CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 7 de julio de 1998 *

1. «Los artículos 30 o 52 y siguientes del Tratado CE, ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales que obligan a proteger, frente a las marcas o denominaciones de empresa que entrañen riesgo de confusión, a aquella que tenga la prioridad más antigua y, en consecuencia, a prohibir a una empresa la utilización, en tres Estados federados de la República de Austria, de una marca o denominación de empresa con la que se presentan legalmente en otros Estados miembros sociedades pertenecientes a su grupo?»

2. Ésta es la cuestión que el Handelsgericht Wien plantea al Tribunal en el marco de un litigio entre la sociedad Pfeiffer Großhandel GmbH (en lo sucesivo, «Pfeiffer») y la sociedad Löwa Warenhandel GmbH (en lo sucesivo, «Löwa»).

3. La demandante en el procedimiento principal, Pfeiffer, explota desde 1969 una gran superficie en Pasching bei Linz (Austria) bajo la denominación «Plus KAUF PARK». [1] Por otro lado, «Plus KAUF PARK» fue registrada en el Österreichisches Patentamt (Oficina federal de Patentes austriaca) como marca mixta de texto y gráfico para diversos tipos de productos, con prioridad de 5 de agosto de 1969. Pfeiffer vende también diversos productos, fundamentalmente del sector de la alimentación, con la marca «Plus wir bieten mehr» (prioridad de 22 de septiembre de 1989). La gran superficie «Plus KAUF PARK» se integró en un centro comercial, el «Plus City», abierto en octubre de 1989 e integrado por más de cien establecimientos comerciales al por menor de todas las ramas habituales. Con ocasión de la construcción del «Plus City», los antecesores jurídicos de Pfeiffer concedieron a los titulares de los diferentes establecimientos comerciales instalados en él amplios derechos de uso sobre las marcas antes citadas y las demás denominaciones que contengan el término «Plus». Con arreglo a los contratos de arrendamiento, todos los titulares están obligados asimismo, siempre que hagan referencia a «Plus City», a utilizar el logotipo original de dicho centro comercial.

4. La demandada en el procedimiento principal, Löwa, explota 139 supermercados descuento en Austria, en los que ofrece a la venta productos del mismo tipo que los que se ofrecen en la gran superficie de Pfeiffer. Löwa es una filial de la sociedad alemana Tengelmann Warenhandelsgesellschaft, titular de la marca internacional «Plus», con prioridad de 15 de noviembre de 1989. Löwa está asociada asimismo a la sociedad «Plus» Warenhandelsgesellschaft, sociedad alemana titular de la marca mixta «Plus prima leben und sparen» (prioridad de 18 de diciembre de 1979), registrada en el Österreichisches Patentamt. La

* Lengua original: francés.

1 — Mientras que la resolución de remisión se refiere a la denominación «Plus KAUF MARKT», de los autos se desprende que se trata en realidad de «Plus KAUF PARK».

propia Löwa es titular de la marca mixta «Pluspunkt», registrada en el Österreichisches Patentamt con prioridad de 15 de abril de 1994.

5. Tengelmann Warenhandelsgesellschaft y Plus Warenhandelsgesellschaft están presentes en el sector de los supermercados descuento en Alemania, Italia, España, la República Checa y Hungría con el nombre comercial «Plus». Tengelmann, la sociedad matriz, pretende uniformar su presentación en toda Europa, lo que le permitiría hacer una publicidad idéntica a escala europea y desarrollar posteriormente una «identidad corporativa» propia.

6. Por ello, en 1994 Löwa comenzó a comercializar productos bajo la denominación «Plus» y a modificar el nombre de 17 de los 139 supermercados que explota en Austria, sustituyendo el de «Zielpunkt» por el de «Plus prima leben und sparen», cuya presentación gráfica se corresponde plenamente con la marca mixta de su sociedad asociada alemana, Plus Warenhandelsgesellschaft.

7. Esta presentación gráfica se distingue de la denominación utilizada por Pfeiffer tanto por la incorporación de diversas menciones como por su presentación óptica.

8. En el marco del litigio principal, la demandante solicita que se prohíba a la demandada explotar, en los Bundesländer (Estados federados) de Niederösterreich, Oberösterreich y Salzburgo, establecimientos comerciales al por menor destinados a los consumidores finales con el nombre comercial «Plus», con o sin la incorporación de otras menciones, y/o que haga publicidad de dichos establecimientos comerciales.

9. En la resolución de remisión prejudicial se nos indica que el apartado 1 del artículo 9 de la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley de competencia desleal; en lo sucesivo, «UWG») permite prohibir la utilización de nombres, razones sociales o denominaciones específicas de empresa de un modo tal que entrañe un riesgo de confusión con nombres, razones sociales o denominaciones específicas legalmente utilizadas por otra persona. A tenor del apartado 3 de dicho artículo, las marcas registradas y los rótulos comerciales que constituyan un signo distintivo de la empresa en el ámbito comercial de que se trate, así como los restantes elementos destinados a distinguir a la empresa de que se trate de las demás empresas, en particular la presentación de las mercancías, su embalaje o su envoltorio, y la presentación de la papelería de empresa, se asimilan a la denominación específica de una empresa.

10. Tal como se nos señala en la resolución de remisión, la jurisprudencia austriaca interpreta esta disposición en el sentido de que tanto las marcas como las denominaciones de empresa sólo gozan de la protección que confiere el artículo 9 de la UWG si poseen eficacia distintiva, es decir, si tienen alguna característica particular e individual que, por sí

sola, permita distinguir a quien las utilice de otras personas, o si han adquirido eficacia distintiva —independientemente de su originalidad— en razón de su notoriedad en el tráfico comercial. Según una reiterada jurisprudencia austriaca, tienen eficacia distintiva las denominaciones de fantasía de libre invención y las palabras que, aunque formen parte del lenguaje habitual, no guardan relación con el producto con el que van asociadas, es decir, que no son meramente descriptivas. Estos principios se aplican tanto a las marcas de texto como a las denominaciones de empresa. No obstante, las indicaciones descriptivas pueden ser objeto de protección si se trata de una denominación singular de una empresa que se sale de lo común.

11. Habida cuenta de esta jurisprudencia, el Handelsgericht Wien estima que «Plus», en cuanto denominación de una empresa que comercializa productos de naturaleza muy diversa —productos alimenticios, pero también otros productos de consumo cotidiano— a través de supermercados, es una denominación totalmente original, y no meramente descriptiva, de modo que puede ser objeto de protección. Aun suponiendo que se trate de un signo «débil», en cuyo caso, si bien goza asimismo de la protección del artículo 9 de la UWG, cualquier diferencia, por mínima que sea, elimina en principio el riesgo de confusión, la incorporación de la expresión «prima leben und sparen» no basta para conjurar dicho riesgo, ya que se trata de una expresión que atrae mucho menos la atención y apenas se percibe como una denominación de empresa. Tampoco las diferencias existentes en la presentación óptica de las denominaciones puede evitar las confusiones, ya que para ello es suficiente que exista una simple concordancia acústica.

12. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente concluye que, «de acuerdo con la situación jurídica vigente en Austria, la utilización de la denominación "Plus" por parte de la demandada, con o sin la incorporación de otras menciones, infringe el artículo 9 de la UWG, ya que Pfeiffer goza de prioridad».

13. No obstante, por considerar que la orden conminatoria de cesación que debería pronunciar con arreglo al artículo 9 de la UWG afectaría al comercio intracomunitario, el Handelsgericht Wien decidió suspender el procedimiento y plantear a este Tribunal la cuestión prejudicial antes citada.

El alcance de la cuestión prejudicial

14. Tanto de la petición de decisión prejudicial [2] como de las observaciones escritas presentadas por las dos partes del litigio principal y de sus respuestas a una pregunta formulada en la vista por el Tribunal de Justicia se desprende que el objeto del presente litigio lo constituye únicamente la eventual prohibición de utilizar una determinada denominación de empresa. Así pues, la utilización del término «Plus» (con o sin menciones adicionales) como marca de productos no es objeto de litigio en el presente asunto. En consecuencia, no procede examinar el problema planteado a la luz de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. [3]

2 — Véase el punto 8 *supra*.
3 — DO 1989, L 40, p. 1.

15. Por tanto, para proporcionar al Juez nacional una respuesta que le permita resolver el litigio de que conoce, basta limitarse a una interpretación de los artículos 30 y 52 del Tratado en relación con el conflicto entre dos denominaciones de empresa.

16. Por otro lado, el órgano jurisdiccional nacional no solicita al Tribunal que aprecie si existe riesgo de confusión entre las denominaciones litigiosas. Considera en todo caso acreditada la existencia de dicho riesgo. Ahora bien, ante una situación similar el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Terrapin, [4] que, aun cuando «dicha apreciación [del órgano jurisdiccional remitente haya] sido cuestionada en el curso del procedimiento, no obstante, el Tribunal de Justicia no se pronunciará sobre este extremo, por cuanto no se le ha sometido ninguna cuestión sobre el particular». El Handelsgericht tampoco plantea al Tribunal ninguna cuestión relativa al concepto mismo de «riesgo de confusión», a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el asunto SABEL. [5]

17. Además, la cuestión planteada por el Handelsgericht Wien debe entenderse en el sentido de que tiene por objeto únicamente que se dilucide si, en un caso en el que, según la apreciación de un Juez nacional, proceda prohibir la utilización de una denominación específica de empresa en razón de la existencia de una prioridad y de un riesgo de confusión, los artículos 30 o 52 del Tratado impiden a dicho Juez imponer tal prohibición, como debería hacer de acuerdo con su Derecho nacional, por el hecho de que la sociedad de que se trata utilice legalmente dicha denominación en otros Estados miembros.

4 — Sentencia de 22 de junio de 1976 (119/75, Rec. p. 1039), apartados 3 y 4.

5 — Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (C-251/95, Rec. p. I-6191).

18. Tal como sugiere el órgano jurisdiccional remitente, examinaré el problema sucesivamente en relación con la libre circulación de mercancías (artículos 30 y siguientes) y con el derecho de establecimiento (artículos 52 y siguientes).

En relación con el artículo 30 del Tratado

19. Löwa alega que, «en el supuesto de una aplicación ilimitada del artículo 9 de la UWG, en casos como el que es objeto de la cuestión prejudicial las sociedades de un mismo grupo se verían obligadas a utilizar denominaciones diferentes en determinados Estados miembros. Los conceptos publicitarios no podrían ser uniformes en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, y la idea de una "identidad corporativa" que pretenden implantar los grupos de empresas en las denominaciones de empresa, que constituyen el elemento central de la presentación con fines publicitarios, no podría presentarse claramente hacia el exterior».

20. La argumentación de Löwa tiene por objeto, fundamentalmente, que se declare que la prohibición de utilizar, en una parte del territorio austriaco, el mismo nombre comercial que el utilizado por las sociedades pertenecientes al mismo grupo en otros Estados miembros constituiría una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. En efecto, según Löwa, dicha prohibición tendría como consecuencia impedir al grupo la utilización del mismo concepto publicitario para vender sus productos.

21. Con el fin de demostrar que esta renuncia a una estrategia global de comercialización constituiría un obstáculo a la libre circulación de mercancías, Löwa se funda en la sentencia Yves Rocher, [6] en la que este Tribunal recordó que:

«aunque no condicione directamente las exportaciones, una normativa nacional que limite o prohíba determinadas formas de publicidad o ciertos medios de promoción de ventas puede restringir el volumen de dichos intercambios por afectar a las posibilidades de comercialización de los productos importados. El hecho, para un operador económico, de estar obligado a adoptar sistemas distintos de publicidad o de promoción de ventas en función de los Estados miembros de que se trate, o de tener que abandonar un sistema que considera particularmente eficaz, puede constituir un obstáculo a las importaciones, incluso en el supuesto de que dicha normativa se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los importados».

22. Según Löwa, de acuerdo incluso con la sentencia Keck y Mithouard, [7] un obstáculo a las posibilidades de comercialización constituye una restricción a la libre circulación de mercancías a efectos del artículo 30 del Tratado. Para Löwa, ni la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, ni la dictada en el asunto Hünermund y otros [8] tenían por objeto el examen jurídico de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una prohibición nacional que obstaculizara o dificultara la implantación de un concepto publicitario uniforme a escala comunitaria. Por el contrario, prosigue Löwa, en la sentencia Mars [9] el Tribunal declaró sin ambigüedad, refiriéndose a su jurisprudencia en la sentencia Keck y Mithouard, antes citada, que una prohibición que afecta a la circulación en un Estado miembro de productos que lleven las mismas menciones publicitarias que las utilizadas legalmente en otros Estados miembros puede obstaculizar, aunque sea indistintamente aplicable a todos los productos, el comercio intracomunitario. En efecto, según el Tribunal, semejante prohibición «puede obligar al importador a disponer de manera diferente la presentación de sus productos en función del lugar de comercialización previsto y, por consiguiente, a soportar gastos adicionales de acondicionamiento y de publicidad». [10]

23. Löwa deduce de ello que «lo mismo sucede en el caso de una prohibición basada, como en el presente caso, en el artículo 9 de la UWG, que impide a un grupo de sociedades utilizar un rótulo de establecimiento uniforme en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea [...]». En consecuencia, Löwa considera que el artículo 30 del Tratado es aplicable en el presente caso.

24. Las alegaciones de Pfeiffer se basan fundamentalmente en la jurisprudencia de este Tribunal dictada a partir de la sentencia Keck y Mithouard. Además, considera que el artículo 9 de la UWG, «en cuanto disposición nacional referida exclusivamente a las modalidades de venta y no a los productos, e indis-

6 — Sentencia de 18 de mayo de 1993 (C-126/91, Rec. p. I-2361).

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

8 — Sentencia de 15 de diciembre de 1993 (C-292/92, Rec. p. I-6787).

9 — Sentencia de 6 de julio de 1995 (C-470/93, Rec. p. I-1923).

10 — Apartado 13.

tintamente aplicable a todos los operadores económicos interesados que ejercen su actividad en el territorio nacional, es compatible con el artículo 30 del Tratado CE».

25. Pfeiffer observa, asimismo, que el deseo de Löwa de contar con un concepto publicitario homogéneo en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea y el esfuerzo de crear una «identidad corporativa» entran en conflicto con la propiedad comercial. Ahora bien, según Pfeiffer la normativa comunitaria admite las prohibiciones y restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial y comercial, con la salvedad expresa de que no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

26. Por su parte, la Comisión estima que el artículo 30 del Tratado no se opone a una disposición como la que figura en el artículo 9 de la UWG, «ya que, si, de acuerdo con la jurisprudencia Keck, antes citada, las modalidades de venta están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado, este principio debe aplicarse *a fortiori* a disposiciones que no imponen modalidades de venta de ningún tipo». Según la Comisión, «forman parte de las modalidades de venta, en particular, las disposiciones relativas a las condiciones espaciales y temporales y a otras condiciones —como una restricción del grupo de vendedores autorizados— en las que pueden distribuirse los productos que obedecen a las particularidades socioculturales nacionales o regionales». [11] Ahora bien, en opinión de la Comisión estas condiciones no se dan en el caso del apartado 1 del artículo 9 de la UWG.

27. La Comisión recuerda, por otra parte, que el Tribunal de Justicia ha declarado que la aplicación de una medida nacional que no tenga relación alguna con la importación o la exportación de mercancías no está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 30 y siguientes del Tratado. [12] Según la Comisión, esto es lo que efectivamente sucede en el presente caso, habida cuenta de que la disposición contemplada en el apartado 1 del artículo 9 de la UWG no tiene ni por objeto ni como consecuencia regular los intercambios transfronterizos de mercancías. La demandada, que ya está establecida en Austria, sigue teniendo la posibilidad, independientemente de su nombre comercial, de importar mercancías y venderlas en Austria.

28. Por mi parte, propongo al Tribunal que acoja la argumentación de Pfeiffer y de la Comisión. En efecto, no concibo que la prohibición de utilizar un nombre comercial, en la medida en que sólo tiene por objeto la denominación específica de *la empresa*, pueda constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa.

11 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de junio de 1996, Semeraro Casa Uno y otros (asuntos acumulados C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975), apartado 25.

12 — Véase la sentencia de 7 de mayo de 1997, Pistre y otros (asuntos acumulados C-321/94 a C-324/94, Rec. p. I-2343), apartado 44.

29. De hecho, en la sentencia Keck y Mithouard, antes citada (y en sentencias posteriores), el Tribunal declaró que:

«constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 30, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, *de la aplicación a mercancías* procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, *de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías* (como los relativos a su [...] presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías».

30. En cambio,

«la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros [...], siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

En efecto, siempre y cuando se cumplan estos requisitos, la aplicación de normativas de este tipo a la venta de productos procedentes de otro Estado miembro y conformes a las normas de este último Estado, no puede impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales. Estas normativas, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado».

31. En el presente caso, no estamos ante una disposición nacional que establezca requisitos que deban cumplir las mercancías o que pretenda regular los intercambios de mercancías entre Estados miembros.

32. Se trata de una disposición que, por lo demás, no afecta a la comercialización de productos procedentes de otros Estados miembros de un modo diferente que a la de los productos nacionales.

33. Ciertamente, la prohibición de utilizar la denominación específica de empresa podría llegar a frenar un aumento adicional del volumen de ventas y, en consecuencia, del volumen de ventas de productos procedentes de otros Estados miembros, en la medida en que priva a sociedades pertenecientes al mismo grupo de la posibilidad de utilizar un concepto publicitario uniforme en todos los Estados miembros en los que el grupo está presente. Sin embargo, esta circunstancia no basta para que la prohibición de que se trata quede incluida dentro de la definición de

medidas de efecto equivalente, ya que dicha prohibición tiene por objeto la denominación de la empresa afectada y no las mercancías que dicha empresa vende.

34. Ésta es también la razón por la cual no puede acogerse la alegación que Löwa pretende fundar en la sentencia Mars. En efecto, dicha sentencia se refiere a las restricciones a la libre circulación de mercancías que se derivan de una prohibición de utilizar determinadas menciones publicitarias en el envoltorio *de productos.* Ahora bien, tal como se ha expuesto anteriormente, el objeto del litigio principal es únicamente la denominación de las dos empresas, y no la marca o las marcas que una u otra colocan en sus productos.

35. Por lo que respecta a la sentencia Yves Rocher, hay tres razones por las cuales no me parece pertinente. En primer lugar, no estamos, en el presente caso, ante una «normativa que limite o prohíba determinadas formas de publicidad». La imposibilidad, para Löwa, de utilizar las formas de publicidad desarrolladas por su sociedad matriz para otros mercados no es más que consecuencia indirecta de disposiciones que protegen la propiedad comercial.

36. En segundo lugar, al igual que R. Joliet, [13] opino que la sentencia Yves Rocher se refería a una «modalidad de venta», y que ha quedado relegada tras dictarse la sentencia Keck y Mithouard.

37. Por último, una norma como la que figura en el artículo 9 de la UWG no constituye ni siquiera una modalidad de venta. En consecuencia, debe acogerse el razonamiento *a fortiori* de la Comisión antes recordado.

38. En consecuencia, mi conclusión es que la prohibición de utilizar una denominación específica de empresa no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado. Con carácter totalmente redundante, quisiera observar que, aun cuando una disposición como la del artículo 9 de la UWG constituya una medida de efecto equivalente, puede acogerse a la exención establecida en el artículo 36 del Tratado. Dado que se aplica indistintamente a las empresas con capital social austriaco y a las empresas con capital social extranjero, no cabe considerarla un «medio de discriminación arbitraria». Tampoco constituye «una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros», ya que, como queda señalado, no afecta a la comercialización de productos procedentes de otros Estados miembros de un modo diferente que a la de los productos nacionales.

En relación con el artículo 52 del Tratado

39. La cuestión prejudicial tiene por objeto asimismo que se dilucide si el artículo 52 del

13 — Joliet, R.: «La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence», en *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 20 de octubre de 1994, nº 12, pp. 145 y ss.

Tratado se opone, en unas circunstancias como las del presente caso, a que se prohíba a una empresa la utilización de una denominación específica.

40. Para la demandante en el procedimiento principal, Pfeiffer, la libertad fundamental consagrada en los artículos 52 y siguientes del Tratado no se ve afectada por la disposición nacional de que se trata. En su opinión, ni siquiera se plantea la cuestión de una eventual violación de dicha libertad.

41. Pfeiffer añade que el principio de no discriminación inherente a la libertad de establecimiento prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en relación con el inicio y el ejercicio de una actividad independiente en otro Estado miembro. A su entender, sólo son inadmisibles las normas nacionales formalmente discriminatorias, es decir, aquellas normas fundadas en la nacionalidad que dispensan de forma abierta y deliberada un trato diferente a los nacionales y a los extranjeros en razón de su diferencia de nacionalidad. Ahora bien, Pfeiffer señala que la consecuencia jurídica del artículo 9 de la UWG austriaca se aplica, sin distinción, tanto a los extranjeros como a los nacionales.

42. Siempre según Pfeiffer, tampoco en la medida en que la libertad de establecimiento se interprete en parte —basándose, sobre todo, en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia— como una prohibición de establecer limitaciones implica una prohibición general, a diferencia de lo que sucede en el caso de la libre circulación de mercancías. Según sostiene, siempre se han admitido restricciones de la libertad establecida en el artículo 52 del Tratado CE para tener en cuenta la propiedad comercial e intelectual. A su entender, el artículo 9 de la UWG austriaca no restringe ni prohíbe los principios básicos y los criterios de la libertad de establecimiento, a saber, la autorización para el ejercicio efectivo, durante un período ilimitado, de una actividad económica independiente en otro Estado miembro mediante un establecimiento estable.

43. Según la demandada en el procedimiento principal, Löwa, «una prohibición de una denominación de una empresa puede restringir asimismo de manera inadmisible la libertad de establecimiento, a efectos de los artículos 52 y 58 del Tratado, de la sociedad matriz». En apoyo de su argumentación, Löwa cita la sentencia Gebhard, [14] en la que el Tribunal de Justicia recordó:

«Sin embargo, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.»

14 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37.

44. Trasponiendo estos principios a las circunstancias del presente asunto, Löwa alega «que existe una restricción en el hecho de que una empresa (en el presente caso, alemana) conocida también en el Estado miembro vecino (en el presente caso, Austria) por su denominación de empresa en razón de su publicidad y de sus compras transfronterizas, y que, por razones evidentes, intenta uniformar su estrategia a nivel europeo, vea limitadas sus posibilidades de éxito en dicho mercado vecino al prohibírsele utilizar un signo consolidado en los demás mercados y que tampoco es desconocido en el mercado de que se trata». Löwa concluye alegando que la prohibición de que se trata no es proporcionada, ya que no existe riesgo (grave) de confusión. En efecto, a su entender, «el riesgo de confusión debe ser grave para que exista una razón cuantitativa de peso que justifique semejante restricción de la libertad de establecimiento».

45. Por su parte, la Comisión opina que las disposiciones de los artículos 52 y siguientes del Tratado no se oponen a una disposición como la del apartado 1 del artículo 9 de la UWG austriaca. Es cierto, reconoce, que las disposiciones nacionales relativas a las razones sociales o los nombres comerciales pueden afectar a la libertad de establecimiento cuando, por ejemplo, supeditan a la obtención de una autorización especial la utilización de una razón social o cuando sólo la autorizan bajo determinadas condiciones, lingüísticas o similares. Sin embargo, la Comisión considera que la disposición contemplada en el apartado 1 del artículo 9 de la UWG austriaca no establece una normativa de este tipo que afecte directamente a la cuestión de «si» y/o de «cómo» puede efectuarse el establecimiento. En consecuencia, no guarda relación, o al menos no una relación suficiente, con la libertad de establecimiento.

46. Según la Comisión, aún en el caso de que se pretendan interpretar los artículos 52 y 58 del Tratado en el sentido de que disposiciones como la del apartado 1 del artículo 9 de la UWG austriaca están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento, la resolución de remisión no permite en modo alguno concluir que dicha disposición, la jurisprudencia en la materia o la aplicación práctica de dicha disposición den lugar a una discriminación directa o indirecta entre las empresas austriacas y las empresas que se instalen en Austria.

47. Habida cuenta de las circunstancias del presente caso, la Comisión estima, sin embargo, que el derecho de una empresa a utilizar un nombre comercial determinado para sus filiales no forma parte de la libertad de establecimiento.

48. La Comisión subraya que debe tenerse en cuenta, asimismo, el hecho de que la demandada ya estaba establecida en Austria cuando modificó, en 1994, la denominación de 17 de sus filiales, sustituyendo «Zielpunkt» por «Plus prima leben und sparen».

49. En mi opinión, el razonamiento desarrollado por la Comisión resulta convincente.

50. He aquí una sociedad austriaca de capital social alemán que explota desde hace muchos años 139 supermercados descuento en Aus-

tria, de los cuales 122 operan bajo la denominación de «Zielpunkt» y 17 han sido rebautizados en los últimos años como «Plus prima leben und sparen».

51. Así pues, resulta evidente que la sociedad ha conseguido prosperar sin encontrar obstáculos por el hecho de que su capital social sea propiedad de una sociedad matriz alemana. La única disposición de Derecho austriaco controvertida es el apartado 1 del artículo 9 de la UWG. Ahora bien, tal como con toda razón subraya la Comisión, esta disposición no contiene ninguna normativa que regule directamente la cuestión de «si» y/o de «cómo» puede efectuarse el establecimiento.

52. Sólo cuando Löwa pretendió modificar la denominación de algunos de sus supermercados se encontró con la oposición de otra empresa que reclamaba un derecho de prioridad sobre una denominación similar.

53. La oposición a la que debe hacer frente Löwa no guarda ninguna relación con el hecho de que su capital social sea propiedad de una sociedad matriz alemana. Nada permite concluir que una sociedad con capital social exclusivamente austriaco que también hubiera pretendido utilizar el término «Plus» no se hubiera encontrado con la misma oposición.

54. El motivo invocado por Löwa para modificar la denominación de sus supermercados (desarrollo internacional de la «identidad corporativa», campaña publicitaria para varios países) tampoco demuestra, en mi opinión, la existencia de una relación suficiente con el principio de la libertad de establecimiento. Dicho motivo se refiere a las eventuales posibilidades de la sociedad de incrementar su volumen de negocios gracias a la utilización de un nombre bien conocido en los países vecinos y por cierto número de nacionales austriacos que han viajado por dichos países.

55. Ahora bien, ninguna disposición de Derecho comunitario obliga a los Estados miembros a hacer todo lo posible para favorecer al máximo las estrategias comerciales consideradas más prometedoras por las empresas establecidas en su territorio cuyo capital social es propiedad de nacionales de otros Estados miembros, incluida la derogación de su legislación nacional en materia de propiedad intelectual.

56. En efecto, en el artículo 52 del Tratado se establece que «[...] La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 58, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales [...]».

57. El alcance del pasaje de la sentencia Gebhardt, citado por la demandada en el procedimiento principal, en el que se hace refe-

rencia a «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado», puede eventualmente prestarse a confusión, como lo atestigua la argumentación de Löwa, por lo que ciertamente merecería ser precisado.

58. En efecto, no puede llegarse a una situación en la que los Estados miembros estén obligados a justificar por «exigencias imperiosas» cualquier disposición de su legislación, como por ejemplo los tipos de su impuesto sobre sociedades o del IVA más elevados que en otros países, la necesidad de utilizar la lengua nacional en las relaciones con la Administración o el principio de la prioridad de una marca registrada o de un nombre comercial utilizado con anterioridad, cada vez que un operador sostenga que dicha disposición hace menos atractiva la libertad de establecimiento.

59. Para que una normativa nacional pueda requerir una justificación con arreglo al artículo 52 del Tratado, debe tener una relación suficientemente estrecha con la libertad de establecimiento. Al igual que la Comisión, soy de la opinión de que no es ése el caso del apartado 1 del artículo 9 de la UWG.

60. Para el caso de que, pese a todo, el Tribunal acoja la opinión contraria, a continuación me propongo examinar el presente caso a la luz de su jurisprudencia, de acuerdo con la cual los obstáculos al ejercicio de la libertad de establecimiento sólo deben aceptarse si las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado reúnen cuatro requisitos.

61. En primer lugar, dichas medidas deben aplicarse de manera no discriminatoria. Esto es algo que indiscutiblemente sucede en el caso del artículo 9 de la UWG. En efecto, esta disposición se aplica tanto a las empresas nacionales como a las empresas que desean establecerse en Austria. Además, de ninguno de los elementos que obran en autos puede deducirse que la aplicación que se hace de dicha disposición en la práctica coloque a las empresas extranjeras en una situación menos favorable que a las empresas nacionales.

62. En segundo lugar, las medidas de que se trate deben estar justificadas por razones imperiosas de interés general. Ahora bien, de la sentencia Coditel y otros [15] se desprende que el Tribunal ha admitido, como razones imperiosas de interés general, las restricciones derivadas de la aplicación de legislaciones nacionales en materia de protección de la propiedad intelectual. Si bien es cierto que, en dicha sentencia, el Tribunal se pronunció sobre la legitimidad de la protección de la propiedad intelectual como justificación de una restricción a *la libre prestación de servicios*, no lo es menos que dicho interés debe considerarse asimismo

15 — Sentencia de 18 de marzo de 1980 (62/79, Rec. p. 881), apartado 15.

como una razón imperiosa de interés general merecedora de protección en relación con una restricción a *la libertad de establecimiento.*

63. Por lo que respecta, en tercer lugar, al requisito según el cual la medida nacional de que se trate debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiga, procede señalar que la protección de la denominación específica de la empresa que goza de prioridad tiene por objeto evitar que se produzca, entre las dos empresas cuya denominación es similar, un «riesgo de confusión» que permita a una empresa beneficiarse indebidamente de la similitud entre ambas denominaciones. Ciertamente, este objetivo se alcanza mediante la prohibición de utilizar una denominación que ya ha sido objeto de apropiación.

64. Queda por determinar si dicha prohibición cumple el cuarto requisito establecido por la jurisprudencia, a saber, que las medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

65. A este respecto, un elemento importante a tener en cuenta es el hecho de que Pfeiffer limite su demanda a tres Estados federados de la República de Austria. En efecto, podría considerarse desproporcionada una prohibición de alcance nacional cuando la empresa a la que se pretende proteger sólo opera en un mercado regional o local.

66. Por lo demás, la extensión del ámbito geográfico para el que puede pronunciarse una prohibición es una cuestión de hecho que corresponde resolver al Juez nacional.

67. Löwa alega asimismo que la prohibición solicitada por Pfeiffer va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, ya que, en realidad, no existe riesgo de confusión entre las dos denominaciones de empresa.

68. Esta alegación constituye el meollo del litigio principal. Ahora bien, como queda indicado, en el presente caso el Handelsgericht no ha solicitado a este Tribunal que se pronuncie sobre si existe riesgo de confusión o no, ni siquiera que precise el alcance, con arreglo al Derecho comunitario, del concepto de riesgo de confusión. A su entender, la existencia de dicho riesgo ha quedado acreditada.

69. No obstante, Löwa no se conforma con esta situación. Pretende que este Tribunal acepte la tesis según la cual el concepto de riesgo de confusión no puede quedar a discreción de los órganos jurisdiccionales nacionales, sino que, en virtud del Derecho comunitario, debe recibir una interpretación estricta. Con ello, pretende obligar al órgano jurisdiccional nacional a admitir la inexistencia de un riesgo de confusión. Löwa alega que, debido a la armonización del Derecho de marcas llevada a cabo mediante la Directiva 89/104, debe tenerse en cuenta, tanto a efectos del Derecho del Tratado como a efectos del Derecho comunitario derivado, el objetivo

perseguido por el legislador europeo, consistente en completar la realización del mercado interior también en este ámbito. Para Löwa, si se quiere alcanzar este objetivo conceptos como el de la posibilidad de confusión no pueden ser objeto de una interpretación amplia. Ahora bien, según Löwa, aun cuando la Directiva sólo se refiera a las marcas, mientras que en el presente caso debe apreciarse el conflicto entre dos denominaciones de empresa, debería partirse de la base de un concepto en principio uniforme del riesgo de confusión para todos los signos. Más concretamente, Löwa llama la atención sobre el hecho de que tanto ella misma como Pfeiffer utilizan en todos los casos las denominaciones litigiosas acompañadas de menciones adicionales que, a su entender, pueden reducir, si no eliminar, el riesgo de confusión.

70. Por su parte, Pfeiffer se funda en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de marcas desarrollada al amparo de los artículos 30 y 36 del Tratado. Más concretamente, invoca la sentencia Deutsche Renault, [16] de la que se desprende que, en materia de marcas, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar el riesgo de confusión. Según Pfeiffer, el mismo principio que se aplica a la presentación de la mercancía debe aplicarse también a la denominación de una empresa. A su juicio, un nombre de una gran superficie que pueda ser objeto de confusión debe estar prohibido lo mismo que el lanzamiento de líneas de productos que pueden inducir a confusión.

71. Pues bien, al igual que Pfeiffer, considero que la cuestión de si el «peligro de confusión» es real o no constituye una cuestión de hecho que corresponde apreciar al Juez nacional. En efecto, a este respecto debe procederse por analogía con la jurisprudencia en materia de marcas desarrollada al amparo del artículo 36 del Tratado, y tomar como ejemplo la sentencia Deutsche Renault, antes citada, en la que el Tribunal declaró que la determinación de los criterios que permiten concluir que existe un riesgo de confusión forma parte de las modalidades de protección del derecho de marca, que corresponden al Derecho nacional. [17] Además, el Tribunal declaró, en respuesta a la cuestión de si el concepto de riesgo de confusión debía recibir una interpretación estricta, que «el Derecho comunitario no impone un criterio de interpretación estricta del riesgo de confusión». [18]

72. Citando a su Abogado General, el Tribunal justifica dicha conclusión en los siguientes términos:

«En efecto, [...] el derecho de marca, como derecho exclusivo, y la protección contra los signos que presentan un riesgo de confusión constituyen fundamentalmente las dos caras de la misma moneda: reducir o extender el alcance de la protección contra el riesgo de confusión no significa nada más que reducir o extender el alcance del derecho de marca. Por tanto, ambos aspectos deben tener una

16 — Sentencia de 30 de noviembre de 1993 (C-317/91, Rec. p. I-6227).

17 — Apartado 31.

18 — Apartado 32.

regulación procedente de una fuente única y homogénea, que, en la situación actual, es el ordenamiento jurídico nacional.» [19]

73. Evidentemente, el Tribunal recuerda que el Derecho nacional está sometido a los límites establecidos en la segunda frase del artículo 36 del Tratado. [20] A tenor de dicha disposición, las prohibiciones o restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial y comercial no deben «constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

74. Más concretamente, el Tribunal observó «que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la cuestión de si la utilización de las palabras "quattro" y "Quadra" en denominaciones compuestas como "Audi quattro" y "Espace Quadra" basta para excluir el riesgo de confusión, a pesar del alto grado de notoriedad que pueda eventualmente comprobarse en relación con la denominación "quattro"».

75. Trasladando este razonamiento al caso de que conoce el Tribunal en el presente asunto, cabe afirmar asimismo que, a falta de armonización del Derecho comunitario, las modalidades de protección del derecho a una denominación específica de empresa, de las que forma parte el concepto de riesgo o peligro de confusión, corresponden al Derecho nacional.

76. Por consiguiente, la cuestión de si la utilización por parte de Löwa de la denominación específica «Plus», con o sin menciones adicionales, puede crear o no un riesgo de confusión con la denominación que utiliza Pfeiffer desde 1969 debe dejarse a la apreciación del Juez nacional.

77. Para concluir mis observaciones acerca de la alegación de Löwa basada en el cuarto requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de exigencias imperiosas, considero suficiente señalar que la imposición a Löwa de una prohibición de utilización de la denominación de empresa objeto de litigio no es desproporcionada con respecto al objetivo perseguido, siempre que el Juez nacional llegue a la conclusión (o la mantenga) de que existe efectivamente un riesgo de confusión.

78. Por todas las razones anteriormente expuestas, considero que el artículo 52 del Tratado no se opone a una prohibición de utilización de una denominación específica de empresa en unas circunstancias como las del litigio principal.

19 — Apartado 31.
20 — Apartado 33.

Conclusión

79. Como conclusión de mi análisis, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión planteada por el Handelsgericht Wien:

«Las disposiciones de los artículos 30 y 52 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las del presente caso, no se oponen a la aplicación de disposiciones nacionales que obligan a proteger, frente a las denominaciones específicas de empresa que presentan un riesgo de confusión, a aquella denominación prioritaria en virtud de su anterioridad y, en consecuencia, a prohibir a una empresa la utilización, en tres Estados federados de la República de Austria, de una denominación específica de empresa con la que se presentan legalmente en otros Estados miembros sociedades pertenecientes a su grupo.»