

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones

Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva

Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa

Sumario

1. Introducción
2. La Directiva y su aplicación en los Estados miembros
 - 2.1. Desarrollo y ámbito de aplicación de las normas de la UE sobre publicidad en las relaciones entre empresas
 - 2.2. Descripción de la manera en que la Directiva se aplica en los Estados miembros
3. Consulta pública y problemas detectados
 - 3.1. Prácticas comerciales engañosas más comunes
 - 3.2. Prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios
 - 3.2.1. Historia del problema
 - 3.2.2. Datos sobre la magnitud del problema
 - 3.2.3. Medidas legislativas y de ejecución contra las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios
 - 3.3. Información obtenida de la consulta general
4. La evaluación de la Comisión
 - 4.1. Prácticas comerciales que requieren acción legislativa a nivel de la UE
 - 4.2. Publicidad comparativa
5. Etapas futuras
 - 5.1. Intensificación de la aplicación de las normas existentes como acción inmediata
 - 5.2. Presentación de una propuesta legislativa
 - 5.2.1. Nuevas normas sustantivas sobre prácticas comerciales engañosas
 - 5.2.2. Nuevo procedimiento de cooperación en materia de aplicación de las normas
6. Conclusiones

1. Introducción

El mercado único de la UE es un motor de crecimiento y brinda a los consumidores una mayor oferta y mejores precios. Un crecimiento inteligente, sostenible e integrador constituye el objetivo de la Estrategia Europa 2020¹ para ayudar a Europa y a sus empresas a emerger más fuertes de la crisis y crear nuevos puestos de trabajo. Todas las políticas de la UE se encaminan a este objetivo.

La publicidad tiene un gran impacto económico en las empresas, ya que es un elemento clave de cualquier estrategia empresarial. Permite a los comerciantes presentar sus productos y servicios y constituye un elemento importante para el éxito comercial. También puede reforzar la competencia aportando a los clientes mejor información y la posibilidad de comparar productos. En el mercado único, las empresas pueden llegar a los clientes de todos los rincones de Europa con un mensaje comercial.

En las relaciones comerciales, los clientes y las empresas competidoras esperan que las empresas utilicen comunicación comercial veraz y actúen con diligencia profesional. Las pequeñas empresas, el principal motor de la economía europea², son especialmente vulnerables a las prácticas comerciales engañosas, ya que carecen de recursos para protegerse contra ellas. Necesitan un marco claro y eficiente que proteja la libre competencia y proporcione medios eficaces para su aplicación.

Las normas de la UE sobre publicidad de empresa a empresa tienen como objetivo garantizar que las empresas utilicen publicidad o técnicas de comercialización veraz. Tales disposiciones crean un marco reglamentario necesario para la comercialización de empresa a empresa donde las compañías disfrutan de un elevado nivel de libertad contractual. En particular, la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa³ proporciona un nivel mínimo común de protección contra la publicidad engañosa para los operadores en la UE y también regula la publicidad comparativa.

¹ Europa 2020 - Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2010) 2020.

² Nueve de cada diez pymes son microempresas con menos de diez empleados.

³ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (en lo sucesivo «la Directiva»); DO L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 21.

Como cada vez más publicidad se realiza en línea, la publicidad y las prácticas comerciales están cambiando y pueden afectar a miles de empresas en todo el mundo. Las prácticas comerciales engañosas, tales como las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios⁴, continúan causando un daño considerable a las empresas, especialmente a las pequeñas. Por consiguiente, la Comisión anunció en su Revisión de la «Small Business Act» para Europa⁵ su intención de revisar el funcionamiento de las normas existentes.

En términos más generales, las prácticas comerciales engañosas generan deficiencias del mercado al menoscabar la capacidad de las empresas para realizar elecciones con conocimiento de causa y, por consiguiente, con eficacia. La distorsión de la toma de decisiones económicas de las empresas también da lugar a distorsiones de la competencia. Esto se debe a que el operador que actúa de forma desleal consigue arrancar empresas clientes a las empresas honradas competidoras o a que las empresas afectadas se ven obligadas a pagar por servicios inútiles sin valor. Además, las prácticas comerciales engañosas repercuten en los consumidores, que tienen que pagar más por los productos y servicios.

Por tanto, la presente Comunicación describe la manera en que la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa se aplica actualmente en los Estados miembros, identifica los problemas de su aplicación y esboza planes para revisarla en el futuro.

2. La Directiva y su aplicación en los Estados miembros

2.1. Desarrollo y ámbito de aplicación de las normas de la UE sobre publicidad en las relaciones entre empresas

La Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa es un instrumento horizontal que se aplica a toda la publicidad entre empresas. Define la publicidad muy ampliamente como toda forma de comunicación con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, sin especificar su forma. Esto incluye por tanto la publicidad clásica y otros tipos de prácticas comerciales. La Directiva fija un nivel mínimo de protección frente a la publicidad engañosa en cualquier transacción entre empresas en la UE, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros la flexibilidad necesaria para establecer un nivel de protección más elevado.

⁴ Véase la sección 3.2. Las empresas engañosas dedicadas a la elaboración de directorios son operadores comerciales que utilizan prácticas comerciales engañosas y envían formularios pidiendo a las empresas destinatarias que actualicen datos en sus directorios, aparentemente de forma gratuita. Si la empresa destinataria firma el formulario, se le dice que ha firmado un contrato y que se le cobrará una suma anual.

⁵ Revisión de la «Small Business Act» para Europa, COM(2011)78.

La Directiva también establece normas uniformes en materia de publicidad comparativa⁶, fijando condiciones para determinar cuándo se permite este tipo de publicidad⁷. El objetivo es garantizar que la publicidad comparativa compare productos semejantes, sea objetiva, no denigre o desacredite las marcas de otras empresas y no cree confusión entre los comerciantes.

La acción de la UE en este ámbito se remonta a 1984, con la adopción de la primera Directiva sobre publicidad engañosa⁸ para proteger a consumidores y empresas. Dentro del ámbito mucho más extenso del Derecho sobre competencia desleal y prácticas comerciales desleales, la Directiva se limitaba en un principio al importante ámbito de la publicidad. Sin embargo, muchos Estados miembros ya contaban con disposiciones contra la publicidad engañosa y los cambios que aportó la Directiva en sus ordenamientos jurídicos fueron limitados. La normativa se modificó en 1997 para incorporar disposiciones sobre publicidad comparativa plenamente armonizadas⁹, dado que las disposiciones de los Estados miembros sobre publicidad comparativa diferían mucho¹⁰, lo que suponía un obstáculo a la libre circulación de bienes y servicios y creaba distorsiones de la competencia.

En 2005, la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales¹¹ creó un marco jurídico amplio independiente que protegía a los consumidores contra todas las prácticas comerciales desleales, antes, durante y después de una transacción comercial, y se aplicaba también a todas las prácticas publicitarias que perjudican a los intereses económicos de los consumidores, con independencia de si afectan a los intereses de un competidor. La Directiva sobre las prácticas comerciales desleales redujo el ámbito de aplicación de la Directiva sobre pu-

⁶ Toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor.

⁷ De acuerdo con su artículo 1, la Directiva protege a los comerciantes contra la publicidad engañosa, pero establece las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa dirigida tanto a consumidores como a empresas.

⁸ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa; DO L 250 de 19 de septiembre de 1984, p. 17.

⁹ 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.

¹⁰ Mientras que en Dinamarca, Suecia o el Reino Unido la publicidad comparativa se utilizaba de forma relativamente amplia y en Francia, Alemania e Italia se permitía explícitamente por la jurisprudencia nacional, aunque de manera restrictiva, en Luxemburgo se consideraba como un acto de competencia desleal y en Portugal estaba sujeta a un régimen de autorización *ad hoc*.

¹¹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), DO L 149 de 11 de junio de 2005, p. 22.

blicidad engañosa y publicidad comparativa a las situaciones en que la publicidad se dirige exclusivamente a las empresas. Sin embargo, las disposiciones sobre publicidad comparativa siguieron siendo pertinentes para las transacciones entre empresas y consumidores, ya que constituyen una prueba general para evaluar si la publicidad comparativa es legal.

La Directiva original sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y sus sucesivas modificaciones se consolidaron en una nueva Directiva en 2006¹².

2.2. Descripción de la manera en que la Directiva se aplica en los Estados miembros

La Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa se transpuso en los Estados miembros a través de diversos instrumentos legislativos, tales como códigos mercantiles, legislación general de protección de los consumidores y leyes sobre comercialización. Mientras que las normas plenamente armonizadas en materia de publicidad comparativa se han transpuesto de manera uniforme, existe, según la información recogida por la Comisión sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros, **una gran variedad de normas que van más allá de la protección mínima a escala de la UE** contra la publicidad engañosa.

Algunos Estados miembros decidieron ir más allá de la norma legal mínima consagrada en la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y ampliaron el nivel de protección concedido por la Directiva sobre prácticas comerciales desleales a las relaciones entre empresas, en parte o en su totalidad. En particular, en Austria, Dinamarca, Alemania, Francia, Italia y Suecia, la legislación nacional que protege a los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales también se aplica, ya sea parcial o totalmente, a las prácticas comerciales que afectan a las empresas. En cambio, otros Estados miembros hacen hincapié en la libertad contractual y en el mayor grado de diligencia esperado en las transacciones entre empresas, y no consideran adecuado que empresas y consumidores deban ser protegidos de igual manera. Por ejemplo, en la República Checa, Polonia y el Reino Unido la legislación pertinente en materia de publicidad de empresa a empresa únicamente ofrece la protección mínima establecida en la normativa de la UE. En general, los Estados miembros han optado por diversos modelos para transponer la Directiva¹³.

¹² Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, DO L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 21.

¹³ En Bulgaria, las disposiciones sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa están incluidas en la Ley de defensa de la competencia. En Chipre hay una ley específica sobre el control de la publicidad engañosa y comparativa. Hungría, por lo que respecta a las actividades entre empresas, distingue entre la publicidad engañosa, regulada por la Ley sobre los requisitos básicos y determinadas restricciones de la publicidad comercial, y otras prácticas desleales, reguladas por la Ley sobre la prohibición de prácticas comerciales desleales y competencia desleal. Letonia, Lituania y Eslovaquia cuentan con leyes de publicidad independientes.

Por consiguiente, el **nivel de protección para las empresas europeas es diverso**, dejando a las empresas en una incertidumbre acerca de sus derechos y obligaciones en situaciones transfronterizas. Las diferencias entre los sistemas de protección de los consumidores y las empresas empañan aún más el panorama.

Por lo que se refiere a los **sistemas de ejecución**, los requisitos introducidos por la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa son bastante limitados. En términos generales, los Estados miembros velarán por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y hacer que se cumplan las disposiciones en materia de publicidad comparativa. Ello incluye la obligación de introducir la posibilidad de proceder judicialmente contra la publicidad no conforme, de conferir a los tribunales competencias que les faculten para ordenar el cese o la prohibición de tal publicidad y de permitirles exigir que el anunciante presente pruebas relativas a la exactitud de las afirmaciones de hecho contenidas en la publicidad¹⁴. Los Estados miembros aplican actualmente esta Directiva mediante los diferentes sistemas nacionales. La diferencia fundamental se refiere a la **posibilidad de ejecución pública**. En algunos Estados miembros, las autoridades pueden tomar medidas contra los comerciantes deshonestos, mientras que en otros Estados miembros solamente las víctimas pueden solicitar reparación. Especialmente en la publicidad transfronteriza, estas disparidades modifican sustancialmente el nivel de protección efectivo.

En algunos países como Bulgaria, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Rumanía y el Reino Unido¹⁵ las autoridades públicas pueden adoptar medidas contra los comerciantes que realizan prácticas comerciales engañosas.

En otros Estados miembros solo las empresas afectadas o asociaciones específicas pueden iniciar acciones judiciales. Por ejemplo, Austria y Alemania disponen de un sistema de asociaciones privadas autónomas que pueden iniciar acciones contra los comerciantes en los tribunales. La ejecución se basa en acciones civiles y las sanciones pueden implicar la retirada, medidas cautelares o la indemnización por daños. En Polonia, la República Checa e Irlanda corresponde a la empresa afectada acudir a los tribunales, y las autoridades públicas solo intervienen en los casos en que las prácticas desleales constituyen delito en virtud del Derecho penal¹⁶.

¹⁴ Artículo 5, apartados 1 y 3, y artículo 7 de la Directiva 2006/114/CE.

¹⁵ En Francia, la Autoridad de protección de los consumidores puede llevar a cabo investigaciones contra los comerciantes deshonestos y algunas infracciones pueden implicar sanciones penales. La Autoridad de competencia italiana tiene facultades para investigar los casos de publicidad engañosa que afecten a las empresas e imponer multas. En Lituania, el Consejo de competencia puede imponer sanciones administrativas. Del mismo modo, Rumanía cuenta con un sistema de ejecución normativa en el que la Dirección General de ayudas estatales, prácticas desleales y precios regulados puede imponer multas a los operadores comerciales. En el Reino Unido, la *Office of Fair Trading* puede iniciar procedimientos judiciales para una acción de cesación, pero la publicidad engañosa es también una infracción penal que puede dar lugar a dos años de cárcel.

¹⁶ Algunos casos de prácticas claras de publicidad engañosa a gran escala se abordan en la legislación penal nacional contra el fraude.

Además, existe una considerable jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la publicidad engañosa y la publicidad comparativa¹⁷. Desde 1984, cuando se adoptó la primera Directiva sobre publicidad engañosa, las sentencias del Tribunal han aportado varias aclaraciones importantes. Lo que es más significativo, el Tribunal empezó a desarrollar el concepto de «consumidor medio». Este término fue codificado posteriormente, en 2005, por la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, que en la actualidad regula la publicidad en las relaciones entre empresas y consumidores.

Por otra parte, las condiciones en las que se permite la publicidad comparativa han sido examinadas por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones. Esto se debe al hecho de que la publicidad comparativa constituía una nueva forma de comercialización en muchos Estados miembros y era preciso delimitar su ámbito. Por ejemplo, el Tribunal señaló la condición para la comparación de los niveles generales de precios¹⁸ e interpretó las disposiciones relativas a la comparación de productos con denominación de origen¹⁹.

3. Consulta pública y problemas detectados

Para obtener información más concreta sobre prácticas comerciales engañosas, la Comisión publicó una consulta pública y solicitó información detallada a los Estados miembros en forma de cuestionario²⁰.

Como parte de esta revisión, la Comisión no solo recabó datos sobre la eficacia global y los problemas existentes en la aplicación de la Directiva, sino que también recogió información sobre cuestiones más amplias en relación con las prácticas comerciales. La evaluación abarcó distintos tipos de comunicaciones comerciales en las relaciones entre empresas cuyo objetivo era la promoción de bienes y servicios²¹.

La presente Comunicación se centra en las prácticas comerciales engañosas que también incluyen la publicidad engañosa y las técnicas comerciales que no se encuentran, con

¹⁷ Véanse, en particular, los asuntos C-362/88 GB-INNO-BM; C-373/90, procedimiento penal contra X; C-126/91, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft; C-210/96 Gut Springenheide y Tusky; C-220/98 Estee Lauder; C-112/99 Toshiba Europe; C-44/01 Pippig Augenotopic; C-71/02 Herbert Karner Industrie-Auktionen; C-228/03 Gillette; C-59/05 Siemens; C 533/06 O2 Holdings; C-487/07 L'Oréal; C-414/06 Lidl Belgium; C-159/09 Lidl.

¹⁸ C-356/04 Lidl Belgium.

¹⁹ C-381/05 De Landtsheer Emmanuel SA.

²⁰ Veintiún Estados miembros respondieron al cuestionario.

²¹ Se incluían la publicidad en línea, los reclamos ecológicos, la publicidad comparativa, etc. La comunicación no aborda determinadas prácticas contractuales entre empresas, sobre todo en el sector minorista, que pueden considerarse abusivas debido a un desequilibrio en la relación resultante del considerable poder de negociación de algunos actores del mercado. Estas cuestiones se tratarán en la próxima iniciativa sobre las prácticas comerciales desleales entre empresas en la cadena de venta al por menor.

arreglo a la actual definición, claramente clasificadas como publicidad. Por ejemplo, se refiere a situaciones en que están ocultos el propósito comercial o la identidad de un comerciante, y la comunicación pretende constituir una mera actualización de información o una comunicación de las autoridades.

La consulta pública tuvo lugar entre el 21 de octubre de 2011 y el 16 de diciembre de 2011, atrayendo una considerable atención y un total de 280 respuestas. Se alcanzó un buen equilibrio, tanto en lo que respecta a la cobertura geográfica²² como al tipo de encuestados (16 asociaciones europeas, 10 autoridades nacionales, 41 organizaciones empresariales, 142 empresas incluidas 126 pymes y 38 ciudadanos)²³.

3.1. Prácticas comerciales engañosas más comunes

La gran mayoría de los interesados centraron su preocupación en una serie de **prácticas comerciales engañosas que muy frecuentemente se realizan de forma transfronteriza** (a veces denominadas fraudes o timos comerciales masivos)²⁴.

Además de las más importantes prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios²⁵, se comunicaron las siguientes prácticas comunes:

- **Formas de pago engañosas** camufladas como una factura correspondiente a servicios que el comerciante ha solicitado presuntamente, cuando en realidad no lo ha hecho, o solicitudes de pago pretendidamente procedentes de las autoridades públicas, por ejemplo, registro mercantil oficial.
- Ofertas para ampliar los **nombres de dominio de Internet** (por ejemplo, extensión a dominios de otro país) por las que un comerciante, a través de técnicas de comercialización masiva, proporciona información falsa y ejerce presión psicológica con vistas a la celebración de un contrato. El comerciante pretende ofrecer un servicio distinto, pero de hecho cobra precios abusivos por un simple registro de dominio que puede obtenerse fácilmente a través de los proveedores oficiales a precios mucho más bajos.

²² La Comisión recibió respuestas de partes interesadas de todos los Estados miembros con excepción de Letonia, Lituania y Malta.

²³ Resultados de la consulta pública: <<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=MisleadingAd>>.

²⁴ La Federación finlandesa de empresas observa que, según una encuesta, el 60 % de los comerciantes autónomos recibió publicidad perturbadora en 2010. La Asociación alemana contra la delincuencia económica (DSW) considera que en Alemania las pérdidas potenciales anuales de las empresas resultantes de dichas prácticas rondan los 340 millones de euros.

²⁵ Véase la sección 3.2.

- Ofertas para ampliar la **protección de marca** en otros países empleadas por operadores que utilizan publicidad engañosa y proporcionan información inexacta sobre la naturaleza del servicio. De hecho, la protección de marcas solo pueden concederla los organismos oficiales y el comerciante ofrece una mera inclusión en un directorio.
- Asesoramiento jurídico a través de una plataforma de internet sobre la base de un sistema de comercialización en que el servicio ofrecido se basa exclusivamente en bases de datos jurídicas de acceso público gratuito y el comerciante facilita información engañosa sobre las características del servicio. Por tanto, no existe ningún valor añadido ofrecido por el comerciante, aunque el precio que se cobra es elevado.
- Comercialización engañosa relativa a la publicidad en las redes sociales sobre la base de una práctica que implica precios abusivos (por ejemplo, pago muy costoso por cada clic), cuando en realidad este servicio lo ofrecen las propias redes sociales a tarifas mucho más reducidas.

En algunos Estados miembros existe un problema de operadores que envían facturas por servicios presuntamente encargados por teléfono, cuando en realidad no se ha celebrado contrato alguno.

Un número limitado de empresas que respondieron a la consulta de la Comisión se quejaron también de reclamos ecológicos engañosos²⁶, prácticas desleales de publicidad comparativa y, de manera más general, falta de información suficiente en la fase precontractual en las relaciones entre empresas cuando una de ellas cuenta con un poder de mercado importante.

Además, los interesados consideran que las prácticas comerciales engañosas en el contexto en línea son un gran problema y que ha aumentado la publicidad engañosa transfronteriza que afecta a las empresas. Un número creciente de sistemas en línea que afectan a empresas de todo el mundo se ha identificado como una nueva tendencia.

3.2. Prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios

3.2.1. Historia del problema

Entre las prácticas comerciales engañosas que causan más problemas a las empresas en Europa, la cuestión de las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración

²⁶ Una práctica mediante la cual los operadores alegan falsamente que sus productos tienen efectos favorables sobre el medio ambiente, por ejemplo en relación con la eficiencia energética.

de directorios parece preocupar especialmente. Estas prácticas, que se utilizan a gran escala y causan un perjuicio económico considerable, no son nuevas en ningún caso²⁷. No obstante, internet, los nuevos instrumentos de marketing masivo²⁸ y los bajos costes de publicación han cambiado la magnitud del problema en los últimos años. Las principales operadores de este tipo de técnicas de marketing masivo pueden enviar presuntamente hasta 6 millones de formularios al año.

Esta cuestión es la base de dos resoluciones del Parlamento Europeo, adoptadas el 16 de diciembre de 2008²⁹ y el 9 de junio de 2011³⁰, que piden firmemente una mayor cooperación entre los Estados miembros, la revisión de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y una mejor protección de las empresas.

Las prácticas pueden adoptar diversas formas. La práctica más frecuente es el envío por estas empresas de formularios pidiendo a las empresas destinatarias que actualicen datos en sus directorios, aparentemente de forma gratuita. Si la empresa destinataria firma el formulario, se le dice que ha firmado un contrato y que se le cobrará una suma anual. Los intentos de desistir del contrato suelen ser rechazados y a menudo se persigue a estas empresas para cobrar el importe supuestamente adeudado, a través de agencias de cobro de deudas.

La cuestión específica de las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios es un buen ejemplo de un problema mayor de diversas prácticas engañosas dirigidas a los comerciantes, en particular pequeñas empresas y profesionales independientes, como médicos o fontaneros.

3.2.2. Datos sobre la magnitud del problema

Una encuesta para el informe encargada por el Parlamento Europeo en 2008 documentó más de 13.000 denuncias de 16 Estados miembros y sugirió que estas cifras no son más que «la punta del iceberg»³¹.

²⁷ La Asociación Europea de Editores de Directorios y Bases de datos (EADP), que representa al sector de los directorios, observa que este tipo de prácticas desleales se comunicaron ya hace 40 años, y uno de los motivos de la creación de sus asociaciones miembro fue precisamente distinguir a los comerciales legítimos de los deshonestos.

²⁸ Como, por ejemplo, el envío de correos electrónicos directos, publicidad en los medios sociales o sitios web, o mensajes de texto.

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2008, sobre las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios 2008/2126 (INI) A6-0446/2008.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2011, sobre las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios 2011/0269 B7-0342/2011.

³¹ «Misleading practices of directory companies in the context of current and future internal market legislation aimed at the protection of consumers and SMEs» IP/A/IMCO/FWC/2006-058/LOT4/C1/C6.

Varios Estados miembros consideran claramente que el problema de las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios es grave³². Sin embargo, solo unos pocos tienen datos fiables sobre su alcance real. En Bélgica, las autoridades recibieron 460 denuncias en 2008, 1.165 en 2009 y 1.258 en 2010. En el Reino Unido se recibieron 1.318 denuncias en el período 2008-2010. Las autoridades checas facilitaron cifras de su asociación nacional para la protección de las empresas, que calcula que alrededor de 2.000 personas fueron víctimas de diversos fraudes de este tipo entre 2007 y 2010. En Hungría, un fraude masivo cometido por una empresa de elaboración de directorios recibió recientemente una considerable atención por parte de los medios de comunicación. Al mismo tiempo, en algunos Estados miembros, como Bulgaria, Chipre, Letonia y Rumanía, el problema es aparentemente inexistente o no se ha denunciado.

Las empresas también consideran que el problema es muy importante: casi la mitad de las respuestas a la consulta pública procedieron de empresas directamente afectadas por prácticas de directorios engañosas. Las pymes y los profesionales independientes son los grupos más vulnerables, pero también se ven afectados otros tipos de empresas y organizaciones. Es muy difícil evaluar el perjuicio financiero causado a empresas individuales, pero puede estimarse entre 1.000 y 5.000 euros al año por empresa.

Muchas pequeñas empresas también señalan que han sufrido un acoso psicológico constante. Durante varios años, se han enfrentado a la amenaza de una acción judicial en una jurisdicción extranjera, con crecientes «gastos administrativos» y constantes llamadas telefónicas de cobradores de deudas, descritas por las víctimas como cercanas a las amenazas. Algunos encuestados también facilitaron datos específicos que reflejan la magnitud del problema³³.

3.2.3. Medidas legislativas y de ejecución contra las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios

La Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa cubre las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios, pero algunas autoridades públicas han planteado dudas sobre si estas prácticas son publicidad, ya que en realidad apenas se promueven bienes o servicios y solo existe la apariencia de una relación comercial. Por consiguiente, la aplicación de la Directiva y su eficacia siguen siendo un problema. Algunas

³² En particular, Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Francia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Suecia, Eslovaquia y el Reino Unido.

³³ Por ejemplo, la Federación danesa de empresas ha estado recibiendo en algún momento 200 llamadas al mes por lo que respecta a este problema. Un organismo autónomo de publicidad español ha recibido 902 denuncias durante los últimos 5 años. Las autoridades belgas indican que más del 9 % de las denuncias (de consumidores y empresas) se refieren a prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios.

prácticas han acabado en los tribunales, pero parece que los resultados han sido diversos. En Dinamarca y Austria, gracias a una cooperación efectiva entre las organizaciones empresariales y la policía, así como a la jurisprudencia reiterada de los tribunales, estas prácticas se han erradicado prácticamente a nivel nacional, pero las prácticas transfronterizas siguen constituyendo un problema. Las autoridades de Bélgica, Francia y España también han tomado medidas para hacer cumplir las normas, pero también principalmente a nivel nacional.

Austria³⁴ en 2000 y Bélgica³⁵ en 2011 introdujeron en su legislación disposiciones específicas contra las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios. Austria redujo el problema de manera significativa a nivel nacional, pero las empresas austriacas siguen siendo objeto de prácticas comerciales engañosas originarias de otros Estados miembros. En los Países Bajos se creó un centro de ayuda que proporciona asesoramiento jurídico a las víctimas de prácticas comerciales fraudulentas.

3.3. Información obtenida de la consulta general

La acción legislativa cuenta con un amplio apoyo de las partes interesadas. En la consulta pública **se pidió firmemente una mayor protección para las pequeñas empresas y los profesionales independientes** contra las prácticas comerciales engañosas³⁶. Por otra parte, existe un amplísimo consenso en que debe desarrollarse un procedimiento de cooperación para los casos transfronterizos de publicidad engañosa, ya que la mayoría señaló que los procedimientos de ejecución existentes no son eficaces.

Este mensaje fue recurrente, planteado asimismo por las pequeñas empresas, cámaras de comercio y autoridades públicas³⁷. Se manifestó también un firme apoyo a un instrumento de la UE destinado a proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas más dañinas³⁸.

La consulta también muestra que casi ningún Estado miembro ha emprendido hasta ahora acciones transfronterizas en materia de publicidad engañosa. Varios Estados miembros consideran que esto es el resultado de la ausencia de un sistema de cooperación estructurado

³⁴ UWG (Ley sobre competencia desleal) artículo 28 bis.

³⁵ Artículos 95-99 de la ley belga de 23 de junio de 2011 sobre prácticas comerciales y protección de los consumidores. Capítulo 4, sección 2: Prácticas comerciales desleales en relación con personas distintas de los consumidores.

³⁶ El 79 % de los encuestados estaban a favor de reforzar la protección de las pequeñas empresas, sobre todo en las transacciones transfronterizas.

³⁷ Un 85 % de los encuestados apoyaron la creación de un procedimiento de cooperación en los asuntos transfronterizos.

³⁸ El 84 % de los encuestados respaldan una legislación de la UE contra las prácticas comerciales más perjudiciales que afectan a las empresas.

y de la debilidad de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que solo contiene cláusulas generales para evaluar si una comunicación comercial es engañosa³⁹.

4. La evaluación de la Comisión

La Comisión llevó a cabo una investigación exhaustiva de los problemas relativos a las prácticas comerciales, sobre la base de la consulta pública, de la información recogida de los Estados miembros y de varias denuncias, y ha llegado a las siguientes conclusiones:

- La Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa⁴⁰ y los sistemas de control voluntario por organismos autónomos previstos en el artículo 6 de la Directiva parecen proporcionar un marco reglamentario sólido para una parte considerable del mercado de la publicidad de empresa a empresa. En varios Estados miembros, las empresas han creado códigos de autorregulación voluntarios y normas de publicidad, que contribuyen a crear unas condiciones equitativas para una competencia leal, al definir las buenas prácticas empresariales y ofrecer formas alternativas de resolución de conflictos.
- Sin embargo, la persistencia de determinadas prácticas engañosas a gran escala pone de manifiesto que la combinación actual de normas de la UE y autorregulación debe reforzarse para abordar ciertos timos claramente identificables. Las pequeñas empresas son las más afectadas por dichas prácticas, ya que su vulnerabilidad no es muy distinta de la de los consumidores. Al mismo tiempo, en las relaciones entre empresas, se espera el mismo grado de diligencia de las pequeñas empresas y las grandes empresas.
- Además, debería prestarse una atención específica a la interpretación de las normas en materia de publicidad comparativa, ámbito en el que existe una amplia jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la UE.

4.1. Prácticas comerciales que requieren acción legislativa a nivel de la UE

La escala, persistencia y perjuicios económicos resultantes de determinadas prácticas comerciales claramente engañosas, tanto a nivel nacional como transfronterizo, deben abordarse de forma más específica y eficaz a nivel de la UE.

³⁹ La debilidad de las disposiciones sustantivas se refiere principalmente a los criterios para determinar si una publicidad es engañosa con arreglo al artículo 3 de la Directiva.

⁴⁰ Amplia definición de publicidad (artículo 2 bis), publicidad engañosa (artículo 2 ter) y motivos para determinar si una publicidad es engañosa (artículo 3).

En primer lugar, la **definición de publicidad en la actual Directiva no es lo suficientemente clara** como para frenar las prácticas comerciales engañosas actuales y responder a la evolución futura. La Directiva define la publicidad en términos generales como toda forma de comunicación con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, pero esta definición puede ser imprecisa por lo que se refiere a las prácticas comerciales camufladas bajo una factura o un pago obligatorio. En consecuencia, a los operadores afectados, así como a las autoridades nacionales, les resulta a veces difícil reconocer que estas prácticas son «publicidad» en el sentido de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y, por tanto, no hacen buen uso de ella como base jurídica para la adopción de medidas.

Además, **la prueba para determinar si una práctica es engañosa no otorga suficiente seguridad jurídica** a efectos de luchar contra estas prácticas claramente engañosas⁴¹ puesto que es amplia, general y abierta a diferentes interpretaciones y evaluación caso por caso. Una prohibición específica adicional de las prácticas comerciales perjudiciales, como por ejemplo el hecho de ocultar la intención comercial de una comunicación, en forma de una «lista negra», reforzaría la seguridad jurídica y el nivel de protección, sin afectar indebidamente a la libertad contractual en las relaciones entre empresas.

La actual Directiva **no prevé un procedimiento de cooperación transfronteriza**⁴² y, por consiguiente, las autoridades nacionales no tienen base formal para solicitar una actuación a sus homólogos de otros Estados miembros. Por otra parte, no existen instrumentos contrastados para compartir información sobre las prácticas comerciales de las empresas en Europa.

Además, en algunos Estados miembros⁴³ **las autoridades nacionales carecen de competencias para poner fin a tales prácticas en las relaciones entre empresas**. Por tanto, en los casos de prácticas engañosas transfronterizas, las víctimas necesitan iniciar costosas acciones civiles en jurisdicciones extranjeras. Incluso si las prácticas comerciales engañosas se realizan a gran escala y ocasionan importantes perjuicios financieros globales, la única respuesta administrativa pasa por realizar investigaciones penales sobre el fraude, que no parecen aportar suficientes resultados. A menudo resulta difícil probar que las prácticas engañosas constituyen fraude en sentido penal, pues puede parecer que se presta un servicio a cambio.

Las autoridades nacionales carecen de **un sistema de cooperación mutua y no pueden solicitar medidas de ejecución a sus homólogos de otros Estados miembros** cuando

⁴¹ Artículo 2, letra b), y artículo 3 de la Directiva 2006/114/CE.

⁴² Por ejemplo, un procedimiento similar a las obligaciones de asistencia mutua establecidas en el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

⁴³ Por ejemplo, en la República Checa, Irlanda, los Países Bajos y Polonia.

las prácticas comerciales engañosas ponen en peligro los intereses económicos colectivos de las empresas. El propósito no es embarcarse en litigios comerciales y garantizar el respeto de los derechos de las empresas individuales, sino intervenir en casos de grave deficiencia del mercado, cuando prácticas generalizadas perjudican a las empresas europeas.

4.2. Publicidad comparativa

Aunque en la publicidad comparativa existe un riesgo inherente de engaño en cuanto a los productos comparados y sus precios, este tipo de publicidad también puede fomentar la transparencia del mercado y la competencia. Desde la adopción de la Directiva sobre publicidad comparativa⁴⁴ se ha desarrollado una abundante jurisprudencia en este ámbito.

Sobre la base de esta jurisprudencia, la Comisión tiene la intención de profundizar en el ámbito de la definición de publicidad comparativa y su relación con determinados derechos de propiedad intelectual de los competidores. Ámbitos que pueden necesitar mayor aclaración son los relacionados con el uso de la marca de un competidor en la publicidad comparativa, la comparación de productos con denominación de origen con productos sin tal denominación, así como las condiciones en las que la publicidad de un comerciante puede basarse legalmente en una comparación de precios que afecte únicamente a determinadas categorías de productos.

5. Etapas futuras

La evaluación de la Comisión sobre los problemas relativos a la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa muestra que **es necesaria la adopción de medidas legislativas** dado que el actual marco legislativo tiene varias deficiencias, tanto por lo que se refiere a las normas sustantivas como a su aplicación (normas de procedimiento). Por consiguiente, la Comisión tiene la intención de presentar una propuesta dirigida a reforzar la protección de las empresas contra las prácticas comerciales engañosas transfronterizas. Esta propuesta, de modificación de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, se completará con una próxima iniciativa sobre las prácticas comerciales desleales entre empresas en la cadena de venta al por menor.

Esta revisión de la Directiva se **centrará en algunos aspectos que suscitan especial preocupación**. Aclarará la interacción de la Directiva con la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. También se centrará en mejorar la eficacia de la aplicación transfronteriza de la normativa, incluida la cooperación entre las autoridades competentes de

⁴⁴ C-112/99 Toshiba Europe, C-44/01 Pippig Augenoptik, C-356/04 Lidl Belgium, C-59/05 Siemens AG; C-381/05 De Landtsheer Emmanuel, C-533/06 O2 Holdings; C-487/07 L'Oréal SA y C-159/09 Lidl.

los Estados miembros, y en reforzar las disposiciones sustantivas esenciales. Responderá a las necesidades de las empresas y, al mismo tiempo, no creará cargas administrativas innecesarias⁴⁵. La Comisión también intensificará la aplicación y creará un grupo de trabajo *ad hoc* de responsables nacionales con efecto inmediato.

5.1. Intensificación de la aplicación de las normas existentes como acción inmediata

Sin perjuicio de las limitaciones del actual marco legislativo sobre prácticas comerciales engañosas en las operaciones entre empresas, la Comisión se esforzará en conseguir una mejor aplicación de la normativa sobre la base de las **disposiciones vigentes**.

Como primer paso, y paralelamente a su trabajo legislativo, la Comisión **intensificará la aplicación** de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Con este fin, explorará con los Estados miembros las medidas que pueden adoptarse al amparo de las disposiciones vigentes para mejorar la situación de las empresas antes de la entrada en vigor de una nueva propuesta.

Con el fin de facilitar la cooperación de los Estados miembros, la Comisión creará en los próximos meses un **grupo de trabajo *ad hoc* de responsables nacionales** y autoridades clave para intercambiar información sobre prácticas comerciales engañosas a gran escala y para coordinar las actividades de ejecución.

La Comisión Europea:

- Creará de inmediato una red *ad hoc* de autoridades para intensificar la aplicación de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y compartir información

5.2. Presentación de una propuesta legislativa

5.2.1. Nuevas normas sustantivas sobre prácticas comerciales engañosas

Además de una mejor aplicación y cooperación, las empresas también necesitan claramente normas sustantivas adicionales que clarifiquen la situación jurídica y aborden las prácticas comerciales engañosas más nocivas que afectan a toda Europa.

⁴⁵ Las acciones previstas se someterán a una evaluación de impacto completa y a las normas establecidas en el marco financiero propuesto por la Comisión.

En particular, el ámbito de aplicación de la Directiva debería aclararse a fin de que una cláusula general cubra y prohíba de forma inequívoca todos los diferentes tipos de prácticas comerciales engañosas.

La introducción de una nueva **definición de prácticas comerciales engañosas** clarificará el ámbito de la Directiva y responderá mejor al objetivo de protección de las empresas, al cubrir mejor las situaciones en las que una práctica comercial no es reconocida fácilmente como publicidad típica. Esto eliminará confusiones y creará seguridad jurídica. Algunas prácticas publicitarias, como las reivindicaciones ecológicas⁴⁶, también podrían requerir definiciones adicionales claras, habida cuenta de las prácticas engañosas comunicadas a este respecto⁴⁷.

Por otra parte, la Comisión prevé reforzar la protección otorgada por las cláusulas generales de la Directiva introduciendo un nivel adicional de protección, lo que facilitará también una aplicación más clara en forma de **una lista negra de prácticas comerciales engañosas prohibidas**. Por consiguiente, los futuros instrumentos legislativos se basarían en un sistema doble de prohibición con una cláusula general que cubriría todas las prácticas comerciales engañosas y una lista negra de las prácticas más dañinas en las relaciones entre empresas.

En particular, dicha «lista negra» supondría una prohibición inicial de las prácticas comerciales engañosas tales como ocultar la intención comercial de una comunicación, la identidad de un comerciante o información material sobre las consecuencias de la respuesta a una comunicación. Además, debe prohibirse claramente que una comunicación comercial se camufle como una factura o un pago obligatorio. La Comisión examinará también soluciones a escala nacional, como por ejemplo en Austria y Bélgica, donde disposiciones específicas prohíben una serie de prácticas comerciales engañosas o únicamente las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios.

La Comisión estudiará la posibilidad de **reforzar las sanciones** por las infracciones de las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con la Directiva. Toda nueva propuesta a este respecto exigirá que los Estados miembros garanticen que las sanciones por prácticas comerciales engañosas en las relaciones entre empresas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias⁴⁸.

La Comisión también prevé una mayor **clarificación de las normas en materia de publicidad comparativa**, en particular por lo que se refiere a la comparación de precios y la relación entre la publicidad comparativa y los derechos de propiedad intelectual.

⁴⁶ Declaraciones publicitarias de que el producto es más beneficioso o menos nocivo para el medio ambiente que los productos ofrecidos por los competidores.

⁴⁷ Paralelamente, la Comisión prevé recomendar buenas prácticas basadas en un planteamiento del ciclo de vida y métodos adecuados, como las futuras metodologías europeas armonizadas para el cálculo de la huella ecológica de los productos (PEF) y organizaciones (OEF).

⁴⁸ Similar al artículo 13 de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales.

La Comisión Europea tiene la intención de revisar la Directiva, con el fin de:

- Clarificar su ámbito de aplicación introduciendo una definición más clara de las prácticas comerciales engañosas.
- Introducir una «lista negra» de las prácticas comerciales engañosas más dañinas.
- Introducir sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva.
- Aclarar algunos aspectos de la publicidad comparativa sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

5.2.2. Nuevo procedimiento de cooperación en materia de aplicación de las normas

Para hacer frente a la diversidad de sistemas de aplicación nacionales y a la ausencia en la actual Directiva de una base para una cooperación transfronteriza eficaz, la Comisión tiene la intención de crear un procedimiento de cooperación en este ámbito que, si bien supondría unos mínimos costes adicionales, permitirá a las autoridades reaccionar eficientemente cuando los problemas transfronterizos se conviertan en sistémicos, afecten a los intereses colectivos de las empresas en Europa e infrinjan evidentemente las normas de comercio justo y buenas prácticas comerciales.

Por consiguiente, la Comisión tiene la intención de proponer un **procedimiento de cooperación para la aplicación** de las normas vigentes dirigido a proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas.

Con el fin de establecer una base clara para la aplicación transfronteriza de la normativa, en la propuesta legislativa se introducirá una **obligación explícita de asistencia mutua**. Por otra parte, disposiciones específicas obligarán a los Estados miembros a designar **autoridades con competencias de ejecución de oficio** para la aplicación correcta y efectiva de la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Esto significa que el Estado miembro también podría extender las competencias de las autoridades existentes en el ámbito de la protección de los consumidores o la competencia⁴⁹, sin introducir necesariamente nuevos órganos administrativos. Una aplicación en línea para el intercambio de solicitudes garantizaría una cooperación rápida, segura y rentable sin una gran carga y costes adicionales para los Estados miembros. El actual sistema de información del mercado interior (IMI) podría utilizarse con este fin.

⁴⁹ Se examinará la viabilidad de ampliar el ámbito del procedimiento de cooperación existente, como el mecanismo establecido en el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección del consumidor, a algunas prácticas entre empresas, o la opción de establecer un nuevo procedimiento de cooperación específico.

Por último, la Comisión también promoverá la cooperación a nivel internacional a fin de garantizar que las empresas europeas no sean objetivo de prácticas comerciales engañosas procedentes de fuera de Europa⁵⁰.

En el contexto de la revisión legislativa, la Comisión Europea tiene la intención de:

- Crear un procedimiento de cooperación en materia de aplicación de las normas (red de aplicación) que agrupe a las autoridades nacionales responsables de la legislación que protege a las empresas, para cooperar en casos transfronterizos de prácticas comerciales engañosas.
- Imponer a los Estados miembros una obligación de asistencia recíproca que contemple de forma explícita la posibilidad de solicitar la adopción de medidas de ejecución en situaciones transfronterizas.
- Introducir disposiciones que obliguen a los Estados miembros a designar una autoridad encargada de la aplicación de las normas en el ámbito de la comercialización de empresa a empresa.

6. Conclusiones

Las pequeñas y medianas empresas crearon el 85 % de los puestos de trabajo nuevos netos en la UE entre 2002 y 2010⁵¹. Disponen de potencial para crecer y crear nuevos puestos de trabajo, que es exactamente lo que Europa necesita en tiempos de incertidumbre económica. Para tener éxito y expandirse en el mercado único, todas las empresas necesitan un marco regulador favorable que no solo garantice la libertad económica, sino también la seguridad de las transacciones con otros comerciantes. Las pequeñas empresas, en particular, también necesitan seguridad básica contra las prácticas comerciales engañosas.

Por consiguiente, la Comisión tiene la intención de proponer la introducción de modificaciones específicas en la Directiva sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa con objeto de eliminar las prácticas comerciales engañosas nocivas en el sector interempresarial, tales como las prácticas engañosas de empresas dedicadas a la elaboración de directorios. Con este fin, la Comisión presentará una propuesta legislativa específica e intensificará las medidas para garantizar la correcta aplicación de las normas existentes.

⁵⁰ Por ejemplo, esta cooperación podría tener lugar en el marco de la Red internacional de cumplimiento normativo y protección de los consumidores (ICPEN).

⁵¹ «Do SMEs create more and better jobs?», estudio sobre el impacto de las pymes en el mercado laboral de la UE elaborado por *EIM Business and Policy Research* con la ayuda financiera de la Comisión Europea. Zoetemeer, noviembre de 2011.