CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK presentadas el 24 de marzo de 2010[1]

Índice

I. Introducción ..... I - 10913

II. Marco normativo ..... I - 10914

A. Derecho comunitario ..... I - 10914

B. Derecho nacional ..... I - 10916

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales ..... I - 10917

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia ..... I - 10918

V. Principales alegaciones de las partes ..... I - 10919

A. Sobre la primera cuestión prejudicial ..... I - 10919

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial ..... I - 10921

VI. Apreciación jurídica ..... I - 10922

A. Observaciones introductorias ..... I - 10922

B. Sobre la primera cuestión prejudicial ..... I - 10923

1. El concepto de «prácticas comerciales» contenido en el artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29 ..... I - 10924

2. Ámbito de aplicación personal de la Directiva 2005/29 ..... I - 10924

a) Ámbito cubierto por la Directiva 2005/29 ..... I - 10925

1 — Lengua original: alemán.

b) La finalidad de protección de la prohibición establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG ..... I - 10928

i) Sobre la distinta ponderación de los diversos bienes jurídicos protegidos ..... I - 10928

ii) Examen de las disposiciones y de la jurisprudencia nacionales pertinentes ..... I - 10930

c) Conclusión ..... I - 10932

3. Examen de la estructura de ambas normativas ..... I - 10932

a) La regulación de la Directiva 2005/29 ..... I - 10932

i) Objetivo de la plena y máxima armonización de las normativas nacionales ..... I - 10933

ii) La estructura de la Directiva 2005/29 ..... I - 10934

b) La regulación de la UWG ..... I - 10935

i) Exposición de la estructura normativa de la prohibición del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG ..... I - 10936

4. Compatibilidad de la normativa objeto de litigio con la Directiva 2005/29 ..... I - 10937

a) Derecho nacional escrito ..... I - 10937

i) Inversión de la sistemática normativa ..... I - 10937

ii) Insuficiencia de las excepciones establecidas en el artículo 9a, apartado 2, de la UWG ..... I - 10938

iii) Conclusión provisional ..... I - 10939

b) Posibilidad de una interpretación conforme con la Directiva ..... I - 10940

i) Examen a la luz de las disposiciones de la Directiva ..... I - 10941

— Artículo 5, apartados 4 y 5, de la Directiva 2005/29 ..... I - 10941

— Artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 ..... I - 10943

c) Conclusión ..... I - 10950

5. Conclusiones ..... I - 10953

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial ..... I - 10954

VII. Conclusión ..... I - 10956

I. Introducción

1. En el presente procedimiento prejudicial conforme al artículo 234 CE [2] el Oberster Gerichtshof de Austria (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales en el mercado interior. [3] Se trata en esencia de dilucidar la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de una normativa nacional conforme a la cual se prohíben el anuncio, la oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas, así como el anuncio de ventajas gratuitas con otros bienes o servicios, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso de esta práctica comercial.

2 — De conformidad con el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 diciembre de 2007 (DO C 306, p. 1), el procedimiento prejudicial pasa a regularse en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3 — 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) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) (DO L 149, p. 22).

2. La petición de decisión prejudicial tiene su origen en una petición de adopción de medidas cautelares presentada por Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «demandante en el procedimiento principal»), mediante la cual ésta ejercita contra «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH (en lo sucesivo, «demandada en el procedimiento principal») una acción de cesación por utilización contraria a la competencia de una prima, prohibida en principio en el Derecho nacional, en la forma de un concurso.

3. El presente asunto ya es, tras los asuntos acumulados C-261/07 (VTB-VAB) y C-299/07 (Galatea),[4] así como el asunto C-304/08 (Plus),[5] el tercero de una serie de remisiones prejudiciales mediante las cuales órganos jurisdiccionales nacionales plantean al Tribunal de Justicia la cuestión de la compatibilidad con la Directiva 2005/29 de prohibiciones de ofertas conjuntas establecidas por los Estados miembros. Uno de los principales aspectos que diferencia el presente asunto de los anteriores y que, por tanto, debe examinarse jurídicamente en detalle, es si también puede realizarse tal examen de la compatibilidad cuando el presunto objetivo de la normativa nacional de que se trate consiste en la protección tanto del pluralismo de los medios de comunicación como de los competidores.

4 — Sentencia de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, Rec. p. I-2949).

5 — Sentencia de 14 de enero de 2010, Plus (C-304/08, Rec. p. I-217).

II. Marco normativo

A. *Derecho comunitario*

4. El artículo 1 de la Directiva 2005/29 establece:

«La presente Directiva tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores.»

5. El artículo 2 de la Directiva 2005/29 establece:

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

[…]

d) “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” (en lo sucesivo, “prácticas comerciales”): todo acto, omisión, conducta o

manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores;

[…]»

6. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva prevé:

«La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.»

7. El artículo 4 de la Directiva establece:

«Los Estados miembros no restringirán la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta Directiva.»

8. El artículo 5 de la Directiva, que lleva por título «Prohibición de las prácticas comerciales desleales», dispone:

«1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.

2. Una práctica comercial será desleal si:

a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional,

y

b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable

de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.

4. En particular, serán desleales las prácticas comerciales que:

a) sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7,

o

b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9.

5. En el anexo I figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia. La misma lista única se aplicará en todos los Estados miembros y sólo podrá modificarse mediante una revisión de la presente Directiva.»

9. El anuncio, la oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas no están incluidos en el anexo I de la Directiva como una de las prácticas comerciales que han de considerarse desleales en cualquier caso.

B. *Derecho nacional*

10. El artículo 9a, apartado 1, de la Ley austriaca contra la competencia desleal (en lo sucesivo, «UWG») [6] tiene el siguiente tenor:

«Podrá ejercitarse una acción de cesación y de indemnización de daños y perjuicios contra quien, en el tráfico comercial y con un fin competitivo,

1. afirme en anuncios públicos u otras comunicaciones destinadas a un grupo amplio de personas que concederá a los consumidores, junto con bienes o servicios, ventajas gratuitas (primas), o bien ofrezca, anuncie o conceda a los consumidores, conjuntamente con publicaciones periódicas, ventajas gratuitas (primas), u

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (Ley federal contra la competencia desleal de 1984) – UWG, publicada en BGBl. nº 448, modificada mediante la Ley de 13 de noviembre de 2007, publicada en BGBl. I nº 79/2007.

2. ofrezca, anuncie o conceda a empresas, junto con bienes o servicios, ventajas gratuitas (primas).

Dicha acción podrá ejercitarse asimismo cuando el carácter gratuito de la ventaja se oculte tras precios globales por bienes o servicios, tras precios ficticios por una ventaja o de cualquier otro modo.»

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

11. Según la información que facilita, el órgano jurisdiccional remitente tiene que pronunciarse sobre un litigio entre dos competidores en el mercado austriaco de periódicos, originado por el hecho de que la demandada en el procedimiento principal anunció en su periódico la elección de un «futbolista del año». En los titulares de un artículo se decía: «participar merece la pena: gane una cena con el vencedor de la elección del mejor futbolista». A la izquierda del artículo se encontraba un «cupón elección» con la inscripción «cortar y enviar». A la derecha se indicaba la posibilidad de participar en la elección por Internet. En los nueve días siguientes aparecieron artículos similares.

12. A instancia de la demandante, el tribunal de primera instancia declaró que el anuncio constituye una prima ilícita a efectos del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, y acogió la solicitud de cesación del anuncio mediante la adopción de una medida cautelar. En cambio, el tribunal que conoció del recurso de apelación declaró que el anuncio no produce un efecto significativo en el mercado; contra esta decisión, la demandante acudió al órgano jurisdiccional remitente, al que solicitó el restablecimiento de la medida cautelar adoptada por el tribunal de primera instancia. Tras un examen provisional por el órgano jurisdiccional remitente, éste llegó a la conclusión de que procedía acoger la pretensión de la demandante en virtud de la aplicación del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG. Ahora bien, este órgano jurisdiccional alberga dudas sobre si la Directiva se opone a la aplicación del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, lo cual depende de la interpretación del ámbito normativo de la Directiva.

13. En consecuencia, el Oberster Gerichtshof suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se oponen los artículos 3, apartado 1, y 5, apartado 5, de la Directiva 2005/29/CE, o bien otras disposiciones de esta Directiva, a una normativa nacional conforme a la cual se prohíben el anuncio, la

oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas, así como el anuncio de ventajas gratuitas con otros bienes o servicios, salvo excepciones enumeradas con carácter taxativo, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso, agresivo o de cualquier otro modo desleal de esta práctica comercial, incluso cuando esta normativa no sólo está dirigida a la protección de los consumidores, sino también a la consecución de otros objetivos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación material de la citada Directiva, como por ejemplo la preservación del pluralismo de los medios de comunicación o la protección de los competidores más débiles?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: La posibilidad de participar en un concurso, vinculada a la adquisición de un periódico, es una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva [2005/29/CE] solamente porque esta posibilidad de participación constituye, al menos para una parte del público interesado, no el único motivo, pero sí el decisivo para adquirir el periódico?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

14. La resolución de remisión, con fecha de 18 de noviembre de 2008, fue recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 4 de diciembre de 2008.

15. Han presentado observaciones escritas las partes del procedimiento principal, los Gobiernos de la República de Austria y del Reino de Bélgica y la Comisión Europea dentro del plazo establecido en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

16. En la vista, celebrada el 19 de enero de 2010, formularon observaciones orales los representantes de las partes del procedimiento principal, los representantes de los Gobiernos de la República de Austria y de la República Federal de Alemania y el representante de la Comisión.

V. Principales alegaciones de las partes

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

17. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber en esencia si una disposición de un Estado miembro que prohíbe con carácter general la venta de mercancías utilizando primas está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, aunque dicha disposición no tenga exclusivamente como objetivo la protección de los consumidores.

18. La *demandante en el procedimiento principal* y los *Gobiernos austriaco* y *belga* proponen al Tribunal de Justicia dar una respuesta negativa a esta cuestión.

19. A tal respecto señalan, por un lado, que la promoción de las ventas constituyó el objeto de una propuesta de reglamento que diferenciaba con claridad el tratamiento jurídico de tales medidas de promoción de las ventas frente a las prácticas comerciales desleales que ahora regula la Directiva 2005/29. No obstante, aquella propuesta fue retirada por la Comisión en 2006, precisamente un año después de que fuera adoptada la Directiva. Por consiguiente, no cabe afirmar que la promoción de las ventas quede implícitamente comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Además, a la vista del hecho de que, como se desprende de su sexto considerando, la Directiva tiene por objeto la protección directa de los intereses económicos de los consumidores, no puede ser aplicada a normas de Estados miembros como las del asunto principal, que persiguen primordialmente otros objetivos, a saber, la protección de los competidores y la preservación del pluralismo de los medios de comunicación, y sólo indirectamente la protección de los consumidores.

20. La *demandante en el procedimiento principal* y el *Gobierno austriaco* señalan, a todos los efectos pertinentes, que la prohibición de vender utilizando primas, consagrada en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, es en cualquier caso compatible con la Directiva.

21. A su juicio, la Directiva 2005/29 permite a los Estados miembros, de conformidad con su artículo 5, apartado 2, calificar como desleales y por tanto prohibir las prácticas comerciales que sean contrarias a los requisitos de la diligencia profesional y que puedan distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio. Sin embargo, la prohibición del Estado miembro objeto de litigio en el presente asunto puede aplicarse únicamente en el caso de que el juez nacional compruebe que el consumidor ha comprado el periódico por razones no objetivas vinculadas a la perspectiva de un posible disfrute de ventajas adicionales, y siempre que tales ventajas no estén comprendidas en las excepciones mencionadas en el

artículo 9a, apartado 2, de la UWG. Además, tal apreciación debe ser efectuada en el caso concreto por los tribunales nacionales.

22. En opinión de la *demandante en el procedimiento principal,* la normativa austriaca se diferencia de forma sustancial de las normas que constituyeron el objeto de los asuntos acumulados C-261/07 (VTB-VAB) y C-299/07 (Galatea), así como del asunto C-304/08 (Plus), en la medida en que éstas contienen prohibiciones generales y, por tanto, no tienen en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto de que se trate.

23. La *demandada en el procedimiento principal* alega, en cambio, que de conformidad con el sexto considerando, sólo quedan sustraídas del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 las leyes nacionales que perjudican «sólo» a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes. Ahora bien, es evidente que éste no es el caso de la normativa controvertida, pues el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG persigue primordial y directamente la protección de los consumidores.

24. Además, sostiene la tesis de que la prohibición contenida en la citada disposición no es compatible con la concepción normativa de la Directiva, pues si bien la promoción de las ventas mediante primas no se halla comprendida en la lista de las prácticas comerciales del anexo I de la Directiva 2005/29 que se consideran desleales en cualquier circunstancia, está sujeta a la prohibición general en virtud del Derecho austriaco, como ha señalado el Oberster Gerichtshof en su resolución de remisión.

25. El *Gobierno alemán* hizo referencia en la vista al asunto C-304/08 (Plus) y señaló que, sin perjuicio de la plena armonización perseguida por la Directiva 2005/29, se mantiene inalterado el margen de que disponen los Estados miembros para adaptar su Derecho interno, máxime en relación con conceptos a los que debe darse contenido, como los incluidos en las definiciones legales de la Directiva 2005/29. Además, el Gobierno alemán sostuvo la tesis de que la Directiva 2005/29 no se opone a una normativa nacional si esta última persigue un objetivo distinto del de la Directiva.

26. En cambio, la *Comisión* sostiene su propia tesis jurídica afirmando, por un lado, que la Directiva 2005/29 se opone a una prohibición general y abstracta, como la contenida en la disposición legislativa objeto de litigio, pero llegando a la conclusión, por otro lado, de que tal disposición no queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que persigue prioritariamente otros objetivos, a saber, la preservación del pluralismo de los medios de comunicación, y

sólo en una menor medida la protección de los consumidores y la lealtad en las prácticas comerciales.

29. La *demandante en el procedimiento principal* se limita a señalar que la actuación de la demandada objeto de litigio en el procedimiento principal constituye una práctica comercial desleal, pero no presenta ninguna prueba para sustentar esta afirmación.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

30. A juicio de la *Comisión,* la circunstancia de que la posibilidad de participar en un concurso sea el motivo decisivo del consumidor para comprar un periódico no permite por sí sola concluir que existe una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29, sino que constituye solamente uno más de los elementos que el juez nacional puede tener en cuenta en el marco de la apreciación del caso concreto.

27. Para el caso de que el Tribunal de Justicia responda de forma afirmativa a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la venta que utiliza primas ha de ser considerada una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 solamente porque esta posibilidad de participar constituye, al menos para una parte del público interesado, no el único motivo, pero sí el decisivo para adquirir la mercancía principal.

31. La *demandada en el procedimiento principal* subraya por su parte que el concepto de práctica comercial se apoya en el de consumidor medio, que es descrito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». El consumidor así descrito es consciente del hecho de que la publicidad y la promoción de las ventas en una economía de libre mercado están dirigidas a captar clientes, y no sólo por medio del precio y la calidad de un producto, sino también por la posibilidad de obtener ventajas adicionales. Por consiguiente, la venta que utiliza primas sólo puede constituir de forma excepcional una práctica comercial desleal, a saber, cuando la oferta esté configurada de tal forma que pueda inducir al consumidor a adquirir el producto principal no por consideraciones objetivas, sino únicamente en virtud de la perspectiva de una ventaja adicional.

28. Dado que tanto el *Gobierno austriaco* como el *belga* han dado una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, no definen su posición sobre la segunda, mientras que la *demandante en el procedimiento principal* y la *Comisión* formulan sus respectivas observaciones a todos los efectos pertinentes.

VI. Apreciación jurídica

A. *Observaciones introductorias*

32. El presente asunto es ya el tercero en una serie de remisiones prejudiciales mediante las que los órganos jurisdiccionales nacionales solicitan al Tribunal de Justicia que aclare en qué medida las prohibiciones de ofertas conjuntas establecidas por los Estados miembros pueden seguir siendo consideradas compatibles con el Derecho comunitario, a la vista de su actual estado de evolución. La relevancia de esta cuestión se desprende en buena medida de la circunstancia de que la Directiva 2005/29, adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 11 de mayo de 2005, está dirigida a crear un marco normativo uniforme para la regulación de las prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores.

33. Habida cuenta de que con dicha Directiva se pretende una armonización completa de las reglas relativas a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores [7] en los Estados miembros de la Comunidad, la conformidad con el Derecho comunitario se mide no sólo respecto a las disposiciones que han adoptado los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a la Directiva, sino también respecto a aquellas disposiciones a las que –como en el caso de la disposición controvertida contenida en el artículo 9a, apartado 1, de la UWG–, si bien ya estaban en vigor antes de la adopción de la Directiva, les corresponde una función de adaptación del Derecho interno desde la perspectiva del respectivo Estado miembro.

34. Habida cuenta del estrecho margen de configuración que una armonización total concede por regla general a los Estados miembros a la hora de adaptar el Derecho interno a una Directiva, el mantenimiento de tales disposiciones más antiguas no siempre resulta sencillo desde una perspectiva jurídica. En efecto, si bien éstas, en última instancia, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la respectiva Directiva, a menudo no se ajustan a los criterios de la misma. Así ha ocurrido, como han puesto de manifiesto los asuntos VTB-VAB y Galatea y el asunto Plus, en el caso de la adaptación del Derecho interno en Bélgica [8] y Alemania [9] a la Directiva 2005/29.

7 — Véanse las sentencias VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 4 *supra,* apartado 52, y Plus, citada en la nota 5 *supra,* apartado 41.
En una eventual armonización más amplia del Derecho de la competencia desleal y del Derecho de los contratos en la Unión Europea deberían tenerse adecuadamente en cuenta los criterios del «Draft Common Frame of Reference» («Proyecto de un marco común de referencia» – DCFR), dado que uno de sus puntos centrales consiste precisamente en la protección de los consumidores, al imponer a los comerciantes obligaciones específicas de información frente a los consumidores en relación con las principales características de los bienes y servicios adquiridos (véase por ejemplo el artículo II.-3:102 del DCFR). Estas «buenas prácticas comerciales» se contraponen en cierta medida a las «prácticas comerciales prohibidas» enumeradas en el anexo I de la Directiva 2005/29.

8 — Las disposiciones controvertidas eran los artículos 54 y ss. de la Ley belga de 14 de julio de 1991 relativa a las prácticas comerciales y a la protección del consumidor (traducción oficial al alemán: *Belgisches Staatsblatt* de 19 de enero de 1994).

9 — Se trataba de los artículos 3 y 4, número 6, de la Ley alemana contra la competencia desleal (UWG) (publicada en BGBl. I, p. 1414), cuya última modificación se encuentra en el artículo 1 de la Primera Ley de modificación de 22 de diciembre de 2008 (publicada en BGBl. I, p. 2949).

35. De conformidad con su artículo 20, la Directiva 2005/29 ya entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea,* es decir, el 12 de junio de 2005. Conforme a su artículo 19, apartado 1, los Estados miembros debían adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar el Derecho interno a la Directiva a más tardar el 12 de junio de 2007, si bien con un plazo transitorio adicional de seis años para determinadas disposiciones nacionales más estrictas. Sin embargo, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas debían aplicarse a partir del 12 de diciembre de 2007.

36. La República de Austria dio formalmente cumplimiento a esta obligación de incorporación al Derecho interno mediante la adopción de una ley federal en virtud de la cual se modificó la Ley federal contra la competencia desleal de 1984 – UWG (UWG-Novelle 2007), que entró en vigor el 12 de diciembre de 2007. [10] Ahora bien, como ya se ha señalado, la disposición controvertida contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG no fue adoptada en virtud de la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2005/29, sino que se encuentra en una legislación nacional anterior. [11] En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente manifiesta sus dudas sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de esta disposición. [12]

B. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

37. Con carácter preliminar, debe recordarse, por una parte, que, en el caso de un procedimiento promovido con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, sí lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca. [13]

38. La primera cuestión prejudicial está dirigida a que se compruebe si la Directiva 2005/29 se opone a una disposición nacional como la contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG. A tal fin, debe examinarse si esta disposición, a la vista de su contenido normativo, está comprendida en el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva 2005/29. En una primera fase habrá de examinarse si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que las consecuencias jurídicas que el Derecho austriaco prevé para el caso de vulneración de esta disposición están igualmente comprendidas en dicha Directiva.

10 — BGBl. I, nº 79/2007.

11 — La prohibición de primas establecida en el artículo 9a de la UWG, que originariamente estaba regulada en la Prämiengesetz (Ley sobre primas) de 20 de junio de 1929 (BGBl. 227) y posteriormente en la Zugabengesetz (Ley sobre primas) de 1934, quedó integrada en la UWG en virtud de la Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (Ley de desregularización de la competencia 1992, BGBl. 1992/147). Sobre la génesis legislativa de esta disposición, véase Duursma, D., en: *UWG – Kommentar* (coord. Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Viena, 2006, artículo 9a, marginal 1, p. 276, y Wiltschek, L., *UWG – Kommentar,* 2ª ed., Viena, 2007, artículo 9a, p. 44.

12 — Véanse, entre otras, las pp. 9 y 10 de la resolución de remisión.

13 — Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. pp. 1251 y ss., especialmente p. 1268); de 29 de noviembre de 2001, De Coster (C-17/00, Rec. p. I-9445), apartado 23, y de 16 de enero de 2003, Pansard y otros (C-265/01, Rec. p. I-683), apartado 18.

1. El concepto de «prácticas comerciales» contenido en el artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29

39. Según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG prohíbe a las empresas, en relación con los consumidores, anunciar ventajas gratuitas con otros bienes o servicios. Por consiguiente, ha de partirse de la existencia de una prohibición de ofertas conjuntas.

40. Además, esta prohibición tendría que comprender las prácticas comerciales en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29. Esta disposición define el concepto de práctica comercial, con una formulación particularmente amplia, [14] como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

41. Como ya expuse detalladamente en mis conclusiones en los asuntos C-261/07 (VTB-VAB) y C-299/07 (Galatea) [15] y como confirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia en dichos asuntos, [16] las ofertas conjuntas constituyen actos comerciales que se inscriben claramente en el marco de la estrategia comercial de un operador y que tienen directamente por objeto la promoción y el incremento de sus ventas. En consecuencia, constituyen prácticas comerciales en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29, de suerte que la prohibición de ofertas conjuntas establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG queda comprendida en su ámbito de aplicación material. [17]

2. Ámbito de aplicación personal de la Directiva 2005/29

42. La inclusión de la normativa nacional objeto de litigio contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG en el ámbito de aplicación personal de la Directiva depende de si esta normativa, al igual que la propia Directiva, tiene por objeto la protección de los consumidores.

14 — Véanse las sentencias VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 4 *supra,* apartado 49, y Plus, citada en la nota 5 *supra,* apartados 36 y 39. Véase Keirsbilck, B., «Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?», *European business law review,* 4/2009, p. 505, a cuyo juicio la Directiva 2005/29 se caracteriza por su amplio ámbito de aplicación.

15 — Véanse mis conclusiones de 21 de octubre de 2008 en los asuntos VTB-VAB y Galatea (sentencia citada en la nota 4 *supra),* puntos 68 a 70.

16 — Sentencia VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 4 *supra,* apartados 48 y 50. Véase, en relación con una campaña promocional que supedita la participación gratuita en una lotería a la adquisición o contratación de una determinada cantidad de bienes o servicios, la sentencia Plus, citada en la nota 5 *supra,* apartado 37.

17 — En este sentido se pronuncia también Heidinger, R., «Zugabenverbot, *quo vadis?*», *Medien und Recht,* 1/2009, p. 45, según el cual resulta afectado el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29, puesto que la prohibición de primas establecida en el artículo 9a de la UWG ha de calificarse como norma relativa a las prácticas comerciales desleales frente a los consumidores.

a) Ámbito cubierto por la Directiva 2005/29

43. La Directiva regula básicamente sólo el ámbito B2C *(business to consumer),* es decir, las relaciones entre comerciantes y consumidores. Ello se desprende, por un lado, del artículo 3, apartado 1, conforme al cual esta Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales *de las empresas en sus relaciones con los consumidores,* antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto. Esta vinculación se subraya en particular en el octavo considerando, en virtud del cual la Directiva protege *directamente sólo los intereses económicos de los consumidores* frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. [18]

44. Ahora bien, me parece errónea la afirmación de que la Directiva considera por ello menos dignos de protección los intereses económicos de los competidores que operan lícitamente. [19] A ello he hecho referencia recientemente en las conclusiones que presenté el 3 de septiembre de 2009 en el asunto C-304/08 (Plus) en relación con una alegación en tal sentido del Gobierno austriaco. [20] En efecto, como se desprende claramente del octavo considerando, la Directiva también protege *indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores* que no cumplen lo dispuesto en la Directiva. La expresión normativa de ello la constituye el artículo 11, apartado 1, de la Directiva, del que se desprende la obligación de los Estados miembros de reconocer a los competidores la legitimación activa frente a las actuaciones incompatibles con la Directiva, para que puedan proceder judicialmente contra prácticas comerciales desleales.

45. Reviste una relevancia fundamental la afirmación contenida en el sexto considerando, según la cual la Directiva 2005/29

18 — En este sentido se pronuncian también Hoeren, T., «Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick», *Betriebs-Berater,* 2008, p. 1183; Stuyck, J., «The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk, 2007, p. 166.

19 — En este sentido se pronuncia también Koppensteiner, H.-G., «Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wirtschaftsrechtliche Blätter,* 2006, cuaderno 12, p. 558, a cuyo juicio sería erróneo negar a la Directiva 2005/29 toda relevancia en las relaciones entre empresas. Este autor fundamenta su argumentación tanto en el sexto como en el octavo considerando, de los que se desprende que se protegen indirectamente los intereses económicos de los competidores legítimos, así como en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva, según el cual los Estados miembros estarán obligados a reconocer también a los competidores la legitimación activa para proceder judicialmente contra actuaciones incompatibles con la Directiva. *Ibidem,* «Das UWG nach der Novelle 2007», *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts,* Tubinga, 2009, p. 86, nota 8, señala que los competidores están indirectamente protegidos por la Directiva 2005/29.

20 — Véanse los puntos 35 y 64 de mis conclusiones de 3 de septiembre de 2009 presentadas en el asunto C-304/08 (Plus).

aproxima las leyes de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que son *directamente* perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, *indirectamente* perjudiciales para los intereses de los competidores legítimos. Así pues, la Directiva tiene en cuenta la circunstancia de que no siempre pueden distinguirse con claridad los intereses de los consumidores de los intereses de los competidores, puesto que se solapan muy a menudo. [21] Una gran cantidad de prácticas comerciales empresariales incide tanto en los intereses de los consumidores como en los intereses de los competidores. Siendo consciente de esta estrecha vinculación, el legislador comunitario decidió tener en cuenta los intereses en la protección de los consumidores mediante una normativa como la contenida en la Directiva 2005/29 que en realidad se refiere a la política de competencia. [22] No existe ninguna contradicción sistemática entre la finalidad de la Directiva, de política de la competencia, de regular las condiciones de funcionamiento del mercado interior y la finalidad normativa de protección de los intereses típicos del consumidor comunitario. [23] Así, el reconocimiento,

21 — Marsland, V., Unfair «Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk, 2007, p. 194, señala acertadamente que la Directiva 2005/29, sin perjuicio de su orientación hacia la protección de los consumidores, reconoce el hecho de que los intereses de los consumidores y competidores son coincidentes en lo relativo a las prácticas comerciales desleales, y que interesa tanto a los consumidores como a los competidores que todos los empresarios se atengan a estas normas. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken,* Múnich, 2008, p. 16, observa que una gran cantidad de prácticas comerciales de empresas incide tanto en los intereses de los consumidores como en los intereses de los competidores. Por tanto, a su juicio, para llegar a conclusiones adecuadas en la evaluación del comportamiento de las empresas desde el punto de vista del Derecho de la competencia desleal, se hace necesaria una perspectiva pluridimensional que tenga en cuenta de modo uniforme los intereses de todos los afectados. El hecho de que, por regla general, la protección de los competidores y la protección de los consumidores sean «las dos caras de una misma moneda» se pone de manifiesto en el ejemplo de la publicidad engañosa, que no sólo afecta a los intereses económicos del consumidor, sino también a los intereses de los competidores, en la medida en que se ven perjudicadas sus oportunidades de negocio. Lo mismo cabe afirmar en relación con la publicidad denigratoria, que por un lado perjudica al injustamente criticado y, por otro, falsea los fundamentos de la decisión del consumidor mal informado. Bargelli, E., «L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori,* Turín, 2007, p. 80, subraya la dificultad de delimitar los intereses de los consumidores y de los competidores. A juicio de Schuhmacher, W., «The Unfair Commercial Practices Directive», *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (coord. Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlín/Heidelberg, 2007, p. 132, la Directiva 2005/29 pone claramente de manifiesto que en el Derecho de la competencia se dan supuestos en los que la protección de los competidores y la protección de los consumidores no pueden ser deslindadas.

22 — Gamerith, H., «Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG», *Lauterkeitsrecht im Umbruch,* 2005, p. 157, sostiene incluso la tesis de que la Directiva 2005/29 no distingue realmente, en su ámbito normativo, los intereses de los consumidores de los intereses de los competidores, sino que contiene un «sistema B2B + B2C incompleto», lo cual aboga por afirmar que la UWG austriaca adapta el Derecho interno a la Directiva.

23 — En este sentido véase también Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *Wettbewerb in Recht und Praxis,* 2007, cuaderno 7, p. 716. Véase también Falce, V./Ghidini, G., «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection», *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law,* 2009, p. 374, quienes afirman que el legislador comunitario parte en la Directiva 2005/29 de que sólo una libre competencia en el mercado interior puede garantizar la libre toma de decisiones por el consumidor.

prescrito en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva, de una legitimación activa que faculta a los competidores afectados para ejercitar acciones de cesación frente a competidores que actúan de forma desleal puede indudablemente redundar en beneficio de la protección del consumidor. [24]

46. No obstante lo anterior, para una mejor delimitación de su ámbito de aplicación, la Directiva distingue con claridad entre, por un lado, las prácticas comerciales que perjudican tanto a los consumidores como a los competidores y, por otro lado, aquellas prácticas comerciales que perjudican los intereses de sólo uno de los dos grupos de personas. Así, el octavo considerando afirma que existen indudablemente otras prácticas comerciales que, aunque no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas.

47. Este segundo grupo de supuestos, tal como afirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de enero de 2010 dictada en el asunto Plus, no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, [25] pues, como se desprende del sexto considerando, ésta no comprende ni atañe a las leyes nacionales sobre prácticas comerciales desleales que perjudican *sólo* a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes. Desde un punto de vista semántico, y como se desprende de una comparación entre varias versiones lingüísticas de la Directiva 2005/29, [26] la palabra «sólo» tiene por regla general el significado de exclusividad. En consecuencia, el sexto considerando

24 — Así lo afirma también Gamerith, H., *op. cit.* en la nota 22, p. 157, a cuyo juicio las acciones de cesación de los competidores afectados contra los competidores que actúan de forma desleal refuerzan la protección de los consumidores, en la medida en que se trate de prohibiciones que se dirigen contra toda influencia desleal en la libertad de decisión del consumidor mediante tácticas de engaño, de visitas imprevistas, de presentación de ofertas tentadoras, de presión, etc.

25 — Véase la sentencia Plus, citada en la nota 5, apartado 39. Véase Micklitz, H.-W., «Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, boletín 4, p. 373, en cuya opinión la Directiva 2005/29 es aplicable a las relaciones B2B, siempre que se den estos dos requisitos: la práctica comercial de que se trate debe afectar directamente a los intereses de los consumidores e indirectamente a los intereses de los competidores. Este autor teme que esta limitación del ámbito de aplicación de la Directiva pueda abrir nuevas estrategias de defensa. Así, las empresas pueden verse tentadas a afirmar que sus prácticas comerciales únicamente afectan a las relaciones B2B.

26 — Alemán: «lediglich»; danés: «udelukkende»; inglés: «only»; francés: «uniquement»; italiano: «unicamente»; neerlandés: «alleen»; portugués: «apenas»; esloveno: «samo», y español: «sólo».

afirma también que, si lo desean, los Estados miembros pueden seguir regulando dichas prácticas en concordancia con el Derecho comunitario, salvaguardando en su integridad el principio de subsidiariedad.

b) La finalidad de protección de la prohibición establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG

i) Sobre la distinta ponderación de los diversos bienes jurídicos protegidos

48. En consecuencia, se plantea la cuestión de si la prohibición controvertida de ofertas conjuntas establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG constituye una norma nacional que pretende prohibir *sólo* las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los competidores. El órgano jurisdiccional remitente [27] y el Gobierno austriaco [28] señalan a este respecto que la prohibición de ofertas conjuntas objeto de litigio contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG tiene un objetivo legislativo adicional que va más allá de la protección del consumidor perseguida por la Directiva.

49. Según indican, la prohibición, además de a la protección de los consumidores, está dirigida tanto al mantenimiento de una competencia efectiva como a la protección del pluralismo de los medios de información. Al impedir la puja entre competidores con prestaciones accesorias adicionales, se pretende sobre todo proteger a los competidores que, por contar con menores recursos económicos, no se hallan en condiciones de fomentar la venta de sus productos mediante ventajas gratuitas. Esta protección está justificada a la vista de la importancia de los medios de comunicación como factor formador de la opinión pública en una sociedad democrática. Esta protección ya fue alegada por el Gobierno austriaco en el asunto C-368/95, Familiapress, [29] que versaba sobre la compatibilidad de esta prohibición con la libre circulación de mercancías, y el Tribunal de Justicia tampoco la cuestionó en cuanto objetivo legislativo legítimo que puede justificar en principio una restricción a esta libertad fundamental.

50. Ahora bien, ha de hacerse constar que las apreciaciones relativas a la ponderación de los diversos bienes jurídicos protegidos por la UWG divergen en los detalles.

27 — Véanse las pp. 10 a 12 de la resolución de remisión.
28 — Véanse las pp. 4 y 5 del escrito del Gobierno austriaco.
29 — Sentencia de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689).

51. Desde el punto de vista del órgano jurisdiccional remitente, el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG no sirve primordialmente, a la vista de la probable valoración del legislador austriaco, a los objetivos de protección de los consumidores, sino que también tiene por objeto, «al menos en la misma medida», la protección de los competidores y el mantenimiento de unas relaciones de mercado efectivas. [30] Esto, a su vez, es rebatido expresamente por el Gobierno austriaco, el cual alega, por su parte, que la prohibición de ofertas conjuntas sirve «en primer lugar» a la protección de la competencia efectiva en el sector de los medios de comunicación, [31] si bien no presenta pruebas convincentes que sustenten esta tesis jurídica, máxime cuando en sus observaciones sobre la oferta conjunta de un periódico y un concurso en el asunto principal advierte en reiteradas ocasiones del riesgo de que se influya ilícitamente en el consumidor aprovechando su inclinación al juego. [32] En mi opinión, no caben apenas dudas de que los temores que el Gobierno austriaco manifiesta en sus observaciones tienen primordialmente un trasfondo de protección de los consumidores.

52. Sobre estas observaciones divergentes relativas a la interpretación del Derecho nacional han de formularse las siguientes observaciones.

53. Por un lado, ha de recordarse que el procedimiento establecido en el artículo 234 CE se basa en una cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, en la que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni para juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional remitente es correcta. [33] Al Tribunal de Justicia le incumbe, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, tener en cuenta el contexto fáctico y normativo, sobre todo desde una perspectiva procesal, en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión. [34]

54. Por otro lado, esta diferente apreciación, en última instancia, carece de pertinencia desde una perspectiva jurídico-material, puesto que en todo caso no se discute que la norma del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG no está dirigida a prohibir las prácticas comerciales desleales que, de conformidad con el sexto considerando de la Directiva, *sólo* perjudican a los intereses económicos de los competidores o que se refieren a transacciones entre comerciantes. Por el contrario, existe acuerdo en que el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG prohíbe, a

30 — Véanse las pp. 10 a 12 de la resolución de remisión.

31 — Véase el marginal 11, p. 4, del escrito del Gobierno austriaco.

32 — A este respecto se da una similitud argumentativa con las alegaciones del Gobierno alemán en el asunto C-304/08 (Plus), que trataba sobre la compatibilidad de una normativa nacional (artículo 4, número 6, de la UWG alemana) que prohibía las ofertas conjuntas en relación con juegos y concursos. Esta prohibición se basaba primordialmente en consideraciones de protección de los consumidores. Sobre la argumentación del Gobierno alemán en el citado asunto, véanse mis conclusiones presentadas el 3 de septiembre de 2009, en particular los puntos 93 y 107.

33 — Véanse en este sentido las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten (C-58/98, Rec. p. I-7919), apartado 24, y de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42.

34 — Véanse las sentencias de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 10; de 13 de noviembre de 2003, Neri (C-153/02, Rec. p. I-13555), apartados 34 y 35: Orfanopoulos y Oliveri, citada en la nota 33 *supra*, apartado 42, y de 21 de abril de 2005, Lindberg (C-267/03, Rec. p. I-3247), apartados 41 y 42.

la vista de su finalidad normativa, las prácticas comerciales desleales que inciden siempre en el ámbito B2C. Por consiguiente, la norma del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG se halla en cualquier caso dentro del ámbito normativo de la Directiva 2005/29, sin que sea relevante si esta prohibición de ofertas conjuntas sirve primordialmente a la protección de un bien jurídico determinado, la protección de los intereses de los consumidores, de los competidores o del público, en la forma del mantenimiento del pluralismo de los medios de comunicación. En tal medida, a efectos del presente procedimiento prejudicial y desde una perspectiva jurídica, no es necesario pronunciarse sobre si, y en qué medida, la normativa nacional objeto de litigio persigue además, como ha alegado el Gobierno austriaco, el objetivo de mantener y de preservar el pluralismo de los medios de comunicación.

ii) Examen de las disposiciones y de la jurisprudencia nacionales pertinentes

55. Habida cuenta de la necesidad de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a sus cuestiones prejudiciales, [35] y al mismo tiempo en observancia de la obligación que incumbe a los Abogados Generales, en virtud del artículo 222 CE, de presentar, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas, [36] quiero señalar a todos los efectos pertinentes que un examen de las disposiciones de que se trata, incluidos los trabajos preparatorios de la UWG, pone de manifiesto que para el legislador austriaco la protección de los consumidores debió de ser cuando menos tan importante como la protección de los competidores. Así, de la exposición de motivos del proyecto de ley del Gobierno que dio lugar a la UWG-Novelle 2007 [37] cabe inferir que, en esencia, la UWG no regula el ámbito B2B de un modo distinto del ámbito B2C, pues, desde la perspectiva

35 — En la sentencia de 12 de julio de 1979, Union Laitière Normande (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 234 CE no le permite apreciar los motivos del planteamiento de una petición de decisión prejudicial, pero la necesidad de realizar una interpretación útil del Derecho comunitario puede hacer necesario perfilar los contornos del marco jurídico en el que deba enmarcarse la interpretación solicitada. A juicio de Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union,* 2ª ed., p. 188, marginal 6-021, nada impide al Tribunal de Justicia exponer su entendimiento de los hechos del procedimiento principal y de algunos aspectos del Derecho nacional como punto de partida para una interpretación útil de las disposiciones comunitarias aplicables y de los principios del Derecho comunitario.

36 — A juicio del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, «La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Problèmes d'interprétation,* Bruselas, 2004, pp. 334 y ss., las conclusiones deben servir a los jueces como base para sus deliberaciones. Por regla general, deberán proporcionar una respuesta a todas las cuestiones jurídicas que se suscitan en el marco de un procedimiento, para lo cual deberá estudiarse con detalle la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Abogado General subraya asimismo la creciente importancia de la doctrina en el examen de dichas cuestiones jurídicas.

37 — En las «Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)», [Exposición de motivos del proyecto del Gobierno de una ley federal de modificación de la Ley federal contra la competencia desleal de 1984 – UWG (Ley de modificación de la UWG de 2007)], publicada en la revista *Recht und Wettbewerb,* año 53, nº 170, diciembre 2007, p. 13, se afirma: «En esencia, como ya ocurre en la UWG en vigor, el proyecto de ley no regula el sector B2B de forma distinta del sector B2C, pues la protección de los competidores y la protección de los consumidores no son escindibles.»

del legislador austriaco, la protección de los competidores y la de los consumidores «no son escindibles».

56. Ello se ajusta a la tesis predominante en la doctrina jurídica, que en buena medida por tal motivo ve protegidos en igual medida en la UWG, además de los intereses de los competidores y del público, los intereses de los consumidores, y en consecuencia parte de la existencia de un «triple objetivo de protección». [38] Lo mismo cabe decir en relación con la disposición del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, en que se centra el presente asunto, cuyo carácter de protección de los consumidores no es puesto en duda por la doctrina jurídica. [39]

57. Además, ha de hacerse constar que según la jurisprudencia del Oberster Gerichtshof [40] –que se remite parcialmente a las opiniones defendidas en la doctrina jurídica– el objetivo de la prohibición de primas establecida en el artículo 9a, apartado 1, de la UWG ha

38 — En opinión de Prunbauer, M., «Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU», *Recht und Wettbewerb,* año 49, nº 161, septiembre 2003, p. 3, la UWG afecta en principio no sólo a los aspectos relativos a los consumidores dentro del ámbito de la competencia, sino, y en la misma medida, a los aspectos relativos a los competidores y al público. Una medida publicitaria no puede ser vista o analizada sin más teniendo como única referencia a los consumidores. La protección de los competidores y del interés general en una competencia eficaz también fomenta, cuando menos de forma indirecta, la protección de los consumidores, pues de este modo también se garantiza la efectividad de la competencia en interés de los consumidores. La autora deduce de ello que no es razonable dividir una actuación competitiva en una «parte relativa a los consumidores» y en una «parte relativa a los empresarios» ni desde el punto de vista de la realidad de la vida económica ni desde un punto de vista dogmático. Según la información que facilita Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter,* año 129, boletín 2, febrero 2007, p. 71, en Austria y Alemania hace ya tiempo que no se discute que la UWG sirve a la protección de los competidores, de los consumidores y de los intereses generales, como establece de forma expresa en el artículo 1 de la nueva UWG alemana. La inmanente interrelación entre los objetivos de protección hace realmente imposible una separación de regímenes normativos entre operaciones B2B y B2C por su propia naturaleza. En términos similares se expresa Büllesbach, E., *op. cit.* en la nota 21, p. 15, que alude a la tríada de objetivos de protección (consumidores, competidores, público), en que se basa la normativa en materia de competencia desleal de Alemania y Austria. Lettner, H., «Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland», *European Law Reporter,* 2009, nº 9, p. 313, señala igualmente que, en términos generales, la UWG austriaca tiene por objeto la protección de los intereses de las empresas, del público y de los consumidores.

39 — Así, Duursma-Kepplinger, D., *op. cit.* en la nota 11, señala que el artículo 9a de la UWG sirve también a la protección de los consumidores (artículo 16, marginal 24, p. 808). La finalidad de la limitación legal de las primas consiste, entre otras cosas, en proteger al comprador frente a la publicidad con primas no objetiva y engañosa y en impedir la puja entre competidores con prestaciones accesorias (adicionales) (artículo 9a, marginal 2, p. 276). La autora sostiene la tesis de que el verdadero objetivo de la UWG consiste en ofrecer una protección de carácter preventivo-general de los intereses generales de los consumidores para preservar la competencia frente a las prácticas desleales (artículo 16, marginal 26, p. 810). Según la información facilitada por Horak, M., «Naht das Ende des Zugabenverbots?», *Ecolex,* 2008, p. 1138, la finalidad de la prohibición de primas consagrada en el artículo 9a de la UWG ha de verse primordialmente en la protección de los consumidores. A este respecto, el autor remite a la sentencia del Oberster Gerichtshof citada en la nota 40 de las presentes conclusiones.Véase Kucsko, G., «Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots», *Ecolex,* 1992, p. 709, que ilustra la génesis legislativa de la prohibición de primas en Austria desde comienzos del siglo XX. El autor afirma que el objetivo primario de la «prohibición de primas» austriaca desde su nacimiento consiste en impedir que los consumidores se vean influidos indebidamente en su decisión de compra por las primas y que mediante dichas primas se encubra el verdadero precio de la mercancía principal y se engañe al cliente. Además, debe impedirse la puja entre empresas competidoras.

40 — Véase la sentencia del Oberster Gerichtshof de 9 de marzo de 1999, Fini's Feinstes (número de expediente 4 Ob 28/99t). En ella se afirma: «La finalidad de la prohibición de primas ha de verse primordialmente en la protección de los consumidores: el juicio del consumidor no debe verse enturbiado –por ejemplo, cuando se ofrece una posibilidad de participar en un concurso– por la inclinación por el juego ni por el afán por conseguir el premio. La decisión de compra debe adoptarse a la vista de las cualidades y del precio de una mercancía y sobre la base de una comparación adecuada de mercancías, pero no de un modo más o menos irreflexivo para obtener el premio utilizado como cebo.»

de verse primordialmente en la protección de los consumidores. Según esta jurisprudencia, el juicio del consumidor no debe verse enturbiado –por ejemplo, cuando se ofrece una posibilidad de participar en un concurso– por la inclinación por el juego ni por el afán por conseguir el premio.

58. Así pues, tras un examen de las disposiciones y de la jurisprudencia austriacas pertinentes, ha de considerarse que la prohibición de primas establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG sirve cuando menos en la misma medida a la protección de los consumidores.

c) Conclusión

59. A la vista de las consideraciones que preceden, llego a la conclusión de que la norma nacional contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29. Por consiguiente, ha de ser examinada a la luz de los criterios de la Directiva. [41]

3. Examen de la estructura de ambas normativas

a) La regulación de la Directiva 2005/29

60. Para poder determinar si la Directiva 2005/29 se opone a una disposición nacional como el artículo 9a, apartado 1, de la UWG,

41 — Véase Horak, M., «Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?», *Ecolex,* 2009/123, p. 341, a cuyo juicio la primera cuestión prejudicial se refiere a si una prohibición *per se* de primas que está dirigida a proteger tanto a los consumidores como a los empresarios es compatible con la Directiva 2005/29. Según el autor, tal prohibición *per se* es contraria al Derecho comunitario, en la medida en que su ámbito de aplicación no puede acotarse con claridad y limitarse a ofertas dirigidas exclusivamente a empresarios y que no afecten a los intereses de los consumidores. Estos requisitos no se cumplen en el caso del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG. En opinión de Lettner, H., *op. cit.* en la nota 38, número 9, p. 317, la circunstancia de que la prohibición de ofertas conjuntas establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG sirva no sólo a la protección de los consumidores, sino también a otros fines que no están comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva, por ejemplo a la preservación del pluralismo de los medios de comunicación o a la protección de los competidores más débiles, no justifica el mantenimiento de una prohibición *per se* para el ámbito B2C junto a la lista negra. Así pues, ambos autores parten de que la normativa nacional objeto de litigio está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29.

es necesario examinar, y después comparar, los objetivos propuestos por una y otra norma y sus respectivas estructuras normativas.

62. Por un lado, esto se deduce del undécimo considerando, según el cual la *aproximación* de las disposiciones nacionales a través de esta Directiva crea un elevado nivel común de protección de los consumidores. Por otro, el duodécimo considerando establece que los consumidores y las empresas podrán contar con un *único marco normativo* basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desleales en toda la Unión Europea. Al método de la *aproximación jurídica* se refiere de nuevo el artículo 1 de la Directiva, según el cual aquélla pretende contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y a perfeccionar el funcionamiento del mercado interior.

i) Objetivo de la plena y máxima armonización de las normativas nacionales

61. Como expuse al principio, [42] la Directiva 2005/29 tiene como objetivo la plena armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales. Además, a diferencia de lo que sucedía con los anteriores instrumentos jurídicos de armonización de las normativas de defensa de los consumidores en sectores específicos, no se busca aquí una mera armonización mínima, sino una armonización de máximos de las disposiciones nacionales, que prohíba a los Estados miembros, salvo ciertas excepciones, mantener o introducir regulaciones más estrictas, [43] y ello con independencia de que de este modo se pretenda conseguir un nivel superior de protección del consumidor. Las dos cosas se desprenden tanto de los considerandos como de las disposiciones generales de esta Directiva.

63. El objetivo de una regulación exhaustiva y de máximos a escala comunitaria en el sector comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva queda otra vez de manifiesto en las declaraciones de los considerandos decimocuarto y decimoquinto, que se refieren expresamente a una *plena armonización.* Esto se deduce, además, de la cláusula de mercado interior del artículo 4 de la Directiva, según la cual los Estados miembros no pueden restringir la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito *objeto de la aproximación* que lleva a cabo esta Directiva.

42 — Véase el punto 33 de estas conclusiones.

43 — Véase la sentencia VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 4 *supra*, apartado 52.

64. Como excepción, el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2005/29 prevé que, durante un período de seis años a partir del 12 de junio de 2007, los Estados miembros podrán seguir aplicando, dentro del ámbito objeto de la aproximación que realiza la Directiva, disposiciones nacionales más exigentes o más restrictivas que las que ésta contiene. Sin embargo, esta excepción se limita a las disposiciones nacionales que tengan por objeto la aplicación de las Directivas que contienen cláusulas mínimas de armonización. [44] Por último, otra excepción a la plena armonización se encuentra en el artículo 3, apartado 9, en relación con los servicios financieros definidos en la Directiva 2002/65/CE y con los bienes inmuebles.

ii) La estructura de la Directiva 2005/29

65. El núcleo de la Directiva 2005/29 es la cláusula general del artículo 5, apartado 1, que establece la prohibición de prácticas comerciales desleales. Qué debe entenderse por «desleal» queda precisado en el artículo 5, apartado 2. Según éste, una práctica comercial es desleal, por un lado, si es contraria a los requisitos de la «diligencia profesional» y, por otro, si puede «distorsionar de manera sustancial» el comportamiento económico del consumidor. Con arreglo al apartado 4 de ese mismo artículo, en particular, son desleales las prácticas comerciales que sean engañosas (artículos 6 y 7) o agresivas (artículos 8 y 9). El apartado 5 se remite al anexo I y a las prácticas comerciales allí mencionadas que «se considerarán desleales en cualquier circunstancia». La misma lista única se ha de aplicar en todos los Estados miembros y sólo puede modificarse mediante una revisión de la Directiva.

66. De ahí se deduce que, en la aplicación del Derecho por las autoridades judiciales y administrativas nacionales, en primer lugar ha de atenderse a la lista de 31 supuestos de prácticas comerciales desleales contenida en el anexo I. Si una práctica comercial se puede subsumir en uno de esos supuestos, debe considerarse prohibida, sin necesidad de mayor análisis, por ejemplo, de sus efectos. En cambio, si el caso concreto no está comprendido en esa lista de prohibiciones, debe

44 — Entre las Directivas a que se refiere el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2005/29, que contienen cláusulas mínimas de armonización, figuran las siguientes: Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31; EE 15/06, p. 131); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, p. 59); Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280, p. 83); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19); Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DO L 80, p. 27), y Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23).

examinarse si estamos ante alguno de los ejemplos de la cláusula general (prácticas engañosas y agresivas). Sólo si no es así se aplica de forma directa la cláusula general del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2005/29. [45]

b) La regulación de la UWG

67. Según reiterada jurisprudencia, cada uno de los Estados miembros destinatarios de una directiva tiene la obligación de adoptar en su ordenamiento jurídico nacional todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva conforme al objetivo por ella perseguido. [46] Y a esto va unida la obligación del legislador nacional de adaptar debidamente el Derecho nacional a la directiva de que se trate. [47] Sin embargo, según su tenor literal, el artículo 249 CE, párrafo tercero, atribuye a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios, y esta libertad de elección corresponde especialmente al legislador nacional.

68. Por este motivo está reconocido en la jurisprudencia que la correcta adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan textualmente en otra disposición legal expresa y específica. [48] Lo determinante es, en cambio, que la legislación interna redactada para adaptar el Derecho nacional a la directiva satisfaga las exigencias de claridad y seguridad jurídicas, a fin de garantizar que se realice todo el programa de la directiva con motivo de la aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales y las autoridades del Estado miembro de que se trate. [49]

45 — También sigue estos criterios el esquema de análisis de De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori,* Turín, 2007, p. 12, y Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil,* 2005, cuaderno 8/9, p. 631.

46 — Véanse, entre otras, las sentencias de 1 de febrero de 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Rec. p. 113), apartado 22; de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48; de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros (C-72/95, Rec. p. I-5403), apartado 55; de 17 de junio de 1999, Comisión/Italia (C-336/97, Rec. p. I-3771), apartado 19; de 8 de marzo de 2001, Comisión/Francia (C-97/00, Rec. p. I-2053), apartado 9; de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia (C-478/99, Rec. p. I-4147), apartado 15, y de 26 de junio de 2003, Comisión/Francia (C-233/00, Rec. p. I-6625), apartado 75.

47 — La adaptación del Derecho nacional a la directiva es parte de un proceso de legislación en dos fases, la segunda de las cuales tiene lugar en el plano nacional. Mediante la adaptación material del Derecho nacional a la directiva se concreta la normativa que ésta contiene [véase, a este respecto, Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (coord. Heinz Mayer), Viena, 2004, artículo 249, marginales 48 y 50, pp. 17 y 18].

48 — Véanse las sentencias de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania (C-131/88, Rec. p. I-825), apartado 6; de 20 de marzo de 1997, Comisión/Alemania (C-96/95, Rec. p. I-1653), apartado 35; de 15 de noviembre de 2001, Comisión/Italia (C-49/00, Rec. p. I-8575), apartados 21 y 22, y de 28 de abril de 2005, Comisión/Italia (C-410/03, Rec. p. I-3507), apartado 60. A esto se refiere acertadamente Seichter, D., «Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wettbewerb in Recht und Praxis,* 2005, p. 1088, en relación con la necesidad de adaptación del Derecho nacional alemán a la Directiva 2005/29.

49 — Comparte este punto de vista Ruffert, M., en Calliess/Ruffert (coord.), *Kommentar zu EUV/EGV,* 3ª ed., 2007, artículo 249, marg. 49, p. 2135. Según jurisprudencia constante, la adaptación del Derecho nacional a una directiva debe garantizar realmente su completa aplicación. Véanse, entre otras, las sentencias de 9 de septiembre de 1999, Comisión/Alemania (C-217/97, Rec. p. I-5087), apartado 31; de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Grecia (C-214/98, Rec. p. I-9601), apartado 49, y de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Rec. p. I-6325), apartado 26.

i) Exposición de la estructura normativa de la prohibición del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG

69. Según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG prohíbe a las empresas el anuncio, dirigido a los consumidores, de ventajas gratuitas con bienes o servicios. Si la mercancía principal consiste en una publicación periódica (diario, revista), la prohibición se extiende también a la mera oferta y concesión de primas. Según la jurisprudencia del Oberster Gerichtshof, [50] por prima se entiende en particular la posibilidad, vinculada a la adquisición de la mercancía principal, de participar en un concurso.

70. Ahora bien, como se desprende de la resolución de remisión, [51] esta disposición es interpretada de forma restrictiva por la jurisprudencia, de suerte que no se considera ilícita cualquier ventaja gratuita. Así, la aplicación del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG presupone, según reiterada jurisprudencia, que la acción reprochada, en el caso concreto, (a) haya sido objetivamente idónea para influir en la decisión de los consumidores de adquirir la mercancía principal (prestación principal), [52] y que esta acción, en consecuencia, (b) haya podido dar lugar a un desplazamiento significativo de la demanda. [53] Por este motivo, cuando no se dan los requisitos antes mencionados desarrollados por la jurisprudencia, en cierta medida no se cumple el supuesto previsto en el apartado 1 al faltar una «prima» ilícita en el sentido de esta disposición. [54]

71. Sin perjuicio de esta interpretación restrictiva realizada por la jurisprudencia austriaca, ha de hacerse constar que la normativa objeto de litigio contenida en el artículo 9a de la UWG se basa en un principio de regla-excepción según el cual queda prohibida la vinculación de dos mercancías o servicios distintos dirigida a la promoción de las ventas con arreglo al apartado 1, a menos que resulten aplicables las excepciones mencionadas en el apartado 2. Dicho con otras palabras, esta disposición prohíbe vincular dos mercancías o servicios distintos con el objeto de

50 — Véase la p. 10 de la resolución de remisión.

51 — El órgano jurisdiccional remitente invoca, en la p. 8 de la resolución de remisión, las sentencias del Oberster Gerichtshof de 20 de octubre de 1992, Welt des Wohnens (número de asunto 4 Ob 87/92); de 30 de enero de 2008, ORF-Teletext (número de asunto 3 Ob 273/07d), y de 14 de febrero de 2008, (número de asunto 4 Ob 17/08s).

52 — El órgano jurisdiccional remitente menciona en la p. 8 de la resolución de remisión la sentencia Welt des Wohnens, citada en la nota 51 *supra*.

53 — El órgano jurisdiccional remitente menciona en la p. 8 de la resolución de remisión la sentencia del Oberster Gerichtshof de 14 de diciembre de 1999, Tipp des Tages III (número de asunto 4 Ob 290/99x).

54 — Véase también la p. 4 del escrito de la demandante en el procedimiento principal.

promocionar las ventas y, por consiguiente, ha de entenderse como una prohibición de principio de ofertas conjuntas, que no obstante permite excepciones en determinados casos. [55]

a) Derecho nacional escrito

i) Inversión de la sistemática normativa

4. Compatibilidad de la normativa objeto de litigio con la Directiva 2005/29

72. Asimismo, ha de abordarse la cuestión de la compatibilidad de la normativa objeto de litigio con la Directiva 2005/29, examinando, en primer lugar, la estructura de la normativa nacional. En el caso de que se compruebe que el Derecho nacional, tal como se infiere del tenor legal, es incompatible con la Directiva, habrá de examinarse a continuación si cabe considerar que, aplicando la interpretación restrictiva antes mencionada del Oberster Gerichtshof, esta normativa es compatible no obstante con la Directiva.

73. En cuanto atañe a la cuestión de la compatibilidad de la normativa objeto de litigio con la Directiva 2005/29, ha de hacerse constar que la prohibición de ofertas conjuntas objeto de litigio contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG constituye una norma específica en el seno de la UWG que, en un primer momento, no encuentra correspondencia en la Directiva 2005/29. El artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG impone una prohibición general de ofertas conjuntas no prevista en la propia Directiva.

74. Además, esta normativa nacional, al estar basada en el principio regla-excepción, reviste una estructura normativa distinta de la Directiva 2005/29. Es fundamentalmente esta inversión de la sistemática normativa lo que suscita dudas en relación con la compatibilidad con la citada Directiva, si bien lo importante no es tanto la configuración formal de la normativa en sí –pues se reconoce al legislador nacional un cierto margen de actuación a la hora de adaptar su Derecho interno a la Directiva– como al contenido normativo de esta disposición nacional. Desde un punto de vista material no concuerda con la de la Directiva 2005/29. En efecto, como ya señalé en mis conclusiones presentadas en los

55 — Véase Horak, M., *op. cit.* en la nota 39, p. 1137, el cual compara la norma del artículo 9a de la UWG con las denominadas «prohibiciones *per se*». Mediante las prohibiciones *per se* se prohíben por principio determinadas prácticas comerciales descritas de forma abstracta, sin que un tribunal pueda examinar en el caso concreto sus efectos en los consumidores o competidores. Para establecer un equilibrio que se ajuste a la práctica, estas prohibiciones vienen acompañadas en la mayor parte de los casos de un catálogo de excepciones. A juicio del autor, el artículo 9a de la UWG, con una prohibición general de primas en el apartado 1 y un catálogo de excepciones en el apartado 2, sigue este sistema. Heidinger, R., *op. cit.* en la nota 17, p. 45, sostiene la tesis de que la norma del artículo 9a de la UWG está concebida como una prohibición *per se,* en virtud de la cual se prohíben determinadas prácticas comerciales sin que tengan que examinarse en el caso concreto los efectos en los consumidores.

asuntos acumulados C-261/07 (VTB-VAB) y C-299/07 (Galatea), la Directiva 2005/29 sigue una concepción coherente a favor de la libertad empresarial de los operadores económicos que se corresponde, en esencia, con la máxima jurídica *in dubio pro libertate.* [56] Así pues, a diferencia de la norma establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, la Directiva parte del carácter leal de las prácticas comerciales, en tanto no se cumplan los presupuestos jurídicos que se detallan para una prohibición. [57]

75. Este planteamiento liberal tiene un trasfondo concreto de política normativa que consiste en garantizar la realización del objetivo del legislador comunitario establecido en los considerandos cuarto y quinto y en el artículo 1 de la Directiva, consistente en eliminar los obstáculos a la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios o a la libertad de establecimiento mediante el establecimiento de normas uniformes a nivel comunitario, obstáculos éstos derivados de la multiplicidad de normas nacionales en materia de prácticas comerciales desleales, en la medida en que sea necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interior y para garantizar un elevado nivel de protección del consumidor. [58]

ii) Insuficiencia de las excepciones establecidas en el artículo 9a, apartado 2, de la UWG

76. Además, las excepciones a las prohibiciones generales como las contenidas en el artículo 9a, apartado 2, de la UWG no resultan idóneas para cubrir todos los supuestos en los que cabe afirmar, conforme a las disposiciones de la Directiva 2005/29, la existencia de una práctica comercial lícita, puesto que no permiten un examen individualizado por los órganos jurisdiccionales y las autoridades

56 — Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos VTB-VAB y Galatea, citadas en la nota 15 *supra,* punto 81. Coincide en esta apreciación Micklitz, H.-W., *op. cit.* en la nota 25, p. 374.

57 — Abbamonte, G., «The unfair commercial practices Directive and its general prohibition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk, 2007, p. 15, describe por ello como liberal el planteamiento seguido por la Directiva. A su juicio, según dicho planteamiento, está permitido todo lo que no está prohibido expresamente. De Cristofaro, G., *op. cit.* en la nota 45, p. 11, subraya acertadamente que la Directiva sigue un planteamiento puntual, al establecer los criterios para calificar como desleal una práctica comercial, mientras que renuncia por completo a describir los elementos característicos de una práctica comercial leal.

58 — Véase Bakardjieva Engelbrekt, A., «An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk, 2007, pp. 47 y ss., quien subraya el efecto armonizador de la Directiva 2005/29, cuyo objetivo consiste en superar las considerables diferencias existentes hasta su entrada en vigor entre los regímenes de los Estados miembros en materia de competencia desleal. En términos análogos se expresa Bargelli, E., *op. cit.* en la nota 21, p. 79. Weatherill, S., «Who is the "Average Consumer"», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk, 2007, p. 137, describe el planteamiento de la Directiva 2005/29 como de desregularización y simultánea regulación. En su opinión, la armonización de las legislaciones nacionales desregula el mercado al eliminar la multiplicidad legislativa de los Estados miembros en beneficio de una normativa uniforme. A juicio de Falce, V./Ghidini, G., *op. cit.* en la nota 23, p. 372, la Directiva 2005/29 está dirigida a restablecer el equilibrio entre la competencia dentro de un mercado interior sin fronteras, por un lado, y la protección de los consumidores, por otro.

nacionales competentes.[59] Así lo ha confirmado el Tribunal de Justicia en su sentencia VTB-VAB y Galatea.[60]

77. Dado que las ofertas conjuntas no se encuentran entre las prácticas comerciales mencionadas en el anexo I que se consideran desleales en cualquier circunstancia, en principio sólo pueden ser prohibidas si constituyen prácticas comerciales desleales, como por ejemplo si son engañosas o agresivas en el sentido de la Directiva. Abstracción hecha de ello, sólo cabe aplicar una prohibición, conforme a la Directiva 2005/29, cuando la práctica comercial debe ser considerada desleal porque es contraria a los requisitos del deber de diligencia de profesional o porque distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio respecto al producto de que se trate.

78. No cabe afirmar con carácter general que tal sea el caso en relación con las ofertas conjuntas, sino que es preciso valorar las circunstancias concretas de la práctica comercial. Esto se desprende inequívocamente del séptimo considerando de la Directiva, según el cual, al aplicar esa Directiva, y en particular las cláusulas generales, deberían tenerse plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso. La expresión «en particular» indica también que la valoración de cada caso concreto no debe limitarse a la aplicación de la cláusula general del artículo 5, apartado 1, sino que se extiende también a la aplicación de las disposiciones que la concretan en los artículos 5 a 9 de la Directiva. A la vista del decimoséptimo considerando de la Directiva, se aprecia que el propio legislador comunitario también sostiene la necesidad de una valoración del caso concreto, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 a 9, en el supuesto de que una práctica comercial no esté comprendida entre las enumeradas por el anexo I. Esto se deduce, *sensu contrario,* de la tercera frase del decimoséptimo considerando, según la cual las prácticas que se enumeran en el anexo I son exclusivamente «las prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9».

iii) Conclusión provisional

79. La normativa objeto de litigio, tal como se infiere del tenor legal, no es compatible con la Directiva 2005/29.

59 — En este sentido véase también Heidinger, R., *op. cit.* en la nota 17, p. 46.

60 — Citada en la nota 4 *supra,* apartados 64 y 65.

b) Posibilidad de una interpretación conforme con la Directiva

80. Como expuse en mis conclusiones presentadas en el asunto Plus, [61] al analizar la cuestión de si una disposición de Derecho interno es contraria al Derecho comunitario no ha de atenderse únicamente al tenor literal de dicha disposición, sino que también se ha de tener en cuenta la interpretación que los órganos jurisdiccionales nacionales hacen de ella. [62] Habida cuenta de que la jurisprudencia refleja la interpretación de la ley vinculante para todos los justiciables, aquélla constituye en los Estados miembros un parámetro imprescindible para la valoración de si la adaptación de la normativa interna al Derecho comunitario y su interpretación son conformes con este último. [63]

81. En consecuencia, a favor de la compatibilidad con la Directiva podría abogar la circunstancia de que el Oberster Gerichtshof realiza por regla general una interpretación restrictiva de la prohibición general de ofertas conjuntas. No cabe excluir que una prohibición se suavice mediante una interpretación restrictiva por parte del juez nacional de forma tal que en última instancia se concilie con la Directiva. Con independencia de ello, ha de recordarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los tribunales de los Estados miembros están obligados a interpretar el Derecho nacional –ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva– a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, [64] para alcanzar el objetivo perseguido mediante la Directiva y de este modo atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero, para lo cual, el tribunal, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, deberá realizar esta interpretación de un modo conforme con las exigencias del Derecho comunitario. [65] Vinculada a lo anterior está la posibilidad de proceder a una reducción conforme con la Directiva de la norma nacional de que se trate, o incluso del desarrollo jurisprudencial de la misma, en la

61 — Citadas en la nota 20 *supra,* punto 82.

62 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *op. cit.* en la nota 35, marginal 5-056, p. 162, señalan que el alcance de las normas legales, reglamentarias y administrativas se debe valorar a la luz de la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales. La interpretación del Derecho interno conforme con el Derecho comunitario fue objeto de una petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof alemán en el asunto en que recayó la sentencia de 19 de noviembre de 1996, Siemens/Nold (C-42/95, Rec. p. I-6017), y del Hof van beroep te Gent belga en el asunto en que recayó la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Gysbrechts y Santurel Inter (C-205/07, Rec. p. I-9947).

63 — Véanse mis conclusiones presentadas el 4 de septiembre de 2008 en el asunto en que recayó la sentencia de 18 de diciembre de 2008, Comisión/España (C-338/06, Rec. p. I-10139), punto 89.

64 — Sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann/Nordrhein-Westfalen (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, y Harz/Deutsche Tradax (79/83, Rec. p. 1921), apartado 26; de 15 de mayo de 1986, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Rec. p. 1651), apartado 53; de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969), apartado 12; de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartado 39; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325), apartado 24; de 25 de febrero de 1999, Carbonari (C-131/97, Rec. p. I-1103), apartado 48; de 15 de junio de 2000, Brinkmann Tabakfabriken (C-365/98, Rec. p. I-4619) apartado 40; de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941), apartado 30; de 13 de julio de 2000, Centrosteel (C-456/98, Rec. p. I-6007), apartado 16, y de 3 de octubre de 2000, Gozza (C-371/97, Rec. p. I-7881), apartado 37. En un sentido similar, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8; de 15 de mayo de 2003, Mau (C-160/01, Rec. p. I-4791), apartado 36; de 22 de mayo de 2003, Connect Austria (C-462/99, Rec. p. I-5197), apartado 38; de 23 de octubre de 2003, Adidas-Salomon y Adidas Benelux (C-408/01, Rec. p. I-12537), apartado 21, y de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartado 113. A este respecto, véase Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht,* Viena, 2007, pp. 82 y ss.

65 — Sentencias von Colson y Kamann/Nordrhein-Westfalen, citada en la nota 64 *supra,* apartado 28, y Harz/Deutsche Tradax, citada en la nota 64 *supra,* apartado 28.

medida en que los tribunales nacionales estén facultados para ello. [66]

— Artículo 5, apartados 4 y 5, de la Directiva 2005/29

82. Ahora bien, la interpretación restrictiva defendida por el Oberster Gerichtshof tendría que conducir a una amplia concordancia del contenido normativo expresado en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG con el de las disposiciones de la Directiva.

La lista de prácticas comerciales desleales contenida en el anexo I de la Directiva

84. En primer lugar hay que dejar claro que la práctica comercial prohibida por el artículo 9a, apartado 1, de la UWG no se corresponde con ninguno de los casos de prácticas comerciales desleales que enumera el anexo I de la Directiva. En particular, no se ajusta al caso recogido en el número 16, que consiste en alegar que determinados productos pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar, ya que este caso se refiere a una forma concreta de publicidad, [67] pero no a la utilización de ofertas conjuntas en sí. [68] Al margen de esto, la demandada en el procedimiento principal no afirma en ningún momento en su publicidad que la mera compra de un producto otorgue una posibilidad de premio. Lo único que ofrece es la posibilidad de participar en un juego comúnmente accesible a través de Internet, sin promesa alguna

i) Examen a la luz de las disposiciones de la Directiva

83. A continuación procede comprobar si la prohibición controvertida de ofertas conjuntas, en la interpretación restrictiva que le atribuye la jurisprudencia austriaca, puede considerarse compatible con la Directiva. A tal fin aplicaremos el esquema de análisis descrito en el punto 66 de las presentes conclusiones.

66 — A juicio de Streinz, R., *Europarecht,* 8ª ed., Heidelberg, 2008, p. 161, marginal 456, la obligación de realizar una interpretación conforme a la Directiva encuentra sus límites en las posibilidades de interpretación del Derecho nacional. Si los jueces nacionales están facultados para desarrollar el Derecho por la vía de la jurisprudencia, deberán desarrollar, en su caso, el Derecho nacional de un modo conforme con el Derecho comunitario.

67 — Sobre la finalidad normativa de este supuesto de prohibición véase Büllesbach, E., *op. cit.* en la nota 21, p. 114. Si un empresario afirma que un producto puede incrementar las oportunidades de obtener premios en juegos de azar, se sugiere al consumidor que la adquisición del producto puede influir en su beneficio para la obtención del premio. Sin embargo, los juegos de azar se caracterizan por el hecho de que la obtención del premio viene determinada primordialmente por la casualidad. En virtud de este elemento aleatorio, en principio no cabe pensar en que puede influirse en la concesión del premio. Así pues, se engaña sobre la idoneidad del producto para la consecución del objetivo. Dado que esta afirmación se asocia indirectamente a la propensión al juego, se da una situación especial de riesgo del consumidor, pues la racionalidad de su decisión puede verse considerablemente menoscabada por la esperanza de obtener un premio más discreto.

68 — Véase el punto 85 de mis conclusiones en el asunto Plus, citadas en la nota 20 *supra*.

de mayores posibilidades de premio para los compradores. Así pues, el consumidor que desea participar en la elección del «futbolista del año» no tiene que comprar forzosamente el periódico de que se trata, sino que puede optar entre diversas posibilidades de participación. Ni se sugiere ni cabe apreciar en un análisis objetivo que sus oportunidades de obtener el premio mediante una modalidad de participación distinta de la compra del periódico controvertido fueran inferiores a las de los demás participantes.

— Prácticas engañosas y agresivas en el sentido del artículo 5, apartado 4, de la Directiva

85. Cabe plantearse si la práctica comercial que prohíbe el artículo 9a, apartado 1, de la UWG ha de calificarse de engañosa o agresiva en el sentido del artículo 5, apartado 4, de la Directiva. Da una respuesta afirmativa a esta pregunta el Gobierno austriaco, el cual considera que mediante la norma controvertida se adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, letra d), o, en su caso, a los artículos 8 y 9 de la Directiva. [69]

— Prácticas comerciales engañosas en el sentido de los artículos 6 y 7 de la Directiva

86. Las prácticas comerciales engañosas se caracterizan, como pone de manifiesto una interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva, sobre todo por el elemento de inducción a engaño sobre características esenciales de un producto. Entre los elementos esenciales de un producto se encuentra, según el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva, el precio.

87. En la sentencia Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, [70] invocada por el Gobierno austriaco en sus observaciones, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con la compatibilidad con la libre circulación de mercancías de una prohibición neerlandesa de primas, que «la oferta de primas en especie como medio de promoción de ventas puede inducir a error a los consumidores acerca de los precios reales de los productos y falsear las condiciones de una competencia basada en la competitividad». El Tribunal de Justicia indujo de lo anterior que «una legislación que, por esta razón, […] restringe o, incluso, prohíbe tales prácticas comerciales puede, por consiguiente, contribuir a la protección de los consumidores y a la lealtad en las transacciones comerciales».

88. Estas afirmaciones, realizadas en una época muy anterior a la adopción de la Directiva 2005/29, no han perdido su vigencia, puesto que, en un entendimiento correcto del pasaje de la sentencia antes reproducido,

69 — Véase el marginal 55, p. 21, del escrito del Gobierno austriaco.

70 — Sentencia de 15 de diciembre de 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Rec. p. 4575), apartado 18.

hacen realmente referencia al riesgo abstracto derivado de una conjunción de ofertas que no permite, en determinadas circunstancias, apreciar suficientemente el valor de cada uno de los productos. A ello apunta la utilización del verbo «puede» en la primera frase. Por tanto, el Tribunal de Justicia partió implícitamente de la necesidad de un examen caso por caso, tal como exige también el legislador comunitario mediante la Directiva 2005/29.

89. Abstracción hecha de lo anterior, de la citada sentencia se desprende claramente que el Tribunal de Justicia sólo se pronunció sobre la cuestión de la compatibilidad de la controvertida prohibición de primas neerlandesa con la libre circulación de mercancías, a la vista de su configuración legal específica. Por tanto, no cabe extrapolar sin más al asunto principal las conclusiones del Tribunal de Justicia. En este contexto, carece de todo fundamento la alegación de que, con independencia de su respectiva configuración, toda utilización de primas entraña un potencial de inducción al error.

90. Por consiguiente, la normativa objeto de litigio, en la interpretación restrictiva que le atribuye la jurisprudencia austriaca, no puede considerarse conforme con el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva.

— Prácticas comerciales agresivas en el sentidodel artículo 8 de la Directiva

91. Tampoco cabe clasificar con carácter general las ofertas conjuntas en la categoría de prácticas comerciales agresivas, puesto que para ello es necesario, de conformidad con el artículo 8 de la Directiva, que se influya en la libertad de elección o de conducta del consumidor medio con respecto al producto mediante, entre otras vías, el acoso, la coacción e incluso el uso de la fuerza.

92. Ahora bien, esta característica no es propia de las ofertas conjuntas ni concurre en el asunto principal. Por consiguiente, a pesar de que se le dé una interpretación restrictiva, la normativa objeto de litigio no es conforme con el artículo 8 de la Directiva.

— Artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29

93. Por otro lado, según la Directiva 2005/29, sólo puede plantearse una prohibición cuando una práctica comercial deba juzgarse como desleal porque es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y porque distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio. Para ello deben concurrir

todos los requisitos del artículo 5, apartado 2, letras a) y b). [71]

94. El examen de la compatibilidad del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 se realiza, a su vez, en dos fases. En primer lugar, ha de examinarse si la norma contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, habida cuenta de la interpretación restrictiva antes mencionada, establece las mismas exigencias jurídicas que la Directiva para una prohibición. En caso de respuesta afirmativa, habrá de analizarse si esta normativa de un Estado miembro comprende exclusivamente los supuestos que deben ser considerados desleales en el sentido del artículo 5, apartado 2.

Posibilidad de distorsionar sustancialmente el comportamiento del consumidor medio

— Coincidencia de las exigencias legales

95. En cualquier caso, se da una amplia coincidencia material entre la normativa objeto de litigio y los criterios de la Directiva 2005/29 en relación con la exigencia establecida en el artículo 5, apartado 2, letra b), puesto que, según la interpretación restrictiva de los tribunales austriacos, para que exista una prima ilícita en el sentido del artículo 9a, apartado 1, de la UWG se exige que el anuncio, la oferta o la concesión de aquélla «deben ser objetivamente idóneos para distorsionar el comportamiento del consumidor al que se dirigen». Por otro lado, el propio órgano jurisdiccional remitente apunta en su resolución de remisión la posibilidad de interpretar esta exigencia desarrollada por la jurisprudencia austriaca en el sentido de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b). [72] No cabe presentar objeciones contra esta posibilidad, siempre que esta exigencia del Derecho nacional, de un tenor prácticamente idéntico, tenga el mismo significado que en el Derecho comunitario.

— Coincidencia de ámbito de aplicación

96. «Distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores» en el sentido del artículo 2, letra e), significa, de conformidad con la definición legal contenida en dicha disposición, «utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno

71 — En este sentido, Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales,* Cizur Menor, 2006, p. 58; Maione, N., «Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE», *Lezioni di diritto privato europeo,* 2007, p. 1068.

72 — Véase la p. 10 de la resolución de remisión.

conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado». El bien jurídico protegido por esta normativa es la libertad de elección del consumidor. [73]

97. Si bien el órgano jurisdiccional remitente, en su cuestión prejudicial, pregunta con carácter general por la compatibilidad con la Directiva del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, para la resolución del procedimiento principal no es decisiva la compatibilidad del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG para todos los casos comprendidos en esta disposición (revistas y primas), sino únicamente en lo relativo a la oferta conjunta de revistas y concursos. Las partes del procedimiento hacen referencia primordialmente en sus observaciones a esta forma de operaciones conjuntas tan específica y no carente de problemas desde la perspectiva de la protección del consumidor. Por este motivo, en lo sucesivo sólo será necesario examinar con más detalle los efectos de esta práctica comercial concreta en el comportamiento de los consumidores.

98. El Gobierno austriaco considera que se cumple el requisito antes mencionado en relación con la oferta conjunta de mercancías y concursos. [74] Afirma que precisamente en el caso de las publicaciones periódicas vendidas a un precio individual proporcionalmente bajo, tal como ocurre en el procedimiento principal, el consumidor optará por adquirir la mercancía principal por causas no objetivas a la vista de la oportunidad de obtener un premio. Justamente aquí la perspectiva de participar de forma gratuita en un concurso, con la oportunidad de obtener un beneficio desproporcionadamente mayor, puede distorsionar de forma sustancial el comportamiento de compra del consumidor en el sector de los medios de comunicación.

99. Ha de concederse al Gobierno austriaco que el recurso al juego en la actividad publicitaria es algo que perfectamente puede despertar la pasión por el juego. Como ya señalé en mis conclusiones presentadas en el asunto Plus, [75] tales juegos, debido sobre todo a la perspectiva de obtener, en ciertas circunstancias, una cuantiosa ganancia, ejercen cierto poder de atracción sobre las personas, y que recurrir a ellos puede atraer la atención de clientes potenciales y conducirlos hacia determinados objetivos en el marco de la estrategia publicitaria elegida. Por lo tanto, en general no se puede desechar de antemano la alegación formulada de que tal práctica

73 — Y no, sin embargo, el interés económico del consumidor. Según Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 23, esta normativa parte de la idea básica de que, por regla general, las prácticas comerciales desleales distorsionan las preferencias del consumidor al mermar su libertad o capacidad de decisión. Por consiguiente, los consumidores comprarán mercancías que no necesitan, o bien aquéllas que en otro caso –sin tal merma– considerarían de menor valor. Ahora bien, a su juicio, el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2005/29 no presupone un perjuicio económico del consumidor. Tal exigencia típica habría sido inadecuada, a juicio del autor, pues habría reducido de forma sustancial el nivel de protección del consumidor dentro de la Unión Europea.

74 — Véase el marginal 51, p. 20, del escrito del Gobierno austriaco.

75 — Citadas en la nota 20 *supra,* punto 93.

comercial puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento de compra del consumidor en el sector de los medios de comunicación.

100. No obstante, resulta dudoso que tal consideración general sea compatible sin más con las exigencias del Derecho comunitario, pues, por un lado, la Directiva 2005/29 exige, como ya se ha señalado, que los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales tengan plenamente en cuenta las circunstancias de cada caso para poder llegar a la conclusión de que una práctica comercial concreta es desleal, [76] y, por otro, se basa, para analizar el efecto de la medida publicitaria respectiva, en la percepción del consumidor medio o del miembro medio de un grupo de consumidores.

101. Como se desprende del decimoctavo considerando, el concepto de consumidor medio utilizado en la Directiva 2005/29 se corresponde exactamente con el modelo de un consumidor desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [77] que «está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz», para lo cual deberán tenerse en cuenta «los factores sociales, culturales y lingüísticos». En la última frase del decimoctavo considerando se explica con más detalle el concepto de consumidor medio, y se subraya que la referencia a éste «no es una referencia estadística». Además se exige que «los tribunales y autoridades nacionales [...] apli[quen] su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto».

102. El método, desarrollado por el Tribunal de Justicia, de análisis de los efectos de una medida publicitaria en un consumidor medio encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad. Está dirigido a establecer un equilibrio adecuado entre, por un lado, el objetivo de protección de los consumidores y, por otro lado, la necesidad de fomentar el intercambio de mercancías en un mercado interior caracterizado por la libre competencia. Mediante la Directiva 2005/29, el legislador comunitario codifica ahora este método confiando la tarea de análisis –en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal de

76 — Véanse los puntos 76 a 78 de las presentes conclusiones.

77 — Sobre el modelo del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, véanse las sentencias de 16 de enero de 1992, X (C-373/90, Rec. p. I-131), apartados 15 y 16; de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657), apartado 31; de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779), apartado 29; de 13 de enero de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec. p. I-117), apartado 27; de 21 de junio de 2001, Comisión/Irlanda (C-30/99, Rec. p. I-4619), apartado 32; de 24 de octubre de 2002, Linhart y Biffl (C-99/01, Rec. p. I-9375), apartado 31; de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec. p. I-3095), apartado 55; de 12 de febrero de 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Rec. p. I-1619), apartado 77, y Henkel (C-218/01, Rec. p. I-1725), apartado 50; de 9 de marzo de 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Rec. p. I-2303), apartado 24, y de 19 de septiembre de 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Rec. p. I-8501), apartado 78.

Justicia– a los tribunales y autoridades nacionales. De este modo se pretende impedir el riesgo de que se den valoraciones distintas de unas mismas prácticas comerciales de un Estado miembro a otro en beneficio de un mayor grado de seguridad jurídica para los consumidores y competidores. [78]

103. Tomar como referencia a un consumidor medio «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» ha de interpretarse jurídicamente en el sentido de que para preservar una relación adecuada entre ambos objetivos han de establecerse unas exigencias elevadas para el cumplimiento del supuesto del artículo 5, apartado 2, letra b). Según tal interpretación, no puede considerarse que cumple tal supuesto toda práctica comercial por su mera idoneidad para influir en la decisión de compra. Antes bien, desde la perspectiva del Derecho comunitario, se confía en que el consumidor es capaz de advertir el potencial de riesgo de determinadas prácticas comerciales y de actuar en tal caso de forma racional. [79] Ello resulta congruente desde un punto de vista de política legislativa, si no se quiere considerar ya como desleal y, por tanto, susceptible de ser prohibida toda forma de publicidad que, en determinadas circunstancias, sea provocativa pero que, con carácter general, se considere inofensiva. [80]

104. Como ha afirmado, a mi juicio acertadamente, la demandada en el procedimiento principal, [81] en nuestra época un consumidor medio es consciente, por regla general, de que la publicidad y la promoción de las ventas en una economía de libre mercado no sólo buscan captar clientes mediante el precio y la calidad de una mercancía, sino que prometen una gran cantidad de ventajas adicionales. Éstas pueden ser de carácter emocional, como por ejemplo en la publicidad en que se emplea la sensación de libertad y de independencia o bien de pertenencia a un determinado grupo social, o bien puede tratarse de ventajas adicionales con beneficios manifiestamente económicos, tales como las primas. Por tanto, es consecuente reservar a un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz la decisión,

78 — Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 25, señala que mediante la Directiva 2005/29 el legislador comunitario codifica ahora este método, que no ha sido aplicado por los tribunales de algunos Estados miembros. El autor sostiene que de este modo se limita el riesgo de que se den valoraciones distintas de unas mismas prácticas comerciales dentro de la Unión Europea y aumenta la seguridad jurídica. En términos similares se expresan Wiebe, A., *op. cit.* en la nota 38, p. 75, y Micklitz, H.W., «Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG», *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder,* Basilea, 2006, p. 311. Weatherill, S., *op. cit.* en la nota 58, p. 135, señala que tomar como referencia al consumidor medio, a la vista de los distintos comportamientos de los consumidores, puede parecer artificial, pero resulta imprescindible para un régimen normativo armonizado que funcione adecuadamente.

79 — Lecheler, H., «Verbraucherschutz», en: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (coord. Manfred Dauses), tomo 2, Múnich, 2004, H.V, marginal 27, p. 11, interpreta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (citada en el punto 77 de las presentes conclusiones) en el sentido de que se considera que el consumidor es una persona en principio razonable y que actúa de forma atenta, que es capaz de orientarse y de decidir por sí mismo.

80 — Así señala Maione, N., *op. cit.* en la nota 71, p. 1068, que, según la voluntad del legislador comunitario, no debe prohibirse toda práctica comercial que influya en el comportamiento de compra del consumidor, sino solamente aquellas prácticas que vulneran el deber de diligencia profesional al afectar a la libertad de decisión del consumidor.

81 — Véase la p. 10 del escrito de la demandada en el procedimiento principal.

dentro del marco normativo establecido por el Derecho comunitario, de adquirir un producto en virtud de las ventajas en que incide la publicidad o por su calidad, o incluso por su bajo precio. [82]

una tutela paternalista del consumidor. [83] Al mismo tiempo, restringiría de forma desproporcionada la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios. En efecto, tal prohibición iría más allá de lo necesario para tener en cuenta tanto los intereses de los consumidores como la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

— Conclusión provisional

105. Sin embargo, la suposición, inherente a toda prohibición legal de carácter general, de que toda vinculación entre una mercancía y un concurso es peligrosa, con independencia de su efectivo potencial de riesgo y de las particularidades del grupo de destinatarios de que se trate, y que, por tanto, debe ser prohibida, no se ajustaría al modelo de consumidor que configura el Derecho comunitario. En última instancia, debe percibirse como

106. En resumen, procede afirmar que la prohibición de ofertas conjuntas contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, en su interpretación restrictiva realizada por la jurisprudencia austriaca, se basa en una ponderación del legislador que no se ajusta a los criterios de la Directiva 2005/29.

107. Si bien esta conclusión basta por sí sola para dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, a continuación, y en respuesta a las observaciones del órgano jurisdiccional remitente y del Gobierno austriaco, examinaré con carácter subsidiario la

82 — En este sentido se manifiesta también Kucsko, G., *op. cit.* en la nota 39, p. 709, el cual duda de que la argumentación en que se basaban los trabajos preparatorios de la Prämiengesetz (Ley sobre primas) de 1929 (a la que, en última instancia, se remonta la prohibición de primas consagrada en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG) revista todavía hoy una importancia decisiva. A su juicio, hoy en día el consumidor es considerablemente más crítico y está más instruido. El mundo publicitario también ha cambiado de forma radical en las últimas décadas. El consumidor está expuesto en una medida mucho mayor a un cortejo publicitario –no siempre objetivo, por otro lado– y está acostumbrado a ello. La «imagen» de determinadas marcas está cargada de asociaciones que hace tiempo que no tienen nada que ver con las verdaderas cualidades del producto. Ahora bien, por otro lado, la capacidad de juicio crítico de los consumidores se ha agudizado en virtud de la constante publicación de pruebas comparativas objetivas, marcas de certificación, revistas críticas de consumidores, etc., no sólo en relación con los productos examinados de que se trate, sino con carácter general. Por tanto, en la actualidad el consumidor se halla en condiciones mucho mejores de analizar por sí mismo si desea «dejarse seducir de forma no objetiva» o bien si el precio de la mercancía principal es demasiado elevado por él. Por otro lado, en el caso de las primas, recibe más que una «imagen» inmaterial, pues recibe un bien o una prestación reales. El argumento paternalista de querer proteger a los consumidores ya no convence hoy.

83 — Heidinger, R., *op. cit.* en la nota 17, p. 46, y Wittmann, H., «EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?», *Medien und Recht,* 6/2008, p. 284, abordan las reservas manifestadas por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión. Señalan que el modelo de consumidor adulto que subyace al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 se opone a afirmar la existencia de una práctica desleal en el asunto principal. A su juicio, una protección de los consumidores con tal alcance resulta contraria al modelo actual del consumidor adulto que, en general, debe ser libre para adoptar sus decisiones económicas incluso sobre la base de consideraciones no objetivas.

compatibilidad de la normativa controvertida con los demás requisitos del artículo 5, apartado 2, de la Directiva.

Violación de la diligencia profesional

— Coincidencia de los requisitos legales

108. Se aprecia una diferencia manifiesta respecto a los criterios de la Directiva en el hecho de que la disposición objeto de litigio renuncia por completo, aun interpretada de forma restrictiva, al requisito esencial de la violación de la diligencia profesional, establecido en el artículo 5, apartado 2, letra a), de la Directiva.

109. El Gobierno austriaco alega en este contexto que la exigencia de un deber de diligencia profesional es en realidad inherente a la normativa controvertida, puesto que ésta tiene por objeto la protección de la competencia frente a los riesgos de un aprovechamiento de la tendencia al juego de los consumidores. La observancia de la diligencia profesional debe ser examinada en el caso concreto por el tribunal, en función de las exigencias profesionales específicas. [84] Esta alegación debe entenderse en el sentido de que la normativa nacional controvertida está igualmente dirigida a adaptar el Derecho interno a esta exigencia, incluso por la vía de una interpretación correctora por el órgano jurisdiccional competente.

110. Aunque estas observaciones sobre el Derecho nacional no son convincentes, el órgano jurisdiccional remitente señala expresamente que los tribunales austriacos, a diferencia de cuanto ocurre con el requisito ya mencionado de distorsión sustancial del comportamiento del consumidor, [85] no están en condiciones de examinar si el anuncio, la oferta o la concesión de una prima son también desleales por su naturaleza por ser contrarios a las exigencias de la diligencia profesional. [86] Por ello, el órgano jurisdiccional remitente duda de que una prohibición general de primas en su versión actual pueda ser compatible con la Directiva 2005/29.

— Conclusión provisional

111. Por consiguiente, las observaciones del órgano jurisdiccional remitente corroboran mi tesis de que la prohibición de ofertas

84 — Véase el marginal 47, p. 19, del escrito del Gobierno austriaco.

85 — Véase el punto 95 de las presentes conclusiones.

86 — Véase el punto 10 de la resolución de remisión.

conjuntas contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG tampoco se ajusta a los criterios de la Directiva en lo relativo a la exigencia establecida en el artículo 5, apartado 2, letra a). En consecuencia, no puede constatarse que se dé una concordancia de la normativa objeto de litigio con las exigencias legales establecidas en el artículo 5, apartado 2, letra a). Tampoco se ha alegado que en el Derecho austriaco sobre la competencia desleal exista otra exigencia que se ajuste a los requisitos legales establecidos en el artículo 5, apartado 2, letra a).

112. Habida cuenta de que lo anterior ya basta para concluir que la normativa objeto de litigio es incompatible con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29, no veo necesidad alguna de continuar el examen sobre la base de esta disposición de la Directiva.

c) Conclusión

113. Una disposición nacional como el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, en la interpretación que se le atribuye, que impone una prohibición por principio a las ofertas conjuntas, sin prever la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, es, por su propia naturaleza, más rigurosa y más restrictiva que las disposiciones de la Directiva 2005/29.

114. A este respecto cabe señalar que el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG se refiere a un sector sometido a la plena armonización y para el que no rigen las disposiciones transitorias del artículo 3, apartado 5, de la Directiva. Ninguna de las partes del procedimiento ha alegado que la normativa nacional controvertida deba clasificarse en uno de los ámbitos mencionados en el noveno considerando de la Directiva. [87] Asimismo, no procede aplicar la excepción del artículo 3, apartado 9, de la Directiva.

115. La prohibición por principio de ofertas conjuntas del artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, en la interpretación restrictiva antes descrita, da lugar, en definitiva, a una ampliación de la lista de prácticas comerciales prohibidas que contiene el anexo I de la Directiva, algo que precisamente, debido a la armonización plena y de máximos que se propone la Directiva 2005/29, no está

87 — Como observa acertadamente Schuhmacher, W., *op. cit.* en la nota 21, p. 131, en el noveno considerando de la Directiva 2005/29 se mencionan algunos límites a la plena armonización. No obstante, ninguna de las partes del presente procedimiento prejudicial ha alegado expresamente que dichos límites sean aplicables al asunto principal. Desde un punto de vista objetivo, tampoco parece ser el caso.

permitido a los Estados miembros. [88] Además, teniendo en cuenta que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de la Directiva, la lista sólo se puede modificar mediante una revisión de la propia Directiva, es decir, conforme al procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, está prohibida su ampliación unilateral por los Estados miembros.

116. A la luz de las consideraciones precedentes, llego a la conclusión de que una normativa de un Estado miembro como la contenida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, aunque se interprete de forma restrictiva, no se corresponde con los criterios de la Directiva 2005/29.

Sobre la retirada de la Propuesta de la Comisión de un Reglamento relativo a las promociones de ventas en el mercado interior

117. El Gobierno austriaco apoya una parte de su argumentación en determinadas disposiciones de la Propuesta de un Reglamento relativo a las promociones de ventas en el mercado interior, que la Comisión acabó por retirar. [89] Dichas disposiciones contenían, entre otras cosas, normas relativas a la oferta de obsequios, primas o la posibilidad de participar en concursos y juegos. El Gobierno austriaco cree poder deducir de la retirada de esta propuesta que el ámbito normativo que habría quedado comprendido en la Propuesta de Reglamento relativo a las promociones de ventas seguiría careciendo de regulación y no estaría comprendido en la Directiva 2005/29.

118. Ya expuse con detalle mi postura sobre las consecuencias de la retirada de esta Propuesta de la Comisión para el tratamiento jurídico de las ofertas conjuntas en mis conclusiones presentadas en los asuntos VTB-VAB y Galatea [90] y en el asunto Plus. [91] Se debió a que las alegaciones de los Gobiernos belga y alemán en los citados asuntos eran en lo esencial iguales. En estas conclusiones declaré por qué, a mi juicio, ni de la Propuesta de la Comisión de Reglamento relativo a las promociones de ventas en el mercado interior ni de las propuestas modificadas presentadas a lo largo del proceso legislativo se pueden extraer conclusiones válidas para la interpretación de la Directiva 2005/29.

88 — Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 21, señala que los Estados miembros no pueden ampliar por sí solos la lista exhaustiva de prácticas comerciales prohibidas que contiene el anexo I de la Directiva 2005/29. Si les estuviera permitido hacerlo, ello tendría como consecuencia eludir la armonización de máximos que persigue la Directiva, frustrando así el objetivo de la seguridad jurídica. Keirsbilck, B., *op. cit.* en la nota 14, p. 522, califica de exhaustiva la lista de prácticas comerciales prohibidas contenida en el anexo I.

89 — Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las promociones de ventas en el mercado interior, de 15 de enero de 2002, COM(2001) 546 final.

90 — Citadas en la nota 15 *supra,* puntos 90 a 94.

91 — Citadas en la nota 20 *supra,* puntos 106 a 111.

119. En efecto, la propuesta antes citada se refiere a una norma comunitaria que nunca llegó a entrar en vigor ni, por tanto, llegó a formar parte del ordenamiento jurídico comunitario. Por consiguiente, no puede ser invocada sin más como objeto de interpretación, máxime cuando la Comisión retira por iniciativa propia esta propuesta, tal como ocurrió con la propuesta de reglamento citada. Ha de recordarse que la Comisión tiene un derecho de iniciativa y, por tanto, tiene la posibilidad de retirar sus propuestas. Con independencia de lo anterior, debe tenerse en cuenta que estas propuestas pueden además sufrir numerosas modificaciones del Consejo y del Parlamento en el marco del procedimiento legislativo, de manera que sólo se pueden invocar con reservas como ayuda a la interpretación. [92] En consecuencia, sobre la versión definitiva de tal Reglamento sólo cabe formular presunciones. A tal respecto, tal propuesta no resulta idónea para fundamentar la protección de los consumidores.

120. Con mayor motivo, un Estado miembro no podrá invocar con éxito la protección de la confianza legítima si ha participado de forma sustancial en ambos procedimientos legislativos. Los procedimientos legislativos del Reglamento y de la Directiva 2005/29 se cerraron parcialmente al mismo tiempo. En su condición de representante constitucional de un Estado miembro representado en el Consejo, el Gobierno austriaco participó de forma sustancial en ambos procedimientos legislativos y, por tanto, siempre estuvo informado sobre su desarrollo. En consecuencia, no puede invocar válidamente que ignoraba la tramitación de ambos procedimientos legislativos.

121. El Tribunal de Justicia ha subrayado la especial responsabilidad que tienen en la aplicación de las directivas los Gobiernos de los Estados miembros representados en el Consejo. Así, del hecho de que dichos Gobiernos participen en los trabajos preparatorios de las directivas, el Tribunal de Justicia ha concluido que deben poder elaborar las disposiciones legales necesarias para su aplicación en el plazo fijado. [93]

122. Por lo tanto, al menos desde el momento de la retirada de la propuesta de la Comisión, [94] el Gobierno austriaco debería

92 — Véase el punto 83 de mis conclusiones presentadas el 29 de octubre de 2009 en el asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, todavía pendiente. En este sentido, Riesenhuber, K., «Die Auslegung», en: *Europäische Methodenlehre*, Berlín, 2006, p. 257, apartado 31. El autor explica que la interpretación histórica, que trata de los antecedentes y del proceso de creación, desempeña un papel central en el Derecho privado europeo. Si la interpretación persigue el objetivo de transmitir la voluntad del legislador, entonces debe establecerse primero de quién es la voluntad determinante. Sólo tienen carácter de legislador democrático legítimo las instituciones legislativas cuyo consentimiento fundamenta el acto jurídico concreto. Por el contrario, existen varias instituciones que únicamente han de ser consultadas, y también la Comisión tiene sólo un derecho de iniciativa y la posibilidad de retirar sus propuestas, pudiendo éstas ser modificadas discrecionalmente en el proceso legislativo. En la medida en que las propuestas o deseos de la Comisión no sean admitidos, podría derivarse de ello, como máximo (aunque no necesariamente), un argumento *sensu contrario*.

93 — Sentencias de 1 de marzo de 1983, Comisión/Bélgica (301/81, Rec. p. 467), apartado 11, y de 23 de noviembre de 2000, Comisión/Francia (C-319/99, Rec. p. I-10439), apartado 10.

94 — La decisión de la Comisión de retirar su propuesta de reglamento fue publicada en DO 2006, C 64, p. 3. No obstante, la Comisión ya había anunciado esta decisión en su Comunicación «Resultados del examen de las propuestas legislativas pendientes ante el Legislador», COM(2005) 462 final, p. 10, de 27 de septiembre de 2005.

haber examinado en qué medida el ámbito de aplicación material de la Directiva 2005/29 se extendería a sectores que hasta entonces pretendía regular el Reglamento frustrado. La necesidad de tal forma de proceder resultaba obvia, máxime si se tiene en cuenta que la Directiva, en su concepción original, estaba destinada, por una parte, a introducir una normativa comunitaria general y subsidiaria en materia de protección de los consumidores y, por otra, a lograr una plena armonización de las disposiciones de los Estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales. [95] Habida cuenta de que la retirada tuvo lugar en un momento en que aún no había concluido el plazo de adaptación del Derecho nacional a la Directiva, el legislador austriaco estaba obligado a tener en cuenta estos conocimientos al adaptar el Derecho nacional.

123. Por último, ha de observarse que en la sentencia VTB-VAB y Galatea, el Tribunal de Justicia no abordó la argumentación esencialmente análoga del Gobierno belga, con lo cual manifestó implícitamente que no seguía esta línea argumental. Este último extremo fue confirmado en última instancia en la sentencia Plus. [96]

124. Por consiguiente, procede desestimar esta alegación.

5. Conclusiones

125. En resumen, procede afirmar que a la compatibilidad de la normativa nacional objeto de litigio con los criterios de la Directiva 2005/29 se opone, en primer lugar, la circunstancia de que dicha normativa, concebida como una prohibición general, reviste una estructura que no permite valorar en el caso concreto la lealtad de la práctica comercial de que se trate en la misma medida en que lo permite la Directiva. [97]

126. Asimismo, ha de hacerse constar que en la normativa nacional controvertida –aun tomando como base una interpretación restrictiva, tal como sostiene la jurisprudencia austriaca– no cabe ver una adecuada adaptación del Derecho interno a las disposiciones de los artículos 5, apartados 2, 4 y 5, de la Directiva. Ello se debe a que los requisitos legales del Derecho nacional o bien no se ajustan a los requisitos de la Directiva para calificar como desleal una práctica comercial o bien no pueden ser interpretados en concordancia con la Directiva.

95 — En este sentido, también Stuyck, J., *op. cit.* en la nota 18, p. 161, que expresa la presunción de que algunos Estados miembros no parecían tener muy claro que las disposiciones de la propuesta de reglamento retirada, relativas a la relación entre empresas y consumidores, finalmente entraban en el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 (en virtud de su objetivo de plena armonización).

96 — Sentencia Plus, citada en la nota 5 *supra,* apartado 33.

97 — Véanse los puntos 76 a 79 de las presentes conclusiones.

127. Dado que la Directiva 2005/29 se opone a una prohibición de ofertas conjuntas como la establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, no es necesario examinar una posible infracción de las libertades fundamentales. [98]

128. Habida cuenta de cuanto antecede, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que las disposiciones de la Directiva 2005/29 se oponen a una normativa nacional conforme a la cual se prohíben el anuncio, la oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas, así como el anuncio de ventajas gratuitas con otros bienes o servicios, salvo excepciones enumeradas con carácter taxativo, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso, agresivo o de cualquier otro modo desleal de esta práctica comercial, incluso cuando esta normativa no sólo está dirigida a la protección de los consumidores, sino también a la consecución de otros objetivos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación material de la citada Directiva, como por ejemplo la preservación del pluralismo de los medios de comunicación o la protección de los consumidores más débiles.

129. Por último, ha de recordarse en este contexto que –a diferencia de cuanto parece sostener el órgano jurisdiccional remitente–, [99] de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [100] en cualquier caso el Derecho comunitario no exige que los tribunales nacionales no apliquen, en un litigio entre particulares, el Derecho nacional que no sea compatible con una directiva.

C. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

130. La segunda cuestión prejudicial está dirigida en esencia –si se ha interpretado adecuadamente– a solicitar al Tribunal de Justicia que declare si una determinada práctica comercial, en circunstancias cuya concurrencia es manifiesta para el órgano jurisdiccional remitente, puede ser considerada «desleal» en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente parte en sus observaciones de la premisa de que «la posibilidad de participar en un concurso vinculada a la adquisición de un periódico constituye, al menos para una parte del público interesado, no el único motivo, pero sí el decisivo para adquirir el periódico». Este elemento característico resulta pertinente, antes de

98 — Véase la sentencia VTB-VAB y Galatea, citada en la nota 4 *supra*, apartado 67.

99 — Véase el punto 2.2, en la p. 13 de la resolución de remisión. En dicho punto el órgano jurisdiccional remitente afirma que el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG quedaría sin objeto en el caso de que el Tribunal de Justicia diera una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial.

100 — Sobre el efecto directo horizontal de las directivas, véanse las sentencias Marleasing, citada en la nota 64 *supra*, apartado 6; Faccini Dori, citada en la nota 64 *supra*, apartados 24 y ss.; de 26 de septiembre de 2000, Unilever Italia (C-443/98, Rec. p. I-7535), apartado 50. Sobre la posibilidad de interponer, conforme al Derecho comunitario, una demanda de responsabilidad del Estado, si las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas de un modo compatible con la Directiva, véanse las sentencias de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros (C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845); de 24 de septiembre de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411), apartados 27 y 28, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria (C-81/98, Rec. p. I-7671), apartados 49 y 50.

nada, para dilucidar la cuestión de si se da en el caso concreto una distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor medio de conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2005/29.

131. El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva aclara que el elemento decisivo es, primordialmente, el efecto de una determinada práctica comercial en el comportamiento del consumidor medio al que afecta o al que se dirige dicha práctica. Ahora bien, esta disposición de la Directiva no sólo recoge el método de examen desarrollado por el Tribunal de Justicia, sino que lo perfecciona adaptándolo a las situaciones en las que resultan afectados los intereses de grupos específicos. [101] En la medida en que una determinada práctica comercial se dirige a un determinado grupo de consumidores, lo decisivo es si tal práctica comercial distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de un miembro medio de este grupo. Este análisis deberá tomar como referencia la perspectiva de este consumidor medio, para lo cual deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, sus expectativas y reacciones previsibles. [102]

132. Habida cuenta de que es manifiesto que la invitación a participar en un concurso, publicada en su periódico por la demandada en el procedimiento principal, apareció en un periódico general y no en un periódico deportivo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar en qué medida esta oferta se dirige, en su caso, a un grupo específico de lectores y, por tanto, procede aplicar este segundo criterio de examen.

133. Sin perjuicio de lo anterior, ha de recordarse que, para poder llegar a la conclusión de que una práctica comercial es desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, deben cumplirse de forma cumulativa los requisitos de los supuestos recogidos en las letras a) y b). [103] En consecuencia, en el asunto principal tendría que poder afirmarse que concurre además una vulneración de los requisitos de la diligencia profesional. El concepto de «diligencia profesional» es definido en el artículo 2, letra h), de la Directiva como «el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante». Corresponderá al juez nacional examinar en concreto si se da tal vulneración en el asunto principal.

134. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la posibilidad de participar en un concurso, vinculada a la adquisición de un periódico, no es una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 solamente porque esta posibilidad de participación constituye al menos para una parte del público interesado, no el único motivo, pero sí el decisivo para adquirir el periódico.

101 — En este sentido se expresa también Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 25, quien habla de un perfeccionamiento de este método de examen por la vía de una modulación del mismo cuando resultan afectados los intereses de grupos específicos.

102 — Abbamonte, G., *op. cit.* en la nota 57, p. 25, da ejemplos de la aplicación de este régimen. Así, sostiene que cuando una práctica comercial se dirige a un grupo determinado de consumidores, por ejemplo a niños o a técnicos de cohetes, habrá de tomarse como referencia la perspectiva de un miembro medio de este grupo. En el caso de publicidad de juguetes en el marco de un programa de televisión para niños, a juicio de este autor deberán tomarse como referencia las expectativas y las reacciones previsibles de un niño medio de este grupo objetivo, y dejar a un lado las expectativas y reacciones que sean propias de un niño excepcionalmente inmaduro.

103 — Véase el punto 93 de las presentes conclusiones.

VII. Conclusión

135. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del Oberster Gerichtshof del modo siguiente:

«1) Las disposiciones 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) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales"), se oponen a una normativa nacional, como la establecida en el artículo 9a, apartado 1, número 1, de la UWG, conforme a la cual se prohíben el anuncio, la oferta o la concesión de ventajas gratuitas con publicaciones periódicas, así como el anuncio de ventajas gratuitas con otros bienes o servicios, salvo excepciones enumeradas con carácter taxativo, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso, agresivo o de cualquier otro modo desleal de esta práctica comercial, incluso cuando esta normativa no sólo está dirigida a la protección de los consumidores, sino también a la consecución de otros objetivos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación material de la citada Directiva, como por ejemplo la preservación del pluralismo de los medios de comunicación o la protección de los consumidores más débiles.

2) La posibilidad de participar en un concurso, vinculada a la adquisición de un periódico, no es una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 solamente porque esta posibilidad de participación constituye, al menos para una parte del público interesado, no el único motivo, pero sí el decisivo para adquirir el periódico.»