

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 30 de noviembre de 2006¹

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, la Cour d'appel de Bruxelles plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones sobre la interpretación de algunas disposiciones relativas a la publicidad comparativa contenidas en la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa,² en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997.³

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el ámbito de un litigio entre el Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (Comité Interprofesional del Vino de Champagne; en lo sucesivo, «CIVC») y la sociedad Veuve Clicquot Ponsardin (en lo sucesivo, «Veuve Clicquot»), por un lado, y la sociedad De Landtsheer Emmanuel (en lo sucesivo, «De Landtsheer»), por otro, a propósito de las prácticas publicitarias utilizadas por esta

última en la comercialización de la cerveza «Malheur Brut Réserve».

Marco normativo de referencia

Normativa comunitaria

3. La Directiva 97/55 introdujo en la Directiva 84/450, que inicialmente versaba solamente sobre la publicidad engañosa, una serie de disposiciones en materia de publicidad comparativa.

4. El artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, en su versión modificada por la Directiva 97/55 (en lo sucesivo, «Directiva 84/450»),⁴ define la «publicidad compara-

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 250, p. 17; EE 15/05, p. 55.

3 — DO L 290, p. 18.

4 — La Directiva 84/450 ha sido modificada en último lugar por 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 «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales» (DO L 149, p. 22.). Algunas de las modificaciones introducidas por la Directiva 2005/29 afectan a disposiciones de la Directiva 84/450 relativas a la publicidad comparativa, entre las que se cuenta el artículo 3 *bis*, pero en aspectos no relevantes a los fines del presente asunto. Además, la Directiva 2005/29 exige la adopción de las disposiciones internas necesarias para la adaptación del Derecho interno a ella no más tarde del 12 de junio de 2007 y la aplicación de dichas disposiciones no más tarde del 12 de diciembre de 2007. Así pues, en el marco de las presentes conclusiones tendré en cuenta el texto de la Directiva 84/450 en su versión modificada por la Directiva 97/55, y no el resultante de las modificaciones introducidas por la Directiva 2005/29.

tiva», a efectos de la propia Directiva, como «toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor».

tes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;

5. El artículo 3 *bis* de la Directiva 84/450 dispone:

«1. 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, pertinen-

d) que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor;

e) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;

f) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;

g) que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;

h) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos.

[...]

un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor», mientras que el artículo 23 *bis* de la LPCC establece los requisitos de licitud relativos a la comparación, reproduciendo textualmente,⁵ en el apartado 1, el contenido del artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 84/450, y prohíbe expresamente, en su apartado 3, toda publicidad comparativa que no respete dichas condiciones.

Normativa nacional

6. La Ley belga de 14 de julio de 1991 sobre prácticas comerciales y sobre información y protección del consumidor (loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur; en lo sucesivo, «LPCC»), en su versión vigente en la época de los hechos controvertidos, contiene las disposiciones mediante las cuales el Reino de Bélgica ha adaptado su Derecho interno a las Directivas 84/450 y 97/55.

7. El artículo 23, apartado 1, de la LPCC establece la prohibición de la publicidad engañosa.

8. El artículo 22 de la LPCC define la publicidad comparativa como «toda publicidad que aluda explícita o implícitamente a

Litigio nacional y cuestiones prejudiciales

9. Los hechos que originaron el litigio nacional, como se desprenden de la resolución de remisión, pueden resumirse del modo siguiente.

10. De Landtsheer, sociedad anónima con domicilio social en Bélgica, fabrica y comercializa diversas clases de cerveza designadas con la marca «MALHEUR». Durante 2001 lanzó al mercado, con la denominación «Malheur Brut Réserve», una cerveza fabricada con un método que se inspira en el de la

5 — Con la excepción de la adaptación de la letra a), que, en la LPCC, remite, en cuanto atañe al concepto de engaño, al artículo 23, números 1 a 5, de la propia LPCC.

elaboración del vino espumoso y a la que intentó conferir el carácter de producto excepcional reservándole una imagen diferente de la que normalmente tiene la cerveza como bebida popular. Durante 2002, este producto se vendió a un precio de unos 8 euros en botella de 750 ml.

evidentemente recuerda al champán»; «A diferencia de los vinos espumosos, la espuma se conserva mucho tiempo») o en algunos programas de televisión («Está elaborada del mismo modo que el champán, pero es una cerveza»).

11. En la botella, en la tarjeta que cuelga del cuello de la botella y/o en el embalaje de cartón figuraban, entre otras, las menciones «BRUT RESERVE», «La première bière BRUT au monde» (la primera cerveza BRUT del mundo), «Bière blonde à la méthode traditionnelle» (cerveza rubia según el método tradicional) y «Reims-France», así como una referencia a los viticultores de Reims y de Epernay.

14. El 8 de mayo de 2002, el CIVC y Veuve Clicquot demandaron a De Landtsheer ante el Tribunal de commerce de Nivelles para que se declarase que, en particular mediante el uso de las indicaciones y expresiones antes mencionadas para una cerveza, dicha sociedad había vulnerado los artículos 23, apartado 1, y 23 *bis*, de la LPCC, relativos respectivamente a la publicidad engañosa y a la publicidad comparativa, así como para que se condenara a la demandada al cese de tales violaciones.

12. Además, el administrador de De Landtsheer, en el marco de la presentación del producto, utilizó la expresión «Champagne-bier», para indicar que, si bien se trataba efectivamente de una cerveza, se había elaborado conforme al método champañés.

13. Por último, De Landtsheer presumió en otros contextos de la originalidad de su cerveza invocando las características del vino espumoso y, en concreto, del champán, como por ejemplo en el marco de una entrevista publicada en un diario («La gran originalidad de esta cerveza es su acidez, que

15. Mediante sentencia de 26 de julio de 2002, el citado tribunal condenó a De Landtsheer al cese de toda utilización, respecto a la cerveza, de la indicación geográfica «Reims-France», de la denominación de origen «Champagne», de la indicación «méthode traditionnelle» y de cualquier otra referencia a los fabricantes, al sabor o al método de fabricación del champán. La demanda del CIVC y de Veuve Clicquot fue desestimada en lo relativo al uso, para una cerveza, de las indicaciones «BRUT», «RESERVE», «BRUT RESERVE» y «La première bière BRUT au monde».

16. El 13 de septiembre de 2002, De Landtsheer interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante la Cour d'appel de Bruxelles, con la exclusión de la parte en la que se le prohibía el uso de la denominación de origen «Champagne» en la expresión «Champagnebier». El CIVC y Veuve Clicquot interpusieron a su vez un recurso de adhesión a la apelación contra la desestimación parcial de su demanda.

17. En la resolución de remisión, se señala por otro lado que De Landtsheer manifestó que renunciaba definitivamente a la utilización, para su cerveza, de la indicación «Reims-France»⁶ y de las referencias a los viticultores de Reims y de Epernay.

18. Ante la Cour d'appel de Bruxelles el CIVC y Veuve Clicquot han sostenido que el uso, respecto a la cerveza producida por De Landtsheer, de las indicaciones «BRUT», «RESERVE», «BRUT RESERVE», «la première bière BRUT au monde» y «méthode traditionnelle», así como la invocación, en las comunicaciones dirigidas a promover la venta de dicha cerveza, del vino espumoso y del champán, del sabor o del método de fabricación de este último, además de contravenir la prohibición de la publicidad engañosa en el sentido del artículo 23,

número 1, de la LPCC, constituyen una publicidad comparativa ilícita en el sentido de los artículos 22 y 23 *bis* de la LPCC. En cambio, De Landtsheer ha negado tanto el carácter engañoso como el carácter comparativo de tales prácticas.

19. Al objeto de resolver la controversia, la Cour d'appel de Bruxelles estimó necesario plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, relativas en su totalidad a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 84/450 en materia de publicidad comparativa:

- «1) La definición de la publicidad comparativa, ¿comprende los mensajes publicitarios en los que el anunciante únicamente hace referencia a un tipo de producto, en el sentido de que, si así fuera, procedería considerar que el citado mensaje hace referencia al conjunto de las empresas que ofrecen dicho tipo de producto, y que cada una de ellas puede alegar que resulta identificada?
- 2) Con objeto de determinar la existencia de una relación de competencia entre el anunciante y la empresa a la que se alude, en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva [84/450]:

6 — No obstante, la Cour d'appel de Bruxelles, al observar que De Landtsheer niega que usar la indicación «Reims-France» para su cerveza sea ilícito, ha calificado dicha indicación como engañosa en cuanto al origen geográfico del producto controvertido, que es fabricado en Bélgica, y ha confirmado la condena al cese de tal uso adoptada por el juez de primera instancia.

- a) ¿Debe considerarse, en particular sobre la base de la comparación

- del artículo 2, número 2 *bis*, con el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), que es competidor, en el sentido de dicha disposición, toda empresa cuya identificación permita la publicidad, cualesquiera que sean los productos o servicios que ofrezca?
- b) Si la respuesta a la anterior cuestión fuera negativa, y se precisaran otros requisitos para determinar la existencia de una relación de competencia, ¿procede tener en cuenta el estado actual del mercado y los hábitos de consumo existentes en la Comunidad, o debe también considerarse la posibilidad de evolución de dichos hábitos?
- c) ¿Debe limitarse el examen a la parte del territorio comunitario en la que se difunde la publicidad?
- d) ¿Procede apreciar la relación de competencia mediante la consideración de los tipos de productos objeto de la comparación y de la percepción general que se tiene de ellos, o, para apreciar el grado de sustitución posible, deben también tenerse en cuenta las características particulares del producto que el anunciante intenta promover por medio de la publicidad controvertida, y la imagen que dicho anunciante pretende atribuirle?
- e) ¿Son idénticos los criterios que permiten determinar la existencia de una relación de competencia, en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, y los criterios que permiten verificar si la comparación se ajusta al criterio enunciado en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b)?
- 3) Del examen del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, por una parte, en relación con el artículo 3 *bis* de la misma Directiva, por otra, ¿se deduce:
- a) que es ilícita toda publicidad comparativa que permite identificar un tipo de productos, sin que la mención permita identificar a un competidor o los bienes que éste ofrece o
- b) que la licitud de la comparación debe examinarse únicamente a la luz de disposiciones nacionales distintas de las que adaptan el Derecho interno a las disposiciones de la Directiva en materia de publicidad comparativa, lo que podría llevar a una inferior protección del consumidor o de las empresas que ofrezcan el tipo de producto que se pone en relación con el producto ofrecido por el anunciante?

- 4) En el supuesto de que deba estimarse que existe publicidad comparativa, en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, ¿procede deducir del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), de la Directiva que es ilícita toda comparación que, respecto a productos que carezcan de denominación de origen, se refiera a productos que tengan una denominación de origen?»

Análisis jurídico

Sobre la primera cuestión prejudicial

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. En virtud del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia De Landtsheer, el CIVC, Veuve Clicquot, el Gobierno belga y la Comisión.

21. En la vista, celebrada el 21 de septiembre de 2006, presentaron observaciones orales los representantes de De Landtsheer, del CIVC y de Veuve Clicquot, así como los del Gobierno francés y de la Comisión.

22. Mediante la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia al Tribunal de Justicia que dilucide si, en un mensaje publicitario, la referencia únicamente a un tipo de producto, y no a una empresa determinada o al producto específicamente ofrecido por esta última, da lugar a que dicho mensaje quede comprendido en el concepto de publicidad comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450. El citado órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia si puede, pues, estimarse que la referencia a un tipo de producto puede servir para identificar, con el conjunto de las empresas que lo ofrecen, a cada una de éstas o a los productos correspondientes.

23. Ha de observarse con carácter preliminar que, por cuanto se desprende de la resolución de remisión, el litigio nacional versa sobre una pluralidad de comunicaciones atribuibles a De Landtsheer, que figuran en el envase del producto de ésta (etiqueta, tarjeta que cuelga del cuello de la botella, embalaje de cartón)⁷ o efectuadas en otros

7 — Ello se aplica a las indicaciones y expresiones «BRUT RESERVE», «La première bière BRUT au monde», «Bière blonde à la méthode traditionnelle», «Reims-France» y a la referencia a los viticultores de Reims y de Epernay.

contextos, tales como una, sin mayores precisiones, «presentación» de dicho producto,⁸ una entrevista en un periódico o varios programas de televisión.⁹

24. El órgano jurisdiccional remitente, que no duda del carácter publicitario de tales comunicaciones, se pregunta en cambio sobre su carácter comparativo, a efectos del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, a la luz de algunas indicaciones o expresiones contenidas en dichas comunicaciones.

25. En particular, como ha subrayado la Comisión en la vista, algunas de las citadas indicaciones y expresiones son interpretadas por el órgano jurisdiccional remitente como referencias al vino espumoso,¹⁰ y otras como referencias al champán.¹¹ Esta distinción es rebatida por CIVC y Veuve Clicquot, que la consideran artificial, subrayando en particular que las indicaciones que evocan el vino espumoso evocan también necesariamente el vino (espumoso) de Champagne.

8 — Ello se aplica a la expresión «Champagnebier».

9 — Ello vale para algunas referencias al vino espumoso o al champán y al sabor o al método de fabricación de este último.

10 — Me refiero en particular a las indicaciones «BRUT», «RESERVE» y «méthode traditionnelle»: véase la resolución de remisión, punto 21.

11 — Véase la resolución de remisión, punto 24.

26. No obstante, no es necesario, al objeto de responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour d'appel de Bruxelles, examinar la exactitud de tales valoraciones, que son competencia del órgano jurisdiccional nacional. En efecto, el Tribunal de Justicia no está llamado a pronunciarse sobre el carácter comparativo ni sobre la licitud de los mensajes publicitarios objeto del litigio nacional, sino únicamente a prestar al órgano jurisdiccional remitente colaboración para la interpretación de las disposiciones de la Directiva 84/450, fielmente reproducidas por las disposiciones de la LPCC invocadas ante dicho órgano jurisdiccional.

27. Bastará, para responder a la primera cuestión prejudicial, con tener en cuenta que el órgano jurisdiccional remitente interpreta los mensajes controvertidos en el sentido de que contienen una referencia a un tipo de producto.

28. En la sentencia Toshiba,¹² el Tribunal de Justicia observó que el requisito exigido por el artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 para la existencia de una publicidad comparativa es la alusión explícita o implícita a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor. El Tribunal de Justicia subrayó que la definición dada por el legislador también es amplia en

12 — Sentencia de 25 de octubre de 2001 (C-112/99, Rec. p. I-7945), apartados 29 a 31.

lo que atañe a dicho requisito, subrayando que, en los términos del sexto considerando de la Directiva 97/55,¹³ el legislador comunitario consideró oportuno definir un concepto general que incluya todas las formas de publicidad comparativa. El Tribunal de Justicia llegó pues a la conclusión de que, para que exista una publicidad comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, basta con que exista cualquier forma de comunicación que haga referencia, aunque sólo sea implícitamente, a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por éste.¹⁴ En opinión del Tribunal de Justicia, tiene poca importancia, a este respecto, que exista una comparación entre los bienes y servicios ofrecidos por el anunciante y los bienes y servicios del competidor.

29. El CIVC, Veuve Clicquot y el Gobierno belga consideran que pueden extraer de esta definición de apostura del Tribunal de Justicia elementos que apoyen una interpretación del concepto de publicidad comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, suficientemente amplia para abarcar también el supuesto de la referencia, en el mensaje publicitario, a un tipo de producto en vez de a una o varias empresas determinadas o a sus bienes o servicios.

30. Por mi parte, no me parece que el carácter amplio de la definición de publici-

dad comparativa dada por la disposición citada sea, por sí mismo, decisivo a los fines de la respuesta que deba darse a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente.

31. De entrada, en el sexto considerando de la Directiva 97/55 la atención se centra esencialmente en la *oportunidad* de definir un concepto general de publicidad comparativa. Es cierto que dicho considerando señala asimismo que tal concepto debe incluir *todas las formas* de publicidad comparativa, dando así la impresión de exigir una definición amplia de dicho concepto general. Sin embargo, no cabe ignorar el vicio tautológico en el que incurre dicho considerando, el cual parece decir en última instancia que debe considerarse comparativa toda publicidad comparativa. Así, resulta de poca ayuda a los fines del examen de la primera cuestión prejudicial.

32. Por otro lado, si, como afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto Toshiba, el requisito exigido por el artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 para que exista publicidad comparativa es la alusión explícita o implícita a un competidor o a bienes o servicios ofrecidos por un competidor, la referencia recogida en el sexto considerando de la Directiva 97/55 parece poder entenderse como relativa a todas las múltiples formas en que puede producirse dicha alusión, sin aclarar así, no obstante, qué deba entenderse por alusión.

13 — Dicho considerando señala que «es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad».

14 — En este sentido véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec. p. I-3095), apartado 35.

33. Parece bastante difícil deducir del tenor de la Directiva 97/55 si el legislador pretendió regular del mismo modo el supuesto de comparación con (o cuando menos de evocación de) un competidor determinado o determinable, o con sus productos o servicios, en todas las diversas formas en que esta comparación (o evocación) pueda efectuarse, o bien si quiso en cambio regular de forma unitaria, con dicho supuesto, otras formas de publicidad tales como, por ejemplo, la comparación con un competidor imaginario o no identificable, la comparación con la generalidad de los competidores (por ejemplo, en la forma de la denominada publicidad superlativa) y la comparación entre sistemas de producción o de distribución.

34. Lo que me parece amplio, pues, más que el concepto de publicidad comparativa adoptado por la Directiva 97/55, es el margen de incertidumbre interpretativa de tal concepto, así como de otros aspectos sobre los que versa la propia Directiva, a cuya aprobación, por otro lado, se llegó sólo después de un procedimiento legislativo bastante largo y tormentoso a causa de la considerable heterogeneidad en el planteamiento de la materia examinada que caracterizaba anteriormente el Derecho de los Estados miembros.¹⁵

15 — La primera propuesta de la Comisión de una directiva sobre la publicidad comparativa, y por la que se modificara la Directiva 84/450, es de 1991 (DO C 180, p. 14). Una propuesta modificada, a resultas de los dictámenes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo, fue presentada por la Comisión en 1994 (DO C 136, p. 4) y aprobada con enmiendas, tras un procedimiento de codecisión accidentado, sólo en octubre de 1997.

35. Dicho esto, me parece que el sentido literal del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, con el uso en particular de los términos «alude» y «un competidor» (conjugado y declinado respectivamente, pues, en singular) invita a inclinarse más por la exclusión de la definición controvertida de la publicidad que se refiere a un tipo de producto y que no permita, ni siquiera de forma puramente implícita, aludir, *distinguiéndolos de la generalidad de los competidores*, a uno o varios competidores *determinados* (o al producto correspondiente).

36. En cambio, en el plano de los objetivos perseguidos por la Directiva 97/55, puede observarse que ésta pretendía uniformar «las disposiciones esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad comparativa» y armonizar «las condiciones de utilización de la publicidad comparativa en los Estados miembros» (segundo considerando), en particular estableciendo «condiciones con arreglo a las cuales la publicidad comparativa esté permitida» (decimooctavo considerando).

37. Desde este último punto de vista, la citada Directiva, al introducir el artículo 3 *bis* de la Directiva 84/450, especifica las condiciones de licitud de la publicidad comparativa,¹⁶ a la luz de las cuales, como se

16 — Véase el artículo 1 de la Directiva 84/450, según el cual ésta «tendrá por objeto 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» (el subrayado es mío).

desprende del séptimo considerando de la Directiva 97/55, es posible «determinar qué prácticas relacionadas con la publicidad comparativa pueden distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores».

38. Ello significa que el artículo 3 *bis* de la Directiva 84/450 no se limita a imponer a los Estados miembros que consideren lícita la publicidad comparativa –según la definición, sobre cuyo alcance se suscita la cuestión, dada por el artículo 2, número 2 *bis*, de la misma Directiva– que cumpla las condiciones que enuncia. Si fuese así, los Estados miembros serían libres para regular la publicidad comparativa que no satisfaga tales condiciones. En cambio, el artículo 3 *bis* tiene igualmente por efecto prohibir a los Estados miembros autorizar la publicidad comparativa que no cumpla dichas condiciones.

39. Parece entonces que, cuanto más se amplía la definición de publicidad comparativa en el sentido de la Directiva 84/450, quedan sujetas más formas distintas de publicidad al régimen, más bien riguroso, contenido en el artículo 3 *bis*. Dicho régimen exige, por ejemplo, en el apartado 1, letra c), que la publicidad comparativa que contenga una comparación «compare de modo objetivo una o más características esenciales,

pertinentes, verificables y representativas» de los bienes y servicios sobre los cuales versa.

40. El undécimo considerando de la Directiva 97/55 aclara que «las condiciones aplicables a la publicidad comparativa deben ser acumulativas y cumplidas en su totalidad». ¹⁷ Debe deducirse de ello que *toda* publicidad comparativa debe respetar, «por lo que se refiere a la comparación», ¹⁸ *todas* las condiciones enumeradas en el artículo 3 *bis*, por lo que, cuando contenga una comparación, ésta debe, en particular, presentar las características específicas del apartado 1, letra c).

41. A la luz de lo anterior, dar una respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, tal como desean el CIVC, Veuve Clicquot y el Gobierno belga, significaría en particular sancionar la ilicitud, por ser contrarias al artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c), de formas de publicidad menos agresivas como las afirmaciones o reivindicaciones *genéricas* ¹⁹ de superioridad, liderazgo, carácter único o

17 — El carácter acumulativo de los requisitos enunciados en el artículo 3 *bis*, apartado 1, de la Directiva 84/450 lo puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Pippig Augenoptik, antes citada, apartado 54.

18 — La expresión «en lo que se refiere a la comparación» aparece también en diversos pasajes de la Directiva 97/55: véase el séptimo considerando, el apartado 1 del artículo 3 *bis*, introducido en la Directiva 84/450 por la Directiva 97/55, y el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 84/450, sustituido por la Directiva 97/55.

19 — O sea, privadas de referencias a circunstancias específicas.

exclusividad respecto al conjunto de los competidores (en buena parte efectuadas mediante el uso del superlativo relativo: por ejemplo, el mejor, el más solicitado), las cuales, en la época de adopción de la Directiva 97/55, eran consideradas generalmente lícitas en los ordenamientos internos de los Estados miembros,²⁰ si carecían de referencias que desacreditaran a los competidores, en cuanto alardes inocuos (*puffery*).

42. Ahora bien, me inclino a considerar que si el legislador comunitario hubiese querido imponer a los Estados miembros la prohibición de tales formas de publicidad, en buena parte toleradas en sus ordenamientos jurídicos, lo habría puesto de manifiesto más claramente en el texto de la Directiva 97/55. De la exposición de motivos de la Directiva 97/55 se desprende más bien que el objetivo del legislador comunitario era esencialmente el de liberalizar, si bien sujetándolas a precisas condiciones de licitud, formas de publicidad capaces de informar a los consumidores y no obstante prohibidas todavía por el Derecho de diversos Estados miembros.²¹

43. Una interpretación del concepto de publicidad comparativa en el sentido del

artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 que acabe por someter también a la propia Directiva y, por tanto, a las condiciones de licitud en ella establecidas, con el resultado de prohibirlas, las formas más blandas de la denominada publicidad superlativa me parece inadecuada, con mayor motivo si se tiene presente que la Directiva 84/450 atribuye importancia a las expectativas de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz,²² dotado de suficiente capacidad crítica para distinguir, antes de adoptar sus decisiones de compra, un alarde genérico de una comunicación con contenido informativo.

44. Por otro lado, si se acogiera la interpretación según la cual el concepto de publicidad comparativa en el sentido de la Directiva 84/450 no postula la alusión a uno o varios competidores *determinados* o a los productos o servicios correspondientes, de la Directiva 97/55 también se desprendería un efecto de fuerte restricción respecto a formas de publicidad que establezcan una comparación no genérica con el conjunto de los fabricantes competidores o con un competidor no identificable («marca X»). En efecto, a

20 — Incluso, por cuanto me consta, en países como Alemania, Italia y Luxemburgo, en los cuales se aplicaban regímenes fuertemente restrictivos en materia de publicidad comparativa.

21 — Véase en particular el quinto considerando, el cual señala, entre otras cosas, que «la publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener».

22 — Sentencias del Tribunal de Justicia Pippig Augenoptik, antes citada, apartado 55, y de 19 de septiembre de 2006, Lidl (C-356/04, Rec. p. I-8501), apartado 78. Véanse también, con referencia a otras disposiciones comunitarias dirigidas a tutelar al consumidor frente a indicaciones engañosas, contenidas respectivamente en el Reglamento (CEE) n° 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DO L 173, p. 5), y en la Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DO L 262, p. 169; EE 15/01, p. 206), por un lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 1998, Gut Springenheide GmbH y Tusky (C-210/96, Rec. p. I-4657), apartado 37, y, por otro, las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de enero de 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec. p. I-117), apartados 27 a 30, y de 24 de octubre de 2002, Linhart y Biffl (C-99/01, Rec. p. I-9375), apartado 31.

la vista de la indeterminación del término de contraste utilizado en comparaciones similares, dichas formas de publicidad parecen prestarse difícilmente al cumplimiento de la condición de *verificabilidad* exigida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra c).

45. Por otra parte, no parece que quepa considerar que las formas de publicidad que he señalado en los puntos 41 y 44 *supra* deban quedar comprendidas en el concepto de publicidad comparativa en el sentido de la Directiva 84/450 en la medida en que están basadas en una comparación, cuando menos implícita. A este respecto procede recordar que, según la sentencia Toshiba,²³ el requisito exigido para que exista publicidad comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de dicha Directiva no es la comparación, *que incluso puede faltar*, sino la referencia, incluida la implícita, a un competidor o a bienes y servicios ofrecidos por éste.

46. A la luz de las consideraciones antes expuestas, y habida cuenta del tenor literal del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, estimo que la citada disposición debe interpretarse en el sentido de que, para que exista publicidad comparativa, es necesario que el mensaje se refiera, aunque sea sólo implícitamente, a uno o más competidores *determinados* o a los productos y servicios correspondientes.

47. Considero útil precisar que la posibilidad de aludir en la comunicación publicitaria a uno o varios competidores *determinados* o a sus bienes o servicios debe ser valorada desde el punto de vista del consumidor, más precisamente del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y no desde el punto de vista del competidor. Lo que importa es valorar si, en la mente de tal consumidor, enfrentado al mensaje publicitario, éste último evocaría la representación de uno o más competidores *determinados* del anunciante (o de los bienes o servicios correspondientes). No importa pues que un competidor específico se sienta individualmente aludido por el mensaje publicitario.

48. Las formas de alusión al competidor (o a los bienes o servicios correspondientes) pueden ser múltiples: además de las formas de alusión explícita (referencia al nombre comercial del competidor o a sus marcas o signos distintivos), cabe imaginar diversas formas de alusión implícita, que se efectuarán, por ejemplo, mediante referencia a circunstancias fácticas propias de su empresa, a su comunicación (por ejemplo, eslogan o *testimonial* publicitarios) a su posición (por ejemplo, de líder) en el mercado, a características peculiares de sus productos o servicios o a cualquier otro elemento que el consumidor pueda percibir como alusión a aquel competidor *determinado* o a los productos o servicios correspondientes.

23 — Antes citada, apartados 29 y 31.

49. Naturalmente, nada prohíbe que la referencia en la comunicación publicitaria a un tipo de producto, en circunstancias determinadas, pueda producir también en la mente de tal consumidor la representación de uno o varios competidores *determinados* o de los productos o servicios correspondientes.

50. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el tipo de producto al que hace referencia la comunicación es ofrecido, además de por la empresa publicitaria, sólo por otro competidor (duopolio), o bien cuando el mensaje se refiere a un tipo de producto suministrado por una sola empresa, distinto del tipo ofrecido por el anunciante y con la que no obstante compete.

51. Admito también que, como sugiere la Comisión, la referencia a un tipo de producto pueda valer, habida cuenta de las circunstancias, para identificar de modo implícito a un número más amplio de competidores (dos o más), siempre que en la mente del consumidor éstos se presenten *en su individualidad*. En particular, no cabe excluir que la referencia a un tipo de producto, ofrecido en situación de oligopolio restringido por empresas bien conocidas del público, permita al consumidor representarse a cada una de ellas en su individualidad.

52. En cambio, disiento de la postura del CIVC y de Veuve Clicquot, a la que, en mi opinión, también se adhirió en esencia el Gobierno francés en la vista, según la cual la referencia a un producto que tiene una denominación de origen basta por sí misma para permitir la identificación exigida en el artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450.

53. Poco importa preguntarse si tal referencia puede interpretarse como una referencia a un tipo de producto o, en cambio, como sostiene el CIVC y Veuve Clicquot, a «productos bien determinados», que tienen características precisas vinculadas a una procedencia geográfica particular. Es cierto, como observaron dichas partes y el Gobierno francés, que la alusión exigida por la disposición controvertida no debe tener necesariamente por objeto un *competidor*, pues puede referirse también, en cambio, a los *bienes o servicios* de un competidor. No obstante, en la medida en que la disposición se refiere a los bienes o servicios de un competidor y dado que, como he señalado *supra*, por «un competidor» debe entenderse un competidor *determinado*, o sea, percibido en su individualidad por el consumidor, la alegación del CIVC, de Veuve Clicquot y del Gobierno francés resulta ser ineficaz.

54. Lo mismo debe decirse de la alegación que el CIVC y Veuve Clicquot basan en el

carácter definido del número de operadores económicos autorizados para utilizar una denominación de origen. El hecho de que tales operadores puedan representar un círculo definido, y que sea pues posible en abstracto individualizarlos de forma precisa, no significa que, una vez enfrentado a la comunicación publicitaria que evoque la denominación de origen, el consumidor medio será necesariamente inducido a representarse a cada uno de tales operadores en su individualidad.

55. Incumbirá pues al órgano jurisdiccional remitente valorar si las indicaciones y expresiones controvertidas utilizadas por De Landtsheer, apreciadas en el contexto global del mensaje publicitario en el que se incluyen²⁴ y, por tanto, también a la luz de los demás elementos, incluidos los de carácter gráfico o decorativo, que componen dicha comunicación, pueden, teniendo en cuenta el conocimiento del mercado del que puede disponer el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, permitir a este último identificar una o más empresas *determinadas* o los productos o servicios correspondientes.

56. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial del modo siguiente:

24 — De la sentencia Toshiba, antes citada, apartados 57 y 58, se desprende que para valorar el efecto que una indicación utilizada en una publicidad puede tener en la mente del público al que está dirigida es necesario tener en cuenta la presentación global de dicha publicidad. Véase asimismo la sentencia Lidl, antes citada, apartado 79.

«La referencia, en un mensaje publicitario, a un tipo de producto no cumple por sí misma el requisito de identificación previsto en el artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 en el sentido de que sirva para identificar a cada una de las empresas que ofrecen dicho tipo de producto o los bienes correspondientes. Una referencia similar podrá servir para identificar implícitamente a un competidor o los bienes que éste ofrece, en el sentido de la citada disposición, únicamente cuando, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, ello permita a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz representarse una o más empresas determinadas que ofrecen tal tipo de producto o los bienes correspondientes.»

Sobre la segunda cuestión prejudicial

57. La segunda cuestión prejudicial, que se articula en varias partes, versa en primer lugar sobre la determinación de la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, entre el anunciante y otra empresa (o sus productos o servicios) que dicho mensaje identifica. Ésta se dirige también, pues, a elucidar el ámbito de aplicación de la normativa introducida mediante la Directiva 97/55. Además, mediante la cuestión prejudicial se solicita asimismo una interpretación

del alcance de la condición de licitud establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450.

en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b) [segunda cuestión, letra e)].

58. El órgano jurisdiccional remitente pregunta en primer lugar si procede considerar, sobre la base de una comparación entre el texto del artículo 2, número 2 *bis*, y el del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450, que es «competidor» en el sentido de la primera de dichas disposiciones cualquier empresa cuya identificación permita el mensaje publicitario, cualesquiera que sean los productos o servicios que ofrezca [segunda cuestión, letra a)].

61. A la segunda cuestión, letra a), le corresponde sin más, en mi opinión, una respuesta negativa. Como han puesto de manifiesto De Landtsheer y la Comisión, el tenor del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 no deja lugar a dudas: para que una publicidad sea comparativa, es necesario que ésta permita identificar a una empresa *competidora* (o los bienes o servicios correspondientes) y no a una empresa cualquier (o los bienes o servicios correspondientes). La consideración de los productos y servicios ofrecidos por la empresa aludida, así como los ofrecidos por el anunciante, resulta pues esencial al objeto de comprobar si dicha publicidad hace referencia a un competidor y si, por tanto, es comparativa en el sentido de la citada disposición.

59. En el caso de respuesta negativa a esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre los criterios que deben aplicarse a la hora de valorar la existencia de la relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 [segunda cuestión, letras b), c) y d)].

62. El hecho, que parece suscitar alguna duda al órgano jurisdiccional remitente, de que una relación de competencia entre los productos objeto de comparación publicitaria se exija también, en virtud del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), como condición de licitud de la publicidad no exige en modo alguno una interpretación del artículo 2, número 2 *bis*, que se aparte de forma tan manifiesta de su sentido literal.

60. Por último, el citado órgano jurisdiccional pregunta si son idénticos dichos criterios y los que deben utilizarse para determinar si se cumple la condición de licitud establecida

63. Me parece oportuno precisar que el concepto normativo de publicidad compara-

tiva no exige que exista una competencia entre los productores eventualmente objeto de comparación en la publicidad. Lo que importa es que entre el anunciante y la otra empresa (o su producto) que la publicidad permite identificar se dé una competencia *en una parte cualquiera de la gama* de bienes o de servicios que respectivamente ofrecen.

64. El hecho de que la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, no sea valorada únicamente en relación con los bienes o servicios a los que hace referencia la publicidad se desprende de que tal disposición exige la identificación no de bienes o servicios *competidores*, sino de «bienes o servicios ofrecidos por un competidor» o, alternativamente, de la persona o de la situación de «un competidor» (publicidad institucional o personal). En este último supuesto, evidentemente, al faltar la identificación de un bien o servicio particular, no sería posible valorar la existencia de una relación de competencia en relación con los productos o servicios objeto de la publicidad.

65. Coincido con el Gobierno belga y con la Comisión en la necesidad de interpretar de forma amplia la relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*. La comprobación de la existencia en el caso

concreto de tal relación no debería, en particular, seguir estrictamente los criterios de definición del mercado de referencia expuestos en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (en lo sucesivo, «Comunicación sobre el mercado de referencia»),²⁵ a los que se ha hecho referencia en las observaciones escritas.

66. Como es sabido, la definición del mercado de referencia en el marco de aplicación de las normas de competencia tiene por objeto principal identificar las presiones resultantes de la competencia a que están sujetas las empresas interesadas, permitiendo valorar así el poder de mercado de cada una de ellas.²⁶ En el ámbito de análisis similares cobra importancia, en primer lugar, la sustituibilidad de los productos por el lado de la demanda, es decir, en la medida en que los productos son considerados intercambiables por el consumidor. Tal sustituibilidad dependerá evidentemente de la idoneidad de los productos para satisfacer una misma necesidad del consumidor.

67. No obstante, puesto que la finalidad de la definición del mercado de referencia en el ámbito del Derecho de la competencia es la de identificar las empresas que constituyen una presión competitiva efectiva para las empresas interesadas, es decir, que son

25 — DO 1997 C 372, p. 5.

26 — En tal sentido, véase el punto 2 de la Comunicación sobre el mercado de referencia.

capaces de condicionar el comportamiento de estas últimas, y en particular sus decisiones en materia de precios, el análisis que en este contexto se concentra en la búsqueda, en particular mediante la observación de la elasticidad cruzada en función del precio de la demanda de los productos examinados, de un grado de sustituibilidad significativo entre los propios bienes. Como se subraya en la comunicación sobre el mercado de referencia,²⁷ el ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, así como en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos. En particular, se considerará que el producto de otra empresa condiciona suficientemente el precio de los productos de la empresa de que se trata a corto plazo si, frente a un pequeño y permanente incremento hipotético de dicho precio en la zona considerada, el grado de sustitución entre ambos productos es suficiente para hacer que el incremento de precios supuesto no sea rentable.²⁸

68. La aplicación de dichos criterios a los fines de la comprobación de la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 me parece inadecuada. La perspectiva en la que procede situarse en este último contexto es bien distinta.

69. El objetivo principal de la publicidad es justamente el de influir en las decisiones de

compra de los consumidores para aumentar la demanda del producto anunciado, y el de la publicidad comparativa en particular, en buena medida, determinar desplazamientos de la demanda desde el producto de otra empresa al producto del anunciante. La publicidad comparativa es vista con agrado por el legislador comunitario en la medida en que, en determinadas condiciones, puede informar a los consumidores y estimular la competencia entre los proveedores de bienes y de servicios en beneficio de los consumidores.²⁹ No obstante, el legislador comunitario somete esta publicidad a una serie de condiciones dirigidas a evitar, en particular, que entrañe una distorsión de la competencia, perjudique a los competidores y ejerza un efecto negativo en la decisión de los consumidores.³⁰

70. De ello se deduce que la relación de competencia que se examina con arreglo al artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 no es la que representa una presión competitiva efectiva para la independencia del comportamiento comercial de la empresa de que se trata, sino la que puede constituir un terreno abonado, por un lado, para una ampliación de la decisión de compra de los consumidores y, por otro, para un interés en, y por tanto para el riesgo de, conductas publicitarias incorrectas.

27 — Véase el punto 15.

28 — Véase la comunicación sobre el mercado de referencia, puntos 16 a 18.

29 — Véanse los considerandos segundo y quinto de la Directiva 97/55.

30 — Véase el séptimo considerando de la Directiva 97/55.

71. Desde esta perspectiva, creo que debe considerarse que el artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 no exige, desde el punto de vista de la relación de competencia que la citada disposición prevé, un grado de sustituibilidad significativo entre los productos de las empresas de que se trata, como se exige normalmente, en cambio, para que en materia de competencia pueda llegarse a la conclusión de la pertenencia de tales productos a un mismo mercado de referencia.

72. Como ha sugerido la Comisión, bastará con que exista entre los productos de las empresas de que se trate un cierto grado de sustituibilidad. Este último también podrá ser limitado. En otras palabras, cabrá considerar que existe relación de competencia si únicamente se verifica un efecto de sustitución significativo en presencia de una fuerte variación del precio relativo de los productos y, en mi opinión, incluso si una fuerte variación de tal precio determinase únicamente un efecto de sustitución moderado.

73. Por tanto, no deben considerarse competidores a los fines del artículo 2, número 2 *bis*, únicamente las empresas que están incluidas, en el marco de la aplicación de las normas sobre competencia, en el mismo mercado de referencia, como en cambio sostiene De Landtsheer.

74. Por otro lado, habida cuenta del riesgo de que la empresa aludida en la publicidad

pueda sufrir un concreto perjuicio en la comparación publicitaria (o sólo por la alusión efectuada sin comparación), no me parece que deba excluirse la posibilidad de apreciar una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 en los casos en los que el anunciante no ofrezca de hecho bienes sustituibles, por el lado de la demanda, por los de dicha empresa o bien, aun ofreciéndolos, opere en un mercado geográfico distinto. El anunciante podría constituir un competidor potencial de la empresa aludida en la publicidad y albergar un interés en desacreditar la imagen de ésta para preparar el terreno para su posterior acceso al mercado en el cual aquélla opera.

75. Por ello, coincido con el Gobierno belga y con la Comisión en considerar relevante, a los fines del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, sólo la competencia potencial.³¹

76. Una situación de competencia potencial puede darse, en particular, en casos de fuerte

31 — En cambio, he de recordar que en el Derecho de la competencia, la competencia potencial, salvo en su caso la que deriva de una fuerte sustituibilidad del lado de la oferta, no se toma en consideración a los fines de la definición del mercado de referencia, sino eventualmente en un momento posterior, como el de la comprobación de la existencia en tal mercado de una posición dominante en el sentido del artículo 82 CE o de la valoración del efecto sobre la competencia de una determinada operación de concentración: véase la Comunicación sobre el mercado de referencia, apartados 14 y 24.

sustituibilidad del lado de la oferta. La sustituibilidad del lado de la oferta, como es sabido, es pertinente a los fines de la definición del mercado de referencia en el marco de la aplicación de las normas de la competencia cuando represente una presión competitiva efectiva para las partes de que se trate. En efecto, a la hora de determinar su propia política comercial, una empresa debe contar con la capacidad de que pueden disponer algunas empresas —que no fabriquen actualmente su mismo producto (o su misma variedad de producto) sino otro producto (o variedad de producto) no sustituible por aquél desde el punto de vista del consumidor— de modificar sus procesos productivos a corto plazo y sin incurrir en costes adicionales significativos o en riesgos excesivos, para ofrecer también el producto (o variedad de producto) de que se trate en respuesta a pequeñas variaciones permanentes en el precio relativo. Cuando tal capacidad es significativa, el mercado del producto, a los fines de la aplicación de las normas sobre competencia, comprenderá no sólo todos los productos sustituibles del lado de la demanda, sino también los sustituibles únicamente del lado de la oferta.³²

77. Pero eso no es todo. A menudo se observa que la publicidad tiende, entre otras cosas, a reforzar la fidelidad a la marca y a reducir la elasticidad de la demanda del bien anunciado, es decir, su sustituibilidad. Ahora bien, he de subrayar que la publicidad tiende también, por contra, a sugerir al consumidor

nuevas posibilidades de sustitución del bien consumido con bienes sucedáneos y a atenuar pues la insustituibilidad de los bienes.

78. Por ello, ha de tenerse presente que la publicidad puede estar dirigida a determinar no sólo desplazamientos de cuotas de mercado, sino también desplazamientos de la demanda de un mercado a otro (en particular hacia otro tipo de producto) y a incidir así en la propia extensión de los mercados.

79. La propia naturaleza del instrumento parece, por tanto, exigir una concepción de la relación de competencia pertinente en virtud del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 basada en una visión dinámica de los mercados.

80. De ello se deduce, y de este modo paso a definir mi postura sobre la segunda cuestión prejudicial, letra b), que, para valorar la existencia de dicha relación de competencia procede tener presente no sólo el estado actual de los mercados y los hábitos de los consumidores corrientes, sino también las posibilidades de evolución de estos últimos y, por tanto, de los propios mercados. En otras palabras, habrá de valorarse si, entre los productos o servicios ofrecidos por el

32 — Véase la Comunicación sobre el mercado de referencia, puntos 20 a 23.

anunciante y los ofrecidos por otra empresa a la que alude la publicidad, aunque no sean actualmente sustituibles desde el punto de vista de los consumidores, existen relaciones que permiten entrever una potencial transferencia, siquiera únicamente parcial y limitada, de la demanda de unos a otros en un futuro próximo.

81. Además, y con ello paso a la cuestión de la letra d), cuando el producto ofrecido por el anunciante y el de la otra empresa a que alude la publicidad pertenecen a categorías distintas,³³ por una parte, el examen no debería limitarse a la sustituibilidad entre las dos clases de producto en abstracto, sino a la sustituibilidad entre los productos específicos de que se trate a la luz de sus características concretas. En efecto, es evidente que, especialmente en sectores caracterizados por una elevada diferenciación del producto, podrán identificarse «zonas fronterizas» en las que productos específicos, pertenecientes a categorías en abstracto no sustituibles, podrán hallarse realmente en una situación de competencia.

82. Por otra parte, habida cuenta de la subrayada idoneidad de la publicidad com-

parativa para incidir en la sustituibilidad entre los productos por el lado de la demanda, no debería ignorarse tampoco ni el modo en que el anunciante coloca su producto mediante la publicidad ni la imagen que pretende atribuirle. Si el propio anunciante presenta su producto como una alternativa válida al de otra empresa a la que hace referencia la publicidad, aun perteneciendo hipotéticamente a una categoría de productos distinta, deberá presumirse, en mi opinión, la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, a menos que no quepa razonablemente excluir, a la luz en particular de la naturaleza, de las características, del destino y del precio relativo de los productos, todo riesgo de traslado de clientela en favor del producto anunciado.

83. En cuanto atañe al fondo de la cuestión de la letra c), considero también, al igual que hacen unánimemente todas las partes que han participado en el presente procedimiento, que la comprobación de la existencia, entre el anunciante y la otra empresa a la que hace referencia la publicidad, de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 se efectúa en relación con la parte del territorio comunitario en la que se difunde la publicidad.

84. No obstante, me interesa formular dos observaciones al respecto.

33 — Es lo que se verifica en el presente asunto según las comprobaciones del órgano jurisdiccional remitente, que interpreta los mensajes publicitarios controvertidos en el sentido de que contienen una referencia a un tipo de producto (en función de los casos, el vino espumoso o el champán) distinto del tipo de producto (la cerveza) ofrecido por De Landtsheer.

85. En primer lugar, he de recordar que la autoridad nacional (jurisdiccional o administrativa) encargada, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 84/450, del control de la publicidad comparativa es competente únicamente en cuanto atañe a la publicidad difundida en el territorio sometido a su jurisdicción. De ello se deduce que el hecho de que el ámbito de difusión de la publicidad controvertida comprenda hipotéticamente también el territorio de otros Estados miembros no podrá facultar a dicha autoridad para considerar comprobada la relación de competencia exigida por el artículo 2, número 2 *bis*, en la medida en que ésta se manifieste únicamente en el territorio de otros Estados miembros y no en el sometido a su jurisdicción.

86. Así, por ejemplo, en el presente asunto, la Cour d'appel de Bruxelles no podrá considerar que los mensajes publicitarios controvertidos se refieren a un competidor o a los productos de un competidor en el sentido del artículo 22 de la LPCC y del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, si comprueba que existe una relación de competencia entre, por un lado, De Landtsheer y, de otro, los productores de vino espumoso o de champán que deberían resultar identificados por dichos mensajes, no en Bélgica, sino en otra parte del territorio comunitario en la que estos últimos se difunden.³⁴

34 — Ha de tenerse presente que algunos de los mensajes publicitarios sobre los que versa el litigio nacional figuran en el envase del producto. Su eventual comercialización, con el mismo envase, en otros Estados miembros entrañaría al mismo tiempo la difusión de tales mensajes en dichos Estados.

87. Naturalmente, la existencia de una relación de competencia actual entre los bienes controvertidos en otra parte del territorio comunitario podrá tenerse en cuenta en el marco de un análisis de la posible evolución de los hábitos de consumo en el territorio belga.

88. En segundo lugar, he de subrayar que la limitación del examen de la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 al territorio en el que se difunde la publicidad trae como consecuencia que una misma publicidad, cuando es difundida en varios Estados miembros, podrá ser considerada comparativa, en el sentido de la citada disposición, en un Estado miembro y no en otro, en función de los hábitos de consumo y de la estructura de los mercados que se den en cada uno de ellos.

89. Si bien ello puede parecer contrario a uno de los objetivos de la Directiva 97/55, a saber, favorecer la «libre circulación de la publicidad» en el mercado interno,³⁵ parece no obstante inevitable, pues no resulta en modo alguno sensato imponer sistemáticamente a la autoridad de control la realización de una valoración de la existencia de la relación de competencia a nivel europeo, con independencia de las dimensiones geográficas reales de los mercados.

35 — Véase el tercer considerando de la Directiva 97/55.

90. En cualquier caso, el problema resulta relativizado no sólo por la actual tendencia hacia la expansión geográfica de los mercados y por el desarrollo progresivo del mercado interior, sino también por el carácter indiciario que puede revestir el juego de la competencia que se observa en otras áreas de la Comunidad a los fines de una valoración en clave dinámica de la existencia de la relación de competencia controvertida en el territorio en el que se difunde la publicidad sometido a la jurisdicción de la autoridad de control.

91. Por último, pasando a la cuestión e), mediante la cual el órgano jurisdiccional remitente pregunta si son idénticos los criterios que permiten determinar la relación de competencia pertinente en virtud del artículo 2, número 2 *bis*, y los criterios que permiten verificar si se cumple la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la Directiva 84/450, he de recordar que esta condición, a menudo descrita como de «homogeneidad» de la comparación, exige, para que una publicidad comparativa que contenga una comparación sea lícita, que ésta «compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o que tengan la misma finalidad».

92. Parecería que, al plantear una cuestión similar, que exige igualmente una interpretación del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), el órgano jurisdiccional remitente considera

de forma implícita, en el caso en que debiera concluirse que los mensajes publicitarios objeto del litigio nacional revisten un carácter comparativo, que dichos mensajes contienen una comparación y que deben por ello cumplir, para ser lícitos, las condiciones enumeradas en el artículo 3 *bis*. El órgano jurisdiccional remitente no solicita pues al Tribunal de Justicia precisiones sobre el concepto de comparación o sobre el ámbito de aplicación del artículo 3 *bis* en cuanto tal. Por tanto, no procede examinar tales aspectos en el presente procedimiento prejudicial.

93. Coincido con la Comisión en afirmar que los criterios que permiten determinar la relación de competencia pertinente en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, y los criterios que permiten verificar el cumplimiento de la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), no son idénticos. En efecto, está claro que, si lo fueran, el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), quedaría privado de todo efecto útil, en la medida en que toda publicidad clasificable como comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, cumpliría siempre la condición de licitud controvertida.

94. El alcance de los criterios respectivamente empleados en las dos normas confrontadas es, pues, necesariamente distinto. El concepto de competencia recogido en el

artículo 2, número 2 *bis*, debería cubrir un número más amplio de casos que la condición de licitud establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de modo que puedan darse efectivamente casos de publicidad comparativa que no cumplan tal condición.

pertinente (véanse los puntos 75 y 76 *supra*) a los fines del artículo 2, número 2 *bis*. Así, si dos productos no son sustituibles por lo que respecta a la demanda, el anuncio que los compare no cumplirá las condiciones establecidas en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b).

95. En tal sentido, ha de observarse, antes de nada, que el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), versa sobre una relación que debe existir entre los productos o servicios que constituyen el objeto de la comparación publicitaria, mientras que, como ya he señalado *supra*, la relación de competencia pertinente en virtud del artículo 2, número 2 *bis*, no debe darse necesariamente entre dichos productos o servicios, sino que puede verificarse en la totalidad de la gama de productos o servicios ofrecidos por el anunciante y por la otra empresa a la que hace referencia el mensaje.³⁶

97. Esta última consideración encuentra su confirmación en la reciente sentencia *Lidl*,³⁷ en la cual el Tribunal de Justicia especificó que la condición de licitud establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), significa que los bienes comparados deben ser «suficientemente intercambiables para el consumidor». El Tribunal de Justicia observó que dicha disposición precisa la exigencia de comparabilidad de los productos recogida en los considerandos segundo y noveno de la Directiva 97/55, de los cuales se desprende que dicha exigencia está dirigida en particular a permitir que la publicidad comparativa proporcione informaciones útiles al consumidor a los fines de sus decisiones de compra y a evitar que sea utilizada de modo desleal y negativo para la competencia.

96. Además, carece de pertinencia a los fines del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), cualquier valoración relativa a la sustituibilidad de los bienes o servicios del lado de la oferta, que, en cambio, podría resultar

98. El artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), no exige pues que los productos o servicios comparados sean de naturaleza idéntica o similar o que pertenezcan a la misma

36 — En este sentido, parece apropiado el ejemplo, dado por la Comisión, de dos fabricantes «generalistas» de automóviles, que se hallan en una situación de competencia, en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, si sus gamas de productos se solapan al menos en parte. La publicidad de uno que identifique al otro será, por tanto, en opinión de la Comisión, comparativa, pero también ilícita, al no cumplir la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), en la medida en que compare el automóvil monovolumen de uno con el coupé sport del otro, o sea, productos que no satisfarían las mismas necesidades.

37 — Antes citada, apartados 25 a 27.

categoría de productos, sino que alude a la intercambiabilidad de los bienes desde el punto de vista del consumidor.

99. Por otro lado, no me parece que la referencia efectuada por el Tribunal de Justicia a un grado *suficiente* de intercambiabilidad para el consumidor deba interpretarse en el sentido de que al comprobar la observancia del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), deba advertirse, entre los bienes comparados, un grado de sustituibilidad del lado de la demanda superior al que bastaría para configurar, entre los correspondientes proveedores, una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*.

100. Ciertamente, dado que el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), establece una condición de licitud de la publicidad comparativa, es concebible la aplicación, en su ámbito, de criterios de comprobación de la sustituibilidad del lado de la demanda más restrictivos que los aplicados a efectos del artículo 2, número 2 *bis*.

101. No obstante, por un lado, dado que las condiciones de licitud establecidas para la publicidad comparativa, según una reiterada jurisprudencia, deben interpretarse en el

sentido más favorable a ésta,³⁸ y que la sugerencia de nuevos sucedáneos posibles puede constituir una información útil para los consumidores y estimular la competencia entre los proveedores de bienes o servicios en interés de aquellos, satisfaciendo así los objetivos de la Directiva 97/55, no advierto razón alguna que invite a inclinarse por un endurecimiento, en el ámbito examinado, de los criterios de comprobación de la sustituibilidad del lado de la demanda, respecto a los que se aplican en el ámbito del artículo 2, número 2 *bis*. Ello es tanto más cierto en la medida en que las condiciones de licitud establecidas en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letras a) y c), contribuyen a garantizar que la comparación entre bienes presentados como sucedáneos se efectúe de modo leal y útil para los consumidores.

102. Por otro lado, los aspectos elucidados en los puntos 95 y 96 *supra* parecen suficientes para distinguir el alcance de la condición de la relación de competencia establecida en el artículo 2, número 2 *bis*, del alcance de la condición prevista en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), y para garantizar así el efecto útil de esta última.

103. A mi juicio, pues, las consideraciones desarrolladas en los puntos 80 a 90 *supra* en

38 — Sentencias, antes citadas, Toshiba, apartado 37; Pippig Augenoptik, apartado 42; de 23 de febrero de 2006, Siemens (C-59/05, Rec. p. I-2147), apartados 22 a 24, y Lidl, antes citada, apartados 22 y 32.

relación con los elementos de valoración invocados por el órgano jurisdiccional remitente en la segunda cuestión prejudicial, letras b), c) y d), son también pertinentes a los fines de la aplicación de la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b).

104. Todo lo más, podría admitirse que en los casos en el que el mensaje publicitario presenta como sustituibles bienes o servicios que actualmente no son considerados como tales por los consumidores, la valoración prospectiva sobre las posibilidades de evolución de los hábitos de consumo debe ser realizada, en el marco de la aplicación del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), con un mayor rigor. En particular, podría estimarse que no basta con que el anunciante presente los bienes comparados, de forma explícita o alusiva, como sucedáneos para presumir que la condición de que se trata se cumple y que, en cambio, procede verificar que la publicidad es efectivamente idónea para dirigir hacia el bien ofrecido por el anunciante al menos una parte de la clientela de la otra empresa a que se refiere tal publicidad.

105. En cuanto a la cuestión, en el plano concreto, de la sustituibilidad, en el territorio belga en el que se difunde la publicidad, entre la cerveza y el vino espumoso o el

champán y, más en concreto, entre la cerveza fabricada por De Landtsheer y el vino espumoso o el champán fabricados por las empresas específicas que supuestamente deberían ser identificadas por los mensajes publicitarios controvertidos, es evidente que incumbe al órgano jurisdiccional nacional toda valoración al respecto. Por tanto, no procede examinar en el ámbito del presente procedimiento prejudicial las alegaciones, basadas en algunas decisiones jurisdiccionales o administrativas de los órganos comunitarios, que algunas partes han formulado, respectivamente, para sugerir o negar tal sustituibilidad.

106. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión prejudicial del modo siguiente:

«Para comprobar si entre el anunciante y la empresa a la que éste hace referencia en la publicidad existe una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, no puede prescindirse de la consideración de los bienes o servicios ofrecidos por tal empresa. En cambio, debe comprobarse que el anunciante y dicha empresa se hallan en una situación de competencia, actual o potencial, respecto a una parte cualquiera de la gama de bienes o servicios que respectivamente ofrecen. Bastará, en particular, con que exista, por el lado de la demanda, un determinado grado de sustituibilidad, siquiera limitado, entre un bien o servicio del uno y un bien o servicio del otro.

Para valorar la existencia de dicha relación de competencia, la autoridad nacional de vigilancia debe tomar como referencia la situación existente en la parte del territorio comunitario en la que se difunde la publicidad y que está sujeta a su jurisdicción, y deberá tener en cuenta, entre otros factores, la posibilidad de evolución de los hábitos de consumo, las peculiaridades de los productos o servicios que constituyan el objeto de la publicidad y la imagen que el anunciante pretende atribuir al producto que anuncia.

2 *bis*, y 3 *bis* de la Directiva 84/450, ser considerada automáticamente ilícita o si su licitud debe ser valorada a la luz de las disposiciones nacionales distintas de las que adaptan el Derecho interno a las disposiciones de la Directiva en materia de publicidad comparativa, aunque sean hipotéticamente menos favorables para los consumidores o para las empresas que ofrecen el tipo de producto al que alude la publicidad.

Los criterios que permiten determinar la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 y los que permiten verificar si la comparación se ajusta a la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la misma Directiva no son idénticos.»

108. La formulación literal de la cuestión genera alguna incertidumbre, en la medida en que el ejemplo de publicidad que constituye el objeto de la misma es calificado como «publicidad comparativa». En mi opinión, tal calificación puede ser ignorada, bien porque sea fruto de un mero error material en la redacción de la cuestión, bien en la medida en que deba ser entendida en el sentido de publicidad que realiza una comparación.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

107. Mediante la tercera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si una publicidad que contenga una comparación con un tipo de producto y que no permita identificar a un competidor determinado o al producto que éste ofrece debe, sobre la base de los artículos 2, número

109. En efecto, del apartado 23 de la resolución de remisión se desprende claramente que la Cour d'appel de Bruxelles plantea la tercera cuestión prejudicial en el supuesto en que deba concluirse, sobre la base de las respuestas que el Tribunal de Justicia dé a las dos primeras cuestiones prejudiciales, que en este asunto no existe publicidad comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450.

110. La tercera cuestión prejudicial presupone evidentemente que la primera cuestión prejudicial sea resuelta en el sentido de que, como yo estimo, una publicidad que realice una comparación con un tipo de producto no es en sí una publicidad comparativa en el sentido y a los efectos de la Directiva 84/450.

111. Desde esta perspectiva, las partes del presente procedimiento prejudicial —con la excepción del Gobierno belga, que, al no compartir este punto de vista, se ha limitado a poner de manifiesto que la cuestión examinada carece de objeto— han coincidido en esencia en afirmar que una publicidad que no cumple los requisitos para ser calificada como comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, no es automáticamente ilícita en virtud de las disposiciones de la Directiva 84/450 relativas a la publicidad comparativa, sino que queda fuera de su ámbito de aplicación. Por consiguiente, la licitud de tal publicidad debe ser valorada sobre la base de otras disposiciones nacionales, distintas de las que adaptan el Derecho interno a las disposiciones de la Directiva 84/450 en materia de publicidad comparativa, y de otras disposiciones del Derecho comunitario eventualmente pertinentes.³⁹

³⁹ — Bastará citar, a este propósito, las disposiciones nacionales que adaptan al Derecho interno a las de la propia Directiva 84/450, pero relativas a la publicidad engañosa o, como señaló la Comisión en la vista, las disposiciones en materia de designación, denominación y presentación de algunos productos y sobre la protección de algunas indicaciones, menciones y términos contenidos en el Reglamento (CE) n° 1493/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola (DO L 179, p. 1).

112. En mi opinión, no puede disentirse de esta afirmación. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión prejudicial del modo siguiente:

«Una publicidad que, si bien contiene una comparación, no cumple los requisitos para ser calificada como comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 no queda comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones de dicha Directiva relativas a la publicidad comparativa. Su licitud se examinará, pues, sobre la base de las disposiciones nacionales aplicables, distintas de las que adaptan el Derecho interno a las disposiciones antes mencionadas, y de otras disposiciones del Derecho comunitario eventualmente pertinentes, aunque el grado de protección de los intereses de los consumidores y de los proveedores de tal tipo de producto que resulte de ellas sea menor.»

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

113. La cuarta cuestión prejudicial versa sobre la condición de licitud de la publicidad comparativa prevista en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), de la Directiva 84/450. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si de tales disposiciones se desprende que es ilícita toda comparación que, respecto a

productos que carezcan de denominación de origen, se refiera a productos que tengan una denominación de origen.

114. La cuestión se plantea en la medida en que algunos de los mensajes publicitarios sobre los que versa el litigio nacional contienen referencias al champán, producto que disfruta de la denominación de origen homónima, igualmente protegida en virtud de la normativa comunitaria.

115. El artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), exige que la publicidad comparativa, con respecto a la comparación, «se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación».

116. No obstante su formulación literal ciertamente equívoca, no me parece que puedan albergarse serias dudas sobre la interpretación que deba darse a tal disposición.

117. De Landtsheer sostiene que el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), es aplicable

a los anuncios que comparan únicamente productos con denominación de origen, imponiendo como condición de licitud de tal comparación que la denominación de origen de los productos comparados sea la misma. A lo sumo, la norma podría aplicarse a anuncios con los que, mediante una comparación con productos sin denominación de origen, se promueve la venta de productos con denominación de origen. Según uno u otro de estos planteamientos interpretativos, la norma no sería aplicable al presente asunto, dado que los mensajes publicitarios controvertidos están dirigidos a promover la venta de un producto –la cerveza fabricada por De Landtsheer– que no disfruta de una denominación de origen.

118. Al igual que el CIVC, Veuve Clicquot, los Gobiernos belga y francés y la Comisión, yo también considero que no cabe acoger estos planteamientos.

119. Por un lado, me parece bastante curioso e improbable que el legislador comunitario, al determinar las condiciones de licitud de la comparación publicitaria, se haya preocupado de prohibir las comparaciones entre productos con denominación de origen distinta sin preocuparse al mismo tiempo de regular, prohibiéndolas del mismo modo, las comparaciones entre un producto con denominación de origen y un producto sin ella. No advierto el sentido de prohibir una comparación entre, por ejemplo, el

queso «Grana Padano» y el queso «Parmigiano Reggiano», ambos con denominaciones de origen protegidas, a falta de una prohibición simultánea de comparación entre uno de éstos y un queso distinto sin denominación de origen.

120. Por otro lado, la solución interpretativa distinta según la cual las disposiciones examinadas son aplicables únicamente a las comparaciones dirigidas a promover productos con denominación de origen parece igualmente incongruente. Si la comparación publicitaria entre un producto sin denominación de origen y un producto provisto de ella únicamente estuviera permitida al proveedor del primero, estaríamos en presencia de una asimetría anómala e inexplicable que impediría la igualdad de armas en la comparación publicitaria penalizando a los proveedores de productos con denominación de origen.

121. El artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), me parece más bien una especificación, respecto a la comparación que afecta a un producto con denominación de origen, de la condición de homogeneidad de la comparación establecida en la letra b), puesto que la prohibición del denominado enganche (o publicidad adhesiva) a la protección de la denominación de origen estaría contenido en la letra g) del mismo artículo 3 *bis*, apartado 1. En esencia, la letra f) está diri-

gida, en mi opinión, a precisar que una comparación entre un bien que tiene una denominación de origen y un bien sin ella o una comparación entre bienes provistos de denominación de origen diferente no puede ser considerada una comparación homogénea.

122. Se trata pues de una suerte de presunción de no homogeneidad de la comparación dirigida a conferir una tutela reforzada a los productos con denominación de origen frente a las comparaciones publicitarias y a completar la tutela de dichos productos derivada de otras disposiciones de Derecho comunitario.

123. Ello tiene su confirmación en el duodécimo considerando de la Directiva 97/55, el único idóneo para explicar la norma establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), en el cual se señala que las condiciones de la publicidad comparativa «deben incluir, en particular, la observancia de las disposiciones resultantes del Reglamento (CEE) n° 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios⁴⁰ y, en particular, de

40 — DO L 208, p. 1. Este Reglamento ha sido recientemente derogado y sustituido, desde el 31 de marzo de 2006, por el Reglamento (CE) n° 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (DO L 93, p. 12).

su artículo 13, así como las demás disposiciones comunitarias adoptadas en el sector agrícola».

124. La disposición examinada ha sido objeto de fuertes críticas en la doctrina por parte de quienes han visto en ella una forma de inútil privilegio, en beneficio de los productos con denominación de origen, que restringe la competencia. Si bien es cierto que puede garantizar una fuerte protección de tales productos, no me parece, no obstante, que ello sea contrario a los objetivos de la Directiva 97/55 y coincido con la Comisión en afirmar que se trata de una elección precisa del legislador comunitario que no puede ser puesta en cuestión por la vía interpretativa.

125. Por tanto, considero que el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), ha de interpretarse en el sentido de que la comparación publicitaria que afecta a un producto con denominación de origen es lícita únicamente si se efectúa en relación con otro producto con la misma denominación de origen.

126. Así pues, propongo al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a la cuarta cuestión prejudicial.

Conclusión

127. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Cour d'appel de Bruxelles del modo siguiente:

«1) La referencia, en un mensaje publicitario, a un tipo de producto no cumple por sí misma el requisito de identificación previsto en el artículo 2, número 2 *bis*, de

la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en su versión modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, en el sentido de que sirva para identificar a cada una de las empresas que ofrecen dicho tipo de producto o los bienes correspondientes. Una referencia similar podrá servir para identificar implícitamente a un competidor o los bienes que éste ofrece, en el sentido de la citada disposición, únicamente cuando, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, ello permita a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz representarse una o más empresas determinadas que ofrecen tal tipo de producto o los bienes correspondientes.

- 2) Para comprobar si entre el anunciante y la empresa a la que éste hace referencia en la publicidad existe una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450, no puede prescindirse de la consideración de los bienes o servicios ofrecidos por tal empresa. En cambio, debe comprobarse que el anunciante y dicha empresa se hallan en una situación de competencia, actual o potencial, respecto a una parte cualquiera de la gama de bienes o servicios que respectivamente ofrecen. Bastará, en particular, con que exista, por el lado de la demanda, un determinado grado de sustituibilidad, siquiera limitado, entre un bien o servicio del uno y un bien o servicio del otro.

Para valorar la existencia de dicha relación de competencia, la autoridad nacional de vigilancia debe tomar como referencia la situación existente en la parte del territorio comunitario en la que se difunde la publicidad y que está sujeta a su jurisdicción, y deberá tener en cuenta, entre otros factores, la posibilidad de evolución de los hábitos de consumo, las peculiaridades de los productos o servicios que constituyan el objeto de la publicidad y la imagen que el anunciante pretende atribuir al producto que anuncia.

Los criterios que permiten determinar la existencia de una relación de competencia en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 y los que permiten verificar si la comparación se ajusta a la condición establecida en el artículo 3 *bis*, apartado 1, letra b), de la misma Directiva no son idénticos.

- 3) Una publicidad que, si bien contiene una comparación, no cumple los requisitos para ser calificada como comparativa en el sentido del artículo 2, número 2 *bis*, de la Directiva 84/450 no queda comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones de dicha Directiva relativas a la publicidad comparativa. Su licitud se examinará, pues, sobre la base de las disposiciones nacionales aplicables, distintas de las que adaptan el Derecho interno a las disposiciones antes mencionadas, y de otras disposiciones del Derecho comunitario eventualmente pertinentes, aunque el grado de protección de los intereses de los consumidores y de los proveedores de tal tipo de producto que resulte de ellas sea menor.

- 4) Del artículo 3 *bis*, apartado 1, letra f), de la Directiva 84/450 se desprende la ilicitud de toda comparación que, respecto a productos que carezcan de denominación de origen, se refiera a productos que tengan una denominación de origen.»