

Ar2

Pubblicazione realizzata con fondi di ricerca della Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Mediterranea – LUM Jean Monnet di Casamassima (Bari), del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari e del Dipartimento di Economia aziendale dell'Università degli Studi "Gabriele d'Annunzio" di Chieti.

Responsabili di redazione

Anna Maria Siniscalchi (Tomo I)

Eva Leccese (Tomo II)

Si ringraziano la Dott.ssa Silvia Digregorio e la Dott.ssa Celeste Scarimboli, cultrici della materia presso la Cattedra di Diritto privato nella Libera Università Mediterranea – LUM Jean Monnet di Casamassima (Bari), nonché lo studente di quell'Ateneo Sig. Donato Matera.

Diritto privato e interessi pubblici

Scritti in onore del prof. Lucio Valerio Moscarini

Tomo II

a cura di

Nicola Corbo

Mario Nuzzo

Francesco Ricci

Contributi di

Guido Alpa, Francesco Donato Busnelli, Cristina Caricato, Salvatore Cimini
Ciro D'Aprè, Giovanni Di Giandomenico, Luigi Follieri, Giovanni Furgiuele
Andrea Fusaro, Stefano Gattamelata, Loredana Giani, Gábor Hamza
Natalino Irti, Eva Leccese, Inmaculada Herbosa Martínez, Roberto Martino
Antonio Masi, Salvatore Mazzamuto, Enrico Minervini, Andrea Nervi
Mario Nuzzo, Alessandro Pace, Nino Paolantonio, Teresa Pasquino
Salvatore Patti, Mauro Pennasilico, Pietro Perlingieri, Valerio Pescatore
Nicola Picardi, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Giulio Prosperetti
Raffaella Rametta, Marco Riario Sforza, Francesco Ricci, Carmela Robustella
Liliana Rossi Carleo, Marcello Russo, Franco Gaetano Scoca, Renato Scognamiglio
Pietro Sirena, Mario Stella Richter Jr, Paolo Stella Richter, Alessandro Tomassetti
Emilio Tosi, Alberto Venturelli, Giuseppe Vettori, Andrea Zoppini



COPYRIGHT © MMXVI
ARACNE EDITRICE INTIE S.R.L.

WWW.ARACNEEDITRICE.IT
INFO@ARACNEEDITRICE.IT

VIA QUARIO NEGRONI, 15
00040 ARICCIA (RM)
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-9688-8
(TOM O II)

ISBN 978-88-548-8867-8
(OPERA COM PIETA)

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I EDIZIONE: OTTOBRE 2016

Indice

Parte III
Impresa e professioni
(segue dal tomo precedente)

- 13 La publicida engañosa y comparativa en las relaciones entre empresas en el ámbito de la unión europea
Immaculada Herbosa Martínez
- 33 La nuova direttiva sui diritti del consumatore
Salvatore Mazzamuto
- 67 Contratti di distribuzione e *Recovery period Rule*
Andrea Nervi
- 81 La riforma del lavoro a progetto
Giulio Prosperetti
- 89 Accordi di ristrutturazione dei debiti ed effetti nei confronti dei creditori finanziari
Raffaella Rametta
- 109 Il dovere d'informazione dell'avvocato sulla mediazione civile e commerciale e le conseguenze della sua violazione
Francesco Ricci
- 137 Lettere di *patronage* e importo massimo garantito
Carmela Robustella

- 151 I controlli amministrativi sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori
Liliana Rossi Carleo
- 163 Sulla composizione e sulla elezione dell'organo amministrativo di una società quotata
Mario Stella Richter Jr
- 185 La dematerializzazione della contrattazione
Emilio Tosi
- 233 Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità
Alberto Venturelli

Parte IV
Responsabilità e tutela dei diritti

- 259 La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista
Francesco Donato Busnelli
- 285 Negozi di destinazione
Ciro D'Aprèa
- 313 L'interruzione della prescrizione
Luigi Follieri
- 337 Privatrechtsentwicklung und doktrin des privatrechts (private law) unter besonderer berücksichtigung der römischrechtlichen tradition in den vereinigten staaten von amerika (USA)
Gábor Hamza
- 347 La lesione del diritto all'ambiente tra interesse legittimo e diritto soggettivo
Eva Leccese

- 369 L'appello contro la decisione equitativa del giudice di pace
Roberto Martino
- 387 I sistemi di ODR
Enrico Minervini
- 393 La corte di cassazione e la cd. retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale in materia di status
Alessandro Pace
- 409 Il “contatto” tra medico e paziente, la tutela dell'integrità psico-fisica e l'integrale riparazione del danno
Teresa Pasquino
- 435 Accordi sulle prove
Salvatore Patti
- 455 Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia
Pietro Perlingieri
- 469 Corte Costituzionale e risarcimento del danno da sanzione sportiva
Valerio Pescatore
- 489 Le trasformazioni della giustizia nell'età della globalizzazione
Nicola Picardi
- 501 Il danno da perdita della vita e il sistema di responsabilità civile
Antonino Procida Mirabelli di Lauro
- 537 Sulla ereditarietà del danno da morte
Renato Scognamiglio
- 551 L'arbitrato irrituale e il suo difficile rapporto con quello rituale
Marco Riario Sforza

587 Diritti potestativi e vicende modificative del rapporto giuridico
Alessandro Tomassetti

633 Diritto Europeo e tutele contrattuali
Giuseppe Vettori

Parte V

Diritto privato e interessi pubblici

645 Il diritto di proprietà oggi
Guido Alpa, Andrea Fusaro

663 Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette
Cristina Caricato

683 Colpa professionale e responsabilità da attività provvedimentoale della p.a.
Salvatore Cimini

703 L'interesse legittimo e la sua lesione nel pensiero di Lucio Valerio Moscarini
Giovanni Di Giandomenico

715 Diritto e giudice prima e oltre la legge
Giovanni Furguele

725 La questione pregiudiziale "a cavallo" tra c.p.a. e c.p.c.
Stefano Gattamelata

743 Spunti di riflessione su alcune forzature privatistiche nel sistema *post-emergenziale* abruzzese
Loredana Giani

755 Diritto ed economia
Natalino Irti

- 763 Diritto privato e interessi pubblici negli scritti di Lucio Valerio Moscarini
Antonio Masi
- 769 L'acquisto del tesoro nel Vangelo di Matteo
Antonio Masi
- 773 Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione
Mario Nuzzo
- 783 Le controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori del servizio pubblico
Nino Paolantonio
- 799 Sull'interpretazione dei contratti pubblici
Mauro Pennasilico
- 819 La passione per la toga: tra foro e accademia
Marcello Russo
- 825 Le riflessioni di Lucio Valerio Moscarini sull'interesse legittimo
Franco Gaetano Scoca
- 837 La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle autorità indipendenti
Pietro Sirena
- 847 Dopo il codice del processo amministrativo
Paolo Stella Richter
- 853 Diritto privato vs diritto amministrativo
Andrea Zoppini
- 867 I curatori

PARTE III

IMPRESA E PROFESSIONI

(SEGUE DAL TOMO PRECEDENTE)

La publicidad engañosa y comparativa en las relaciones entre empresas en el ámbito de la unión europea

Criterios de interpretación por el tñue

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ*

SUMARIO: 1. Introducción, 13 – 2. Publicidad, 14 – 3. Publicidad engañosa, 17 – 4. Publicidad comparativa, 18 – 5. Concepto, 19.

1. Introducción

La publicidad engañosa y comparativa en el ámbito de las relaciones entre empresas en la Unión Europea se rige por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad comparativa y engañosa (en adelante Directiva 2006/114)¹. Esta Directiva tiene por objeto la codificación de la Directiva 84/450/CEE del Consejo², modificada por las Directivas 97/55/CE³ y 2005/29/CE⁴, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo.

Conforme al artículo 1 de la citada Directiva 2006/114, ésta tiene por objeto proteger « a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estaba permitida la publicidad comparativa », en los mismos términos en que lo hacía el artículo 1 de la derogada Directiva 84/450 tras las modificaciones introducidas en su artículo 1 por la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, anteriormente citada. En efecto, esta última Directiva regula, en el ámbito comunitario las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, incluida la publicidad y comercialización de sus productos, en sus relaciones con

* Professore di Diritto civile nell'Università di Deusto Bilbao.

1. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad comparativa y engañosa, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n° L 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 21.

2. Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa, *Diario Oficial de la Unión Europea* n°. L 250, de 19 de septiembre de 1984, p. 171.

3. 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, *Diario Oficial de la Unión Europea* n° L 290, de 23 de octubre de 1997, p. 18.

4. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea* n° L 149, de 11 de junio de 2005, p. 22.

los consumidores (cfr. arts. 1, 2 letra *d*), y 5 de dicha Directiva). Así, lo establecido en esta Directiva resulta aplicable a todas las prácticas publicitarias que perjudican los intereses económicos de los consumidores, con independencia de si afectan a los intereses de un competidor, lo que redujo el ámbito de aplicación de la Directiva 84/450 sobre publicidad comparativa engañosa y comparativa a aquellas situaciones a las que la publicidad se dirigía exclusivamente a empresarios. Todo ello sin perjuicio de la facultad conferida por la citada Directiva 2005/29/CE a los Estados miembros de que pudieran ampliar su aplicación a las relaciones comerciales.

La modificación introducida en la originaria Directiva 84/450 se consolida en la Directiva 2006/114 vigente, según se desprende de una lectura conjunta de los artículos 1, 5.1 y 8.1 de la misma. Así, en principio, los consumidores quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/114/CE. No obstante, por lo que respecta a la publicidad comparativa, su regulación protege indirectamente sus intereses; y ello, por cuanto dicha publicidad puede estimular la competencia de bienes y servicios en beneficio del consumidor, y facilitar la elección de los consumidores, al incluir criterios de comparación objetiva de las características de bienes y servicios, tal y como se desprende de los considerandos sexto y noveno de la misma⁵.

Así, esta Directiva establece, por una parte, un estándar mínimo de protección aplicable a la publicidad engañosa en las relaciones entre empresarios en el ámbito de la Unión Europea, mientras que deja a los Estados Miembros la posibilidad de establecer un nivel de protección más elevado en esta materia (cfr. art. 8.1). Por otra parte, una regulación uniforme sobre publicidad comparativa, sin posibilidad de prever un régimen más riguroso (cfr. art. 8.2.), mediante la determinación de una serie de criterios o condiciones para evaluar si este tipo de publicidad está permitida. El objetivo, como veremos, es, en esencia, asegurar que la comparación sea objetiva, no denigre o desacredite a competidores ni cree confusión entre los mismos.

En relación a dicha Directiva el Tribunal ha ido elaborando algunos criterios que constituyen un valioso instrumento de interpretación de sus disposiciones, y que son el hilo conductor de este trabajo.

2. Publicidad

A efectos de lo establecido en la Directiva, el artículo 2, letra *a*) de la misma define la publicidad como « toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones ».

5. Vid., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *Reflexiones sobre el nuevo régimen jurídico de la publicidad comparativa en Derecho español*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 583, 2003, p. 4 (consultado en westlaw.es).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶ (en adelante, TJUE), ha señalado que, teniendo en cuenta la definición amplia de este precepto, la publicidad puede presentarse bajo muy variadas formas de tal modo que no se limita a las formas de publicidad clásica (vid. “Toshiba Europe”, as. C-112/99, apartado 28)⁷. Recientemente, el TJUE ha declarado que para determinar si cierta práctica es una forma de publicidad en el sentido de la Directiva, debe tenerse en cuenta su finalidad, que es, como resulta de su artículo 1, proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que está permitida la publicidad comparativa. Así, de los considerandos 8, 9 y 15 de dicha Directiva, las referidas condiciones pretenden

ponderar los diferentes intereses que pueden resultar afectados por la autorización de la publicidad comparativa, permitiendo a los competidores exponer de manera objetiva las ventajas de los diferentes productos comparables a fin de estimular la competencia en beneficio de los consumidores y prohibiendo, al mismo tiempo, prácticas que puedan distorsionar la competencia, perjudicar a los competidores y ejercer un efecto negativo sobre la elección de los consumidores.

Además, de los considerandos 3,4 y 8, segunda frase, de la Directiva 2006/2014 y de las definiciones igualmente amplias de los conceptos de “publicidad engañosa” y de “publicidad comparativa” establecidas en el artículo 2, letras b) y c) de la misma, se desprende que la intención del legislador fue la de instaurar «un régimen completo para toda forma manifestación publicitaria, independientemente de si conduce o no a la celebración de un contrato», a fin de evitar que tal publicidad perjudique a consumidores y comerciantes y distorsione la competencia dentro del mercado anterior. Por tanto, se concluye que el concepto de publicidad no puede interpretarse de forma que la actividad realizada por un comerciante para promover la venta de sus productos o de sus servicios, que pueda influir en el comportamiento de sus consumidores, y por tanto a afectar a sus competidores, «quede al margen de las normas sobre competencia leal establecidas en dichas Directivas» (“Belgian Electronic Sorting Technology”, as. C-57/11, apartados 36-39)⁸.

En el asunto arriba referenciado, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial pretendía que se dilucidara si el concepto de “publicidad” previsto en la citada Directiva abarca el registro de un nombre de dominio, el uso de tal nombre y el uso de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet. En concreto lo que se cuestiona es si dichos actos pueden calificarse como

6. Denominación oficial desde el 1 de diciembre de 2009 (a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa). Con anterioridad su denominación era “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”; las sentencias utilizadas en este trabajo, anteriores a esa fecha, se citan conforme a dicha denominación.

7. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001, as. 112/99, *Toshiba Europe GmbH contra Katun Germany GmbH*.

8. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, as. C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV contra Bert Peelaers*. En el supuesto a que se refiere dicha sentencia, el litigio principal se rige en parte por la Directiva 84/450 y en parte por la Directiva 2006/2014, por lo que en la sentencia también se hacen referencia al primero de los textos legales.

« formación de comunicación que se realiza con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios », en el sentido del artículo 2, letra a) de la Directiva. A este respecto, el TJUE concluye lo siguiente:

- a) el registro de un nombre de dominio es un mero acto formal mediante el cual se solicita al organismo designado para su gestión que haga constar aquél en una base de datos y dirija a los usuarios que lo tecleen exclusivamente a la dirección IP indicada por su titular, por lo que no puede influir en la elección de los consumidores ni constituye una forma de comunicación con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios;
- b) por el contrario, el uso de un nombre de dominio y de indicadores de hipertexto constituye una forma de comunicación en el sentido del artículo 2, letra a) de la Directiva 2006/114.

Lo primero, atendiendo a que el uso de un nombre de dominio, que hace referencia a determinados productos o a determinados servicios o incluso al nombre comercial de un competidor, es una comunicación que se dirige a los consumidores potenciales y les sugiere que, con ese nombre, encontrarán un sitio de Internet que guarda relación con esos productos o servicios. Lo segundo, en cuanto la utilización de indicadores de hipertextos (palabras que leen los motores de búsqueda para proceder a la referenciación de los numerosos sitios que se encuentran en internet) que se corresponden con las denominaciones de los productos de un competidor y con el nombre comercial de ésta en el código de programación de un sitio de internet da lugar a que se sugiera al usuario de Internet que utiliza dichas denominaciones o nombre como término de búsqueda que ese sitio tiene una relación con su búsqueda (vid., sobre todo ello, “Belgian Electronic Sorting Technology”, as. C-57/11, apartados 41-60).

A los efectos previstos en esta Directiva, el TJUE precisa que, por lo que respecta al uso del nombre de dominio, no desvirtúa tal apreciación la circunstancia de que el artículo 2, letra f) de la Directiva 200/31⁹ sobre el comercio electrónico prevea que no se consideran comunicaciones comerciales « los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico ». Se señala a este respecto que tal exclusión no significa que tales datos y tales comunicaciones estén igualmente excluidos del concepto de “publicidad” a efectos de la Directiva 2006/2014, ya que este último concepto se define con inclusión expresa de “toda forma de comunicación”, teniendo ambas Directivas ámbitos de aplicación diferentes (vid., “Belgian Electronic Sorting Technology”, as. C-57/11, apartados 49-51).

9. Directiva 2000/3^o/CEE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el comercio interior, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º. L 178, p.1.