CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO presentadas el 29 de marzo de 2006 [1]

I. Observación preliminar

1. Mediante resolución de 29 de julio de 2004, el Rechbank van Koophandel te Brussel (Tribunal de Comercio de Bruselas; en lo sucesivo, «Rechtbank van Koophandel») planteó a este Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, cinco cuestiones prejudiciales que versan sobre la interpretación del artículo 3 *bis*, apartado 1, letras a), b) y c), de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa [2] (en lo sucesivo, «Directiva 84/450», o más sencillamente, «Directiva»), en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, [3] a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (en lo sucesivo, «Directiva 97/55»).

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55.

3 — DO L 290, p. 18.

II. Marco jurídico

Normativa comunitaria

2. La Directiva 84/450 se propone «proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas, y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa» (artículo 1).

3. Con arreglo al artículo 2, punto 2, de la Directiva debe considerarse publicidad engañosa «toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor».

4. El artículo 3 de la Directiva dispone que:

«Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

a) las características de los bienes o servicios [...];

b) el precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios;

c) la naturaleza, las características y los derechos del anunciante [...]»

5. Por su parte, el artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva establece lo siguiente:

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

a) que no sea engañosa según la definición del apartado 2 del artículo 2 y lo dispuesto en el artículo 3 y el apartado 1 del artículo 7;

b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;

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

6. Por último, el 11 de mayo de 2005, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2005/29/CE (en lo sucesivo, «Directiva 2005/29»), 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, [4] que introduce diversas modificaciones en la Directiva 84/450 en materia de publicidad engañosa, dejando pendientes, sin embargo, las disposiciones de la misma en materia de publicidad comparativa. Los Derechos internos de los Estados miembros deberán adaptarse a lo dispuesto en la Directiva 2005/29 a más tardar el 12 de junio de 2007.

4 — DO L 149, p. 22.

Normativa nacional

7. El ordenamiento jurídico belga se adaptó a la Directiva 84/450 mediante la Ley de 14 de julio de 1991, [5] relativa a las prácticas comerciales y a la información y protección de los consumidores, que en su versión consolidada de 8 de abril de 2003, [6] incluye todas las modificaciones introducidas también por la Directiva 97/55 sobre publicidad comparativa.

8. El artículo 23 *bis*, apartado 1, de dicha Ley establece los criterios para la apreciación de la legalidad de la publicidad comparativa. Este artículo reproduce íntegramente el texto del artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva.

III. Hechos y procedimiento

9. Lidl Belgium GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Lidl»), sociedad alemana que explota una cadena de grandes almacenes, opera sobre todo en el mercado minorista de los productos de alimentación y tiene numerosas filiales en Bélgica. La Etablissementen Franz Colruyt NV (en lo sucesivo, «Colruyt») es otra sociedad que opera en el mismo sector económico que explota más de 170 supermercados en Bélgica con el nombre «Colruyt».

10. El 19 de enero de 2004, Colruyt envió un folleto publicitario a sus clientes con el siguiente contenido:

«Estimado cliente: De nuevo ha podido usted hacer grandes ahorros en Colruyt durante el pasado año 2003. Sobre la base de nuestro índice medio de precios correspondientes al año pasado, hemos calculado que una familia que gasta 100 euros semanales en Colruyt ha ahorrado: entre 366 euros y 1.129 euros por comprar en Colruyt en vez de comprar en otros supermercados (como Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); entre 155 euros y 293 euros por comprar en Colruyt en vez de comprar en un hard discounter [empresa de grandes descuentos] o en el comercio mayorista (Aldi, Lidl, Makro). Al dorso podrá ver la evolución de la diferencia de precios respecto a otras tiendas durante el año 2003. [...] Para poder ofrecer de modo permanente los precios más bajos, comparamos diariamente 18.000 precios de otras tiendas. [...] Sobre la base de dichos datos, calculamos cada mes las diferencias de precios entre Colruyt y las demás tiendas. Este resultado corresponde a lo que denominamos nuestro índice de precios, certificado por Quality Control, un instituto independiente de control de calidad. En consecuencia, en Colruyt usted disfruta cada día, en cualquier momento del año, de los precios más bajos. También en 2004 nos mantenemos fieles a esta garantía».

5 — *Moniteur belge* de 29.8.1991.
6 — *Moniteur belge* de 8.4.2003.

11. Además, Colruyt utilizaba el siguiente texto en sus tiques de compra, remitiéndose a su sitio Internet para más información sobre el sistema de comparación de precios que aplicaba:

«¿Cuánto ha ahorrado usted en el año 2003? Suponiendo que haya gastado 100 euros semanales en Colruyt, con arreglo a nuestro índice de precios usted ha ahorrado: entre 366 y 1.129 euros en comparación con otros supermercados (como Carrefour, Cora, Delhaize, etc.); entre 155 y 293 euros en comparación con los hard discounters o con el comercio mayorista (Aldi, Lidl, Makro)».

12. Por otra parte, en 2003 Colruyt lanzó una gama de productos básicos con la denominación «BASIC». Diversos pasajes de sus folletos publicitarios contenían las siguientes expresiones: «BASIC: los precios absolutamente más baratos de Bélgica. Aún más baratos que la gama comparable de los hard discounters (Aldi, Lidl) [...]»; «BASIC = LOS PRECIOS MÁS BAJOS DEL MERCADO [...] junto a una fuerte reducción de precios general, también le ofrecemos a partir de ahora muchos productos que usted puede comparar con los de los hard discounters tradicionales (como Aldi y Lidl) y con los productos "a mejor precio" de otros supermercados. Éstos son nuestros productos BASIC: productos básicos para el consumo diario a precios absolutamente mínimos». Colruyt incluía también en los tiques de compra eslóganes publicitarios del mismo tenor.

13. Por considerar que dichas prácticas constituyen publicidad comparativa desleal y, por tanto, ilegal con arreglo a la citada Ley belga de 14 de julio de 1991, Lidl interpuso un recurso ante el Rechtbank van Koophandel.

14. El referido órgano jurisdiccional, al albergar dudas sobre la interpretación de la Directiva, consideró necesario plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra a), de la Directiva 84/450/CEE (en la versión establecida por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa), en el sentido de que no está permitida la comparación del nivel general de precios de los anunciantes con el de los competidores (dicho nivel se establece extrapolando el resultado de la comparación de los precios de una serie de productos), porque dicha comparación sugiere que todos los productos de la gama del anunciante son más baratos, a pesar de que la comparación realizada sólo se refiere a una serie limitada de productos, a no ser que la publicidad permita determinar qué productos, y en qué cantidades, del anunciante, por un lado, y de los competidores, por otro, se

comparan, y permita saber qué lugar ocupan los competidores, en el contexto de la comparación, y cuáles son los precios que se comparan con los del anunciante y con los de los demás competidores?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450/CEE (en la versión establecida por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa), en el sentido de que la publicidad comparativa sólo está permitida si la comparación se refiere a bienes o a servicios individuales que satisfacen las mismas necesidades o están destinados al mismo uso, excluyendo las gamas de productos, incluso aunque dichas gamas en su conjunto, y no necesariamente respecto a cada elemento, satisfagan las mismas necesidades y estén destinadas al mismo uso?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva 84/450/CEE (en la versión establecida por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa), en el sentido de que la publicidad comparativa en la que se comparan los precios de los productos o el nivel general de precios de los competidores sólo es objetiva cuando enumera los productos y los precios comparados del anunciante y de todos los competidores comparados y cuando permite conocer los precios aplicados por el anunciante y sus competidores, en cuyo caso todos los productos comparados deben ser designados expresamente indicando su proveedor?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva 84/450/CEE (en la versión establecida por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa), en el sentido de que una característica de una publicidad comparativa sólo es verificable cuando pueda ser comprobada por las personas a las que se dirige la publicidad, o basta con que pueda ser comprobada por terceros a los que no está dirigida?

5) ¿Debe interpretarse el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva 84/450/CEE (en la versión establecida por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica

la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa), en el sentido de que el precio de los productos y el nivel general de precios de los competidores en sí mismo es una característica verificable?»

15. En el procedimiento iniciado ante este Tribunal de Justicia, han presentado observaciones escritas Colruyt, Lidl, la República Francesa, la República de Polonia y la Comisión.

16. Además, en la vista celebrada el 7 de diciembre de 2005 fueron escuchados Colruyt, el Reino de Bélgica y la Comisión.

IV. Análisis jurídico

Observación preliminar

17. Mediante sus numerosas y articuladas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente se interroga sobre la legalidad de dos formas específicas de publicidad comparativa que se basan en una comparación de precios, sin que se aclare, no obstante, en el mensaje publicitario cuáles son los bienes comparados y los precios respectivos.

18. En particular, se trata de una publicidad que, por un lado, compara los niveles generales de precios practicados por diversos supermercados, calculándolos sobre la base de una muestra de productos seleccionados entre todos los vendidos por las diversas empresas competidoras (en lo sucesivo, «publicidad sobre niveles de precios»); por otro lado, afirma de manera categórica que una determinada gama de productos es en absoluto la más barata del mercado (en lo sucesivo, «publicidad sobre productos BASIC»).

19. Con carácter preliminar debo señalar, sin embargo, que algunas de las cuestiones planteadas por el Rechtbank van Koophandel respecto a la publicidad descrita no me parecen totalmente inteligibles y, además, parece que plantean repetidas veces los mismos temas (por ejemplo, el hecho de que los mensajes publicitarios controvertidos no indiquen expresamente los bienes y precios comparados por el anunciante).

20. Por ello, estimo oportuno, prescindiendo de los problemas de formulación o reformulación de dichas cuestiones, centrarme en la esencia de las mismas. A tal efecto, considero, a la luz del contexto y del conjunto de los elementos aportados al Tribunal de Justicia, que son básicamente tres las cuestiones que el órgano jurisdiccional remitente plantea y a ellas me propongo dar respuesta en el presente asunto.

21. Así pues, procede preguntarse:

i) Si una publicidad comparativa puede, a la luz del requisito de «homogeneidad»,[7] previsto en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva, comparar no sólo productos individuales sino también gamas de productos (segunda cuestión).

ii) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, si los requisitos de «objetividad» y «verificabilidad» de la comparación, contenidos en la letra c) de la misma disposición, exigen que el mensaje publicitario indique expresamente la identidad y el precio de los productos incluidos en las gamas comparadas (cuestiones tercera, cuarta y quinta).

iii) Si una publicidad que compare el nivel general de precios, basada en una cesta de productos de los vendidos por varias empresas, debe considerarse «engañosa» en el sentido de la letra a) de la misma disposición, debido a que podría inducir al consumidor a pensar que todos los productos de una determinada empresa son más baratos (primera cuestión).

7 — El requisito de la «homogeneidad» se entiende en el sentido de que la publicidad comparativa debe comparar «bienes [...] que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad» [artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva].

22. Se trata en definitiva, como puede verse, de determinar si el tipo de mensajes publicitarios de que se trata reúnen los requisitos de legalidad establecidos al respecto por la Directiva en materia de publicidad comparativa y, en particular, los requisitos de «homogeneidad», «objetividad», «verificabilidad» y «carácter no engañoso» de dicha publicidad. Todo ello teniendo presente que, como precisa el undécimo considerando de la Directiva 97/55, esos requisitos son acumulativos, en el sentido de que una publicidad comparativa deberá reunirlos todos y en su integridad para resultar compatible con el Derecho comunitario.

23. Precisado lo cual paso, pues, a examinar cada una de las cuestiones siguiendo el planteamiento y el orden arriba indicados.

Sobre la legalidad de la comparación entre gamas de productos

24. Mediante la segunda cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente al Tribunal de Justicia si el requisito de «homogeneidad» a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva se opone a una publicidad que no compare bienes o servicios individuales sino que realice una comparación entre gamas de productos o servicios.

25. Sobre este particular, las partes han expuesto argumentos divergentes. Lidl, al igual que los Gobiernos polaco y francés, se inclinan por una respuesta afirmativa a esta cuestión, basándose en que dicha publicidad sería contraria a la propia letra de la disposición que se examina (autoridades francesas y polacas) y, en cualquier caso, se prestaría a inducir a error a los consumidores, debido a la heterogeneidad de los productos que forman parte de la gama (Lidl).

26. Por su parte, la Comisión no considera que una comparación entre grupos de productos sea, en sí misma, ilegal. En cambio, señala, son decisivas al respecto las características concretas del mensaje publicitario difundido y el cumplimiento de los requisitos de legalidad establecidos en la Directiva.

27. Colruyt, apoyada a este respecto por el Gobierno belga, sostiene por el contrario la plena legalidad de una publicidad basada en gamas de productos, siempre que los bienes que formen parte de la misma hayan sido elegidos de tal modo que la comparación se realice en todo momento entre productos «que tengan las mismas características y satisfagan las mismas necesidades».

28. Por mi parte, señalaré desde el primer momento que comparto la tesis según la cual el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva no permite, en principio, mensajes publicitarios basados en una comparación entre gamas de productos diferentes.

29. Ante todo, no creo que la letra de la disposición analizada impida dicha comparación. Aquélla se limita, en efecto, a establecer que la publicidad debe «[comparar] bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad». A mi juicio, ese requisito tiene un alcance muy distinto al que sugieren Lidl y los Gobiernos polaco y francés, en el sentido de que no se refiere a la cantidad o la diversidad del producto anunciado, sino a la naturaleza del mismo, y ello desde un doble punto de vista.

30. Por un lado, el requisito a que se refiere la letra b) exige que la comparación publicitaria se realice siempre entre «bienes o servicios», impidiendo por tanto comparaciones entre diversos competidores que no se refieran a los bienes o servicios que ofrecen al consumidor. Por ejemplo, no sería a mi juicio aceptable una publicidad del tipo «la empresa X es más fiable que la empresa Y», ya que tal comparación no versaría sobre ningún producto o servicio, sino sobre una cualidad o característica de las empresas mencionadas en la publicidad.

31. Por otro lado, dicho requisito tiene como objetivo limitar la comparación publicitaria a bienes sustituibles y homogéneos entre sí. Nuevamente a título de ejemplo, estimo que no puede considerarse que está permitida una publicidad que compare un automóvil con una bicicleta, puesto que es evidente que estos bienes satisfacen diferentes necesidades.

32. En suma, el requisito que se analiza pretende impedir formas de publicidad «artificiosas» que parten de comparaciones incongruentes o al límite del absurdo, por cuanto o no se basan en absoluto en bienes o servicios, o se basan en bienes o servicios no comparables.

33. Añadiré que considerar en sí prohibidos mensajes publicitarios basados en gamas de productos me parece también contrario a los objetivos de la Directiva. Ésta considera ciertamente que la publicidad comparativa es un instrumento muy importante para «estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor» por cuanto «[contribuye] a demostrar objetivamente las ventajas de los distintos productos comparables» (segundo considerando), reforzando de ese modo «el derecho a la información» de los consumidores (quinto considerando). [8]

34. Dicho de otro modo, el legislador comunitario considera que la publicidad comparativa puede incrementar la transparencia del mercado, constituyendo un medio eficaz de información y orientación al consumidor. En efecto, precisamente dentro de esta óptica, el Tribunal de Justicia ha señalado que «los requisitos impuestos a la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable a este tipo de publicidad». [9]

35. Efectivamente, mal se acomodaría a dicho objetivo, por ser claramente limitativa de la publicidad comparativa, una solución que prohibiese siempre y en todo caso recurrir a comparaciones entre gamas de bienes. Una información publicitaria de este tipo, que contenga datos complementarios y sintéticos, puede ser útil para el consumidor.

36. Ello es así en particular en el sector de la gran distribución, en el que operan las partes del procedimiento principal. Me parece evidente que, como arguye Colruyt, el consumidor medio elige el supermercado en el que va a realizar sus compras no sólo basándose en el precio de algunos productos, sino también en función de la política general de precios que practique. En consecuencia, una publicidad que compara datos más generales y completos que los relativos a bienes individuales, si se realiza correctamente, puede resultar de ayuda para el consumidor, puesto que le indica qué supermercados practican, en general, los precios más bajos.

8 — Sobre la estrecha relación consistente entre protección e información a los consumidores, que inspira toda la política comunitaria en materia de protección de los consumidores, véanse las sentencias de 7 de marzo de 1990, GB-INNO-BM (362/88, Rec. p. I-667), apartado 14, y de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher (C-126/91, Rec. p. I-2361), apartado 17.

9 — Véanse las sentencias de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Rec. p. I-7945), apartado 37, y de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec. p. I-3095), apartado 42.

37. Por otra parte, si no me equivoco, publicidades relativas no a bienes o servicios individuales, sino a paquetes o gamas de productos no son inusuales en los Estados miembros. Recordaré por ejemplo que el propio Tribunal de Comercio de Bruselas, en un procedimiento anterior, no consideró que dicha forma de publicidad era ilegal en sí, sino que analizó concretamente el contenido y las modalidades de la misma a la luz de los criterios establecidos en la Directiva. [10]

38. Estimo, por tanto, que el requisito de «homogeneidad» a que se refiere la disposición examinada no puede hacer que se consideren ilegales en sí mensajes publicitarios basados en una comparación entre gamas de productos. Obviamente, para que resulte plenamente permitida tal publicidad, deberá cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva (véase el punto 22 de las presentes conclusiones). Más adelante veremos si es esto lo que sucede en el caso de los mensajes publicitarios objeto del procedimiento principal.

39. A la luz de las consideraciones expuestas más arriba propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que responda al órgano jurisdiccional nacional que el requisito a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva no se opone a una comparación publicitaria entre gamas de bienes o servicios.

10 — Sentencia de 30 de junio de 2004, asunto Cora/Colruyt, p. 6. Se ha adjuntado una copia de dicha sentencia a los escritos presentados durante el procedimiento por Colruyt.

Sobre el requisito relativo a la verificabilidad de la comparación

40. Mediante sus cuestiones tercera, cuarta y quinta, el Rechtbank van Koophandel pretende que se dilucide si los requisitos de «objetividad» y «verificabilidad» a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva, exigen que el mensaje publicitario indique expresamente la identidad y el precio de los productos incluidos en las gamas comparadas.

41. También sobre este extremo, las partes formulan alegaciones divergentes. Lidl, el Gobierno polaco y las autoridades francesas proponen que se dé una respuesta afirmativa a la cuestión. A su juicio, una publicidad que no mencione los elementos esenciales de la comparación no sería objetiva ni verificable, por cuanto no permitiría a sus destinatarios controlar la precisión y exactitud de lo que afirma el anunciante. Consideran que esto es precisamente lo que sucede en el caso de autos, ya que los mensajes publicitarios objeto del procedimiento principal no posibilitan que los consumidores comprendan inmediatamente a qué bienes y precios se refieren y, por ende, que verifiquen la exactitud de la comparación realizada.

42. La Comisión también estima que el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la

Directiva y, en particular, el requisito de verificabilidad establecido por dicha norma, considera indispensable que la publicidad permita, ante todo, identificar los productos objeto de la comparación. Sin embargo, la referida institución piensa que esa identificación no debe necesariamente figurar en el mensaje publicitario, siendo suficiente que éste la haga expresamente posible. No obstante, también desde este punto de vista, en el caso de autos no puede considerarse que la publicidad sobre niveles de precios difundida por Colruyt es legal, ya que el consumidor no está en condiciones de saber qué bienes ha comparado el anunciante para determinar los niveles de precios publicados. A su juicio, es legal, en cambio, la publicidad sobre productos BASIC, puesto que en ella la comparación se refiere a todos los productos etiquetados por Colruyt con aquella marca y sus homólogos en los supermercados competidores, lo que permite indirectamente a los consumidores saber qué productos han sido comparados.

43. Colruyt y el Gobierno belga estiman, por su parte, que no es necesaria ninguna identificabilidad de los productos anunciados, al no estar previsto expresamente este requisito en el artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva. Sostienen, ante todo, que el criterio de la «verificabilidad» no exige que todas las afirmaciones realizadas en publicidad deban ser verificables por el consumidor, sino simplemente que la veracidad de las mismas pueda ser probada objetivamente por el anunciante, si fuere necesario incluso por la vía judicial. Además, el criterio de la «objetividad», a que se refiere la misma disposición, nada añade al de la «verificabilidad». Piensan que si se cumple este último requisito, sería suficiente, por sí mismo, para calificar de «objetiva» una publicidad comparativa.

44. Por lo que a mí respecta, diré desde un primer momento que el requisito de «objetividad» a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), no me parece realmente relevante para resolver la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, a mi juicio, dicho requisito exige simplemente que las cualidades de los productos anunciados sean de tal naturaleza que puedan ser comparadas de forma equitativa e imparcial. Es decir, es preciso que la comparación expuesta en el mensaje publicitario se refiera a características perceptibles objetivamente y no a cualidades que puedan depender de gustos o preferencias subjetivas.

45. Simplificando y ejemplificando, una empresa puede muy bien comparar el precio de dos productos análogos afirmando que uno es más barato que el otro, ya que el precio es una característica objetiva y no opinable. No puede, en cambio, anunciar sus propios productos como estéticamente más bellos o más elegantes que los de sus competidores, puesto que es evidente que dichas características encierran un juicio

subjetivo que puede variar de unas personas a otras. [11]

46. Por consiguiente, la cuestión planteada por el Rechtbank van Koophandel debe examinarse a la luz sobre todo del requisito de la «verificabilidad» de la publicidad, a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c).

47. A este respecto, me parece convincente la alegación de Lidl, de los Gobiernos polaco y francés así como de la Comisión, según la cual un mensaje publicitario puede considerarse «verificable» únicamente si hace que sus destinatarios estén en condiciones de identificar los bienes o servicios comparados.

48. En realidad, el requisito que se analiza se vería privado de toda eficacia si los sujetos *(in primis,* los consumidores o los competidores del anunciante) potencialmente interesados en controlar la veracidad y exactitud de las afirmaciones del anunciante no estuviesen en condiciones de efectuar dicho control, al ser evidentemente imposible realizar una comparación si no se conocen o no son inteligibles los términos de la misma.

49. Por otra parte, una publicidad comparativa que no permitiese la identificación de los bienes o las características confrontados, no cumpliría tampoco la ya mencionada finalidad informativa perseguida por la Directiva (véanse los puntos 33 y 34 de las presentes conclusiones). Debido a su indeterminación y vaguedad, dicha publicidad no sería capaz de orientar correctamente al consumidor en sus decisiones de compra.

50. Señalaré, en suma, que tal publicidad encarnaría todos los riesgos tradicionalmente asociados a algunas formas de publicidad comparativa (denigración de los competidores, engaño a los consumidores, confusión entre productos, etc.), sin ofrecer, en cambio, las ventajas que esta publicidad debería aportar al consumidor (mayor transparencia del mercado, estímulo de la competencia entre las diversas empresas, etc.).

51. Dicho lo cual, debo discrepar, en cambio, de las posiciones de Lidl y de los Gobiernos polaco y francés, cuando afirman que los mensajes publicitarios han de identificar analíticamente todos los productos comparados, con sus precios respectivos.

11 — Véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Léger de 8 de febrero de 2001 en el asunto Toshiba Europe, antes citado, puntos 50 y 51.

52. En primer lugar, no creo que la Directiva avale tal interpretación. Su artículo 2 establece, en efecto, que por publicidad comparativa debe entenderse «toda publicidad que aluda explícita o *implícitamente* a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor». [12] Tampoco impone la Directiva requisitos diferentes en función de que los mensajes publicitarios contengan referencias explícitas o implícitas, sino que se limita a especificar una serie de requisitos que deben ser cumplidos por cualquier forma de mensaje (explícito o implícito) que pueda acogerse a la definición de «publicidad comparativa» en el sentido del citado artículo 2.

53. En segundo lugar, la interpretación criticada convertiría la publicidad comparativa en un instrumento difícilmente o de ninguna manera utilizable cada vez que los datos elaborados sean complejos y múltiples. Precisamente en el caso que se examina, Colruyt afirma, por ejemplo, que se han comparado miles de productos y precios diferentes; está claro que en ese caso sería cuando menos dificultoso insertar en el propio mensaje publicitario una larguísima lista de productos comparados, junto con sus precios respectivos. Pero pueden darse imperativos similares de brevedad o simplicidad de un anuncio publicitario en otros casos, por ejemplo, cuando se comparen los componentes químicos de varios productos de limpieza, o los valores nutritivos de determinados productos alimenticios.

54. En realidad, creo que a un mensaje publicitario debe exigírsele siempre exactitud y precisión, pero no que además sea en todo momento detallado y completo, como si se tratase de una publicación científica o estadística. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se omitan en el mensaje aspectos no esenciales o relevantes de la publicidad o, por otra parte, en el supuesto de que los elementos necesarios para identificar los términos esenciales de la comparación publicitaria puedan ser obtenidos por el consumidor también por otro medio (por ejemplo, en el sitio de Internet del anunciante indicado eventualmente en la publicidad).

55. Me parece, pues, que puede decirse, a modo de conclusión, que el requisito de la verificabilidad de lo afirmado por el anunciante puede considerarse cumplido no sólo, evidentemente, cuando estén incluidos directamente en el mensaje publicitario todos los elementos de la comparación, sino también cuando el mensaje indique dónde y cómo puede un consumidor medio identificar fácilmente estos elementos o, en cualquier caso, cuando permita claramente a ese consumidor, habida cuenta del contexto y las circunstancias del caso, tomar conocimiento de dichos elementos.

56. Dicho lo cual, cabe señalar que no se está ante uno de los supuestos previstos cuando

12 — El subrayado es mío. Sobre el alcance del concepto de publicidad comparativa véanse, asimismo, las sentencias Toshiba Europe, antes citada, apartado 31, y Pippig Augenoptik, antes citada, apartado 35.

tal conocimiento únicamente puede obtenerse mediante la incoación de un procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa de control. Éste sería, en cambio, el resultado al que se llegaría si se acogiese la tesis de Colruyt, según la cual el requisito de verificabilidad que se analiza debe considerarse cumplido también cuando un consumidor o un competidor no tengan otro medio de identificar los datos en que se basa la comparación publicitaria que recurrir a una de aquellas autoridades.

57. En efecto, tal tesis, además de frustrar la garantía de verificabilidad por lo que a los consumidores respecta, obligándoles a recurrir a procedimientos complejos y costosos, introduciría asimismo una auténtica distorsión en la lógica del sistema establecido por la Directiva. La vía judicial debe reservarse, en efecto, a la determinación del eventual carácter engañoso o, en cualquier caso, ilegal de la publicidad, y a la aplicación de las correspondientes sanciones y no precisamente a la mera obtención de datos.

58. Tampoco cabe objetar que los datos que sirven de base para la comparación pueden considerarse cubiertos por el secreto comercial o que puede resultar difícil proporcionarlos de modo completo y detallado, debido a su número y/o volumen. Creo que el argumento del secreto comercial, al que hizo referencia la demandada en la vista, es en el caso de autos poco convincente, dado que los datos en cuestión no son sino una enumeración de productos ofrecidos al público y sus precios respectivos. Por otra parte, ya he subrayado que este conjunto de informaciones –aunque sea voluminoso– puede conocerse también por otra vía y, en particular, facilitarse al consumidor a través de medios de comunicación de uso común (véanse los puntos 54 y siguientes de las presentes conclusiones).

59. Así pues, confirmo que, a mi juicio, exigir la plena transparencia y verificabilidad de cuanto se afirma en la publicidad no puede considerarse una carga, de Derecho o de hecho, insuperable para el anunciante.

60. Añadiré que dicha solución me parece además conforme con el espíritu de la citada Directiva 2005/29, que modifica la Directiva 84/450. Es cierto que ésta no se refiere a la publicidad comparativa sino a las prácticas comerciales desleales entre empresas y consumidores; me parece, sin embargo, que puede proporcionar indicaciones útiles para reconstruir las orientaciones generales del legislador comunitario. En efecto, en el artículo 7, apartados 1 y 3, aquella Directiva dispone precisamente que se considerará engañosa «toda práctica comercial que [...] omita información sustancial [...]. Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica

comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para *poner la información a disposición del consumidor por otros medios*». [13]

61. Pasando entonces a analizar las campañas publicitarias promovidas por Colruyt siguiendo las consideraciones expuestas más arriba, no estoy seguro, a la luz del test a que me he referido anteriormente (véase el punto 55), de que una publicidad como la de los productos BASIC pueda permitir una identificación de los bienes comparados y, por ende, una verificación de los precios respectivos. En efecto, aun admitiendo que, sobre la base de la información contenida en el mensaje publicitario, el consumidor logre identificar los productos del anunciante a los que se refiere dicha publicidad, quedaría en cualquier caso por comprobar si aquella información permite identificar también los productos de los competidores de Colruyt objeto de comparación (en concreto, el consumidor debería estar en condiciones no sólo de descifrar cuál es el queso «Basic» de Colruyt, sino también de reconocer el supuesto «homólogo» de Lidl).

62. Tengo serias dudas también por lo que respecta a la publicidad sobre niveles de precios. No creo que en el presente caso aquélla permita una identificación de los bienes objeto de la comparación y menos una verificación de las afirmaciones realizadas en las publicidades controvertidas. En efecto, ni dichos bienes y sus precios respectivos figuran en el mensaje publicitario ni estos datos pueden obtenerse por otra vía. Por otra parte, la propia Colruyt precisó en la vista que «[la posibilidad de acceso por parte de los competidores o de los consumidores a los datos en que se basa la comparación de los precios] no está prevista actualmente».

63. Dicho lo cual, debo recordar, en cualquier caso, que la última palabra sobre el particular la tiene el órgano jurisdiccional remitente, que es el mejor situado para determinar si efectivamente las formas de publicidad comparativa difundidas por Colruyt cumplen o no el requisito de «verificabilidad», en los términos que he intentado precisar anteriormente.

64. A la luz de las consideraciones expuestas más arriba propongo, pues, al Tribunal de Justicia que responda en el sentido de que los requisitos de «objetividad» y «verificabilidad» de la comparación publicitaria, impuestos en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva no se oponen a mensajes publicitarios que no mencionen expresamente los bienes y los precios comparados, siempre que los mismos mensajes indiquen dónde y cómo pueden ser identificados fácilmente dichos elementos por un consu-

13 — El subrayado es mío.

midor medio o, en cualquier caso, permitan claramente a éstos, teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias del caso, conocer esos elementos.

67. El Gobierno francés y la Comisión consideran, en cambio, que la capacidad de dicha comparación para inducir a error a los consumidores depende de las circunstancias del caso, e *in primis* de la metodología utilizada para calcular los niveles de precios. La apreciación concreta del carácter engañoso del mensaje publicitario difundido por Colruyt debe corresponder, por tanto, al órgano jurisdiccional nacional.

Sobre el carácter engañoso de la publicidad sobre niveles de precios

65. Por último, el órgano jurisdiccional remitente pretende fundamentalmente que se dilucide si una publicidad que compare los niveles de precios practicados por diversos supermercados, calculando dichos niveles sobre la base de una muestra de productos, debe considerarse «engañosa», en la media en que podría inducir al consumidor a pensar que la oferta es más ventajosa por lo que respecta a toda la gama de sus productos.

68. Según Colruyt y las autoridades belgas, por último, un tipo de publicidad comparativa que verse sobre el nivel de precios no es engañosa en el sentido de la Directiva, salvo que la gama de productos que sirve de base para la comparación no sea suficientemente representativa.

69. Por mi parte, recordaré ante todo que, con arreglo al artículo 2, apartado 2, de la Directiva, es engañosa «toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor».

66. Las partes exponen sobre este particular argumentaciones opuestas. Lidl y las autoridades polacas consideran que dicha publicidad debe considerarse engañosa. En efecto, estiman que, al afirmarse que Colruyt practica precios generalmente más bajos con respecto a los de sus competidores sin indicar, no obstante, de manera precisa ni los precios ni los productos a los que se está refiriendo, se está dando la impresión de que esa cadena de supermercados es siempre y en cualquier caso más barata.

70. Para verificar si concurren dichos requisitos, según la jurisprudencia comunitaria,

hay que tomar «en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». [14] Por consiguiente, la apreciación debe efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta «todos los elementos pertinentes, incluidas las circunstancias en las que se venden los productos [...], la presentación y el contenido de la publicidad y el riesgo de error en función del grupo de consumidores de que se trate». [15]

71. A la luz de dichos criterios, considero que una publicidad comparativa sobre niveles de precios basada en una extrapolación de los datos de muestreo y que induzca a pensar al consumidor que las diferencias de precio indicadas son aplicables a la totalidad de los productos vendidos por el anunciante, puede considerarse engañosa en el sentido de la Directiva. En efecto, dicha publicidad es capaz, a mi juicio, de generar falsas expectativas en el consumidor medio, que puede esperar obtener cierto nivel de ahorro, con independencia del tipo y la cantidad de bienes adquiridos.

72. Dicho lo cual, he de recordar, sin embargo, que no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si en el caso de autos los mensajes de Colruyt son efectivamente de tal naturaleza que induzcan a un número suficientemente significativo de consumidores [16] a pensar que los productos comercializados por el anunciante son más baratos en toda su gama. Se trata, ciertamente, de una apreciación de hecho que corresponde, como es sabido, al órgano jurisdiccional remitente. [17] Coincido, pues, con el Gobierno francés y con la Comisión en que deberá ser dicho órgano jurisdiccional quien examine el efectivo carácter engañoso de las publicidades impugnadas por Lidl, a la luz de todas las circunstancias relevantes.

73. Propongo, por tanto, al Tribunal de Justicia que responda que una publicidad comparativa de los niveles de precios practicados por diversos supermercados, basada en una extrapolación de los datos de muestreo y que induzca a pensar que las diferencias de precio indicadas son aplicables a la totalidad de los productos vendidos por dichos supermercados, es engañosa en el sentido del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra a), de la Directiva.

14 — Sentencia de 13 de enero de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec. p. I-117), apartado 27. Véase también la sentencia de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide y Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657), apartado 37.

15 — Sentencia de 26 de noviembre de 1996, Graffione (C-313/94, Rec. p. I-6039), apartado 26; véase también la sentencia de 16 de enero de 1992, X (C-373/90, Rec. p. I-131), apartados 15 y 16.

16 — Sobre este requisito, véanse las citadas sentencias Estée Lauder, apartado 31, y Gut Springenheide y Tusky, apartado 34.

17 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de febrero de 1992, Gutshof-Ei (C-203/90, Rec. p. I-1003); de 17 de marzo de 1983, De Kikvorsch (94/82, Rec. p. 947); Graffione, antes citada, y Gut Springenheide y Tusky, antes citada.

V. Conclusión

74. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Rechtbank van Koophandel en los siguientes términos:

«1) El requisito de legalidad a que se refiere el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, no se opone a comparaciones publicitarias entre gamas de bienes o servicios.

2) Los requisitos de «objetividad y «verificabilidad» de la comparación publicitaria, establecidos en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de la Directiva no se oponen a mensajes publicitarios que no mencionen expresamente los bienes y los precios comparados, siempre que los mismos mensajes indiquen dónde y cómo pueden ser identificados fácilmente dichos elementos por un consumidor medio o, en cualquier caso, permitan claramente a éstos, teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias del caso, conocer esos elementos.

3) Una publicidad comparativa de los niveles de precios practicados por diversos supermercados, basada en una extrapolación de los datos de muestreo y que induzca a pensar que las diferencias de precio indicadas son aplicables a la totalidad de los productos vendidos por dichos supermercados, es engañosa en el sentido del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra a), de la Directiva».