Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 19 de octubre de 2016 [1]

Asunto C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS
contra
ITM Alimentaire International SASU

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París) (Francia)]

«Procedimiento prejudicial — Publicidad engañosa — Publicidad comparativa — Directiva 2006/114/CE — Artículo 4, letras a) y c) — Publicidad que compara precios de productos vendidos en establecimientos de tamaños y formatos diferentes — Licitud — Prácticas comerciales desleales — Directiva 2005/29/CE — Artículo 7 — Omisión engañosa — Información sustancial»

I. Introducción

1. El Tribunal de Justicia ha tratado ya en numerosas ocasiones la cuestión de la publicidad comparativa, precisando las condiciones que deben cumplirse para que se permita tal publicidad, [2] enumeradas en el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE. [3] La presente petición de decisión prejudicial se sitúa en la línea de esta jurisprudencia. La Cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia) plantea aspectos inéditos en relación con la interpretación de las letras a) y c) de dicho artículo, que exigen que la publicidad comparativa no sea engañosa y que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes y servicios comparados.

2. Son parte en el litigio principal, en el que se ha suscitado esta petición de decisión prejudicial, dos sociedades competidoras en el sector de la gran distribución, a saber, ITM Alimentaire International SASU (en lo sucesivo, «ITM»), encargada de la estrategia y de la política comercial de los establecimientos de la empresa Intermarché, y Carrefour Hypermarchés SAS (en lo sucesivo, «Carrefour»), sociedad del grupo Carrefour. El objeto del litigio es una campaña publicitaria lanzada por Carrefour en 2012, que comparaba los precios de los productos de grandes marcas aplicados en los establecimientos de la empresa Carrefour y en los de la competencia, algunos de ellos de la empresa Intermarché. ITM alega, entre otras cosas, que Carrefour no había respetado las normas

1 — Lengua original: francés.

2 — Véanse, en particular, las sentencias de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566), de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205), de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), y de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO 2006, L 376, p. 21).

nacionales en materia de neutralidad y objetividad, exigidos en toda campaña comparativa, al comparar los precios aplicados en los *hipermercados* de la empresa Carrefour con los aplicados en los *supermercados* de la empresa Intermarché, sin informar al público de los criterios de selección de los establecimientos ni de la diferencia de formatos de los puntos de venta objeto de comparación.

3. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente pretende averiguar si, con arreglo al artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114, sólo podrá permitirse una comparación de precios de los productos vendidos por empresas de distribución únicamente si los productos se venden en tiendas de idéntica dimensión o tamaño. Además, dicho órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia si el hecho de que los establecimientos cuyos precios se comparan sean de dimensiones o formatos diferentes constituye una información sustancial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE[4] y, de ser así, cuál debería ser el grado de difusión de dicha información dirigida al consumidor. En este aspecto, el presente asunto plantea la cuestión de la interacción entre la Directiva 2006/114 y la Directiva 2005/29.

II. Marco jurídico

A. *Derecho de la Unión*

1. Directiva 2006/114

4. El artículo 2, letra b), de la Directiva 2006/114 dispone:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

b) publicidad engañosa: toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.»

5. El artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 dispone:

«La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:

a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, [letra] b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29 […]

[…]

c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.»

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22).

2. Directiva 2005/29

6. El artículo 6 de la Directiva 2005/29, titulado «Acciones engañosas», dispone en su apartado 1, letra d), lo siguiente:

«1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado:

[…]

d) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.»

7. El artículo 7 de la Directiva 2005/29, titulado «Omisiones engañosas», dispone en sus apartados 1 y 2:

«1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.»

B. *Derecho francés*

8. El artículo L. 121-8 del code de la consommation (Código de consumo) establece:

«La publicidad en que se comparen bienes o servicios y se identifique, de forma implícita o explícita, un competidor o los bienes o servicios ofertados por un competidor, sólo será lícita si:

1º No resulta engañosa ni puede inducir a error;

2º Se limita a bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

3º Compara objetivamente una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de tales bienes o servicios, en las que se podrán incluir el precio.»

9. De la resolución de remisión se desprende que los artículos L. 121-8 y siguientes del Código de consumo constituyen una transposición al Derecho francés de la Directiva 2006/114.

III. Litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

10. Durante el mes de diciembre de 2012, Carrefour lanzó una campaña publicitaria televisada de gran alcance titulada «garantía del precio más bajo» en la que se comparaban los precios de 500 productos de grandes marcas aplicados en los establecimientos Carrefour y en los de la competencia, y se ofrecía al consumidor devolverle la diferencia de precio duplicada si encontraba precios inferiores en otro comercio. Esta campaña incluía ocho anuncios publicitarios en los que señalaban diferencias de precios favorables a los establecimientos Carrefour en comparación con los establecimientos de la competencia, entre ellos los de Intermarché.

11. A partir del segundo anuncio televisado, todos los establecimientos de Intermarché seleccionados para la comparación eran supermercados, mientras que los de Carrefour eran todos hipermercados. En los anuncios emitidos en televisión, aparecía debajo del nombre Intermarché, en caracteres más pequeños, la mención «super».

12. El 2 de octubre de 2013, después de haber requerido a Carrefour para que dejara de emitir dichos anuncios, ITM demandó a Carrefour ante el tribunal de commerce de Paris (Tribunal de Comercio, de París, Francia) solicitando, entre otros pedimentos, que se le condenara al pago de 3 millones de euros como indemnización por los daños y perjuicios sufridos por ITM, y que se prohibiera a dicha sociedad la difusión por televisión y en Internet de la publicidad en cuestión, así como cualquier práctica publicitaria comparativa basada en métodos comparativos similares.

13. Mediante sentencia de 31 de diciembre de 2014, el tribunal de commerce de Paris (Tribunal de Comercio de París) condenó a Carrefour a pagar a ITM un importe de 800 000 euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios, estimó las pretensiones de prohibición de difusión de los anuncios y ordenó la publicación de la sentencia.

14. En efecto, dicho órgano jurisdiccional consideró, entre otras cuestiones, que Carrefour había adoptado un método de selección de puntos de venta engañoso, que falseaba la representatividad de los precios recabados y que no respetaba los requisitos de objetividad establecidos en el artículo L. 121-8 del Código de consumo, y que tal inobservancia de los requisitos de objetividad exigidos en toda campaña publicitaria comparativa constituía un acto de competencia desleal. [5]

15. Sobre esta cuestión, dicho órgano jurisdiccional expresó las siguientes consideraciones:

«Considerando que los establecimientos Carrefour seleccionados son hipermercados, extremo que no conocía claramente el consumidor puesto que dicha información sólo figura en el sitio de Internet de Carrefour (y no en los anuncios televisados), donde se indica en letra pequeña, en la página de inicio, que la garantía de precios más bajos "únicamente se aplicará en los establecimientos CARREFOUR y CARREFOUR PLANET. Por consiguiente, no será aplicable en los establecimientos CARREFOUR Market, CARREFOUR contact, CARREFOUR city";

Que los establecimientos Intermarché seleccionados son todos, a partir del segundo anuncio publicitario, supermercados, y que se modificó la base de la comparación sin haberse informado de ello al consumidor;

5 — El tribunal de commerce de Paris (Tribunal de Comercio de París) consideró, además, que Carrefour había incumplido sus obligaciones, derivadas del artículo L. 121-12 del Código de Consumo, de acreditar la exactitud material de los enunciados e indicaciones incluidos en los anuncios publicitarios de que se trata. Además, dicho tribunal estimó que la utilización de precios obtenidos varios meses antes de la difusión de los anuncios televisivos era engañosa con arreglo a dicho artículo.

Que, de esta forma, la modificación del tamaño de los puntos de venta INTERMARCHÉ seleccionados (cuando INTERMARCHÉ tiene 1 336 supermercados y 79 hipermercados, es decir el 5 % del total), en los que se recabaron los precios, pone de manifiesto el carácter tendencioso del método de comparación de precios, totalmente carente de objetividad, puesto que Carrefour compara, sin indicarlo expresamente, sus 223 hipermercados con los 1 336 supermercados de Intermarché […]».

16. Carrefour interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal de commerce de Paris (Tribunal de Comercio de París) ante la Cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París), que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) [¿Debe interpretarse] el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114/CE […] en el sentido de que una comparación de precios de los productos vendidos por establecimientos de distribución únicamente será lícita si los productos se venden en tiendas de idéntica formato o tamaño [?]

2) [¿Constituye] el hecho de que las tiendas cuyos precios se comparen sean de dimensiones o formatos diferentes […] una información sustancial, en el sentido de la Directiva 2005/29/CE […], que deba ponerse necesariamente en conocimiento del consumidor [?]

3) Si es así, ¿cuál debería ser el grado o el soporte de difusión de dicha información dirigida al consumidor?»

17. Carrefour, ITM, el Gobierno francés y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas e intervinieron en la vista, celebrada el 6 de julio de 2016.

IV. Análisis jurídico

A. *Sobre la interpretación del artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 (primera cuestión prejudicial)*

1. Interpretaciones propuestas

18. Ambas partes del litigio principal estiman que la primera cuestión prejudicial debe responderse en sentido negativo, es decir, que el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 no exige que la comparación del precio de los productos vendidos por empresas de distribución se refiera a productos vendidos en tiendas de idéntico formato o tamaño.

19. El Gobierno francés considera que una comparación de precios realizada en relación con productos vendidos en establecimientos de diferentes formatos y tamaños constituye una comparación objetiva, en el sentido del artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114, aunque puede constituir publicidad comparativa engañosa, en el sentido del artículo 4, letra a), de dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

20. La Comisión considera que, en la mayoría de los casos, la asimetría de tamaño y de formato entre el anunciante y la empresa de la competencia no tiene por qué inducir a error al consumidor, ni influir en su comportamiento. No obstante, según la Comisión, no puede excluirse que, en determinadas circunstancias, tales diferencias puedan presentar un carácter engañoso, en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114, lo cual dependería, especialmente, del nivel de información que se proporcione al consumidor. Entiende que la comprobación de la condición de objetividad enunciada en la letra c) de dicho artículo depende asimismo de un análisis caso por caso.

21. Por mi parte, considero, por los motivos que expondré más adelante, que el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 no se opone, en principio, a que el anunciante proceda a una comparación con fines publicitarios de los precios aplicados en tiendas de formatos o tamaños diferentes (apartado A.2).[6] No obstante, considero que un anuncio como el que es objeto del procedimiento principal puede, en determinadas circunstancias, revestir un carácter engañoso, en el sentido de dicho artículo 4, letra a) (apartado A.3), y conculcar el requisito de objetividad enunciado en la letra c) de dicho artículo (apartado A.4).

2. Sobre la posibilidad, en principio, de realizar una comparación de los precios de los productos vendidos en establecimientos de formatos o tamaños diferentes

22. El artículo 4 de la Directiva 2006/114 enumera los requisitos que deben cumplirse acumulativamente para que una publicidad comparativa esté permitida.[7] Entre ellos figuran, en particular, en la letra a) de dicho artículo, el requisito de que la publicidad comparativa no sea engañosa y, en la letra c), el de que la publicidad compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

23. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 84/450/CE,[8] que fue derogada y sustituida por la Directiva 2006/114,[9] se desprende que la primera de ellas procedió a una armonización exhaustiva de las condiciones en las que está permitida la publicidad comparativa en los Estados miembro, lo cual implica que la licitud de la publicidad comparativa en toda la Unión Europea debe apreciarse únicamente a la luz de los criterios establecidos por el legislador de la Unión.[10]

24. Dado que la Directiva 2006/114 realizó una codificación de la Directiva 84/450,[11] estimo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la interpretación de esta última Directiva puede transponerse enteramente a las situaciones a las que resulta aplicable la Directiva 2006/114.

25. Por las razones que voy a exponer seguidamente, considero que el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 no se opone, en principio, a que una comparación de precios con fines publicitarios se refiera a productos vendidos en establecimientos de formatos o tamaños diferentes, siempre y cuando la comparación no sea engañosa, en el sentido de dicha letra a), y sea objetiva, en el sentido de dicha letra c).

6 — De la resolución de remisión no se deduce cuál es el sentido con el que el órgano jurisdiccional remitente utiliza los conceptos de «formato» y de «tamaño». A la vista de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, supongo que el concepto de «formato» se refiere al tipo de establecimiento (por ejemplo, hipermercado, supermercado o establecimiento de proximidad), mientras que el de «tamaño» se refiere a la superficie de venta del establecimiento.

7 — Véase el considerando 11 de la Directiva 2006/114. En virtud del artículo 2, letra c), de dicha Directiva, se entenderá por publicidad comparativa «toda publicidad que alud[a] explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor». Véase, sobre el concepto de «publicidad comparativa», la sentencia de 19 de abril de 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, EU:C:2007:230), apartados 14 a 24.

8 — Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (DO 1984, L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55), en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (DO 1997, L 290, p. 18), y por la Directiva 2005/29.

9 — Véanse el considerando 1 y el artículo 10 de la Directiva 2006/114.

10 — Véanse las sentencias de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205), apartado 44, y de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartado 22. Véase también el artículo 8, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2006/114 y el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 84/450.

11 — Véanse el considerando 1 de la Directiva 2006/114 y el punto 4 de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, de 19 de mayo de 2006 [COM(2006) 222 final], que condujo a su adopción.

26. En primer lugar, una prohibición general de comparar los precios de los productos vendidos en establecimientos de formatos o tamaños diferentes no tiene ningún apoyo en el texto de la Directiva 2006/114. Aun cuando el artículo 4, letra b), de dicha Directiva exige que los bienes y servicios que son objeto de la publicidad comparativa sean comparables, [12] no se exige este requisito con respecto a los puntos de venta en los que se comercializan dichos bienes. [13]

27. En segundo lugar, a mi juicio tal prohibición resultaría, contraria a los objetivos perseguidos por el artículo 4 de la Directiva 2006/114, a saber, según los términos utilizados por el Tribunal de Justicia, « *estimular* la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor, permitiendo a los competidores exponer de manera objetiva las ventajas de los diferentes productos comparables y prohibiendo, al mismo tiempo, prácticas que puedan distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores». [14]

28. Desde el punto de vista de la estimulación de la competencia, el Tribunal de Justicia declaró que los requisitos con arreglo a los cuales la publicidad comparativa está permitida «deben interpretarse *en el sentido más favorable*, para permitir la publicidad que compara objetivamente las características de bienes o servicios, garantizando al mismo tiempo que la publicidad comparativa no se utilice de manera desleal y contraria a la competencia o de modo que perjudique a los intereses de los consumidores». [15] Es evidente que una interpretación restrictiva del artículo 4, letras a) y c), que llevara a prohibir, con carácter general, comparaciones de los precios de productos vendidos en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, no sería la más favorable a la publicidad comparativa y podría obstaculizar la competencia basada en los precios.

29. En tercer lugar, tal prohibición sería difícilmente conciliable con el énfasis dado por el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia sobre la publicidad comparativa, a la libertad del anunciante respecto a las modalidades de comparación. El Tribunal de Justicia ha juzgado, en particular, que la elección del número de comparaciones a las que el anunciante desea proceder entre los productos que ofrece y los que ofrecen sus competidores forma parte del ejercicio de la libertad económica del anunciante. [16] Además, el Tribunal de Justicia considera que puede permitirse, con ciertos requisitos, una publicidad comparativa que verse colectivamente sobre gamas de productos de consumo habitual comercializados por dos cadenas de grandes almacenes competidoras y relativa al nivel general de los precios aplicados por éstas por lo que respecta a su gama comparable. [17]

30. A mi juicio, no hay nada que permita considerar *a priori* que la libertad económica del anunciante no se extiende también a la posibilidad de realizar una comparación de los precios aplicados en establecimientos de formatos y tamaños diferentes. En la medida en que el anunciante puede hacer grandes ahorros gracias al tamaño, al formato o al número de establecimientos de que dispone, y, en consecuencia, aplicar precios inferiores a los de sus competidores, debería tener la posibilidad de obtener ventaja de ello a efectos de marketing.

12 — En virtud de dicho artículo 4, letra b), la publicidad comparativa estará permitida cuando «compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o que tengan la misma finalidad». Véase, en lo relativo a este requisito, la sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartados 24 a 39, y de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartados 25 a 40.

13 — Véase, por lo que se refiere a la comparación de los productos comprados a través de canales de distribución diferentes, la sentencia de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, EU:C:2003:205), apartado 65.

14 — El subrayado es mío. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartado 20 y jurisprudencia citada), que versaba sobre la disposición correspondiente de la Directiva 84/450, contenida en su artículo 3 *bis*. Véanse también los considerandos 6, 8 y 9 de la Directiva 2006/114 y la sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartado 33.

15 — El subrayado es mío. Sentencia de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartado 21 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, EU:C:2001:566), apartado 37. Esta jurisprudencia se refiere a la interpretación del artículo 3 *bis* de la Directiva 84/450, cuyo contenido recoge, en lo fundamental, el artículo 4 de la Directiva 2006/114.

16 — Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartado 29 y jurisprudencia citada.

17 — Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartado 39.

31. Además, la publicidad que versa sobre tales diferencias de precios puede resultar útil para el consumidor, al permitirle, según el Tribunal de Justicia, obtener el máximo beneficio del mercado interior, habida cuenta de que la publicidad es un medio muy importante para abrir, en toda la Unión mercados reales para todos los bienes y servicios. [18] Estimo que el consumidor medio es totalmente capaz de decidir si una diferencia de precios justifica, en su opinión, el hecho de comprar un producto en uno u otro establecimiento, cuando éstos presentan diferencias de formato o tamaño, lo cual puede suponer asimismo diferencias en términos de proximidad geográfica.

32. Considero, por lo tanto, que el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114 no se opone, en principio, a que el titular de un hipermercado realice una comparación de los precios aplicados en su propio establecimiento con los de los establecimientos competidores de formatos o tamaños diferentes, tales como supermercados o comercios de proximidad, siempre que los productos elegidos para la comparación sean comparables y que la comparación no sea engañosa en el sentido de la citada letra a), y sea objetiva, en el sentido de la citada letra c).

33. Esta conclusión resulta igualmente válida para las empresas de gran distribución, como Carrefour e Intermarché. [19] En consecuencia, no veo que exista ninguna base legal que permita imponer a tales empresas requisitos más restrictivos que los que se exigen a otros operadores económicos en materia de publicidad comparativa en virtud de la Directiva 2006/114, ni adicionales a aquéllos.

34. No obstante, al igual que el Gobierno francés y la Comisión, estimo que, en circunstancias particulares, una diferencia de tamaño o de formato entre los establecimientos del anunciante y los de la competencia puede tener incidencia a la hora de que se permita la publicidad comparativa con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114.

35. Esto puede ocurrir, en particular, cuando, como ocurre en el presente asunto, el anunciante procede a comparar los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, siendo así que el anunciante y el competidor forman parte de empresas de distribución que disponen cada una de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares.

36. En un caso así, existe el riesgo de que la publicidad comparativa revista un carácter engañoso, en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114 y que incumpla la condición de objetividad establecida en la letra c) de dicho artículo, extremo que desarrollaré en los siguientes apartados (apartados A.3 y A.4).

3. Sobre el requisito establecido en el artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114 de que la publicidad comparativa no sea engañosa

37. El artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114 establece, como requisito para estar permitida, que la publicidad comparativa no sea engañosa con arreglo, entre otros, al artículo 2, letra b), de dicha Directiva o a los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29. [20]

18 — Sentencia de 23 de febrero de 2006, Siemens (C-59/05, EU:C:2006:147), apartado 22 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, el considerando 6 de la Directiva 2006/114. Véase, acerca de la utilidad de una información comparativa relativa al nivel general de precios aplicados por las cadenas de grandes almacenes, la sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartado 35.

19 — A efectos de las presentes conclusiones, la expresión «empresa de distribución» significa grupo de empresas que operan con nombres comerciales idénticos o parecidos. Durante la vista, Carrefour señaló que el nombre comercial Carrefour se utiliza para los hipermercados del grupo Carrefour, mientras que los supermercados de dicho grupo operan con el nombre comercial de Carrefour Market. De las observaciones presentadas por ITM se desprende que los hipermercados del grupo Intermarché operan con el nombre comercial de «Intermarché Hyper, mientras que los supermercados utilizan el nombre comercial Intermarché Super.

20 — El artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114 se remite también al artículo 3 de la misma Directiva, que enumera los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si una publicidad es engañosa, incluido, según su letra b), «el precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios», así como a su artículo 8, según el cual dicha Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los comerciantes y los competidores.

38. De la lectura de dichas disposiciones, puestas en relación entre sí,[21] se desprende que la apreciación del carácter engañoso de una publicidad comparativa, en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114, depende, por una parte, de su capacidad de inducir a error al consumidor, ya sea por acción o por omisión, y, por otra, de su capacidad de incidir en su comportamiento económico, en particular, en su decisión sobre una transacción,[22] o de dañar a un competidor. Una publicidad comparativa también reviste carácter engañoso, en el sentido de dicho artículo, si el anunciante omite información sustancial, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29, siempre que tal omisión pueda hacer tomar al consumidor medio una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.[23]

39. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que va dirigida, una publicidad comparativa puede tener carácter engañoso en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114.[24] Así pues, el carácter engañoso de una publicidad comparativa depende de una valoración de cada caso concreto.[25]

40. Con este fin, el órgano jurisdiccional remitente debe, por un lado, tener en cuenta la percepción que tiene el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, de los productos o servicios anunciados en el caso de que se trate. Para efectuar la evaluación requerida, dicho órgano jurisdiccional deberá, por otro lado, tomar en consideración todos los elementos pertinentes del asunto, teniendo en cuenta, como se desprende del artículo 3 de la Directiva 2006/114, las indicaciones contenidas en la publicidad controvertida y, más genéricamente, todos los elementos de ésta.[26]

41. En el presente asunto, Carrefour efectuó una comparación de los precios aplicados en establecimientos que, a partir del segundo anuncio televisado, eran únicamente hipermercados de la empresa Carrefour y supermercados de la empresa Intermarché, pese a que cada una de las dos empresas dispone tanto de hipermercados como de supermercados.

42. Estimo que una comparación asimétrica como ésta tiene el riesgo de inducir a error al consumidor medio en cuanto a la diferencia real de los precios aplicados en los establecimientos del anunciante y en los del competidor, dando la impresión a dicho consumidor de que se han tenido en cuenta todos los establecimientos de las empresas para calcular las indicaciones de precios presentadas en el anuncio, cuando, en realidad, tales indicaciones sólo son válidas con respecto a determinados tipos de establecimientos de las mencionadas empresas.

43. A este respecto, procede considerar que, en general, los precios de los bienes de consumo corriente pueden variar en función del formato y del tamaño del establecimiento[27] y que, en consecuencia, como consecuencia de una comparación asimétrica como ésa podría resultar que se creara o aumentara artificialmente la diferencia de precios entre el anunciante y el competidor, en función de la selección de los establecimientos comparados.

21 — Véanse los puntos 4, 6 y 7 de las presentes conclusiones.

22 — Véase, respecto al concepto de «decisión sobre una transacción comercial», el artículo 2, letra k), de la Directiva 2005/29.

23 — Véanse, en relación con la interpretación del concepto de «información sustancial» en el sentido de dicho artículo 7, apartado 1, los puntos 62 a 71 de las presentes conclusiones.

24 — Véase la sentencia de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartado 46 y jurisprudencia citada.

25 — Véase, en un sentido análogo, a propósito de la determinación del carácter «desleal» de una práctica comercial con arreglo a los criterios enunciados en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29, el auto de 8 de septiembre de 2015, Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560), apartado 38 y jurisprudencia citada.

26 — Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartados 47 y 48 y jurisprudencia citada. Véase, asimismo, el considerando 18 de la Directiva 2005/29.

27 — Sin embargo, la información facilitada al Tribunal de Justicia no permite determinar la exacta correlación entre, por una parte, el formato y tamaño del establecimiento y, por otra parte, los niveles de precios.

44. Asimismo, considero que, en general, una publicidad como ésa, que alardea de que el nivel global de precios del anunciante es más bajo que el de sus competidores puede influir sensiblemente en el comportamiento económico del consumidor, especialmente en su decisión de entrar en los establecimientos de una empresa o en los de la otra. [28]

45. De ello resulta que una publicidad como la que es objeto del procedimiento principal puede revestir un carácter engañoso en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente. Dicho órgano jurisdiccional debe, en particular, determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del caso, y, en particular, de las indicaciones u omisiones que acompañan a la publicidad controvertida, [29] la decisión sobre una transacción comercial de un número significativo de consumidores a los que va dirigida dicha publicidad puede ser adoptada en la creencia errónea de que, para calcular el nivel general de precios y el importe de los ahorros anunciados por dicha publicidad, se han tenido en cuenta todos los establecimientos que forman parte de las empresas y que, en consecuencia, comprando asiduamente sus productos de consumo habitual corriente en los establecimientos del empresa anunciadora, y no en los de los de la empresa competidora, dichos consumidores lograrán el mismo nivel de ahorro que el anunciado por dicha publicidad. [30]

46. A mi juicio, de ser así, se presumiría que la publicidad es engañosa en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114, a menos que el anunciante pueda demostrar que las indicaciones de precios recogidas en la publicidad son válidas en relación con el conjunto de los establecimientos de las empresas. [31]

4. Sobre el requisito establecido en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114 de que la comparación sea objetiva

47. En virtud del artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114, la publicidad comparativa estará permitida si compara de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

48. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha disposición establece dos tipos de exigencias vinculadas a la objetividad de la comparación. Por un lado, los criterios acumulativos de los caracteres esencial, pertinente, verificable y representativo de la característica de un producto en función de la cual se realiza la comparación, establecidos en esta disposición, contribuyen a garantizar que dicha comparación tenga carácter objetivo. Por otro lado, dicho artículo señala expresamente que las características que cumplan los cuatro criterios mencionados deben ser comparadas de modo objetivo. Este último requisito va dirigido básicamente a excluir aquellas comparaciones que procedan de una apreciación subjetiva de su autor y no de una percepción objetiva. [32]

28 — Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «decisión sobre una transacción», en el sentido de la Directiva 2005/29, incluye no sólo la decisión de adquirir o no un producto, sino también la que presenta un vínculo directo con ésta, en particular, la de entrar en el establecimiento. Véase la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Trento Sviluppo y Centrale Adriatica (C-281/12, EU:C:2013:859), apartado 36.

29 — En el presente asunto, la mención de «super» aparecía, en los anuncios televisados, debajo del nombre Intermarché, en caracteres más pequeños. Véase el punto 11 de las presentes conclusiones.

30 — Véanse, en sentido análogo, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartados 83 a 85, y de 18 de noviembre de 2010, Lidl (C-159/09, EU:C:2010:696), apartados 50 y 56.

31 — Véanse, por lo que se refiere a la obligación del anunciante de probar la exactitud material de los datos materiales contenidos en su publicidad, el considerando 19 de la Directiva 2006/114 y la sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartados 68 y 70. En el presente asunto, no parece ponerse en duda que las indicaciones sobre diferencias de precio de la campaña publicitaria controvertida sólo eran válidas respecto a los hipermercados Carrefour en relación con los supermercados Intermarché.

32 — Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, EU:C:2006:585), apartados 43 a 46, que trataba del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva 84/450. Véase también el considerando 9 de la Directiva 2006/114.

49. En el asunto principal, el tribunal de commerce de Paris (Tribunal de Comercio de París) reprochó a Carrefour, en particular, haber adoptado un método de selección de puntos de venta que falseaba la representatividad de los precios recabados y que no respetaba los requisitos de objetividad establecidos en las disposiciones nacionales al comparar los precios aplicados en sus propios hipermercados con los aplicados en los supermercados de la empresa Intermarché. [33]

50. Por su parte, Carrefour ha alegado, durante la vista ante el Tribunal de Justicia, que procede realizar una distinción entre la selección de los parámetros de comparación, que responde a la libertad económica del anunciante, por una parte, y la aplicación concreta de la comparación, que está sujeta al requisito de objetividad establecido en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114, por otra parte. Añade Carrefour que la selección de los competidores con los que el anunciante va a compararse se rige por su libre decisión y no puede limitarse a los establecimientos de idéntico formato o tamaño.

51. La argumentación de Carrefour no me parece convincente por los motivos que seguidamente expondré.

52. En primer lugar, aunque es verdad que el anunciante dispone, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de una facultad de apreciación en cuanto a las modalidades de comparación, [34] no hay ningún motivo para considerar que esta facultad tenga un carácter absoluto. Además, no encuentro ninguna base legal en la Directiva 2006/114 para realizar la distinción propuesta por Carrefour. Al contrario, según la redacción del artículo 4, los requisitos enumerados en las letras a) a h) de dicho artículo se aplican «en lo que se refiere a la comparación», y no sólo a alguno de sus elementos.

53. En segundo lugar, al igual que la Comisión, considero que, en este asunto, no se cuestiona la elección del competidor, sino más bien la *forma* en que se realiza esta elección por el anunciante y, en ese contexto, la información que se da a los consumidores.

54. Por lo tanto, estimo que, en el presente asunto, se plantea sobre todo la cuestión de si una publicidad como el anuncio controvertido cumple el requisito establecido en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114, de que la publicidad «compare de modo objetivo» una o varias características de los bienes.

55. En el contexto de una comparación desde el punto de vista del precio, el requisito de objetividad de la comparación exige, a mi juicio, que toda indicación de precios recogida en el mensaje publicitario refleje los precios realmente aplicados por el anunciante y el competidor. En otros términos, la exigencia de objetividad obliga al anunciante a presentar las condiciones del mercado de un modo correcto y leal. [35] Deseo recordar, a este respecto, que la Directiva 2006/114 pretende, en particular, proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas. [36]

56. Como resulta del punto 41 de las presentes conclusiones, en el presente asunto Carrefour realizó una comparación de los precios aplicados en establecimientos que, a partir del segundo anuncio televisado, eran únicamente hipermercados de la empresa Carrefour y supermercados de la empresa Intermarché, pese a que cada una de las dos empresas dispone tanto de hipermercados como de supermercados.

33 — Véanse los puntos 13 a 15 de las presentes conclusiones.

34 — Véase el punto 29 de las presentes conclusiones.

35 — Véase, a este respecto, el punto 18 del anexo I de la Directiva 2005/29, según el cual el hecho de «transmitir información materialmente inexacta sobre las condiciones de mercado […], con la intención de inducir al consumidor a [adquirir] […] [el producto] en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado» constituye una práctica comercial desleal en cualquier circunstancia. Véase, por lo que respecta a las herramientas de opinión de clientes y sitios web de comparación de precios, la sección 3.4.2 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2005/29.

36 — Artículo 1 de la Directiva 2006/114. Véase también la sentencia de 13 de marzo de 2014, Posteshop (C-52/13, EU:C:2014:150), apartados 22 y 27.

57. Como he señalado anteriormente, considero que, en general, los precios de los bienes de consumo corriente pueden variar en función del formato y del tamaño de la tienda y que, como consecuencia de una comparación asimétrica como ésa, podría crearse o incrementarse artificialmente la diferencia de precios entre anunciante y competidor, en función de la selección de los establecimientos comparados. [37] En tal supuesto, la comparación no reflejaría las condiciones de mercado de manera correcta y leal y no cumpliría, en consecuencia, el requisito de objetividad establecido en el artículo 4, letra c), de la Directiva 2006/114.

58. En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, como consecuencia de la selección de los establecimientos que son objeto de la comparación controvertida, se crea o se incrementa artificialmente la diferencia de precios entre anunciante y competidor.

B. *Sobre la interpretación de la Directiva 2005/29 (segunda cuestión prejudicial)*

1. Cuestión prejudicial e interpretaciones propuestas

59. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente quiere averiguar si el hecho de que los establecimientos cuyas ofertas se comparan en una publicidad comparativa sean de tamaños y formatos diferentes constituye una información sustancial, en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29. [38]

60. Carrefour propone que se responda a dicha cuestión prejudicial en sentido negativo. Según esa parte, el consumidor es cliente de una empresa de distribución y su comportamiento no viene determinado ni por el formato ni por la superficie del establecimiento. En cambio, ITM estima que la diferencia de tamaño o formato de los establecimientos comparados constituye una información sustancial en el sentido de la Directiva 2005/29, al afectar a la representatividad de los precios recabados, puesto que, en este supuesto, es idónea para condicionar de manera apreciable la decisión de compra del consumidor.

61. El Gobierno francés y la Comisión consideran que, en el caso de autos, el hecho de que el consumidor sepa que los establecimientos cuyos precios se comparan son de tamaños o de formatos diferentes podría constituir una información sustancial en el sentido de la Directiva 2005/29, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

2. Sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2005/29

62. La Directiva 2005/29 no define el concepto de «información sustancial», a excepción del caso particular de la invitación a comprar, en el sentido del artículo 2, letra i), de dicha Directiva. [39]

63. Del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29 se desprende que la omisión de «información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa», es engañosa si «ha[ce] o pued[e] hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado».

37 — Véase el punto 43 de las presentes conclusiones.

38 — Deseo señalar que, en virtud de su artículo 3, apartado 1, la Directiva 2005/29 sólo es aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. No obstante, los artículos 6 y 7 de dicha Directiva pueden aplicarse indirectamente a las relaciones entre empresas, como las partes en el litigio principal, gracias a la referencia a dichas disposiciones recogida en el artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114. Véase el punto 5 de las presentes conclusiones.

39 — La información facilitada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente no permite determinar si la publicidad controvertida constituye una invitación a comprar, en el sentido del artículo 2, letra i), de la Directiva 2005/29. De ser así, la información que se enumera en el artículo 7, apartado 4, letras a) a e), de dicha Directiva, se consideraría sustancial, en caso de que no resulte evidente por el contexto. Véase, en relación con el concepto de «invitación a comprar», la sentencia de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299).

64. Por los motivos que seguidamente se exponen, considero que la circunstancia de que los establecimientos cuyos precios se comparan en una publicidad comparativa sean de diferente tamaño o formato no constituye automáticamente una «información sustancial», en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29.

65. En primer lugar, aunque, ciertamente, no se excluye que una diferencia de formato o de tamaño de los establecimientos pueda influir en la elección del consumidor de realizar sus compras en uno u otro establecimiento, el concepto de «información sustancial», en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29, no se refiere a cualquier factor que, de una manera u otra, pueda afectar al comportamiento del consumidor, sino únicamente a la información que el consumidor medio «necesita» para tomar una decisión sobre una transacción comercial con el debido conocimiento de causa.[40] En efecto, dicho artículo se basa, como se desprende de los trabajos preparatorios de la Directiva 2005/29, en un enfoque con el que se pretende «lograr un equilibrio entre las necesidades de información de los consumidores y el reconocimiento de que un exceso de información puede ser tan problemático para los consumidores como la falta de la misma».[41]

66. En segundo lugar, quisiera recordar que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29 impone a los profesionales la obligación de proporcionar a los consumidores cualquier información considerada sustancial,[42] cuya omisión se sanciona con arreglo al Derecho nacional, siempre que tal omisión pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.[43] Lo mismo ocurre, en virtud del apartado 2 de dicho artículo, si tal información se oculta o se ofrece de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado. Además, en el contexto de la publicidad comparativa, la omisión de una información sustancial supone que la publicidad se considere engañosa, en el sentido del artículo 4, letra a), de la Directiva 2006/114, siempre que pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción comercial que de otro modo no hubiera tomado.

67. Al no existir una definición común en Derecho de la Unión de los conceptos de «formato» y de «tamaño», considero que imponer al anunciante una obligación general de informar al consumidor debido a que los establecimientos comparados son de formatos o de tamaños diferentes puede más bien crear confusión y no contribuye a un alto nivel de protección de los consumidores, contribución que constituye el objetivo establecido por la Directiva 2005/29.[44] A la vista de las variadas formas de distribución existentes, tal obligación implicaría, a mi juicio, que esa información debiera facilitarse en prácticamente todas las ocasiones en que el anunciante recurriera a una publicidad comparativa, lo cual originaría una fuerte disminución del valor informativo de la indicación de tales datos.

68. No obstante, considero que, en algunas circunstancias, el hecho de que los establecimientos cuyas ofertas se comparan sean de diferente tamaño y formato puede constituir una información sustancial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29.

40 — Véase también el punto 3.4.1 del staff working document de la Comisión, de 25 de mayo de 2016, *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices* [SWD(2016) 163 final, p. 69].

41 — Punto 65 de la exposición de motivos de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) [COM (2003) 356 final]. Véase, sin embargo, el artículo 7, apartado 5, de la Directiva 2005/29, según el cual se considerarán sustanciales los requisitos establecidos por el Derecho de la Unión en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva.

42 — Véase, en este sentido, el punto 3.4.1 del staff working document de la Comisión, de 25 de mayo de 2016 (*op.cit.*).

43 — Véase el artículo 13 de la Directiva 2005/29.

44 — Véase el artículo 1 y los considerandos 5 y 11 de la Directiva 2005/29. Véase, con respecto a las relaciones entre los intereses económicos de los consumidores y los intereses de los competidores, el considerando 8 de dicha Directiva.

69. Tal puede ser el caso cuando, como ocurre en el presente asunto, el anunciante realiza una comparación de los precios aplicados en establecimientos de formatos o tamaños diferentes, pese a que tanto el anunciante como el competidor forman parte de empresas de distribución, que dispone cada una de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares.

70. Como señalé anteriormente,[45] considero que una comparación asimétrica como ésa puede crear o incrementar artificialmente la diferencia de precios entre anunciante y competidor, en función de la selección de establecimientos objeto de la comparación. De ser así, parece lógico que la diferencia de tamaños y formatos entre los establecimientos del anunciante y los del competidor pueda constituir una información sustancial que el consumidor medio necesita para tomar una decisión sobre una transacción comercial con el debido conocimiento de causa, en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29.

71. En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si la selección de establecimientos objeto de la comparación controvertida tiene por efecto crear o incrementar artificialmente la diferencia entre los precios del anunciante y del competidor y si, en ese contexto, la diferencia de tamaños y formatos entre los establecimientos del anunciante y los del competidor constituye una información sustancial, en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29.

C. *Sobre la difusión al consumidor de información sustancial (tercera cuestión prejudicial)*

72. Con su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en caso de que se responda afirmativamente a la segunda cuestión prejudicial, cuál debería ser el grado o soporte de difusión de la información sustancial dirigida al consumidor sobre la diferencia de tamaño y formato entre los establecimientos comparados.

73. A este respecto, ha de señalarse, ante todo, que la Directiva 2005/29 no proporciona ninguna indicación concreta sobre los tipos de difusión de información sustancial al consumidor. Ahora bien, del artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva resulta que no puede ocultarse una información sustancial ni tampoco ofrecerse «de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado». *Sensu contrario*, ha de entenderse que tal información dirigida al consumidor debe difundirse de manera clara, inteligible, sin ambigüedad y en el momento oportuno.

74. Deseo recordar que, en el presente asunto, Carrefour efectuó una comparación de los precios aplicados en establecimientos que, a partir del segundo anuncio televisado, eran únicamente hipermercados de la empresa Carrefour y supermercados de la empresa Intermarché, pese a que cada una de las dos empresas dispone tanto de hipermercados como de supermercados.

75. En tal caso, si el órgano jurisdiccional nacional apreciara que la diferencia de formatos o de tamaños de los establecimientos cuyas ofertas han sido comparadas constituye una información sustancial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29,[46] considero que tal información debería aparecer en el propio mensaje publicitario.

76. Para ello, me baso en las siguientes consideraciones.

45 — Véanse los puntos 43 y 57 de las presentes conclusiones.

46 — Véanse los puntos 68 a 71 de las presentes conclusiones.

77. En primer lugar, si bien el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2005/29 contempla la posibilidad de que el anunciante ponga la información sustancial a disposición del consumidor por «otros medios», en particular cuando el principal medio utilizado imponga limitaciones de tiempo o espacio,[47] considero que esta disposición no puede aplicarse cuando la obligación de facilitar dicha información a los consumidores no viene impuesta en función de su carácter intrínseco, sino que únicamente es consecuencia de la decisión del profesional de realizar una práctica comercial que podría incumplir los requisitos de la Directiva 2006/114.

78. En efecto, cuando, como ocurre en el presente asunto, el anunciante realiza una comparación asimétrica de los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, pese a que tanto el anunciante como el competidor forman parte de empresas de distribución, de las que cada una dispone de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares, la posible obligación del anunciante de aclarar a los consumidores que los establecimientos objeto de la comparación tienen formatos o tamaños diferentes únicamente dimana de la decisión del anunciante de proceder a dicha comparación.

79. En segundo lugar, considero que, en los casos en los que las indicaciones de precios, que dan lugar a precisiones en relación con el formato o el tamaño de los establecimientos comparados, formaran parte del propio mensaje publicitario, también deben formar parte del mismo las informaciones dirigidas a proporcionar tal precisión. A mi juicio, esta solución garantiza que el mensaje publicitario difundido a la atención de los consumidores sea equilibrado.

80. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que, cuando el anunciante procede a comparar los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, siendo así que el anunciante y el competidor forman parte de empresas de distribución, de las que cada una dispone de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares, y el órgano jurisdiccional nacional considera que la diferencia de formatos y de tamaños de los establecimientos constituye una información sustancial, en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29, tal información debe aparecer en el propio mensaje publicitario.

V. Conclusión

81. A la vista de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia) del siguiente modo:

«1) El artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el anunciante realice una comparación de los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes pese a que tanto el anunciante como el competidor forman parte de empresas de distribución cada una de las cuales dispone de establecimientos de formatos y de tamaños idénticos o similares,

— si se demuestra, a la vista de todas las circunstancias pertinentes del caso de autos y, en particular, de las indicaciones u omisiones que acompañan a la publicidad, que la decisión sobre una transacción comercial de un número significativo de consumidores a los que va dirigida dicha publicidad puede ser adoptada en la creencia errónea de que, para calcular el nivel general de precios y el importe de los ahorros anunciados por dicha publicidad, se han tenido en cuenta todos los establecimientos que forman parte de las mencionadas empresas y

47 — Véanse también el artículo 7, apartado 1, y, en relación con la invitación a comprar, el artículo 4, letra a), de la Directiva 2005/29 y la sentencia de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige (C-122/10, EU:C:2011:299), apartados 50 a 59.

que, en consecuencia, comprando asiduamente sus productos de consumo corriente en los establecimientos del empresa anunciadora, y no en los de la empresa competidora, dichos consumidores lograrán el mismo nivel de ahorro que el anunciado por dicha publicidad, o

— si, como consecuencia de la selección de los establecimientos que son objeto de la comparación controvertida, se crea o se incrementa artificialmente la diferencia entre los precios del anunciante y del competidor.

2) El hecho de que los establecimientos cuyas ofertas se comparan en la publicidad comparativa sean de diferente tamaño y formato puede constituir una información sustancial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), cuando el anunciante procede a comparar los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, el anunciante y el competidor forman parte de empresas de distribución, de las que cada una dispone de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares, y, como consecuencia de la selección de los establecimientos que son objeto de la comparación se crea o se incrementa artificialmente la diferencia entre los precios del anunciante y del competidor.

3) Cuando el anunciante procede a comparar los precios aplicados en establecimientos de formatos o de tamaños diferentes, siendo así que el anunciante y el competidor forman parte de empresas de distribución cada una de las cuales dispone de establecimientos de formatos y tamaños idénticos o similares, y el órgano jurisdiccional nacional considera que la diferencia de formatos y de tamaños de los establecimientos constituye una información sustancial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29, tal información debe aparecer en el propio mensaje publicitario.»