

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 26 de junio de 1997 *

En el asunto C-368/95,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por el Handelsgericht Wien, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH

y

Heinrich Bauer Verlag,

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 30 del Tratado CE,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida y L. Sevón, Presidentes de Sala; C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, P. Jann, H. Ragnemalm, M. Wathelet (Ponente) y R. Schintgen, Jueces;

* Lengua de procedimiento: alemán.

Abogado General: Sr. G. Tesauró;
Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- En nombre de Heinrich Bauer Verlag, por el Sr. Michael Winischhofer, Abogado de Viena;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. Franz Cede, Botschafter del Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno belga, por el Sr. Jan Devadder, directeur d'administration del service juridique del ministère des Affaires étrangères, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. Ernst Röder, Ministerialrat del Bundesministerium für Wirtschaft, y la Sra. Sabine Maass, Regierungsrätin z. A. del mismo Ministerio, en calidad de Agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. J. G. Lammers, Wnd. juridisch adviseur del ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. Luis Fernandes, director del Serviço Jurídico de la Direcção Geral dos Assuntos Comunitários del Ministerio dos Negócios Estrangeiros, Antonio Silva Ferreira, Inspector Geral de Jogos del Ministério da Economia, y Angelo Cortesao Seiça Neves, jurista de la Direcção Geral dos Assuntos Comunitários del Ministério dos Negócios Estrangeiros, en calidad de Agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. Claudia Schmidt, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Heinrich Bauer Verlag, representado por los Sres. Michael Winischhofer, Harald Koppehele, Abogado de Hamburgo, y Torsten Stein, Profesor de la Universidad de Saarbrücken; del Gobierno austriaco, representado por la Sra. Christine Stix-Hackl, Legationsrätin del Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten, en calidad de Agente; del Gobierno alemán, representado por el Sr. Bernd Kloke, Oberregierungsrat del Bundesministerium für Wirtschaft, en calidad de Agente; del Gobierno neerlandés, representado por el Sr. J. S. van den Oosterkamp, juristisch adviseur del ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente; del Gobierno portugués, representado por el Sr. Angelo Cortesao Seça Neves, y de la Comisión, representada por la Sra. Claudia Schmidt, expuestas en la vista de 12 de noviembre de 1996;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de marzo de 1997;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante resolución de 15 de septiembre de 1995, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de noviembre siguiente, el Handelsgericht Wien planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 30 del mismo Tratado.
- 2 Dicha cuestión se suscitó en el marco de una demanda presentada por Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH, editora de prensa austriaca, contra Heinrich Bauer Verlag, editor de publicaciones periódicas establecido en Alemania, con objeto de que se ordenara a este último que cesara la venta en territorio austriaco de publicaciones que ofrecen a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premios, vulnerando la Gesetz über unlauteren Wettbewerb de 1992 (Ley austriaca de Competencia Desleal; en lo sucesivo, la «UWG»).

- 3 Heinrich Bauer Verlag edita en Alemania el semanario *Laura*, que distribuye también en Austria. El número del 22 de febrero de 1995 contenía un crucigrama. Los lectores que remitieran la solución acertada podían participar en un sorteo dotado con dos premios de 500 DM. El mismo número contenía otras dos adivinanzas, dotada una de ellas con un premio de 1.000 DM y la otra, con un premio de 5.000 DM, que se sortearían entre las personas que hubieran contestado correctamente. Los números siguientes contenían juegos similares. Cada edición indicaba que en el número siguiente se insertarían nuevas adivinanzas.
- 4 De la resolución de remisión se deduce que esta práctica infringe el Derecho austriaco. Efectivamente, el número 1 del apartado 1 del artículo 9 *bis* de la UWG austriaca prohíbe de manera general ofrecer a los consumidores, sin contrapartida, premios vinculados a la venta de bienes o a la prestación de servicios. El número 8 del apartado 2 del artículo 9 *bis*, que autoriza sin embargo los concursos y sorteos en los que «el valor de cada papeleta resultante de la suma total de los premios sorteados en relación con el número de papeletas distribuidas no supere 5 ÖS y el valor total de los premios sorteados no supere 300.000 ÖS», ha sido declarado inaplicable a la prensa escrita mediante una ley de 1993 que modifica dicha norma. Por consiguiente, a partir de la modificación no cabe excepción alguna a la prohibición impuesta a los editores de publicaciones periódicas de proponer al consumidor la participación en sorteos.
- 5 Puesto que la normativa alemana sobre competencia desleal no contiene ninguna disposición análoga, el Handelsgericht Wien consideró que la prohibición de venta de las publicaciones periódicas que resultaba de la UWG podía afectar el comercio intracomunitario. Por tanto, suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 30 del Tratado CE en el sentido de que se opone a la aplicación de las disposiciones de un Estado miembro A, que prohíbe a una empresa domiciliada en el Estado miembro B vender también en el Estado miembro A la revista de publicación periódica editada en el Estado miembro B cuando, en la referida revista, se contienen concursos con premios o premios por resolver acertijos, que se organizan legalmente en el Estado miembro B?»

- 6 En primer lugar procede recordar que, a tenor del artículo 30 del Tratado, están prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.
- 7 Es jurisprudencia reiterada que constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa cualquier normativa comercial de un Estado miembro que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario (sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. p. 837, apartado 5).
- 8 Hay que recordar asimismo que, de conformidad con la jurisprudencia *Cassis de Dijon* (sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe*, 120/78, Rec. p. 649), constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 30, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (tales como los que se refieren a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías (sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097, apartado 15).
- 9 En cambio, la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros (sentencia *Keck y Mithouard*, antes citada, apartado 16).

- 10 El Gobierno austriaco sostiene que la prohibición controvertida escapa al artículo 30 del Tratado. Según dicho Gobierno, la posibilidad de ofrecer a los lectores de una publicación periódica la participación en juegos dotados de premios constituye simplemente un método de promoción de ventas y, por tanto, una modalidad de venta en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard, antes citada.
- 11 En el presente asunto procede señalar que, la legislación nacional controvertida, aunque atañe efectivamente a un método de promoción de ventas, se refiere, en este supuesto, al propio contenido de los productos, en la medida en que los juegos contemplados por ella forman parte integrante de la revista en la que se han insertado. En estas circunstancias, la aplicación de dicha legislación nacional a los hechos en el presente caso no puede referirse a una modalidad de venta en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard, antes citada.
- 12 Además, puesto que obliga a los operadores establecidos en otros Estados miembros a modificar el contenido de la revista, la prohibición controvertida pone en peligro el acceso del producto de que se trata al mercado del Estado miembro de importación y, por consiguiente, obstaculiza la libre circulación de mercancías. Por tanto constituye, en principio, una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado.
- 13 El Gobierno austriaco y la Comisión afirman, sin embargo, que el objeto de la legislación nacional controvertida consiste en mantener el pluralismo de la prensa, lo cual podría constituir una exigencia imperativa en el sentido del artículo 30 del Tratado.
- 14 A este respecto manifiestan que, poco después de que la Ley de Desregularización de la Competencia, que entró en vigor en Austria en 1992, liberalizara, entre otros sectores, la organización de concursos, los editores de prensa iniciaron una competencia agresiva, concediendo regalos cada vez mayores, particularmente en forma de posibilidades de participación en juegos dotados de premios.

- 15 Por temor a que los pequeños editores no pudieran soportar hasta el final esta competencia ruinosa, el legislador austriaco excluyó en 1993 a la prensa escrita del ámbito de aplicación del número 8 del apartado 2 del artículo 9 *bis* de la UWG que, como ya se deduce del apartado 4 de esta sentencia, autoriza en cierta medida la organización de concursos y de sorteos vinculados a la venta de productos o a la prestación de servicios.
- 16 En la exposición de motivos del proyecto de ley, el Gobierno austriaco destacaba, en particular, que, debido al precio relativamente bajo de las publicaciones periódicas, y más especialmente de los diarios, existía un riesgo, a pesar de la limitación de las cuantías establecida por el número 8 del apartado 2 del artículo 9 *bis* de la UWG, de que el consumidor diera más importancia a la posibilidad de ganancia que a la calidad de la publicación (Exposición de motivos del Proyecto del Gobierno, RV 365 Blg n° 18. GP).
- 17 El Gobierno austriaco y la Comisión subrayan también el elevado nivel de concentración de la prensa escrita austriaca. El primero observa que, a principios de los años noventa, la cuota de mercado del mayor grupo de prensa era de 54,5 % en Austria, mientras que en el Reino Unido sólo alcanzaba el 34,7 % y en Alemania, el 23,9 %.
- 18 Procede señalar que el mantenimiento del pluralismo de la prensa puede constituir una exigencia imperativa que justifique una restricción a la libre circulación de mercancías. En efecto, este pluralismo contribuye a la salvaguardia de la libertad de expresión, tal como está protegida por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la cual figura entre los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario (véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, C-353/89, Rec. p. I-4069, apartado 30, y de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie, C-148/91, Rec. p. I-487, apartado 10).
- 19 Además, conforme a una jurisprudencia reiterada (sentencias Cassis de Dijon, antes citada; de 13 de diciembre de 1990, Pall, C-238/89, Rec. p. I-4827, apartado 12, y de 6 de julio de 1995, Mars, C-470/93, Rec. p. I-1923, apartado 15), es necesario

que las disposiciones nacionales sean proporcionales al objetivo perseguido y que éste no pueda lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor medida los intercambios intracomunitarios.

- 20 Es cierto que en la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 61), que versaba sobre la libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia estimó que las particularidades de las loterías justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las singularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de las loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. Así mismo consideró que corresponde a las autoridades nacionales apreciar no sólo si es necesario restringir las actividades de las loterías, sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias.
- 21 Sin embargo, juegos como los controvertidos en el procedimiento principal no son comparables a las loterías cuyas características fueron examinadas en la sentencia Schindler, antes citada.
- 22 En efecto, los hechos que dieron origen a dicha sentencia se referían exclusivamente, como señaló expresamente el Tribunal de Justicia, a loterías organizadas a gran escala, respecto a las cuales la facultad de apreciación reconocida a las autoridades nacionales se justificaba por los elevados riesgos de delito y fraude que implicaban, habida cuenta de las cantidades que permitían reunir y de las ganancias que podían ofrecer a los jugadores (apartados 50, 51 y 60).
- 23 Por el contrario, en el procedimiento principal no existen tales preocupaciones de protección del orden social. En primer lugar, los sorteos controvertidos se organizan a pequeña escala y las apuestas son menos importantes; a continuación, no constituyen una actividad económica independiente, sino solo un elemento entre otros del contenido impreso de una revista; por último, la legislación austriaca sólo prohíbe completamente las loterías en la prensa escrita.

- 24 Por otro lado procede señalar que, cuando un Estado miembro invoca exigencias imperativas para justificar una legislación que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación debe interpretarse también a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales (véase la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 43).
- 25 Entre estos derechos figura la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (sentencia ERT, antes citada, apartado 44).
- 26 Pues bien, la prohibición de vender publicaciones que brindan la posibilidad de participar en juegos dotados de premios puede vulnerar la libertad de expresión. No obstante, procede recordar que el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales admite que se establezcan excepciones de esta libertad con objeto de mantener el pluralismo de la prensa, en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática (véase la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1993, Informationsverein Lentia y otros/Austria, A n° 276).
- 27 Habida cuenta de las consideraciones enunciadas en los apartados 19 a 26, procede comprobar si una prohibición nacional como la controvertida en el procedimiento principal es proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y si este objetivo no puede alcanzarse aplicando medidas que sean menos restrictivas tanto para los intercambios intracomunitarios como para la libertad de expresión.
- 28 A tal fin, es importante determinar, por una parte, si las publicaciones que ofrecen, a través de juegos, acertijos o concursos, la posibilidad de ganar un premio compiten con las pequeñas empresas de prensa, que se supone que no tienen capacidad económica para ofrecer regalos comparables y que la legislación controvertida pretende proteger y, por otra parte, si tal perspectiva de ganancia constituye una incitación a la compra que pueda provocar un desplazamiento de la demanda.

- 29 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, basándose en un examen del mercado austriaco de la prensa, si se cumplen estos requisitos.
- 30 En el marco de este examen, el órgano jurisdiccional nacional velará por delimitar el mercado del producto controvertido y deberá tener en consideración las cuotas de mercado que tenga cada editor o grupo de prensa y su evolución.
- 31 Además, en función de todos los elementos que puedan influir sobre la decisión de compra, como la existencia o no de publicidad en primera página que indique la posibilidad de ganar un premio, la probabilidad de ganancia, el valor del premio, la relación o no de la ganancia con el éxito en una prueba que requiera cierto grado de ingenio, de habilidad o de conocimientos, el órgano jurisdiccional nacional evaluará también el grado de sustitución posible a los ojos del consumidor del producto de que se trate en relación con las publicaciones que no ofrecen la posibilidad de ganar un premio.
- 32 Los Gobiernos belga y neerlandés consideran que el legislador austriaco habría podido adoptar medidas que restringieran menos la libre circulación de mercancías que la pura y simple prohibición de distribuir las publicaciones que ofrecen la posibilidad de ganar un premio, como pueden ser la ocultación o la supresión, en la edición destinada a Austria, de la página que contuviera el juego dotado de un regalo o también la indicación de que la posibilidad de ganar un premio no cabe para los lectores residentes en Austria.
- 33 A este respecto, de los autos no se deduce que la prohibición controvertida obstaculice la comercialización de publicaciones que hayan adoptado alguna de las medidas mencionadas anteriormente. Si el órgano jurisdiccional nacional comprobara que, no obstante, sucede así, dicha prohibición sería desproporcionada.
- 34 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede, pues, responder al órgano jurisdiccional nacional que el artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de la legislación de un Estado miembro que produce el efecto de prohibir en su territorio la distribución, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, de una publicación periódica editada en este último Estado si contiene acertijos dotados de un premio o concursos, que se organizan legalmente en este último Estado miembro, siempre y cuando

esta prohibición sea proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas. Para que concurren estos requisitos, es necesario, en particular, que las publicaciones periódicas que ofrecen, a través de juegos, acertijos o concursos, la posibilidad de ganar un premio compitan con las pequeñas empresas de prensa, que se supone que no tienen capacidad económica para ofrecer regalos comparables, y que tal perspectiva de ganancia pueda provocar un desplazamiento de la demanda. Además, la prohibición nacional no debe obstaculizar la comercialización de publicaciones que, aunque contengan juegos, acertijos o concursos con regalos, no brinden a los lectores residentes en el Estado miembro de que se trate la posibilidad de ganar un premio. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, basándose en un examen del mercado nacional de la prensa afectado, si concurren estos requisitos.

Costas

- ³⁵ Los gastos efectuados por los Gobiernos austriaco, belga, alemán, neerlandés y portugués y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Handelsgericht Wien mediante resolución de 15 de septiembre de 1995, declara:

El artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de la legislación de un Estado miembro que produce el efecto de

prohibir en su territorio la distribución, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, de una publicación periódica editada en este último Estado si contiene acertijos dotados de un premio o concursos, que se organizan legalmente en este último Estado miembro, siempre y cuando esta prohibición sea proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas. Para que concurran estos requisitos, es necesario, en particular, que las publicaciones periódicas que ofrecen, a través de juegos, acertijos o concursos, la posibilidad de ganar un premio compitan con las pequeñas empresas de prensa, que se supone que no tienen capacidad económica para ofrecer regalos comparables, y que tal perspectiva de ganancia pueda provocar un desplazamiento de la demanda. Además, la prohibición nacional no debe obstaculizar la comercialización de publicaciones que, aunque contengan juegos, acertijos o concursos con regalos, no brinden a los lectores residentes en el Estado miembro de que se trate la posibilidad de ganar un premio. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, basándose en un examen del mercado nacional de la prensa afectado, si concurren estos requisitos.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Jann

Ragnemalm

Wathelet

Schintgen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 26 de junio de 1997.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias