



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOLZI
presentadas el 21 de marzo de 2013¹

Asunto C-657/11

Belgian Electronic Sorting Technology NV
contra
Bert Peelaers
Visys NV[Petición de decisión prejudicial
planteada por el Hof van Cassatie (Bélgica)]

«Directivas 84/450/CEE y 2006/114/CE — Publicidad engañosa y publicidad comparativa —
Concepto de publicidad — Registro y uso de un nombre de dominio — Uso de metatags»

1. La revolución digital que ha tenido lugar en los últimos dos decenios con la llegada y el posterior desarrollo de Internet ha transformado profundamente los modos de promocionar y comercializar de los productos y servicios que ofrecen las empresas. En este nuevo contexto, cada vez con más frecuencia surgen controversias sobre situaciones relacionadas con la utilización de Internet con fines comerciales por las empresas. Sin embargo, la evolución del Derecho escrito no puede seguir el mismo ritmo que el desarrollo tecnológico. Por consiguiente, para resolver estas controversias, sobre las que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones,² a menudo resulta necesario aplicar conceptos jurídicos tradicionales, a veces incluidos en actos de la Unión, que no fueron inicialmente concebidos para ser aplicados a supuestos relacionados con el uso de Internet. En consecuencia, este tipo de controversias pueden suscitar cuestiones sobre el alcance de tales conceptos jurídicos tradicionales.

2. La controversia que ha dado lugar a la presente petición de decisión prejudicial, planteada al Tribunal de Justicia por el Hof van Cassatie (Bélgica), es un ejemplo típico de este tipo de asuntos. En efecto, en el marco de un litigio relacionado con el uso de Internet con fines promocionales, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de «publicidad» previsto en el artículo 2, número 1, de la Directiva 84/450/CEE del Consejo³ y en el correspondiente artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114/CE,⁴ que ha codificado la Directiva 84/450,⁵ para determinar si dicho concepto incluye, por un lado, el registro y el uso de un nombre de dominio y, por otro, el uso de metatags en el código fuente de un sitio web.

1 — Lengua original: italiano.

2 — Véanse, entre las múltiples existentes, las sentencias de 23 de marzo de 2010, Google France y Google (C-236/08 a C-238/08, Rec. p. I-2417); de 12 de julio de 2011, L'Oréal y otros (C-324/09, Rec. p. I-6011), y de 22 de septiembre de 2011, Interflora y Interflora British Unit (C-323/09, Rec. p. I-8625).

3 — Directiva 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, p. 17; EE 15/05 p. 55).

4 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Versión codificada) (DO L 376, p. 21).

5 — Véase el primer considerando de la Directiva 2006/114.

3. Con carácter preliminar, puede resultar útil aclarar qué debe entenderse por los términos «nombre de dominio» y «metatags».

4. Un nombre de dominio es una combinación de letras y números que está unívocamente asociada a una o varias direcciones alfanuméricas de Internet,⁶ que, a su vez están compuestas por cifras y puntos que permiten identificar un ordenador o un servidor conectado a la red de Internet. En términos más simples, el nombre de dominio es una forma simplificada y accesible de una dirección alfanumérica correspondiente a un sitio de Internet.

5. Por su parte, los metatags son palabras codificadas en el código fuente⁷ de un sitio de Internet. No están visibles en la página web y su finalidad es describir el contenido de ésta. Cuando se lleva a cabo una búsqueda en línea mediante un buscador, éste reconoce los metatags que contribuyen a determinar el orden de visualización de los distintos sitios de Internet identificados por ese buscador como aquellos que se corresponden con la búsqueda llevada a cabo por el usuario. En principio existen dos tipos de metatags: los «metatags descriptivos» (*meta description tag*) que describen el contenido de un sitio y los «metatags palabra clave» (*key words metatags*) que consisten en una serie de palabras clave que se refieren al contenido del propio sitio. La controversia de que conoce el órgano jurisdiccional remitente versa sobre la utilización de este segundo tipo de metatags.

I. Marco normativo

6. El artículo 2, número 1, de la Directiva 84/450, reproducido literalmente en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114, establece lo siguiente:

«A los fines de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) publicidad: 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 [...].»

7. El artículo 2 de la Directiva 2000/31/CE⁸ dispone:

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

[...]

- f) “comunicación comercial”: todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas. No se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes:

— 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

6 — Con carácter general, dichas direcciones alfanuméricas se denominan direcciones IP (del inglés, Internet Protocol address) y están compuestas por una serie numérica que identifica de forma unívoca a un dispositivo (host) conectado a una red informática que utiliza el Internet Protocol como protocolo de comunicación.

7 — El término «código fuente» se utiliza para hacer referencia a un texto escrito que constituye un conjunto de instrucciones en un lenguaje de programación que, para ser ejecutadas, deben ser compiladas. Para los sitios web estos códigos fuente suelen estar escritos en lenguaje HTML, que es el que se suele emplear para formatear los documentos de hipertexto disponibles en Internet.

8 — Directiva del Parlamento Europeo 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 mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»; DO L 178, p. 1).

[...].»

II. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

8. Belgian Electronic Sorting Technology NV, también denominada NV BEST (en lo sucesivo, «BEST») y Visys NV (en lo sucesivo, «Visys»), demandante y segundo demandado, respectivamente, en el litigio principal, son ambas sociedades que operan en el sector de la fabricación y venta de sistemas de clasificación con tecnología láser.

9. El 3 de enero de 2007, el Sr. Bert Peelaers (en lo sucesivo, «Sr. Peelaers»), socio fundador de Visys y primer demandado en el litigio principal, registró el nombre de dominio «www.bestlasersorter.com», al que corresponde un sitio de Internet cuyo contenido es, al igual que el sitio de Internet que corresponde al nombre de dominio «www.lasersorter.com», idéntico al de los sitios que Visys ya había utilizado anteriormente con los nombres de dominio «www.visys.be» y «www.visysglobal.be».

10. El 4 de abril de 2008, BEST presentó ante la Oficina de Marcas del Benelux una marca figurativa constituida por el término «BEST» para productos y servicios comprendidos en las clases 7, 9, 40 y 42 del Acuerdo de Niza, de 15 de junio de 1957, relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas.

11. El 23 de abril de 2008, un agente judicial comprobó que, al introducir en el buscador del sitio «www.google.be» los términos de búsqueda «Best Laser Sorter», aparecía como segundo resultado, justo después del sitio Internet de BEST, un vínculo al sitio Internet de Visys. Asimismo, se determinó que ésta utilizaba como metatags en sus sitios web términos como «Helius sorter, LS9000, Genius sorter, Best+Helius, Best+Genius, Best nv», que se referían a la identidad de BEST o que se correspondían con nombres de productos que esta empresa comercializa.

12. Al considerar que el registro y la utilización del nombre de dominio «www.bestlasersorter.com», así como el uso de metatags correspondientes a los nombres de sus productos, vulneraban su marca y su denominación comercial y constituían, entre otras cosas, una infracción de las disposiciones en materia de publicidad engañosa y publicidad comparativa,⁹ el 30 de abril de 2008 BEST inició un procedimiento contra el Sr. Peelaers y Visys para que cesaran en su conducta. Los demandantes presentaron una demanda reconvencional en la que solicitaban que se anulara la marca «BEST».

13. El juez de primera instancia desestimó tanto las pretensiones de la demandante como la demanda reconvencional, excepción hecha de la pretensión de BEST de que se reconociera que la utilización de los citados metatags constituía una infracción de la normativa sobre publicidad comparativa y publicidad engañosa. Por su parte, el órgano jurisdiccional de apelación desestimó íntegramente las pretensiones de BEST y estimó la demanda reconvencional, anulando la marca figurativa BEST por falta de carácter distintivo.

9 — La normativa nacional pertinente en el presente asunto en la que se basan las pretensiones de la demandante es la Ley de 14 de julio de 1991 sobre prácticas comerciales y sobre información y protección al consumidor (Handelspraktijkenwet), por la que se transpuso en Derecho belga la Directiva 84/450.

14. El órgano jurisdiccional remitente, que conoce del recurso de casación, desestimó mediante sentencia de 8 de diciembre de 2011 los motivos de recurso invocados por BEST a excepción del relativo a la infracción en materia de publicidad engañosa y publicidad comparativa, respecto al cual el citado órgano jurisdiccional consideró necesario suspender el procedimiento de que conoce para plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe el término “publicidad” del artículo 2 de la Directiva 84/450 [...], y del artículo 2 de la Directiva 2006/114 [...], interpretarse en el sentido de que incluye, por un lado, el registro y la utilización de un nombre de dominio y, por otro, el uso de metatags en los metadatos de un sitio web?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

15. La resolución de remisión se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 21 de diciembre de 2011. Presentaron observaciones escritas BEST, el Sr. Peelaers y Visys, los Gobiernos belga, estonio, italiano y polaco, así como la Comisión. En la vista, que se celebró el 24 de enero de 2013, intervinieron BEST, el Sr. Peelaers y Visys, así como el Gobierno belga y la Comisión.

IV. Análisis jurídico

A. Sobre la solicitud de que se responda de oficio a determinadas cuestiones prejudiciales

16. Con carácter preliminar, procede señalar que la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el presente asunto versa exclusivamente sobre la interpretación del concepto de publicidad previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114.

17. En este contexto considero que debe desestimarse la solicitud presentada por BEST al Tribunal de Justicia, nuevamente formulada en la vista, de que responda de oficio a algunas cuestiones prejudiciales en materia de marcas, cuestiones que el órgano jurisdiccional remitente no consideró necesario plantear al Tribunal de Justicia a pesar de la solicitud de BEST.

18. A este respecto, en efecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente definir el objeto de las cuestiones que quiere plantear al Tribunal de Justicia. Corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, no procede examinar cuestiones propuestas por las partes que sobrepasan el marco de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional,¹⁰ sobre todo cuando éste ha desestimado expresamente la solicitud de que se plantearan dichas cuestiones al Tribunal de Justicia.¹¹

B. Sobre la cuestión prejudicial

19. La cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia en el presente asunto se divide en tres partes. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en efecto, si el concepto de publicidad establecido en las Directivas 84/450 y 2006/114 incluye, en primer lugar, el registro de un nombre de dominio, en segundo lugar, la utilización de un nombre de dominio y, en tercer lugar, el uso de los metatags en los códigos fuente de los sitios de Internet.

10 — Véase la sentencia de 6 de julio de 2006, Kersbergen-Lap y Dams-Schipper (C-154/05, Rec. p. I-6249), apartados 22 y 23.

11 — Véase, a este respecto, la sentencia de 5 de octubre de 1988, Alsatel Novasam (247/86, Rec. p. 5987), apartados 7 y 8.

20. No obstante, antes de analizar con detalle las distintas partes de la cuestión prejudicial considero necesario formular algunas observaciones preliminares sobre el concepto de publicidad previsto en las Directivas antes citadas.

1. Sobre el concepto de publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114

a) Sobre la oportunidad de realizar una interpretación amplia del concepto de «publicidad» previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114

21. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 84/450, así como el artículo 2, letra a), de la Directiva 2006/114, definen 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».

22. Por lo tanto, ambas Directivas ofrecen una definición particularmente amplia del concepto de publicidad que puede presentarse bajo muy variadas formas,¹² no determinables de forma rígida. Ahora bien, desde esta perspectiva, y a la luz de dicha definición, varias cuestiones me llevan a compartir el planteamiento de algunas de las partes intervinientes de que procede interpretar de modo extenso el concepto de publicidad.

23. En primer lugar, considero que aboga en este sentido la exégesis literal de la propia definición, particularmente amplia, prevista en ambas Directivas. En efecto, el texto de dicha definición, al referirse de forma generalizada a «toda forma de comunicación», pone de manifiesto, en mi opinión, la voluntad del legislador de la Unión de no establecer limitaciones *a priori* al elenco de las comunicaciones incluidas en dicha disposición, salvo la de que la comunicación se realice efectivamente. Por otra parte, la circunstancia de que la definición no establezca expresamente la forma en que debe realizarse la comunicación supone que la definición incluye cualquier forma de realización.

24. En segundo lugar, parece que la interpretación amplia del concepto de publicidad es la que más se adapta a los objetivos que persiguen las Directivas de que se trata, en particular, a las finalidades específicas de garantizar el correcto funcionamiento de la competencia en el mercado interno y la libertad y el conocimiento en las decisiones de los consumidores.¹³ A este respecto, coincido con las observaciones del Gobierno italiano, según el cual una interpretación restrictiva del concepto de publicidad podría privar de regulación a formas de comunicación publicitaria menos evidentes pero potencialmente más insidiosas para los consumidores. Por otra parte, la voluntad del legislador de la Unión de incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/114 todas las formas posibles de publicidad consta expresamente en el octavo considerando de dicha Directiva, con arreglo al cual «es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad».

12 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, Toshiba Europe (C-112/99, Rec. p. I-7945), apartado 28.

13 — Véanse, a este respecto, los considerandos tercero, cuarto y noveno de la Directiva 2006/114.

25. En tercer lugar, una interpretación extensiva del concepto de publicidad también se coherente con el planteamiento adoptado por el Tribunal de Justicia en la materia, tanto en relación con la publicidad comparativa, para la cual el Tribunal de Justicia ha reconocido que la definición amplia contenida en las Directivas permite abarcar todas las formas de este tipo de publicidad,¹⁴ como en relación con las modalidades de difusión del mensaje publicitario.¹⁵

26. Por consiguiente, a la luz de estas consideraciones, analizaré detalladamente los elementos que constituyen el concepto de publicidad con arreglo a la definición mencionada en los puntos 6 y 21 *supra*.

b) Sobre los elementos que constituyen el concepto de publicidad

27. De la definición establecida en los artículos 2, número 1, y 2, letra a), respectivamente, de las Directivas 84/450 y 2006/114 se desprende que el concepto de publicidad se compone de tres elementos determinantes: en primer lugar, debe tratarse de «toda forma de comunicación», en segundo lugar, dicha comunicación debe ser «realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal» y, en tercer lugar, debe tener por finalidad específica «promover el suministro de bienes o la prestación de servicios».

28. Ahora bien, aunque los elementos segundo y tercero de esta definición no parecen suscitar problemas interpretativos particulares, es la interpretación del primer elemento, es decir, la existencia de «toda forma de comunicación», la que constituye, en mi opinión, el núcleo de la cuestión de que se trata en el presente asunto.

29. En lo que respecta específicamente a ese primer elemento constitutivo de la definición de publicidad es necesario efectuar, con carácter preliminar, una precisión terminológica. En efecto, procede señalar que, en lo que atañe a ese elemento de la definición, no existe una correspondencia exacta desde el punto de vista lingüístico entre las distintas versiones de la Directiva en las distintas lenguas oficiales. Así pues, mientras que en italiano, la definición hace referencia a «qualsiasi forma di messaggio», en francés y en español, contiene respectivamente «toute forme de communication» y «toda forma de comunicación», mientras que en inglés hace referencia a «the making of a representation in any form» y en alemán a «jede Äußerung».

30. A este respecto, procede recordar que según reiterada jurisprudencia, las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones de todas las lenguas de la Unión.¹⁶ En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición, la norma de que se trata debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra.¹⁷

14 — Véanse, en relación con la publicidad comparativa en particular, además de la sentencia Toshiba, citada en la nota 12, las sentencias de 8 de abril de 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec. p. I-3095), apartado 35, y de 19 de abril de 2007, De Landtsheer Emmanuel (C-381/05, Rec. p. I-3115), apartado 16.

15 — Ya en la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/Francia (C-68/92, Rec. p. I-5881), apartado 16, el Tribunal de Justicia afirmó que, dado que la publicidad consiste en la difusión de un mensaje destinado a informar a los consumidores acerca de la existencia y cualidades de un producto o de un servicio, a fin de incrementar sus ventas, tal difusión puede llevarse a cabo mediante la utilización de distintos medios y no exclusivamente a través de palabras, de escritos y/o de imágenes, por medio de la prensa o los medios de comunicación. A este respecto, véase, asimismo, el punto 55 de las conclusiones presentadas el 13 de enero de 2011 por el Abogado General Bot en el asunto en que recayó la sentencia de 27 de octubre de 2011, Inter-Mark Group (C-530/09, Rec. p. I-10675).

16 — Véanse las sentencias de 7 de diciembre de 1995, Rockfon (C-449/93, Rec. p. I-4291), apartado 28; de 2 de abril de 1998, EMU Tabac y otros (C-296/95, Rec. p. I-1605), apartado 36, y de 8 de diciembre de 2005, Jyske Finans (C-280/04, Rec. p. I-10683), apartado 31.

17 — Véase la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2012, Kurcums Metal (C-558/11), apartado 48 y la jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, las sentencias de 9 de marzo de 2000, EKW y Wein & Co. (C-437/97, Rec. p. I-1157), apartado 42, y de 1 de abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Rec. p. I-3219), apartado 25.

31. Ahora bien, con independencia de los distintos matices que los términos utilizados pueden tener en las distintas versiones lingüísticas, en mi opinión está claro que todos ellos se refieren al concepto general de comunicación en el sentido de transmisión de señales e información de un sujeto a otro.¹⁸ Por lo tanto, a la luz de la estructura general y de la finalidad de las Directivas 84/450 y 2006/114, considero necesario interpretar la definición de que se trata en función del concepto general de comunicación que, por otro lado, se utiliza expresamente en varias versiones lingüísticas.¹⁹

32. Ahora bien, en la ciencia de la comunicación, el concepto de «comunicación» se presta con carácter general a ser descompuesto en distintos elementos,²⁰ entre los cuales cabe señalar los siguientes: a) el emisor, es decir el sistema (objeto o sujeto) que transmite el mensaje; b) el receptor, es decir el destinatario que recibe y asimila la información; c) el canal, a saber, el medio a través del cual se encauza u obtiene el mensaje; d) el código formal, es decir, el sistema de signos que permite la actividad de comunicación; e) el contexto, a saber la situación en la que se enmarca el acto de comunicación (y al que se refiere); y por último, f) el propio mensaje, es decir el contenido de lo que se desea comunicar.

33. En mi opinión, se puede partir de un planteamiento basado en esta definición del concepto de comunicación para comprobar si los tres supuestos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente en su cuestión prejudicial están comprendidos o no en el primer elemento constitutivo de la definición de publicidad y, por tanto, si constituyen una «forma de comunicación» conforme a las Directivas antes citadas.

34. Por el contrario, en lo que respecta en particular al segundo elemento de esta definición, es decir, la difusión en el marco del ejercicio de una actividad económica, procede señalar que la referencia a que la comunicación deba ser «difundida» parece implicar que debe dirigirse con carácter general a la colectividad a través de medios de transmisión del mensaje que permitan que ese mensaje llegue a un número indeterminado de personas, lo que parece excluir las comunicaciones interpersonales.²¹

35. Por último, en cuanto al último elemento, es decir, la finalidad promocional, ha de señalarse que la disposición citada no exige en modo alguno que dicha finalidad se desprenda de forma directa e inmediata de la comunicación, de modo que no es necesario, por lo tanto, que la comunicación se refiera expresamente a los bienes o servicios que se promueven mediante esa comunicación. Por consiguiente, en mi opinión pueden estar incluidos en el ámbito de la definición también los supuestos de promoción mediata o indirecta de bienes y servicios. Así pues, la Directiva no se aplicará sólo a los supuestos de publicidad de productos o de marcas (en los que la comunicación actúa sobre la imagen del producto o del servicio ofrecido o de la marca a través de la cual se comercializa), sino también a los casos de la llamada «publicidad institucional», es decir, aquella que, al actuar sobre la imagen de la empresa, pretende promover la organización empresarial como tal y, de forma indirecta, incrementar la demanda de productos y servicios de la empresa de que se trata.

18 — La propia etimología del término comunicación (del latín «cum», «con», y «munire», «vincular, construir», pero también «comunico», «hago partícipe») evoca la idea de la transmisión de información.

19 — Así, además de en las versiones francesa y española, anteriormente mencionadas, también la versión portuguesa hace referencia, por ejemplo, a «qualquer forma de comunicação».

20 — El precursor de dicho planteamiento fue, ya desde finales de los años cuarenta, Harold D. Lasswell, en su obra «The Structure and Functions of Communication in Society» (Nueva York, 1948). Según el modelo elaborado por dicho autor, denominado de las «5 W», posteriormente retomado y desarrollado por otros autores, cualquier acto de comunicación puede describirse a partir de la siguiente pregunta: «Who says What in What channel to Whom With what effects?» es decir «¿quién dice qué a quién a través de qué canal y con qué efecto?».

21 — Sin embargo, a este respecto procede observar que no todas las versiones lingüísticas de las Directivas recurren al concepto de «difusión».

c) Sobre la relación entre el concepto de «publicidad» establecido en las Directivas 84/450 y 2006/114 y el de «comunicación comercial» previsto en la Directiva 2000/31

36. Por último considero asimismo necesario detenerme, con carácter preliminar, en un argumento formulado por la Comisión, Visys y el Sr. Peelaers acerca de la relación entre el concepto de «publicidad» previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114 y el de «comunicación comercial» establecido en la Directiva 2000/31.

37. En efecto, partiendo de la observación de que la definición de «comunicación comercial» recogida en el artículo 2, letra f), de la Directiva 2000/31 establece que «no se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas [...] los datos que permiten acceder directamente a la actividad de [una] empresa [...], concretamente el nombre de dominio [...]», la Comisión y los demandados en el procedimiento principal consideran que debe aplicarse *mutatis mutandis* el mismo enfoque al concepto de publicidad previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114, cuya definición es prácticamente idéntica a la de «comunicación comercial» establecida en la Directiva 2000/31. Por consiguiente, la exclusión de los nombres de dominio del concepto de «comunicación comercial» entraña automáticamente su exclusión del ámbito del concepto de «publicidad», de forma que las partes primera y segunda de la cuestión prejudicial deberían recibir una respuesta negativa.

38. No estoy de acuerdo con este enfoque.

39. En efecto, a este respecto procede señalar en primer lugar que las Directivas 84/450 y 2006/114, por un lado, y la Directiva 2000/31, por otro, fueron adoptadas con el fin de perseguir objetivos distintos,²² de forma que las definiciones contenidas en las primeras no son necesariamente extrapolables de forma automática a la segunda.

40. Más concretamente, según su artículo 1, la Directiva 2006/114 tiene por objeto específico proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa. Por otra parte, de los considerandos cuarto, sexto, octavo y noveno de dicha Directiva y del artículo 1 de la Directiva 84/450 que, como ya se ha indicado, fue codificada por la Directiva 2006/114, se desprende que la normativa en materia de publicidad engañosa y publicidad comparativa tiene también por objeto proteger el interés y la libertad de los consumidores, que podría verse limitada o desvirtuada por formas de publicidad impropias. Además, dicha normativa pretende garantizar el correcto funcionamiento del mercado único evitando distorsiones de la competencia en su seno.²³

41. Del artículo 1 de la Directiva 2000/31 se desprende que ésta tiene por objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros.

42. En particular, la normativa sobre comunicaciones comerciales recogida en la Directiva 2000/31 tiene por finalidad promover la transparencia de las actividades desarrolladas por las empresas que operan en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, en interés de los consumidores y en beneficio de la lealtad de las transacciones.²⁴ A tal fin, establece determinados datos que las

22 — En mi opinión, esta consideración excluye que exista una relación de *lex generalis* y *lex specialis* entre las Directivas de que se trata, como sostienen algunos intervinientes.

23 — Véanse los considerandos segundo, tercero y sexto de la Directiva 2006/114.

24 — Véase el vigésimo noveno considerando de la Directiva 2000/31. Véase, asimismo, en este sentido, la sentencia L'Oréal y otros, citada en la nota 2.

informaciones comerciales deben contener necesariamente,²⁵ algunas disposiciones sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas dirigidas a proteger a los destinatarios de dichas comunicaciones, a evitar trastornos en el buen funcionamiento de las redes interactivas,²⁶ y disposiciones para garantizar el respeto de las normas relativas a profesiones reguladas.²⁷

43. Por otra parte, del artículo 2 tanto de la Directiva 2000/31 como de las Directivas 84/450 y 2006/114 se desprende que las definiciones contenidas en ellos son exclusivamente aplicables a efectos de las respectivas Directivas. Desde dicha perspectiva, aunque no se excluya que la definición de un concepto contenido en una Directiva pueda usarse para interpretar un concepto definido por otra, considero que no puede hacerse de forma automática. Por otra parte, es preciso señalar que ambas Directivas definen de una forma bastante similar dos conceptos denominados de forma distinta: es decir, por un lado, la «publicidad» y, por otro, las «comunicaciones comerciales». Es sensato pensar que si el legislador de la Unión hubiera considerado que ambos conceptos se referían a una misma realidad, los habría denominado igual.

44. Por último, ha de señalarse que la propia definición de comunicación comercial de la Directiva 2000/31, en la medida en que utiliza la expresión «en sí misma», no excluye que en determinadas circunstancias los nombres de dominio puedan constituir una forma de comunicación que constituye una comunicación comercial.²⁸

45. A la luz de estas observaciones considero que la circunstancia de que el artículo 2, letra f), de la Directiva 2000/31 establezca que los nombres de dominio no constituyen en sí mismos comunicaciones comerciales no lleva a excluir automáticamente a los nombres de dominio del ámbito de aplicación del concepto de publicidad previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114.

2. Sobre las tres partes de la cuestión prejudicial

46. Por lo tanto, a la luz de las anteriores premisas, puede iniciarse el análisis de las tres partes en las que está dividida la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente.

a) Sobre el registro del nombre de dominio

47. En la primera parte de su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia al Tribunal de Justicia si el registro de un nombre de dominio puede constituir publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114.

48. Pues bien, a este respecto procede señalar que el registro de un nombre de dominio no es más que un acto meramente formal mediante el cual una persona solicita al organismo designado para la gestión de los nombres de dominio, que suele ser una entidad de Derecho privado,²⁹ el registro del nombre de dominio que ha elegido y que se entiende que pretende utilizar. Cuando se cumplen las

25 — Véase el artículo 6 de la Directiva 2000/31.

26 — Véanse el artículo 7 y los considerandos trigésimo y trigésimo primero de la Directiva 2000/31.

27 — Véase el artículo 8 y el trigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/31.

28 — Por otra parte, de la propuesta de la Comisión para la adopción de la Directiva 2000/31 [COM(1998) 586 final, p. 11] mencionada en sus observaciones por la propia Comisión se desprende que dicha institución consideraba que la mención de los nombres de dominio no debía constituir una comunicación comercial exclusivamente en determinadas circunstancias. Por lo tanto, ello no excluye que, en otras circunstancias, los nombres de dominio puedan ser considerados una comunicación comercial.

29 — Así, por ejemplo, para la asignación de nombres de dominio de primer nivel genéricos (como .com o .org) es competente la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), que es un organismo privado. Por el contrario, los nombres de dominio de primer nivel .eu son asignados por la asociación sin ánimo de lucro EURid (European Registry for Internet Domains) con arreglo a las condiciones establecidas en el Reglamento (CE) n° 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril de 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel «.eu» (DO L 113, p. 1).

condiciones de registro³⁰ y se abona la correspondiente contraprestación, dicho organismo se obliga contractualmente a hacer constar dicho nombre de dominio en su base de datos y a dirigir a los usuarios de Internet que lo tecleen exclusivamente a la dirección IP indicada por el titular de ese nombre de dominio.³¹

49. Por otra parte, procede asimismo señalar que el mero registro de un nombre de dominio no supone en modo alguno que dicho nombre de dominio vaya a utilizarse efectivamente para crear un sitio de Internet, pues de hecho puede incluso no ser utilizado de forma indefinida.

50. En estas circunstancias, en mi opinión es bastante evidente que la realización de un trámite formal como el descrito no constituye una difusión de una comunicación con fines promocionales. Por lo tanto, considero que no puede quedar incluido en el concepto de publicidad previsto en las Directivas 84/450 y 2006/114.

b) Sobre la utilización del nombre de dominio

51. En la segunda parte de su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia al Tribunal de Justicia que determine si el uso de un nombre de dominio puede constituir publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114.

52. El Juez *a quo* no especifica exactamente en su cuestión lo que entiende por la expresión «uso» del nombre de dominio. No obstante, a este respecto procede señalar que, como por otro lado se desprende de las afirmaciones efectuadas en la vista por algunas de las partes intervinientes, un nombre de dominio puede ser utilizado de formas muy diversas.

53. La primera y más evidente modalidad de uso de un nombre de dominio consiste en la creación y puesta en línea efectiva en Internet de una página web que pueda ser consultada en la dirección IP que corresponde al propio nombre de dominio. Esta modalidad de uso del nombre de dominio parece ser pertinente para el litigio principal dado que Visys ha utilizado efectivamente los nombres de dominio que toman la denominación de su competidor, publicando en la red páginas web en las direcciones que corresponden a dichos nombres de dominio.

54. Pues bien, con independencia de la finalidad de promoción de la entrega de bienes o de la prestación de servicios que puede estar más o menos vinculada con estas modalidades de uso del nombre de dominio y deberá apreciarse caso por caso, considero que, para comprobar si la efectiva publicación en la red de una página web en la dirección correspondiente a un nombre de dominio puede constituir una forma de publicidad, procede determinar si dicha publicación en la red puede constituir la difusión de una comunicación con arreglo a la definición de publicidad establecida en las Directivas 84/450 y 2006/114.

55. A este respecto, en mi opinión puede partirse del planteamiento mencionado en los puntos 32 y 33 *supra*, y comprobar si están presentes los elementos que se consideran típicos de una comunicación. Pues bien, en el caso de la publicación de una página web considero que puede identificarse a un emisor, es decir, quién publica el sitio en la dirección correspondiente al nombre de dominio, un receptor, es decir, el usuario que accede a la página tecleando en el navegador el nombre de dominio, así como un mensaje, a saber, el contenido de la página web, que puede tener una finalidad

30 — Con carácter general, el organismo competente para el registro lo concede o deniega exclusivamente en función de que el nombre de dominio esté disponible y no se prevé normalmente ningún tipo de control sobre la existencia o no de un derecho del solicitante sobre el nombre elegido.

31 — Véase la nota 6 *supra*.

promocional o no, en el sentido indicado en el punto 35 *supra*. El canal utilizado para encauzar el mensaje es el ordenador que se conecta a la red de Internet. El código formal está constituido por signos escritos, visuales o sonoros que se utilizan para transmitir el mensaje a través del sitio de Internet. El contexto depende de cada situación concreta.

56. Por otra parte, la publicación de una página web constituye, sin lugar a dudas, una modalidad de transmisión del mensaje que contiene, dirigido con carácter general a la colectividad y que permite hacer llegar éste a un número indeterminado de personas. Por lo tanto, el requisito de «difusión» mencionado en el punto 34 *supra* también se cumple.

57. Las consideraciones anteriores me llevan pues a considerar que la publicación de una página web en la dirección que corresponde a un nombre de dominio constituye una modalidad de uso del nombre de dominio que da lugar a la difusión de una comunicación en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114. Por consiguiente, cuando esa comunicación se efectúe en el marco del ejercicio de una actividad económica con el fin de promover bienes o servicios, constituirá publicidad con arreglo a dichas Directivas.

58. Dicho esto, creo que por otra parte es indudable que puedan concebirse otras modalidades de uso de un nombre de dominio que también pueden constituir formas de publicidad en determinadas circunstancias.

59. Así, por ejemplo, a menudo las empresas utilizan el nombre de dominio en comunicaciones publicitarias que se desarrollan conforme a las modalidades tradicionales, como anuncios televisivos, carteles, inserciones en publicaciones periódicas, con el fin de remitir a la página web de la empresa (o más concretamente del producto o del servicio). De este modo, se pone al consumidor al corriente de la posibilidad de obtener por dicha vía información adicional potencialmente promocional, que completa y amplía el mensaje publicitario o que tiene por objeto promover la organización empresarial como tal y, por ende, indirectamente sus productos y servicios.³² En estos supuestos, en mi opinión no cabe duda de que el nombre de dominio se utiliza en el marco de formas de comunicación que constituyen publicidad.

60. Sin embargo, es posible que el propio nombre de dominio tenga naturaleza promocional en sentido estricto cuando, por ejemplo, contiene elementos que ensalzan los productos o servicios ofrecidos. El caso del sitio www.bestlasersorter.com, al margen de cualquier cuestión relativa a la marca y a la denominación del competidor, en mi opinión constituye un ejemplo bastante patente de esta circunstancia, pues da claramente a entender que visitando la página web de que se trata se encontrarán los mejores sistemas de clasificación con tecnología láser. Pues bien, en función de las modalidades de uso de un nombre de dominio de ese tipo, éste puede constituir un mensaje publicitario en sí mismo.

61. Por ejemplo, en lo que respecta en particular al supuesto de que se trata en el litigio principal, considero que incluir en la base de datos de un buscador un nombre de dominio que promociona productos o servicios ofrecidos por la empresa y que se utiliza efectivamente en la página web puede constituir una comunicación publicitaria. En efecto, a raíz de la búsqueda realizada por el usuario de Internet a través del buscador, el nombre de dominio incorporado por el titular en la base de datos de dicho motor aparecerá expresamente en la pantalla. Este tipo de uso del nombre de dominio supone la difusión de una comunicación que, a la luz de la finalidad promocional intrínseca de dicho nombre de dominio, tiene carácter publicitario.

32 — Sobre el concepto de «publicidad institucional», véase el punto 35 *supra*.

62. En última instancia, corresponderá sin embargo al órgano jurisdiccional remitente, en función de las circunstancias específicas del supuesto de que se trata en el litigio principal de que conoce, comprobar si el uso del nombre de dominio en el caso concreto constituye o no una comunicación realizada con el fin de promover bienes o servicios y está por consiguiente comprendido en el concepto de publicidad establecido en las Directivas 84/450 y 2006/114.

c) Sobre la utilización de metatags

63. En la tercera y última parte de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, al Tribunal de Justicia que determine si la utilización de metatags en el código fuente de un sitio de Internet puede constituir publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114.

64. Puede resultar útil recordar que los metatags consisten sustancialmente en palabras clave que el propietario de un sitio de Internet inserta en el código de programación de la página web para describir sintéticamente su contenido. Posteriormente, esos metatags son reconocidos por los motores de búsqueda cuando un usuario de Internet los introduce para realizar una búsqueda mediante un buscador. De este modo, estas palabras clave influyen en los resultados de la búsqueda, contribuyendo a mejorar la posición y la visibilidad del sitio de Internet en cuestión en la lista de resultados obtenida a través de la búsqueda realizada. Sin embargo, los metatags son invisibles para el usuario.

65. Para responder a la cuestión del órgano jurisdiccional remitente, procede comprobar si el uso de metatags presenta las características de una comunicación, difundida en el ejercicio de una actividad económica, con el fin de promocionar bienes o servicios conforme a la definición de publicidad mencionada en los puntos 6 y 23 *supra*.

66. Pues bien, al igual que sucede con la utilización del nombre de dominio, considero que para comprobar si se da el primer elemento de la definición de publicidad prevista en las Directivas, es decir, la existencia de una forma de comunicación, puede adoptarse el planteamiento expuesto en los puntos 32 y 33 *supra*, analizando si están presentes o no los elementos que se consideran típicos del concepto de comunicación.

67. En el caso de la utilización de metatags en el código fuente de un sitio de Internet creo que puede identificarse a un emisor, es decir, la persona que introduce la palabra clave en el código fuente. Dicha persona incluirá la palabra clave que corresponde al metatag con la finalidad concreta de que los buscadores la reconozcan y de influir, en consecuencia, en los resultados de las búsquedas llevadas a cabo por los buscadores.

68. Más problemática resulta la cuestión de si puede identificarse o no un receptor que reciba una información y si la palabra clave utilizada como metatag puede constituir un mensaje que se transmite a dicho receptor. En efecto, el usuario que lleva a cabo la búsqueda a través del buscador no tendrá conocimiento directo de la palabra clave que constituye el metatag. Esa palabra clave será reconocida únicamente por el buscador y no se comunicará directamente al receptor.

69. Sin embargo, en virtud de una interpretación amplia del concepto de comunicación, como la que propongo en los puntos 22 a 25 *supra*, considero que es posible entender que el usuario de Internet que lleva a cabo una búsqueda a través de un buscador es destinatario, de forma indirecta y mediata a través del propio buscador, de una información constituida por el metatag palabra clave. Desde ese punto de vista, el mensaje que el emisor pretende transmitir al receptor a través del metatag y que éste recibe de forma mediata a través del buscador, consiste en que la información de la página web en cuyo código fuente figura el metatag incorpora contenidos vinculados a la palabra clave y que, en consecuencia, dicha página es pertinente para el usuario-receptor que efectúa la búsqueda en el buscador. Desde luego se trata de una forma de comunicación indirecta y mediata, pero que, en mi opinión, puede considerarse una forma de comunicación.

70. En cuanto a los demás elementos que integran el concepto de comunicación mencionado en el punto 32 *supra*, el canal también es el ordenador conectado a la red de Internet y el software que constituye el buscador. El código formal es el lenguaje utilizado para indicar la palabra clave y el contexto también depende en este caso de las circunstancias particulares y, en particular, de la búsqueda realizada. En mi opinión, el requisito de la difusión también se cumple dado que la inclusión del metatag en el código fuente de una página web, en la medida en que se considera una forma de comunicación, está dirigido a un número indeterminado de personas, es decir, a todos aquellos que tienen la intención de efectuar una búsqueda en el buscador en relación con la palabra clave que constituye el propio metatag.

71. Por consiguiente, en virtud de dicho planteamiento, considero que, en caso de que se determine que los metatags se han introducido en el código fuente de una página web en el marco del ejercicio de una actividad económica y con el fin de promocionar bienes o servicios, dicha actividad podría constituir una forma de publicidad en el sentido de las Directivas 84/450 y 2006/114. Sin embargo, también corresponderá en este caso al órgano jurisdiccional remitente comprobar si es así, ateniéndose a las circunstancias concretas del litigio de que conoce.

V. Conclusión

72. A la luz de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Hof van Cassatie en los términos siguientes:

«El registro de un nombre de dominio no constituye publicidad en el sentido del artículo 2 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, y del artículo 2 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

El uso de un nombre de dominio y de metatags en el código fuente de un sitio de Internet puede constituir publicidad con arreglo a dichas Directivas. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el caso concreto, concurren los requisitos establecidos en la definición de publicidad prevista en dichas Directivas.»