exposición de motivos), la normativa flamenca no es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos y va más allá de lo necesario para alcanzarlos (párrafos tercero a séptimo del apartado 13 de la exposición de motivos). En efecto, la Comisión concluye que «no estima que la monopolización de los ingresos publicitarios de VTM esté justificada por razones imperiosas de interés general» (párrafo séptimo del apartado 13 de la exposición de motivos).
- 106 Con arreglo al apartado 1 del artículo 90 del Tratado: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.» Aunque dicha disposición presupone la existencia de empresas titulares de determinados derechos especiales o exclusivos, de ello no se deduce necesariamente que todos los derechos especiales o

exclusivos sean compatibles con el Tratado. Esto dependerá de las diferentes normas a las que el apartado 1 del artículo 90 del Tratado se remite (sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 22, y de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, C-353/89, Rec. p. I-4069, apartado 34).

- 107 De ello se deriva que las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas a las empresas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, sin perjuicio de la aplicación del apartado 2 de dicho artículo, deben ser conformes con las normas del Tratado, y en particular con el párrafo primero del artículo 52 de dicho Tratado, que prevé que «las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro serán suprimidas de forma progresiva durante el período transitorio [...]».
- 108 El apartado 1 del artículo 90 se aplica conjuntamente con el artículo 52 del Tratado cuando una medida adoptada por un Estado miembro constituye una restricción a la libertad de establecimiento de los nacionales de otro Estado miembro en su territorio y otorga, simultáneamente, ventajas a una empresa al concederle un derecho exclusivo, salvo que dicha medida estatal persiga un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifique permanentemente por razones imperiosas de interés general, como la política cultural y el mantenimiento del pluralismo de la prensa (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, Rec. p. I-4007, apartado 23, y *Familiapress*, antes citada, apartado 18). En tal supuesto, es preciso, además, que la medida estatal de que se trate sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32).
- 109 A la vista de dichas consideraciones, la argumentación de la demandante según la cual es suficiente que motivos aceptables hayan llevado a la concesión del derecho exclusivo para que éste siempre esté justificado (apartado 82 *supra*) se basa en una premisa errónea y, por tanto, debe descartarse. Además, admitir la tesis de la demandante equivaldría a hacer imposible cualquier impugnación de una medida estatal que atribuyera un derecho exclusivo a una empresa, cuando la concesión de dicho derecho estuviera justificada en un principio por «razones aceptables», según la expresión empleada por ella. También resultaría imposible aplicar las

normas del Tratado que rigen las libertades fundamentales a una medida estatal que concediera un derecho exclusivo a una empresa, incluso cuando los obstáculos causados por dicho derecho ya no se justificaran por razones imperativas de interés general.

- 110 El rechazo de esta argumentación de la demandante también lleva a que carezcan de pertinencia sus alegaciones sobre los motivos por los que en 1987 se concedió el derecho exclusivo (véanse los apartados 84 a 86 *supra*). En efecto, la cuestión que se plantea es si la razón imperiosa de interés general que pudo haber justificado la restricción del libre establecimiento producida por la entrada en vigor de la medida nacional que concedió el derecho exclusivo en 1987 justifica aún dicha restricción.
- 111 Por lo demás, según el artículo 1 de la Decisión impugnada, visto a la luz de sus motivos, lo que se declara incompatible con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado, es el conjunto de medidas estatales a que se refiere, es decir, el párrafo segundo del artículo 80 y el número 1) del artículo 41 del Codex, así como las medidas de ejecución. Por tanto, no es aceptable el enfoque de la demandante que consiste en examinar de manera aislada cada una de las disposiciones de que se trata.
- 112 Además, la Comisión no ha incurrido en ningún error de apreciación al señalar que «el monopolio de VTM para emitir publicidad televisada destinada al público flamenco equivale a excluir a cualquier operador de otro Estado miembro que quisiese instalarse o crear un establecimiento secundario en Flandes para transmitir publicidad televisada por la red de teledistribución belga con destino al público flamenco» (párrafo segundo del apartado 12 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada), ni al considerar, en consecuencia, que la normativa flamenca violaba el artículo 52 del Tratado.
- 113 En efecto, el derecho de establecimiento, previsto en el artículo 52 del Tratado, comprende, sin perjuicio de las excepciones y requisitos previstos, el acceso, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales (sentencia del Tribunal de Justicia de

30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 23). Por lo tanto, el concepto de establecimiento, en el sentido del Tratado, es muy amplio e implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (misma sentencia, apartado 25). Finalmente, de la sentencia Kraus, antes citada, se desprende que el artículo 52 del Tratado se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por parte de los nacionales comunitarios de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (en este sentido, apartado 32 de la sentencia).

114 En el caso de autos, la normativa flamenca que concede el derecho exclusivo a VTM hace imposible que se establezca en Bélgica una sociedad competidora de otro Estado miembro que desee emitir desde Bélgica publicidad televisada destinada al conjunto de la Comunidad flamenca. Puesto que esta comprobación es suficiente para caracterizar el obstáculo a la libertad de establecimiento, no procede examinar la cuestión de si dicha normativa constituye una «forma encubierta de discriminación cuyos efectos son proteccionistas» (párrafo sexto del apartado 12 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada), lo cual discute la demandante en el marco de la segunda parte del motivo. En cambio, procede examinar si la Comisión ha acreditado que dicho obstáculo a la libertad de establecimiento no podía justificarse por razones imperiosas de interés general. En efecto, la demandante refuta los motivos invocados por la Comisión, en la Decisión impugnada, para demostrar que no existe ninguna relación necesaria entre, por un lado, la política cultural destinada a proteger el pluralismo de la prensa escrita flamenca y, por otro lado, la concesión a la demandante del derecho exclusivo temporal para explotar una cadena comercial en Flandes.

115 Pues bien, los argumentos alegados por la demandante (apartados 88 a 95 *supra*) no permiten concluir que la apreciación de la Comisión, tal como queda expuesta en los párrafos segundo a cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada, es errónea.

116 En primer lugar, como subraya con razón la Comisión en el párrafo cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada, aun cuando todos los editores tenían la posibilidad de entrar en el capital de la sociedad

demandante en el momento de su constitución, algunos no aprovecharon esta oportunidad y, por tanto, no pueden participar en los beneficios, reservados a los editores que tomaron parte en la operación. Además, los nuevos en el mercado de la edición de prensa neerlandófona tampoco pueden disfrutar de las ventajas que confiere la suscripción de capital de VTM. Por consiguiente, el editor que no participe en el capital de VTM no puede percibir dividendos pagados por ésta y que resultan, al menos parcialmente, de los ingresos generados por la publicidad televisada. Como afirma la Comisión en la Decisión impugnada, «la exclusividad concedida a VTM no favorece, pues, más que a un solo grupo de editores en detrimento de los otros» (párrafo cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos).

- 117 En segundo lugar, los accionistas de la demandante activos en el sector de la prensa escrita flamenca pueden destinar el producto de los dividendos pagados por VTM como les parezca. Por tanto, nada les impide redistribuir estas ganancias en forma de dividendos a sus propios accionistas o utilizarlas para actividades sin relación alguna con la prensa flamenca. De ello se deduce que la Comisión consideró con razón, en el párrafo cuarto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada, que las medidas estatales denunciadas no contribuían necesariamente a la realización de los objetivos perseguidos.
- 118 En tercer lugar, la demandante no discute que la normativa flamenca no impide que un único editor de prensa neerlandófona pueda poseer un 51 % del capital de VTM. En consecuencia, el requisito de la reserva de la mayoría del capital de la demandante no permite garantizar que se repartan los beneficios de la publicidad televisada, mediante el pago de los dividendos, entre al menos dos editores de prensa neerlandófona, de modo que dicho requisito no garantiza por sí mismo el pluralismo de la prensa escrita flamenca.
- 119 En cuarto lugar, la demandante niega que no haya motivos para creer que una cadena de televisión privada sólo pueda sobrevivir en Flandes si dispone de un derecho exclusivo para emitir publicidad, lo cual quedaría demostrado mediante el lanzamiento por la demandante de una segunda cadena de televisión (párrafo sexto del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). A este respecto, la demandante señala que los beneficios que genera la publicidad

televisada han disminuido durante los últimos ejercicios, en especial debido a la competencia de VT4. Sin embargo, el mero empeoramiento de los resultados económicos no puede probar, de por sí y sin más elementos de prueba aportados al respecto, que la afirmación de la Comisión es errónea de hecho.

- 120 Por lo demás, no puede acogerse el argumento que la demandante basa en la subvención pública concedida a la cadena pública BRTN, que justificaría su derecho exclusivo. En efecto, como aduce la Comisión, BRTN se encuentra en una situación particular, pues se encarga de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado (párrafo segundo del apartado 14 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). A lo anterior se añade que el hecho de que una cadena pública acceda a subvenciones públicas no tiene como consecuencia necesaria que deba concederse a una cadena privada la exclusividad para difundir publicidad en el conjunto del territorio de que se trata.
- 121 Del mismo modo, debe rechazarse el argumento de la demandante relativo a las exigencias legales de programación, pues no ha aportado ningún elemento que permita concluir que dichas exigencias no podrían ser respetadas por varias cadenas competidoras.
- 122 En quinto lugar, la demandante subraya que, conforme a lo expuesto por la Comisión, el derecho exclusivo no se justifica como medida para garantizar el pluralismo de la prensa escrita flamenca porque «el Gobierno flamenco podría haber recurrido a medidas adecuadas que obstaculizasen menos la integración económica» (párrafo séptimo del apartado 13 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). Sin embargo, procede señalar que la Comisión no invocó dicha consideración en su Decisión como motivo adicional para demostrar la inexistencia de relación necesaria entre el objetivo perseguido y la medida estatal que concede el derecho exclusivo a VTM. En efecto, dicha consideración se expresa como una consecuencia necesaria a la que debe llegar el Gobierno flamenco si desea continuar garantizando el pluralismo tras la adopción de la Decisión impugnada sin incumplir el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 52 del Tratado. Por lo demás, la Comisión indicó en sus escritos que los objetivos de política cultural y de apoyo al pluralismo de la prensa podrían alcanzarse

mediante subvenciones a la prensa escrita. Manifestó a este respecto que, de este modo, todos los editores podrían acceder a subvenciones conforme a criterios vinculados al objetivo perseguido, y que las subvenciones a la prensa escrita no producirían restricciones al derecho de establecimiento en otro mercado, es decir, el de la televisión comercial.

- 123 De lo que antecede resulta que debe desestimarse el tercer motivo por infundado.

Sobre el cuarto motivo, basado en la desviación de poder

Alegaciones de las partes

- 124 La demandante sostiene que hay indicios graves y concordantes de que la Decisión impugnada tenga su origen en una desviación de poder. Recuerda que las disposiciones del Decreto de 1987 fueron objeto de procedimientos iniciados, sucesivamente, en 1990, en virtud del artículo 169 del Tratado; en 1995, en virtud del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 59 del mismo Tratado, y en 1996, en virtud del apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 52 del Tratado. Además, el 15 de mayo de 1997 se notificó a las autoridades belgas un dictamen motivado sobre el requisito relativo a la reserva de la mayoría del capital social de la demandante a editores de prensa diaria y semanal de lengua neerlandesa.

- 125 Considera que el procedimiento actual se enmarca en esta serie de procedimientos iniciados por la Comisión contra el Decreto de 1987. En este contexto, la demandante subraya que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado no impone a la Comisión ninguna obligación de «perseguir» los derechos exclusivos, sino que,

al contrario, le deja un amplio margen de apreciación (véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de enero de 1996, Koelman/Comisión, T-575/93, Rec. p. II-1).

- 126 Además, la circunstancia de que un acto comunitario revele la existencia de una falta de previsión o de circunspección grave de la Institución que lo ha adoptado equivale a un desconocimiento del fin legal para el cual se le ha atribuido la facultad de adoptar dicho acto (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1958, *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie y otros/Alta Autoridad*, 13/57, Rec. pp. 261, 294). Pues bien, todos los procedimientos antes mencionados prueban la falta de previsión y de circunspección evidente y grave por parte de la Comisión, lo que, según la demandante, basta para determinar la existencia de desviación de poder.
- 127 Afirma que el inicio por la Comisión de nuevos procedimientos con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado después de dictarse la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, demuestra que éstos tienen su origen en preocupaciones distintas del interés de la Institución en cumplir su misión de guardiana del Tratado. La misma apreciación se aplica a los mismos procedimientos considerados individualmente. A este respecto, la demandante subraya que la Comisión cambió de opinión cuando repentinamente comprobó la incompatibilidad de las disposiciones del Codex con el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 52 del Tratado, siendo así que había afirmado su compatibilidad con el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 59 del Tratado. Por tanto, el objetivo único de la Comisión era bombardear el derecho exclusivo concedido a la demandante.
- 128 En apoyo de estas alegaciones, la demandante aduce que el Partido Socialista Flamenco, que estaba en la oposición durante los trabajos preparatorios que llevaron a la adopción del Decreto de 1987, se había opuesto tajantemente a la liberalización del panorama audiovisual en Flandes mediante la constitución de una cadena comercial que disfrutase de un derecho exclusivo temporal. Presume que el Partido Socialista Flamenco presentó una denuncia y, por tanto, dio lugar al procedimiento que terminó con la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada. Pues bien, de 1978 a 1988 el Partido Socialista Flamenco estuvo presidido por el actual miembro de la Comisión encargado de cuestiones de competencia.

- 129 La demandante estima que su impresión se confirma por el hecho que la Decisión que recientemente ha recaído en este expediente se basa en una simbiosis perfecta entre el Ministro flamenco competente en materia audiovisual y el miembro de la Comisión encargado de cuestiones de competencia. Sus declaraciones públicas concuerdan perfectamente; el Ministro quiere poner fin al derecho exclusivo de la demandante, pero, para evitar cualquier posible acción indemnizatoria por parte de la demandante, desea obtener una Decisión de la Comisión que declare dicho derecho incompatible con el Derecho comunitario.
- 130 La Comisión estima que, manifiestamente, en el caso de autos no se cumplen los requisitos exigidos para que un acto esté viciado de desviación de poder.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 131 Una Decisión sólo está viciada de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptada con el fin exclusivo o, al menos determinante, de conseguir otros fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. p. I-2873, apartado 52, y del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Ferriere Nord/Comisión, T-143/89, Rec. p. II-917, apartado 68).
- 132 En la medida en que la Comisión dispone de un margen de apreciación en el ejercicio de la competencia que le atribuye el apartado 3 del artículo 90 del Tratado (véase el apartado 75 *supra*), no se le puede reprochar haber ejercido dicha competencia en el momento en que lo consideró oportuno. Por tanto, del mero hecho de que la Comisión inició un procedimiento que llevó a la adopción de la Decisión impugnada, después de haberse promovido ya otros dos procedimientos contra autoridades belgas, no puede deducirse que dicho procedimiento se inició con un fin distinto del de poner término a una violación efectiva del Derecho comunitario.

- 133 Además, la desviación de poder alegada censura a la Comisión por el ejercicio de sus competencias. Pues bien, el envío de un requerimiento a un Estado miembro y la adopción de una Decisión en virtud del apartado 3 del artículo 90 del Tratado corresponden a la Junta de Comisarios, y no a uno solo de sus miembros. En consecuencia, carecen de pertinencia las alegaciones de la demandante que tienen por objeto censurar la actitud del miembro de la Comisión encargado de cuestiones de competencia, respecto a la normativa flamenca en materia audiovisual, por referencia a su actitud política pasada, suponiendo que haya sido probada.
- 134 Por lo demás, la sentencia *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie y otros/Alta Autoridad*, antes citada, no puede ser invocada eficazmente por la demandante. En este asunto, una de las demandantes imputaba a la Alta Autoridad, en el marco de un motivo basado en la desviación de poder, el haber incumplido gravemente determinados objetivos contemplados en el Tratado CECA al «frenar el desarrollo de determinados medios de producción mediante las disposiciones impugnadas». En este contexto el Tribunal de Justicia estimó que procedía examinar «si dichas disposiciones revelan, a este respecto, un móvil ilícito o una falta de circunspección grave equivalente a la inobservancia del fin legal y si no han otorgado prioridad, en este aspecto, a determinados fines legales en detrimento de determinados otros de forma no justificada por las circunstancias». Pues bien, en el caso de autos, la demandante se limita a invocar dicha jurisprudencia sin indicar cuál de los objetivos contemplados en el Tratado, distinto del de la legalidad comunitaria, no fue observado por la Comisión cuando adoptó la Decisión impugnada.
- 135 De lo anterior se deduce que las afirmaciones de la demandante no pueden constituir indicios que permitan llegar a la conclusión de que el procedimiento que llevó a la adopción de la Decisión impugnada fue iniciado con un fin distinto del de poner término a una violación efectiva del Derecho comunitario.
- 136 Por consiguiente, el cuarto motivo carece de fundamento y debe desestimarse.

Sobre el quinto motivo, basado en la infracción del artículo 190 del Tratado

Alegaciones de las partes

- 137 La demandante señala, en primer lugar, que, cuando la Comisión cambia de criterio y adopta una Decisión que va más lejos que la práctica decisoria anterior, su obligación de motivar es aún mayor y le incumbe desarrollar su razonamiento de una forma explícita (sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1975, *Papiers Peints/Comisión*, 73/74, Rec. p. 1491, apartado 31).
- 138 Por tanto, considera que la Decisión impugnada debería haber sido motivada de forma particular, pues era el primer caso de censura de un derecho exclusivo con arreglo al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 52 del Tratado. La Decisión 85/276/CEE de la Comisión, de 24 de abril de 1985, relativa al seguro en Grecia de los bienes públicos y de los créditos concedidos por los bancos públicos helénicos (DO L 152, p. 25), invocada por la parte demandada, no es un caso de aplicación pura y simple del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 52 del Tratado, sino que se apoya en también en la letra f) del artículo 3 y en los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.
- 139 En segundo lugar, la Decisión impugnada debería haber sido motivada con más razón si se tiene en cuenta que la aplicación del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado parece ser contradictoria. En efecto, por una parte, el apartado 1 del artículo 90 del Tratado admite, por principio, la concesión y la existencia de un derecho exclusivo que produzca un efecto de exclusión de los particulares o empresas que no son titulares del mismo. Por otra parte, el artículo 52 del Tratado prohíbe cualquier medida de un Estado miembro que pueda obstaculizar el establecimiento en su territorio de un nacional de otro Estado miembro o que pueda hacerlo menos atractivo, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia *Kraus*, antes citada, apartado 32). Por consiguiente, la naturaleza incompatible de ambas disposiciones deriva del hecho de que la existencia de un derecho exclusivo autorizado por el apartado 1 del artículo 90 del Tratado obstaculiza el ejercicio de su derecho de establecimiento a las empresas extranjeras que no son titulares del derecho pero desean ejercer una actividad en el ámbito cubierto por dicho derecho exclusivo. Por razón de esta aparente contradicción, la Comisión debería haber explicado

por qué el derecho exclusivo, cuya existencia se considera conforme con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, se convierte súbitamente en un obstáculo prohibido a la libertad de establecimiento.

140 Habida cuenta de estas consideraciones, la demandante estima que el efecto de exclusión (apartado 12 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada) es inherente al derecho exclusivo y, por tanto, no puede ser razón suficiente para declarar incompatible con el artículo 52 del Tratado el derecho exclusivo de difundir publicidad desde el conjunto de la Comunidad flamenca y con destino a ella.

141 La Decisión impugnada también está motivada de forma insuficiente al no desprenderse de ella con claridad qué afirmación de su parte dispositiva tiene por objeto sostener la consideración según la cual «la totalidad o por lo menos una parte preponderante del mercado de la publicidad televisada beneficia a la economía nacional» (párrafo cuarto del apartado 12 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada). En este contexto, de la parte dispositiva de la Decisión impugnada se desprende que tanto las disposiciones del Codex relativas al derecho exclusivo de difundir publicidad comercial como las medidas de ejecución que conceden la exclusividad constituyen una violación del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 52 del mismo Tratado.

142 La Comisión subraya que la Decisión impugnada no constituye el primer caso de aplicación del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado y sostiene, esencialmente, que la Decisión impugnada está suficientemente motivada.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

143 Es preciso recordar que la motivación exigida por el artículo 190 del Tratado ha de reflejar clara e inequívocamente el razonamiento de la Institución de la que

emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el Juez comunitario pueda ejercer su control (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 46).

144 De lo anterior se deduce que la inexistencia o insuficiencia de motivación constituye un motivo basado en vicios sustanciales de forma, distinto, como tal, del motivo basado en la inexactitud de los fundamentos de la Decisión, cuyo control forma parte del examen de la procedencia de dicha Decisión (sentencias del Tribunal de Primera Instancia Cipeke/Comisión, antes citada, apartado 47, y de 14 de mayo de 1998, Buchmann/Comisión, T-295/94, Rec. p. II-813, apartado 45, y Gruber + Weber/Comisión, T-310/94, Rec. p. II-1043, apartado 41). Por consiguiente, en la medida en que el argumento de la demandante según el cual había sido calificada erróneamente de «empresa nacional» tiene por objeto rechazar la exactitud de los motivos de la Decisión impugnada, resulta, en este contexto, improcedente.

145 La demandante sostiene que la Decisión impugnada está insuficientemente motivada por lo que respecta a la censura del derecho exclusivo concedido por las autoridades flamencas en virtud del apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado.

146 Sin embargo, éste no es el caso. En efecto, los apartados 11 a 14 de la exposición de motivos de la Decisión impugnada exponen la apreciación jurídica de la Comisión. En particular los apartados 11 y 12 contienen indicaciones que permiten comprender el razonamiento seguido por la Comisión y que la llevó a aplicar el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 52 del Tratado.

147 De este modo, se deduce del párrafo primero del apartado 11 de la exposición de motivos que, «si el artículo 90 del Tratado presupone la existencia de empresas titulares de determinados derechos especiales o exclusivos, de ello no se

desprende que todos los derechos especiales o exclusivos sean necesariamente compatibles con el Tratado» y que «esta compatibilidad debe valorarse con respecto a las diferentes normas a las que remite el apartado 1 del artículo 90». A este respecto, la Comisión expone que VTM es una empresa privada a la cual la Comunidad flamenca ha concedido el derecho exclusivo de emitir publicidad televisada destinada al público flamenco en general y precisa que «este derecho se deriva de una medida estatal» (párrafo segundo del apartado 11 de la exposición de motivos).

148 A continuación, tras recordar el contenido del artículo 52 del Tratado, la Comisión señala: «El monopolio de VTM para emitir publicidad televisada destinada al público flamenco equivale a excluir a cualquier operador de otro Estado miembro que quisiese instalarse o crear un establecimiento secundario en Flandes para transmitir publicidad televisada por la red de teledistribución belga con destino al público flamenco.» (Párrafo segundo del apartado 12 de la exposición de motivos.) La Comisión precisa a este respecto: «El hecho de que las mencionadas disposiciones se apliquen indistintamente tanto a empresas distintas de VTM establecidas en Bélgica como a empresas originarias de otros Estados miembros no puede excluir del ámbito de aplicación del artículo 52 del Tratado el régimen preferencial de que se beneficia VTM.» (Párrafo tercero del apartado 12 de la exposición de motivos.)

149 De ello se deduce que la Comisión expuso con claridad que el apartado 1 del artículo 90 era aplicable en el caso de autos conjuntamente con el artículo 52 del Tratado porque, por una parte, las medidas estatales controvertidas otorgan un derecho exclusivo a la demandante y, por otra parte, son incompatibles con el artículo 52 del Tratado.

150 Puesto que el razonamiento de la Comisión fue desarrollado de forma detallada en la Decisión impugnada, la demandante no puede invocar la jurisprudencia según la cual, si bien una Decisión que se sitúa en la línea de una práctica decisoria consolidada puede ser motivada de una forma sucinta, en particular mediante una remisión a dicha práctica, en los casos en que va sustancialmente más lejos que las Decisiones anteriores incumbe a la Comisión desarrollar su razonamiento de una forma explícita (sentencia *Papiers Peints/Comisión*, antes

citada, apartado 31, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, Fiatagri y New Holland Ford/Comisión, T-34/92, Rec. p. II-905, apartado 35). De todos modos, la Comisión no se ha apartado de su Decisión anterior de forma tal que hubiese debido motivar de manera aún más explícita su apreciación de la infracción del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 52 del Tratado. En efecto, como aduce la Comisión, ésta ya había aplicado conjuntamente los artículos 90 y 52 del Tratado en la Decisión 85/276, de 24 de abril de 1985, antes citada. El hecho de que, para llegar a la conclusión de la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación nacional examinada, la Comisión se refiriera en dicha Decisión no sólo a la aplicación conjunta de los artículos 90 y 52 del Tratado, sino también a otras disposiciones del Tratado, no modifica en nada la circunstancia de que estimara posible la aplicación conjunta del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 52 del Tratado.

- 151 Finalmente, procede recordar que la parte dispositiva de la Decisión impugnada debe entenderse a la luz de su exposición de motivos (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 122 a 124). El artículo 1 de la Decisión impugnada declara «incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CE en relación con el artículo 52 de dicho Tratado» las medidas estatales que enuncia. A este respecto, se desprende de los motivos de la Decisión impugnada que la incompatibilidad señalada no se refiere a cada una de las disposiciones de la normativa flamenca considerada de forma aislada, sino a la «combinación» de estas disposiciones (párrafo primero del apartado 2 y párrafo segundo del apartado 11 de la exposición de motivos). De ello se deduce que carece de pertinencia la cuestión de qué afirmación de la parte dispositiva tiene por objeto sostener la alegación según la cual «la totalidad o por lo menos una parte preponderante del mercado de la publicidad televisada beneficia a la economía nacional» (párrafo cuarto del apartado 12 de la exposición de motivos).

- 152 Habida cuenta de lo que antecede, debe desestimarse el quinto motivo.

- 153 De todo ello resulta que debe desestimarse el recurso en su totalidad.

Costas

- 154 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la parte demandante, procede condenarla en costas, según lo solicitado por la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera ampliada)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.

- 2) Condenar en costas a la parte demandante.

Vesterdorf

Bellamy

Pirrung

Meij

Vilaras

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de julio de 1999.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

B. Vesterdorf