



Publizitate Zuzenbidearen eraberritzea eta lehiaketa desleiala

Nerea Iraculis Arregui
Elena Leifena Mendizabal

UEU
ueu

PUBLIZITATE ZUZENBIDEAREN ERABERRITZEA ETA LEHIAKETA DESLEIALA

Elena Leïñena Mendizabal
Nerea Irakulis Arregi

Udako Euskal **Unibertsitatea**
Bilbo, 2012

© Udako Euskal Unibertsitatea

© Elena Leñena Mendizabal, Nerea Irakulis Arregi

ISBN: 978-84-8438-432-8

Lege-gordailua: BI-2097-2012

Inprimategia: PRINTHAUS S.L., Bilbo

Azalaren diseinua: Igor Markaida

Hizkuntza-zuzenketen arduraduna: Ander Altuna Gabiola

Banatzaileak: UEU. Erribera 14, 1. D BILBO telf. 946790546 Faxe. 944793039

Helbide elektronikoa: argitalpenak@ueu.org

www.ueu.org

Elkar Banaketa: Igerabide, 88 DONOSTIA

Galarazita dago liburu honen kopia egitea, osoa nahiz zatikakoa, edozein modutara delarik ere, edizio honen Copyright-jabeen baimenik gabe.

Aurkibidea

AURKEZPENA,	11
--------------------------	-----------

Lehen atala. Publizitate Zuzenbidearen kontzeptu nagusiak.....	13
---	-----------

1. PUBLIZITATE ZUZENBIDEAREN KONTZEPTUA.....	15
1.1. Publizitatea eta Zuzenbidea	15
1.2. Publizitate Zuzenbideak beste diziplina juridikoekin duen harremana	17
1.3. Publizitate Zuzenbidearen iturriak	20
1.3.1. Zuzenbidearen iturri materialak.....	21
1.3.2. Zuzenbidearen iturri formalak	21
1.3.3. Beste zenbait iturri	25
1.3.4. Publizitate Zuzenbidearen iturrien eskema formala	25
1.4. Publizitatea eta kontsumitzaileen babesak.....	26
2. PUBLIZITATEAREN KONTZEPTUA	31
2.1. Azalpena: gaiaren interesa	31
2.2. Merkataritza-komunikazioa: kontzeptu juridikoa.....	33
2.3. Merkataritza-komunikazioaren ezaugarriak	37
2.4. Legezko kontzeptuaren ondorioak: beste publizitate-jarduera batzuk.....	45
2.4.1. Publizitate instituzionala.....	46
2.4.2. Publizitate politikoa	48
2.5. Publizitate-jarduera guztiei kontratazio-arauak aplikatzea	48
2.6. Publizitatearen legez kanpoko kontzeptua.....	49

Bigarren atala. Subjektuak eta kontratuak.....	51
---	-----------

3. PUBLIZITATEAREN SUBJEKTUAK.....	53
3.1. Kontzeptu juridikoa	53
3.2. Publizitate-jardueraren subjektuak 61/1964 ekainaren 11ko Publizitatearen Estatutuaren arabera.....	54
3.3. Publizitatearen Lege Orokorraren publizitate-subjektuak	54
3.4. Iragarlea	56
3.5. Publizitate-agentzia.....	60

3.6. Publizitate-hedabideak	64
3.7. Hedabide-tarteak erosteko banaguneak	68
3.8. Publizitatearen hartzaileak, kontsumitzaileak eta kontsumitzaileen elkartek	70
3.9. Iragarleek, publizitate-agentziek eta hedabideek osaturiko hiru kideko organizazioak	72
3.10. Profesionalen elkartek	73
3.11. Teknikariak, agenteak eta publizitatearen profesionalak	74
4. PUBLIZITATE KONTRATAZIOA	77
4.1. Hasierako gogoetak	77
4.2. Publizitate-kontratazioa	78
4.3. Publizitatearen Lege Orokorrean tipifikaturiko kontratuak	79
4.4. Publizitate-kontratua	81
4.4.1. Publizitate-kontratuaren kontzeptu legala	81
4.4.2. Publizitate-kontratuaren izaera juridikoa	84
4.4.3. Nahitaezko publizitate-erlazioa	87
4.4.4. Publizitate-kontratuaren edukia	89
4.4.4.1. Publizitate-agentziaren betebeharrak	89
4.4.4.2. Iragarlearen betebeharrak	97
4.4.5. Kontratua betetzea	99
4.4.5.1. Publizitate-agentziak kontratua betetzea	100
4.4.5.2. Iragarleak kontratua betetzea	103
5. PUBLIZITATE SORKUNTZAKO KONTRATUA	105
5.1. Hasierako ideiak	105
5.2. Publizitate-sorkuntzako kontratuaren definizioa	105
5.2.1. Kontratatzaileak	106
5.2.2. Kontratuaren benetako elementuak	106
5.3. Publizitate-sorkuntzako kontratuaren izaera juridikoa	107
5.4. Publizitate-sorkuntzako kontratuaren edukia	108
5.4.1. Sortzailearen betebeharrak	108
5.4.2. Iragarlearen edo publizitate-agentziaren betebeharrak	110
5.5. Publizitate-sorkuntzen babes juridikoa	111
5.5.1. Aurrez azertu beharrekoak	111
5.5.2. Publizitate-sorkuntza eta jabego industrialak	112
5.5.3. Publizitate-sorkuntza eta jabego intelektuala	114
5.5.4. Publizitate-sorkuntza eta konpetentzia desleialaren inguruko zuzenbidea	117

5.5.5. PLOren 23. artikulua: publizitate-sorkuntzaren eskubideak lagatzea	118
5.6. Erantzukizun-kasuak	121
6. PUBLIZITATEKO HEDAPEN KONTRATUA	123
6.1. Kontzeptua eta ezaugarri orokorrak	123
6.2. Kontratuan parte hartzen duten alderdiak	124
6.2.1. Iragarlea, publizitate-agentzia eta hedabidea	124
6.2.2. Erosketen banaguneak	126
6.3. Kontratuaren izaera juridikoa	127
6.4. Kontratua nola sortu	127
6.5. Hedapen-kontratuaren edukia	128
6.5.1. Hedabidearen betebeharra	128
6.5.2. Iragarlearen edo publizitate-agentziaren betebeharra	129
6.6. Betetze-gorabeherak	130
6.7. Hedabidearen erantzukizuna publizitatea hedatzean	133
7. BABESLETZA KONTRATUA	135
7.1. Sarrera	135
7.2. Izaera juridikoa	136
7.3. Publizitateko babesletza-kontratuaren ezaugarriak	136
7.3.1. Kontzeptua	136
7.3.2. Babesletza-kontratuaren tipikotasun eza	136
7.3.3. Kostu bidezko kontratua, kontratu trukagarria, eta <i>intuitus personae</i> izaerakoa	138
7.4. Kontratuaren subjektuak: babeslea eta babestua	139
7.5. Kontratuaren edukia	140
7.5.1. Babeslearen betebeharrak	140
7.5.2. Babestuaren betebeharrak	141
7.6. Klausula ohikoenak	143
7.7. Erregimen aplikagarria	143
7.8. Kontratua ez-betetzea	145
7.9. Bartering kontratua	148
7.9.1. Bartering-aren kontzeptua eta funtzioa	148
7.9.2. Parte hartzen duten subjektuak	149
7.9.3. Erregimen juridiko aplikagarria	149

Hirugarren atala: Publizitate ez-zilegia..... 153**8. LEHIAKETA DESLEIALAREN ZUZENBIDEAREN ERABERRITZEA:**

KLAUSULA OROKORRAREN INTERPRETAZIOA	155
8.1. Lehiaketa desleialaren zuzenbidearen eraberritzea	155
8.1.1. Publizitatearen Lege Orokorraren eraberritzea.....	156
8.1.2. Lehiaketa Desleialaren Legearen eraberritzea.....	157
8.2. Jokaera desleialen klausula orokorra	158
8.2.1. 2005/29 Zuzentarauaren klausula orokorra	158
8.2.2. Klausula orokorraren eraberritzea	159
8.2.3. Klausula orokorraren interpretazioa	160
8.2.3.1. Klausularen banaketa	160
8.2.3.2. Benetako araua (arau sustantiboa): objektiboa eta arisku-araua.....	161
8.2.3.3. Lehiaketa desleialaren aurkako sistemaren itxiera- klausula.....	161
8.2.3.4. Interpretazio-irizpideak	161
a) Jokaera bat desleiala da fede on objektiboaren printzipioaren aurka badoa (LDL 4.1 artikulua lehenengo paragrafoa).....	162
b) Enpresaburuek eta profesionalek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, jokaera bat desleiala da, profesioaren arduraren aurka baldin badoa (LDL 4.1 artikulua bigarren paragrafoa).....	163
c) Batez besteko kontsumitzailea	165
d) Kontsumitzaileen talde ahulak (kalteberak).....	166

9. PUBLIZITATE EZ-ZILEGIA LEHIAKETA DESLEIALAREN

EKINTZA GISA.....	169
A) Aurrez ezarri beharreko ideiak	169
B) Aplikazio-eremua: publizitatearen kontzeptua	170
C) Publizitate ez-zilegiaren modalitateak.....	172
9.1. Pertsonaren duintasunaren aurkako publizitatea edo Konstituzioan jasotzen diren balioak eta eskubideak urratzen dituenak	173
9.1.1. Publizitatea eta emakumeei buruzko irudien erabilera	179
A) 1/2004 Lege Organikoa, abenduaren 28koa, genero- indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzkoa	179
B) Publizitatearen Lege Orokorraren 3.a) artikulua idazketa berria.....	179
9.1.2. Umeei bideratuta doan publizitatea	185

A) Umeei bideratuta doan publizitatea Publizitatearen Lege Orokorrean	185
B) Umeen eta adingabeen babesa ikus-entzunezko komunikazioan.....	191
9.2. Publizitate subliminala.....	193
9.3. Produktu, ondasun, jarduera edo zerbitzu zehatzen publizitatea arautzen duen erregulazio bereziaren aurka doan publizitatea. Zeharkako publizitatea.....	194
9.4. Engainuzko publizitatea: engainuzko ekintzak eta engainuzko omisioak.....	203
9.4.1. Kontzeptua.....	203
9.4.2. Engainuzko publizitatea lehiaketaren lege-hauste gisa	206
A) Lehiaketa Desleialaren Legea lehenetsi behar denean	206
B) Engainuzko publizitatea: engainuzko ekintzak	209
C) Engainuzko publizitatea: engainuzko omisioak	217
9.4.3. Publizitate baztertuailea	221
9.4.4. Testigantza-publizitatea	222
9.4.5. Publizitate-delitua	223
9.5. Engainuzko jarduerak: publizitate estalia, nahasmena baliatzen duten iruzurrezko edo engainuzko jarduerak, eta jokabide-kodeak ez betetzea.....	225
9.5.1. Publizitate estalia (ezkutuko publizitatea)	226
9.5.2. Nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jarduerak.....	234
A) Nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jardueren baldintzak.....	235
B) Konparaziozko publizitateari buruzko zeharkako aipamena.	235
a. Ekintza konparatiboaren (publizitate konparatiboaren) zilegitasun-baldintzak.....	236
b. Test bidezko publizitate konparatiboa	240
9.5.3. Jokabide-kodeak ez betetzea.....	242
9.6. Berariaz tipifikatutako iruzurrezko jardueren katalogoa edo «zerrenda beltza»	243
9.6.1. Aldez aurretik aintzat hartu beharrekoak.....	243
9.6.2. Jokabide-kodeei eta beste kalitate-bereizgarri batzuei buruzko iruzurrezko jarduerak.....	244
9.6.3. Apeuko jarduerak eta iruzurrezko sustapen-jarduerak	246
9.6.4. Piramide gisako salmentak	248
9.6.5. Beste iruzurrezko jarduera batzuk	248
9.7. Publizitate iraingarria.....	251
9.8. Publizitate nahasgarria.....	254

10. PUBLIZITATE EZ-ZILEGIA LEHIAKETA DESLEIALAREN

EKINTZA GISA I: JOKAERA ERASOTZAILEAK	259
10.1. Kontzeptu orokorra	259
10.1.1. Jazarpena.....	261
10.1.2. Derrigortzea (behartzea)	263
10.1.3. Eragin bidegabea	264
10.2. Kontsumitzaileenganako eta erabiltzaileenganako jokaera erasotzaileak	265
10.2.1. Derrigortzeak (behartzeak) eragindako jokaera erasotzaileak	266
10.2.2. Jazarpenak eragindako jokaera erasotzaileak	267
a) Etxera egindako bisita bidegabeak	267
b) Postaz, faxez, posta elektronikoz edota urrutiko komunikaziorako beste baliabideez egindako etengabeko proposamenak, hauek errefusatu direnean	268
c) Telefonoz eta faxez bidalitako publizitatea (spam telefonikoa)	272
d) Urrutiko baliabideen bidez egindako publizitatea.....	274
10.2.3. Umeenganako jokaera erasotzaileak.....	274
a) Umeei bideratuta doan merkataritzako jokaeran zuzeneko aginduak egitea produktu bat erosteko edo zerbitzu bat erabiltzeko	275
b) Umeei bideratuta doan merkataritzako jokaeran adierazpenak egitea, umeak konbentzitzeko beren gurasoengan eragin dezaten, horiek sustatzen diren produktuak erosteko edo eskaintzen diren zerbitzuak erabiltzeko	276
10.2.4. Beste jokaera erasotzaile batzuk	277
a) Aseguru kontratu batetik eratorritako eskubideak egikaritzeko aurkako jokaera erasotzailea.....	277
b) Eskatu ez den eta bidaltzen den produktu baten inguruan gauzatutako jokaera erasotzailea	278
c) Enpresaburuaren ogibidea eta etorkizun profesionala kontsumitzailearen jokabidearekin erlazionatzea.....	279

Laugarren atala. Kontrol judiziala eta autorregulazioa 281

11. PUBLIZITATE EZ-ZILEGIAREN KONTROL JUDIZIALA:

LEHIAKETA DESLEIALAREN AURKAKO EKINTZAK	283
11.1. Sarrera	283
11.2. Ekintza deklaratzailerak	285
11.3. Etete-ekintza.....	286

11.4. Jarduera desleialak eragindako efektuen kentze-ekintza	287
11.5. Engainuzko, zuzenak ez diren edo informazio faltsuen zuzentze-ekintza	287
11.6. Epaia argitaratzea	288
11.7. Portaera-kodeen aurkako ekintzak	288
11.8. Aurreko ekintzak portaera-kodeei atxikita dauden enpresari eta profesionalen aurka	289
11.9. Legitimazio aktiboa eta pasiboa	290
 12. PUBLIZITATEAREN AUTORREGULAZIOA	291
12.1. Sarrera	291
12.2. Publizitatearen autorregulazioa Espainian	293
12.2.1. Deontologia-kodeak	293
12.2.2. Publizitatearen epaimahaia	295
12.2.3. Aldez aurreko kontsulta: iragarkien iragazkia	297
12.3. Autorregulazio-sistemaren balioespen orokorra	298
 Oinarrizko bibliografia.....	301
 Glosarioa.....	309

Aurkezpena

Autoreak

Publizitate Zuzenbidea eraberritu egin da Lehiaketa Desleialaren erregulazioarekin marko juridiko bakarra eratuz. Liburu honek aldaketa hori jasoaz, Publizitate Zuzenbidearen oinarriak modu ulergarri eta erraz batean azaltzea du lehenengo helburu. Horrez gain, kontzeptu horien garapenarekin batera hainbat adibide praktiko jasotzen dira.

Metodo aldetik, ikaslearen trebakuntza eta autoikaskuntza ditu ardatz. Era berean, publizitatearen alorrean diharduten profesionalentzat baliabide juridiko tekniko garrantzitsu bat eskaintzea du helburu.

Material didaktiko hau Publizitateko eta Harreman Publikoetako Graduiko ikasleentzat sortua da, Graduiko programari erantzuten baitio. Edonola ere, publizitatearen arloan profesionalki oinarritzko legeria eskuratu nahi duen edonorentzat izan daiteke oso baliagarria.

Publizitate Zuzenbidean lantzen diren gaiak honakoak dira: Publizitate Zuzenbidearen kontzeptu nagusiak; subjektuak; publizitate-kontratazioa; publizitate ez-zilegia; publizitate ez-zilegiaren kontrol judiziala eta publizitatearen autorregulazioa.

Egiturari dagokionez, lau atal bereizten ditugu. Lehenengoan, publizitatearen kontzeptua eta haren legezko erregulazioaren zergatia azaltzen da. Horretarako, lehendabiziko eta funtsezko ideiei buruzko azalpen argi eta mamitsuak ematen saiatu gara.

Bigarren atalean, profesionalentzat interesgarria oso den gai bat garatu dugu, hau da, publizitatearen subjektuak eta haien arteko erlazioak, publizitate-kontratuak direla medio. Izan ere, sektore horretan diren harreman juridikoak publizitate-kontratuen bidez gauzatzen dira.

Hirugarren atalari dagokionez, publizitate ez-zilegia aurkezten da hainbat ataletan sailkatuz: Konstituzioa eta bertan azaltzen diren balio eta eskubideen aurkako publizitatea, subliminala, arau berezien aurka doan publizitatea, engainuzkoa, desleiala eta jokaera erasotzaileak. Atal honen ezagutza ezinbestekotzat jotzen dugu, publizitarioek beren lana legeak ezartzen dituen mugen barnean egin dezaten.

Azkenik, publizitatearen kontrol judiziala eta autorregulazioa jasotzen dira. Interesgarria iruditzen zaigu geroan sektorean jardungo duten profesionalei ordenamendu juridikoak ezartzen diene kontrola ezagutaraztea. Halaber, sektoreak berak azken urteotan bultzatu dituen arau deontologikoen (autorregulazioa) berri emateari egoki deritzogu. Gaur egun publizitate-jarduerak sortzen dituen lege-arazoak aintzat hartuz, Publizitateko ikasleek horiei aurre egiteko liburu hau tresna erabilgarria izango delakoan gaude.

Lehen atala

Publizitate Zuzenbidearen
kontzeptu nagusiak

1. Publizitate Zuzenbidearen kontzeptua

Publizitate Zuzenbidea alor homogeen eta berezi gisa zehaztea da lehendabiziko gai honen helburua. Baina, Publizitate Zuzenbidearen kontzeptua argitu baino lehen, komeni da publizitate-jarduerak dituen garrantzizko alderdi juridikoak azpimarratzea, hala ulertuko baitugu zergatik hartu duen kontuan zuzenbideak gizarte-fenomeno hori.

1.1. PUBLIZITATEA ETA ZUZENBIDEA

Adituek behin eta berriro adierazi dute publizitatea, beste ezer baino lehen, komunikazioa dela (De la Cuesta, 2002: 27; Santaella, 2003: 17 eta hurrengoak; Desantes, 1980: 29). Subjektu komunikatzailearen eta publikoaren arteko komunikazioa lortzea da publizitatearen lehenbiziko helburua. Gizarte-komunikazioaren teknikaren alderdi hutsetik hartuta, publizitateak baditu, batetik, sustatzaile eta igorle batzuk (iragarki-jartzailea eta publizitate-agentzia), bestetik, publizitate-mezuaren igorle batzuk (komunikabideak), eta, azkenik, mezu horren publiko jasotzailea. Beraz, eskema horren oinarritzko egituraren hauek aipatu behar dira: lehendabizi, komunikazio-iturria (iragarki-jartzailea); ondoren, mezuaren kodifikazioa (publizitate-agentzia); eta, bukatzeko, hartzaileari heltzen zaion mezua, interpretazio-giltza batez deskodetuko dena.

Une honetan, pentsa daiteke publizitateak dituen zenbait ezaugarri bat datozela informatiboa edo komunikatiboa den beste edozein jarduerak izan ditzakeenekin. Era berean, horiek balio dute publizitatea, juridikoki, *Informazio Zuzenbidea* deritzan diziplinaren adierazletzat jotzeko. Ondorioz, publizitate-komunikaziotik eratorritako arazo juridikoek Informazio Zuzenbidearekin komunak diren funtsezko arazoen multzo bat aurkezten digute. Adibidez, hedabideen erregimen juridikoa, publiko jasotzailearen eskubideak, profesionalen estatutua, komunikazioaren iturria, komunikazioaren transmisioa, mezua bera, eta abar.

Hala eta guztiz ere, nahiz eta publizitateak berezkoa izan komunikazio informatiboa, alderdi sortzaileak garrantzi handia izaten du. Publizitate-komunikazioan benetako sortze-lan bat egoten da, albiste edo kazetari-lan huts batean gertatzen dena baino are nabarmenagoa. Kazetariarekin gertatzen den bezala, publizitatean aditua denak objektiboak eta egiazkoak diren zenbait datu behar ditu, mezua landu baino lehen jasoko dituenak; baina, kazetaritza ez bezalakoa da publizitatea, benetako sortze-lana egiten baitu, bai alderdi teknikoan bai artistikoan.

Hala, ikuspegi juridikotik, publizitate-komunikazioak zenbait alderdi garrantzitsu erakusten dizkigu, gehienak, publizitatearen izaera sortzailearekin lotuak. Publizitate-kanpaina bat gauzatzerakoan, aurrez egin beharreko ikerketa batzuk hartu behar lirateke kontuan: merkatuaren egoera ezagutzeko, kontsumitzaileen ohituren berri izateko, merkatuan zer lehia mota dagoen jakin ahal izateko, eta abar. Informazio hori izanda, mezua zabaltzeko egoera aproposa sortuko da. Dena den, kontuan izan behar da sortze-lanak mezuan izango duen eragina garrantzitsua izango dela, alderdi teknikoan (adibidez, hedabideen egitarau bat gauzatzerakoan) zein alderdi artistikoan, eta, beraz, publizitate-kanpainan agertuko diren pieza zehatz batzuk sortuko dira: hedabide inprimatueta jarritako iragarkiak, publizitate-panelak, publizitate-filmak, eta abar.

Jarduera konplexu horrek guztiak zenbait harreman sorraziziko ditu pertsonen artean, hain zuzen ere, komunikazioaren arduradunen eta egileen artean, eta azpimarratzeko moduko garrantzia dute, batez ere, ondarearen ikuspegitik; beraz, legelariak eskaintzen dien arreta justifikatua da.

Orain arte adierazi dugun bezala, publizitatea komunikazio berezia da, teknikoki berezia, komunikatzeko teknika berezi bat erabiltzen baita. Hala eta guztiz ere, ez dugu ahaztu behar sistema kapitalistaren garapenarekin duen loturagatik, badituela bestelako ezaugarri batzuk eta horiek ere arreta espezializatua behar dutela. Ez da ahaztu behar publizitatea oso lotua dagoela merkatuarekin, mota guztietako produktuen zein zerbitzuen kontratazioa sustatzeko teknika gisa erabiltzen delako. Hori guztia dela-eta, iragarki-jartzaileak duen interesa agertzen da lehendabizi, hau da, jasotzaileekin modu eraginkorrean komunikatzea, haiek mezua kontuan izan dezaten merkatuan erosteko erabakiak hartzean.

Iragarki-jartzailearen interesarekin batera, aipatu beharra dago, halaber, jasotzaileek duten interesa, hau da, jasotzen duten informazioaren kantitatea zein kalitatea egokiena izatea. Hala, esan behar da publizitatearen jaulkitzailearen eta jasotzaileen arteko harreman zuzen hori ezin dela zuzenbidearen arabera baliorik gabe utzi, batez ere jasotzaileen interes legalari eta eskubideen babesari dagokienez.

Horrekin batera, ez dugu ahaztu behar enpresaburua den iragarki-jartzaile baten egintzak merkatuan diharduten beste agenteen posizioa ere kaltetu dezakeela; beraz, ezin da alde batera utzi garrantzi handiko beste alderdi bat, lehia, hain zuzen. Badago interes handia publizitatea erregulaziopean mantentzeko, zeren eta lehiaketa librea bermatzea eta lehia oztopatzen duten ekintza guztien aurka borrokatzea (lehiaketa desleiala barne) nahitaezko premisak baitira garapen ekonomiko orekatua lortzeko.

Hausnarketa horrekin —publizitateak dituen alderdi edo ikuspegi buruzkoa— rekin— erraza da jakitea Publizitate Zuzenbidea zein helburutara bideratu behar den. Lehendabizi, informazio-eskubidearen zerbitzura egon beharko du, zeren eta ez baita ahaztu behar kontsumitzaileei zuzendutako zerbitzutzat jo daitekeela publizitatea. Baina, era berean, beste helburu batzuk ere kontuan hartu behar dira,

horiek ere funtsezkoak baitira, Publizitate Zuzenbidearen existentziaren ideia berean aurkituko ditugun horiek. Hain zuzen ere, honako hauek aipatu behar dira: lehiaketa bera babestea (lehiaketa aske eta leialarena ere bai, jakina), kontsumitzaileak ikuspegi juridikotik zaintzea (batez ere informazio objektiboa eta egiazkoa jasotzeko eskubidea oinarritzat hartuta), ideia- eta publizitate-sorkuntza babestea eta, zentzu orokorrean, nortasun-eskubideak zaintzea.

Horrela, produktuen eta zerbitzuen merkatuko elementu gisa agertzen zaigun publizitate-komunikazioari eta komunikazio hori sortzeari eta hedatzeari dagozkien arauen azpimultzo juridiko bat era daiteke, Publizitate Zuzenbidea delakoa.

1.2. PUBLIZITATE ZUZENBIDEAK BESTE DIZIPLINA JURIDIKOEKIN DUEN HARREMANA

Publizitate Zuzenbidea azpimultzo juridikotzat hartu izana legediaren unitatearen ideian oinarritzen da. Hain zuzen ere, Publizitate Zuzenbidea, bestelako azpimultzo juridikoak bezalaxe, ezin da era isolatuan hartu, nagusiagoa den multzo baten parte-tzat baizik. Gainera beste espezialitateekin dituen loturak ezagutu beharrekoak dira.

Zuzenbide-batasuna aldarrikatzea bat dator zuzenbidearen ardatz deiturikoa-rekin. Espezialitate edo eremu ezberdin gisa agertzen dira horiek, eta gizartearen errealitatearen sektore jakin bati dagozkion printzipio juridiko soilen araberrakoa dira.

Publizitate Zuzenbideak legedia osatzen duten ardatz guztiekin dituen harremanak ezagutu ahal izateko, zuzenbide pribatuaren eta zuzenbide publikoaren arteko ezberdintasuna erabiliko dugu irizpide mugatzaile eta erreferentzia modura, Espainiako zuzenbideak eskaintzen digun sistema juridiko positiboa hartuz, baina kontuan hartuta gure asmoa ez dela ikuspegi sakon bat eskaintzea publizitateak legedian duen panorama orokor horri buruz.

Nolanahi ere, publizitatearen erregimen juridikoa, ikuspegi hauetatik adierazita agertzen da: informatibotik, alde batetik, eta merkataritza- eta ekonomia-izaera duenetik, bestetik. Zentzu horretan, Merkataritza Zuzenbidean eta zuzenbide horren ardatz berrietan (adibidez, Industria Zuzenbidean) izandako tradizio zientifiko handiagoak publizitate-fenomenoa ardatz horien arloan kokatzea ekarri du, bideratuago daudelako merkaturaren dagoen ondare-trafikoari begira, eta doktrinaren ikuspegitik finkatuago agertzen direlako.

Hala, Merkataritza Zuzenbidearen barnean, iragarki-jartzaileak, pertsona juridikoa denean, «enpresaburuaren estatutua»¹ osatzen duten arauetan aurkituko du bere erregulazioa eta, pertsona horren jarduerari dagokionez, enpresa-jarduera

1. Enpresaburuaren erregimen juridikoa ezartzen duen arau multzoa: Kontabilitatea eta liburuak eraman beharra, Merkataritza Erregistroan inskribatu beharra (pertsona juridikoa denean), Ordezkaritzaren erregimen berezia; eta, azkenik, Kaudimen-gabeziaren kasuan prozedura bereziei jarraitu beharra.

babesteko arloan indarrean dauden arauetan, hain zuzen ere merkataritza-lehia eta jabego industrialak babesten dituztenetan.

Era berean, publizitateak, bere dimentsio juridiko pribatuan, Zuzenbide Zibileko² zenbait alderdi garrantzitsu aurkeztu ditu: kontratuei dagokiena adibidez, publizitate-komunikazioa gauzatzeak zenbait kontratu-harreman sortzen baititu, zuzenbideko subjektuek (iragarki-jartzaileek, publizitate-agentziek eta hedabideek) parte hartuz sortzen direnak. Harreman horiek zuzenbide pribatuaren arloa garamatzate eta, partikulari, publizitate-leggedian tipifikatuta dauden kontratuak. Bestalde, ez dago zalantzarik publizitate-kontratuen erregulazioan merkataritzakoak eta juridikoak diren xehetasunak ere aurkitzen direla, eta Publizitate Zuzenbideak ezin ditu ikertu gabe utzi.

Halaber, publizitate-subjektuen (iragarki-jartzaile, agentzia eta hedabideen) eta haien langileen artean sortzen diren harremanak oso garrantzitsuak dira, baina, kasu horretan, interesa lanaren espezialitate juridikoan aurkituko dugu, publizitate-komunikazioari funtsezko ezaugarri bat erantsi baitio eginkizun edo lan profesionalizatu gisa.

Jarduera konplexu horren guztiaren garrantzi berezia azpimarratu eta gero, esan dugun bezala, zuzenbide pribatuaren arloan koka daitezkeen subjektuen arteko zenbait harreman sortzen direnez, ezin dugu ahaztu zuzenbide pribatuaren esparruan ondarearen gaia hartu behar dela aintzakotzat.

Hala, publizitate-komunikazioa gauzatzeko erabakia hartzen den unetik, komunikazio hori jasotzailearengana iristen den unera arte, badago epe bat izaera immateriala duten zenbait elementu sortzera bideratzen dena. Elementu horien gainean, izaera errealeko titulartasunak sor daitezke, Zuzenbide Zibilaren eremuan «jabetza bereziak» izenekoak; beraz, ezin da zalantzat jarri elementu horiek duten ondare-balioa.

Zuzenbide publikoaren arloan, Espainiako Konstituzioarekin hasiko dugu gure eginkizuna. Konstituzioak maiz aipatzen du publizitate-jarduera, kontuan hartu behar baita jarduera hori Konstituzioan espresuki jasotzen diren oinarritzko bi eskubideen babespean gauzatzen dela: informazio-eskubidearen eta enpresa-askatasunerako eskubidearen babespean.

Lehenengoak publizitatea komunikaziotzat hartzen du; bigarrenak, berriz, publizitatearen funtzionalitate ekonomikoa azpimarratzen du. Oinarritzko eskubide horiek markatzen dituzten bideei jarraituz, gauzatutako publizitatea legezkotzat hartuko da, eta, era berean, mesedegarria izango da. Alderantziz, bide horietatik kanpo gauzatzen den publizitatea gaitzetsiko da eta, aldi berean, ez-zilegitzat joko da, publizitate-jardueraren legezkotasunak zenbait muga edo barrera jasaten

2. Zuzenbidearen ardatza, pertsona bakoitzak bere bizitzan egiten dituen egintza juridikoak arautzen dituena.

baititu: adibidez, nortasunaren eskubideak. Interes ekonomikoen aurka egiten diren erasoekin batera, ezin dira ahaztu zenbait publizitate-ekintzak pertsonaren edo nortasunaren berezko eremuan egiten dituzten esku-sartzeak eta asaldurak. Hori dela-eta, publizitatearen diziplina zehatz batek ezin ditu alde batera utzi nortasun-eskubideen babesari dagozkion arauak.

Espainiako Konstituzioak gure legedi positiboan sartu ditu aipaturiko eskubide horiek 10.1, 18.1 eta 4, eta 20.4 artikuluetan. Nortasunaren eskubideen babes eraginkorra ere arautu da, 1/1982 Pertsonaren Berezko Irudia, Intimitate Pertsonala zein Familiarra eta Ohorea Babesteko Lege Organikoan, maiatzaren 5ekoan; Konstituzioak 18.1 artikuluan jasotzen du lege horretan esaten dena.

Era berean, izaera administratibo hutsa duten xedapenak ere aurkituko ditugu; adibidez, izaera publikoa duten publizitate-subjektuei zuzenduta daudenak, publizitate-arloan Administrazio Publikoak dituen ahalmen eta eskumenak arautzen dituztenak, baita gai honetan espezializatuak diren erakunde administratibo guztiei aplikatzen zaizkienak ere.

Halaber, oso interesgarria da ezagutzea zer esanahi duen publizitateak Zigor Zuzenbidean. Nahiz eta, esan dugun bezala, publizitate-komunikazioak oinarritzko bi eskubide dakartzan —informazio-eskubidea eta enpresa-askatasunaren eskubidea, hain zuzen—, eskubide horien norainokoak esango digu eskubide horiek bortxatuz egindako publizitate-jardura ez-zilegitzat jo daitekeela. Aurrerago ikusiko den bezala, zilegia ez den publizitatea, zilegiak ez diren egintzen araudiaz arduratzen den legediaren alderdiarekin lotu da. Hala, zuzenbide pribatura jo beharko dugu lehentasunez, eta, halaber, beharbada, publizitate ez-zilegiaren hipotesiaren arabera, zigortzailea den Zuzenbide Administratibora.

Dena den, 51.1 artikulua agindu konstituzionala kontuan hartu behar da, honako hau esaten duenean: «Botere publikoak, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen defentsa bermatzera behartuta daude, haien osasuna eta legezkoak diren interes ekonomikoak babestuz». Helburu horiek lortu ahal izateko, ez litzateke baztertu behar Zigor Zuzenbidearen betekizuna, beraren izaera subsidiarioa ahaztu gabe. Indarrean dagoen Zigor Kodeak badu atal bat esplizituki kontsumitzaileen aurkako eraso edo delituak arautzen dituen, baina horretan ez dira biltzen kontsumitzaileen babes zuzena edo zeharkakoa helburutzat duten arau-hauste guztiak.

Esan den bezala, Espainiako Konstituzioaren 51.1 artikulua berak iragartzen ditu kontsumitzaileen babes penalak izan ditzakeen alderdiak: alde batetik, kontsumitzaileen osasunaz arduratzen dena eta, bestetik, izaera ekonomikoko interesa babesteaz arduratzen dena. Dena den, bikoiztasun hori ez da ageri Zigor Kodean, zeren lege-testu horrek espresuki egiten duen kontsumitzaileen aipamena horien interes ekonomikoak babesten dituzten tipo penalak barnean hartzeko egin baita. Hain zuzen ere, 282. artikulua «publizitate-delitua» deritzona arautzen du, engainuzko publizitate kasu larrienak era zehatzean kriminalizatuz.

Aurreko oharrek esan nahi dute legediak alderdi askotatik aztertzen eta arautzen duela publizitatea. Ikuspegi horren gaineko begirada batek eramango gaitu, argi eta garbi, Publizitate Zuzenbidea ukatzera. Dena den, badira printzipio juridiko batzuk eta oinarri juridiko komunikatzaile bat, eta hori guztia nahikoa izan daiteke Publizitate Zuzenbidea badagoela aldarrikatzeko. Horregatik, ikasgai honetan, hauxe azaldu nahi dugu: publizitateak hainbat alderdi dituela eta aniztasun horrek eragina duela legediaren ia ardatz guztietan, bai zuzenbide publikoaren eremuan bai zuzenbide pribatuarenean. Legedi orokorrean, publizitatearen diziiplina juridikoaren presentzia dela-eta, neurri bateraino, garrantzi gabea izan daiteke planteatzea Publizitate Zuzenbidea izaera publikoaren edo pribatuaren arazoa ote den.

Hau da, publizitatearen garrantzia kontuan harturik, legediaren garrantzizko alderdietan zeresan handiko fenomeno izango da. Legedia batasuntzat hartuta, Publizitate Zuzenbidea azpimultzo bat izango da, publizitate-fenomeno informatiboa arautzen duena. Jarduera komunikatiboa zuzendu eta publizitate-erlazio juridikoak erregulatzen ditu horrek, eta, hala, halaber, informazio-eskubidearen zerbitzura jarriko da eta enpresa-askatasuna, publizitatearen jasotzaileen babesa eta, oro har, publizitate-subjektuen babesa sendotuko ditu.

1.3. PUBLIZITATE ZUZENBIDEAREN ITURRIAK

«Iturri» hitzak jatorriari egiten dio erreferentzia zuzena, giza jarrera arautzen duen arau multzo gisa, zuzenbidea biltzen duen eremua, alegia. Zuzenbidearen iturrien gaia aztertzen denean, ohikoa da izaera materiala eta formala duten iturrien artean ezberdintasuna azpimarratzea. Lehenengoa kontuan izanik, zuzenbidea sortzen den tokia edo oinarritzko jatorria jotzen da iturritzat; arau idatzietara mugatzen dena, baina ezin da ukatu idatzia ez diren arauak ere badirela, usadioa, esaterako.

Zuzenbidea, zentzu materialean, estatu-antolakuntzaren barnean gauzatzen da. Hala, badira arau juridikoak organo legegileetan edo legebiltzarrean jatorria dutenak, eta, orobat, badira xedapen normatiboak lege-indarra dutenak eta botere betearazleak onartzen dituenak. Gainera, publizitatearen alorrean gertatzen den bezala, eta estatutuetan ezarritakoarekin bat eginez, Espainiako Konstituzioak aurreikusten du, halaber, autonomia-erkidegoek beren eskumenekoak diren gaietan legezko xedapenak emateko posibilitatea. Azkenik, beste organo batzuk ere aipa daitezke: testu konstituzionalak baimenduta eskumena dutenak balio mugatuko arau juridikoak emateko; horiek azkeneko mailan daude araudiaren hierarkian. Behe-mailako lurralde-erakundeek duten eskumen normatiboaz ari gara, esaterako, udal-esparruko udal-ordenantza delakoaz. Bestalde, esan behar da, halaber, zuzenbidearen iturrien ekoizpenean estatuaren eragina nahiko murriztuta geratzen dela; izan ere, gaur egun Europar Batasuneko aginteez duten arautzeko boterea dela-eta, europar eremuan emandako arauak Batasun osoan dute eragina.

Bigarren adiera kontuan harturik, zentzu formalean, iturria baliagarria da zuzenbidea den bezalaxe erakusteko. Hala, arauen hierarkian, lehentasunezko leku batean egongo da kokaturik Konstituzioa eta, bigarren mailan, berriz, izaera arrunteko legedia izango dugu. Legedi horren azpian, erregelamenduak, zirkularrak eta, oro har, beheko mailan dauden xedapen juridikoak ditugu, kontuan harturik arau horiek ematen dituen organoari edo aginteari estatu-hierarkiaren barnean dagokion lekua.

1.3.1. Zuzenbidearen iturri materialak

Estatuari dagokio sortzeko ahalmen normatiboa, berak ekoizten baititu arau juridikoak. Dena den, eta kontuan harturik nola dagoen antolatuta Espainiako estatua, azpimarratu behar da arauak emateko boterea, legeak barne, autonomia-erkidegoei dagokiela zenbait kasutan.

Halaber, giza talde antolatuak ere aipatu behar ditugu (adibidez, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteak edo izaera profesionala dutenak), zeren eta, arau juridikoak konfiguratzeko, gero eta eragin handiagoa izaten baitute eta ez da ahaztu behar aipaturiko elkarte horiek beren jarduerari dagozkion sektore garrantzitsuen autorregulazioa bultzatzen dutela.

Nahiz eta estatuari dagokion zatia —zuzenbidearen iturri material den heinean— oso handia izan, esan behar da zuzenbide supranazionala gailentzen dela barneko zuzenbidearen gainetik. Gure eremu juridikoan, Europar Batasuneko zuzenbideak esanahi berezia du.

1.3.2. Zuzenbidearen iturri formalak

Estatuko arauak

Lehendabizi zuzenbidearen jatorria argituta, interesgarria litzateke, halaber, jakitea zein den zuzenbide hori gauzatzeko modua. Eskema formal bat egiteak arauen hierarkia bat egitea dakar eta, beraz, Espainiako Konstituzioa hierarkia horren gailurra izango da, zeren eta oinarritzko arau hark funtzionatzen baitu iturriak ordenatzeko tresna gisa. Sarrerako ikasgai honetan adierazi den bezala, Publizitate Zuzenbidearen oinarri juridikoa Konstituzioaren 20.1 artikuluan dago, non honako eduki hauek aipatzen diren: pentsamenduak, ideiak eta iritziak hitzez, idatziz edo bestelako edozein ekoizpen-bideren bitartez adierazteko eskubidea; ekoizpen eta sormen literario, artistiko, zientifiko eta teknikorako eskubidea; eta, azkenik, edozein hedapen-baliabideren bitartez, benetako informazioa askatasunarekin komunikatzeko edo jasotzeko eskubidea (a, b eta d letrak). Artikulu horretan, publizitatearen erregulazio juridiko konstituzionala jasotzen da, bere barnean lekua bailuke publizitate-komunikazioak dakarren prozesu osoak, zentzu informatiboan jota zein izaera tekniko eta artistikoa duen sortze-lantzat jota. Halaber, publizitatearen ikuspegi hirukoitza jasotzen du, hau da, mezu, modu eta komunikazio-bide gisa (De

la Cuesta, 2002: 32-37). Informazio-eskubidea jasotzeaz gain, Konstituzioak jasotzen ditu, halaber, Publizitate Zuzenbidearekin zerikusia duten zenbait alderdi, besteak beste, kontsumitzaileen eskubideen (espresuki, 51. artikuluan) eta nortasunaren eskubideen babesa.

Espainiako Konstituzioa momentuz alde batera utzita, legea bigarren mailan aurkitzen dugu; arau juridikoaren adierazpena izango da. Legeen artean, alde batetik, Estatuko legebiltzarrak emandako legeak ditugu eta, bestetik, gobernu zentralak onartutakoak. Lehenengoen artean, bereizi behar da, batetik, lege organikoa eta, beste aldetik, lege arrunta. Lege arruntek, onartu daitezzen, ganbera legegileen gehiengo sinplea behar dute. Lege organikoak Konstituzioarekiko izaera osagarriarekin eratzen dira eta eduki zehatz bat dute. Hau da, lege horiek askatasun publikoak eta oinarritzko eskubideen garapena jasoko dituzte, hauteskunde-erregimen orokorra eta autonomia-estatutuak onartuko dituzte eta izaera subsidiario eta osagarri horrekin Konstituzioan aurreikusita dauden gainerako legeak izango dira. Lege organikoak onartzeko, aldatzeko edo indargabetzeko, legebiltzarkideen gehiengo absolutua behar da proiektu osoaren azken bozketan. Lege organikoaren konfigurazio horrek galdera bat sortzen du: ea publizitate-komunikazioan jarduteak —informazio-eskubidetzat hartuta— izaera horretako arau batean agertu behar duen.

Gaur egun, gure legedian badago lege bat —edozein komunikabideri eta edozein produkturi dagokion fenomeno orokortzat hartuta— publizitatea edukitzat duena, azaroaren 11ko 11/1988 Publizitatearen Lege Orokorra deritzana (aurrerantzean, PLO), abenduaren 30ean 29/2009 Legearen bitartez eraberritu dena, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen babesa hobetzeko asmoz. Lege espezializatu horren izaera, ostera, arrunta da. Erregulazio orokor horren ondorioz, publizitate-lege hori batera biziko da publizitateak ukitzen dituen beste zenbait gai arautzen dituzten Estatuko legeekin. Beraz, publizitatearen erregimen juridikoak kontuan hartu behar du lege horietan aurreikusita datorrena. Ondorioz, publizitate-jarduerarekin zerikusia duten lege nagusien artean, honako hauek aipa daitezke: 1/1982 Pertsonaren Berezko Irudia, Intimitate Pertsonala zein Familiarra eta Ohorea Babesteko Lege Organikoa, maiatzaren 5koa; 1/2007 Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorraren eta Bestelako Osagarritzko Legeen Testu Bateginaren Onarpenerako Legegintzako Errege Dekretua, azaroaren 16koa; 3/1991 Lehiaketa Desleialaren Legea, urtarrilaren 10koa; 7/1996 Merkataritza Txikiko Ordenaziorako Legea, urtarrilaren 15koa; 15/1999 Izaera Pertsonaleko Datuen Babeserako Lege Erregulatzailerak, abenduaren 13koa; 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorra, martxoaren 31koa (Ikus-entzunezko Komunikazio-zerbitzuen 2007/65/EE Zuzentaraua, abenduaren 11koa, Espainiako legedira egokitzen duena); 2002ko Merkatu Elektronikoko eta Informazio Gizartearen Zerbitzuen Legea, uztailaren 11koa.

Alabaina, publizitateaz arduratzen diren legez gain, badaude beste arau juridiko batzuk botere legegileak ematen ez dituenak eta gobernutik datozenak. Lege-maila duten arau juridikoen artean, gobernuak emandakoetan, bereizi behar

dira, alde batetik, lege-dekretuak eta, bestetik, legegintza-dekretuak. Gobernuak premiazko egoeran emandako araua da lehenengoa. Estatuko legebiltzarrean jakinarazi behar da, organo horrek horri buruz erantzun dezan. Bigarrenak, berriz, Estatuko legebiltzarraren onarpena beharko luke, aldez aurretik emandakoa, gobernuak aldarrika dezan.

Lege arruntaren azpian, erregelamenduak daude. Jatorriarengatik bereizten dira horiek lege arruntetatik (botere betearazlean dute jatorria), baita legearekiko duten izaera subordinatuarengatik ere, zeren eta, idatzizko arauen erlazio hierarkikoan, azken tokian baitaude. Zentzu horretan, Estatuko Administrazioaren araudi-ahalmenari dagokionez, azpimarratu beharra dago publizitate-eremuan PLOk ahalmen horren erabilera baimentzen duela balizko zenbait kasu jakinetan (5.1 artikulua). Ondasun, produktu, jarduera edo zerbitzu jakin batzuen publizitate-mezuak hedatzeko modua zein baldintzak zehaztu ditzakete aipatutako erregelamendu horiek [hala adierazita dator PLOren 5.2 b) artikuluan]. PLOk berak, publizitate-esparru guztien araudi-erregulazioa ematen duenean, aditzera ematen du zenbait enpresa-jardueraren erregulazioa izaera mugatukoa den bitartean ez dela geldituko erregelamenduen menpe. Legez kotasun-printzipioaren arabera (Espainiako Konstituzioaren 93. eta 103.1 artikulua), Administrazioak ezin du araurik eman, beharrezkoa den legezko gaitzearekin ez bada. Hala, arautu edo mugatuko duten arauak lege-maila izan behar dute.

Gainerakoan, arau horiek guztiek, oro har, mugak jartzen dizkiote publizitateari, eta ordena konstituzionalarekin ados egon behar dute, aipatu den bezala informazio-eta enpresa-askatasunerako eskubideek eskaintzen duten babes-eremuaren barruan egongo bailitzateke publizitatea. Dena den, nahiz eta eskubide horiek Konstituzioan aldarrikatzen diren, horrek ez dakar oztoporik, publizitateak kaltetu ditzakeen balio eta eskubide garrantzitsuen babesa aurretik jartzen baita (osasuna, pertsonen segurtasuna eta ondarea, adibidez), enpresei legez edo erregelamenduz, baldintzak eta mugak jartzeko.

Arau autonomikoak

Estatutuen eta Konstituzioaren arabera, autonomia-erkidegoek eskumenak dituzte zenbait gairi dagokienez, baita betearazteko ahalmenak ere; are gehiago, legegileak izatera iritsi daitezke. Kasu horretan, autonomia-erkidegoek legeak egin ditzakete beren legebiltzarren bitartez, eta lege-maila izango duten arauak, beren gobernu autonomikoen bitartez. 3/1979 Lege Organikoak, Euskal Autonomia Estatutuarenak, abenduaren 18koak, 10.27 artikuluan adierazten du eskumen eksklusibo baten edukiaren gaia dela publizitatea, eta harekin lotura duten beste gai batzuk aipatzen ditu: barne-merkataritza edo kontsumitzaile eta erabiltzaileak defendatzea, besteak beste (10.28 artikuluan). Badirudi, beraz, Autonomien Estatua erreferentziatzat hartuz gero, zaila egiten dela pentsatzea publizitatea legezko testu bakar baten materia dela. Horregatik, posible da Estatuko publizitate-arauekin batera

(PLOren adierazpena) autonomia-erkidegoen arau bereziak egotea. Hala, aipatu beharra dago, Euskal Autonomia Erkidegoak 1986ko Legegintza-dekretuaren bitartez engainuzko publizitatea arautu zuela, 84/450/EEE Zuzentarauaren xedapenak gure erkidegoaren eremuan sartzeko asmoarekin.

Europar Batasuneko arauak

Zuzenbidearen iturriei buruzko gaiak osatzeko helburuarekin, beharrezkoa da kontuan hartzea nazioz gaundiko erakundeek emandako arauak, estatu-legedietan eragin garrantzitsua duten arau juridikoak baitira. Publizitate-kontratuei dagokien erregulazioan izan ezik, PLOk —30/2002 Legeak aldatuta— ekarri zuen publizitate-materia guztiari, publizitate konparatiboari eta engainuzkoari buruzko Batasuneko irizpideak aplikatzea; izaera materiala zein prozesala zuten horiek; publizitate desleialari buruzko aurreko erregulazioa mantenduz, eta berrikuntzaren bat sartuz. Hori guztia, Estatua Europar Batasunera atxikitzearen ondorio izango da; horregatik, egokia da Batasuneko araudia aipatzea, are gehiago jasan duen azken erreformarekin, abenduaren 30eko 29/2009 Legearekin, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen babesa hobetzeko lehiaketa desleialaren eta publizitatearen legezko erregimenaren aldaketa dakarrena, eta kontsumitzaileekin dituzten harremanetan enpresen merkataritza-jarduera desleialei buruzko 2005/29/EE Zuzentaraua, maiatzaren 11koa, Espainiako legedira egokitzen duena.

Europar Batasuneko agintariak zuzentarau eta erregelamendu forma har dezaketen arauak emateko eskumena dute. Erregelamenduak materia bat zehazki erregulatzen duten testuak dira, eta, gai horri dagokionez, estatu kide guztiek erregulazio berbera izateko xedearekin. Zuzentarauak, bestalde, estatu kideek beren barne-legedian sartu behar dituzten helburuei buruzko aginduak izango dira, baina barne-zuzenbide propioarekin bat datozen baliabideak aukeratzeko askatasuna emango dute.

Publizitatearen eremuari dagokionez, zenbait zuzentarau aipatu behar dira, besteak beste, Europar Batasunaren esparruan alderdi esanahitsuak erregulatzen dituztenak. Alde batetik, Europako Legebiltzarraren eta Kontseiluaren 97/55/EE Publizitate Konparatiboari buruzko Zuzentaraua, Europako Kontseiluaren 84/450/EEE Engainuzko Publizitateari buruzko Zuzentaraua aldatzen duena, publizitate konparatiboaren erregimen egokia sartzeko. Bestetik, Europako Legebiltzarraren eta Kontseiluaren 2007/65/EE Zuzentaraua, 89/552/EEE Estatu Kideen Irrati-telebistako Hedapenaren Hainbat Lege, Erregelamendu eta Arau Administratiboren Koordinazioari buruzko Zuzentaraua aldatzen duena (Mugaz Bestaldeko Irrati-telebistaren Zuzentaraua). Azkeneko zuzentarau horrek hainbat puntu arautzen ditu; adibidez, publizitate forma berri batzuk aurreikusten ditu: telebistaren bitartez egiten den salmenta edo telebista-kateen autopromozioa; publizitatea emateko gehieneko denbora finkatzen du, eta, orobat, ezkutuan dagoen publizitatearen definizio argiago bat sartzen du. Halaber, Europako Kontseiluaren 98/92 Gizakiaren Erabilerarako

Sendagaien Publizitateari buruzko Zuzentaraua dugu; horren arabera, azpimarratzen da, besteak beste, sendagaien iragarkiek gutxienez aipatu behar dutena: sendagai bat dela esatea eta sendagaiaren prospektuak dituen argibideak irakurtzeko gonbidapena espresuki ezartzea; eta ezin izango duena inoiz aipatu: sendagaiaren eragina bermatuta dagoela, adibidez. Europako Kontseiluaren 31/2000 Zuzentaraua, informazio-gizartearen zerbitzuen hainbat alderdiri buruzkoa, ere azpimarratu behar da; barne-merkatuan garatzen den merkataritza elektronikoaz dihardu bereziki. Azkenik, Europako Kontseiluaren 33/2003 Tabakoaren Produktuen Babesletza eta Publizitatearen Erregulazioari buruzko Zuzentaraua aipatuko dugu.

1.3.3. Beste zenbait iturri

Idatzita dauden arauekin batera, zuzenbidearen printzipio orokorrekin eta ohiturarekin osatzen da gure legediari aplikagarri zaion eskema, baina, orobat, badago aintzat hartu beharreko zerbait: jurisprudentziari eta doktrinari ematen zaien balioa, adibidez, horiek arau juridikoen katalogotik kanpo badaude ere. Idatzita ez dauden arauen artean ohitura hartzen da kontuan, gizarte-usadioak sortutakoa eta ezarritakoa. Iturri hori, idatziz adierazten ez denez, zalantzarik da, ezin baita ziurtasunez jakin egintza bat noiz bihurtzen den ohitura. Legeak, berriz, bere formulazio juridikoagatik, ziurtasun- eta segurtasun-berme askoz ere handiagoa eskaintzen du. Hori dela-eta, izaera subsidiarioa du ohiturak, eta, soilik legerik ez bada, dagokion balizko kasuari aplikatuko zaio.

Jurisprudentziari dagokionez, doktrina jurisprudentziala aipatzen denean, irizpide errepikatua ematen da aditzera, egoera berdinen aurrean Epaitegi Gorenaren epaietan agertzen dena, hain zuzen. Oro har, jurisprudentziaren garrantzia kontuan hartzen da, baina haren balioarekin batera kontuan hartu beharra dago epaileen eta epaitegien legearekiko esanekotasunaren printzipioa (Kode Zibilaren 1.6 artikulua).

1.3.4. Publizitate Zuzenbidearen iturrien eskema formal

PLOren 1. artikulua Publizitate Zuzenbidearen berehalako iturria aipatzen du hau dioenean: «Lege honetan, baita Lehiaketa Desleialaren Legean eta publizitate-jarduera jakinak erregulatzen dituzten arau berezietan jarritakoaren arabera erregulatuko da publizitatea». Horren ondorioz, Publizitate Zuzenbidearen iturri zehatzen honako eskema formal hau ezar daiteke:

a. PLOn aginduzko izaera duten arauak (Merkataritza Zuzenbidearen eta Zuzenbide Zibilaren aginduzko arauak alde batera utzi gabe).

Artikulua hitzez hitz irakurtzeak hierarkiaren lehenengo mailaren zenbaterainokoa mugatzen du, PLOren aginduzko arauekin soilik ordezkaturik dagoela dioenean. Hala eta guztiz ere, legedia sistema bateratutzat jotzen bada, beharrezkoa da edozein aginduzko publizitate-arau kontuan hartzea, nahiz eta legezko testu horretan ez jaso, eta lege-maila edo legearen balioa duen xedapena ez izan. Hala, adibidez,

kanpoko publizitateari buruzko dekretu baten edukian izan daitekeen aginduzko arau bat eskubide eta betebeharren subjektuen borondate askearen aurretik jarriko da, zeren publizitate-komunikaziorako edozein prozesuk kaltetzen dituen interes orokorrek eskatzen baitute aginduzko izaera duten arauen lehentasuna.

b. Publizitate-subjektuek eginiko itunak eta balio osoko kontratuak.

Publizitatearen legediaren edukian egon daitezkeen agindu-izaera duten arauen ostean, publizitate-subjektuen borondatearen autonomiari onartzen zaion arloan sartuko gara. Kontratu-arloa da interes pribatuak garatzeko eremurik egokiena, eta, ondorioz, borondate pribatuak bere eragina gauza dezan.

c. PLOn xedapen-izaera duten arauak.

Publizitate-subjektuei beren erlazioak erregulatzeko zabaltzen zaien aukerarekin bat, xedapen-izaera duten arauak agertzen dira hirugarren iturri gisa (kontratuan aurreikusita ez daudelako soilik aplikagarriak diren arauak, edo kontratuan aurreikusita datorrena osatzeko aplikagarriak direnak; kontratuak ezarritako erregulazioa kontuan harturik —xedapen-arauenaren aldean ezberdina bada, eta ezberdintasun hori justifikatuta badago—, hark du lehentasuna). Hala, kontratuen legezko erregulazioak, oro har, xedapen-izaera du, aginduzko izaera duten legezko arauak gutxi baitira.

d. Xedapen-izaera duten arau zibilak edo merkataritza-arauak.

Amaitzeko, publizitate-kontratuen arau erregulatzailerak Zuzenbide Komunaren arau orokorrak izango dira. Hau da, publizitate-erregulazio juridikoa urria bada, komunak diren kontratuen erregulaziora jo daiteke besterik ezean, PLOn kalifikatuta dauden berdintsuak badira (lanak eta zerbitzuak alokatzea, funtsean).

1.4. PUBLIZITATEA ETA KONTSUMITZAILEEN BABESA

Azalpenean zehar aipatu da publizitate-jarduera Espainiako Konstituzioan ezarrita dauden bi oinarrizko eskubideren babespean gauzatzen dela: informazio-eskubidea eta enpresa-askatasunerako eskubidea. Informazio-eskubidea³ Konstituzioaren 20. artikuluan finkatu zen, adierazpen-askatasuna zein komunikazio-askatasuna edo benetako informazioa jasotzeko askatasuna bilduz, baina ez gutxiengo baten giza ahalmen gisa, guztien giza eskubide gisa baizik: ikertzeko, informazioa jasotzeko eta hedatzeko eskubide unibertsal gisa.

Adierazpen horren ondorioz pentsa daiteke edonork iker dezakeela errealitatea, hartaz informatu ahal izateko (izatez, hala gertatzen da, adibidez, produktuen test konparatiboan). Bestalde, kontuan izan behar da informazio-eskubidearen objektuak

3. Informazio-eskubidea, lehendabizi, 1948ko Giza Eskubideen Aitorpen Unibertsalean aipatu zen: «Pertsona guztiek iritzi- eta adierazpen-askatasunerako eskubidea dute; eskubide horrek ikertzeko eta informazioa jasotzeko eskubideak hartzen ditu bere baitan» (19. artikulua).

bereziki erresebatuta ez dagoen edozein errealitate hartzen duela bere barnean, baita publizitate-mezuaren edukia eratzen duen errealitate ekonomikoa ere.

Arrazoibide hori publizitate-eremuan aplikatzea ez da hain erraza, honako arrazoi hauengatik bereziki:

1. Iragarleen eta publizitate-agentzien lana gizartearentzako zerbitzutzat jotzea zalantzan jar daitekeelako. Egia da produktu eta zerbitzuei buruz ematen duten informazioak erraztu egiten diola publikoari erabakiak hartzeko prozesua, baina ematen den informazio hori interesatua eta nabarmenki subjektiboa da. Beraz, agian, zerbitzu bat dela esatea baino, egokiagoa litzateke esatea promozio interesatu bat dela.
2. Mezuak pertsona guztiei bideratzen ez zaizkielako, gutxi batzuei baizik. Publikoaren zati zehatz batentzat eratu eta hedatzen dira: erosle izan litezkeenentzat. Horren ondorioz, zaila gertatzen da baieztatzea informazioa jasotzeko subjektu unibertsal bat dagoenik.
3. Mezu informatiboaren beharra publizitate-mezuaren beharra baino askoz ere argiagoa delako. Legebiltzarrean gertatutako kronika bat irakurtzea lagungarria izan daiteke erabaki politikoak hartzeko (botoa nori eman erabakitzea, adibidez), edo nazioarteko krisialdi baten albisteak erabaki ekonomikoak eragin ditzake. Horregatik hartzen da eskubide unibertsaltzat informazio-eskubidea. Baina, eman al dakieke merkataritza-mezu subjektibo, interesatu eta partzialei (publizitateak informazioaren alde negatiboak ezkututzen dituelako beti) mezu informatiboei ematen zaien lege-babes bera?

Beste informazio mota baten aurrean (kazetaritza, harreman publikoen aurrean, adibidez), publizitatea beti komunikazio ordaindua izateak (horrela adierazten dute legezko testuek) argi erakusten du publizitatearen eta komunikazio-kolektiboen bestelako formen artean nolabaiteko aldea badagoela.

Abiapuntu modura, publizitatearen subjektu hartzaileez mintzatzen da Publizitate Zuzenbidea, «kontsumitzaile eta erabiltzaile» izango balira bezala, eta ikuspuntua aldatzea dakar horrek: publizitate-hartzailea babestea da helburua, baina ez informazio-hartzaile gisa soilik (mezu komertzialen egiazkotasuna bermatzea), baizik eta erosteko erabakiak hartzeko jasotzen duen informazio horretan oinarrituta. Beraz, informazioaren hartzailearen eskubideen ikuspuntu juridikoa, publizitatearen kasu zehatzean, plano bikoitz honetan antolatzen da:

a. Publizitate-informazioaren hartzailearen babesa.

Zentzu honetan, irtenbide bat aurki dezakete arazo gehienek edo, informazio-eskubidearen eremuan gutxienez, oinarriren bat irtenbidea aurkitzeko. Eredu horretan sar daitezke, besteak beste: produktuaren informazio benetakoa eta esentziala jasotzeko eskubidea (albisteei egiazkotasuna eta zuzentasuna eskatzen zaien bezala); eskatu gabeko eta berezi gabeko publizitatearen objektu ez izateko

eskubidea (Interneten erabiltzen den «spam» teknikarekin gertatzen den bezala); publizitatea eta informazioa banantzeko eskubidea (prentsan informazioa eta iritzia banantzea eskatzen den bezala); hedatzen diren mezuen aurrean haur eta gazteen babes bereziko eskubidea, eta abar.

b. Kontsumitzailearen babesa, iragartzen den produktua erosterakoan.

Alor honetan, bide juridiko batzuen bitartez bidera daiteke babesa, adibidez, bide zibila eta administratiboa erabiliz. Bide zibilari dagokionez, eremu pribatuan, betebeharrak eta kontratuen instituzio propioen bitartez adierazten zaigu irtenbidea, bereziki kontratuak betetzeari dagokionez (publizitate-mezuen edukia publikoaren eta eskaintzailearen artean gauzatzen den kontratuaren partetzat hartuz, 2007ko Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorraren Testu Bategineko 61.2 artikuluan adierazten den bezala). Ikuspegi administratiboak kontsumitzailearen interesen alde estatuak eginikoak hartzen ditu bere barnean: prezioak zaintzea, eskaintako produktuan edo ondasunean akatsik eza bermatzea, produktuak izan ditzakeen efektu kaltegarri edo sekundarioei buruz informatzea, eta abar.

Kontsumitzailearen babesaren politikak behin betiko bultzada jaso zuen J. F. Kennedy presidentek 1962an AEBko herritarrei emandako mezuarekin, baieztatu baitzuen kontsumitzaileok talde ekonomiko garrantzitsuena garela. Mezu hartan, jada, kontsumitzailearen oinarritzko lau eskubideak aipatu ziren: segurtasuna, informazioa, hautaketa askea eta entzunak izatea xedapenak lantzerakoan. Hirurogeiko hamarkadan zehar, eta bereziki 1973ko Kontsumitzailearen Babeserako Kartaren ostean, aipaturiko printzipioak garatu zituzten europar estatu batzuek; beraz, politika horren hasierako garaia izan zen Batasunaren esparruan. Espainiako zuzenbidean, 1978ko Konstituzioan finkatu zen kontsumitzaileen babesaren politika, 51. artikuluen bidez kontsumitzailearen oinarritzko eskubideak jasotzen baitira. Ondoren, 1984ko Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorrarekin, lege-garapena izango zuten eskubide horiek (egun, dagoeneko aipatu den 1/2007 Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorraren eta Bestelako Osagarritzko Legeen Testu Bateginaren Onarpenerako Legegintzako Errege Dekretua, azaroaren 16koa).

Oro har, kontsumitzaile eta erabiltzailearen eskubideei dagokionez, Konstituzioak jarraituriko lau lerro nagusi aipa ditzakegu:

1. Osasuna eta segurtasuna kaltetzen dituzten arriskuen kontrako babesa: produktuen kalitate eta iraungipenaren kontrola, baimendu gabe dauden gehigarrien debekua, manufaktura-ekoizpena zaintzeko betebeharra, eta abar. Osasunaren eta segurtasunaren babesa aipaturiko 2007ko Kontsumitzailearen Lege Orokorraren Testu Bategineko 11. artikulutik 16. artikulura bitartean arautzen da.

2. Produktu eta zerbitzuei buruzko informazio zuzen, egiazko eta funtsezkoa. Publizitateari eta kontsumoari buruzko legedia elkartzeko puntu nagusia da, eta, handik, beste hiru arauzko alderdi ateratzen dira:
 - a. Publizitatearen bitartez ematen den informazioak eskaintzailea lotzen duela eta kontratuaren zatitzat hartu behar dela onartu.
 - b. Sustapenekin egiten den publizitatea (lehiaketak, beherapenak, sariak, eta abar) edo aditu zein aholkularien lekukotasuna erabiltzen duen publizitatea arautu (Espainiako legediak ez du puntu hori jasotzen).
 - c. Kontsumorako eta produktu eta zerbitzuen erabilera egokirako eredu osasungarrietan kontsumitzaileak hezi.
3. Kontsumitzaileen eta erabiltzaileen legezko interes ekonomikoen babesa; bereziki, kontratuetan abusuzko klausulak sartzearen aurka babes juridikoa ematea.
4. Asoziazionismoa bultzatu, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen babes handiagoa bermatzeko bide gisa (Kontsumitzaileen Lege Orokorraren Testu Bategineko 22. artikulutik 24. artikulura bitartean). Esparru horretan, alderdi berri eta aipagarri bat aurkitzen dugu Espainiako legedian: kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteei entzuteko betebeharra horiei zuzenean kaltetzen dieten gaietan xedapenak lantzeko momentuan (Kontsumitzaileen Lege Orokorraren Testu Bategineko 22. artikulua eta PLOren 5.2 artikulua *in fine*).

2. Publizitatearen kontzeptua

2.1. AZALPENA: GAIAREN INTERESA

Publizitatearen kontzeptuaren gainean ondoren egingo dugun azterketa erabat justifikatuta dago, publizitate-komunikazioaren eremuan —gure lanaren eremu objektiboa den heinean— gertatutako eraldaketa batzuk kontuan hartzen baditugu.

1. Alde batetik, publizitate-mezua dagoeneko ez da identifikatzen soilik inprimatua edo ikus-entzunezkoa den mezu konbentzionalarekin. Telebistan, prentsan edo publizitate-paneletan agertzen den iragarkiaz gain, iragarleak baditu hainbat baliabide bere produktuak, ondasunak edo zerbitzuak sustatzeko. Hedabideak alde batera utzita, aipa ditzakegu, besteak beste, salmentaguneetan egiten den publizitatea, eskuzko publizitatea, etxez etxeko publizitate-banaketa, ibilgailuak erabiliz egiten den publizitatea, ahozko publizitatea, eta abar. Halaber, betiko hedabideetan agertu diren sustapen forma berrien erabilera ere hartu behar da kontuan: adibidez, publizitate-babesletza, «harreman publikoak» deritzan enpresa-sustapenaren barnean sartzen dena, pertsonen arteko izaera duten mezuen sailaren barnean, alegia.

Publizitate-babesletzan, publizitate tradizionallean ez bezala, zeharkako moduan bideratzen da komunikazioa eta, mezuaren gainean egin daitekeen kontrola modu tradizionallean egiten dena baino ahulagoa da. Hala, ospea lortzean eta enpresaren eta haren zerbitzuen irudia hobetzean datza babesletzaren helburua (Vidal, 1998: 235). Telebistaz emandako programen babesletzak tratamendu berezia merezi behar luke, zeren eta, bere zilegitasunerako, 22/1999 Telebistaren Legearen 15.1 artikuluan jasotzen diren baldintzak bete behar baititu. Baldintza horien artean bereziki nabarmentzen da hirugarren alderdi bat edo babeslearen produktu edo zerbitzuen kontratazioa bultzatzearen debekua, bereziki, produktu edo zerbitzu horiei bideratuta dauden sustapen zehatzen erreferentziaren bitartez; halaber, telebistako publizitateaz ari garela, sartutako berrikuntzen artean, aipagarria da telebista bitartez egindako salmenta. Horren ezaugarria hau da: telebistaz hedatzea publikoari egiten zaizkion eskaintza zuzenak, ondasunez hornitzeko edo zerbitzuak kontratatzeko, ordainketa baten truke⁴. Zentzu hertsian, telebistaz eginiko salmenta ez da publizitatea. Hala eta guztiz ere, publizitateak bezala, ondasunak eta zerbitzuak sustatzen ditu, konbentzitzeko elementuak barne. Beraz, esan daiteke, zeharka, telebistaren bitartez

4. 1999ko Telebistaren Legearen 3. artikulua, h) atala.

eginiko publizitate-jarduera bat dela. Horregatik, publizitateari dagozkion erregela berak aplikatzen dizkio telebistaren erregulazioak telebistaz eginiko salmentari⁵.

«Contexta» delako mezu-sistema ere indartsu sartu da. Ikuslearekiko komunikazio elkarreragilea (interaktiboa) ezartzeko helburua du eta publizitatearekin antz handia, helburuari zein konbentzitzeko moduei dagokienez. Eta, azkenik, ezin dira ahaztu publizitate tradizionalerako erabiltzen diren hedabide berriak: Internet, bereziki, baita publizitate elkarreragilea ere.

2. Bestetik, publizitatearen eta informazioaren artean gero eta ugariagoak diren mezu hibridoek —mezu horiek identifikatu eta sailkatzeko unean— nolabaiteko nahasmena eragin dute. Publizitatearen eta informazioaren arteko integrazio hori nolabait estaltzea lortzen duten mezuei buruz ari gara; esaterako, publi-erreportajea, informazio-izaera publizitarioa duen komunikaziotzat jotzen dena. Erosteke dei zuzena baztertu, eta produktuekin edo zerbitzuekin erlazionatuta dauden era guztietako berriak biltzen ditu, hala nola fabrikazioa, kalitate-kontrola, horniketa, eta abar. Nahiz eta haren aurkezpenak eta garapenak informazio-itxura izan, helburu ekonomikoa du publi-erreportajeak, ondasunak eta zerbitzuak sustatzea lortu nahi duelako. Publizitatea da publi-erreportajea eta, beraz, hartzaileak horrela identifikatu behar du, informazio objektiboarekin nahasi gabe. Gauza bera gertatzen da telebistaz egiten diren promozioekin: telebistako iragarkietatik ezberdintzen den publizitate forma gisa, eta emankizunaren ezaugarriak kontuan hartuta, ikuslearengan nahasketa sor daiteke, promozioen izaera informatzailea dela pentsaraz baitezakete.

Aipatutako bi kasu horietan, publizitatea dela adierazten duen gardenki bat gainezarri beharko da, iraunkorra, irakurgarria eta era argian. Publizitateak betidanik hartu du bere gain mezuak publizitatekoak direla argi antzeman behar dela; hau da, publizitatea den bezala aurkeztu eta komunikabide batean aurkitzen ditugun gainerako edukietatik ezberdindu beharko dela: albisteetatik, erreportajeetatik, aisialditik, eta abar. Produktuen promozioa modu argian ezberdindu behar da informazio- eta aisialdi-uneetatik —ustez objektiboak eta desinteresatuak—, subjektiboa eta interesatua baita. Hala, baieztatu daiteke, konbentzitzea ez dela, zentzu hertsian, informazio-testuinguru batean bakarrik lortzen, beste mota askotako testuinguruetan konbentzitzea posible baita; gainera, publikoaren zati batentzat askoz ere konbentzigarriagoak izan daitezkeen testuinguruetan⁶.

Azkenik, beste merkataritza-praktika batek izan duen gorakada aipatu beharra dago: gaur egungo publizitate-jardueran agertu den *product placement* deritzan hori. Zinema- edo telebista-lanetan produktu edo zerbitzu komertzialak sartzean datza praktika horren ezaugarri nagusia, nolabaiteko ordainketaren truke edo ikus-

5. 1999ko Telebistaren Legearen III. kapituluak «Telebistan egindako publizitatearena, telebistaz egindako salmentarena eta telebistako babesletzarena» deitzen da.

6. Nahikoa da askotariko emanaldi batzuek duten hedapen itzela aintzat hartzea; batez ere, kontuan izanda horien aurkezleak, dokumental edo albistegi baten aurkezlea bezain sinesgarriak izan daitezkeela.

entzunezko lan horiek sustatzen laguntzearen truke. Publizitatearekin ez bezala, programazio kuttunena moztzen duena, merkataritza-komunikazioaren teknika berri horrek telesail edo filmen erdian iragarpena sartzeari baimentzen du; hala, iragarlearen integrazioa erabatekoa izango da. Alabaina, susmo txar eta kritikek inguratu dute produktuak emankizunetan kokatzearen praktika hori. Merkataritza-eremuan dituen inplikazioengatik, eta, legedi zehatz baten faltan, publizitateari buruzko lege orokorrak eta telebista-emankizunen eremua arautzen duten telebistaren legeek ezarriko dute publizitate forma horren baliozkotasuna edo baliorik eza.

3. Gaur egun, publizitatea ez da egiten saltzeko bakarrik, baizik eta markaren irudi zehatz bat agerrarazteko, klise zehatz bat suntsitzeko edo publiko kontsumitzailearekiko sintonia berezi bat sortzeko. Hor, publizitate korporatiboaren espektro zabal guztia sartzen da, kontuan izanda publizitate horretan mezuaren helburua enpresak merkaturan duen jokabide zabalaren barne dagoela, salmentak gehitzeko helburu hutsera murriztu gabe.

4. Nahiz eta publizitatea betidanik fenomeno guztiz komertzializat jo izan den, gaur egun, badira publizitate-agerraldiak helburu komertzialik ez dutenak, ezta forma zeharkakoan ere, zeren kontratuzko harremanak sustatzeko helburuaren gainetik alderdi komunikatibo hutsa ezartzen baita. Hala, maiz gertatzen da alderdi politikoek eta ministerio-sailek publizitatean gastu ugari egitea. Horrek haxe dakar: aparteko tamainako publizitate-jarduerak garatzea, publizitate-izaera ukaezinezkoa dutenak ikuspegi profesional eta komunikatibotik (De la Cuesta, 2002: 35-36)⁷. Hala eta guztiz ere, aurrerago ikusiko dugun bezala, oinarritzko bereizketa nabarmentzen da publizitate-kontzeptuaren eta horren barnean sartzen ez diren publizitate-jardueren artean, publizitate-bidearekin edo moduarekin zerikusirik ez duena, baizik eta publizitate-komunikazioak duen mezuaren helburuari dagokiona.

2.2. MERKATARITZA KOMUNIKAZIOA: KONTZEPTU JURIDIKOA

Gure Zuzenbidean, indargabetutako Publizitatearen Estatutua izan zen publizitatearen kontzeptu juridiko bat ezarri zuen lehendabiziko legezko testua; 2. artikuluan, honela definitzen zuen publizitatea: «Produktu, zerbitzu edo pertsona jakin batengana hedabideen edo publikoaren arreta gidatuz zerbitzu, pertsona edo produktu horien kontratazioa modu berehalakoan sustatzeko helburua duen hedapen oro»⁸.

Bestalde, Europako Kontseiluaren 1984ko Engainuzko Publizitatearen Zuzentarauak ere, irailaren 10ekoak (Europako Kontseiluaren 55/97 Publizitate Konparatiboa Sartzeko Helburuarekin Emandako Zuzentarauak aldatua dena),

7. Publizitate-mezutik eta hedabideetatik harago, betidanik publizitate-eragileak izan diren komunikazio moduetan zabaltzen da publizitatearen kontzeptua.

8. Publizitateaz gain, benetakotasunaren printzipioaren aplikazioa arautzeko eman zen 2198/1976 Errege Dekretuaren 1. artikuluan jasoriko «publizitate-informazioa»ren kontzeptuarekin osatu zen kontzeptu hori. PLOk indargabetu zuen dekretu hori.

publizitatearen definizioa ematen du bere 2. artikuluan. Honako hau dio: «Zerbitzuen prestazioa edo ondasunen horniketa sustatzeko helburuarekin industria- edo komertzio- edo artisau-jarduera edo jarduera liberal baten inguruan egindako komunikazio forma oro».

Estatutuan agertzen zen publizitatearen legeko kontzeptua erkidegoko zuzentarauan jasotako kontzeptua ez bezalakoa da, zeren, publizitate-mezuaren xedearen alderdia aipatzen bazuen ere, ez baitzen publizitatearen elementu subjektiboa aipatzen; iragarleak beharrezko zuen baldintza bat, alegia.

PLOn, 1984ko irailaren 10eko zuzentarauan dagoen publizitatearen definizioa berragertzen da ia hitzez hitz⁹. Hala, legeak hauxe dio bere 2. artikuluan: «Lege honen eraginpean, publizitatetzat joko da pertsona fisiko zein juridiko, publiko zein pribatu batek gauzatzen duen komunikazio forma oro, modu zuzenean ala zeharkakoan; zerbitzuen edo ondasun higigarri edo higiezinen kontratazioa sustatzeko helburuarekin, industria-, merkataritza-, lanbide- edo artisau-jarduera batean ari dela».

Garrantzitsua da, halaber, 22/1999 Legea, ekainaren 7koa, uztailaren 12ko 25/1994 Legea aldatzen duena, eta Mugaz Gaiindiko Telebistaren 555/89 Zuzentaraua espainiar legedira egokitzen duena —estatu kideen irrati-telebistaren hedapenaren hainbat lege, erregelamendu eta arau administratiboren koordinazioari buruzko zuzentaraua (Mugaz Gaiindiko Telebistaren Legea)—. Lege horrek, bere aplikazio-eremua mugatzeko asmoz, honako hau jotzen du telebistaz egindako publizitatetzat 3.1.b artikuluan: zerbitzuen edo ondasun higigarri edo higiezinen kontratazioa sustatzeko helburuarekin, profesio liberal bati, edo industria-, merkataritza- edo artisau-jarduera bati dagokiona, pertsona fisiko zein juridiko, publiko zein pribatu baten aginduz egindakoa, edozein izaeratako ordainketaren truke; eta mezuaren itxura ere edozein izan daiteke.

Azkenik, aipatzekoa da 34/2002 Informazio Gizartearen Zerbitzuen eta Merkataritza Elektronikoen Legea, uztailaren 11koa (Europako Kontseiluaren 31/2000 Zuzentaraua espainiar ordenamendu juridikoan egokitzen duena), aurreko arauekin bat datorrelako kontratazioaren sustapenari buruzko irizpidea erabiltzeaz diharduen garrantzizko puntuan. Hala, «merkataritza-komunikazio»tzat jotzen da lanbide-, industria-, merkataritza- edo artisau-jarduera bat egiten duen pertsona, erakunde edo enpresa sustatzeko zuzenduta dagoen komunikazio forma oro.

Hala, honako hauexek dira indarrean dauden legeko definizioetan publizitatea ezaugarritzeko erabilitako irizpideak:

- a. Edozein komunikazio forma, komunikabideen edo publikoaren arreta bideratzeko edozein hedatze, eta edozein mezu-itxura.

9. Aldaketa bakarra eranskin bat izango litzateke «publikoa edo pribatua» dioena, eta hitz baten aldaketa: «aritzean» (lehenago «eremuan» zena).

- b. Pertsona fisikoek edo juridikoek, pribatuek edo publikoek, enpresa pribatuek edo publikoek egina.
- c. Lanbide-, industria-, merkataritza- edo artisau-jarduera batean aritzea.
- d. Modu zuzenean edo zeharkakoan kontratazioa sustatzeko helburua izatea.
- e. Ordainketa baten truke.
- f. Eskubideen, betebeharren, zerbitzuen eta ondasun higigarri edo higiezinen kontratazioa.

Publizitatearen ezaugarri horiek subjektu batek gauzatutako komunikazio bati dagozkio, zeinak mota guztietako ondasun edo zerbitzuen kontratazioa sustatzeko helburua baitu, enpresa- edo lanbide-jarduera batean aritzen denean.

Dena den, modu zehatzean aurkeztutako kontzeptu horrek xehetasun batzuk behar ditu:

a) PLOren 2. artikuluan, komunikazio forma orotzat definitzen da publizitatea. Hain zuzen, komunikazio kolektibo bat da publizitatea, emailearen (iragarlea) eta publikoaren (De la Cuesta, 2002: 27) artean komunikazio-harreman bat eragiten duena eta horretarako mezu bat behar duena. Hala, enpresaburu edo profesional eskaintzailea eta bezeroak izan litezkeenak lotzeko zubi nagusi bihurtzen da publizitatea, eta publiko hartzailearekiko distantzia-harremanen egoera sortzen da. Mezuaren hedapenari esker da posible hori guztia, eta edozein komunikabide kolektiboren bitartez lor daiteke; bai publizitate-izaera duten hedabideen bitartez (adibidez, kanpoko publizitatea, postaz egindakoa, publizitate zuzena, eta abar) bai izaera hori behin-behinekoa soilik dutenen bitartez. Azken horien artean, gizarte-komunikabideak daude.

Publizitateak, nolabait, kontsumitzailearen ongizateari laguntzen dio, informazioa ematen baitu; ziurgabetasuna murrizten du eta erabaki-prozesuaren kalitatea hobetzen du, hautaketa errazten du, lehia sustatzen du eta kontsumitzaileak asetzen laguntzen du (Baró i Balbé, 1997: 25). Halaber, doktrina ekonomikoaren alderdi baten ustez, publizitatea, beste ororen gainetik, informazio forma bat da, merkatuaren ikuspegitik zalantzarik gabeko ondorioak sortzen dituen: lehiarako mesedegarria da, prezioak murrizten ditu, produktuen ezaugarriei buruzko informazioa ematen die kontsumitzaileei, eta, halaber, marka berriak sartzeko, mesedegarria da. Publikoak errazago aldera ditzake biltzen diren eskaintzak, eta egoera horrek lehiakideen arteko konpetentzia handitzea dakar; lehiakorrak diren enpresak mantentzen dira, eta eraginkortasun gutxikoak, berriz, merkatutik aterako dira. Kontsumitzaileek — hobeki eta informatuago daude — prezioak murriztera eta kalitatea hobetzera behartzen dituzte enpresak (Madrenas i Boadas, 1990: 64-65).

Talde-komunikazioaz dihardugularik, garrantzi handiko gizarte-fenomeno bat den heinean, honako honek axola du: genero horren barnean bereiztea zer duen

berezizat publizitate-komunikazioak, komunikazioa, berezko eremu duen adar juridiko gisa, Informazio Zuzenbidetik bereizitako sektore juridikotzat jo dadin. Publizitateak nahitaezko izaera nabaria duenez —objektiboki konbentzigarria baita—, informazio-komunikazioaren profesionalei —hau da, kazetariei, oro har— dagokien eginkizunetik bereiz daiteke. Gertakizunak eta iritziak komunikatzen dituzte horiek, baina ez publizitate-edukiak. Funtsean, ondasunen eta zerbitzuen salmentara lerratzen garelarik, izaera komertziala duen berezko osagarri bat du publizitateak. Publizitatean aritzea (prestazioen eskaera gehitzeko edo sustatzeko eta prestazio horiek ezagutarazteko asmoarekin), produktuen eta zerbitzuen eskaintzaileek erabiltzen duten merkatuaren eremuan koka daiteke bakarrik¹⁰.

b) PLOren 2. artikulua jasotzen duen publizitatearen definizioan ikus daitekeenez, badirudi informazio-funtzioa alde batera uzten dela, eta helburu konbentzigarria eta sustatzailea nagusitzen direla publizitate horren hartzaileak iragarle-igorleak eskaintako ondasun eta zerbitzuak kontrata ditzan. Ikuspegi juridikoa aintzat hartuta, publizitate-egintzak ezagunagoak dira beren merkataritza-helburuagatik, daukaten komunikazio-egituragatik baino (De la Cuesta, 1985: 147). Publizitatea ez da prentsaz, irratiz edo telebistaz emandako ohiko iragarkietara bakarrik mugatzen, publikoari merkataritza-eskaintza bat helarazteko edozein forma onartzen baitu. Eta, hala, egunero jasotzen ditugun publizitate-eraginak askotarikoak eta ia saihestezinak dira: denda edo autobus-geltoki batean jarritako kartel bat, gure postontzian aurkitzen dugun produktu-katalogo bat, posta elektronikoan edo gure sakeleko telefonoan jasotako mezu bat.

c) Azkenik, PLOk bere erregulaziotik kanpo uzten du partikularrek egindako publizitatea, hau da, profesionalak ez direnena, eta soilik aztertzen du profesionalak eta enpresaburuek egindako publizitatea —berezko jarduerarako mesedegarria denean—. Baztertze horrek bidegabea dirudi, partikularrek ere kontrata baititzakete iragarkiak zilegi ez diren negozio-egintzak egiteko, eta legearen menpe ez daudenez, ez dituzte publizitate-adierazpen ez-zilegien aurka borrokatzeko legeak ezartzen dituen defentsa-bideak jasan beharko; hala, publizitatearen hartzaileengan babes eza sortzen da (Pino, 1992: 27-28). PLOk produktu eta zerbitzuen merkaturatze-prozesuan parte hartzen duten alderdiak ditu soilik kontuan, hau da, enpresaburu, artisau edo profesional gisa merkataritza-eremuan eragina duten alderdiak.

Prozesu horretan iragarle gisa ager daitekeen subjektu profesionalari dagokionez, publizitatea sekulako tresna izan daiteke haren zerbitzu profesionalen erabilgarritasuna iragartzeko. Hala eta guztiz ere, publizitate profesionalaren eragina positiboa bada ere, lanbide-elkargoek jarrera debekatzaila izan dute beti publizitate-jardueraren aurrean. Testuinguru horretan, 16/1989 Lehiaketaren Defentsarako Legean aurreikusitako lehiaketa-askatasunaren erregimen orokorra aplikatzeak publizitatearen gaian planteamendu kolegiatuak berrikustea ekarri zuen, merkaturako lehiaketa-tresna nagusietariko bat baita publizitatea.

10. Ikus Pérez, 2001: 251.

Lehiaketaren Defentsarako Auzitegiaren ustez, mota horretako arauak hartzeak, goian aipatutako legearen arabera, lehiaketa murriztea dakar. Hain zuzen ere, 2000ko otsailaren 5eko ebazpenean¹¹ hau aztertu zen: Espainiako Estomatologo eta Odontologoen Kontseilu Orokorrak eta Kordobako Odontologoen Elkarteak egindako hortz-kliniketako eta elkarteetako kideen publizitate-jardueraren erregulazioa. Azken hori zigortu zen, telefono-aurkibidearen orrialdeetan publizitatea mugatzen zuten arau batzuk egiteagatik. Halaber, 7/1997 Lanbide Elkargoetan eta Lurzoruaren Gaietan Neurri Liberalizatzaileak Ezartzeko Legeak, apirilaren 14koak, adierazten zuen Lehiaketaren Defentsarako Legea eta Lehiaketa Desleialaren Legea ezarri behar zitzaizkiela lanbide-elkargoei eta beren kideei, baina profesional liberelei dagokien PLOren aplikazioaz ez zuen inolako aipamenik egiten.

2.3. MERKATARITZA KOMUNIKAZIOAREN EZAUGARRIAK

1. Publizitatea eta informazio-askatasuna

Publizitatearen mezua, printzipioz, publiko hartzailearentzat interesgarriak diren egintzei dagokie, publiko horren jokabidearen aldaketa bat edo dagoeneko duenaren berreste bat espero delako. Publizitate-mezuaren ezaugarritze horretatik, bi efektu garrantzitsu ondoriozta daitezke: lehenengoa, publizitatea informazio-komunikazioa dela, haren helburua gaurkotasun-informazioa igortzea baita. Honako hau da bigarren ondorioa: publizitatea informazioa denez, oinarrian, izaera konbentzigarria ere badu.

Publizitateak badu informazio-dimentsio bat, zeren dauden eskaintzak aditzera eman eta bezero kopuru handiena lortzeko helburua baitu. Hala, kontsumigarriak diren produktuei eta erabilgarriak diren zerbitzuei buruzko informazioa zabaltzen diete kontsumitzaileei enpresaburuek eta profesionalek; ondorioz, eskaera bereganatzeko lehia bizia sortzen da. Kontuan hartu behar da eskaintzen den produktu edo zerbitzuaren prezioa dela informazioaren helburu funtsezkoena, kontsumitzaileek edo erabiltzaileek elementu horretan arreta berezia jartzen dutelako kontratazioa egiterakoan. Baina, prezioa lehendabiziko informazioa bada ere, eta hasieran erakargarria, produktuen eta zerbitzuen ezaugarri eta nolakotasunak, beren osagaiak, kalitatea, erabiltzeko sistema eta gainerako beste elementu asko ere oso garrantzitsuak dira, datu horiekin guztiekin bereganatutakoaren gehienezko onura lortzea posible egiten baita¹².

Iragarritako produktu edo zerbitzuen ezaugarrien informazio-bide gisa jokatzen du publizitate-mezuak. Publizitate-jardueraren barnean «informazio-izaera» dagoenez, honako galdera hau sor daiteke: ea hedatzen den edozein mezurentzat babes

11. Marcos, F. (2001): "La Publicidad de los Dentistas. Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 5 de octubre de 2002", *Revista de Derecho Mercantil*, **240**, apirila-ekaina.

12. Ikus Moreno-Luque Casariego, 1991: 1.177. or. eta hurrengoak.

konstituzionalik ba ote dagoen ala ez. Konstituzioaren 20. artikulua informazio-eskubidea jasotzen du, iritzia, ideia eta pentsamenduak adierazteko askatasuna (20.1.a artikulua) zein benetako informazioa jasotzeko edo komunikatzeko askatasunaren babesa barne (20.1.d artikulua).

Espainian, Auzitegi Gorenak zein Auzitegi Konstituzionalak diote Konstituzioaren 20. artikulua ez duela balio merkataritza-publizitaterako¹³. Hala, 1988ko irailaren 23ko epaia (JR, 1988/7252), Auzitegi Gorenak haxe baieztatzen du: «Publizitateak, bezeroen erakartze-bide moduan, ez dakar Espainiako Konstituzioaren 20. artikuluan oinarritzko eskubide gisa jasota datorren jardura batean aritzea, ez baita pentsamendu baten, ideien edo iritzien adierazpena soilik gauzatzen, hitzaren bitartez, idatziz edo beste edozein erreprodukzio-bideren bitartez; aldiz, jardura profesional bat gauzatzen da etekin material bat lortzeko asmoarekin». Epaia horren aurka, helegitea jarri zen Auzitegi Konstituzionalaren aurrean, eta auzitegi horrek erabaki zuen publizitate-jardueraren ezaugarri garrantzitsuena den helburuak berak —hedatzeko edozein bideren bitartez— desberdintasun sakona duela egiazko informazioa askatasunarekin komunikatzeko eskubidearekin. Izan ere, —nahiz eta komunikazio forma bat izan— badu zerikusia —era zuzenean edo zeharkakoan— kontratazioa sustatzeko helburua duen lanbide-, industria-, merkataritza- edo artisau-jardura batean aritzearekin, PLOren 2. artikulua dioen bezalaxe. Beraz, publizitatea ez litzateke izango Konstituzioaren 20.1.d. artikuluan jasotzen den oinarritzko eskubidearen adierazpena. Publizitatearen azken helburu bera da, aipaturiko oinarritzko eskubidearen babesaren eremua aintzat hartuta, jardura hori baztertzeko duena¹⁴.

Edozein kasutan, eskubide edo askatasun orori esparru zehatza ezartzen dieten zenbait legeko mugaz gain, berezko konstituzio-esparruaren barnean, argi dago merkataritza-informazioa zenbait filtro juridiko, sozial, estetiko eta etikoren menpe dagoela. Azken zentzu horretan, Espainian, konponbide judiziala saihestu nahi izan dute publizistek, iragarleek eta hedabideek berek arretazko zenbait prozeduraren bitartez, eta horretarako kode etikoak eta autokontrol-organo bat sortu dituzte. Dena den, lege arruntek dakarten mugarekin aurrez aurre topo egiten du publizitate-jarduerak, baina batez ere kontsumitzaileen zuzenbide berriarekin. 26/1984 Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorrak, publizitatearen norainokoari eta kontrolaren eremuari buruzkoak, berrikuntza garrantzitsuak ekarri zituen. Hasteko, bere edukien ondorioz erantzukizunik edo betetze-bermerik eskatzen ez zuen informazio sinple bat zela zioen ideia —hau da, kalterik egiten ez zuen informazioa zela uste zuen ikuskera zahar hura— aldatu egiten zuen. Hala, alde batetik, kontrolpean eta aratuak egon behar duten elementuen artean, publizitatea aipatzen du aipaturiko lege horrek kontsumitzaileen eta erabiltzaileen

13. Esandakoaren kontra, begiratu 1991ko, Zamorako Entzutegi Probintzialaren Epaia, uztailaren 29koa, Zuzenbide Aldizkari Orokorrean aztertua, 576. zenbakia, 1992, 8.418. or. eta hurrengoak.

14. Ikus Tato, 1994c: 988-1.000.

interesen babes eraginkorrerako (4.1.e eta 8.1 artikuluetan) eta, bestetik, informazio-eskubideari dagokionez—kontsumitzaileen eta erabiltzaileen oinarrizkoenatariko bat (Kontsumitzaileen lege horren 2.1.d artikulua eta Konstituzioren 51.2 artikulua)—, publizitatean agertzen diren produktu eta zerbitzuen datuak eta inguruabarrak aipatzen ditu (osagaiak, helburua, kalitatea, prezioa, eta abar.) (13.1.a, c eta d artikulua). Egun dugun PLOren aurretik jatorrizko PLO indargabetutako Publizitate Estatututik aldentzen da, eta produktu, jarduera edo zerbitzuen oinarrizko datuak ez aipatzeagatik datorren engainuzko publizitatea debekatu egiten du, isilpean gordetze horrek, hain zuzen ere, hartzaileak nahastera daramatzanean (jatorrizko PLOren 4. artikulua bigarren paragrafoan). Hala, nahikoa, eraginkorra eta benetakoa den informazioa era objektiboan eta ziurrean emateko obligazio positiboa ezartzen da publizitatean. Lehendabiziko ikasgaian adierazi da Publizitate Zuzenbideak arautzen duela publizitatea, eta publizitatea egiteko eskubidea noraino zabaltzen den erabakitzen duen arloa mugatzera bideratuta dagoela araudi horren zati garrantzitsu bat, zeren eta publizitateak, alde batetik, gizartearen edozein komunikaziok bezala, zuzenbideak babestu behar dituen ondasunak arriskuan jar baititzake. Hain zuzen ere, diziiplina juridiko baten menpe egon behar duen arrisku-jarduera gisa agertzen da publizitatea (De la Cuesta, 2002: 1177).

Espainiako Auzitegien balioespen hori —hau da, informazio-askatasuna ezin dela berdintasunean aipatu, publizitate erakargarria eta informazioa edo iritziak ematea funtsean gauza ezberdinak baitira— Giza Eskubideen Europako Auzitegiak duen jarrerarekin kontraesanean dago erabakiei dagokienez. Europako Auzitegi horrek modu berean zabaldu dio kazetaritza-informazioari zein publizitateari Espainiako Konstituzioren 20. artikulua babesa. Ondorioz, informazio- eta adierazpen-askatasunaren barnean dagoen arlo bat izango da publizitatea; hortaz, gaur egungo kazetaritza-informazioan eragina duten mugek, bermeek eta babes berberak izango dute eragina publizitatean ere.

Europako Auzitegiak, jardunean dirauenetik, adierazpen-askatasunaren mugen teoria eratu du, Giza Eskubideei buruzko Europako Hitzarmen berak ezartzen dituenekin bat etorritik. Eremu horretan, aipaturiko hitzarmen horren 10.1 artikulua adierazten du «pertsona orok adierazpen-askatasunaren eskubidea duela». Artikulu hori merkataritza-informazioari aplikatzeari dagokionez, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak publizitate- edo merkataritza-informazioak sartzen ditu informazio- eta adierazpen-askatasunaren barnean¹⁵.

Testuinguru horretan komeni da gogoratzea Estrasburgoko Auzitegiaren aurrean herritar espainiar baten auzi-eskea izan zela. Hain zuzen ere, era berean, Espainiako Konstituzioren 20. artikulua publizitate-sorkuntzaren askatasuna babesten duela berresten zuen demanda hark. *Casado Cocaren* kasuaz ari gara¹⁶. Aurrekari bat zegoen, Barthold albaitariarena. Kasu horretan, arazoa zen ezartzea

15. Ikus Freixes, 1996: 51.

16. Ikus Tato, 1994c: 993; Saraza, 1995: 189-197.

ea adierazpen-askatasunaren eragina publizitate-adierazpenetara zabaltzen zen ala ez, tartean merkataritza-helburua —eta, ondorioz, irabazizkoa— dagoenean. Auzitegiaren ustez, aipaturiko al baitariak kazetari bati egindako adierazpenen ondorio komertziala edo irabazizkoa ez zen funtsezkoa, edozein kasutan Hitzarmenaren 10. artikulua babesten zituela pentsatzen baitzen.

Auzitegi horren ondorengo epaiek zehaztu dute zergatik babestu behar den merkataritza-informazioa, abokatu kataluniarraren (Casado Cocaren) kasua barne. Gai horretan, zehaztu beharra dago elkarteen arauen edo izaera deontologikoa duten arau batzuen aurrean adierazpen-askatasunaren norainokoa zehaztea dela helburua publizitate-sorkuntza bera baino gehiago publizitarioa edo komertziala den helburu batekin ari garelarik, aipaturiko abokatuaren bulegoaren promozioan bezala.

Giza Eskubideen Europako Batzordeak hau adierazi zuen alde aurreko izandako prozedura batean: «Merkataritza-izaera duten informazioak ez daude Hitzarmenaren 10. artikulua aplikazio eremutik kanpo». Horren ondorioz, abokatu helegilearen adierazpen-askatasunaren eskubidean esku-sartze bat gertatu zen. Espainiako epaileen ezezko jarrera bakarrik izan zezakeen, zeren oinarrian pentsatzen baitzen esku-sartze hori onartuz gero besteren eskubideek —kasu honetan uneko eta etorkizuneko bezeroenak eta profesio bereko gainerako kideenak— publizitate-jarduerari ezartzen dizkiotela adierazpen-askatasunaren eskubide oinarritzkoaren erregimenarekin bat ez datozen zenbait murrizketa. Aipatu den Konstituzioaren 20. artikulua oinarritzko eskubideen mugen arazoari dagokio azaltzen den funtsezko auzia, publizitate-komunikazioaren arloan arrazoizkotzat jotzen direnekin alderatuz.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak aukera izan zuen Hitzarmenaren 10. artikulua aplikazioaren gaiari buruzko adierazpen bat egiteko. Onartu zuen artikulua hori Casado Coca jaunaren kasuan ere aplikagarria zela eta, halaber, babes juridikoaren beharrean zeuden pertsonentzat eztabaidatutako iragarkiek baliagarritasun handiko informazioa ematen zutela publizitatea helburu bazuten ere. Hala, justiziara iristea errazago gertatzen zen¹⁷.

Beraz, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren doktrinatik honako hau ondorioztatzen da: Hitzarmenaren 10. artikulua ezin zaio publizitateari berez aplikatu. Bestalde, adierazpen-askatasunaren eskubidean esku sartzea onartzen bada, kasu horretan, kontua izango da zalantzatan jarritako publizitateak populazioaren sektore jakin batzuei baliagarria zitzaizen informazioa bidaltzen ziela. Baina konstituzio-eskubideei eta publizitate-jarduerari jar dakizkiekeen mugetan ere azaltzen da publizitate-komunikazioa konstituzio-babesaren objektutzat jotzeko zailtasuna. Konstituzioaren 20. artikulua berak honako hau xedatzen du: bertan jasotzen diren eskubideek Konstituzioaren Lehenengo Tituluan aipatutako eskubideak errespetatzea dute muga, eta eztabaidagarri den ondasuna babesteko beharrezkoak izan behar dute; halaber, ezartzen diren murrizketek proportzionalak izan behar dute; hau da,

17. Ikus Tato, 1994c: 996.

lortu nahi den babesak eskatzen duena baino urrutiago eraman gabe. Hariarekin jarraituz, ezin da ukatu, alde batetik, publizitate-komunikazioari ezar dakizkiokeen mugak eta, bestetik, bestelako edukia duten komunikazioei ezar dakizkiokeenak ezberdinak izan daitezkeela. Hala, adibide gisa, publizitateak normalean erasaten dituen printzipioen artean, honako hauek azpimarra daitezke: haurraren babesari dagokiona (Konstituzioaren 39.4 artikulua), osasunaren babesarena (Konstituzioaren 45. artikulua), edota kontsumitzaileen eta erabiltzaileen babesari dagokiona (Konstituzioaren 51. artikulua). Gainera, kontuan izan behar da merkataritza-komunikazioari aplikatu dakiokeela —produktu zehatz batzuei dagokienez— publizitate-mezuaren hedapenaren alde aurreko baimen administratiboa eskatzea, PLOren 5.1 artikuluan aztertzen dena; Konstituzioaren 20. artikulua, berriz, alde aurreko gaitzespenaren debekua ezartzen du izaera orokorrarekin.

Baina horrek ez dakar inolako oztoporik onartzeko, batetik, informazio-eskubideak babesten duela publizitate-komunikazioa, eta, bestetik, ondasun eztabaidagarriari jartzen zaizkion mugek —edo horren balioa babesteko asmoz jarritakoek— arrazoituak egon behar dutela. Interesgarria da aipatzea, halaber, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak esku-sartze jakin batzuk onartzen dituela: besteren eskubideen edo erreputazioaren babeserako, osasunaren babeserako eta segurtasun publikorako, baina inoiz ez norbaiti une batean hala komeni zaiolako (De la Cuesta, 2002: 50-51).

Beraz, Konstituzioaren 20. artikuluan oinarritzko eskubide gisa jasotako jarduera batean aritzea dakar publizitateak, eta, informazioa komunikatu edo zabaltzen den guztietan, aipaturiko eskubidearen eskakizunak eta mugak bete beharko ditu produktu edo zerbitzuen iragarleak ere, baldin eta kontsumitzaile edo erabiltzaile izan litezkeen horiek bereganatzea badu helburu.

Publizitate-komunikazioaren askatasuna: Estatu Batuetako doktrina

Honako hauek kezkatu dituzte bereziki Estatu Batuetako publizistak: publizitateak adierazpen-askatasunarekin dituen harremanak eta horren babesa merkataritza-informaziora zabaltzeak; beraz, han dagoen bilduma jurisprudentziala oso luzea da, eta auzia han nola aztertzen den ikusteko modukoa.

Estatu Batuetako Gorte Gorenak aztertutako zenbait kasuri buruzko epai ugari ikertu ondoren, gai honi dagokionez esan daiteke Estatu Batuetako auzitegi nagusiaren doktrinak egonkortasun-antza duela, eta honelako hitzekin laburtzen da:

Merkataritza-publizitatea, engainuzkoa ez den bitartean, eta zilegi den jarduera bati dagokionean, Estatu Batuetako Konstituzioaren Lehenengo Emendakinak babesten du (adierazpen-askatasunaren eskubidea jasotzen duen horrek). Hala eta guztiz ere, babes hori interes publikoko gaiei buruzko azalpen zuzenei ematen zaiena baino txikiagoa da; hortaz, merkataritza-izaera duten mezuei neurri murriztaileak ezar dakizkieke. Neurri horien zilegitasun eta baliotasun konstituzionala bermatzeko zenbait baldintza bete

beharko dira, besteak beste, jarritako neurriaren eta babestear den interesaren arteko bat-etortze arrazoizkoa egon dadila eskatzea¹⁸.

2. *Komunikazio konbentzigarria*

Publizitatearen konbentzitzeko helburua nagusitu egiten da informazio-funtzioaren aurrean, baina ahaztu gabe Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Legearen 13. artikulua arabera azken funtzio hori ere bete beharko duela. Kontsumitzaileak kontuan izan dezakeen edozein abantaila ondorioztatzen bada komunikazio horretatik, informazio-funtzioa hartzen du bere gain publizitate-komunikazioak: produktu edo zerbitzu jakin batzuk badirela ezagutarazten du, produktuen jatorria jakinarazi edo horiek erosteko lekuari buruz informatzen du, produktuen helburua, prezioak, nolakotasunak eta abar deskribatzen ditu eta produktuen inguruan aipagarria den edozein zirkunstantziari buruz informatzen du. Baina funtzio horiek guztiak kontsumitzaileen jarreretan eragina izatera bideratzen dira, haien kontsumo edo erosteko jokabideak iragarritako produktuen aldekoak izan daitezen. Aldaketa hori lortzeko iragarlearen asmoak betetzea dakar. Horretarako, modu konbentzigarrian aurkeztu behar da publizitate-mezuak ematen duen informazioa, komunikazioaren hartzaileak ondo informatu daitezen eta merkatuak eskaintzen dizkien aukerak kontuan izan ditzaten. Zuzenbidea —publizitateak bere hartzaileen jokabidean eta ohituretan eragina duela baitaki— baimendutakoaren eta debekatutakoaren mugak jartzen saiatu da, lehiaketa-ordena garden eta leiala zaintzea xede duten legeak emateak sendotu du joera hori, merkatuan parte hartzen dutenen interesen alde (De la Cuesta, 2002: 57).

PLoren 2. artikulua iragarkia definitu eta ezberdintzen duen elementu bat eransten dio izan dezakeen eduki informatiboari, hau da, mezu guztia osatzen duen osagarri konbentzigarria. Baina badira beste komunikazio-sail batzuk ezaugarri hori dutenak, eta horietatik ezberdintzea beharrezkoa da, publizitate-komunikazioa argi zehaztu nahi bada. Hala, komunikazio konbentzigarriaren barnean, hiru komunikazio mota ezberdintzen dira: merkataritza-publizitatea, propaganda ideologikoa eta harreman publikoak; hiru arlo komunikatibo, mezuaren hartzailearengan eragiteko asmoa dutenak. Dena den, publizitatearen definizioan, badaude berezko zenbait ezaugarri, gainerako antzeko genero komunikatiboek ez dituztenak. Puntu horiek ondoren aipatuko dira.

3. *Publizitatea, haren helburuak tipifikatuta*

Publizitateak bi alderdi ditu: egiturazkoa, alde batetik, eta, horren arabera, gizarte-komunikazio gisa agertzen da publizitatea, eta funtzionala, bestetik, kontratuak sustatzera zuzentzen den komunikazioaren gai ekonomikoari dagokiona.

Publizitatearen kontzeptuan, legearentzat oinarritzko eta funtsezkotzat jotzen dugu ondasun eta zerbitzuen kontratazioa era zuzenean edo zeharkakoan sustatzea

18. Tato, 1993: 848.

izan behar duela jardueraren helburuak. Ondorioz, iragarleak momentu jakin batean merkatuko produktuekin egin ditzakeen kontratuak bikoiztu nahi ditu publizitateak. Hala eta guztiz ere, ezin da esan epe laburrean kontratuak sustatzea dela beti haren helburua. Hala izango balitz, PLOk publizitate-mezuari esleitzen dion helburua, doktrinaren iritziz, murritzalea izango litzateke. Halaber, erregulatu nahi den publizitatearen helburu subjektibo hutsa salmentak gehitu nahi izatea desegokia litzateke publizitate-fenomenoarentzat; hobe litzateke enpresak duen jokaera merkatuan kokatzea. Nabarmena da onura dakarrela, baina asmo hori ez da beti esplizitua. Besteak beste, baditugu irudi korporatiboa hobetzea lortu nahi duten mezuak, merkatuko ondasunen inguruko kontratuak gehitzea baino gehiago merkatu horretan iragarlearen presentzia indartu nahi dutenak eta, era horretan, jardueren dibertsifikazioaren aukera hobetzea lortu nahi dutenak. Hala, enpresa bat komunikazioaz baliatzen denean publizitate-teknika edo estilo tipikoak edota ordaindutako tokiak erabiliz, irudia sendotzea eta bere publikoak erakundea onartzea bilatzen ari da ororen gainetik, baina ez modu zuzenean bere produktuez edo zerbitzuez mintzatzeko, baizik eta enpresa bera azpimarratzeko. Eta, publikoak modu zehatz batean pentsa eta joka dezan saiatzeko den komunikazio horretatik abiatuta, esan daiteke iragarlea —zeharkako modu batean— bere negozioa hobetzen saiatuko dela.

4. Emailearen baldintza

PLOn ezartzen den diziplinaren menpe dagoen publizitatea profesional libereleak, artisauek edo enpresaburuak egiten dutena da, enpresa-, lanbide- edo artisau-jarduera baten zerbitzura dagoen tresnatzat jotzen baita mezua. Modu horretan bestelako pertsona fisikoak edo juridikoak iragarletzat hartzeko aukerari —eta, beraz, legeak berak arautzen duen publizitate-jardueraren subjektu izateko aukerari— betoa jartzen zaio. Hori dela-eta, enpresaburuak edo profesionalak ez direnek egiten duten publizitate-jarduera ez-zilegiak lehiaketa desleialaren balizko kasuak badakartza, Lehiaketa Desleialaren Legean aurreikusitako babes-neurriek kontrola ditzakete, zeren eta haren 3. artikuluan aurreikusitako aplikazio-eremu subjektiboa «merkatuan diharduen pertsona fisiko edo juridiko orori zabaltzen baitzaio»; hau da, profesionalak edo enpresaburuak ez diren pertsona partikularrei ere bai, nahiz eta «lehiaketa desleialaren egintzaren subjektu aktibo edo pasiboaren artean lehia-harremanik ez egon».

Azkeneko bi baldintza horiek —alde batetik, jarduera jakin batean aritzean publizitatea garatzeak eta, bestetik, bere helburua kontratazioaren promozio zuzena edo zeharkakoa izateak— publizitate-komunikazioaren jokaeraren eremua mugatzen dute, merkatuaren arloan berezkoak diren interes pribatuetara mugatzen den eremu hori, alegia. Horrenbestez, erakunde publikoek ematen duten publizitatea kanpoan gelditzen da. Planteamendu horren arabera, aipatutako erakundeek jarduera ekonomiko bat egiten badute (adibidez, zenbait ministerio-sail edo zor publikoa emateko legezko gaitasuna duten autonomia-erkidegoak),

beren alde ateratzen dituzten publizitate-mezuei ez zaie aplikatuko profesionalen, artisauen edo enpresaburuen publizitatea arautzen duen diziplina juridiko bera, zeren enpresa-funtzioari lotuta dagoen publizitate-mezuaren emaila baita iragarlea. Gainera, erakunde publikoek bete dezaketen enpresa-funtzioa eztabaidagarria da, komunikazio publiko hori ez baita «enpresaren azken etekinera zuzendua» sektore pribatuan legitimoki gertatzen den bezala. Kasu horretan, dirua bildu nahi izaten da gero herritarren zerbitzurako itzultzeko; horregatik, finantza-produktuen publizitate-kasu hori eztabaidagarria izan daiteke.

5. Iragarlea beti egoten da mezuetan identifikatuta

Horixe eskatzen du publizitatearen izaerak. Identifikazioa, normalean, mezuan bertan gertatzen da eta ohikoak diren identitate-zeinuen bitartez. Ezin da ahaztu publizitate-komunikazioaren jabea dela emaila; beraz, zuzena eta orokorra izango da haren erantzukizuna (geroago aztertuko da erantzukizunaren gai hori).

6. Publizitate-mezua hedatzeko erabilitako euskarriaren eduki orokorretatik argi eta garbi ezberdindu behar da mezuaeren egitura

Kapitulu honetan zehar, zehaztuta gelditu da, PLOren arabera merkataritza-helburuak berak ezaugarrituko duela publizitate-komunikazioa. Helburu hori lortzeko, publizitate-mezuak euskarri baten beharra du hedapenerako. Ezin da ahaztu masa-komunikabideen garapenean publizitate-mezuek izan duten garrantzia; izaera horretako mezuek emateko berez zuzenduta dauden bideen multzoa aurkitu du publizitate-teknikak lan egiteko, besteak beste, kanpoko publizitatea, airezkoa, publizitate zuzena, salmentaguneetan egiten dena...

Gizarte-komunikabideen kasuan, bi komunikazio moten igorle gisa agertzen dira: informazio orokorrarena, batetik, kazetari aritzean informazio-bideen erredakzioek sortua eta, bestetik, publizitate-informazioa. Beraz, bien arteko beharrezko ezberdintasuna eraginkorra egitea beharrezko bilakatzen da. PLOren arabera, bere merkataritza-helburuak berak ezaugarritzen du publizitate-komunikazioa. Dena den, komunikazio baten eduki ekonomikoa ez da nahikoa informazio-mezua den ala publizitatekoa den ezberdintzeko, beharrezkoa baita zehaztea ea mezu horretan izaera objektiboa duten zenbait ezaugarri ageri diren: produktua goraipatzea, haren ontasuna argudiatzea, erosaraztea, eta abar.

Publizitatea ez da mezua bakarrik, baita mezu hori ekoizteko modua ere, horrek lortzen baitu euskarri baten bitartez komunikatiboa izan dadin eta proposatutako ondorio konbentzigarriak eragin ditzan (De la Cuesta, 2002: 36). Hala, publizitateak —modutzat hartuta— PLOk eskaintzen duen publizitate-kontzeptuaren muga estuak gainditzen ditu; PLOren 9. artikuluan agertzen den benetakotasun-printzipioa publizitate-printzipioaren arabera, publikoak eskubidea du publizitate-jarduera oro identifikatuta ager dadin.

7. Erabiltzen den euskarriaren jabeari emandako kontraprestazio ekonomiko baten bitartez lortzen den nabarmentasun mota da publizitatea

Espainiar doktrinak gutxietsi egin du azken puntu hori¹⁹, pentsatu baitu iragarle-nozioa ezin dela lotu publizitatearen kontuak ordaintzen duen pertsonaren nozioarekin; izan ere, dagokion zerbitzuaren izaera —ordaindua edo ez— gehigarria da. Hala eta guztiz ere, komunikazio ordainduaren izaera, alde batetik, eta hedabidearekiko kontratu-harremana, bestetik, kontratuen erregulazioan espresuki jasotzen diren bi ohar dira (13. eta 17. artikulua). Hala, ohiko publizitate-transakzio batean, normalean, euskarri baten jabe den hirugarren alderdi bati ordaintzen dio iragarleak, bere iragarkiaren xede den publiko bati mezua komunikatu ahal izateko.

Ezaugarri guztiak zehaztu ondoren, alderdi teoriko-kontzeptual batetik uler daiteke publizitatea zerbitzu edo produktuen aurkezpen- eta promozio-tresna bat dela, eta funtzio horiek pertsonalak ez diren bideen bitartez betetzen dituela, oso ondo identifikatuta dagoen marka baten mesederako, baldin eta komunikazio horrek eragiten dituen gastuak marka horren kontura badira. Hala, PLOren 2. artikulua alderantzizko zentzuan ulertuz, argi dago ezaugarri horiek —merkataritza-helburua, batez ere— betetzen ez dituen edozein publizitate-komunikazio ezin dela publizitateztat hartu. Beraz, kontratazioa era zuzenean edo zeharkakoan sustatzera zuzenduta dauden publizitate-komunikazioei soilik izango zaizkie aplikagarri publizitate ez-zilegiari buruzko PLOren xedapenak.

Baina, helburu guztiz komertziala duen eta jende askori zuzenduta dagoen komunikazio forma inbertsonaltzat jotzen bada publizitatea, nola bideratuko dute publizitate formen zabalkuntza guztiz komertzialak ez diren komunikazioek? Helburua eta eremu ekonomikoa ez dira hartzen publizitatearen elementu estandarizatzailatzat, baizik eta legez definituta dagoen merkataritza-publizitatea eta bestelako helburuak dituzten jarduerak ezberdintzeko balio duten ezaugarritzat.

2.4. LEGEZKO KONTZEPTUAREN ONDORIOAK: BESTE PUBLIZITATE JARDUERA BATZUK

Legean bertan, badugu kontuan izan beharreko inguruabar bat —PLOren 2. artikulua dioenaren arabera—, alegia, arau horren barne ez dauden bestelako publizitate-jarduera batzuk badirela onartzea. PLOren 1., 2. eta 7. artikulua irakurrita, «publizitate-jarduera»ren eta «publizitatea»ren arteko ezberdintasunaren aukera onduz gero (Santaella, 1989: 49). PLOren 2. artikuluan arautzen den publizitatearekin zerikusia duenez, aipatuko ditugun publizitate-jardueren ezaugarri bereizgarria komunikazio-mezuarekin lortu nahi den xedean agertzen da; hau da, era zuzenean edo zeharkakoan, kontratazioaren promozioaren irizpidea azaltzen da, berriz ere.

19. Tato, 1993: 72.

Hari horri jarraituz, gogora dezagun enpresa-eremuan posible dela kontratazioaren sustapena helburutzat ez duten publizitate-izaerako jarduerak egitea, (enpresaren bulego berri bat irekitzearen eragin ekonomikoari buruzko informazio-mezu bat emateak, adibidez, xedetzat ez du kontratuen promozioa); horrenbestez, enpresaburuak ez ditu beti egiten PLOren 2. artikuluan jasotzen diren jarduerak²⁰. Gainera, ezin da ahaztu badirudiela iragarlearen interesa ez dagoela kontratazioa sustatzera zuzendua, baizik eta merkatuan bere presentzia indartzea duela abiapuntu. Dena den, PLOren 2. artikulutik ondorioztatzen da helburuaren zabaltasuna, han esaten baita merkataritza-kontratazioaren promozioaren helburua lor daitekeela ez soilik modu zuzenean, baita zeharka ere. Jakitun edo ez, publizitatea bideratua den helburuen arloa handitu egin du legeileak.

Publizitateaz mintzatzen garenean, funtsean, enpresen zerbitzura dagoen lehiaketarako tresna batez ari gara, balio erantsia izateko, salmentak handitzeko eta, azken finean, lehiakorra den merkatu batean ongi kokatzeko balio duena. Hala eta guztiz ere, komunikazio-tresna hori, era berean, Administrazio Publikorako eta irabazi-asmorik gabeko erakundeetarako oso baliagarria da, nahiz eta horiek merkataritza-helburua lortzera bideratuta ez dauden.

2.4.1. Publizitate instituzionala

Administrazio Publikoek egiten duten publizitateari «publizitate instituzionala» deritzo. Hain zuzen ere, Administrazio Publikoek programatutako egintzen multzoaren barnean sartzen da publizitatea; eta administratuen prestakuntza- eta informazio-kanpainen bitartez —haiei zuzenduak baitira—, jende askori zuzendutako bideak erabili eta zerbitzu publikoko gaiak aipatzen dira. Gaur egun, administratua hezi eta informatzeko eginbeharra betetzea ez litzateke posible publizitate-komunikazioa erabili gabe.

Argi eta garbi, komunikazio konbentzigarri bat da, herritarrengan eragina izateko asmo garbia duelako, baina konbentzitzeko erabiltzen den material datza merkataritza-publizitatearekiko ezberdintasuna. Publizitate-mezuen emailearen interesak ez du beti izaera ekonomikorik, eta adierazpide ezberdinak izan ditzake: betebeharrak publikoak gauzatzea (zergak aitortzea, zergak ordaintzea, boto-eskubidea gauzatzea), hiriko bizikidetzak (garraio publikoen erabilera bultzatzea), bide-segurtasuna, eta abar.

Publizitate instituzionalean, haxe da funtsezkoena: irudia sortzea eta konfiantza eta giro ona eratzea (Santaella, 1989: 64); ondorioz, kontratu-erlazioen sustapenaren helburuaren gainetik informazio-alderdi hutsa jartzen da.

Gure legedian, Administrazio Publikoen publizitate-jarduerari dagokionez, erkidegoko arauak osatzen dute araudi-oinarria: Extremadurakoa, 6/1996ko irailaren 26koa; Andaluziakoa, 4/1999ko maiatzaren 11koa; Kataluniakoa, 18/2000ko abenduaren 29koa eta, azkenik, Aragoikoa, 16/2003ko martxoaren 24koa.

20. Ikus Acosta, 1989b.

Publizitate instituzionala erregulatzen duen Kataluniako Legearen Arrazoiak Azalpenak honako hau dio: «Komunikazioa erakunde publikoen jardueraren funtsezko ezaugarria da, zeren eta, alde batetik, beharrezkoa baita administrazioek, era egokian, gomendatutako funtzioak bete ditzaten eta, bestetik, erakunde horien koherentzia-, sinesgarritasun- eta eraginkortasun-irudia sendotasunez eraikitzen laguntzen baitu. Publizitate instituzionalak komunikazio publikoaren elementu bat gehiago dakar herritarrentzat baliagarria den informazioa bideratzeko».

Bestalde, beharrezkoa da banaketa garbia egotea hiru elementuren artean: batetik, hauteskunde-prozesuei lotuta dagoen publizitate politikoa, bestetik, gizartearen balioak (osasuna edo segurtasuna, adibidez) babesteko eta sustatzeko helburuarekin erakunde publikoek egiten duten publizitatea, eta, azkenik, izaera administratibo hutsa duen publizitatea.

Aztertzen ari garen araudiaren arabera, informazio administratibo hutsen komunikazio-funtzioa betetzen duen publizitatea ez da publizitate instituzionaltzat hartuko (adibidez, deialdi edo ohar forma dutenak, edo zerbitzuen funtzionamenduari dagokiona).

Nahiz eta komunikazio mota hori PLOren I. eta II. Tituluen aplikaziotik kanpo egon, erkidegoko araudiak —haren definizioa eta edukia osatzen duten jardueren erlazio bat ezartzeaz gain— erabaki du publizitate mota horri merkataritza-publizitatearen tratamendu bera aplikatzea, jarritako xedapenen betebeharrarekin. Hala, publizitate-jarduera, bere edukietan, ezin izango da engainuzkoa, desleiala, subliminala edo ezkutukoa izan.

Horrekin batera, halaber, zenbait printzipio errespetatu beharko ditu publizitate instituzionalak:

a. Publizitate instituzionalaren erabilera alderdikoia ez izatea. Beharrezkoa da ezberdintzea publizitate instituzionala propaganda politikotik. Hari horri jarraituz, saihestu behar da kanpaina instituzionalak hauteskunde-kanpainekin nahastea, baita beren arteko aldebereketasuna ere, hauteskunde-prozesuari berari dagozkion kanpaina instituzionalak izan ezik.

b. Publizitate instituzionalak guztiz identifikagarria izan behar du: ez ditu herritarrak nahasi behar, eta nahasketa ez eragiteko behar bezain argiak diren identifikazio-elementuak izan behar ditu.

c. Legalitatea eta Konstituzioa errespetatzea.

d. Iragarki instituzionalek egiazkoak izan behar dute.

Araudi horretatik ondorioztatzen da sektore publikoak jende askori zuzentzen zaion komunikazio konbentzigarria erabiltzen duela, nolanahi ere, nagusiki izaera hezitzailea duena, zerbitzu publikoa helburu duena.

2.4.2. Publizitate politikoa

PLOk kasu honetan ere ez du publizitate politikoa kontuan hartzen; beraz, publizitatearen alderdi horri ez zaizkio aplikatuko haren diziiplina-arauak. Gure zuzenbidean, publizitate politikoa erregulazio zehatz baten menpe dago, hain zuzen ere: 5/1985 Hauteskunde Orokorraren Erregimenaren Legea, ekainaren 19koa, I. Titulua, 6. Kapitulua, V. Atala, propaganda- eta hauteskunde-kanpainaren egintzei buruzkoa; VI. Atala, hauteskunde-kanpainarako titulartasun publikoko komunikabideen erabilerari buruzkoa; eta VII. Atala, zuzenketa-eskubideari buruzkoa.

53. artikulua hauteskunde-propaganda hedatzeari dagokio; 55. artikulua hauteskunde-propagandaren kartelak doan kokatzeari eta baimendutako merkataritza-lekuetan ezartzeari dagokio; 58. artikulua —prentsan publizitatea sartzeari buruzkoak—, iragarleen diskriminazioa saihesten delarik, interes berezia du publizitate-kontratazioaren gaian. Aldizkarietan gertatzen den bezala, irratietan eta gainerako hedabide pribatuetan, berdintasun-printzipio berak nagusitu behar du, hau da, merkataritza-publizitatearentzat indarrean dauden tarifak gehitu gabe; eta, azkenik, publizitate-leku horietan espresuki adierazi beharko da publizitate politikoa dela.

Titulartasun publikoko komunikabideei dagokienez, ezin da hauteskunde-publizitaterako tokirik kontratatu, 60.1 artikulua arabera; eta, baliokideak diren aurreko hauteskundeetan, alderdiak lortutako botoen kopuru osoari begiratzuz egingo da hauteskunde-propagandarako doako tokien banaketa, 61. artikulua arabera.

Publizitate politikoari dagokionez, laburpen gisa esan daiteke garatu diren arauak bi alderdi garrantzitsu eskaintzen dituztela: alde batetik, hautagai-zerrenda eta alderdi politiko guztientzat berdintasun-asmoa du eta, diskriminazioa debekatuta dago, komunikabide pribatuak ere barne; eta bestetik, publizitate-identifikazioa nahitaezkoztat jotzen da.

2.5. PUBLIZITATE JARDUERA GUZTIEI KONTRATAZIO ARAUAK APLIKATZEA

Nahiz eta PLOren 7. artikulua esplizituki ezarri legean aurreikusita ez dauden publizitate-jarduerak badirela, publizitate-kontratazioari buruzko arauak publizitate-jarduera guztiei aplikatzen zaizkie, baita 2. artikulutik kanpo daudenei ere (horien helburua kontratazioa sustatzea ez bada ere). Horregatik, esan beharra dago kontratazioaren ikuspuntutik PLO soilik «orokorra» dela, hedabide eta agentzien ohiko zerbitzuak behar dituen edozein hedapeni aplikatzen baitzaio, nahiz eta mezua publizitatezkoa ez izan.

Ikusi dugun bezala, Administrazio Publikoen egintzen multzoaren barnean, aipagarria da jende askori zuzenduta dagoen komunikazio konbentzigarria, izaera formatiboa edo instruktiboarekin aurkeztzen dena, eta ia kasu gehienetan harreman

publikoko edota publizitate-agentziek prestatua dena. Beraz, agentzia horiek arduratzen dira zerbitzu horretaz, moduak eta elaborazio-prozesua publizitarioak baitira, helburuak harreman publikokoak badira ere.

Eta, publizitate politikoari dagokionez, gauza bera esan genezake, publizitate formekin aurkezten delako eta kasu gehienetan publizistek egiten dutelako; baina, kontzeptu ideologikoei dagokien publizitatea da eta ez ondasun edo zerbitzu bati dagokiona, alegia, xedetzat duten publikoarengandik alderdiaren zein bere hautagaien onespena lortzeko helburuekin egindakoa. Beraz, egintza politikoari aplikatzen zaizkion harreman publikoen eremuan izaten den komunikazio konbentzigarriaren prototipoa izango litzateke publizitate politiko. Ildo horri jarraituz, PLOren III. Titulua «Publizitate Kontratazioarena» aplikatuko zaie publizitate instituzionalari zein politikoari; hain zuzen ere, kontratu bat publizitate-kontratutzat jotzen da baldin eta publizitate-subjektuek egiten badute eta publizitate-jarduerei buruzkoa bada. Publizitate-jarduera guztiak ez dira PLOren 2. artikuluan aipatzen, eta, ondorioz, publizitatearen legez kanpoko kontzeptuaren beharra planteatzen da.

2.6. PUBLIZITATEAREN LEGEZ KANPOKO KONTZEPTUA

PLOren 2. artikuluan formulatutako kontzeptuaren arabera, mezuaren edukia izango da komunikazioa publizitariotzat hartzeko erabiltzen den irizpidea. Hori egokia da publizitate mota bat adierazteko, merkataritza-publizitatea, alegia. Publizitate mota horren jarduera-eremua komertzio-munduaren berezko interes pribatuei dagokie, eta iragarlearentzat onuragarria izango den merkataritza-jokabide bat hartzaileengan lortzera bideratzen da haren edukia. Hortaz, enpresa-eremu ekonomikoa izango da publizitate-mezuen ekoizpen eta helburuen iturri erreala.

Arau horretan jasotzen den kontzeptu murriztaile horrek agerian uzten du eremu horretan aurreikusten ez diren publizitate-jarduerak zehaztu beharra. Baina nola ezaugarritu jarduera horiek? Testuinguru horretan, badaude zenbait ohar edo ezaugarri publizitate-komunikazioaren ulertze integral baterako lagungarriak izan litezkeenak (Santaella, 1989: 70):

- a. Publizitateak tonu konbentzigarria izan dezala.
- b. Komunikazioa teknika berezi baten bitartez egin eta heda dadila.
- c. Komunikazioa ordainketa baten truke ezarri eta heda dadila komunikabide jakinetan, informazio orokorreko bideetatik edo horretarako erreserbatutik dauden tokietan. Dena den, ordainketaren baldintza aurreikus daiteke. Hala, adibidez, pentsa dezakegu telebistako kazetari-programa batean gerta daitekeela, bertan egiten den produktu edo enpresa baten sustapena nabarmena baita, telebistak, erredaktoreak edo parte-hartzaileek kobratu dutenik frogatu ezin bada ere.

d. Komunikazioa «publizitario»tzat argi eta garbi identifikatua datorrela, bere edukia ez baita informazio orokor gisa kontuan hartzen (PLOren 9. artikulua). Azken atal honek garrantzi handia du, laguntzen baitigu kontzeptuaren arazo hori murrizten, honako hitz hauek adierazten duten bezala: «Esklusiboki bide publicitario zein informaziozkoen bitartez —kasu honetan, informazio-funtzioaren berezko edukian sartu gabe— hedatzen den komunikazio oro da publicitatea» (Santaella, 1989: 71).

Nahiz eta kanpaina instituzionalak edo politikoak legezko kontzeptuan ez sartu, posible litzateke kanpaina horientzat PLOren erregulazio komuna aplikatzea eta defendatuko lukeen posizio zabal bat mantentzea. Dena den, erabat lasaia eta finkatua ez den gai bat da²¹. Edozein kasutan, komunikazioak balio handiagoa erakusten du ikuspuntu ekonomiko batetik, merkatuaren funtzionamendu on baten alde lagungarria den tresna gisa aztertzen denean, bere eraginkortasuna gehitzen baitio kontsumitzaileei ematen dien informazioaren inguruan eskaintza ezberdinen arteko lehia errazten duen neurrian.

21. Ikus Barona, 1999: 60.

Bigarren atala

Subjektuak eta kontratuak

3. Publizitatearen subjektuak

3.1. KONTZEPTU JURIDIKOA

Publizitate Zuzenbideak gero eta modu zehatzago eta hertsiagoan arautzen du publizitate-jarduera; eta, baliabide teknikoaren garapenaren arabera, behar berriei egokitzen zaie. Halere, Publizitate Zuzenbidearen *kontzeptuari* eta publizitate-komunikazioan parte hartzen duten *subjektu* eta *egintza juridikoei* dagokienez, gainerako zientzia juridikoetan bezalaxe, Zuzenbidearen Teoria Orokorren printzipioetan oinarritzen da. Hori dela-eta, Zuzenbidearen Teoria Orokorra ezarritako bideari jarraituz eta ikuspegi juridikoari dagokionez, *publizitatearen subjektuak obligazio* eta *eskubideen* titularrak izango dira (Santaella, 2003: 132). Publizitatea publizitate-komunikazioa egiteko modu zehatza denez, komunikazio-prozesuarekin harremana duten hainbat subjektuen azterketa ere egin beharko da; besteak beste, honako subjektu hauena: iragarle (publizitatearen emaileak), agentzia (publizitatearen egileak), hedabide (publizitatearen hedatzaileak) eta hartzaileena (publizitatearen jasotzaileak). Dena den, zuzenbidearen arabera, guztiek ez dute publizitate-subjektuaren izaera izango²² (Acosta, 1990: 31; De la Cuesta, 2002: 72-73; Santaella, 2003: 133).

Ikuspegi horretatik abiatuta, aldizkari edo egunkari batean iragarki bat jartzen denean, telebistarako *spot* bat egitean edo irratiarako iragarki labur bat grabatzean subjektu askok parte hartzen badute ere (modeloez gain, kameralariak eta abar), denek ez dute publizitate-subjektuen izaera izango ikuspegi juridikotik, ez direlako eskubide eta obligazioen titularrak (Acosta, 1990: 31; Santaella, 2003: 133).

Beraz, *zuzenbidearen arabera subjektuak* pertsona fisiko edo juridikoak izango dira —publikoak edo pribatuak— eskubide eta obligazioen jabe direnean, eta, beraz, eskubide eta obligazioen titularrak dira. Publizitate Zuzenbideak erregulatuko ditu elkarrekiko dituzten erlazio juridikoak (Santaella, 2003: 132). Ikuspegi juridikotik, publizitatearen hartzaileak (PLOren 2. artikularen arabera, publizitate-mezuak helburu dituen pertsonak) ezin dira publizitate-subjektu juridikotzat hartu; hala ere, legeak babesten ditu bidezkoa den interes partikularra edo eskubide subjektiboa kaltetua suertatzen denean (PLO 25. art.). Azkenekoa kontuan hartuz, publizitateak edozein hartzailearen (nahiz eta publizitate-subjektuaren izaera ez izan) eremu pertsonal, familiar edo ekonomikoa urratzen duenean, Lehiaketa Desleialaren

22. Eskubide eta obligazioen jabe ez direlako.

Legeak jasotzen dituen akzioak (LDL 32. eta 33. artikulua) aurkezteko aukera izango du kaltetutakoak. Horretaz gain, hartzaileek badute beste irtenbide bat publizitatearen eraginez urra daitezkeen eskubideak babesteko; alegia, kontsumitzaile eta erabiltzaileen elkarrean irtenbidea, horietatik baitaude legitimaturik (PLO 25. eta LDL 33. art.), ikuspegi juridikotik, publizitatearen subjektuak izateko eta, azken batean, eskubide eta obligazioen titularrak izateko (Lema, 1984: 261).

3.2. PUBLIZITATE JARDUERAREN SUBJEKTUAK 61/1964 EKAINAREN 11KO PUBLIZITATEAREN ESTATUTUAREN ARABERA

1964ko Estatutuak zioen publizitate-subjektuak bitartekari-lana egin behar zuela kontsumitzaileen eta iragarleen (produktuen salmenta-sustatzaile zen publizitate-emailea izan baitaiteke) artean (Tallón, 1972: 88). Nahiz eta iragarleak negozio juridikoetako kontratuen alderdi izan eta publizitatearen erregulazioari lotuta egon, Estatutu hark ez zituen iragarleak eta hedabideak hartzen subjektu juridikoen artean (Martín, 1972: 53; Tallón, 1972: 92).

Publizitatearen Estatutuak kontzepzio hori izatea erabat harrigarria iruditzen zaigu, iragarleak eta hedabideak publizitate-kontratuen alderdi nagusiak izanda, eskubide eta obligazioen titularrak izango baitira; beraz, erabat kritikagarria deritzogu Estatutuak alderdi bi horiekiko zuen jarrerari (Martín, 1972: 52). Publizitatearen Estatutuak bost motatan sailkatzen zituen subjektuak: agentziak, eskusibak, agenteak, estudioak eta teknikariak. Hala eta guztiz ere, sailkapen hori ez zen erabat osoa, subjektu arras garrantzitsuak uzten zituelako kanpoan, besteak beste, iragarlea eta publizitatearen hartzaile edo kontsumitzaile potentziala. Iragarlearen garrantzia zalantzan jarri gabe, Estatutuak ez zuen garrantzi handiko beste subjektu bat jaso, hau da, kontsumitzaile potentziala; gaur egun, aldiz, publizitate-jardueran elementu pasiboa izan arren, ezin izango litzateke egin publizitatea eta jarduera bera kontuan hartu gabe (Martín, 1972: 56-57).

3.3. PUBLIZITATEAREN LEGE OROKORRAREN PUBLIZITATE SUBJEKTUAK

Publizitatearen Lege Orokorrak 8. artikuluan jasotzen duen publizitate-subjektuen sailkapena *asistematiko* samarra den arren, *malgua* ere badela esan dezakegu²³. Egun zabalduen dagoen iritzia arabera, PLOk publizitatearen *komunikazio-prozesuaren* barruan erregulatzen ditu publizitate-subjektuak, hau da, publizitate-komunikazioa merkatu-ekonomian dagoen *informazio-eskubidearen* islatzat hartzen du (Santaella, 2003: 136). Hala eta guztiz ere, horrek guztiak aldaketa nabarmena ere jasan du azken urteotan, *Internetek* eta baliabide telematikoez izan duten garapena eta zabalkuntza dela medio (Gizarte Informazio Zerbitzuen eta Merkataritza Elektronikoen

23. 1964ko Publizitatearen Estatutuak publizitate-agentzien sailkapena bereziki indartzeagatik, Agentzien Estatutua deitu zitzaion (11.-19. artikulua).

34/2002 Legea, uztailaren 11koa); enpresek gero eta gehiagotan erabiltzen baitituzte horrelako baliabideak beren produktuak merkaturatzeko. Horrek subjektuen legezko kontzeptu berri bat zehaztera bultzatu du Publizitate Zuzenbidea.

Hori dela-eta, publizitate-jarduera ez-zilegiaren *erantzule kontraktuala* eta *kontratuz kanpoko* zehazteko, publizitatearen subjektuak zein diren jakin beharko dugu. Era berean, batetik, estatuko zein nazioarteko eskumena argitzeko, eta, bestetik, aplikagarria izan daitekeen legeria zehazteko (normalean ohiko egoitza edo egoitza nagusiarena), aldeztu aurretik publizitatearen subjektu juridikoak zein diren zehaztu behar dugu nahitaez (Espinosa, 2001: 32).

Esan dugun bezala, PLOren *publizitate-subjektuen* erregulazioa asistematikoa samarra da; horrek honako hau esan nahi du: legearen arau askotan aipatzen dira subjektuak, baina ez dira legearen titulu batean denak batera jasotzen arauari koherentzia eta sistema jakin bat emanez. Subjektuak jasotzen dituzten artikulak, besteak beste, honako hauek dira: publizitatearen hartzaileak (2. art.); lehiakideak (2. eta 8. artikulak); kontsumitzaileen eta erabiltzaileen, iragarleen eta agentzien elkartek (8. art.); administrazio-organo ahalduak eta kaltetutako pertsona fisiko eta juridikoak (25. art.). Zerrenda hori ez da itxia, eta agerian uzten du subjektu juridikoak gehienetan izaera kontraktuala duen egintza juridiko bateko alderdiak direla. Hori dela-eta, legegileak Legearen I. Kapituluko III. Tituluan jaso ditu horien definizioak, publizitate-kontratuen alderdiekin batera, baina PLOren 2. artikuluan jasotzen ez diren publizitate-jardueretako alderdiak behar bezala kontuan hartu gabe (Santaella, 2003: 134).

PLOren 8. artikulak publizitate-subjektuen definizioak jasotzen ditu eta PLOren testua irakurrita, ikus daiteke subjektuak banatzen dituela komunikazio-prozesuan parte hartzen dutenak eta ez dutenak; hau da, batetik, *publizitate-komunikazioan* parte hartzen duten *pertsona fisiko edo juridikoak* jasotzen ditu (iragarlea, publizitate-agentziak, hedabideak eta publizitatearen hartzaileak) eta, bestetik, publizitate-komunikazioan parte hartzen ez dutenak (iragarle, agentzia eta hedabideen hirukideko organizazioak, kontsumitzaile eta profesionalen elkartek) (Martín, 1972: 53; Santaella, 2003: 135).

Publizitate-komunikazioaren subjektuen banakako azterketa aurrerago egingo bada ere, subjektuen sailkapen horri buruzko *zehaztapen* batzuk egitea egokia litzateke. Lehendabizi hauxe esan beharra dago: ikuspegi juridikotik, publizitatearen teknikariek, agenteek eta profesionalak ez dute subjektu juridikoen izaera; hau da, ez dira eskubide eta obligazioen titularrak izango. Aipatu ditugun horiek beste batzuen mandatuz egiten dute lan eta, enpresa eta agentziek publizitate-subjektu juridiko izaera badute ere, teknikari batek, indibidualki, ez (Martín, 1972: 86-87; Tallón, 1972: 113). Bestalde, eta hau da egin beharreko bigarren zehaztapena, profesionalen, iragarleen eta agentzien elkarteei dagokie izaera juridiko publizitarioa, PLOk berak esleitzen baitie etete-akzioa aurkezteko ahalmena ematen dienean (PLO 33.2 art.) (Santaella, 2003: 136). Hori dela-eta, profesionalen elkarrekin jokaera desleial bat

aurkaratu dezakete akzio bat tartekatuz (adierazpen-akzioa, etete-akzioa, erremozio-akzioa edo zuzenketa-akzioa).

3.4. IRAGARLEA

Iragarlearen definizioa eta ezaugarriak PLOren 8. artikuluan jasotzen dira, eta, Legearen arabera, edozein pertsona, fisiko zein juridikoa, publiko zein pribatua izango da iragarlea, eta egintza juridikoak egiteko ahalmena eta publizitatea egiteko interesa ditu. Arau horren interpretaziotik, honako ondorio hau atera daiteke: publizitate-komunikazioan sor daitezkeen arazoen erantzule nagusia bera izango dela, beste subjektuek *de facto* izan dezaketen erantzukizuna baztertu gabe; adibidez, emakumezkoen irudia gutxiesten duen *spot* bat hedatzen denean (*publizitate debekatu*), iragarleaz gain agentziak eta hedabideak ere erantzule izan baitaitezke (Acosta, 1990: 31; Montón, 1989: 2; Espinosa, 2001: 33; De la Cuesta, 1989: 83; 2002: 72-73)²⁴.

Publizitatearen Lege Orokorreko iragarlearen definizioa hobea da 1964ko Estatutukoa baino, lege hartan iragarlea ez baitzen behar bezala zehazten, kontratu bateko alderdiaren kasuan izan ezik (Tallón, 1972: 92 eta 138; Santaella, 2003: 136) (PE 33. art.). PLOn, berriz, iragarlea publizitate-komunikazioaren arduraduna denez, jardueraren lehen erantzulea izango da (PLO 8.1 art.) (Santaella, 2003: 137); hau da, «publizitate-arloan erantzukizun-egituraren ardatza izango da» (Espinosa, 2001: 33). Eta hala da, haren izenean egiten baita publizitate-jarduera (PLO 8.1 art.). Bere lanari etekinak ateratzeko asmoz, ondasun, zerbitzu, eskubide eta obligazioen kontratazioa zuzenean edo zeharka bultzatzen duen subjektu juridikoa da iragarlea (Santaella, 2003: 137).

PLOk aipatzen duen iragarlearen *interesak* hau esan nahi du: iragarleak publizitatea erabiltzen du, merkatuan kontratazioa eragiteko eta sustatzeko (PLO 2. art.) duen helburuarekin. Baina ideia hori zehaztu beharra dago, iragarleak batzuetan ez baitu publizitatea erabiltzen salmentak igotzeko bakarrik, baizik eta bestelako helburuak izan ditzake. Gure ustez, iragarleak salmenta kopurua igo nahi duela egia den arren, askotan merkatuan beraren presentzia areagotzea eta iraunaraztea izango da helburu nagusia, baina ikuspegi abstraktuari garrantzi handiagoa emanda kuantitatiboari baino. Helburu nagusi horrek bultzatuko du iragarlea, merkaturatzeko orduan, ondasun eta ekoizkinen eskaintza handia egitera (De la Cuesta, 2002: 73).

Iragarleak, *publizitate-jarduera martxan* jartzen duen publizitate-subjektua denez, hartzaileri helarazi nahi dien jarduera ekonomikoari buruzko informazioa zabalduko du; hau da, publizitate-agentzien eskuetan jarriko du aipatutako informazioa, horiek behar bezala egokitu eta komunikazioa beren lan-objektu bihur dezaten. Halere, iragarleak berak eraman dezake aurrera informazio-jarduera, horretarako organizazioa eta langileak baldin baditu behintzat; beste batzuetan,

24. Aditu horiek guztiek diote iragarlearen legitimazio pasiboa dela eta erantzukizuna modu zabalean interpretatu behar dela, ekintza ez-zilegian parte hartu duten subjektu guztiak aintzat hartuz.

berriz, iragarleak teknikaria kontratatuko du zuzenean, horrek publizitate-kanpaina bidera dezan; kasu horretan, prozesua kontratu-harreman baten barruan gertatuko da (De la Cuesta, 2002: 84).

Hori dela-eta, publizitate-agentziek eta hedabideek, informazioaren mamia zenbat eta hobeto eta sakonago ezagutu, orduan eta mezu eraginkorragoa gauzatuko dute eta hedapena ere askoz hobea izango da. Horrexegatik, hain zuzen, iragarleak informazioa emango dio agentziari ez soilik kanpainaren hasieran, baizik eta, orobat, kanpainak dirauen bitartean, eta, epealdi horretan, *lankidetza-harreman* estua izango du agentziarekin (De la Cuesta, 2002: 84-85). Ildo beretik, jasoriko *informazioaren erabilera* eta trataera zuzenarekin erantzungo du agentziak, iragarleak emandako materiala publizitate-kanpaina edo mezua sortzeko bakarrik erabiliko du. Gero, agentziak publizitate-lanaren emaitza pasatuko dio iragarleari, baina inolaz ere ez, iragarlea ez den beste hirugarren bati.

Iragarleak, bestalde, jasotzen duen publizitate-lana edo iragarkia ezin izango du agentziarekin aurretik adostutakoa ez den beste helburu batekin erabili; beraz, iragarlearen zein agentziaren arteko harremana *isilpekoa* (konfidentziala) izango da jasotzen duten informazioari eta sorkuntzei dagokienez. Harreman hori errespetatu eta bete beharko dute; bestela, erantzun beharko dute adostutako kontratua ez betetzeagatik (De la Cuesta, 2002: 110).

Halaber, iragarleak, hasiera-hasieratik *publizitate-jardueraren* jabe denez, hainbat obligazio izango ditu: batetik, kanpainaren garapena kontrolatzeko aukera izango du (PLO 10. art.); neurri berean, iragarkien izaera publizitarioa agerian azaltzeko obligazioa izango du (PLO 9. art.); publizitate-jarduera eten dezake, eta, azkenik, kasuan kasuko zuzenketa egin ahal izango du (PLO 31. art.) (Espinosa, 2001: 33; Santaella, 2003: 136).

Iragarlea *pertsona fisikoa edo juridikoa* —publikoa edo pribatua— izan daiteke, baldin eta, egintza juridikoak egiteko ahalmenari dagokionez, merkataritza-legeak nahiz arau zibil eta administratiboek ezartzen dituzten betekizunak gauzatzen baditu (De la Cuesta, 2002: 82). Hori dela-eta, iragarle-izaera izango du bai egunkari batean hitzez hitzezko iragarkia jartzen duen pertsona fisikoak, bai bere ekitaldi ekonomikoan urtero publizitatean diru kopuru handia gastatzen duenak (Santaella, 2003: 136-137). Halere, iragarlea beti izango da, bai zuzenean, bai zeharka, ondasun, zerbitzu, eskubide eta obligazioen salerosketarako sustatzailea (Santaella, 2003: 136-137). PLOren 2. artikuluan jasotzen ez diren jardueretako kontratuen alderdiek ere iragarle-izaera hartuko dute, jarduera horiek merkataritza sustatzeko helbururik izan ez arren (adibidez, hauteskunde-kanpaina bat aurrera eramateko publizitate-agentzia batek alderdi politiko batekin sinatzen duen publizitate-kontratua) (Santaella, 2003: 136-137).

Erakunde publikoek ez dute iragarle-izaerarik PLOren ustez, administrazioak merkataritzako enpresaburu gisa diharduenean salbu; esate baterako, merkatuan

merkataritza-sozietate juridikoen izaerarekin diharduenean (EK 38. artikulua *enpresa-askatasunaren printzipioa* jasotzen du). Administrazioak antolatutako kanpaina instituzionaletatik bereizi behar da egoera hori (Publizitate eta Komunikazio Institutuzionalaren 29/2005 Legea, abenduaren 29koa; Euskadiko Publizitate eta Komunikazio Institutuzionalaren 6/2010 Legea, abenduaren 23koa). Izan ere, kasu horretan, PLOren ustez ez du iragarle-izaerarik, kanpaina instituzional horiek aurrera eramateko sinaturiko publizitate-kontratuetan izan ezik (PLO 7. artikulua eta ondokoak).

Bat gatz doktrinak PLOri egiten dion kritikarekin, Publizitatearen Legeak ez baitio publizitate-subjektu izaera eman administrazioari publizitate instituzionala egiten duenean: horrek ez du zentzurik, merkatuaren irudi okerra eman baitiezaguke eta Europar Batasuneko hainbat zuzentarau egokitzea ere zaildu baitezake (De la Cuesta, 2002: 74-75).

Publizitate-subjektuen arauak publizitatea merkataritza- edo industria-jarduerarekin erlazionatzen duten arren, ez dute batarekin ez bestearekin zuzeneko loturarik egiten. Dena den, esan beharra dago jarduera horiek normalean enpresaburu batek egiten dituela, enpresaburu iragarleak bere enpresa merkatuan errotu eta irauteko egiten baitu publizitatea²⁵.

Gaur egun, iragarlea lurraldeko mugetatik at diharduten merkataritza-sozietate eta -konpainiekin erlazionatzen da, nazioarteko kokapen zabala garrantzizko erreferentzia baita enpresa horientzat. Egoera horrek komunikazio-estrategia berriak sortu eta garatu ditu, bai Europan, baita mundu osoan ere. Hori dela-eta, nazioarteko publizitate-komunikazioaren prozesu bateratu baterako lehenengo urratsak egin dira, eta *mugaz haraindiko iragarlearen kontzeptua* sortu. Horren arabera, iragarlea publizitatearen *dominus* delakoa denez, kanpainaren lehen erantzulea izango da, PLOren legezko kontzeptuaren antzera, Mendebaldean bederen (Informe Europeo, 1997: 8; Espinosa, 2001: 35-36).

PLOren araudia askoz hobeto egokitzen zaio tamaina handiko jarduera egiten duen iragarleari, hainbat arauen edukian ikus daitekeen bezala; adibidez: enpresaburuek hartzaileei zuzentzen dieten publizitate-komunikazioaren zilegitasuna zehazten duten arauetan (PLOren 2. eta 3. artikulua), edo publizitate ez-zilegiaren akzioak zedarrizten dituenetan (PLOren 3. artikulutik 6. artikulura). Beraz, PLOk jasotzen duen araudiaren arabera ikus daiteke lege hori enpresaburu handientzat egina dagoela eta txikiak kaltetzen dituela. Beraz, enpresa horien babeserako ez da tresna juridiko egokia izango. Aitzinekoa kontuan izanik, enpresaren tamainaren araberrako bidegabekeria gerta daitekeenez, adituek, *de lege ferenda* delakoa argudiatuta, proposatu dute PLOk enpresaburu txikientzat arau egokiagoak jaso ditzala (Santaella, 2003: 137).

25. De la Cuesta-k horixe bera dio: enpresaren zeinu bereizleak enpresaren *ondasun ez-materialak* direla eta balio erantsia emango diotela enpresari, eta, ondorioz, horren *izen ona* indartuko da. Publizitatea, oro har, eta, are gehiago, *publizitate korporatiboa*, produktuen salmentak sustatzeko ezinbesteko tresna izateaz gain, enpresa batek merkatuan edo trafikoan irauteko baliabiderik garrantzitsuenetako bat da.

Dena den, proposamen hori ez da gauzatu Publizitatearen Lege Orokorrean, baizik eta Publizitate Desleialaren araudian. Lehen aipatu dugun bezala, Lehiaketa Desleialaren Legeak aldaketa berri eta sakona izan du. Hori dela-eta, publizitatean gertatzen diren jokaera desleialak arau horrek erregulatzen ditu eta ez Publizitatearen Lege Orokorrak. Aldaketa horren eraginez, publizitate edo jokaera desleial baten babesa biziki zabaldu da. Izan ere, arau horrek ez baitu zigortuko bakarrik enpresaburuek gauzatu ditzaketen jokaera desleialak (publizitatearen bitartez egiten direnak barne), baizik eta edozein profesionalek edota merkatuan parte hartzen duen pertsona fisikoek zein juridikoek egin ditzaketenak ere zigortuko ditu. Beraz, Legearen eremu subjektiboa hedatu egin da eta kontuan hartuko ditu merkatuan diharduten eragile guztiak, handiak zein txikiak (profesionalak). Gure aburuz, oraingo honetan legegileak, arauaren eremu subjektiboa zehazterakoan, ongi zedarritu du merkataritzako jarduera desleial baten ahalezko erantzulea. Era berean, Lehiaketa Desleialaren Legeak enpresaburuek kontsumitzaileekin (eta ez bakarrik beste lehiakideekin) burutzen dituzten jokaera desleialak ere zigortuko ditu, aurrerago aztertuko den bezala.

Publizitatearen Lege Orokorrak, bestalde, publizitate-kanpaina bat egiten denean ez du *iragarlea* behartzen bere burua *identifikatzera* edo bere izena ematera; hau da, publizitate-jarduera baten helburua produktu, ondasun edo zerbitzu bat sustatzea izanda ere, eta, orobat, produktu horiei buruzko informazio erakargarria iragarlearen enpresa edo markarekin erlazionatzera bultzatzea, ordenamendu juridikoak ez du iragarlea behartzen bere burua identifikatzera edo nor den esatera. Dioguna iragarlearen *izen komertzialik gabeko* edo *markarik gabeko* iragarkietan ikus daiteke, duda eta jakin-mina piztu nahi dutenetan, hain zuzen. Egoera hori, halere, ez da honako honekin nahasi behar: epaile batek legezko mandatuaren bitartez iragarlearen izena esateko eskatzen duen kasuarekin. Kasu horretan, agentziak eta hedabideak behartuta baitaude epaileak eskatutakoa betetzera (Santaella, 2003: 137).

Iragarleak publizitate-kanpaina kontrolatzeko eskubidea duenez, esan den bezala, iragarki-kanpainaren *lehen erantzulea* ere izan beharko du. Kontzepzio horretan oinarritzen dira, hain zuzen ere, *publizitatea eteteko akzioa* (LDL 32.1.2 eta 33. artikulua) eta *publizitatea eten eta zuzentzeko eskaerak* (LDL 32.1.2 eta 4 artikulua). Ildo beretik, LDL 32.2 artikuluan epaiaren edukiak zehazten dituenetan, argi eta garbi agertzen du berriro ere iragarleak iragarkiaren *dominus* izaera duela, epe jakin batean publizitatearen elementu ez-zilegiak kentzeko aukera duela esaten baitu (Santaella, 2003: 137).

Arau berezien aurka doan publizitatearen kasuetan —hau da, hainbat produktu, ondasun edo zerbitzuren publizitate-araudiaren aurkakoa denean—, *erantzukizuna iragarlearena* izango da *lehenik*, kasu gutxi batzuetan izan ezik. Beraz, kaltetutako kontsumitzaileak bere erreklamazioa lehendabizi iragarlearen kontra aurkeztuko du. Hala eta guztiz ere, publizitate-agentziei eta hedabideei erantzukizun bateratua eskatzeko aukera izango du halaber (Pino, 1991: 112-114; Santaella, 2003: 137).

Hasiera batean iragarlea izango da lehen erantzulea, publizitatea bere interesen alde egiten baita eta berak baitu jarduera horren arriskuaren gaineko kontrol nagusia; baina zilegitasun gabeko publizitate horren errudunak ordaindu beharko ditu publizitate ez-zilegiaren ondorioz sor daitezkeen kalteak. Egintza ez-zilegi horretan parte hartu duten guztiak izan daitezke errudun (iragarlea, agentzia, eta baita hedabideak ere) (De la Cuesta, 2002: 123).

3.5. PUBLIZITATE AGENTZIA

Iragarleak hartzaileei informazioa eman nahi dienean, forma eman behar dio informazio horri, hartzaileek mezua jaso dezaten eta mezu hori kontuan izan dezaten merkatuan hartu beharreko erabakietan. Hedapenari dagokionez, berriz, iragarkia hedabide egokienean zabaldu beharko da, helburu den publiko edo hartzaile objektiboarengana iristeko (De la Cuesta, 2002: 83).

Merkataritzako jardueran, eragile ekonomikoek beren ondasun, zerbitzu eta produktuen promozioa lortuko dute, baldin eta publizitate-kanpainak programatu, diseinatu eta burutzeko beharrezkoak diren baliabide egokiak badituzte; praktikan, berriz, enpresaburu bakoitzak duen espezializazioa dela medio, beste pertsona fisiko edo juridikoengana jotzen du, jarduera horretan adituak direnek beren iragarkiak eta publizitate-kanpainak egin ditzaten (Alonso, 1999: 346).

Ikuspegi horretatik, hartzaileen kontsumorako egokia den informazioa tratatzea izango da publizitate-informazioaren prozesuaren helburua; baina hemen zehaztu behar da *publizitate-komunikazioa* ez dela datu edo egitate jakin batzuen bidaltze hutsa, baizik eta, halaber, mezu horren konbentzigarritasuna lortu eta zabaldu beharko da; hau da, jasotzaileek —mezu horrek eskaintzen dizkien aukerak direla eta— erakarrita sentitu beharko dute. Mezuaren eraginkortasuna jasotzaileak erakartzeko erabiliko diren argudioekin erlazionatuko da zuzenean. Beraz, publizitate-komunikazioak sistema ekonomikoaren barruan eragile gisa duen garrantzia kontuan harturik, informazio konbentzigarria erdietsiko duten espezialistengana jo beharra dago nahitaez merkatuan eragina lortzeko (De la Cuesta, 2002: 85).

Publizitate-agentziak, lehenago esan den bezala (ikus bedi 1.1. puntua), publizitate-subjektuen maila du PLOren arabera, eta aipaturiko legearen 12. artikuluan jasotzen da haren definizioa: «Publizitate-agentzia pertsona fisiko edo juridikoa da, profesionalki eta organizazio baten bitartez publizitate (kanpaina) bat sortu, prestatu, programatu edo egikaritu egiten duena beti hirugarren alderdi baten mandatuz» (Acosta, 1990: 32; Alonso, 1999: 346; De la Cuesta, 2002: 86-87)²⁶.

26. Gaur egun subjektu horri «publizitate-agentzia» deitzea erabat desegokia da, garai batean betetzen zuten eginkizuna orain ez baitute betetzen; hau da, une historiko jakin batean, gizarte-mailako hedabideetako publizitate-tarteak erostea zen agentzien lan nagusia, eta iragarleak tarte horrengatik ordaindutakoaren portzentaje bat eskatzen zuten *komisio* gisa. Agentzien lan horrek lehenago merkataritza-izaera zuen; egun, berriz, agentziek sormen-lana egiten dute nagusiki (Santaella, 2003: 137-138).

Gaur egun publizitate-mezua teknikoki egiteaz gain, haren hedapen-plana egitea ere izaten da publizitate-agentzia baten lana (PLO 8. art.). Arlo bi horiek, hasiera batean banaezinak baziren ere, praktikan banandu egin dira, eta agentziek gaur egun gehienetan mezua gorpuzteari ekiten diote; hedapen-plana, aldiz, *hedabide-tarteak* erosteko banagune deritzatenek egiten dute (De la Cuesta, 2002: 86).

Publizitate-agentziak, beraz, publizitate-mezua zein hedapen-plana egin ditzake (PLO 8. art.), eta, hala, kontraesan batekin egiten dugu topo; izan ere, gaur egun, oraindik, hedabideek *agentzia-komisioa* ordaintzen diete agentziei, baina benetan ez dagokie; hau da, iragarleak zuzenean edo agentziaren bitartez erositako tarteengatik, hedabideak prezioaren portzentaje bat ordainduko dio bezeroari. Ohitura hori garai batean bidezkoa eta egokia zen agentziak hedabideekiko zuen leialtasuna zela-eta, baina orain, berriz, ez du zentzurik. Lehenago, agentziak hedabide bati erositako tarteengatik *diru-sari bat* jaso edo *rappela* lortzen zuen; egun, ostera, egoera hori erabat desberdina da, agentziek ez baitituzte erosten tarte horiek, beste organizazio batzuek baizik, erosketen banaguneek, alegia. Beraz, agentziek jasotzen dituzten *komisio horiek* une honetan ez dute bidezko oinarririk eta, trafikoan, eragin kaltegarria dute iragarleek promozionatzen dituzten ondasunen prezioetan. Ondorioz, egoera ilunak sortzen dira merkatuaren gardentasunaren kaltetan.

Publizitate-agentziaren *nozioa* ez dator bat aurreko Estatutuak ematen zuenarekin (PE 11. art.)²⁷, publizitate-jarduera aurrera eramateko, administrazioaren baimena —*lizenzia titulua*— (PE 16. eta 17. art.) eskatzen baitzion lege hark agentziari. Gaur egun, berriz, baimen hori ez da eskatu behar, Konstituzioak merkatu-ekonomiaren barruan *enpresa-askatasunaren eskubidea* jasotzen duelako 35. eta 38. artikuluetan. Dena den, horrek ez du esan nahi publizitate-agentziak publizitate-jarduera aurrera eramateko administrazioaren baimenik behar ez duenik; egoitza irekitzeko baimena edo bestelako baimen eta finantza-lizenziak (*lizenzia fiskalak*), besteak beste. Nahiz eta aurreko erregulazioaren izaera administratiboa oztopo izan profesiorako, egia da, halaber, agentziak babesten zituen lege bat zela, oro har, Estatutua, eta araudi osoan nabari zen subjektu haren nagusitasuna (Martín, 1972: 69-70²⁸; Santaella, 2003: 139).

PLOk, agentziaren definizioan, *organizazio* bat dela dio. Estatutuak, berriz, *enpresa* bat zela zioen. Indargabeturiko lege horrek asmo guztiz okerra eduki ez arren, kontzepzio berria askoz malguagoa da, jarduera profesionalaren forma juridiko guztiak bere baitan hartzeko aukera ematen baitu. Publizitate-agentzia, PLOren arabera, erakunde bat da, merkatuan aurrera daraman jarduerari iraunkortasuna ematen diona, eta PLOk horri buruz ezer esaten ez badu ere, erakunde horien presa bakoitzaren araudiari lotuko zaio, Lehiaketa Desleialaren Legeari eta Lehiaketa Defentsarako Legeari, besteak beste (De la Cuesta, 2002: 176-177; Santaella, 2003: 139).

27. PE 11. art.: «Publizitate-agentziak baimendutako enpresak izango dira, profesionalki eta hirugarren baten mandatuz publizitate-kanpainak sortu, proiektatu, gauzatu edo banatu egiten dituztenak, edozein hedabide erabiliz».

28. Adituak dioenez, agentzia lehenago iragarlearen eta hedabideen arteko artekaria zen.

PLOk agentzia mota bakarra jasotzen du, baina horrek ez du esan nahi publizitate-agentziak espezializatu ezin direnik; hau da, agentzia bakoitzak jarduera zehatz batzuk egingo ditu, ordenamenduak ezartzen duen markoa errespetatuz (Santaella, 2003: 139).

Gaur egun aldatu egin da publizitate-subjektu horren *estatusa*, eta Europako publizitate-agentziei buruzko gaia aztertzeraz eramango gaitu egoera-aldaketa horrek; hau da, gaur egun, publizitate-kanpainak, beren hedapen eta eraginkortasunagatik, mugak gainditzen dituzte, gero eta agentzia espezializatuagoak sortuz (Informe Europeo, 1997: 9-31; Espinosa, 2001: 36-37). Publizitate-agentzien lanaren hedapena da garapen horren arrazoia, agentzien bezeroek berek eskatzen baitute kanpaina mugetatik at zabaltzea, nazioartean antolatzen dituzten kanpainak indartzeko; horretarako, hainbat akordio erabiltzen dituzte, hala nola bat-egite (Informe Europeo, 1997: 74-75)²⁹ eta *joint ventures* direlakoak (Espinosa, 2001: 37; Informe Europeo, 1997: 84-85)³⁰. Horrek guztiak areagotu egin du agentzia txiki eta handien arteko aldea, batik bat iragarleek beren publizitate-kanpainak ordenamendu desberdinetako lurraldeetan garatu behar dituztenean. Izan ere, behin baino gehiagotan, aurkako arauekin topatzen dira, eta nahitaez egokitu behar zaizkio araudi jakin bati; horregatik, Europar Batasunean, bederen, arau homogeneoen beharra aurreikusi zen eta baliabideak jartzen ari dira horiek lortzeko (Informe Europeo, 1997: 84-85)³¹.

Publizitate-agentzia *publizitate-subjektu juridiko-tekniko* nagusia da, beti, iragarlearen mandatuz lan egiten du, eta, teknikoki, hasiera-hasieratik bukaera arte egiten du publizitate-kanpaina (Acosta, 1989: 5.341; Santaella, 2003: 138). Publizitate-agentziak kanpaina prestatu, programatu, bete eta hedatu egingo du osorik edo partzialki; beti, «iragarlearen izenean» egingo du hori guztia, baita berak eskaintzen dituen zerbitzuak promozionatu nahi dituztenean ere. Ardura hori dela-eta, iragarleak kanpaina kontrolatzeko eskubidea (eta betebeharra) izan arren, ezin izango du sekula arlo teknikoan edo profesionalean sartu.

29. Txosten horretan, publizitate-arloan publizitate-agentziek Europan izan duten garapena azpimarratzen da. Talde europarrak Amerikako agentzien taldeen antzera eratzten dira, besteak beste, Londreseko WWW taldea, horrek hiru agentzia-sare baititu bere menpean (*J. Walter Thompson Co., Ogilvy & Mather Worldwide* eta *Conques Europe*). Honako agentzia espezializatu hauek ere azpimarratuko ditugu: *Einson Freeman* —salerosketak sustatzeko eratu zena—, *Common Health USA* —botikak sustatzeko— eta *Mendoza, Dillon & Asociados* —hispanoen merkatua suspertzeko eratua— (Espinosa, 2001: 37).

30. Txosten horrek agentzien arteko hainbat akordio estrategiko aipatzen ditu. Horien bitartez, agentzia batek sormen-lana egiteko konpromisoa hartzen du, eta beste batek edo batzuek, berriz, funtzio teknikoak beteko dituzte. Horixe litzateke *Levi's Strauss* Europa elkartearen kasua, bulego nagusia Bruselan du eta sormen-lana Londresen egiten du. Horretaz gain, mendeko enpresak dituen tokietan, bertako publizitate-agentziekin lan egiten du *Levi's* elkartek.

31. Informeak dioenez, publizitate-agentzien garapenak izan duen bultzada handia *Interneten* sorrerarekin erlazionatu behar da, kanpainak hedatzeko aukera handiak sortzen dituen tresna bihurtu baita (Espinosa, 2001: 38).

Barne-araudira egokituak izan dira Jokaera Desleialen 2005eko eta Ikus Entzunezko Komunikazioen 2007ko Zuzentarauak.

Modu berean, iragarleak ezin izango dio agentziari eskatu publizitate-jarduerak izan dezakeen eraginarengatik emaitza ekonomiko jakin batzuk bermatzeko, horrelako klausulak publizitate-kontratuetan debekatuta daude eta (PLO 12. art.). Beraz, publizitate-agentzia izango da, beraren ezagutza profesionala dela medio, publizitate-kanpaina gauzatuko duen publizitate-subjektua, eta iragarlea, berriz, lan horren gaineko jabetza izango duena (Santaella, 2003: 138).

Publizitate-agentziak lan teknikoari buruzko askatasun osoa du, baina iragarlearekin espresuki adostutakoaren arabera bete beharko du kanpaina; halere, nahitaezko arauetan jasotakoa eta merkataritzako usadioen interpretaziotik eratorritako betebeharrak guztiak ere bete beharko ditu. Agentziek, beraz, mota horretako organizazioei eskatu ohi zaien *ardura* (diligentzia) izango dute beren jardueran, eta iragarleenganako ohikoa den *leialtasuna eta fede ona* gorde beharko dute. Horrek guztiak publizitate-agentzia behartzen du harentzat lan egiten duen enpresaburuaren interesak babestera³² (Alonso, 1999: 172; Santaella, 2003: 138).

Ordenamendu juridikoak publizitate-agentziek sortzen dituzten *publizitate-lanak* eta *jabego intelektuala* babestuko ditu; izan ere, enpresa horien lanek izaera informatiboa uzten dute agerian; komunikatzeko sortzen diren obrekin dute antza publizitate-lanek, eta enpresa horiei ezartzen zaien doktrina bera ezarriko zaie agentziei ere. Ikuspegi horretatik, publizitate-agentziak pareka daitezke informazio-enpresa, telebista, argitaletxe eta egunkariekin; izan ere, informazioa landu egiten da komunikatu ahal izateko. Horregatik, aipaturiko enpresa horiei aplikatuko zaizkien arauak ezarriko zaizkie agentziei ere, esate baterako, langilearen alde egiten duen *kontzientzia-klausula* ere aplikagarria izango zaie. Klausula horren bitartez, langileak komunikazio jakin baten prozesuan parte hartu nahi ez badu, lan-harremanari amaiera eman diezaioke bidezko kaleratze bati dagokion kalte-ordaina kobratuz (De la Cuesta, 2002: 88-89).

Publizitate-agentzia bere menpeko langileen lanaren erantzule izango da. Lan-kontratua duten teknikariek egindakoagatik, agentziak berak erantzungo du; baina, gero, lan hori oker egin duenari erantzuna eskatzeko aukera izango du, *erantzukizun-akzioa* erabiliz. Aitzitik, publizitate-agentziak ez du erantzungo beste publizitate-subjektuei, iragarle eta hedabideei dagokien erantzukizunagatik³³.

Publizitatearen Lege Orokorren arabera, publizitate-kontratuaren *hirugarren alderdi batekiko erantzukizuna arintzeko klausula* deuseza izango da (11. art.). Hala, agentziak ezin izango du modu horretako klausula bat erabili, zuzenean edo zeharka, sinatutako kontratuetan, dagokion erantzukizuna saihesteko edo ekiditeko; are gehiago, iragarlea publizitate-jardueraren lehenengo erantzulea izan arren, ikuspegi juridikotik gerta daiteke publizitate-agentziak hirugarren alderdi baten

32. Maiatzaren 27ko 12/1992 Agentzia Kontratuari buruzko Legea (9.2 art.).

33. Lan edo menpeko erlazioa dutenen erantzukizuna Kode Zibilean erregulatzen da (1.903.4 eta 1.904. artikuluetan); erantzukizun kontraktuala, Kode Zibilaren 1.101. artikuluan eta ondorengoetan, eta kontratuz kanpokoa, berriz, 1.902. artikuluan (Santaella, 2003: 139).

aurrean solidarioki edo era mankomunatuan erantzun behar izatea lege hausteagatik (Santaella, 2003: 139).

Publizitate-agentziaren eta hedabideen arteko erantzukizun kontraktuala, berriz, adostutako kontratuan jasotako xedapenen arabera gauzatuko da; halere, kontratuan horri buruzko ezer jasoko ez balitz, ordenamendu juridikoaren arau orokorretara jo beharko da (Kode Zibilaren 1.101. artikulua eta ondorengoak) (Santaella, 2003: 139).

3.6. PUBLIZITATE HEDABIDEAK

Publizitate-hedabidearen kontzeptua zehaztearren, beharrezkoa gertatzen da subjektu horren azterketa objektiboa zein subjektiboa egitea. Publizitate-hedabidea, ikuspegi *objektibotik*, mezua daraman euskarria izango da, eta euskarri hori desberdina da formaren eta informazio-teknologien arabera. Ikuspegi *subjektibotik*, berriz, hedabidearen titular edo jabeari begiratu beharko zaio, harena bakarrik baita hedabide hori erabiltzeko eskubidea.

Publizitatearen Lege Orokorrak ematen duen *hedabideen kontzeptua* (8. art.) bat dator aipatu dugun ikuspegi subjektibo horrekin eta horregatik, hain zuzen, sartzen da publizitate-kontratuei dagokien kapituluan. Mezuak izango duen eraginkortasunean, hedabideak nola hautatu oso garrantzitsua izango da; batetik, iragarkia arrakastatsua izatea lortuko da eta, bestetik, helburutzat duen publikora iristeko bidea erraztu egingo da (De la Cuesta, 2002: 90).

PLoren 8.3 artikulua *publizitate-komunikazioa bideratuko duten hedabideen definizioa* jasotzen du: «Publizitate-hedabideak pertsona naturalak edo juridikoak, publikoak edo pribatuak izango dira, organizazio baten bitartez eta beren titulartasun-euskarrien bidez edo komunikabide sozialen bidez, publizitatea hedatu ohi dutenak». Doktrinarekin bat gatoz dioenean legean publizitatea hedatzeko dagoen hedabideen definizioa laburra izan arren, zehatza eta ona ere badela (Santaella, 2003: 139).

PLoren legezko kontzeptuan (8.3 art.), hedabidea —iragarlea eta agentzia bezala— pertsona naturala edo juridikoa izan daitekeela jasotzen da; araua askoz zehatzagoa da pertsona juridikoa pribatua edo publikoa izan daitekeela dioenean. Ikuspegi horretatik, Espainiako Administrazioa eta Estatuko autonomia-erkidegoak hedabideen jabe edo titularrak izan daitezke, baina, Administrazioa iragarle izatea ohikoa bada ere (Frantzia ez bezala), horrek ez du sekula publizitate-agentziarik sortu (Santaella, 2003: 139).

Hedabideak publizitatearen hedapenean eta publizitate-komunikazioan oinarri materiala osatzen duenez, «bere gizarte-komunikaziorako hedabide eta euskarrien bidez» egingo du lan (PLO 8.3 art.); beraz, *bi publizitate-hedabide mota ditugu*: batetik, euskarri soilak direnak, eta, bestetik, gizarte-komunikaziorako hedabideak direnak, informazioarekin batera publizitate-mezuak zabaltzen dituztenak, alegia (Santaella, 2003: 140).

Bi publizitate-hedabide mota horiek jabego *pribatu* zein *publiko* izan daitezke. Hedabidea publikoa izanez gero, bere izaera eta interes publikoa dela medio, gizartearentzat egokia den informazioa bermatu beharko du, baita publizitate-mezuetan ere, horixe baita Konstituzioak arautzen duen nahitazeko betebeharra gizartearen aniztasuna bermatzeko. Espainiako Konstituzioaren 20.3. artikuluan obligazio garrantzitsu bi jasotzen dira: batetik, gizarte-komunikaziorako hedabideetan, denok izango dugu aukera gure iragarkiak zabaltzeko, eta, bestetik, Espainiako hizkuntza-aniztasunari dagokion begirunea errespetatu beharko dela publizitate-mezuak hedatzerakoan (Santaella, 2003: 140)³⁴.

Ikuspegi *subjektibotik*, edozein enpresak diharduen bezalaxe aritu beharko du hedabideak, adibidez, alde zureko ustiapen-plan bati jarraituz, posible egin beharko du mezua hedatzea. Hori dela-eta, iragarkiak sartzeko prezioak, baldintzak eta tarifak zehaztuko ditu, eta publizitate-agentziek bezalaxe lehiaketa askeko printzipioak eta baldintzak beteko ditu (De la Cuesta, 2002: 91).

Esan beharra dago hedabideek beren ideologiarekin bat datozen arauak jar diezazkieketela mezuei, eta horiek betearazi, azken batean audientzia horregatik izan baitakioke leial hedabide jakin horri. Halere, haien euskarrietan, zehaztutako tarifak berdintasunaren printzipioaren arabera aplikatuko zaizkie iragarkiak hedatu nahi dituzten iragarleei, horrela bakarrik bermatzen baita merkatuaren eta trafikoaren gardentasunean (De la Cuesta, 2002: 91).

PLOk ez du *diskriminazioaren aurkako printzipioa* bermatuko duen arau zehatzik, beraz, hedabide publiko batek publizitatea hedatzen duenean, Konstituziora eta erakunde publikoek erregulatzen dituzten arauetara jo beharko du. Bestalde, autonomia-erkidegoetako telebista publikoetako arauak ere kontuan hartu beharko dira. Erakunde publikoetako euskarrietan, edonork izango du aukera iragarki bat emateko, baldintza beretan eta diskriminaziorik gabe (Santaella, 2003: 140)³⁵.

Hedabide batek, *titulartasun pribatukoa* izan da, uste badu iragarki jakin bat bere audientziaren interesen aurkakoa dela, uko egin diezaioke mezu hori hedatzeari;

34. Agindu konstituzionala (EK 20.3 art.) garatzen duten arauen artean, honako hauek ditugu: EITB-RTVVko hedabideetan publizitatearen hedapena erregulatze arauak (1.10 artikulua azpimarratzen du erakundearen garrantzia euskararen sustapen eta garapenerako); Euskal Irrati Telebista Erakundea Sortzeko maiatzaren 20ko 5/1982 Legearen (3.h artikulua); uztailaren 8ko 9/2000 Kataluniako Publizitate Dinamikoaren Legea; abenduaren 29ko 18/2000 Kataluniako Institutio Publizitatearen Legea; uztailaren 11ko 9/1984 Galiziako Irrati-telebista Eratzeko Legea.

35. Diskriminazioaren aurkako printzipioa honako arau hauetan jasotzen da: 89/552/EB Zuzendaraua espainiar ordenamendu juridikora egokitzen duen uztailaren 12ko 25/1994 Mugaz Gaiendiko Telebistaren Legea; ekainaren 7ko 22/1999 Telebistaren Legea eta Espainiako Irrati Telebistako Erakunde Publikoko Zuzendaritza Nagusiak Televisión Española SAn publizitatea hedatzeko emandako arauak buruzko urtarilaren 22ko 2001eko Erabakian. Era berean, indarrean jarri den 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Legea, martxoaren 31koak, diskriminazioaren aurkako printzipioa ere jasotzen du hainbat arlotan (4., 8. eta 18. artikulua).

halere, ez litzateke onargarria tarifa desberdinak erabiliz iragarleak diskriminatzea (Santaella, 2003: 140).

Publizitatearen hedapena dela-eta, hedabideek duten *erantzukizuna* legeei eta kontratu-arauei dago lotua³⁶. PLOren 13. artikulua arabera, hirugarren alderdien aurrean, berriz, publizitate-mezu ez-zilegia zabalduz gero, iragarle eta publizitate-agentziarekin batera erantzukizun solidarioa edo mankomunatua izan lezakete hedabideek (Espinosa, 2001: 39). Horixe litzateke Konstituzioak (10.1 eta 18.1 art.) babesturiko eskubide eta betebeharrak urratzen dituen publizitatearen kasua edo pertsonaren duintasunaren kontrakoa. Gauza bera gertatzen da *subliminala* edo *debekatua* denean (PLO 3. eta 4. art.) (De la Cuesta, 2002: 34; Santaella, 2003: 141).

Hedabideak, hedapen-kontratuaren arauak ez betetzeagatik erantzuteaz gain, edozein hedabidek bete behar dituen obligazioak ez betetzeagatik ere erantzun beharko du, horrek *identifikazio-printzipioa* estu-estuan errespetatzea eskatuko dio (PLO 9. art.): informazioa eta publizitate-mezua ongi bereizi behar ditu, eta hartzaileek mezua jaso ahala jakin behar dute informazioaren ala publizitatearen aurrean dauden³⁷.

Publizitate-subjektu hori aztertzeak gure gizartean arrakasta handiko bi hedabide aipatzera garamatza, batetik, *telebista*, eta bestetik, *Internet*. Bi horiek orain arte esandako guztia errespetatu behar badute ere, haien ezaugarri berezi batzuk ere kontuan hartu beharko dira. Batetik, publizitatearen euskarriak direla-eta, PLOren 2. artikuluan jasotzen den bezalaxe, hartzaileek publizitate-mezua irakurri, entzun edo ikus dezakete edozein aurkezpen mota erabilita (PLO 2. art.). Bestetik, publizitate-agentziekin gertatzen den bezala (baita gure inguru hurbilean ere), Europan hedabideen arteko berdintasunik ezak publizitate-, marketin- eta komunikazio-politiketan arazoak sortzen ditu, eta, lurraldeen arabera, ondorio desberdinak eragiten ditu publizitatearen eraginkortasunean eta kostuan (Espinosa, 2001: 39-40; Informe Europeo, 1997: 4)³⁸.

Azkenik aipatu beharra dago *teknologia berrien* garapen handiak hedabideen espezializazioa ere bultzatu duela, eta, ondorioz, publizitaterako etorkizun handiko euskarri berriak eratu dituela (Espinosa, 2001: 40-41)³⁹.

Beraz, esan liteke publizitateak hedabide eta euskarri berriekin lortu duen egokitapena erabatekoa izan dela, zeren kable edo satellite bidezko telebista eta *Word Wide Web* (*www*) delakoa oso tresna erakargarriak suertatu baitira publizitate-

36. Kontratuen erantzukizuna Kode Zibilarren 1.101. artikuluan eta hurrengoetan erregulatzen da, eta kontratuz kanpokoa, aldiz, 1.902an eta hurrengoetan.

37. Indarrean dagoen uztailaren 23ko 2198/1976 Errege Dekretuan identifikazio-printzipioa zertan datzan jasotzen da (Santaella, 2003: 141).

38. Txosten horrek dioenez, egunkaria maizago irakurtzen da Europako ipar eta erdi aldean (Suedia, Finlandia, Danimarka eta Alemanian) hegoaldean baino; Europako Mediterraneoko lurraldeetan, berriz, telebista maizago ikusten da, bereziki, Italian, Grezian, Espainian eta Portugalen.

39. *On line* eta *off line* —CD ROOM—.

kanpainak gauzatzeko. Enpresa iragarlearentzat *Weba* komunikazio-estrategia bideratzeko ezinbesteko elementu bihurtu da. Hori erabiliz, *banakoarentzat komunikazio-bide* zuzena lortu dute, eta *marketin-prozesuaren* aukerak handitu eta azkartu (Espinosa, 2001: 40-41)⁴⁰.

Teknologia berriek, publizitate-tekniken garapenerako onuragarriak izan arren, kontrako ondorioak ere ekarri dituzte. Batetik, badira zailtasunak zehazteko zein zuzenbidek erregulatuko duen mugaz haraindiko publizitatearen hedapena; eta, bestetik, arazoak sor daitezke zedarritzeko zein epailek duen ahalmena hori konpontzeko. Beraz, gaur egun, Interneten, edo satelite-telebistaren bidezko publizitate-jarduera batek jabego industrialaren aurkako lege-haustea edo izaera desleialeko ekintza ez-zilegia sor lezake, eta hedapenaren ondorio txarrak konpontzeko zailtasunak ere sor litezke, erregulazio juridikoa eta erantzukizuna zehaztea asko zaildu direlako (Espinosa, 2001: 42-43). Halere, Europar Batasuna esfortzu handiak egiten ari da europar eremuan, bederen, publizitate ez-zilegiak eta jokaera desleialek sor ditzaketen ondorio kaltegarrietatik merkatuko eragile guztiak, eta kontsumitzailea eta erabiltzailea batik bat, babesteko (2005eko Jokaera Desleialen Zuzentaraua eta 2007ko Ikus Entzunezko Komunikaziorako Zuzentaraua).

Aipatu ditugun komunikabide horien artean Internet delakoak izan du eragin handiena publizitate-kanpainak zabaltzeko; koste gutxikoa izanik, ezinbesteko tresna suertatu da, eta bezeroengana hurbiltzeko zuzeneko bide bihurtu da. Gaur egun, jendearengana hurbiltzeko kostu baxuko baliabide errazenetakoa dugu eta, halaber, banakoarentzat komunikabide nagusi bihurtu da (Espinosa, 2001: 51-52). Internet da gaur egun publizitate-kanpainetako euskarri egokienetako bat, batez ere bere bitartez testuak eta irudiak aurkez baitaitezke, eta eskaintzen diren markak, merkantziak eta zerbitzuak modu errazean frogatu baitaitezke. Euskarri hori hartzaileak ordaindu behar izateak, ez du publizitate-izaera aldatuko, egunkari batekin gertatzen den egoera bera baita; izan ere, egunkaria ere ordaindu egiten dugu eta barruan publizitatea darama. Oro har, enpresaburu askok erabiliko dute euskarri hori, horixe baita publizitatea doan edo prezio merkean zabaltzeko forma bakarra (Espinosa, 2001: 54-55).

Interneteko erregulazioa zehazteko, hainbat urrats egin dira; horren ondorioz, Internet bidez hedaturiko publizitatearen arazoak konpontzeko, batetik, lurralde jakin baten arauak hartuko dira aintzat, eta, bestetik, industriak ezartzen dituen publizitate-arauak. Nazioarteko Merkataritza Ganberak⁴¹ eta hainbat lurraldek sortu

40. Honen ildotik, aipa genitzake indarrean jarri diren hainbat legeria berri: 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Legea, martxoaren 31koa eta 59/2003 Firma Elektronikoen Legea, abenduaren 19koa. Bi arau horiek teknologia berriak erabiliz publizitate- eta merkataritza-komunikaziorako marko juridikoa ezartzen dute.

Legegileak asmo berbera azaldu du Lehia Desleialaren Legearen bidez baliabide telematikoz egin daitezkeen hainbat jokaera erasotzaile jaso dituenean (29.2 artikulua).

41. *Nazioarteko Lankidetzaren Hitzarmenaren proiektuak* lurraldeetako printzipio komunak eta erantzukizuna zehazteko irizpideak ezartzen ditu.

dituzten arauak ere aplikatuko dira eragin handiko euskarri horretako publizitatea zuzendu nahian⁴².

Nazioarteko eremuan lurraldeen arteko laguntza eta kooperazioa ezinbestekoa da, ahalik eta erregulazio berdintsuena lortzeko; ikuspegi horretatik, Ekonomia Lankidetzak eta Garapeneko Erakundea (ELGE)⁴³, Europako Kontseilua, Nazioarteko Telekomunikazio Batasuna, G8 (arloan ekonomikoan) eta G20 (finantza arloan) direlakoan lana hartu behar dira kontuan, merkatu globalizatu batean ez baitago beste biderik publizitatea arautzeko (Espinosa, 2001: 54-55).

Europari dagokionez, Internet euskarri gisa garatu izanak publizitateak zituen muga guztiak desagerrarazi ditu; hori dela-eta, Europar Batasunak lege marko bakarra lortzea du helburu lurralde partaideentzat, alegia, publizitate-jarduera hori Internet bidez egiten denean publizitateri buruzko zuzentarauen printzipio berak ezartzea (Espinosa, 2001: 61). 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Legea, martxoaren 31koa eta 59/2003 Firma Elektronikoen Legea, abenduaren 19koa kontuan hartuz gero, publizitatearen jatorrizko lurraldeko erregulazioa aplikatuko zaio iragarki jakin bati: Interneten kasuan, bitarteko hori deskokatzeko denez, batzuetan ez da erraza izango hori zehaztea, zerbitzariak edonondik lan egin baitezake bere kokapen materiala zein den jakin gabe; beraz, badaude zailtasunak jarduera ez-zilegi batean parte hartzen duten subjektuak nor diren zehazteko. Halere, esan den bezala, hainbat lurralderen kooperazio juridikoak antzeko zigorrek ezarriko dizkio Interneteko publizitate ez-zilegiari, europar eremuan bederen (Espinosa, 2001: 61)⁴⁴.

3.7. HEDABIDE TARTEAK EROSTEKO BANAGUNEAK

Komunikazio-prozesua hedapenarekin amaitzen da eta, arlo horretan, *hedabideetako tarteak erosteko banaguneak* eginkizun esanguratsua dute; izan ere, enpresa horiek hedabideen denboraldiak edo tarteak erosteko ardura hartzen dute, betiere iragarle edo publizitate-agentzien mandatuz.

42. Horien artean, aipagarriak dira, besteak beste, Frantziak, Erresuma Batuak edo Herbehereek Internet bidezko zerbitzuen publizitatea arautzeko egin dituzten aurreproiektuak.

43. *Nazioarteko Lankidetzak Hitzarmenaren Proiektuak* nazioarteko publizitate-jarduerari buruzko printzipio komunak zehaztu ditu, besteak beste, noiz aplikatu behar den lurraldeko zuzenbidea, nori egotzi behar zaion erantzukizuna, eta publizitate-arloko profesionalen «jarduera oneko kodea».

44. Joan den 2010ean Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak *Google France versus Louis Vuitton* auziari buruz erabaki garrantzitsu bat hartu zuen. Auzitegiak erabaki behar zuen ea *Google* zerbitzu-emaileak erabili ohi duen *AdWords* edo «gako-hitz»en publizitate-teknika zilegia zen Marken Zuzenbidearen ikuspegitik. Europako Auzitegiaren iritziz, *Googlek*, eskaintzen duen zerbitzuagatik dirua kobratu arren, ez ditu markak eta zeinu bereizleak erabiltzen bere produktuak edo zerbitzuak trafiko ekonomikoan saltzeko, beste eragile batzuenak sustatzeko baizik. Hori dela-eta, *Google* ez litzateke erruduna izango.

Erabaki horretan ikus dezakegunez, Europar Batasuneko Auzitegia merkataritzan erabiltzen diren komunikazio berrien inguruan bete-betean sartu da Europako Zuzenbidea oinarri hartuta.

Erosketen banagune horiek sortu zirenean, agentziek hedabideetan tarteak erosteari utzi zioten. Enpresa horiek, agentziek erosi nahi dituzten publizitate-tarteak modu bateratuan eskatzen dituztenean, kontratazio-ahalmen esanguratsua izatera iritsi dira trafikoaren eta hedabideekiko erlazioetan; bestalde, askoz prezio hobeak eta bestelako abantailak lortzen dituzte, iragarleak edo agentziak hedabidearekin zuzenean lortuko lituzketenekin alderatuta.

Horrela aritzeak *publizitate-salneurrien nolabaiteko bazterketa* dakar, kontratazioaren baldintzak zehaztu gabe geratzen direlako eta publizitate-merkatuaren gardentasuna galtzen delako. Hau da, erosketen banagune horietan iragarleek eta agentziek parte hartzen badute ere, askotan interesen nahasketa, prezio-sistemaren gardentasunik eza eta lehiaketa murrizten duten egoerak sortzen dira, eta iragarleen kontratazioan eragin negatiboa izango du horrek.

Halere, lehiaketa babesteko legeen arauak ere bete beharko dituzte erakunde horiek, bai *Lehiaketa Babesteko Legea* bai *Lehiaketa Desleialaren Legea*, betiere iragarleen ondasun-merkatuan izan dezaketen eragina kontuan hartuz (De la Cuesta, 2002: 92-93).

Hedabideak aztertzerakoan aipatu da euskarri eta mezuaren hedapen-baldintzen garrantzia, publizitate-obra komunikatzeko orduan; horregatik, mezua zabaldu baino lehen ezinbestekoa da beharrezkoak diren hedabideak zehaztu eta aukeratzea. Lehenago, publizitate-agentziek egiten zuten lan hori; gaur egun, berriz, erosketen banaguneek egiten dute, eta, prozedura horrek hasiera batean publizitate-agentziaren sormen-lanaren gainean eraginik izan beharko ez lukeen arren, erosketa-enpresa horiek, aukerak erakargarriak izan daitezten, sarritan ez dute bere gain hartuko publizitate-obra bati dagokion euskarri egokia aukeratzea, eta euskarri jakin batekin duten negozioaren eta baldintzen arabera kontratatuko dituzte tarte horiek; baina jokaera hori behin baino gehiagotan suertatzen da publizitate-lanaren kaltetan (De la Cuesta, 2002: 92-93). Hori guztia kontuan hartuz, organizazio horiei dagokienez, bi ondorio atera daitezke. Batetik, euskarriak aukeratzean, euskarrien prezio edo eragile ekonomikoari lehentasun handiagoa ematen zaio, erabili behar den komunikabidearen eragile teknikoari baino; eta, bestetik, publizitate-agentzien ia lan bakarra, gaur egun, sormen-lana da (De la Cuesta, 2002: 93).

Enpresa horri dagokionez, doktrinak, maiz kritikatu du PLOk duen hutsunea, PLO indarrean jarri baino lehen eratu baitziren enpresok. Horretaz gain, organizazio horiek komunikazioaren fenomenoaren barruan duten eragin esanguratsua dela-eta, haien jarduera aintzat hartu ez izana behin baino gehiagotan salatu izan da (De la Cuesta, 2002: 93)⁴⁵.

45. Gaur egun, sarean ikus daitekeenez, hedabideetako espazioak horien bidez erosi ohi dira.

3.8. PUBLIZITATEAREN HARTZAILEAK, KONTSUMITZAILEAK ETA KONTSUMITZAILEEN ELKARTEAK

Publizitate-hartzaileen kontzeptua PLOren 2. artikuluan azaltzen da: «Mezuak ukitzen duen hori edo publizitate-mezuaren jasotzailea izango da publizitatearen hartzailea». Definizio horretatik, hainbat ondorio atera daitezke. Lehenik, publizitate-hartzailea mezuaren jasotzailea izango da, nahiz eta gero mezu hori harengana iritsi ez. Bigarrenik, publizitate-mezuak ukitzen dituen pertsonak ditugu; hau da, berez mezuaren hartzaileak edo hartzaile ez direnak (Acosta, 1989a: 32; Santaella, 2003: 141).

Publizitate-hartzaileak zenbait baldintzaren arabera osaturiko taldeetan sailkatuko dira. Talde horien ezaugarriek publizitate mota zedarrituko dute; hau da, xede den talde horrek erlazio zuzena izan beharko du publizitate motarekin (korporatiboarekin, produktuen publizitatearekin), produktuaren izaerarekin, lortu nahi diren beharrezanekin, eta abar. Publizitate- eta marketin-zerbitzuetan espezializatutako enpresek zehazten dute *xede den publiko* hori (De la Cuesta, 2002: 77-78).

Zuzeneko publizitatea erabiltzen ez denean, publizitateak mezuaren xede den talde horretan ez dauden pertsonak ukitzea ekar lezake. Horrexegatik, xede-taldeko kideak ez diren subjektuak ere baditugu *publizitatea jasotzen duten pertsonen artean*.

Hartzailearen kontzeptua zehaztu nahi izan denean, sarritan, pentsatu ohi da *kontsumitzaileez* edo *erabiltzaileez* ari garela, baina uste hori okerra da, publizitate-komunikazioa ez baita beti kontsumitzaile edo erabiltzaileengana zuzentzen (De la Cuesta, 2002: 78-80). Kontsumitzaileak eta erabiltzaileak ondasun multzoa kontsumitu edo erabiltzen duten pertsonak dira, edo eskala handian eskaintzen diren zerbitzuak erabiltzen dituztenak. Trafiko ekonomikoan kontsumitzaile eta erabiltzailearen irudia sortzeak eragin garrantzitsua izan du transakzio-zuzenbidean; mezu limurtzaileak ordezkatu du zuzeneko harremana. Horren eraginez, trafiko-erlazioak *despertsonalizatu* egin dira kontsumo-arloan, eta *atxikipen-kontratuak* eta *kontratuen klausula orokorrak* ugaltu dira. Lehenago, kontratazio mota horretan enpresaburuek *gehiegizko klausulak* jasotzen zituztenean, kontsumitzaile eta erabiltzaileek arazoak izaten zituzten horiek kentzeko; gaur egun, berriz, kontsumitzaile eta erabiltzaileen *interes kolektibo* edo *difuso horiek* defendatu egiten dira. Kontsumitzaileak askatasun osoz egin dezan kontratazioa eta babestua gera dadin, sinaturiko kontratua erabat zuzena izango da bermeari esker (De la Cuesta, 2002: 80)⁴⁶.

Espainiako *ordenamendu juridikoa* joan den mendean hasi zen *interes difuso* direlakoak babesten, 64.eko Publizitate Estatutuan ageri den bezala; pixkanaka-pixkanaka, interes horien babesa garatu da, eta, gaur egun, 2007ko Kontsumitzaile

46. Kontratazioaren Baldintza Orokorrak 7/1998 Legea, apirilaren 13koa. Arau honek debekatu egiten ditu gehiegikeriazko klausulak, deuseztat joaz. Horretaz gain, arlo gehienetako erregulatzaileek atxikipen-kontratuaren baldintza orokorrak aztertu egiten dituzte eta zaila da kontratu horietan klausula deusezak topatzea.

eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorren Testu Bateratua (KEDTB) dugu, talde-interesa babesteko tresna garrantzitsua.

Europar Batasunak, halaber, interes kolektibo horien babesa bultzatu du bere politikan. Hala, *Kontsumitzaile* eta *Erabiltzaileentzako Eskubideen Ituna* gauzatu zuen (EK 51. art.). Itun horrek, kontsumitzaile eta erabiltzaileen interesak defendatzeaz gain, epaileen aurrean interes kolektiboen titularrak diren kontsumitzaile eta erabiltzaileen elkarteei aurkezteko aukera eman die (De la Cuesta, 2002: 80)⁴⁷.

Hala eta guztiz ere, hainbat egoeratan, hartzailearen irudia ez da nahasi behar kontsumitzaile eta erabiltzailearenarekin (De la Cuesta, 2002: 80; Santaella, 2003:141); izan ere, hartzailearen kontzeptua ikuspegi juridikotik zabalagoa da *kontsumitzaile* edo *publiko kontsumitzaile*arena baino. Horretaz gain, enpresaburuak ere publizitate-mezuaren jasotzaileak izan daitezke; horrek esan nahi du produktua erosi ondoren ez dutela trafiko ekonomikotik at utziko, baizik eta ekoizpen- edo eraldatze-prozesuan erabiliko dutela. Kasu horretan, publizitate-mezuaren objektu bihurtuko lirateke bai kapital-ondasunak, bai lehengaiak, baita enpresaren antolaketa-erako baliabideak ere, eta baliabideak eskuratzeko aukerak egongo lirateke. *Publizitate korporatibo*aren kasuan hartzaileak edo jasotzaileak, ordea, ez dira publizitatearen xede izango, merkatuan edo enpresa-trafikoan irautea izango baita publizitate horren helburua (De la Cuesta, 2002: 80).

Publizitatearen hartzaileak mezuak benetan ukitzen duen pertsona-taldea izango da. Erabilitako hedabideen arabera, taldea aldatu egingo da; eta kontsumitzaile eta erabiltzaileak babesten diren antzera babestuko dira horiek ere⁴⁸.

Publizitate-mezuak ukitzen dituen hainbat talde berezi ere sartuko dira publizitatearen hartzaileen kontzeptu horren barnean. Ezaugarri bereziak direla medio, talde horietan, publizitate-mezuak erraz kalte ditzakeen pertsonak eta babes berezia behar duten pertsonak izango ditugu; besteak beste, umeak, gazteak eta gaixoak (De la Cuesta, 2002: 82).

Dena den, gai horretan, *hartzaileak subjektu juridiko publizitarioak* diren zehaztea izango da garrantzitsuena; hau da, ea legearen ikuspuntutik eskubide eta obligazioen titularrak diren, hori lortuz gero askoz errazagoa baita publizitate-komunikazioaren izaera ez-zilegia zehaztea (Santaella, 2003: 142). Galdera horri erantzuteko, *hartzaileak zein diren zehaztu beharko da ikuspegi abstraktutik zein*

47. Ildo honetatik, 2011ko ekainean Europar Batasunak merkataritza elektronikoari buruzko Zuzentarau berria onartu zuen. Arau horren helburu nagusia da kontsumitzaileen eskubideak babestea merkataritza elektronikoan. Bi urteko epea ezartzen du Europako lurralde guztietako barne-ordenamendura egokitzeko.

48. 1994ko Telebistaren Legeak, ekainaren 7ko 22/1999 Telebista Legearekin batera, mugaz gaindiko telebistaren Zuzentaraua egokitu zuen Espainiako legeriara eta, telebista-saioen artean, publizitatearen banaketa eta denbora mugatzeko arauak jasotzen ditu (De la Cuesta, 2002: 80). Ildo beretik legeria berriaren babesa: 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikaziorako Lege Orokorra, martxoaren 31koa.

zehatzetik. Lehenengo ikuspegitik ez dira publizitate-subjektu juridikoak izango, zehaztu gabeko pertsonak baitira; halere, publizitate ez-zilegiaren aurrean «interes lausoen» babes juridiko prozesalaren printzipioa ezarriko zaie pertsona horiei kontsumitzaileen elkarteen bidez. Horiek publizitate-subjektu juridikoak direnez, kontsumitzaileen interes kolektiboak babestu eta defendatuko dituzte (PLO 25. eta 29. art.) (Acosta, 1989a: 32; De la Cuesta, 2002: 225; Santaella, 2003: 142).

Ikuspegi *zehatzetik* begiratzuz gero, hartzaileak publizitate-subjektu juridikoak izango dira, eta, bidezko interesak edo eskubide subjektiboak urratzen zaizkienean, publizitate-jarduera jakin baten aurka *etete-akzioa* jartzeko legitimaturik egongo dira (PLO 25. eta 29. art.) (De la Cuesta, 2002: 225; Santaella, 2003: 142).

Europar Batasuneko *Zuzenbidea* kontsumitzaileen *interes*en babesaren *printzipioaren arabera* egituraturik dago, eta 2006ko Engainuzko Publizitatearen eta Publizitate Konparatiboaren Zuzentarauan ere ikus daiteke babes hori. Europako arau hori dela-eta, *Estatuko Zuzenbidearen* arabera legitimaturiko elkarte eta organizazioek helegitea jarri ahal izango dute eskumeneko administrazio-organoaren aurrean edo dagokion instantzia judizialaren aurrean.

Ildo horretatik jarraituz, aipatu beharra dago 2006ko Engainuzko Publizitatearen eta Publizitate Konparatiboaren Zuzentarauak estatu kideetako kontsumitzaile eta erabiltzaileen interes kolektiboak eta difusoak babesten dituzten entitateei eta elkarreei ahalbidetu ziela *etete-akzioa* aurkeztea, baldin eta *Europar Batasuneko Aldizkari Ofizialak* elkarte horiek legitimatzeko argitaratzen duen zerrendan agertzen badira (De la Cuesta, 2002: 225).

Beraz, *kontsumitzaile-elkarteen legitimazioa* kontsumitzailearen babes-printzipioan oinarritzen da. Lehenago, diru kopurua zela-eta, kontsumitzaile batek publizitate-jarduerari buruzko arazoren bat baldin bazuen, sarritan ez zuen erreklamaziorik aurkezten, ez baitzuen erreklamatzeari merezi; gaur egun, berriz, elkarte horiek eskaera horiek inolako arazorik gabe bidera ditzakete edozein bide erabiliz—bai indibidualki bai kolektiboki—.

Modu berean, *kontsumo-zuzenbidean*⁴⁹ kontsumitzaileek hartu berri duten legitimazioa *publizitate-zuzenbidean* ere islatu da, eta, orain, publizitate-komunikazioan parte hartzen duen subjektu batek, publizitate ez-zilegiari aurre egiteko beste edozein publizitate-subjektu juridikok bezala, bere eskubideak baliatu ahal izango ditu (Acosta, 1989a: 32; Alonso, 1999: 346; Santaella, 2003: 142).

3.9. IRAGARLEEK, PUBLIZITATE AGENTZIEK ETA HEDABIDEEK OSATURIKO HIRU KIDEKO ORGANIZAZIOAK

PLOren 10. artikuluaen arabera, iragarleak —publizitate-komunikazioaren titularra baita— publizitate-kanpaina kontrolatzeko eskubidea du. Horretaz gain, publizitate-

49. Azaroaren 16ko 1/2007 Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorra eta hainbat legeren testu bateratua.

kanpainaren kontrola bermatzeko, irabazi-asmorik gabeko *hiru kideko organizazioak* eratzeke aukera ematen du arau berak. Elkartek horiek honako hauek aztertzea eta zehaztea dute helburu: komunikabideen hedapena eta, bereziki, aldiko ale kopurua eta salmenta kopurua. Ostera ere, PLOk berak subjektu juridikoaren izaera ematen dio publizitate-komunikazioan parte hartzen ez duen organizazio bati (Acosta, 1989a: 32; De la Cuesta, 2002: 91; Santaella, 2003: 143).

Publizitate-subjektu horren erregulazioa 1964ko Publizitate Estatutuan ezarritakoa bezalakoa da PLOn; haren arabera, iragarleak publizitate-kanpaina *kontrolatzeko* duen eskubidean oinarrituz, irabazi-asmorik gabeko hiru kideko organizazioak (iragarle, publizitate-agentzia eta hedabideak) era daitezke partaide guztiei interesatzen zaien informazioa eskuratzeko (PLO 10. art.) (Martín, 1972: 53; Santaella, 2003: 142).

Publizitatearen Lege Orokorra indarrean jarri baino lehen, 1966ko urtarrilaren 20ko Ministerioaren Agindua eratutako elkarteek betetzen zuten kontrolatzeko funtzioa. Ministerioaren Agindua espresuki indargabetu ez denez, esan beharra dago PLO indarrean jarri baino lehen *eratutako elkarte horiek*⁵⁰ beren funtzioekin jarrai dezaketela, baldin eta PLOren aurka egiten ez badute.

Hala eta guztiz ere, aurreragoko erregelamendu batek baldintza berriak ere jar diezazkieke organizazio horiei, betiere Konstituzioan eta Elkarteen Zuzenbidean ezarritakoa kontuan hartuz (Santaella, 2003: 144).

Gaur egun, martxoaren 22ko 1/2002 Elkarteen Lege Organikoaren arabera eratuko dira *hiru kideko organizazio* horiek, eta, beren eginkizunak betetzeko, Elkarteen Erregistroan inskribatuta egon beharko dute aldez aurretik (Santaella, 2003: 144).

Publizitateko subjektu horrek —kontsumitzaileen elkarteak bezala— publizitate-komunikazioaren prozesuan zuzenean parte hartzen ez duen arren, egiten duen lanak izugarritzko garrantzia du publizitate-arloan, lehiaketa leialari buruzko eta jasotzen dituzten merkatu-ekonomiari buruzko datuek ezinbesteko informazioa ematen baitute. Elkartek horien erregulazioa borondatezkoa da erabat, baina, publizitate-subjektu juridikoek organizazio horietan parte hartuz gero, nahitaez bete beharko dute aipatu dugun eginkizun hori, hau da, komunikabideen eraginkortasuna, hedapena, ekoizpen-ale kopurua, eta salmenta kopurua zehaztea (Acosta, 1989: 32-33; Santaella, 2003: 144).

3.10. PROFESIONALEN ELKARTEAK

Publizitatearen Lege Orokorrek ez du ezer esaten publizitate-komunikazioan parte hartzen duten *profesionalen elkarteei buruz*—iragarleen, agentzien eta hedabideen elkarteei buruz— (Acosta, 1989a: 32-33; Santaella, 2003: 144). Omisio hori bidezkoa da, zeren eta profesionalen elkarte horiek eratzea Publizitate Zuzenbideari baino

50. 1966ko urtarrilaren 20ko Ministerioaren Aginduaren arabera.

areago *Elkarteen Zuzenbideari* baitagokio, Konstituzioan (22. eta 28. artikuluetan) jasotzen den sindikatzeo askatasun-eskubidean oinarrituz.

Beraz, martxoaren 22ko Elkarteen Lege Organikoaren arabera erregulatuko dira elkarte horiek nola eratu eta haien jardueraren ezaugarri administratibo sindikalak (5. artikuluan eta hurrengoetan); halere, iragarle, publizitate-agentzia eta hedabideen elkarte profesional horiek publizitate-arauek ezarritako eskubide batzuk baliatzeko legitimatu dira besteak beste, *etete-akzioa* aurkezteko «haien bidezko interesa edo eskubideren bat urratzen denean» (PLO 25. eta 29. artikulua). Hori dela-eta, publizitate-jarduera batek elkarte horiek ordezkatzeko dituzten profesionalen interesak kaltetzen dituenean, elkarte horiek ordezkatzeko dituzten profesionalak arduratuko dira jarduera horren aurkako ekintza kasuan kasu aurkezteaz (Santaella, 2003: 145).

Ildo beretik jarraituz, komunikazio-prozesuan parte hartzen duten subjektu horiek, publizitate-mezua gauzatu eta hedatzen duten neurrian, elkarte horietako bazkideek edo partaideek aukera ezin hobea dute borondatezko *publizitate-autokontrolerako* sistema eratzeo, *merkataritza-ohitura* eta *-usadio* onen arabera trafikoaren gardentasunaren eta leialtasunaren alde jokatzeko. *Publizitate Autokontrolerako Elkarteak* da horietako bat; izaera publiko zein pribatuko iragarleak publizitate-agentziak eta hedabideak elkartzen ditu, eta hartzaile horien interesak eta publizitate-jardueraren etika babesten ditu⁵¹.

Izaera deontologikoa duten arauak —Konstituzioan jasotako balioetan, esku-bideetan, lehiaketa leialean eta kontsumitzaileen bidezko interesetan oinarritzen direnak— erregulatzen dituzte elkarte horiek (Santaella, 2003: 145).

3.11. TEKNIKARIAK, AGENTEAK ETA PUBLIZITATEAREN PROFESIONALAK

Publizitate-subjektuei buruz eman dugun kontzeptu juridikoaren arabera, *publizitatearen teknikari, agente eta profesionalak ez dira publizitate-subjektu juridikoak* PLOrentzat; hau da, ikuspegi juridikotik ez dira eskubide eta obligazioen titularrak; aitzitik, beren kasa lan egiten duten profesionalak izango dira normalean publizitate-subjektuentzat lan egin ohi duten pertsona fisikoak (Santaella, 2003: 146).

Maiatzaren 3ko 1201/1977 Errege Dekretua dela medio, *Gizarte eta Komunikazio Zientzietako Lizentzia* ikasketak sortu ziren, publizitate-teknikariei 1964ko Publizitate Estatutuak ematen zien estatusarekin baliokidetzeko. Estatutuaren 18. artikulua honako *definizio* hau ematen zuen: «Publizitate-teknikaria pertsona naturala da, Publizitate Institutu Nazionalak emandako titulua jaso duena, eta iragarle, agentzia edo hedabide baten publizitate-jarduera programatu edo zuzendu egiten duena». Lege horren arabera parekatu ziren, alde batetik, publizitate eta harreman publikoen erregistroetan inskribaturiko pertsonak eta, bestetik, Komunikazio

51. Publizitate Autokontrolerako Elkarteak publizitate-jardueraren portaera-kodea eta 1997ko publizitate-jardueraren nazioarteko kodea sortu eta aplikatzen ditu (Santaella, 2003: 145).

Zientzietako eta Publizitate eta Harreman Publikoetako lizentziadunak (Martín, 1972: 69, 70, 86-88; Santaella, 2003: 146).

Publizitatearen Lege Orokorrak, aldiz, publizitate-teknikariak ez ditu aipatzen, beraz, ez ditu publizitate-subjektu juridikotzat hartzen. Aurreko Estatutuan, publizitate-jardueraren subjektuak ziren (PLOren I. Atalburua – III. Titulua), legeberrian, aldiz, ez. Hori dela-eta, gaur egun legeak ez du nahitaezko titulaziorik eskatzen profesionalki publizitatean aritzeko. Halere, publizitate-sektorean diharduten teknikarien lanak erabateko garrantzia duenez, horientzako *status* egoki eta zehatz bat ezinbestekotzat jotzen da; azken batean, exekutibo, kudeatzaile, sortzaile, testu-idazle, argazkilari eta diseinatzaileen lanak publizitate-jardueraren oinarri baititugu (Santaella, 2003: 146).

Profesional horien lana, garrantzia galdu beharrean, gero eta esanguratsuagoa da; baina, esan dugun moduan, Publizitatearen Lege Orokorrak publizitate-subjektu juridikotzat hartzen ez dituenek, araudi berezietara jo beharra dago eguneroko jardueran gainerako publizitate-subjektuekiko (iragarle, agentzia eta hedabideekiko) erlazioetan sor litezkeen arazoak konpontzeko. Hori dela-eta, lan-erlazioei dagokienez, Lan Zuzenbideari eta Zuzenbide Zibilarri begiratu beharko diegu; trafiko ekonomikoan izaten diren egintza juridikoei dagokienez, berriz, Merkataritza Zuzenbideari.

Beraz, ikusi den bezala, *publizitate-teknikarien taldearen* garrantzia gero eta handiagoa izateaz gain, haien pertsonalitate-eskubideek (modeloen irudiaren babesaren kasuan) edo sormenari dagozkionek *jabego intelektualaren* babesa beharko dute publizitate-ideiak eta logotipoak sortzen direnean. Izan ere, autore-izaera eta egile-eskubidea ezin da eskualdatu, berezko eskubidea baita betiko. Publizitatearen Lege Orokorren isiltasuna dela bide, profesional horiek publizitate-jarduera bat egiten dutenean, araudi berezi horretara jo beharko dute, beren interesak askoz hobeto defendatuko dituztelako erlazio juridiko guztietan (Santaella, 2003: 146).

Publizitatearen Lege Orokorra onartu zenean, beste kategoria profesional batere aldatu zen, *publizitate-agentea*, hain zuzen, aurreko estatutuaren arabera, horiek ere publizitate-subjektu juridikoak ziren; berez agentzien eta hedabideen artean bitartekari-lana egiten zuten pertsona fisikoak ziren (PE 13.1). Publizitate-agenteen irudia *komisio-* edo *bitartekotza-kontratuaren* instituzioekin dago erlazionatuta. Kontratu biak —*komisio-* eta *bitartekotza-kontratuak*— Merkataritza Kodeko 244. artikuluan eta hurrengoetan jasota daude, eta, egun, iragarle eta agentzia edo hedabideen arteko publizitate-kontratuak sustatzea izango da publizitate-agenteen lana⁵².

52. *Publizitate-agenteen* lanaren erregulazioa Merkataritza Kodeko *komisio-* eta *bitartekotza-kontratuaren* arauen arabera egingo da (244. art. eta ondorengoak); Kode Zibileko *mandatu-kontratuari* buruzko arauak kontuan hartuko dira (1.709. art. eta hurrengoak), komisioa merkataritzako mandatua besterik ez baita, eta Kode Zibileko mandatuaren arauak ere subsidiarioan ezarriko zaizkio (Santaella, 2003: 131).

4. Publizitate-kontratazioa

4.1. HASIERAKO GOGOETAK

Egungo merkatu globalizatuan, produktu eta zerbitzuen publizitateak hartzen duen garrantzia berebizikoa da. Eskaintzen diren ondasun eta zerbitzu saldoaren artean argitasun apur bat lortu behar bada, beharrezkoa da horiek bereiztea eta bakoitzaren ezaugarriak azalduko dituen publizitatea egitea.

Publizitate horrek, normalean, iragarlearen eta ekimena gauzatuko duten profesionalen arteko harremana eskatzen du, profesional horien ekimenak igorleak sortu nahi duen publizitate-komunikazio eraginkorra posible egin dezan. Ikuspegi juridikotik begiratuta, komunikazioaren alorreko hainbat eremutako adituek beren trebetasun edo adimenaren arabera zerbitzuak eskaintzen dizkiote iragarleari. Halaber, komunikazio-prozesua hedatzeaz ere arduratzen da, eta hedatze horrek euskarri bat eskatzen du, baina iragarlea ez da horren jabe izango. Euskarriak erabiltzearen, beharrezkoa da beraiei titularrarekin —hau da, hedabideekin— harremanetan jartzea.

Hori da ohikoena, baina ezin da baztertu iragarleak beste pertsona batzuen laguntza behar ez izatea publizitate-komunikazioa erdiesteko. Izan ere, iragarleak berak sor ditzake mezuak eta bere euskarriak erabili. Baina teknifikazioak —komunikazio-prozesuan arruntena hori baita— eraginkortasun-arrazoiengatik eskatzen du beste pertsonengana jotzea, iragarlearentzat publizitate-sorkuntzarekin eta hedapenarekin lotutako ekimenak egin ditzaten.

Kontuan hartuta publizitatearen inguruan dagoen kontratuaren gaineko ikuspuntu hori, eta jakinik errendimendu handiena lortzeko iragarleak publizitatean aditu diren beste profesional edo enpresaburu batzuen laguntza behar duela, gure legediak, batetik, kontratuan parte hartzen duten alderdi bakoitzarentzat ezartzen ditu arauak —publizitate-jardueratik sortutakoak—, eta, bestetik, modalitate guztiak tipifikatu eta nahieraren autonomiak ezin gaindi ditzakeen mugak ezartzen ditu. Kontratuan parte hartzen dutenek kontratua hitzartzean eta horren edukia erabakitzean izan ditzaketen hutsuneak xedapenen bidez konponduko dira.

4.2. PUBLIZITATE KONTRATAZIOA

Komunikazio-prozesuan zehar, kontratuan agertzen diren izaera anitzeko elementuekin topa gaitzke. Horiek beharrezkoak dira, ordea, tarteko urratsak posible egiteko eta publizitate-hedapenaren azken une horretara iristeko. Demagun, esaterako, iragarleak edo agentziak pertsona batekin hitzarmena egiten dutela beraren irudia iragarki batean erabilia izan dadin; edo kontuan har ditzagun interpretatzaileekin egindako kontratuak, edo erreprodukzio-tekniketan adituekin egiten direnak. Kontratu horietaz guztietaz ez gara hemen arduratuko, baina komeni da gogoraraztea publizitate-jarduera osoa gauza dadin negozio eta zerbitzu multzoa betetzen dela publizitatezkoak ez diren kontratuen bidez.

Beraz, komeni da bereiztea «publizitate-kontratazioa» eta «publizitateagatik egiten den kontratazioa», publizitate-trafikoarengatik sortzen den negozio-harreman oro ez baitago publizitatearen araudiaren menpe. Lehen terminoaren irismena mugatuagoa da, izen horren azpian, soilik publizitate-komunikazioarekin erlazionaturiko kontratuak hitzartzen dituzten publizitate-subjektuak biltzen dira.

Erabili behar diren adierak finkatzeko, beharrezkoa da kidetzea, batetik, PLOn aurreikusten diren publizitate-kontratu tipo guztien definizio legalak eta, bestetik, kontratu-erlazioa. Hala, III. Tituluak kontratu mota bakoitza existitzen dela aurreikusten du, eta horietan eskaintzen diren zerbitzuen arabera bereizten dira; horrenbestez, terminoetan gertatzen den bereizte horrek ez du irismen edo arazo handirik. Arauturikoan sartzen ez den publizitate-alorreko beste edozein erlazio «publizitateagatik egiten den kontratazioa»ren barnean egongo da. Dena den, bereizketa hori aipatzen da azpimarratzeko hor aztertuko direla PLOren III. Tituluak —hau da, 7. artikulutik 22. artikulura, biak barne— aipatzen dituen kontratuak.

Oso garrantzitsua da argitzea publizitate-kontratuetakoa arauak mota horretako kontratuei aplikatzen zaizkiela, nahiz eta *stricto sensu* publizitatearekin harremana ez duten. PLOren 7. artikulua bigarren paragrafoaren arabera, kontratuen erregulazioa aplikagarria da, kontratuek publizitateaz ez badihardute ere, mezua publizitatekoa ez delako (publizitate politikoa, soziala, instituzionala); izan ere, jarduerak modu jakin batzuk izatea eta hedabide eta agentzien zerbitzuen bidez publizitateko bitartekoak erabiltzea baita garrantzitsuena (De la Cuesta, 1974: 169; Santaella, 1989: 156). Hala, PLOren 2. artikuluan agertzen den muga ez da lege osoan zehar mantentzen, eta publizitatearen diziiplina arautzen duten agindu horiei dagokie. Beraz, publizitate-kontratazioaren erregelamendu legala honako kasu hauetara zabaltzen da: mezua publizitatekoa ez izatea edo igorleak legeak aurreikusten dituen ezaugarriak ez izatea (industrian, merkataritzan, lanbide- edo artisau-jardueretan lan egitea).

4.3. PUBLIZITATEAREN LEGE OROKORREAN TIPIFIKATURIKO KONTRATUAK

1. PLOk, berrikuntza moduan, honako hauek tipifikatzen ditu: publizitate-, sorkuntza- eta hedapen-kontratua, eta orobat publizitatean egun berebiziko garrantzia duen babesletza-kontratua. Aitzitik, ez du aipatzen publizitate-komisioko kontra-tuaren erregulazioa, 1964ko Publizitate Estatutuan agertzen dena. Legearen Arrazoiak Azalpenak ez du argibiderik ematen horren gainean, soilik aipatzen da legeria zibil eta merkataritzakoaren funts komunitik bereizi beharreko espezialitateak jaso direla. Antza denez, legegileari iruditzen zitzaion erosketen banaguneetan hain garrantzitsua den publizitate-komisioko kontratuak ez zuela ezaugarri espezifikorik merkataritza-komisio edo bitartekotza-kontratutik bereizteko (Santaella, 1989: 40). Hala, kontratu hori ez da hartzen publizitate-alorreko zatia eta merkataritza-komisioko kontratua izatera pasatzen da indarrean dagoen legeriak arautzen baitu, baldin eta Merkataritza Kodearen 244. artikulua eskatzen dituen ezaugarriak betetzen baditu.

2. Kontratu baten tipifikazio legala gertatuko da kontratuaren edukia legeak zehazten duenean, borondatearen autonomiaz hitzartu ohi dena kontuan hartuz. Gehitze horrek erregimen egokia ematen dio kontratuari, eta kontratu hori, ezaugarri berdinak izanda, integratu ahal izango da legediak orokorki tipo bereko kontratuentzat duen erregimenean.

PLOren 7. artikulua bere lehen paragrafoan dio publizitate-kontratuak legearen III. Tituluan agertzen diren arauen bidez zuzenduko direla, edo, bestela, Zuzenbide Komunen arau orokorren bidez. Publizitatearen legeak arau orokor batzuk —publizitate-kontratuak aplikatu daitezkeenak— ezartzen ditu, eta kontratuaren parte hartzen duen figura bakoitza tipifikatzen du, bakoitzari dagokion definizio legalaren bidez. Nolanahi ere, erregulazio juridiko-publizitario hori lehenagokoa baino motzagoa da (Estatutuak gai horrentzat hogeita hamazazpi artikulua zituen; PLOk, berriz, hamasei); horrenbestez, beharrezko suertatzen da PLOn bertan agertzen den erregimena osatzea. Erregulazio osagarri gisa, Zuzenbide Komuna ezartzen da. Ez dago oso argi adierazpide horrek zer duen barnean, Merkataritza Zuzenbidea ala Zuzenbide Zibila, edo biak. PLO ez da arduratzen ea publizitate-kontratuaren izaera zibila ala komertziala den, erregulazio bakarraren objektu baitira. Hala ere, bereizketa beharrezkoa da obligazioen alorrean dauden arau orokorrak aplikatu ahal izateko.

Merkataritza Kodearen 2. artikuluko analogia-arauaren arabera, publizitate-kontratazioaren izaera merkataritzakoa da, alderdietako batentzat (publizitate-agentziarentzat edo hedabidearentzat) merkataritza-antolamendua duen enpresa-jarduera baten barnean egokitzen baita publizitate-kontratua; ondorioz, bezeroari eskatzen zaion ordainsariari esker, etekin ekonomikoa lortzen da. Baina, bestalde, kasu gehienetan, aktibitatea enpresaburuaren onerako izan ohi da, haren merkataritza-enpresa osatzen duten kontratuak gauzatzeko, antolamendu edo prestaketa-kontratu

moduan⁵³ agertzen baita. Hala, 7. artikulua ez du ezeztatzen merkataritzaren alorrean gabiltzanik. Hark iturrien hierarkia aipatzean, lege beraren nagusitasuna azpimarratzen du eta Zuzenbide Komunaren arauak osagarritzat dauzka. Horren arabera —Arrazoen Azalpenak aditzera ematen digunez— ulertu behar da zuzenbide pribatua, eta ez Zuzenbide Zibila zentzu hertsian.

Hala ere, kontratu-eskema zehazteko, Zuzenbide Zibilera ere jo behar da sarritan; izan ere, Merkataritza Kodea ez da obra-alokatzeaz arduratzen (Kode Zibilaren 1.588. artikulutik 1.600.era), ezta zerbitzu-alokatzeaz ere (Kode Zibilaren 1.544. artikulua), eta publizitate-kontratu gehienak prestazio horietan oinarritzen dira.

PLOk emandako publizitate-kontratazioaren oinarritzko erregelamenduaz gain, eta Zuzenbide Komuna osagarri gisa ezartzen bada ere, oraindik badago tarte bat negozio juridikoaren alorrean, borondatearen autonomian oinarrituriko alderdien arteko legezko hitzarmenatarako (Kode Zibilaren 1.255. artikulua). Espainiako Publizitate Agentzien Elkartek 2001eko apirilean eginiko Kontratu Tipoa da horren adierazgarri, horren analisia interes praktikoa izan baitaiteke.

3. Bestalde, PLOk, kontratu bakoitza tipifikatzean, publizitate-jarduerako hiru subjektu nagusiez dihardu, hau da, iragarleaz, publizitate-agentziaz eta hedabideaz. PLOk 22. artikuluan arautzen duen babesletza-kontratua soilik kontuan hartzen badugu, legeak ez ditu alderdi horiek aipatzen eta, aldiz, babeslea eta babestua hartzen ditu kontratuaren alderditzat.

PLOren III. Tituluaren lehen kapituluan, publizitate-kontratuei buruzko zenbait «Arau Orokor» aipatzen dira. 8. artikulua dakarrena azpimarragarria da, han publizitate-kontratazioan agertzen diren elementu pertsonalak definitzen baitira. Han, subjektuak definitzen dira, arautuko diren kontratuan alderdi-izaera dutelako, eta ez publizitate-trafikoaren sektoreko aktore soiltzat hartzen direlako.

Hala, PLOren 8. artikuluan iragarlea aipatzen denean, azken zentzu horretan aipatzen da, esaten baita publizitatea haren interesen alde egiten dela. Kontratuen alorrean, aldiz, iragarlea agentzien eta hedabideen zerbitzuak eskatzen dituen edonor izango da; kontratu horietan dagoen beste alderdia izango da, baina subjektu horrek ez du nahitaez publizitate komertzial baten igorlea izan behar. Hor interesatzen zaigu jakitea nor kontratatzen duen eta, hala dagokionean, noren kontura eta izenean egiten duen, eta ez zein subjekturi egotzi behar zaizkion mezuak.

Agentziak eta hedabideak beren enpresa-antolakuntzan oinarriturik definitzen dira. Baina, hedabideei dagokienez, definizioak ez luke oinarritu behar hedapenerako erabiltzen diren euskarrietan, euskarri horien publizitate-xedeetarako enpresaren ustiaketa motan baizik. Garrantzitsuena ez da euskarriaren titularra izatea, zeren

53. Oro har, gai horietaz, begiratu De Eizaguirre, J. M^a. (2001): *Derecho Mercantil*, Civitas, Madril, 51-60.

titularrak publizitate-ustiaketa beste bati laga baitiezaioke hark kontratuak hitzar ditzan eta, kontratu-eremuari dagokionez, publizitate-hedabide moduan jardun dezan. Hor ikusten da hedabide edo euskarrien ustiaketaren eskusibek kontua, horiek, antza, erregimenetik aparte geratzen baitira.

Kontratuen erregulazioa klasikoa da, oraindik ere agentziek publizitate-unitateak egin eta hedatzen dituztela uste baita. Hedabideek agentzien bitartez kontratatzen dute gehienbat hedapena, baina iragarleen bitartez ere egin dezakete. Alabaina, publizitatea zenbait elementutan aldatu da; hala, esaterako, publizitatearen merkatuan, «erosketen banaguneak» direlakoak agertu dira. Publizitate-inbertsioen zenbateko handia bideratzen dute horiek, eta gai juridiko bereziak ekarri dituzte. Hutsune legal handia sortu da, ez baitaio jaramon egin sektoreak jarduteko duen modu berriari.

Doktrinak PLOren tonu zaharkitua ere azpimarratzen du, «publizitate-agentziek» baitihardu oraindik antzinako publizitate-agentziak baino zerbait konplexuagoak izan arren (De la Cuesta, 1995: 176; Lema, 1997a: 23).

4. Azpimarratu behar da, halaber, sarritan PLOk ezartzen dituen arauak betetzen gaitzak direla. Esate baterako, ez-betetze partziala, osoa edo betetze akastuna gertatzen den kasuetan, errudunari kalte-galerak ordaintzea eska dakioke normalean. Hala ere, beti ez da posible kalte-galeren zenbatekoa kalkulatzeko: nola kalkula daiteke oraindik merkaturatu ez den produktu bati egin dakiokeen kaltea, edo produktu hura sustatzeko egiten den hedapen akastuna? Zerbitzu eta produktuen egungo publizitatearen araudia egokia ez dela frogatzen duen lagin bat besterik ez da hau.

5. Azkenik, badira kontratu-jardueraren zenbait alderdi legeak arautzen ez dituenak, esaterako, hedabideek publizitatea arbuiaitzeko duten aukera baldin eta beren irudiarentzat kaltegarria izan daitekeela edo beren ideologiaren aukakoa dela jotzen badute. Horri gehitzen bazaio kontratuen arautzea fragmentarioa eta eskasa dela, kontratu-alorrean legeak merezi duen balioespen orokorra benetan ezkorra da (Acosta, 1989a: 5348; Valpuesta, 2001: 437; Santaella, 1989: 157).

Ikus ditzagun ondoren PLOk arautzen dituen publizitate-kontratu motak.

4.4. PUBLIZITATE KONTRATUA

4.4.1. Publizitate-kontratuaren kontzeptu legala

Publizitate-kontratua —PLOren 13. eta 14. artikuluetan arautua— publizitate-komunikazioaren garapenaren alorrean garrantzi handiena duen instrumentu juridikoa denez, figura nagusia da legalki egindako kontratu tipoetan.

Legezko definizioaren arabera, «publizitate-kontratua gauzatzen da iragarle batek publizitate-agentzia bati publizitatea gauzatzea eta sortzea, antolatzea eta

programatzea agintzen dionean, kontraprestazio baten truke» (PLOren 13. artikulua, lehen paragrafoa). Kontratua zehazten duten honako elementu hauek ateratzen dira definizio horretatik:

a. Publizitate-kontratuaren objektua

Agentziak kontratuaren bidez eskaintzen dio iragarleari publizitate-komunikazioa antolatzea eta gauzatze teknikoak, eta, bestetik, haren bitartez lortuko da publikoarekiko komunikazio hori sortzea. Kontratuaren objektua identifikatzen duen norabide bikoitz hori interesgarria izan daiteke indargabeturiko Estatutuaren eta PLOn arauturikoaren arteko diferentzia azpimarratzeko.

Estatutuaren 31. artikulua zioen «publizitate-kanpaina bat sortzeaz, prestatzeaz, programatzeaz edo gauzatzeaz» arduratzea zela kontratuaren objektua. Doktrinak, garai batean, erabiliriko «edo» juntagailuaren irismena eztabaidatu zuen, eta erabaki zen publizitate-kontratu bat ezin zitekeela soilik izan agentzia batek kanpaina gauzatzea, iragarlearen eta agentziaren artean lankidetzaz-harremanerako testuingurua osatzea baitzen publizitate-kontratu batean oinarritzakoa. Agentziak iragarlearen publizitatearen kudeaketa hartzen du bere gain, iniziatiba-maila gorabehera, profesionalki agentziari baitagokio jardura hori. Publizitate-kontratua ez zen, beraz, iragarlearen eta hedabidearen arteko agentziaren bitartekotza-jarduerarekin agortzen, banatze-jardura soil horri gehitu behar baitzitzaion zehazteko beharra.

Doktrina-mailako baieztapen hori, kontratuen arautzea inspiratzen zuena, PLOren 13. artikuluan ere islatzen da, baina, kasu horretan, «eta» juntagailua erabiltzen da. Horrekin espekulatze bat saihestu nahi da, kontratuaren objektuari dagokionez, eta, hala Estatutuaren 31. artikuluan doktrinak eman zion interpretazioa berretsi; beraz, publizitate-kontratua ezin da, soilik, objektu moduan aipatzen diren jardura horietako bakarra izan. Interpretazio hori arautu nahi izan den errealitatearekin berarekin loturik dago, eta publizitate-kontratua beste figura ezberdinetatik bereizten da, hala nola sorkuntza- edo hedapen-kontratuetatik. Mezua sortu eta hedatu dadin baliabideak jartzea da publizitate-kontratuaren helburua, eta publizitatea publikoarengana iristea posible egiten duten garapena eta antolakuntza ere biltzen ditu. Kontratu horren bidez, prozesuaren ibilbide egokia bermatuko duten oinarriak ezartzen dira.

Kontratuak mezua egiteko eta antolatzeko prestazioak soilik aipatuko balitu, ez litzateke publizitate-kontratu bat, publizitate-sorkuntzako kontratua baizik, PLOren 20. artikulua arabera ez legokeelako desberdintasunik publizitate-agentziak kontratu mota horretan hartzen dituen eginkizunekin. Modu berean, kontratua dagoeneko sortua den publizitate baten hedapenera mugatzen bada, gaitza da bereiztea beste pertsona baten kontura enkarguak egitea xede duten kontratu horietatik; komisio edo aginduzko kontratuak kasu, horien tipifikazio tradizionalak publizitate-kontratuarena ez-beharrezko egiten baitu.

Publizitate-kontratua honako honetan datza: publizitate-mezua sortzeko eta gauzatzeko publizitate-agentzia batek erabateko laguntza eskaintzea. Zehazki, hiru zerbitzu mota egin ditzake: mezua sortzea, mezua programatzea edo prestatzea, eta publizitate-kanpaina gauzatzea. Aitzitik, PLOren 13. artikuluaen literaltasunak pentsarazten du aipaturiko jarduerak gauzatzeaz arduratzeak garrantzi handiagoa duela (bereziki aipatua baita) mezua teknikoki antolatzeak baino. Azken jarduera hori aipatu gabe egin daiteke kontratu bat, baina lehen jarduerak —mezua gauzatzea, alegia— publizitate-kontratu orotan agertu behar du.

Nolanahi ere, sektorean ageri den jarduera berri bat aipatu behar da, hedabideetan publizitate-tarteak eskuratzeko negoziatzioa, hain zuzen. Bitartekotza-jarduera hori «hedabideen erosketen banaguneek» egiten dute, eta lehenago baturik zeuden bi sektoreen bereizketa bultzatzen dute: mezuak sortzea, eta hedabideak kudeatzea. Banaketa horrek publizitate-enpresa mota berriak dakartza, agentzien baitan gertatu den hausturaren ondorioz. Horrek agerian uzten du publizitate-jardueren bereizketa eta espezializazioa; agentzien jarduera, horrenbestez, mezua —dakarren sormen-ekintza zehatzarekin— sortzera mugatzen da, eta alde batera geratzen dira hedapenaren euskarrien arazoak eta iragarlearen publizitate-proiektuaren alderdi ekonomikoak.

b. Publizitate-kontratuaren zergatikoa

Kontratuaren zergatikoz dihardugularik, Kode Zibilak 1.274. artikuluan dioenera jo behar dugu. Kostu bidezko kontratu bat dela kontuan hartuta, kontra-tuan parte hartzen dutenetako alderdi bakoitzarentzat, beste alderdiak agintzen duen gauza edo zerbitzua izango da zergatiko hori; hala, gorago aztertutako kontratuaren objektura lerratzen gara.

Doktrinaren arabera (Díez-Picazo, 1996: 228-229), zergatikoa kontzeptuaren gainean agertu diren ikuspegi guztiek azpimarratzen dute adiera horrek zehazteko garaian dakarren arazo multzoa (Díez-Picazo, 1996: 215 eta hurrengoak).

Ikuspuntu doktrinal objektibista baten arabera, legediak arautzen —eta, beraz, balioesten eta babesten— duen negozio edo kontratuaren funtzio ekonomiko-sozialarekin identifikatuko da zergatikoa. Hala, ikuspuntu horretatik, merkatuan bezeroak lortzea izango da publizitate-kontratuaren zergatikoa, konkurrentzia eta merkatu-askatasunaren printzipioan oinarrituz (EKren 38. artikulua). Legediak, oro har, publizitatearen existentzia posible egiten badu, eta batzuetan —ez-legezkatzat jotzen duenean— baliogabetu, publizitatearen xedea jasotzaileengana iristea eta horiek erakartzea izango da horren arrazoiak; ondorioz, ondasunak eta zerbitzuak kontratatzea sustatuko da (hala dio PLOren 2. artikulua publizitatea definitzen duenean).

Ikuspegi subjektibistatik, zergatikoa kontratuaren helburutzat jotzen delarik, alderdiek beren buruak ordezkatzan dituzte kontratua betetzean. Helburu edo xede

horren harira, enpresaburuak merkatuan posizio ekonomikoa hobetu nahi izaten du eta bezero kopuru handiena lortu. Horrenbestez, ikus dezakegunez, kontratuan parte hartzen duen alderdi horren xede edo interesak bat egiten du kontratu mota horren ikuspegi objektiboaren zergatikoarekin. Aitzitik, publizitate-agentziaren ikuspuntutik, kontratuaren zergatikoa aberastasuna lortzea da, besterik gabe. Hori ez da kontu berria, onura lortzea edozein kostu bidezko kontraturen helburu komuna baita; beraz, publizitate-agentziaren asmoak ez dakar ezer berririk. Kontratu mota horretan, agentziaren aberaste-asmoa bigarren mailan gelditzen da eta bezero gehiago lortzeko arrazoia gailentzen da. Hala, publizitate-kontratuaren bi alderdientzat, jarraitzaileak lortzea da oinarritzko asmoa; beraz, bat egiten du legediak kontratua arautzerako orduan iradokitzen duen funtzio ekonomiko-sozialarekin.

Edozein aldetatik begiratuta ere, zergatikoak eduki bera izango du —hau da, bezeroak lortzea— bai iragarlearen kasuan bai agentziarenean. Izan ere, agentziak publizitatea antolatzea eta gauzatzea onartzen duenean, beti ekarriko du iragarlearentzat oinarritzkoa den arrazoia onartzea, hau da, produktu edo zerbitzu bati merkatuan publizitatea ematea.

c. Publizitate-kontratuaren forma

Publizitate-kontratuaren formalizazioari dagokionez, PLOk ez du formaltasun berezirik ezartzen kontratua baliagarria edo eraginkorra izan dadin. Horrenbestez, forma-askatasunaren printzipio orokorra egongo da indarrean, eta kontratua bere egileen onespenearekin gauzatuko da. Hala ere, nahita edo halabeharrez ezarri diren klausulen frogatzea errazteko —alderdiek errespetatu behar baitituzte klausula horiek—, idatzizko forma izango du. Hala, izaera ez-formala duen kontratu bat izango dugu, eta, kontratu hori baliagarria, akatsik gabea eta eraginkorra izateko, kontratuan parte hartzen dutenen onspena beharko da, onspen hori emateko modua edozein delarik ere.

4.4.2. Publizitate-kontratuaren izaera juridikoa

Argi geratu da, azalpenean zehar, publizitate-kontratuaren definizioaren barnean sartzen diren prestazioak askotarikoak direla.

Kontratu atipikoa ez den arren, PLOk arautzeko asmoarekin eskaintzen dizkion artikuluko urriak ez dira nahikoak publizitate-kontratuak sortzen duen nahitaezko harremanaren konplexutasuna eta izaera zehazteko; beraz beharrezko suertatzen da lege horrek dioena eta antzeko kontratuentzat legediak aurreikusten duen erregimena integratzea. Hala ere, ikusiko dugun moduan, zailtasunak publizitate-kontratua kontratu-genero batean ala bestean sartzetik datoz. Mandatu bakoitzaren arabera, zerbitzu- edo obra-alokairu bat izango dugu, edo zerbitzu horien guztien multzo bat.

Publizitate-kontratuan halabeharrezko harremanaren objektua konplexua izan daiteke, publizitate-agentzia baten jarduera tipikoa bezainbeste; horrenbestez,

gaitza suertatzen da eskema bakarra erabiltzea. Kontratuaren objektua definizioz oso zabala bada ere (De la Cuesta, 1995)⁵⁴, horrek ez du esan nahi ezinezkoa denik zehatza edo zehazgarria izatea (Kode Zibilaren 1.273. artikulua); beraz, alderdi biek definitu beharko dute estrukturaliki bakoitzak zein zerbitzu hartuko dituen bere gain eta, ondorioz, nolabaiteko oreka duen lankidetzaharremana sortuko da.

Lankidetzaharremanen alorrean, aktibitate edo zerbitzuen gauzatzea bera da objektu nabarmenena; juridikoki egiteko prestazioak dira, zerbitzu-alokairuaren kontratuaren eskemapean. Kontratu horietan, nahikoa da jarduera bat beharrezko arretarekin egitea kontratua betetzat hartzeko, eta kolaboratzaileak hitzarturiko ordainsaria jaso dezan. Publizitate-kontratuaren kasuan, publiko kontsumitzailearengan benetan iristea izango da halabeharrezko harremanaren objektua. Hala, iragarlearen eta agentziaren arteko harremana lortzen da, iragarlearen eta jasotzaileen artean komunikazioa sortzearen emaitza erreferentziatzat hartuta. Ildo horretatik, kontu argia dirudi agentziak emaitzaren arabera obligazioa hartu behar duela bere gain, eta publizitate-kanpaina garatutakoan eta gauzatutakoan lortuko da. Hala, oro har, halabeharrezko harremana emaitza-kontratuen barnean sartzen da, eta horien adierazpen tipikoa obra-alokairu kontratua da.

Kasu horretan, ez da pentsatzen publizitate-proiektuak obra osatzen duenik, ezta mezua edo hura osatzen duten zatiek ere; kontratu horiek emaitza ez-material edo ukiezina dute objektutzat (publizitate-kanpaina bat antolatzea eta gauzatzea), komitenteak (iragarleak) agintzen duena, eta agentziak konpromisoa hartuko du lan hori hitzarturiko ezaugarriekin edo izaeraren arabera trafikoan ohikoak diren ezaugarriekin egin eta entregatzeko. Azpimarratu behar da, orduan, emaitzaren izaera bereziagatik, normalean, emaitza ez zaiola benetan iragarleari ematen. Egia da, halaber, agentziaren jarduera ondasun material edo higigarri bat emanda amai daitekeela (bideoa, zinta, etab.). Han jasoko da obra, baina soilik emaitza islatzen duen euskarri materiala izango da. Gauzatze egokitzat joko da han islatzen den produktu intelektual edo artistikoaren kalitate- eta gauzatze-maila hitzartu direnak badira. Emaitza-erlazio horietan, bestalde, ohikoa da kontratuan parte hartzen dutenen obligazio tipikoen artean isilpekotasun-obligazioa betetzeko beharra egotea. Alderdi biak behartuta egongo dira kontratua gauzatzera eramanez dituzten ideia edo informazioak sekretupean gordetzera.

Kontratuak *intuitus personae* izaera galtzeko posibilitatea da obra-kontratuan sailkatze horrek dakarren beste ezaugarri bat. Horrek garrantzia du, zeren publizitate-agentziari obra osoa edo zati batzuk beste enpresaburu baten edo batzuen esku uzteko edo subrogatzeko aukera ematen baitio (azpikontratua). Iragarleak obra nahi du, egiteko erantzulea publizitate-agentzia bada ere, eta horrek obraren zati bat edo osoa azpikontratatu badu ere (Kode Zibilaren 1.596. artikulua). Publizitate-agentziak hirugarren alderdi batengana jo dezake, ez bakarrik proiektua gauzatu dezan, baita

54. 176. orrialdean aipatzen da benetako lankidetzaharremana dela, eduki askotarikoarekin, baina agentziaren aldetik, egiteko, ez-egiteko eta baita emateko prestazioetan ere zehaztu daitekeena.

antolatzeko ere (modeloak, filmatze-adituak, musika-muntaietan adituak, eta abar kontratatuz). Hala, ez da zerbitzu-alokairua izango, objektua ez baita soilik agentziaren trebetasuna.

Publizitate Estatutua kontuan hartzen badugu, ikusiko dugu zenbait punturen erregulazioak obra-kontratu tradizionalarekin bat egiten duela; esaterako, aipagarria da iragarlearen onespene eskubidea, Estatutuaren 27. artikuluan eta 33.ean bereziki aurreikusten baitzen publizitatea onestea, eta ondorioz hori jasotzea. Egun, agentziaren kontratuari dagokion 1992ko maiatzaren 27ko 12/1992 Legean, ikus dezakegu komitenteak komunikatu behar duela agentziari proposaturiko operazioa onartzen den ala atzera botatzen den; hau da, 10. artikuluan hirugarren paragrafoan agertzen denez, nahitaez egiaztatu beharko da ea obra-enkarguan hitzarturiko baldintzetara egokitzen den ala ez. Komitenteak emaitza lortu nahi du, baina gauzatzea onespenearen menpe dago, eta hori komitenteari dagokio, agentziaren interesak onspen horren azpian daude.

Hala ere, eskumen hori ez dago hain argi PLOren publizitate-kontratuaren araudian. Aitzitik, 16. artikulua lehen zatitik suma daiteke eskumen hori, «hitzarturiko zerbitzua» dioenean; publizitateko kontratu tipoa argiago ikusten da, han agentziak iragarleari eskaintzen dizkion zerbitzuen artean honako hau jasotzen baita: «Iragarlearekin eztabaidatuko den proposamen bat sortzea, zirriborro batzuk aurkeztuko dira, *story board*ak eta abar, onspena jasotzen duen arte».

Nahiz eta «tipoaren indize bereziak»⁵⁵ obra- edo emaitza-kontratuaren generora igortzen duen, horrek ez du esan nahi emaitza lortzeko egiten diren zerbitzuak ez diren agentziaren zerbitzuak. Horrenbestez, publizitate-kontratuaren erregimena, beharrezkoa denean, zerbitzu espezifikoak alokatzeko berez behar den araudiarekin osatzen da, nolanahi ere, ahaztu gabe lortu nahi den komunikazio-emaitzak eragiten duen zentzu bateratua.

Egiten den jarduera agentziaren trebetasunari esker betetzen da, eta emaitzari begira egiten da. Ez da ahaztu behar nahitaezko erlazioa bete dadin zerbait ematea suposatzen duen prestazioa beharrezkoa izan daitekeela (esaterako, buruturiko obra bat), eta, halaber, agentziak zerbitzu multzo bat bete dezakeela. Bakarka harturik, zerbitzu-erlazioen berezko ezaugarriak aplikatzera eramán gaitzakete horiek. Batzuetan, agentziak aholkulari-posizioa hartzen du iragarlearen publizitate-programazioan. Azken horrek aholkua eska dezake bere publizitatearen alderdi berriei buruz —egiten ari diren jardueretatik bereiziak baitira—, edo iragarleak egiteko asmoa duen jarduera komertzial berriei buruz. Kontratu tipoa, 2. klausulan, agentziak iragarleari eskain diezazkiokeen zerbitzuak aipatzen dira, bigarrenak lehenari hala eskatuz gero; honako hauek dira aipagarrienak: iragarlearekiko lankidetzak, produktu edo zerbitzuak merkatuan ikertzeko jarduerak egiteko

55. Doktrinak erabilitako kontzeptua kontratu tipoak ezberdintzeko: De la Cuesta Rute, J. M^a. (1984): “El contrato de publicidad: la relación entre anunciante y agencia”, *Problemas Actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, 169. or..

aholkularitza, eta, ikerketa horiek egin daitezzen modu egokiak bilatzen laguntzea; marketin-estrategietako lankidetzak; merkatuaren eta konpetentziaren analisia; hedabideen planifikazio estrategikoa proposatu eta gauzatzea; hedabideekin espazio edota denbora negoziatzea eta erostea, zuzenean zein hedabideen planifikazio eta erosketen banagune baten bidez. Aldi berean, aipatzen da zein diren hor sartzen ez diren zerbitzuak.

Nahitaezko erlazioa emaitza-kontratuen generoaren barne dagoen osotasun bateratua den arren, haren objektuaren aniztasuna eta aberastasuna ikus daiteke, egiteko, ez-egiteko edo obraren bat emateko betebeharretan gauzatzen baita, iragarleak komunikatu nahi duenari forma emateko beharrezkoa den trebetasuna edo adimena duen subjektua baita agentzia. Ondoren, agentziaren aktibitatea bera —sormen handiena eskatzen duena— iragarlearen xedeen muga jakinen menpe egongo da, eta, orobat, horiek lortzeko finkaturiko inguruabar objektiboen menpe. Horregatik, agentziaren trebetasun edo adimen ukaezinak ez du baztertu behar iragarleak jarraibideak emateko duen eskumena, eta horiei jarraitu beharko zaie, gai honen inguruan komisiokontratuaren erregimen legalak dituen arauen arabera (Merkataritza Kodearen 254., 256. eta 256. artikuluetan).

Harreman horren izaerak, darabilgun kasuan, agentziaren fideltasun-betebeharra eskatzen du. PLOren 14. artikuluan aipatzen da obligazio hori. Kasu gehienetan, konfiantza-harremanak iraupena eskatzen du, nahiz eta publizitate-jarduerak bakanak eta zehatzak izan, eta alderdi biak behartuta daude ez-egiteko prestazioak betetzera.

Beraz, gaitza egiten da kontratu horren izaera figura tradizionalen baten barruan kokatzea, kontratuaren erregimen legalak figura horietako baten edo besteren antza duten elementuak baititu. Hala ere, emaitza-kontratuetan sartzen da, nahitaezko publizitate-erlazioa iragarlearen eta jasotzaileen arteko komunikazioa eraginkortasunez bideratzean baitatza. Nolanahi ere, ezin da ahaztu erlazioaren antolakuntza bera —agentziaren trebetasunean edo adimenean oinarritutakoa— agentzia moderno batek ematen dituen zerbitzu edo jardueren ideari loturik dagoela, eta kontratuaren hitzarmenak hor jaso beharko duela.

4.4.3. Nahitaezko publizitate-erlazioa

Publizitate-kontratuak sortzen duen nahitaezko erlazioak, irauten duen artean, objektu konplexua eta aldakorra izan dezakeen testuinguru instituzionala dakar. Kontratua gauzatzen den momentuan (alderdiek onespene ematen duten unean) hasiko da nahitaezko erlazioa (puntu kronologiko jakin batean hasiko da), eta ez da beharrezkoa izango agentziaren zerbitzu posible bakoitza zehaztea. Erlazio iraunkorraren ideia etorkizunari begira adierazten bada ere, objektuari nolabaiteko malgutasuna ematen zaionez, iraganera ere lerratzen da, kontratuaren perfekzioarako eskakizunetan eragina baitu. Edozein kontraturekin dihardugularik, interesgarria da gauzatzearen unea finkatzea, baina baita iragarlearen eta agentziaren artean aurretik

dagoen harremana ere, harreman horrek kontratuaren perfekzioa ekar baitezake. Hala, adibidez, zein agentzia aukeratzen den halaberharrez izan behar du eragina nahitaezko erlazioaren jatorria finkatzeko orduan. Behin aukeratuta, iragarleak proposamen bat eska diezaioke agentziari, eta onespina jasotakoan hasiko da nahitaezko erlazioa. Gerta daiteke, halaber, iragarleak zenbait agentziari zuzentzea bere eskaera, eta publizitate-deialdi baten bidez agentzia oro gonbidatzea proposamenak aurkeztera. Posible da, orobat, agentziak berak aurkeztea bere zerbitzuak iragarleari (De la Cuesta, 2002: 266). Kasu guztietan, aipagarria da irmotasun eza, bai iragarleak agentziaren zerbitzuak eskatzean, bai agentziak eskaintzen dituenean, hasierako kontaktu horiek oraindik ez baitute esan nahi kontratua onetsi denik, eta, halaber, ez dira aditzera ematen kontratua egoteko objektuak eskatzen dituen ezaugarriak.

Publizitate-kontratuaren perfekzioa bideratua den prozesu horrek bi gai garrantzitsu planteatzen ditu: alde batetik, ea agentziari ez zaion ordaindu behar proposamenen izandako gastuengatik, eta, bestetik, jakin behar da zer erabilera egin dezakeen iragarleak eman zaion publizitate-materialarekin, publizitate-sorkuntza baterako gaia izan baitaiteke, proposamenari onespina eman ez zaion arren.

Lehen gaiari dagokionez, oinarritzkoa da iragarlearekin izaniko hasierako kontaktu horren sormen-alderditik zehaztea; horrenbestez, agentziak saiatu beharko du proposamena ahalik eta modu erakargarrien eta originalenean aurkezten, eta kostua oso handia izan daiteke. Publizitate Estatutuak⁵⁶ gai horren inguruan zeresana zuen arren, PLOk ez du ezertxo ere aipatzen. Agentziak berak iragarleak eskatu gabe iniziatiba hartzen badu, ez dago arrazoirik hark gastuak bere gain har ez ditzan; aitzitik, iragarleak eskatuta egiten bada proposamena, gaiak bestelako erantzuna beharko du.

Iragarleak obra nola erabiliko duen zehazteko garaian, berdin du proposamena iragarleak eskatuta ala agentziak eskainita egin den, baina PLOk ez dio ezer horren gainean eta berriz ere indargabeturiko estatutura jo beharko dugu, gai horri erantzun egokia emateko⁵⁷.

Iragarlearen eta agentziaren arteko kontaktuak irmoak direnean, kontratuaren perfekzioa gertatuko da, alderdiek kontratuaren objektu eta arrazoiari onespina ematen baitiote. Oro har, publizitate-mezua sortzeko eta gauzatzeko prozesuan, publizitate-agentzia batek erabateko laguntza ematea da kontratuaren objektua; horrek zehatza, legezkoa eta posiblea izan behar du. Objektuaren zehaztasunari dagokionez, alderdiek kontratu bidez erabaki beharko dituzte agentziak eman beha-

56. Publizitate Estatutuaren 39. artikulua honako hau ezartzen zuen: «Agentziek lehenagotik hitzartu denean soilik izango dute eskubidea prestatutako lanak edo burutu ez den publizitate-kanpainaren egitaraua kobratzeko. Ituna dagoela joko da, bezeroak agentzia batzuen artean lehiaketa publiko edo pribatu bat antolatuz gero».

57. 39. artikulua osatzen da honako hau esanez: «Iragarleak izango du erantzukizuna, beste agentzia baten bitartez edo zuzenean, aurretik eskaini zitzaizkion ideiak, eskemak edo egitarauak, gerora erabiltzen baldin baditu».

rreko zerbitzuak. Legezketasunari dagokionez, objektuak legezkota izan beharko du, jakina; agentzia bat legezkota ez den edo debekatuta dagoen publizitatea egitera behartzen duen klausula oro deuseztat joko da, eta, orobat, edukiagatik edo formagatik bortizkeria, arrazakeria, edo giza duintasunaren aurkako jarrerak erakusten, sustatzen edo bultzatzen dituen baztertzekoa izango da. Azkenik, objektuak posible izan behar du (esaterako, ezin da eskatu une horretan ezagutzen ez diren baliabide teknikoak behar dituen publizitatea sartzen). Objektua posible izateaz dihardugularik, ulertu behar da bai publizitateaz beraz, bai agentziak egiteko erabili behar dituen baliabideez ari garela (adibidez, posible da hegazkin batekin publizitate-mezu jakin bat zeruan marraztea; edo mezua serigrafiatuta daraman automobil bat alokatzea).

4.4.4. Publizitate-kontratuaren edukia

Publizitate-kontratutik sortzen den nahitaezko erlazioetik zenbait obligazio datoz; betebeharrak horiek «lotura» izango dira publiko jasotzaile batengana publizitate-mezua iritsarazteko programa jakin bat egingo duten alderdientzat.

Kontratuak alderdi bientzat elkarrenganako obligazioak sortzen dituenean, aldebiko kontratua edo «sinalagmatikoa» dela esaten da. Alderdi bakoitzaren obligazioa bestearen eskubidea izango da; «erlatibo» deritza eskubide horri, kontratuan partaide denarentzat izaten baita soilik.

Kontratuko obligazioak, oro har, zerbait emateko, zerbait egiteko edo ez-egiteko betebeharrekin osatzen dira. Alderdi bakoitzaren prestazioak, bestearen prestazioa justifikatzen duenak, osatzen du obligazioaren objektua. Alderdiek elkarri zor dioten zerbitzu guztiek osatzen dute publizitate-kontratua.

Nahitaezko erlazioa aztertzean egiaztatu den bezala, lankidetzaren erlazio iraunkorra da erlazio hori; beraz, irauten duen artean, iragarleak zerbitzu gehiago eska diezazkioke agentziari, kontratuaren objektuak mugatzen duen esparruan betiere. Hala, nahitaezko publizitate-erlazioak beherago aztertuko ditugun prestazio askotarikoak jasotzeko malgutasuna izango du.

4.4.4.1. Publizitate-agentziaren betebeharrak

PLoren arabera, iragarlearen eta publizitate-agentziaren artean sortzen dena da publizitate-kontratua. Horren objektua agentziaren zerbitzuek osatzen dute, iragarlearen onerako publizitatea proiektatzea eta hedatzea da horien xedea, eta iragarleak dagokion kontraprestazioa eman beharko du ordainean.

1. Publizitate-proiektua antolatzeko betebeharrak

Publizitate-mezuak egin eta antolatzeko prozesuaz dihardugu hemen, hau da, publizitate-sorkuntzei bide emango dieten zereginaz. Publizitate-kontratuaren

definizioa aztertzean ikusi da elkarren artean interdependenteak diren alderdiak barnean dituen prozesu konplexu horretan, erabateko laguntza ematen duela publizitatean agentzia batek. Horrenbestez, agentziak bi baldintza bete behar ditu: profesionaltasuna eta antolakuntza egokia (PLOren 8. artikulua). Beraz, publizitate-tekniketan adituak diren pertsona fisiko edo juridikoek osatuko dituzte agentziok, eta pertsona horiek publizitate-prozesuan hartuko dute parte modu batean edo bestean.

Publizitate-agentzia arduratzen da publizitate-mezuaren antolakuntza teknikoaz; beraz, publizitatea gauzatu dadin, iragarlearen eskura utzi beharko du beharrezko azpiegitura. Iragarlearen produktu edo zerbitzuen kontratazioa zuzenean edo zeharka sustatzearen, agentziak dituen giza baliabideak eta baliabide materialak bildu beharko ditu. Horretarako, ezinbestekoa da, besteak beste, publizitate-kanpainaren helburu den publikoa ezagutzea (Erdozain, 2001-2001: 515).

Merkatu-ikerketa biztanleriaren zein kolektiboren gainean egin behar den jakiteko, agentziak ezinbestekoa den informazioa jaso beharko du iragarlearengandik, iragarleak bakarrik eman diezaiokeen informazioa, hain zuzen. Oro har, PLOk ez dio ezer gai horren gainean. Egia da iragarleari komeni zaiola agentziak bere jarduera nagusiaz, edukiaz eta helburuez jakin dezala, kontuan harturik publizitate-agentzia bezeroaren jarduera nagusiaren menpe dagoela; baina bezeroari ezin zaio eskatu eman nahi ez duen informazioa eskuragarri uzteko. Izan ere, jakinik agentziak publizitate-emaizta soilik hartzen duela bere gain eta beraz ez dela etekin ekonomikoaren erantzulea, agentziak bere obligazioa betetzen du iragarleak eskaintzen dion informazioari bere trebetasuna eta teknika ardura profesionalarekin aplikatuz.

Iragarlearen marketin-estrategiari hobekien egokitzen zaion kanpaina planteatu behar du agentziak, eta ez dagokio sormen-alorreko proposamenak egitea soilik. Premisa horien arabera, lan egiteko, oinarritzakoa da informazioa edukitzea, hau da, beharrezko datuak edukitzea, kanpainaren gauzatzea iragarlearen estrategiaren zerbitzurako baliagarria izan dadin. Horretarako, iragarlearen eta agentziaren arteko lankidetzak zeharo garrantzitsua da. Publizitate-planaren garapenean erantzukizuna elkarren artean banatu behar dute. Iragarleak, bere enpresaren, aurrekontuaren eta produktuen jakitun delarik, garrantzizkoa den edozer jakinarazi behar dio agentziari, azken horrek kanpaina egokia diseina dezan. Bestetik, agentziak, publizitate-merkatua, konpetentzia eta bezeroen motibazioa ezagutzen dituenek, iragarleak eskaintzen dizkion datuen arabera, helburuak baldintza hoberenetan lortzeko kanpaina proposatu beharko du.

Ondorioz, agentziak iragarleari zenbait publizitate-eredu edo -proposamen aurkeztuko dizkio, iragarleak finkaturiko jarraibideak errespetatuz (Erdozain, 2001-2002: 516). Bada gai garrantzitsu bat PLOk aurreikusten ez duena: iragarleak proposamena ez onartzea eta kontratua gauzatu nahi ez izatea. Iragarlearen alde bakarreko atzera egiteak posible dirudi Kode Zibilaren 1.594. artikularen (obra-

alokairuaz diharduena⁵⁸) eta 1.733. artikularen arabera (mandatu-emaileari dagokiona), baita Merkataritza Kodearen 279⁵⁹. artikularen arabera ere (komitenteaz diharduena). Buruturiko enkargua iragarlearena denez, arrazoia edozein delarik ere, ez badu aurrera jarraitu nahi sustapen-jarduerarekin, kontratuari uko egin diezaioke. Betiere, beste alderdiari ordaina eman behar zaio izaniko gastu eta lanagatik, eta eginiko lanari atera dakioken erabileragatik.

Bukatzeko, beharrezkoa da kontuan izatea publizitate-kontratuak objektutzat eduki dezakeela sorkuntza intelektual edo industrialtzat jo daitekeen zerbait. Hala balitz, aurrerago sorkuntza-kontratuaz esango dugunak balioko luke publizitate-sorkuntzako betebeharra publizitate-kontratuaren edukiaren barnean dagoenerako.

2. Publizitatea gauzatzeko betebeharra

PLOren 13. artikularen lehen paragrafotik ikus daiteke iragarleak agintzen duela publizitate-lana —publizitatea prestatzea edo programatzea, publizitate-sorkuntzaduna edo sorkuntza gabea— eta agentziak gauzatzen duela; hau da, publizitate-lana heda dadin, dagokiona egin beharko du.

Erosketen banaguneak agertzean, mezua egiteko eta antolatzeko unea eta hedapen-unea bereizi dira publizitate-informazioaren prozesutik, eta une bakoitzari dagozkion lanak subjektu ezberdinek egin ditzakete. Beraz, espazioen planifikazioa eta erosketa egiteko betekizuna agentzia ez den beste subjektu juridiko bati eman dakioke, esaterako erosketen banagune bati, eta, horregatik, agentziari dagokion publizitate-sorkuntzak egiteko jarduera horrek ez du kalterik izan behar.

Hala ere, publizitate-kontratuak egin daitezke publizitatea gauzatzeko agentziak duen betebeharra edukiaren barnean zehaztuta eta, beraz, barnean egon daitezke, orobat, erabili beharreko hedabideak hautatzea eta proiektatuko den publizitatearen hedapenak eskatzen dituen espazioak erostea. Planifikazio-funtzioak agentzien esku jarraitzen badu, hedabideen sailek saiatu beharko dute iragarleari balio osagarria ematen hedabideen publizitate-estrategian, eta, sarritan, erosketen banaguneekin lehia izango dute.

Esaten denean gauzatzeak halabeharrez kontratu mota horren objektua osatzen duten jardueren parte izan behar duela, komeni da argitzea «gauzatze» eta «hedatze» ez direla baliokideak, azken hori publizitate-hedapeneko kontratuaren objektua baita.

Izan ere, publizitate-ekimen bat gauzatzeak hedapenarekin egingo du bat, ekimen hori publikoarengana helarazteko hedabide bat erabiltzen denean. Baina,

58. Iragarleak atzera egitearen ondorioak aurreikusten dira artikulatu horretan, esanez onartzen dela «jabea obraren eraikuntzan jarraitu nahi ez izatea bere borondate hutsagatik, nahiz eta hasita egon, kontratistari kaltea ordainduz, egindako lana eta gastuengatik».

59. Merkataritza komisio-kontratuan, komitenteak komisionistari egindako komisioa baliogabe utz dezake, horren berri emanez, baina baliogabetzearen berri izan baino lehen egindako kudeaketen ondorioen arduraduna komitentea izango da.

hedabide jakin hori erabiltzen ez denean, ez dira baliokide izango. Demagun, esaterako, enpresa baten publizitatea enpresaren ikur edo zeinu bereizlea daramaten su-pizgailuak oparitut egiten dela; egintza horrek publizitate-kontratu bati bide emango dio, prestaketa eta programazioa egongo baitira tartean (urtearen une jakin batean banatuko dira), baita gauzatzea ere (banatzen direnean). Baina, nahiz eta kasu horretan publizitate-mezua «hedatutzat» har daitekeen, zentzu hertsian, ez da hedapen-kontraturik egon (nahiz eta agentziak opari horiek banatzea beste pertsona bati agindu), espazio- edo denbora-unitate eskuragarriak ez baitira beharrezkoak izango.

Ohar hori egin ostean, esan behar da hedabidea beharrezko den kasuetan hedapena hainbat hedabideren bidez egin daitekeela, publizitate-hedapenerako espresuki sortutako hedabideen bitartez zein publizitario ez diren hedabideen bitartez. Ez da baldintza nahitaezkorik aurreikusten ekimen kopuruari dagokionez edo publizitate-jardueraren iraupenari dagokionez. Hedabide bakarraren bidez eginiko hedapen-jardura bakarrarekin bete daiteke agentziaren obligazioa, baina, modu berean, zenbait hedabideren bidez eginiko hedapen anitz eska ditzake obligazioak. Hain zuzen ere, agentziak erabaki beharko du komunikazio-ekintzak nola programatu.

Izan ere, hedabideen hautaketa eta iragarkiak sartzeko egutegia ezin dira inprobisatu edo apetaren arabera egin, baizik eta mezuaren eta jasotzaileen arabera egin behar dira. Hala, hedapen-programa egiteak publizitate-sorkuntza edo obraren izaera du baliokide, baina edukia ez da alderatzen publizitatea gauzatzeko zerbitzuarekin.

Sormenezko ideiak hainbat hedabidetan modu desberdinean isla daitezen, hedapen- eta sormen-sailen arteko harremanak ona izan behar du. Bestetik, sarritan, iragarki bat hedabide jakin baterako pentsatua da, eta, geroago, beste batzuetarako moldatu beharko da. Planifikazioak sormena hartu behar du kontuan, publizitate-mezuak kalitate hobeaz transmititzen baitira hedabide jakin batzuen bidez. Planifikatzailearen edo hedabide-eroslearen jardueran, beharrezkoa da iragarlearen estrategiarako hedabide egokiak hautatzen jakitea, eta kostu txikienarekin, gainera.

Programan, gauzatzeko kostua adierazi behar da. Kontratuaren ondorioz, nahitaezko erlazioa hasten den unean gerta daiteke iragarleak zehaztea kontrataturiko publizitatean eginiko inbertsioaren zenbatekoa; kasu horretan, kopuru horri egokitu beharko zaio programa. Baina baliteke, era berean, agentziak programa aurkezten duen arte itxarotea iragarleak inbertsioaren zenbatekoa zehazteko. Azken kasu horretan, iragarleak onespina eman beharko dio agentziak aurkezturiko zenbatekoari. Nolanahi ere, aurrekontuaz gainera, hedabideen planak iragarlearen onspina jaso beharko du; izan ere, hedabideek, itsaspenek, jasotzaileek, eta bestelako elementuek komunikazioaren eraginkortasunean duten garrantzia kontuan harturik, ezin zaio horien gainean erabakiak hartzea eragotzi, are gutxiago agentziak berak aurrekontua aurkezten badu.

Plan hori gauzatzeari dagokionez, programan azaltzen diren hedabide eta datak betetzeko euskarriak lortzearren, agentziak egin beharreko ekimen juridikoen auzia sortzen da. Publizitatea ustiatzeko erabiliko diren euskarrien jabeekin agentziak hitzartu behar dituen hedapen-kontratuak dira ekimen juridiko horiek.

Ildo horretatik, Estatutuak zioen agentziak iragarlearen kontura egiten zituela hedapen-kontratuak eta beharrezko zirela publizitatea gauzatzearren eginkizun horretarako (33. artikulua).

a. Hedapena egiteko agentziak hirugarren alderdi batekin dituen kontratu-harremanak

PLOk publizitate-hedapeneko kontratuan aurreikusten ditu iragarle-hedabideen eta agentzia-hedabideen arteko hitzarmenak (17. artikulua); kontratu biei substantibitatea ematen die eta, bientzat ere, argi finkatzen du alderdien bikoiztasuna. Modu horretan, honako harreman hauek sor daitezke: alde batetik, publizitate-hedabideak iragarlearekin zuzenean eginiko kontratua, eta, horretan, hedabideari kontratua betetzeko eska dakioko eta hedabideak iragarleari ordaintzeko eska diezaioko; bestetik, publizitate-hedabideak agentziarekin hitzartzen duena, publizitate-itsaskinak euskarrietan ezartzea da helburua eta, orobat, komunikazioa lortzea horien hedapen eraginkorren bitartez. Euskarri horiek hainbat bide izan daitezke; besteak beste, gizarte-komunikazioko hedabide instituzionalen bidez egiten den hedapena (telebista, irrati, egunkariak, zinema) eta kasu zehatzean sormena aplikatzen duten euskarrien bidez egindakoa (kartelak, pankartak, foiletoak, etab.). Baina, kasu bietan, publizitatea hedatuko duena kontratatu beharko du agentziak, bai euskarriak publizitarioki ustiatzen dituen, bai publizitate-mezuak erreproduzitu edo banatzen dituenarekin (inprimategia, mailing-enpresak, etab.).

Agentziak iragarlearen mandatuz gauzatzen ditu kontratu horiek, haren publizitatea baita hedatu beharrekoa. Besteren mandatuz eginiko jarduerak kontratu-izaerako harremana eskatzen du. Horren bidez, alderdi batek hirugarren alderdien aurrean erantzun beharko du besteren interesen alde. Hemen, publizitate-kontratua da harreman juridiko hori.

Besteren enkarguz diharduenak, beste alderdiari noren enkarguz diharduen esan diezaioko edo, aldiz, informazio hori ezkutatu. Lehen kasuan, agentziak besteren izenean eta besteren enkarguz dihardu; bigarren, berriz, bere izenean dihardu, eta kontratuaren beste alderdiak ez daki besteren interesen alde ari dela.

Agentziak, publizitate-kontratuaren arabera, publizitatearen hedapenerako beharrezkoak diren kontratuak hitzartuko ditu beti iragarlearen enkarguz, baina bere edo besteren izenean hitzar ditzake, eta hirugarren alderdiarekin eginiko kontratazioari dakartzion eraginak alderantzizkoak dira kasu bakoitzean. Agentziak iragarlearen izena aipatzen badu, haren izenean kontratatzen duela esaten da; aldiz, bere izenean badihardu, ez du ordezkartza-lan hori egingo. Ordezkaritza dagoenean,

iragarlea hirugarren alderdi bati lotuta geratuko da, eta biek eska diezaiokete elkarri kontratutik sortzen diren prestazioak betetzea. Aitzitik, ordezkariarik ez badago, bere izenean eginiko jarduerak agentzia eta hirugarren alderdia lotzen ditu, eta agentzia modu zuzenean lotuta egongo da kontratua egiten duten pertsonetikiko, negozioa berea balitz bezala⁶⁰.

PLOk horren gainean ezer ere ez dioenez, beharrezkoa gertatzen da Merkataritza Kodera jotzea komisio-kontratua aztertzeke, zeren kode horrek modu oinarritzkoan arautzen baitu merkataritza-operazio bat gauzatzeko beste pertsona bati agintzea suposatzen duen erlazio oro.

Azkenik, gerta daiteke agentziak beste subjektu batengana jotzea horrek gauza dezan iragarlearen publizitate-hedapenerako kontratua; komisio-kontratuaren arauen arabera, komisio-hartzailearen ordezkapena deritza horri. Dagokigun kasuan erosketen banaguneek hartuko dute agentzien lekua. Merkataritza Kodera jotzen badugu, 261. artikulua aurreikusten du komisio-hartzaileak (agentziak) ezin duela beste baten esku utzi enkarguaren gauzatzea, komitentearen (iragarlearen) baimenik gabe. Agentzia-kontratuaren araudiaren 5. artikuluan, nagusiaren baimen adierazia eskatzen da azpiagenteek lan egin behar badute. Gai honetara itzuliko gara hedapen-kontratua aztertzerakoan, nolanahi ere, azpimarratu behar da PLOren arautegia oso urria dela.

b. Kontratuaren legezkotasuna

Publizitate-agentziaren gauzatze-betebeharraren alorrean, bada bigarren alderdi interesgarri bat, obraren hedapenaren legezkotasun ezatik datozen arazoak, hain zuzen. Izan ere, arazo horiek ez dira sartzen publizitate-kontratuaren baliozkotasunaren inguruan, kontratua betetzearen gainean baizik eta, halaber, hedapena gertatuz gero, sortzen den erantzukizunaren inguruan.

Oraingoan, komunikazioaren eraginkortasunaren alorrean dihardugularik eta ez obraren sorkuntza-unearen alorrean, hedapena ez-legezkoa suertatuko balitz agentziaren erantzukizuna izanda, karga ezin da inolaz ere arindu argudiatuz kontratuaren araberrako betebeharra zegoela. Erantzukizunaz libratzeko modu bakarra hedapen hori ez gauzatzearekin lortzen da, baina atzera botatze horrek ez du publizitate-kontratuaren ez-betetzea edo betetze akastuna eragiten. Egia da erantzukizuna egozteak haxe dakarrela: legearen aurkako ekimenaren egileari errua leporatzea. Kasu bakoitzean, agentziak duen erruduntasuna neurtu beharko da, baina, azken finean, agentzia, dagokion arte horretan aditua denez, trebatuena da komunikazioaren zilegitasuna neurtzeko eta atzera botatzeagatik desenkusatzeko.

60. Kantabriako Entzutegi Probintzialaren Epaia, 2000ko martxoaren 15koa.

3. *Leialtasun-obligazioa*

Beharbada, zentzu hertsian, leialtasunak agentziaren eta iragarlearen artean sortu beharreko giroa izan beharko du obligazioa baino. Hala ere, argi dago leialtasunaren kategorian sartuko liratekeen betebeharrak zehatzetan isla daitekeela.

Sekretua mantentzea litzateke leialtasunaren lehen isla eta, bigarrena, berriz, elkarren arteko harremanean sortzen den konfidentzialtasunari esker, agentziak iragarlearen produktu eta ekimenei buruz lortzen duen ezagutzaz baliatzea.

Publizitate-kanpaina planifikatzeko eta gauzatzeko beharrezko den sormen-ekarpena egitea publizitate-agentziari badagokio ere, iragarleak ere eman ditzake xede horietarako informazioa edo ideia originalak. Horregatik xedatzen da iragarleak zein publizitate-agentziak ez dutela erabili behar beste alderdiak emaniko edozein ideia, informazio- edo publizitate-material hitzartutakoak ez diren xedetarako. Kontratu-harremanaren testuinguruan alderdietako batek egin ditzakeen asmakuntza edo sorkuntzak babesten dituen araua da hori (PLOren 14. artikulua).

Publizitatearen fenomenoak garrantzitsua da batez ere konpetentzia-ekimen gisa duen dimentsioagatik⁶¹. Horregatik, kontratuaren araberrako arautegia dela-eta, badira arauak beren izaera inperatiboagatik indargabeezinak direnak, hala nola kontratua hitzartzerakoan alderdi bien posizioa kontrolpean egon dadin PLOren 14. artikuluan agertzen den alderdi biek zor duten leialtasun-obligazioa, eta kontratazioaren alorreko elementu inspiratzailea: berdintasuna. Kontratua egiteak berak legezko eta bideragarri den konpetentzia eskatzen du, eta kontratuan parte hartzen dutenek ez dute hautsi behar; ondorioz, alderdi biak alde berean egongo dira eta hedaturiko publizitateak eragina izango du, alderdi bien onerako.

Jasotako informazioa ondasun juridikoa da —iragarlearekin duen lankidetzak— eta konfiantza-erlazio horren arabera agentziak dagokion kanpainarako erabil dezake soilik. Erabiltzeko debekua hitzarturikoak ez diren beste xedeei dagokie soilik; hala, iragarleak dituen xedek kontratuan aipatzen ez direnean, honako hipotesi hauek bereizi behar dira (Erdozein, 2001-2002: 518):

a. Iragarlearen ideia eta informazioa kontratuaren objektu ez diren beste zenbait produktutarako erabiltzea. Kasu horretan, produktuak ekoizpenaren sail berekoak direnean, posible da iragarleak emaniko informazioaren aplikazioa zabaltzea. Bestelakoetan, ez litzateke posible, iragarlearen irudia kaltetuta suertatuko bailitzateke; izan ere, engainuzko publizitatea sor lezake, eta eskainitako zerbitzu edo produktuei ez dagozkien ezaugarriak erakusten dituzten iragarkiak egin litezke (demagun, esaterako, auto bat iragartzen dela ez dagokion beherapen batekin). Erantzukizuna, azken kasu horretan, agentziari egotz dakioke zalantzarik bada, berari baitagokio iragarlearen benetako asmoez informatu beharra.

61. Fernández-Nóvoa, 1989: 58-61; era berean, Massaguer, 1999: 109 eta hurrengoetan adierazten da publizitate-jarduera lehia-desleialtasunaren kontrol orokorraren menpe dauden jokabideen artean dagoela.

b. Beste iragarle batzuen produktuentzat iragarlearen ideia eta informazioa erabiltzea. Debekatutako erabilera da, jasotako informazioa partikularra baita. Dagokion publizitaterako soilik erabil behar da agentziari emandako informazioa.

Horren harira, arazo praktiko bat sortzen da: iragarleak emandako ideien originaltasuna edo berezitasuna noraino iristen den frogatzea. Ildo horretatik, sortzen diren egoerak bereizi behar litateke, alderdiek informazioa konfidentzialtzat jotzen duten ala ez kontuan harturik.

– Informazioari konfidentzial baderitzote, hark balio konpetitiboa izango du, eta neurriak hartuko dira haren konfidentzialtasuna mantentzeko. Agentziek informazio hori ezagutzeagatik ez dute haren konfidentzialtasuna ezabatzen, kontratuak dioenez izaera sekretua duen informazioa eman baitzaio agentziari. Negozio-erlazio jakin bat betetzeko esparruan agertuko da informazio konfidentziala. Eremu berean, neurri bera ezarriko da lehiakideek aipaturiko informazioa ez dezaten erabili; izan ere, hori erabiliko balute, hartaz balia litezke beren posizioa hobetzeko, eta horregatik ezartzen zaio agentziari sekretua mantentzeko obligazioa.

Publizitate-informazioaren edo ideien babesa alderdien arteko hitzarmen batetik sor daiteke, kontratuen alorreko askatasun eta autonomia pribatuaren adierazpen gisa. Iragarlearentzat, berebiziko garrantzia du informazio horren ondare-balioak, hori identifika baitaiteke informazio horrek lehiakideen aurrean ematen dion konpetentzia-mailako balioarekin. Baldintza bi horiek elkartzeak aditzera ematen du iragarleak ematen duen informazio jakin bat sekretutzat hartu eta enpresaren ondare gisa babestu behar dela. Agentziak kontratu-harremanetan dagoen iragarle horren ideia eta informazioa erabiliko balu alor berean dabilzan lehiakideen produktu berdin edo antzekoak iragartzeko, kontratuaren ez-betetze argia genuke, bezero berak bailituzke iragarle horiek guztiek, eta, ondorioz, kaltetutako iragarleari bide emango lioke kontratua bertan behera uzteko, kontratuaren fede ona hausteagatik, eta kalte-galeren ordaina eskatzeko, ez-betetzea dela eta.

Informazioaren konfidentzialtasuna izaera ezberdineko araudiaz ere babesten da. Konpetentzia desleiala arautzen duen 1991ko urtarrilaren 10eko 13/1991 Legearen 13. artikulua da sekretu bat haustea zigortzen duen arau orokor baliagarria. Agentziak modu legitimoan ezagutzen du informazioa, dagozkion funtzioak bete ditzan komunikatzen baitzaio informazio hori. Argi dago obligazio hori haustea —konpetentziari ezagutaraziz edo haren alde ustiatuz— ez dela soilik kontratua ez-betetzea, baita konpetentzia desleialeko ekimena ere (13. artikulua). Arau horretan, desleialtasuna zigortzeko giltzarria ez da besteren ahalegina bereganatzea, beste baten ahalegina gordetzea baizik (Massaguer, 1999: 391; Galán, 1992: 91 eta hurrengoak). Kontratua haustea konpetentzia desleialeko ekimena izan dadin, egin ohi den hitzarmenak irismen orokorra du. Ideia original eta berri horiek (publizitate-kanpaina irudiztatuko duten agertoki ezohikoak, argazki argitaragabeak, testuak, esloganak, musika, etab.) agentziarentzat inspirazio-iturri diren heinean, haietaz

baliatzea eta gainerako lehiakideekin lehiatzeko erabiltzea konpetentzia desleialeko jarrera izan daitezke, dakartzaten eragin kaltegarriak direla eta. Iragarleak enpresa-sekretuen alorrean dituen interes espezifikoak babesteak motibatzen du arau hori.

– Alderdiek ez baldin badute informazioa konfidentzialtzat hartu, agentziak ez du erantzukizunik izango, emaniko informazioak ez bailuke izaera konpetitiborik, ezta iragarlearentzat interes juridiko garrantzitsurik ere.

Iragarlearen lehiakideen alde publizitaterik ez egiteko obligazioa izan daiteke leialtasunaren beste adierazpide bat. PLOn ez dago inolako arrastorik arau horretaz.

Hala ere, kontratuaren leialtasunaren islatzat aurreikusten diren hitzarmenen artean, ardura eskusiboa bildu ohi da. Kasu horretan, eskusibotasun-klausula aplikatuz, publizitate-kontratuan agertzen diren jardueren antzeko ekimenetan aritzea (iragarlearen baimenik gabe) debekatzen zaio agentziari, baldin eta jardura horrek iragarlea kaltetuko balu. Hala, konpetentzia-debekua modu zorrotzean betearaztea da eskusibotasun-hitzarmen horren oinarritzko xedea.

Eskusibotasuna modu hertsian aztertu behar da, lan egiteko askatasunari kalte egin bailiezaioke (EKren 35. artikulua). Hala ere, nahiz eta askatasun hori kontuan izan behar dugun, ez da oztopo bat izango konpetentzia desleialtzat jo daitezkeen agentziaren ekimen horiek debekatuko dituen klausula kontratuan hitzartzeko. Agentzia batentzat, iragarle kontratatzaile horren jardura-eremua hasten den lekuan dago jardura paralelo edo osagarriak egiteko muga.

Eskusibotasun-hitzarmena ordaintzeari dagokionez, alderdiek egiten duten edozein hitzarmen zilegi izango da, biek ere libreki onartu baldin badute. Hala ere, ordain ekonomiko hori aurreikusten duen klausula adierazi behar da, elkarrekiko prestazioen printzipioa hautsi ez dezan; izan ere, bereizi behar dira ardura eskusiboa konpentsatzen duen ordainsaria eta hitzarturiko zerbitzuak betetzeagatik ezar daitezkeen zerbitzu-sari finakoak.

Agentziak kontratuaren arabera agintzen duen emaitza lortzearen bideratuak dira betebeharrak horiek guztiak, eta ondorioz, emaitza hori komunikaziozkoa baizik ez da; hau da, iragarlearen eta publiko jasotzailearen artean komunikazio konbentzigarria sortzea, publizitatearen haraindiko emaitzak ezin baitira agindu (PLOren 12. artikulua).

4.4.4.2. Iragarlearen betebeharrak

1. Hitzartutako prezioa ordaintzeko betebeharra

Iragarleak bere gain hartzen dituen obligazioei dagokienez, agentziari agindutako kontraprestazioa asetzea da funtzio nagusia. Gai honetan, aldaketa garrantzitsua gertatu da oraingo legediak indargabeturiko Publizitate Estatutuarekin alderatzen badugu. Aurreko araudian, kontratuaren konfigurazioa argi zegoen, ekimena diru-

trukatzera mugatzen baitzen, egun, berriz, baldintza adierazi hori desagertzen da, eta soilik esaten da iragarleak agentziari eginiko mandatuak kontraprestazioa eskatzen duela. Alderdien artean hitzarturiko ordainsaria librea da, eta legeak ez du inolaz mugatu haren izaera; beraz, diruz edo salgaiz ordaindu daiteke. Legeak ezer ez dioenez, kontratuak zehaztuko ditu kontraprestazioaren izaera, zenbatekoa eta ordaintzeko moduak.

Agentziari zor zaion kontraprestazioak publizitatea sortzea, prestatzea edo programatzea eta gauzatzea saritzen ditu. PLOren 13. artikulua iragarleak agentziari zor dion kontraprestazio bat egiten du, kontraprestazio bakarra zor baitzaio emaitza lortzeagatik. Helburua edo emaitza, ez da neurtuko errentagarritasun ekonomikoaren arabera, baizik eta balioetsi beharko dugu hitzartutako zerbitzua nola gauzatu den.

Iragarleak agentziak eginiko lana onartzean, ezin dio erantzukizunik eskatu espero zen emaitza komertziala lortzen ez bada. Kontratuan, zehaztasun handiz finkatuko dira ordaindu beharreko prezioa eta ordaintzeko unea edo uneak.

Kontratuaren objektuaren barnean, publizitatearen errentagarritasun ekonomikoa integratzen duen praktika bat aipatu behar dugu: kontraprestazioari publizitate-kanpainaren arrakasta komertzialarekiko proportzionala den kuota bat gehitzea. PLOk publizitate-kontratuak arautzeko orduan, Estatutu zaharraren interbentzionismoa gainditzea izan da erlazio-eskeman azaltzen duen berrikuntza garrantzitsu bat, batez ere agentzia-kontuetan.

PLOk subjektuen arteko harremanak liberalizatu ditu, agentzien eta hedabideen zerbitzuen merkatua merkatu askearen jokamolde librean ezarriz. Mota horretako erregimenarekin, publizitatearen emaitza komertzialak edo etekin ekonomikoa —zuzenean edo zeharka— bermatu nahi dituen edozein klausula ez-ezarritzat ematen du PLOk, edo arrazoi horregatik erantzukizuna eskatu nahi lukeen edozein klausula (PLOren 12. artikulua). Hasiera batean, arau hori nahiko hermetikoa da, kontuan harturik sistema juridiko eta ekonomiko orokorraren jokoan sartu dela agentzien zerbitzuen merkatua; beraz, kontratuek promesa eta bermeak ezar ditzakete, legearen, moralaren eta ordena publikoaren aurkakoak ez badira (Kode Zibilaren 1.255. artikulua) (De la Cuesta, 1995: 172). Bestetik, agentziarentzat, kitzikagarria litzateke publizitatearen arrakastaren arabera ordain osagarria jasotzea.

Hala ere, PLOk kontratuak adierazten duen ordenaren baitan sartu nahi du subjektuen jarrera. Publizitate-kontratuaren esentzia kontratu kommutagarritzat jotzea; hau da, kontratu mota horretan, alderdi bakoitzak kontuan hartuko du emaniko zerbitzuari baliokide bat dagokiola, dirutan neurtua eta kontratua egiten den unetik zehaztua. Aldiz, hitzarturiko prestazioaren baliokidea ez badago ongi zehaztua eta zalantzazko ekimen baten arabera bada, kontratuan parte hartzen duten alderdiek irabaziak edo galerak izan ditzakete; horrenbestez, publizitate-kontratua ez litzateke kontratu kommutagarria izango, kontratu zorizkoa edo aleatorioa baizik.

Legegileak klausula mota horretako debekuaz dio merkatuaren moldaeran publizitate-kanpaina baten efektuak zailak direla ezagutzen, efektu horiek neur-tzen gaitzak baitira eta beste inguruabar batzuk gerta baitaitezke aldi berean; esaterako, iragarleak eskaintzen duen «saldu ondorengo zerbitzuak» berak, publiko jasotzailearen jarreraren eragina izan baitezake.

Horregatik guztiagatik, eskubide osoa baliogabetzea da hitzarmen horietarako aplika daitekeen zigorra. Kode Zibilaren 1.255. artikuluan adierazten den kontratu-askatasunak badu muga bat, izaera inperatiboa duten arauak ezartzen dutena. Hain zuzen, PLOren 12. artikuluan, debekua ezartzen da eta hura bete dadin baliogabetze-zigorra ezartzen da. Errentagarritasun ekonomikoan oinarrituriko emaitzaren arabera ordainsaria emateko klausula onargarria ez bada ere, aldiz, arrakastaren arabera agentziari ordainketa osagarriekin ordaina ematearen posibilitateari dagokionez, zilegi litzateke alderdien edozein hitzarmen adieraztea; horretarako bi hauen artean bereizi behar da: lorturiko errentagarritasun ekonomikoa konpentsatzen duen ordainaren zatiaren eta emaitza edo helburua betetzeagatik ematen diren ordainen artean, baldin eta azken horiek hitzarturiko prestazioa gauzatzeagatik neurtzen badira eta ez izandako arrakasta komertzialagatik.

2. Agentziak emaniko edozein ideia, informazio edo material hitzarturiko xederako ez den besterako ez erabiltzeko obligazioa

Betebehar hori publizitate-kontratuaren erregimen juridikoan ere jasotzen da, PLOren 14. artikuluan; beraz, aplikagarria da, halaber, lehenago agentziak konfidentzialtasun-obligazioa ez betetzeari buruz aipatu dena.

Arau horrek agentziak publizitate-kontratuaren arabera eginiko sorkuntzak jasotzen ditu; ildo horretatik, arauak hartzen du obligaziotzat PLOren 21. artikuluan sorkuntzen eskubideei buruz esaten dena. Bestalde, badirudi 14. artikulua agentziaren obratik ezberdinak diren gaiez ere badiharduela; agentziaren barne zein kanpoko arazoak ditu iturri, eta agentziak iragarleari haien berri ematen dio; dena den, arauaren esanahi zehatza ulertzen gaitza da.

Hitzarturikoaren ondorio logikoa baino ez da arau hori, publizitate jakin bat helburu jakin batekin agindu baita; beraz, ezin izango da hitzartutakoa ez den beste zerbaitetarako erabili. Argi dago alderdiek hitzartutakoak garrantzi handia izango duela, eta, horren arabera, iragarleak askatasuna izango du sortutako publizitatea etorkizunean nahi duen moduan erabiltzeko.

4.4.5. Kontratua betetzea

Kontratu atipikoa ez den arren, kontratu mota horren legediak zeharka ba-karrik aipatzen ditu ezaugarri nagusiak, eta kontratazioaren zenbait puntu dira azpimarragarrienak, esaterako, PLOren 15. eta 16. artikuluetan agertzen den kon-tratua betetzea eta bukatzea. Lehen artikulua agentziaren betetze akastunaz dihardu;

bigarrenak, berriz, agentziaren ez-betetzeaz eta iragarlearen betetze akastunaz eta ez-betetzeaz.

PLOk alderdi biri dagozkien obligazioen mekanismoa ezartzen du, eta obligazio jakin batzuk ez betetzeak dakartzan ondorioak aipatzen dira, zeren obligazio horiek kontratuan baitaude eta elkarrekikoak edo sinalagmatikoak baitira. Beraz, esan genezake, Kode Zibilarren 1.100. artikulua arabera, obligazio sinalagmatikoa betetzera behartuta dauden alderdietako ezeinek ezin duela zor zaion obligazio bat betetzeko eskatu, ez badu berari dagokiona betetzen. Bere obligazioak betetzen ez dituenak beste alderdiarenak ezin eska ditzakeenez, *non adimpleti contractus* salbuespena dagokio. Kontratuan parte hartzen dutenen oinarritzko obligazioei dagokienez argudiatu behar da alderdi biek obligazioak aldi berean betetzeko duten beharra, baina beste obligazio zeharkako batzuei ez zaie aplikatzen, dagokigun kasuan oso garrantzitsuak izanda ere. Aldi berean bete behar diren obligazioak honako hauek dira: agentziari dagokion publizitatea gauzatzea, prestatzea edo programatzea eta, hala dagokionean, sortzea ere; eta iragarleari, berriz, adostutako prezioa ordaintzea dagokio (cf. 1999ko apirilaren 28ko Auzitegi Gorenaren Epaia, Jurisprudentzia Bilduma 3.422).

Aipagarria da PLOk ez duela aurreikusi kontratua zatikatua bete daitekeela; hau da, publizitate-kontratuan hedapen-jarduera bikoitza dagoenean, edo hedapen bakarra denboran luzatzen denean.

4.4.5.1. Publizitate-agentziak kontratua betetzea

PLOk honako kasu hauek bereizten ditu:

1. Publizitatea oinarritzko elementuetan kontratuan adierazitakora edo iragarlearen jarraibideetara ez egokitzeagatik betetze akastuna gertatzea

Kontratuaren obligazio baten betetze akastuna gertatzen da zordunak zor duena egiten badu, baina ez hartzekoduna asetzeko moduan.

PLOren 15. artikulua dio betetze akastuna bi kasutan birbidera daitekeela: kontratuan agertzen dena eta agentziak eginikoa bat ez datozenean, batetik, eta iragarlearen jarraibide adierazia eta agentziak eginiko jarduera bat ez datozenean, bestetik. Legeak une horretan soilik ematen dio aukera iragarleari agentziari jarraibideak emateko; horrek esan nahi du jarraibide horiek zilegiak direla, eta izaera iraunkorra duen nahitazeko erlazio baterako erabakigarriak; baliteke kontratuak —erlazioaren hasiera-puntu gisa— agentziaren obligazio guztiak ez zehaztea.

Agentziak kontratua akastuna sortzea eragiten duen lehen kasuari dagokionez, kanpaina baten «oinarritzko elementua» zer den zehaztea gaitza gertatzen da kontratuan parte hartzen duten bi alderdientzat. Emaiza edo obra-kontratua denez, iragarleari dagokio elementu horiek zehaztea, iragarlearen nahia publizitate-mezua sortzea eta gauzatzea baita. Horrek ez du esan nahi kontratua betetzea haren erabakimenera

uzten denik (Kode Zibilaren 1.256. artikulua aurkakoa bailitzateke): zehazte horrekin kontratuaren objektua mugatu nahi da, eta ez behar bezala bete ote den jakin.

Alor horretan bereizi behar dira agentziaren bi betebeharrak nagusiak. Dirudienez, mezua antolatzeko obligazioari dagokionez, eginiko mandatuan, badago sormenezko osagai subjektibo bat agentziak izan behar lituzkeen ezagutzen arabera; horrenbestez, elementuen esentzialtasunaz arduratu ordez, kontuan izan behar da agentziari emaniko jarraibideak zenbateraino betetzen diren publizitate-obraen adierazpen formalari dagokionez (esaterako, talde tekniko jakin bat kontratatzea, konbentzitzeko teknika jakin batzuk erabiltzea, pertsonaia famatu bat kontratatzea, etab.).

Bestetik, gauzatzeko obligazioari dagokionez, betetze akastuna erabiliko dugu baliabide gisa, eta espazioa edo hedapen-unea hitzarturiko programari egokitzen ez zaizkionean, baldin eta, hedapen-plana onartzean, iragarleak elementu horiek oinarritzotzat jotzen baditu (De la Cuesta, 2002: 280).

Jarraibideei dagokienez, argi dago iragarleak, publizitateak nolakoa izan behar duen eta nola gauzatu behar den adieraziz gero, agentziak jasotako jarraibideetara egokitu behar duela bere jardura. Adieraziriko aginduak falta direnean, agentziak publizitate-kanpaina antolatu eta gauzatzeko askatasuna du hasiera batean, eta fede onak, sektorean diren usadioak eta legeak berak agindutako horretara egokituko du bere zeregina (Kode Zibilaren 1.258. artikulua).

Aipaturiko horrek guztiak argi uzten du kontratuaren objektuaren aniztasunagatik gaitza dela betetze akastuna dela erabakitzea edo epaitzea. Baliteke agentziak kontratuan azaltzen dena eta jasotako jarraibideak perfektuki betetzea, baina, hala ere, iragarlea diseinaturiko kanpainarekin ados ez egotea. Eztabaidarik balego, epaibide nolabaiteko objektibotara jo beharko litzateke, eta ez da soilik kontuan izan behar iragarlearen gustu subjektiboa. Hala ere, ez da problemarik izango eztabaidagaiak agentziak buruturiko egintza material zehatzak direnean (esaterako, arau administratiboak hausteagatik publizitate-panel bat kendu behar denean, edo panela arbola baten atzean jartzen denean, biak ere betetze akastuntzat har baitaitezke) (Lema, 1997a: 26).

Hala, kasu horietan, iragarleak kontraprestazio-beheratzea eska lezake, edo hitzarturiko baldintzetan publizitatea partzialki edo osoki errepikatzea, eta, kasu guztietan, jasandako kalte-galeren ordaina eska dezake. Kasu zehatz bakoitzean, inguruabarrek erabakiko dute iragarlearen interesak zein neurritan asetzen dituen publizitatea errepikatzeak edo prezioa beheratzeak.

Horiek dira PLOren 15. artikuluan betetze akastunarentzat jasotzen diren ondorioak. Publizitatearen jasotzaileengan eragina izan dezakeenez, epaia emateko orduan ez da ez-betetze osoarekin parekatu (Lema, 1997a: 26; Pérez de la Cruz, 2001: 254).

2. *Hitzarturiko epez kanpo prestazioa gauzatzea*

Ez dago argi, halaber, epez kanpoko betetzetzat jotzeko ea kontuan hartu behar den mezua antolatzea eta publizitatea gauzatzea. Antza denez, epea finkatzen duen data erabaki bada, horrek oinarritzko baldintza-izaera hartuko du, zeren, PLOren artikulua arabera, epea bete bada hedapena gertatu gabe, beranduagoko hedapen bat ez baita joko agentziaren obligazioaren betetzetzat. Arau horren arabera, beraz, legegileak agentziaren epez kanpoko betetzea zigortzen du, kontratuaren ez-betetzearekin parekatuz. Agentzia ezin da epez kanpoko betetze batetik libratu, eta iragarleak nahitaezko lotura bertan behera uzteko eskubidea du⁶². Beharbada komeni da aipatzea PLOren 16. artikulua ez dela aginduzko arautzat jo behar, eta alderdiek hitzarmen bidez indargabetu dezaketela (De la Cuesta, 2002: 281).

Hedatzeko obligazioaren ikuspegitik begiratzen badiogu agentziaren jarduerari, 16. artikulua ez du kontuan hartzen obligazio horren betetze zatikatua, iragarlea partzialki ase baitaiteke. Gehiegizkoa dirudi zerbitzu partzial batek kontratua ez-betetzea eragiteak; horrek kontratua bera bertan behera uztea eragin dezake eta dagokion kalte-galeren ordaina ekarri. Behar bezalako betetze partzial batek kontraprestazioa beheratzea ekarriko du. Izan ere, hori esan nahi da 16. artikulua azken paragrafoan (De la Cuesta, 1995: 178); aitzitik, gaia kontratuaren bertan behera uztearekin erlazionatzen da, eta, beraz, araua ez dago erabat justifikatuta.

Kontratua bertan behera uzteko eskubideari dagokionez, 16. artikulua dio kontratua bertan behera uzteak erlazioa duela agentziak bere obligazioak ez betetzearekin. Izan ere, publizitate-kontratua alde bikoa edo elkarrekikoa izanik, kontratuaren iraupena elkarren arteko erlazioei dagokien bidetik zuzendu beharko litzateke. Kontratua iraunkorra eta finkoa bada, inguruabar bereziak ager daitezke elkarrekiko prestazioak betetzea eragotziko dutenak eta, horrenbestez, helburuak betetzen ez direnean kontratu bidezko harremana eteteko beharra dakartenak.

PLOk ez du aurreikusten alderdietako batek —kasu horretan iragarleak— alde bakarreko erabakiagatik erlazioa bukatzeko eskubidea izatea. Ildo horretatik, Publizitate Estatutuaren 38. artikulua aurreikusten zuen alderdietako edozeinek baduela nahitaezko erlazio iraunkor eta etengabe bat eteteko eskumena, hain zuzen, «ohartarazpen berririk ez badago» zioen klausularen menpe zegoen erlazio hori, eta ekimen erabat askea eta norberaren borondatezkoa eteten zuen.

Alderdi baten borondate aske eta soilaren bidez erlazioa bertan behera uzteak badu oinarria iraupen-epea aipatzen ez den kontratu-erlazioekin dihardugularik, alderdiek elkarrekiko duten konfiantza oinarritzen baitira erlazio horiek. Eskumen hori borondate-adierazpen batez egiten da, eta horrek fede onekoa izan behar du; horrenbestez, alde aurretiko ohartarazpena eman ondoren, epe bat egongo da eta jarduerak tarte batez luzatu beharko du beste alderdiak neurriak har ditzan.

62. Prestazioa betetzean ezartzen den denborari buruz, Diéz-Picazo, 1996: 340.

3. *Ez-betetze osoa*

PLOren 16. artikulua arabera, publizitate-agentziak hitzarturiko prestazioa betetzen ez badu, iragarleak kontratua eten dezake eta ordaindutakoa itzultzeko eskatu, baita kalte-galerak ordaintzeko eskatu ere.

Hemen, interesgarri zaigu jakitea zer gertatzen den iragarleak kontraprestazioa ordaintzeko duen obligazioarekin. Erlazio sinalagmatikoen izaera beragatik eta Kode Zibilaren 1.124. artikulua lehen paragrafoaren arabera, arau orokortzat hartu behar da egin ezin izan den zerbitzu baten hartzekodunak bere zerbitzua ere eten ahal izatea, eta dagoeneko emanda dagoena itzultzeko eskatzea, egitezko obligazioekin gertatu ohi den moduan. Hori horrela izaten da ez-betetzea agentziari egotz ez badakioke ere. Baina PLOk, 16. artikuluan, ez dio horrelakorik, hasieran esaten baitu ez-betetzeak —horren ondorioez baitihardu— justifikatu gabea izan behar duela. Agentziak ez-betetzea justifikatu gabe uzteak ondorioak izan beharko ditu kalte-galeren ordainaren gainean, baina ez iragarleak kontraprestazioa betetzearen gainean (De la Cuesta, 2002: 282).

PLOk agentziaren jardueraren justifikazioaren gainean egiten duen aipua dio erantzukizun subjektiboko (eta ez objektibokoa) balizko kasua dela, jardueran zehar gerta daitekeen arreta ezean edo erruan oinarritzen dena. Agentziak, horrenbestez, ez du modu objektiboan erantzungo, ezta halabeharrezko kasuetan ere, alderdiek lehenik hala hitzartu ez badute (Kode Zibilaren 1.105. artikulua).

Iragarleak agentziaren justifikatu gabeko ez-betetzearen aurrean bere prestazioarekin egin dezakeena ikusi ondoren, PLOk, 16. artikuluan, adierazten du iragarleak agentziari eska diezaiokeela ordaindutakoa itzultzeko. Esan behar da PLOk alor honetan ez duela ongi antzeman publizitate-kontratuak hedapen-ekimen anitz izan ditzakeela barnean, eta, ondorioz, agentziak zerbitzua zatikatu dezakeela, eta zati bakoitza betetze partziala izango da. Zerbitzua zatiezina balitz, zilegi litzateke iragarleak aldeztetik ordaindu duen guztia itzultzea. Baina kontratuak zenbait hedapen-ekimen biltzen baditu, itzuli beharrekoa egin ez diren hedapenei soilik zaie aplikagarri, horiek eragin baitute ez-betetzea, eta ezin baita eskatu dagoeneko egin diren hedapenengatik ordaindutakoa itzultzea (PLOren 16. artikulua azken paragrafoan aipatzen da hori). Horrela, kontratua etetearen ondorio gisa, iragarleak bere interesen babes argia du, bere obligazioaz aske geratzen baita, eta aldeztetik emanikoa berreskuratzen baitu; horrenbestez, eztabaida daiteke ea hori guztia bateragarria ote den PLOren 16. artikuluan kalte-galeren ordainerako eskumenaz esaten denarekin.

4.4.5.2. *Iragarleak kontratua betetzea*

16. artikulua, bigarren paragrafoan, iragarlearen prestazioaren betetzeak dituen gorabeheraz dihardu, eta hauxe aipatzen da: «Iragarleak agentziarekin duen kontratua modu justifikatu gabean eta bere aldetik etengo balu, edo halabeharrezko

arrazoirik gabe edo modu akastunean edo partzialki beteko balu, agentziak dagozkion kalte-galeren ordaina eska lezake».

Lehenik eta behin, azpimarratu behar da arau horrek trataera ezberdina behar duten balizko kasuak nahasten dituela: ez-betetzea eta betetze akastuna, alde batetik, eta alde bakarreko etetea, bestetik. Ez-betetzeaz diharduenean, osterara ere aipatzen du «justifikatu gabe» izan behar duela; horrenbestez, horrek pentsaraz dezake, halabeharrezko zioa dagoenean iragarlea bere obligazioa betetzetik aske dela. Hori ez da bidezkoa, iragarlea hitzartutakoa betetzetik libratzen baita soilik agentziak berea betetzen ez duenean. Halabeharrezko arrazoiak ez luke iragarlea libratu beharko bere obligazioa betetzetik, agentziak dagokiona bete badu. Alabaina, halabehararren ondorioz, iragarleak ez dio kalte-ordainik ordaindu behar agentziari, ez-betetzea ez baita bere errua izan.

Bestetik, 16. artikulua betetze partzial edo akastuna bi kasu ezberdintzat hartzen ditu, eta, benetan, iragarlearen betetze partziala betetze akastuntzat har daiteke, agentziak bere prestazioak osorik bete dituen. Izan ere, PLOk kontratutan ez du bereizten ea desberdintasunik sortzen den oro har iraupenagatik, behin-behineko inguruabarregatik ala prestazioak zatikatzegatik.

Azkenik, iragarleak soilik bere aldetik eta justifikatu gabe egindako eteteaz dihardu aztertu dugun arauak. Bertan behera uztea, PLOren 16. artikulua araberak, zilegi da bakarrik kontratuan parte hartzen duten alderdietako batek kontratuan agertzen dena betetzen ez duenean. Horrenbestez, kontratua etetea alderdietako baten erabaki askearen bitartez gertatzen denean, ezin dugu esan etetea dela, alde bakarreko uko egitea baizik. Kausa justu batean oinarritu gabe, eskumen hori gauzatzearen ondorioz, agentziak ez du izango eskubiderik kontratua betetzeko eskatzeko, dagozkion kalte-galerak ordaintzeko eskatzeko aukera baizik.

Bertan behera uzteko hiru arrazoiatarako PLOk zigor bera proposatzen du. Agentziak dagozkion kalte-galerak ordaintzeko eska dezake (betetze partzial edo akastuna gertatzen den kasu guztietan eska daitekeena, 16. artikulua ez baitu esaten halabeharrezko zioak obligazio horren salbuespena dakarrenik). Azken puntu hori zeharo akastuna da, ez baitago batere argi agentziak zergatik ezin dezakeen iragarlearen betetze osoa eskatu⁶³.

63. Elkarrekiko obligazioak dituen kontratuaren alderdi bati ematen zizkion aukeretatik bat beste alderdiak betetzen ez duenean (Díez-Picazo. 1996: 692-696).

5. Publizitate-sorkuntzako kontratua

5.1. HASIERAKO IDEIAK

Gaur egun, ukaezina da enpresaburuak publizitatea behar duela publikoari bere produktuak edo zerbitzuak ezagutarazteko eta horiek eros ditzan konbentzitzeko. Egungo merkaturak zeharo lehiakorra denez, beharrezko egingo zaio, gainera, publizitate hori ahalik oldarkor eta eraginkorra izatea. Enpresaburuak publizitatea egiterakoan hartzen duen jarrera oldarkor horrek ondorio bi ditu: alde batetik, gero eta gehiago inbertitzen da publizitatean; bestetik, publizitate-mezuak gero eta originalagoak dira. Azken ondorio horri dagokionez, tankera tradizionalako mezu zaharretatik harago mugitu ezinik geratu ordez, iragarleek ideia eta komunikazio-modu berriak aurkitu behar dituzte, horien originaltasunari edo berrikuntzari esker hartzailearengana iristea erdiesteko.

Publizitate-produktuaren sorkuntza-prozesua eta mezuaren hedapena luzeak eta kostu handikoak izaten dira gehienetan, mezuari forma emateko espezialisten ezagutza eta trebetasuna behar baita. Noski, ezin da baztertu iragarleak berak publizitate-lana sortzeko aukera, baina ez da ohikoa. Normalean, publizitatean adituak diren profesionalengana joko du iragarleak —dagokion kontratu-harremanean kokatua— publizitate-lana egin dezaten.

Publizitate-kontratu baten baitan egin daiteke mandatu hori, eta publizitate-lanaren hedapena ere biltzen du bere baitan. Bestela, zerbitzu bakarra kontuan hartuko duen publizitate-sorkuntzako kontratua hitzar daiteke. Hedapena baztertuta iragarlearekiko harremana sorkuntza-alorrera mugatzen bada, PLOk publizitate-sorkuntzako kontratua estandarizatzen du. Orain arduratuko gara publizitate-lanaren sorkuntzari dagokion erregimen zehatzaz, kontuan harturik prestazio hori, batzuentzat, publizitate-mezua antolatzeke eta hedatzeko mandatuarekin batera agertuko dela eta beste batzuetan, aldiz, ez.

5.2. PUBLIZITATE SORKUNTZAKO KONTRATUAREN DEFINIZIOA

Honela definitzen da: kontraprestazio baten ordainean pertsona fisiko edo juridiko batek iragarle edo agentzia batekin hartzen duen konpromisoa, publizitate-kanpaina bat, zati bat edo beste edozein publizitate-elementu asmatzeko eta egiteko (PLOren 20. artikulua).

5.2.1. Kontratatzaileak

Kontratuan parte hartzen duten alderdiei deitzeko moduak ere gure arreta merezi du. Alde batetik, «pertsona fisiko edo juridikoa» aipatzen da; bestetik, iragarle edo agentzia.

Publizitate-mezua diseinatzeko betebeharrak hartzen duen alderdi kontratatzaileari egiten zaion erreferentzia orokorrak honako zio nagusi hau du oinarrian: azpimarratu nahi da kontratatzaileak ez duela nahitaez publizitate-subjektua izan behar, eta, horrenbestez, beharrezko kualifikazio subjektiborik ere ez dagoela. Gogora dezagun indargabetutako Publizitate Estatutuan sorkuntza-kontratuak Publizitateko Estudio Teknikoen jarduera jasotzen zuela, estudio horiek subjektu publizitariotzat jotzen baitziren. Orain, berriz, argi dago zerbitzua ematen duenaren alde subjektiboari ez zaiola garrantzirik ematen, beraz, ezin da baztertu sorkuntza-jarduera agentzia bati egokitzea, edo, bestela, hirugarren alderdi baten bidez publizitate-kanpainak sortzen jarduten duen edozein agentzia profesionali egokitzea (baina egite-prozesua edo hedapena bere gain hartu gabe), antzinako Estatutuak aipatzen zituen estudioen kasuan bezala. Bestetik, pertsona fisikoaren izaera horrek esan nahi du sorkuntza-kontratua publizitate-teknikari batekin hitzar daitekeela; bestela, artista batekin soilik edo alor horretan sormena duen norbaitekin.

Iragarle eta agentziei buruz, hauxe esaten da: sortzaileak obligazioa har dezakeela bere obra erabiliko duen horrekin (iragarlearekin), edo obra bezero baten mesederako erabiliko duen agentzia batekin. Azken aukera horrek argi uzten du agentziak, publizitate-kontratuaren arabera, mezua antolatzeke betebeharrak hartzen duela iragarlearekiko, baina ez duela zertan publizitate-lanaren sorkuntza bere gain hartu eta publizitate-sorkuntzako kontratuaren bidez azpikontrata dezakeela eginkizun hori, osoa edo partzialki.

Iragarleei, agentziei eta sortzaileei buruz oso adiera zabalarekin diharduenez, honako zalantza hau sortzen du PLOren 20. artikulua: ea agentzien erakundeko kide diren pertsona fisikoen sorkuntza-zerbitzuei zabaldu ote dakiekeen sorkuntza-kontratua. Erantzunak ezezkoa izan behar du, zerbitzu horiek sortzailea eta iragarlea edo agentzia lotzen dituzten lan-harremanen alorrean sartzen baitira.

5.2.2. Kontratuaren benetako elementuak

Honako hauek dira benetako elementuak: alde batetik, sorkuntzaren mandatua egiten duenari dagokion kontraprestazioa eta, bestetik, publizitate-proiektua. Kontraprestazioaz aurrerago jardungo dugu, iragarle edo agentziari dagokion betebeharrak aztertzen dugunean.

Sorkuntza honela defini daiteke: publizitate-komunikazio baten helburua lortzeko egiten den sormen-jarduera. Horren haritik, publizitate-sorkuntzaren molde eta aldaerei ez zaie mugarik jartzen. Zerrenda moduan, honako hauek

aipatzen dira: kanpaina bat, horren zati bat, eta edozein publizitate-elementu. Are gehiago, publizitate-sorkuntza izenak ez liguke pentsarazi behar iragarle edo agentziak enkargaturiko sorkuntza-lanak ezaugarri jakin batzuk izan behar dituenik. «Publizitate-sorkuntza» izena merezi dute bai diseinu batek, bai gidoi batek, bai merkatu-ikerketa batek, bai eta publizitate-inbertsiorako aurrekontu bat emateak ere; beraz, mezua sortzen den unean zein hedatzeko momentuan gerta daiteke sorkuntza-jarduera. Aitzitik, publizitate-sorkuntza helburu desberdinen arabera gauza daitekeen arren, sorkuntza-kontratuaren edukia, hedapenaz baino, mezu konbentzigarri bat sortzeko asmoz egindako sorkuntzez osatuta dago.

Sorkuntza-jarduera mezuaren sorrerarekin erlazionatu ondoren, oso gai garrantzitsua agertzen da: ea publizitate-sorkuntza asmakuntza soilera muga daitekeen edo, aldiz, obraren adierazpen formalera iritsi behar den. PLOren 20. artikulua hitzez hitz dioenaren arabera, publizitate-kanpaina baten proiektu osoa, zati bat edo edozein publizitate-elementu asmatu eta sortzera bideratzen da sorkuntza-kontratuaren helburua.

Publizitate-lanaren sortzaileak ez du soilik hura asmatu behar; gero antolatu beharko du eta iragarleari publizitate-emaizta lortzeko balioko dion adierazpen formala ere lortu. Horrenbestez, mezu konbentzigarria asmatu eta lantzera bideratutako sormenezko jarduera da publizitate-sorkuntza, besterik ez.

Alabaina, publizitate-agentzia batek edo sortzaile batek publizitate-kanpaina baterako espresuki eginiko publizitate-sorkuntzekin batera, aurretik existitzen diren lanak erabil ditzakete publizitaterako, nahiz eta xede horrekin ez diren sortu eta jabego intelektual sortzailea ez den beste subjektu batena izan daitekeen. Kasu horietan, ez da nahikoa xedea publizitaterako pentsatua izatea; beharrezkoa da, halaber, asmakuntza-jarduera kanpora begira egina egotea. Hori publizitate-emaiztan gauzatuko da.

Sortzailearen prestazioan oinarritzen da sorkuntza-kontratua, eta kontratuaren beste alderdiarentzat eginiko publizitate-lanean datza. Hirugarren alderdi baten publizitate-erabilera hori sorkuntza-jardueratzat jo liteke, sorkuntzaren eremuan egin daitezkeen beste gogoeta batzuk kontuan hartu gabe, hala nola jabego industrialari edo intelektualari zor zaion babesaren aukera.

5.3. PUBLIZITATE SORKUNTZAKO KONTRATUAREN IZAERA JURIDIKOA

Publizitate-sorkuntzako kontratuaren izaera gainerako publizitate-kontratuenaren parekoa da. Horretan ere, emaitzak behartzen du sortzailea, publizitate-sorkuntzako kontratuan jarduerak berak garrantzi handia duen arren. Argi dagoenez, obra-kontratua da, Publizitate Estatutuak zioen moduan Kode Zibilaren 1.588. artikulura eta hurrengoetara igorpena egiten zuenean. PLOk igorpena deuseztatzen du, baina horrek ez du esan nahi Kode Zibilak sorkuntza-kontratua antolatzeke ematen dituen

arauetara jo behar ez denik. Dena den, lege-gorputz hori eraikinen sortze-prozesura bideratua dago, eta obra-kontratuak sorkuntza mota hori du xede; horrenbestez, gaizki egokitzen da obra materiala (eraikuntza gehienbat) ez den kasuetan, hau da, «espirituaren obrak» direnean. Alor hori zeharo zabala da, obra guztiei egiten baitzaie erreferentzia, dagoen egoera edo fasea dena delarik ere, zirriborroa baino ez denetik, guztiz bukatua denera arte. Obra-kontratuarekin duen harremana kontuan hartuz, kritikatu behar da, beraz, PLO kontratuaren erregimenaz arduratu ez izana; hau da, berezitasunak ez ditu aintzat hartu. Izan ere, kontratu mota horretan, adimenaren obrak jasotzen dira, baina azken helburua ez da obra bera izango, iragarlearen produktuak eta zerbitzuak ezagutaraztea baizik.

5.4. PUBLIZITATE SORKUNTZAKO KONTRATUAREN EDUKIA

5.4.1. Sortzailearen betebeharrak

1. Sortzeko betebeharra

Sortzailearen betebeharrak nagusia publizitatea sortzea da. PLOk sorkuntza-jarduerari eta haren emaitzari buruzko zehaztasunik ematen ez duenez, beharrezko suertatzen da kontratuaren bidez lortzen denaren —hau da, publizitate-sorkuntzaren— ezaugarri bereziak aztertzea.

Publikoa erakartzearen profesional-talde batek mezu baten bitartez egiten duen lan intelektuala da publizitate-kanpaina bat. Horren haritik, kanpaina egintza intelektual baten emaitza denez, esan dezakegu obra intelektuala dela. Obra intelektualetan, honako hiru une hauek ezberdindu daitezke: sorkuntza-jarduera; jarduera horren emaitza, ideien munduari dagokiona, baina autorearen arabera objektiba daitekeena; eta, azkenik, obra hori komunikatzea edo emaitza. Hiru uneak garrantzitsuak badira ere, beharbada komunikazioak nagusitasuna du besteen aurrean; ikuspegi juridiko batetik begiratuta obra intelektualek transzendentzia juridikoa izango dute, komunikagarriak direlako.

Gutxitan mugatzen da publizitatea komunikazio-ekimen bakarrera, eta, halaber, ez da ohikoa, ekimenak bat baino gehiago direnean, hedabide bakarraren bidez zabaltzea. Komunikazio komertziala zenbait komunikazio-ekimen eta baliabideren bidez zabaltzea izaten da ohikoena.

Emaitza, alabaina, mezu bakarra izango da, ekimen edo baliabide bakoitzean modu ezberdinean adierazten bada ere. Beraz, esan daiteke publizitate-kanpaina bat ideia bakarraren inguruan biltzen dela; mezuek molde bera dute barnean, baina, kanpotik, formalki ezberdinak dira. Publizitate-mezua adierazpen-genero ezberdinen bidez konbina eta gauza daiteke, erabat sinplea den molde baten bitartez, edo konplexutasun handia erabiliz. Nolanahi ere, mezuak publizitate-sorkuntzak dira, baita komunikazio-hedabideari egokitzeagatik mezuek pairatzen dituzten aldaketak ere.

Nahiz eta publizitate-mezu bat arteen ohiko adierazpen guztietan ager daitekeen, publizitate-sorkuntza berez ez da definitzen genero artistikoaren arabera, merkataritza-komunikaziorako mezu gisa betetzen duen funtzioaren arabera baizik. Horretan ezberdintzen da beste obra batzuetatik, horiek dagokien generoagatik bereizten baitira: literatura, pintura, zinema, eskultura, eta abar.

Obra bera beti definitzen da dagokion genero artistikoagatik. Izan ere, obra artistiko batek, bere funtzioa bete dezan, bi gauza lortu behar ditu komunikazioarekin lortu nahi diren beste helburu batzuez landa: batetik, hartzaileek obra hori erabiltzea eta, bestetik, hartzaileak obraz gozatzea. Alabaina, obra bat publizitatetzat definitzean, funtzio komunikatiboa duten obretatik bereizi, eta beste eremu batean kokatu behar dugu; bere esanahia, aldiz, enpresaburuek eskaintzen dituzten produktu eta zerbitzuen trafikoa betetzen duen funtzio erakartzailean datza. Kontuan hartuta publizitate-lanaren funtzionalitatea, interesgarria dateke hari buruzko zenbait puntu aztertzea. Lehenik eta behin, nahitaez ez bada ere, publizitate-lana mandatuz egin ohi da, beraz, «sorkuntza ez da soilik xede publizitarioak ezartzen dituen exijentziak direla-eta inspirazio askeak sortzaileari dakarkion fruitua» (De la Cuesta, 1995: 180). Iragarlearen errealitateak ezartzen dituen eskakizunen esanetara egoten da sorkuntza; hala, zenbat eta hobeto egokitu eskakizun horietara, orduan eta perfektuagoak izango dira ekimen sortzailea eta emaitza. Horregatik, posible da kontratuan bertan iragarleak (edo agentziak) jarritako zenbait ildo edo jarraibide jasotzea. Horrenbestez, obligazioa ez da betetzat hartuko, azken lana adieraziriko jarraibideetara egokitzen ez bada. Alor horretan, garrantzi gabeak dira publizitate-lanak izan ditzakeen elementu estetikoak. Emaitza hori komisio-emaileak agindutakoari egokitzea da garrantzizkoena.

Jarraibiderik ematen ez denean, ulertu behar da komisio-emailearen nahia bete dela, proposaturiko publizitate-xederako publizitate-lana egokia egiten bada, behintzat; alor horretan ohikoak diren ohitura eta praktiken arabera eta publizitatearen artearen berezko arauen neurrikoa. Horrenbestez, kontratuaren objektua edozein obra mota izan daiteke, betiere legeak aurreikusten dituen publizitate-hedapenerako debekuak hautsi gabe. Lan hori gobernatzen duen publizitate-xedeak hau eskatzen du: lan horren hedapena ahalbidetzeko moduan ekoiztea, eta hitzarturiko epean egitea.

Sortzailearen inspirazio hutsari ez jarraitzeaz gain, publizitate-lanak badu bigarren ezaugarri bat: publizitate-lana den artean, ez dela gozamen orokorrerako. Hortik dator sorkuntza publizitarioaren autonomia falta, publizitatearen alorrean bakarrik goza edo erabil baitaiteke.

Kontuan hartuta, batetik, publizitate-lanaren funtzionalitatea eta, bestetik, sortze-jardueraren inguruabarrak, honako arazo juridiko nagusi hau sortzen da: ea posible den tartean diren interes guztientzat —bai sorkuntzaren ikuspegitik bai publizitate-erabilerarenetik— babes-sistema egokia ezartzea. Aurreraxeago aztertu

beharko dugu arazo hori, Zuzenbideak jabegorako ezartzen dituen erregimen biak erreferentziatzat hartuz: jabego intelektuala eta jabego industrialia.

2. Zerbitzu osagarriak

Batzuetan, beharrezkoa da izaera osagarria duten bestelako obra edo zerbitzuak kontratatzea publizitate-kanpaina burutzearen (esaterako, artisten kontra-tuak, irudi-eskubideak, musikagileen kontratuak, ikus-entzunezko grabazioen ekoizleen kontratuak, eta abar).

Hasiera batean, hirugarren alderdi batek egindako obra edo zerbitzuen kontratazioa publizitate-sorkuntzako kontratutik kanpo legoke. Sortzailearen, edo, hala dagokionean, publizitate-agentziaren lana da obra edo zerbitzu horiek kontratatzea.

5.4.2. Iragarlearen edo publizitate-agentziaren betebeharrak

1. Ordaintzeko obligazioa

Iragarleari edo publizitate-agentziari dagokio —sortzailearekin hitzarturiko kontratua egiten duena zein den—, sortzaileari sortutakoarengatik ordainsaria ematea. Kontraprestazioa ekonomikoa izan daiteke edo ez, PLOk ez baitu ezer esaten ordainsariaren izaerari buruz, ezta horren zenbatekoa ezartzeko irizpideei buruz ere. Kontraprestazioa eman behar da, lana burutua denean eta ordaindu behar duenak jasotzen duenean (kontraprestazioa ordaintzeko momentuaren gainean zehaztasun eza egongo balitz, obra emandakoan ordaindu behar dela aipatu gabeko hitzarmentzat hartuko da. Kode Zibilaren 1.599. artikulua). Merkataritza-espote batean parte hartzen duten antzezle edo egileen kasuan, publizitate-sortzaileari dagokio haiei ordainsaria ematea.

2. Obra jasotzeko betebeharra

PLOk horri buruz ezer ez badio ere, agindutako obra jasotzea da iragarle edo agentziaren beste betebeharra, Kode Zibilaren 1.598. artikulua dioenez «jabearen nahiaren arabera» jaso behar baita obra. Publizitate-alorrean, oinarritzkoa dirudi obra noiz jaso behar den arautzea iragarle edo agentziaren obligazioa dela, zeren judizio estetikoa merezi duten obrekin ohikoa baita iragarle edo agentziak pentsatzea beren gustuak ase arte obra ez dagoela burutua; beraz, modu zehaztugabea, onespene emateko ahalmena hartuko dute beren gain.

Kasu horretan, interes-gatazka gerta daiteke, eta PLOk ez du horren inguruan ezer ere esaten. Hasiera batean, ordainsaria noiz eman iragarle edo agentziaren oniritziaren zain gera badaiteke ere, ahalmen hori ezin daiteke jo gustu estetiko pertsonalean oinarrituriko ebazpen soiltzat. Bigarrenik, iragarleak edo agentziak emaniko ildoei jarraituta egin behar da lana; hala, ezin izango da gaitzetsi jarraibide

horiei objektiboki egokitzen zaien sorkuntza-lana. Jarraibiderik ez balego, edo nahikoak ez balira, sortzaileak bere lana justifikatu beharko luke «artearen arauak» deiturikoen arabera, eta, agentzia edo iragarlea konforme ez baleude, zenbait adituren epaia eska daiteke, haiek erabaki dezaten lana bukatutzat jo daitekeen ala ez.

5.5. PUBLIZITATE SORKUNTZEN BABES JURIDIKOA

5.5.1. Aurrez aztertu beharrekoak

Honako hau da publizitate-sorkuntzako kontratua aztertzean PLOk (21. artikulua) aipatzen duen puntu bakarra (arau berean, alderdi bikoitzari egiten dio erreferentzia): publizitate-lanen babes juridikoa, eta publizitate-sorkuntzako kontratuaren bidez babes hori lagatzea. Alderdi biak elkarrekin nahasturik doaz, eta beharrezkoa egiten da, beraz, batak eta besteak sortzen dituzten arazoak bereizirik aurkeztea. Epigrafe honetan, Zuzenbideak obraren jabeari obra ustiatzeko garaian ematen dion babesaz arituko gara. Bestalde, gerorako utziko ditugu kontratu-lagatzeak dakartzan ondorioak, batez ere obraren gainean dauden eskubideen inguruko ondorioak.

Publizitate-mezuen originaltasuna areagotzeak horiek babesteko beharra dakar. Gainera, kontuan hartzen badugu publizitate-sorkuntzak ondasun immaterialak direla, berrindartu egin behar da babes hori.

Ondasun immaterialak —baliabide egokien bidez hautemangarri eta erabilgarri bihurtuta— adimenaren sorkuntzatzat definitzen ditu doktrinak⁶⁴, eta, beren garrantzi ekonomikoa dela-eta, tutoretza juridiko berezia merezi dute. *Corpus mysthicum*ez (idea) eta *corpus mechanicum*ez (idea hori hautemangarri egiten duen euskarri ukigaia) osatuta daude ondasun immaterialak. Hala, ez dirudi beharrezkoa denik argumentu pisuzkorik frogatzeko publizitate-sorkuntzak ondasun immaterialak direla zentzu hertsian. Publizitate-sorkuntzetan baditugu elementu mistikoa (sorkuntza bera) eta sorkuntza hautemangarri egiten duen elementu mekanikoa. Elementu mekaniko hori, bestalde, mota askotakoa izan daiteke: ahozko adierazpena, inpresioa, ikus-entzunezko euskarria, eta abar.

Ondasun immaterial orok bezala, tutoretza juridiko berrindartua behar dute publizitate-sorkuntzek, ondasun immaterialen izaera berezia kontuan harturik pertsona kopuru kalkulaezinak jaso baitezake aldi berean. Legediaren parte-hartzea eskatzen du horrek, ondasunaren gainean jabegoa ezartzeko sortzaileari babes berezia emateko.

Ondasun immaterialei legediak ematen dien tutoretza, oinarrian, *erga* eta *omnes* aurre egin dezakeen eskusiba-eskubidearen bidez artikulatzen da (halaxe gertatzen da honako hauekin: asmakizun eta bestelako sorkuntza industrialak,

64. Kontzeptu horren esanahi eta norainoko irismenari buruzko azterketa honako lan honetan ikus daiteke: Gómez, 1974: 73-74.

enpresa baten zeinu bereizgarria, literatura-obrak, artistikoak edo zientifikoak). Ezin uka zenbait sorkuntza intelektualen gainean benetan badagoela eskusiba-eskubidea, baina, arretaz aztertuz gero, ondasun immaterialak eskubide absolutu horrek soilik gauzatzen dituela dioen teoriak ahulgune handiak ditu.

Ildo horretatik, hain zuzen ere, hartzen du indarra pentsaera-korrante batek (De la Cuesta, 1980: 236)⁶⁵; pentsaera horren arabera, ukatu egin behar da ondasun immaterialari bakarrik aitor dakiokela eskusiba-eskubidea, eta uste da kategoria horretan konpetentzia desleialaren diziplinak babesten dituen sorkuntza intelektualak ere sartu beharko liratekeela. Diziplina horrek zinez betetzen du sorkuntza bati babes emateko baldintza, hirugarren alderdi batek sorkuntza horretaz goza ez dezan.

Hala ere, ez da baztertu behar publizitate-sorkuntzek babes aurki dezaketela eskusiba-eskubidearen objektu diren ondasun immaterialen erregimenean.

5.5.2. *Publizitate-sorkuntza eta jabeago industrial*

Ez dirudi alor horretan patente-eskubideak aplika daitezkeenik. Asmakizunaren izaera teknikoak —patente baten ezaugarriak (eta erabilera-ereduan)— galaraziko du kasu gehienetan publizitate-sorkuntzek bide horretatik babes lortzea, zeren sorkuntza mota horietan ez baita naturako legerik erabiltzen helburu «industrial» lortzearen. Arazo tekniko bati konponbidea ematea litzateke hori, eta argi dago publizitate-sorkuntzak ez direla xede horretarako sortu, iragarlearen produktu edo zerbitzuen kontratazioa sustatzeko baizik.

Patente-eskubideen eta egile-eskubideen arteko eremu batean aurkituko dugu ereduen eta marrazki industrial eta artistikoen babesaren kasua. Ez dago eragozpenik publizitate-sorkuntza batek bide horretatik babes lor dezan. Aipatzekoa da *merchandising*⁶⁶ deritzonak hartu duen garrantzia; hau da, publikoarentzat ezaguna eta erakargarria den zeinu edo identifikazio-ikur baten jabeak hirugarren alderdi bati baimentzen dio hura erabiltzea, kontratu baten bidez eta adostutako salneurria ordainduta. Gero, merkatuan sartzen saiatuko da izaera ezberdineko produktu edo zerbitzuentzako erakargarri gisa.

Aukera hori posible den arren, argi dago zentzu objektibo eta subjektiboan babes mugatua dela. Objektiboki, soilik publizitate-sorkuntza jakin batzuek jaso dezakete babes, baldin kanpaina baten elementu edo pieza bereiziak badira, eta legeak ezarri dituen ezaugarriak betetzen badituzte. Subjektiboki ere, bide hori mugatua da, produktua eta marrazkia loturik baitaude. Babesa iragarleari badagokio ere, ereduen edo marrazki industrialaren autonomiak babes jasotzeko aukera ematen

65. Hainbat autorek eusten diote irizpide horri, besteak beste, Gomez Segade, Fernández-Nóvoa eta Rubio-k.

66. *Actualidad Civil*, 11/2000 zk.: “Merchandising de personajes animados. La absoluta compatibilidad y acumulación de la tutela del diseño mediante derechos de propiedad industrial y derechos de propiedad intelectual” (Auzitegi Gorenaren Epaiaren iruzkina, 1999ko uztailaren 15ekoa, Jurisprudenzia Bilduma 1999/5954).

dio sortzaileari, iragarlea alde batera utziz. Hala, argi dago babes mota horrek ez duela inolaz ere kontuan hartzen babesten den sorkuntzaren publizitate-izaera.

Sorkuntza industrialen alorretik (patente eta erabilera-ereduetatik) zeinu bereizgarrien esparrura (markenera gehienbat) pasatzen bagara, egoera aldatu egingo da. Markak —benetako zeinu bereizgarriak— produktu batzuk berdinak edo antzerakoak diren beste batzuetatik bereizteko balioko du, eta, hala, jakin ahal izango da produktuen jatorria zein den. Aldi berean, enpresak merkatuan lortu duen ospea biltzen laguntzen du publizitate-markak. Publizitatearen eta marken arteko dependentzia horrek markaren publizitate-funtzioaz hitz egitera garamatza, baina publizitatearen funtzio identifikatibo eta bereizgarriaz ere mintza gintezke.

Horrenbestez, berezko funtzio bereizlearekin jaio den marka bat publizitateko instrumentu bilaka daiteke, eta, sarritan, hala gertatzen da. Beraz, Marken Zuzenbideak babesturiko publizitate-sorkuntza izango da zeinua, eta ekonomia-trafikoan zeinu jakin horrek eskubide eskusiboaz erabiltzeko aukera emango dio bere jabeari. Horrek ez dio produktu eta zerbitzuak identifikatzeko eskubidea soilik ematen, zeinu hori publizitate-xedeekin erabiltzeko eskubidea ere ematen baitio.

Hala ere, badira beste kasu batzuk publizitate-funtzioa lortu ondoren markaren bidez babesa lortzen saiatzera daramatenak: gai hori, batez ere, esloganaren inguruan sortzen da; honakoa da eslogana: publizitatean erabiltzen den esaldi zehatz bat, kontsumitzaileari deigarri gertatzen zaiona, erraz memorizatzen dena, eta ekintza jakin bat egitera bultzatzeko pentsatuta dagoena.

Galde liteke ea eslogana marka gisa babes daitekeen. Eslogana, bere laburtasunagatik eta dakarren zama adierazgarriagatik, zeinutzat jo daiteke batzuetan. Hala, publizitate-eslogana markatzat har daiteke, ez osatzen duen esaldi berarengatik, baizik eta berak baduelako elementu bat marka moduan babesa jasotzeko indar bereizgarri nahikoa duena.

Publizitate-sorkuntzan marka moduan babesteko sortzen diren zailtasunei gehitu behar zaie erregimena ez dela egokitzen publizitate-sorkuntzaren inguruan dauden interes-gatazketara. Marken eskubideari dagokionez, zeinua bereizgarri gisa erabiltzen duenari ematen zaio publizitate-sorkuntzaren gaineko eskubide absolutua, hau da, iragarleari; ondorioz, sorkuntzan parte hartzen duten subjektuak edo subjektuen interesa zeharo baztertzen dira.

Beraz, publizitate-sorkuntzen babesa ez da jabego industrialari dagozkion arauetan oinarritzen, arau horiek bereizgarritasunak eta identifikazio-interesak babesten baitituzte. Babes horrek ez du bat egiten publizitate-sorkuntzarekin, sorkuntza horren funtzioa publizitate-mezua era konbentzigarrian ematea baita. Horrenbestez, beharrezko egiten da publizitate-sorkuntza babesteko beste bide bat aurkitzea, hala nola egile-eskubidea.

5.5.3. *Publizitate-sorkuntza eta jabego intelektualak*

Egile-eskubidearen informazio-printzipioen arabera (jabego intelektualak zentzu hertsian), jabego intelektualaren mendekoa da «egun dagoen edo etorkizunean izango den edozein sorkuntza original —literatur arlokoa, artistikoa edo zientifikoa—, edonolako baliabide edo euskarritan adierazten delarik ere» (Jabego Intelektualaren Legearen testu birmoldatuaren 10.1 artikulua, aurrerantzean JILTB). Kasu horretan, argi dago publizitate-sorkuntzek —erabiltzen den bitartekoa edo euskarria dena delarik ere— egile-eskubidearen babesak jaso dezaketela hasiera batean. Patente-eskubidea industria-sorkuntzen babeslearen paradigma denez, eta aurrerapen teknologikoa sustatzeko pentsatuta dagoenez, kontuan eduki behar da egile-eskubideak egileak bera duela bere arauen erreferentzia-puntutzat. Horren harira esan behar da egile-eskubideak babesten duela egileak sortutako lana, obraren erabilera edo helburua kontuan hartu gabe. Horrek argi uzten du egile-eskubidearen arabera aplikazioak duen garrantzi eza, oinarritzakoa sorkuntza bera baita. Alabaina, sorkuntza oro ez da nahitaez egile-eskubidearen babespean geratuko. Horretarako, beharrezkoa da obra-izaera edukitzea, Espainiako Legearen 10. artikuluari hitzez hitz jarraituz gero.

Sorkuntza-izaerak (literarioak, artistikoak edo zientifikoak, baina batez ere lehen biak) eta publizitate-izaerak bat egin dezakete. Izan ere, izaera literarioa edo artistikoa izan dezakete, sorkuntza horiek diskurtso batez edo irudiez edo bien nahasketa batez osaturik baitaude. Hala ere, aurrekoa ez da nahikoa. JILTBren 10. artikuluari hitzez hitz jarraituz, esan dezakegu egile-eskubideak eskaintzen duen babesaz gozatzeko bi baldintza bete behar dituela publizitate-obra edo sorkuntza batek: lehenik, ukigai edo ukiezin izatearen kontuaren inguruan, gaur eguneko delakoa edo etorkizuneko delakoa ere, baliabide edo euskarriaren batean hedatu behar da; eta, bigarren, sorkuntzak originala izan behar du.

Lehen baldintzari dagokionez, beharrezkoa da sorkuntzak hedabide edo euskarri batean hedatzea; osterantzean, sorkuntza egilearen eremu pribatu batera mugatzen bada, ez du garrantzi juridikorik izango. Hau da, beharrezkoa da edozein hedabideren bitartez kanpoan hautemangarria izatea (ahoz, ikus-entzutea ahalbidetzen duen euskarri baten bidez, eta abar).

Ezaugarri horrek ondorio gisa hau xedatzen du: egile-eskubidea ez da publizitate-ideietara soilik mugatzen. Alderantziz, ideiak adierazteko forma babesten du, baina ez ideiak berak. Pentsa liteke publizitate-ideia sinpleen babes eza kaltegarria izan daitekeela, kontuan harturik publizitatean ideiek garrantzi ikaragarria izan dezaketela. Ideiak aktibo garrantzitsuak dira publizitate-enpresentzat eta, horregatik, haren babesak berebiziko garrantzia du.

Ideiak ez direlako kanpoaldera hedatu ez badira jabego intelektualak babesteko lege-eremuan sartzen, honako arazo hau izango dugu: kasu bakoitzean zehaztu beharko da non hasten den ideia eta non forma, eta, ildo horretatik, nahitaez onartu beharko da zirriborro eta bestelako obra bukatu gabeek duten garrantzia,

egile-eskubideak arautuko dituen obrak baitira. Gaitza gertatzen da desberdintzea publizitate-alorrean ideia zer den berez, eta zer babes behar duen baldin eta forma alderatzen badugu egileari askatasun handiagoa ematen dioten beste obra mota batzuekin. Operatzaile juridikoek kasu zehatzari eta publizitate-obra dagokien generoari begira erabaki beharko dute non dagoen muga.

Egile-eskubideek ematen duten babesa obra bati edo publizitate-sorkuntzari iritsi dakion, ez da nahikoa bitarteko edo euskarri egokiaren bidez kanpoaldera hedatzen den sorkuntza izatea. Sorkuntza horrek, gainera, originala izan behar du. Hala, JILTBren 10. artikulua aurreikusten duen bigarren baldintza originaltasunari dagokio. Kanpaina baten elementu bat (esaterako, argitalpen batean agertzen den marrazki estatikoa, edo telebistan edo zineman agertuko den publizitate-film baten irudi dinamikoa) babesturiko sorkuntza izango da, baldin eta originala bada. Originaltasuna subjektiboa izan daiteke (egilearen sorkuntza independentea) edo objektiboa (aurreko sorkuntza baten kopia edo imitazioa ez izateaz gain, aurrekoaren ezberdina izan behar du). Legeak ez du bakarrik originaltasun subjektiboa eskatzen, objektiboa ere kontuan hartu behar da. Obra babesgarriak, batez ere, originala izan behar du; egilearena berarena izan behar du eta ez kopiatua. Alabaina, originaltasunaren baldintzak ez du soilik esan nahi obra babesgarria ezin daitekeela beste baten plagioa edo kopia izan. Gutxieneko originaltasun bat ere behar du; hau da, gainerako obrekin alderatuta, aldeak substantziala eta hautemangarria izan beharko du. Jakina, egile-eskubideak ez ditu babestuko aurretik zeuden beste obra batzuekiko aldaera txikiak edo garrantzirik gabeak.

Sortzaileak obraren gainean egiten duen ekarpen formala originala dela erabaki behar da, eta emaitza singularra, ezberdina eta hautemangarria dela erakutsi; dena den, babes juridikorako, berez, ez da epaitzen ia meritu kulturalik (grafikoa, literarioa, zinema-arlokoa, etab.) ba ote duen. Hau da, publizitate-obra merkataritza-komunikaziora zuzenduta egoteagatik ez da baztertzen jabego intelektualaren babesetik. Izan ere, sormeneko ahaleginak eragingo du publizitate-lan batek berezko meritua eta ezaugarri originalak izatea, merkataritza-komunikazioaren helburuak beteko badira. Horrenbestez, adimenaren gainerako obrak bezala babes daiteke publizitate-lana. Alabaina, zenbait publizitate-sorkuntzatan, beren egituragatik, zaila gertatuko da originaltasuna hautematea, bereziki, esaldi eta esloganetan. Ikuspuntu negatiboa hartuz, elementu horien egiturak berak eragozten du hautematea kultura-munduari egiten dioten ekarpena. Originaltasunak eskatzen du obrak gutxieneko konplexutasun edo luzera bat izatea. Horrenbestez, zaila egiten da nota edo hitz gutxi dituzten sintonia edo eslogan bat obra bat dela esatea. Publizitatean eraginkorra izateko, laburra izan behar du esloganak, eta izaera horrek baztertzen du sorkuntza originala izateko aukera.

Publizitate-obraen babesean, markaren kasuan gertatzen zenaz bestera, jabego intelektualaren legeak ezin ditu esaldi eta esloganak babestu, iragarlearen interesen menpean dauden elementu hauen autonomia eza dela eta. Esaldi motzak,

esloganak, publizitate-mezuaren beste edozein elementu baino gehiago, lotuago daude iragarlearen aktibitateari; beraz, oso autonomia edo originaltasun-maila txikia egoten da.

Gauza ez da jabego intelektualaren legeak publizitate-obra babes dezakeen erabakitzea, baizik eta publizitate-funtzioa betetzen duen bitartean zein babes mota jaso dezakeen jakitea. Horregatik, publizitatearen eremuan hartu behar da aintzat originaltasuna, eta ez obra horri egoki dakiokkeen genero artistikoaren arabera. Hala, publizitate-sorkuntza bat publizitate-funtziorik ez zuen obra artistiko batetik sor daiteke; kasu horretan, publizitatearen alorretik ikusita, originala izan daiteke, baina ez, ordea, ikuspegi artistiko batetik. Iritzi hori baliagarria izan daiteke publizitate-sorkuntzei babes espezifiko ezartzeko, baina, orduan, egile-eskubidearen eremutik kanpo egongo gara.

Aipatutakoa aintzat hartuta, obraren beraren ikuspegitik ikus daiteke publizitate-sorkuntzan tutoretza-eredu horrek duen konsistentzia falta. Eskubidearen titularraren alderdi subjektiboa kontuan hartzen bada, moldakaiztasun bera nabaritzen da. Hor, jatorrizko eskuratzea eta ondoriozko eskuratzea aipatu beharko ditugu. Egile-eskubideen jatorrizko eskuratzeaz ari garelarik, JILTBren 1. artikulua hartu beharko dugu kontuan; horren arabera «literatura-, arte- edo zientzia-obra baten jabego intelektuala egileari dagokio, sorkuntzagatik beragatik soilik». Hala, publizitate-sorkuntza baten egile-eskubideak sortzaileari dagozkio, sortzeagatik beragatik, eta ez da beste baldintzarik bete beharko (esaterako, babestuko den obra erregistratzea).

Alabaina, baieztapen hori, itxuraz hain argia eta zehatza dena, apur bat iluntzen da kontuan hartzen badugu publizitate-sorkuntzetan oso ohikoa dela obraren sorkuntza zenbait pertsonari egokitzea, babesturiko obran integratuko diren izaera ezberdineko ekarpenak egiten baititu pertsona bakoitzak. Sorkuntzaren ekimena bere gain hartzen duen pertsona batek zuzentzen eta koordinatzen du obra sortuko duen taldea. Talde-lana izango da, beraz, eta JILTBren 8. artikuluan aurkituko dugu horren definizioa. Arau horrek dioenaren arabera, lana argitaratzean eta hedatzean izena ematen duen horrenak dira talde-lanaren egile-eskubideak.

Publizitate-agentziek publizitate-sorkuntzaren egileengandik ustiapen-eskubideak jasotzea espero dutenez, talde-obren erregimena erabiltzea oso erakargarri suertatzen zaie. Izan ere, talde-obraren eskema modu argiagoan gauzatzen da publizitate-obretan gainerako ikus-entzunezko obretan baino. Sortzearen inizatiba eta ekarpen guztien koordinazioa publizitate-agentziari dagokio, egileen ekarria emaitza original bakar batean biltzen da eta, beraz, egile bakoitzaren eskubideak bereiztea ezinezko suertatzen da. Ekarpene bakoitza identifikatzea ezinezko egingo duen publizitate-sortzaile askoko agentziaz ari gara.

Nolanahi ere, posible da talde-obran parte hartzen duen sortzaile bakoitzaren ekarpenak *per se* obrak izatea. Horrenbestez, indibidualiza daitezkeen ekarpenen sortzaileak —publizitate-sorkuntzaren barnean substantibitatea baitute (esaterako,

marrazki bizidunetako pertsonaia jakin bat)— errespetatu egin behar dira, eta haiei dagozkien egile-eskubideak. Hala ere, ustiapen-eskubideak obra-kontratuan ematen dira edo emantzat hartzen dira ekarpen originalaren egileak enpresa baten soldatapean lan egiten duenean, alderantzizko hitzarmenik ez badago, behintzat.

Talde-obraren irudia oso erabilgarria da publizitate-agentzientzat, erregimen horren bidez obraren jabe izatea lortzen baitute, egile-eskubideari dagozkion eskumen guztiekin. Hala, beste norbaitek eskubide moralak aldarrikatzea ekiditen da eta, beraz, sorkuntza libreki ustiatzea ahalbidetzen da. Horrenbestez, publizitate-obrak, egileari edo egile partikularrei dagokien ikuspegi subjektibo batetik, ez du ezaugarri berezirik jabego intelektualaren erregimena aplikatzea eragozten duenik.

Bestetik, ezin da ahanzi kasu gehienetan publizitate-agentziek ez diotela beren kabuz obra bat sortzeari ekiten. Normalean, agentziek bezero baten mandatuz egiten dute obra bat, eta publizitate-kontratu baten edo publizitate-sorkuntzako kontratu baten bidez formalizatzen dute mandatu hori. Kasu horretan, obra bat kontratuaren ondorioz zor den prestazio baten emaitza denez, kontratuak bilduko ditu obraren gaineko eskubideak. Zer eskubide eskuratzen du iragarleak obrarekiko? Gai bera sortzen da publizitate-agentzien kasuan, batzuetan horiek beste batzuei enkargatzen baitiete publizitate-obrak sortzea. Obra-kontratuaren arabera, publizitate-obraren jabe izatea komisiio-emileari dagokio. Hala ere, egile-eskubidearen printzipio informatzaileei dagokienez, egilea da obraren jabea, eta, hura babestu dadin, legediak mugatu egiten du egileak bere obrarekiko eskubideak lagatzea.

Beraz, nahiz eta publizitate-sorkuntzari egile-eskubideen erregimena aplikatzea badagokion, esan dezakegu iragarlearentzat ez dela onuragarria. Ez da ahanzi behar, halaber, publizitatea azken xedea izatea dela publizitate-sorkuntzaren ezaugarririk inportanteena. Iragarleak betetzen du xede hori, eta horrenbestez, horren interesak kontuan hartzen ez dituen tutoretzak ez dirudi oso egokia.

5.5.4. Publizitate-sorkuntza eta konpetentzia desleialaren inguruko zuzenbidea

Jabego bakoitzaren erregimenari egin diogun azterketa azkarraren ondoren, esan dezakegu jabego intelektualaren erregimenak zein jabego industrialarenak ez diotela irtenbide egokirik ematen publizitate-obraren babesaren gaiari. Nolanahi ere, obra horren gainean eskusiba-eskubiderik ez egoteak ez du esan nahi babesik ez dutenik. Konpetentzia desleiala zigortzen duten arauetan aurki daiteke babes hori.

Diziplina horrek ematen duen babesa egokia da bai publizitate-sorkuntzaren egituraren aldetik, bai funtzioaren aldetik, baita tartean diren interesen orekaren aldetik ere. Publizitate-sorkuntzaren balizko kasu guztiak desleialtasunaren aurkako tutoretza juridikoaren barnean daude hasiera batean. Aldi berean, enpresaburu iragarleak eta publizitate-agentziak hirugarren alderdi batekiko dituzten interesak zaintzen ditu babes horrek.

Iragarleari dagokionez, ezin da inolaz ere zuzenetsi eskusiba-eskubide absolutua hari ematea publizitate-sorkuntzen erabilera-eremuan. Erabileran ustekaberik ez izateko, hark duen interes legitimoa —publizitatearen helburuak lor daitezen— babesturik legoke, ustekabea ekar dezaketen jardueretan modu desleialak eragotziz gero. Hala, interes propioaz gainera, kontsumitzaileen interesa eta interes orokorra ere zaintzen ditu, eta konpetentzia librean oinarrituriko sistema bati eutsi egiten dio. Eskusiba-egoera juridiko batek, berriz, iragarlearen aldeko eta konpetentziaren kontrako faktore arbuigarria lekarke.

Ez da ahanzi behar, orobat, iragarleak antolaturiko elementu eta faktoreen multzoan sartu behar direla publizitate-sorkuntzak —merkatuan duten efektua kontuan hartuta—. Ildo horretatik ere, publizitatea hedatu baino lehen, konpetentzia desleiala zaintzen duen diziplina babesten du iragarlea, hori baita merkataritza-sekretuei ematen zaien babesa, eta ezin baita ukatu publizitate-baliabideak izaera horretako sekretutzat jo daitezkeenik.

Sortzaileari (normalean publizitate-agentzia bat) dagokionez, haren interesa publizitate-sorkuntza ustiatzean datza, beti egongo da iragarle batekin erlazionatuta. Interes hori, nolana ere, iragarleak berak zein hirugarren alderdi batek arriskuan jar dezakete. Mehatxu hori hainbat unetan gauza daiteke publizitatearen hedapenaren arabera. Honako hau da hedapena baino lehen gertatzen den kasu bakarra: iragarleak obra onetsi baino lehen, obra hori iragarlea ez den norbaitek erabiltzea. Kasu horretan, sekretuak gordetzeko eskubideak babesten du publizitate-agentzia. Aldiz, behin hedatuta, agentzia ez da obraren interesaren erantzule izango hirugarren alderdi baten aurrean. Obra horrekin gertatzen den edozein ekintza desleial ez da subjektu horren kontra gertatuko, iragarlearen kontra baizik.

Hala ere, agentziaren interesak arreta eska lezake, kontratua amaitu ondoren iragarleak puntu horretan dauden hitzarmenak eskualdatu balitu. Kasu horretan, konpetentzia desleialaren diziplina ez da aplikagarria, kontratuaren erregimenak modu egokian babestuko baitu sortzailea iragarlearekin izan ditzakeen eztabaidetan, eta alderantziz. Argi dago kontratuaren balioa azpimarratu behar dela, eskusiba-eskubideak babesten ez duen buru-lan baten interes legitimoak babesten dituelako. Hala ere, ez da ahaztu behar eraginkortasun erlatiboa duela, iragarlearen eta sortzailearen arteko harremanean sortzen eta bukatzen baita.

5.5.5. PLOren 21. artikulua: publizitate-sorkuntzaren eskubideak lagatzea

Gorago aipatu denez, PLOk ez du erregimen berezirik ezartzen publizitate-sorkuntzentzat. Alderantziz, indarrean dauden arauk ezarritako baldintzak betetzen dituztenean, jabego industrial edo intelektualaren zuzenbideak babestuko dituela besterik ez du esaten.

Frogatua den bezala, jabego intelektualaren alorrean, sorkuntza-ekintzagaritik beragatik dagokio babesa sortzaileari. Horrenbestez, 21. artikulua bere lehen

paragrafoan dioenez, jabego intelektualak kontuan hartzeak zentzua izan dezake, sorkuntza-ekintzatik sorturiko obraren gaineko eskubideak eskualdatzera zuzenduta baitago publizitate-sorkuntzako kontratua.

Sortzaileak jabego intelektualeko eskubidea balu, honako galdera hau sortuko litzateke berehala: nori dagozkio ustiaketa-eskubideak? Sorkuntza-printzipioak sortu zuenaren aldeko eskubidea errespetatzera darama beti obra, eta, halaber, komisio-emaiaren inbertsioa ezinbestekoa denean, obra hori burutzera. Hala, ondasun-eskubideei egilea ez den norbaitek probetxua atera diezaien, beharrezkoa da bai eskumen horien kontratu bidezko lagatzea gertatzea, bai eskualdatuko dituen arau juridiko bat egotea (hori da enpresa batean lan-harremanen bitartez sorturiko obren kasua). Kasu bietan, egile-eskubidearen jatorrizko jabea sortzailea da, eta eskualdatzeak onura ekarri dion pertsona, berriz, ondoriozko titularra. Mandatuz eginiko obretan ere mantentzen da printzipio hori, beraz, egile-eskubidea osorik —hau da, bai eskumen moralak zein ondasunezkoak— mantentzen da sortzailearen esfera juridikoan. Kontratuaren bidez soilik lor ditzake komisio-egileak obrarekiko ustiaketa-eskubideak, eta alderdiek erabakitzen duten mugaraino.

PLOk, 21. artikulua bidez —zenbait arrazoi direla-eta ez baitio Jabego Intelektualaren Legera igorpenik egiten—, publizitate-obrai dagozkion eskubideen gaineko lagatze-erregimena taxutzen da, kontuan hartu gabe obra horrek jabego intelektualaren bidetik babesa jaso dezakeen ala ez. Lehenik, publizitate-sorkuntza erabiltzeko lagatze-erregimenak berdina izan behar duelako; berdin da sorkuntzari jabego intelektualaren babesa badagokion edo ez dagokion, batez ere, kontuan hartu behar dira, batetik, sorkuntza-ekimenak duen garrantzi sozioekonomikoa, eta, bestetik, sorkuntza-ekimen horretatik datorren obraren erabilera. Bigarrenez, iragarleak bere publizitate-jardueran egiten duen obraren erabilera ezin zaio ezarri obraren ustiaketak izan ohi duen ezein modalitateari (erreproduktzioari, banaketari, komunikazio publikoari edo eraldaketari); horrenbestez, publizitate-sorkuntzako kontratuaren bidez ez da lagatzen obraren ustiaketa-eskubiderik. Iragarlearen eskubidea ez dator obraren erabilera orokorraz gozatzeak dakarren errendimendutik (horrek ustiaketaren modalitateak posible egiten du). Horregatik ez da norberaren gain hartzen ezagutza orokorrerako obra plazaratzeko edo komunikatzeko obligazioa; aitzitik, buru-lan baten ustiaketa-eskubidea eskuratzen duenari dagokio obligazio hori. Iragarlearen eskubidea publizitate-obra erabiltzea da, hori baita merkataritza-komunikazioa sortzeko erabilitako mezua adierazpen formala.

Hortaz, sorkuntza-kontratua ez da berez obraren ustiaketa-eskubideak lagatzeko kontratu bat, obraren sorrerari zor zaion emaitza-kontratua baizik, eta, azkenean, mandatu egiten duen horren eskubidea izango da. JILTBk, ordea, kontratu bidez eskualdatutako eskubideen erregimena ezartzen duenean, dagoeneko existitzen diren obrez dihardu, horiengandik sortu baitzen egilearen jabego intelektualak, eta obraren ustiaketaren bitartez lortzen baita etekina.

PLoren 21. artikuluan egiten den aurreikuspenak eragin zuzena du jabego intelektualaren kontratuetan indarrean dauden arau orokorren gainean, mota horretako obretan *iuris tantum* presuntzioa erabiliz ustiaketa-eskubideen lagatze eskusiboa sartzan baitu, komisio-emailearen mesedetan. Alegia, arau horrek agintzen du kontratuaren eremuan eskusiban lagatutzat hartzen direla publizitate-obraren ustiaketa-eskubideak, iragarle edo agentziaren mesedetan, alderantzizko hitzarmenik ez badago. Kontratuan bertan aurreikusten diren xedeak lortzearen beharrezko diren ustiaketa-eskumenei soilik zabaltzen zaie lagatze hori.

Publizitate-obraren helburu naturalagatik justifikatzen den araua espezifiko da, ezohikoa egile-eskubideen alorrean. Helburu hori iragarlearen produktu edo zerbitzuen kontratazioa sustatzea delarik, funtzio garrantzitsua betetzen du iragarleari obraren ustiaketa-eskubideak eskusiban lagatzeak, hainbat nahasketa ekiditen baitira merkatuan. Izan ere, nahasketa horiek sortuko lirateke ziur asko, egileak bere sorkuntzak beste iragarle batzuen publizitatearen barruan ezartzea baimenduko balu.

Beraz, honela laburbil daiteke iragarleari publizitate-obra erabiltzeko ahalmena —ondoriozko tituluarekin— emango dion eskubideen lagatze-erregimena:

- a. Iragarleari *ope legis* eskualdatzen zaizkio ustiaketa-eskubideak, publizitate-sorkuntzako kontratuan aurkako hitzarmenik ez badago.
- b. Nolanahi ere, eskualdatze mugatua da, ustiaketa-eskubideei bakarrik baita-gokie. Egileak horri dagokion eskubide moralak du. JILTBren 14. artikuluan agertzen da horren inguruko edukia.
- c. Iragarleari izaera eskusiboarekin eskualdatzen zaizkio ustiaketa-eskubideak; beraz, hirugarren alderdi bati eskubide horiek ez eskualdatzeko konpromisoa hartzen du agentziak. Bestalde, babesturiko obra ez ustiatzeko konpromisoa ere hartuko du. JILTBren 48. artikulua, hain zuzen, horixe dio. Bestalde, aurkako hitzarmena onartzen da; honako honetan datza: eskusiban laga beharrean, lagatze edo lizentzia ez-eskusiboak erabiltzea, edo lagatzearen iraupena mugatzea. Hala ere, agentziak iragarleari eskubideak eskusiban ematen dizkiola jotzea da ohikoena, ezin baitio obraren erabilera publizitarioa beste inori laga. Publizitatezkoak ez diren bestelako xede batzuetarako laga daiteke, ematen baitu egileak erreprodukzio- eta erabilera-eskubideak mantentzen dituela publizitatezkoak ez diren xedeetarako, esaterako, obraren erakusketa artistikoen kasuan.
- d. Azken finean, publizitate-sorkuntzako kontratuan aurreikusten diren xedeetarako soilik izango da iragarleari egiten zaion ustiaketa-eskubideen eskualdatzea. Horrenbestez, kontratuan aurreikusten bada sorkuntza-lan bat publizitate-kanpaina jakin baterako dela, agentziak —dagozkion ekimenen bidez— eragotz dezake iragarleak sorkuntza-lan hori beste kanpaina batean erabiltzea.

5.6. ERANTZUKIZUN KASUAK

Hasiera batean, publizitate-obraen sortzaileari dagokio legeria ezagutzeko betebeharra, eta publizitate-mezuaren edukiagatik iragarleari erantzukizunik ez sortzea. Beharrezkoa da, nolanahi ere, erantzukizuna bereiztea: alde batetik arau-hauste hori legearen kontrakoa edo debekatua den publizitatea sortzeagatik gertatzen denean, edo hirugarren alderdi batek dagoeneko sortu duen obra bat baimenik gabe erabiltzeagatik.

a. Publizitate ez-legezkoa edo debekatua

Askotan eztabaidatu da publizitate-obraen sortzailearen erantzukizunari buruz, komunikazioaren edukiak obraen legezkotasun eza edo debekua eragiten duenean. Publizitate ez-legezkoa edo debekatua den kasuetan, kontratuan parte hartzen dutenen (iragarlea, agentzia, sortzailea) erantzukizuna zuzenki proportzionala izango da parametro birekiko.

Alde batetik, publizitate-sorkuntzan parte hartzea. Iragarleak berariazko jarraibideak eman baditu publizitate-proiektu konplexu osoaren gainean, zentzuzkoa da publizitate obraen sortzaileak baino erantzukizun handiagoa izatea, azken horrek iragarlearen jarraibideei soilik egin baitie men. Erantzukizun-maila sorkuntza-prozesuan izandako parte-hartzearen arabera izango da.

Bestetik, sektore horretan egiten den jardueraren arabera aplikagarria den legeria ezagutzeko betebeharra. Hau da, suposatzen da agentzia batek publizitate-hedapenari dagozkion debeku legalak hobeto ezagutu behar dituela sektore horretatik kanpo dabilen iragarle batek baino, azken horrek horregatik beragatik joko baitu agentziara, hark publizitatean dituen ezagutza espezifiko eta teknikoak direla eta. Nolanahi ere, iragarleak ezin du ezagutza eza argudiatu eta bere erantzukizun-maila mugatu, darabilen negozio motagatik jakintzat hartzen baita ezagutu behar dituela aplikagarriak diren debekuak (esaterako, tabako-fabrikatzailearen edo farmazia-laboregiaren kasuan). Azken erantzukizun-maila faktore horien guztien elkarketa kasuistikoan datza. Edonola ere, kontratuan parte hartzen duen alderdi bakoitzak erantzun beharko du beste alderdien aurrean publizitate-legeriaren arabera eginiko arau-hausteagatik.

b. Hirugarren alderdien obren erabilera ez-zilegia

Hirugarren alderdien obren erabileratik (dagoeneko existitzen den obra baten plagioa) datorren erantzukizunari dagokionez, hasiera batean, ekimen arau-hausteko aktiboki eta zuzenean egiten duena da errudun. Hala ere, kontuan eduki behar da publizitate-agentziak iragarlearen jarraibideei segituz egin ohi duela kanpaina. Jarraibide horietan, musika edo irudi jakin batzuk erabiltzeko nahia ager daiteke, arauak hausteko arriskuarekin ere. Kasua hori balitz, erantzukizuna, noski, biena litzateke. Bestela, arau-haustearen erruduna publizitate-obraen sortzailea denean, horrengan ezarriko da erantzukizuna, zeharka bada ere. Izan ere, hasiera batean,

iragarleak du hirugarren alderdi batekiko erantzukizuna, eta horrek sortzailearengana jo dezake, eta hari egotzi erantzukizunari dagokion ordaina.

6. Publizitateko hedapen-kontratua

6.1. KONTZEPTUA ETA EZAUGARRI OROKORRAK

Publizitateko hedapen-kontratua ere PLOk arautzen du. Aurretik finkaturiko kontraprestazio baten ordainean, hedabide batek denbora- edo espazio-unitateen erabilera laga behar dio iragarle edo agentzia bati, publizitate-emaiza lortzearen beharrezko den jarduera teknikoa eginez (PLOren 17. artikulua).

Komunikazioaren asken fasea da, hau da, publiko jasotzaileari mezu kontzertatua bidaltzea igorle edo iragarlearen eta gizarte-subjektuaren artean komunikazio-erlazioa sor dadin.

Kontratu hori zeharo desberdina da publizitate-kontratuarekin alderatuta, lehenengoan hartzekodunak denbora edo espazio bat alokatzea bilatzen baitu soilik. Horrenbestez, kontzeptu legalak bi ezaugarri hauei egiten die erreferentzia: hedabidearen zabaltze-jardueraren erosteari eta euskarriaren zenbait «espazioen» (denbora- eta espazio-unitateak) erabilera-eskubideari. Hedapen-jarduera horri dagokionez, zordunak —hau da, hedabideak— zentzu bakarrean betetzen du bere prestazioa, eta jarduera horren objektua ez da publizitate-kontratuan bezain zabala. Denbora edo espazioa lagatzeaz gain, jarduera teknikoa ere beharrezkoa da jasotzaileek mezuak duen helburuaren berri izan dezaten. Espazio fisiko baten jabeak salneurri jakin baten truke iragarkiak hedatzeko espazio hori eskaintzen badu jarduera teknikorik eskaini gabe, ez dugu esango kontratua mota horretakoa denik (etxaldeetan publizitate-panelen eskaintzea, leku jendetsuetan publizitate dinamiko edo estatikoa jartzea). Kasu horiek alokairu soilak dira, erregelamendurik merezi ez duten berezitasunik gabeak. Hemen darabilgun kontratua, berriz, aurrerago ikusiko dugun bezala, obra-kontratuaren eremuan sartzen da hobeto lehenago aipaturiko eragin konbinatuagatik.

Erregelamenduari dagokionez, PLOn, bi xedapen berezi daude betetze akastunagatik (18. artikulua) edo ez-betetzeagatik (19. artikulua) iragarle edo agentziari hedabideak sortutako galerak ordaintzeari dagozkionak. Zuzenbide Komunari eta alderdien borondateari utziko zaie alderdien eskubide eta betebeharrak multzoa konfiguratzeko.

6.2. KONTRATUAN PARTE HARTZEN DUTEN ALDERDIAK

6.2.1. Iragarlea, publizitate-agentzia eta hedabidea

Kontratu mota horrek honako subjektu hauek ditu: alde batetik, zorduna (hedabidea) eta, bestetik, iragarlea edo publizitate-agentzia. PLOren 8. artikulua arabera, bere interesen onerako mezua iragartzen duen subjektua izango da iragarlea.. Gogora dezagun, PLOren 2. artikulua arabera, enpresaburu, artisau edo profesional bat izan behar du iragarleak, edo, oro har, merkatuan diharduen eragile ekonomiko bat. Ezaugarri horiek beharrezkoak dira aztertzeke ea egiten den jardura publizitate ez-zilegia ote den; ez, ordea, mezua hedatzearen publizitate-tarteak kontratatzeke. Kontratuei dagokienez, iragarleari ez zaio inolako gaitasunik eskatzen. Hori da PLOren 7. artikulua dioena; subjektua ez baita definitzen trukatzeko publizitarioko eragile ekonomikoa izateagatik, kontratuan parte hartzeagatik baizik.

Hala, hedapen-kontratuan, edozein subjektuk izan dezake gizarte-mailako hedabide batean tarte bat, hor publizitate-mezu bat jarri eta hedatu dadin. Ildo horretatik, PLOren 17. artikuluko «publizitario» adjektiboak ez dio erreferentzia egiten mezua igortzen duen subjektuari, hedaturiko komunikazioaren talde-izaerari eta negozioak sustatzeko duen bere konbentzigarritasunari baizik.

PLOren 17. artikulua dio hedapen-kontratua iragarleak berak egin dezakeela, edo bere kabuz diharduen norbaitek, hau da, publizitate-agentzia deritzan horrek. Agentzia bat bada hedabidearen aurrean agertzen dena, iragarle baten mandatuz egingo du lan agentzia horrek, eta horrekin hitzartuko du publizitate-kontratua. Hedapena, beraz, publizitate-kontratuan jasotzen den mandatua gauzatzea da. Horrenbestez, agentziak, berak hartuko ditu kontratuaren obligazioak bere gain, eta ez iragarleak. Hedapen-kontratuaren izaera juridikoa dakar gogora ikuspegi horrek, aurrerago aztertuko dugun bezala.

PLOren 17. artikulua kontratuan bi alderdi aipatzen baditu ere, gerta daiteke publizitate-agentziak beste pertsona baten esku uztea mezuaren hedapena kontratatzea; hau da, erosketen banaguneen esku. Erakundeak izaten ohi dira horiek, pertsona juridikoak, normalean, eta denbora- eta espazio-unitateetarako eskubideak erosten dizkiete hedabideei; beraz, iragarlearen eta hedabidearen artean negoziatzen dute edo negoziazioak erraztu egiten dituzte. Iragarlearen eta hedabidearen arteko artekaria da erosketen banagunea. Erosketen banaguneak hedapen-kontratua iragarlearen izenean hitzartzen badu, PLOk publizitate-agentzientzat aurreikusten duena aplikatu beharko zaio erosketen banaguneari. Alabaina, erosketen banaguneak publizitate-agentzia baten izenean lan egiten badu (horrek iragarlearen mandatua bete beharko du) mezuaren hedapena hedabidearekin hitzartuz, beste artekari batek hartuko du parte, batetik, publizitate-eskaintzailea eta, bestetik, espazio-eta denbora-unitateen eskaintzailea harremanetan jarriko dituen. Zer nolako kontratua hitzartzen dute erosketen banaguneak eta publizitate-agentziak? PLOk

horri buruz ezer ez dioenez, arau orokorrera jo beharko da eta, horren ara-bera, mandatu bat jasotzen duen norbaitek ezin du besteren esku utzi, ez baldin badu, behintzat, mandatu-emailaren onespina (Merkataritza Kodearen 261. artikulua). Horrenbestez, PLOk «agentzia»rako ematen duen definizioan oinarritzen bagara, agentziak berak kontratatu beharko du hedapena (iragarleak berak ardura hori hartzen ez badu), bezeroaren mandatu zehatza jaso ondoren, bai agentziaren beraren bitartez bai erosketen banagune baten bidez.

PLOren 8. artikulua hedabideak definitzen ditu, publizitatearen hedapenean duten alderdi-izaera dela eta. PLOren 8. artikuluan ikus daiteke «hedabide» hitzak adiera bikoitza duela. Alde batetik, objektiboa, komunikazioaren igortze-bidea edo euskarria baita. Adiera objektibo horretan, konsistentzia fisikoa duen zerbaiti egiten dio erreferentzia hedabideak; horrenbestez, informatzeko eta komunikatzeko gaitasuna da hemen garrantzitsuena.

Bestetik, adiera subjektiboaren arabera, hedabidea komunikazioa bideratzen duen euskarriaren jabe izango da eta, jabea denez, euskarriaren edukiak erabaki eta hedatuko ditu. Hedabideak, dagokion prestazioa betetzeko —hau da, iragarlearen eta publiko kontsumitzailearen artean komunikazioa sortzeko—, beharrezko diren antolakuntza eta baliabide teknikoek jabe izan beharko du. Zentzu horretan, komunikazio konbentzigarri interesatuak (hau da publizitatezkoak) igortzeko, euskarriaren titularrari, bere publizitate-tarteak erabiltzeagatik, aurretik finkaturiko tarifa batzuen arabera egiten zaion ordainketak aditzera ematen du ustiatze-plan arrazional bat dagoela publizitatea modu antolatuan hedatzeko.

Batzuetan bereizi izan dira euskarriaren titulartasuna eta euskarriaren publizitate-ustiapena posible egiten duen titulartasuna. Publizitatearen eskusibaren fenomenoak sortzen du bereizketa hori; Publizitatearen Estatutua (ikus bedi 15. artikulua) sortu zuen legegilea kezkatuta agertu zen fenomeno horregatik, merkatuaren gardentasunarekin arduratua baitzegoen. Indargabetutako gorputz legal horrek argi uzten zuen eskusibistaren eta horri ustiatzeko eskusiba ematen zion hedabidearen arteko kontratua ez zela hedapenezkoa. Aldi berean, eskusibistari hedabidearena bezalako kontratu-portaera eskatzen zitzaionez, argi zegoen hedapen-kontratua zela iragarle edo agentziek eskusibistarekin zutena. PLOk ez du ezer adierazten publizitate-eskusibei buruz, horrenbestez, ez dago argi iragarle eta agentziek eskusibistarekin duten kontratua hedapenezkoa den ala ez. 17. artikuluekin lotuta dagoen 8. artikulua irakurrita, ezetz pentsa daiteke, arau horien arabera hedapen-kontratuaren alderdietako bat hedabidea baita. Gainera, mezu konbentzigarria hedatuko duen komunikazio-euskarriaren jabea hedabidea bera izango da beti. Ez bada onartzen euskarriaren jabe izateak publizitatea ustiatzeko jabetasun nahikoa ematen duela, iragarle edo agentzien eta eskusibistaren arteko kontratua ezin daiteke hedapenezkoa izan. Ikuspegi horretatik, merkataritza-izaerako salmenten sustapenarekin pareka daiteke jarduera generiko edo orokorra, Merkataritza Kodeko 325. artikulua ematen dion legezko zentzuaren arabera.

6.2.2. *Erosketen banaguneak*

Ikuspegi horrek hutsune handia salatzen du legedian, bai eskusiba-kontratuei dagokienez bai erosketen banaguneek hitzartzen dituzten kontratuei dagokienez. Bulego horiei dagokie publizitate-euskarriak kontratatzea. Kontratu hori iragarleen mandatuz egin dezakete zuzenean edo artekari baten mandatuz. Izan ere, beste enpresaburu batzuekin duten lankidetzaz-funtzioa da erosketen banaguneen izaera juridikoa sailka dezakeen ezaugarrietako bat. Artekari, komisionista, edo agente moduan aritzen dira edo merkataritza-harremanak sustatzeko balio duen beste edozein modutan, eta, oro har, informazioaren merkatuan ibiltzen dira. Besteren mandatuz, publizitate-espazioak planifikatu eta erosten dituzte erosketen banaguneek, haietan lanean aritzen diren profesionalak duten merkatuaren ezagutzari esker. Bitartekotza-eginkizuna hedapen-kontratuak betetzean gauzatzen da. Kontratu mota horrek gai interesgarriak planteatzen dizkie bulegoei, zeren bezeroen publizitate-mezua hedatzeko espazioak erostearen azken erantzuleak baitira. Bitartekotza horri planifikazio-funtzioa gehitzen bazaio, are premiazkoagoa da, iragarlearen estrategia publizitarioa burutzearen, hedabide egokiak aukeratzen dituzten profesionalen adimen eta ezaguera.

Publizitate-hedapenaren kontzeptu legalak gardentasuna eskatzen du publizitate-tarifetan, «aurretik finkaturiko tarifez» hitz egiten baita. Badirudi legeak darabiltzan berbek salneurrien negozioazio eta transakzio bakoitzerako hitzarturiko tarifak baztertzen dituztela. Aitzitik, hedabideekin egindako negozioazioetan, gardentasun eza gertatu da gehienbat erosketen banaguneen kasuan, zeren espazioak erosterakoan tarifetan agertzen den baino baldintza hobeak lortzen baitituzte. Bestalde, espazioak kontratatzen direnean, berdintasun-faktorea izateari uzten diote tarifa horiek. Egungo PLOk ez du tarifen funtzio berdintzaile hori azpimarratzen, indargabeturiko Publizitate Estatutuan, aldiz, hedapen-kontratuaren oinarrietako bat zen.

Ukaezina da erosketen banaguneen jarduerak publizitate-merkatuaren funtzionamendu lehiakorrean eragina duela. Aurrekoak arrazoi nahikoa dirudi PLOk enpresa-munduko erakunde horiei jaramon egin ziezaien eta arau espezifikoak ezar zitzan haien jardura bideratzeko. Hala, elkarren arteko lehia eta merkatuaren funtzionamendu egokia bermatuko litzateke. Alabaina, erakunde horien lankidetzaz-funtzioa azpimarratu behar da, eta horrek merkataritza-komisioko kontratura garamatza. Artekariak —kasu honetan erosketen banaguneak— beti jardun beharko du merkataritza-ordezkarari moduan; hau da, iragarlearen izenean jarduten du. Haren bitartekotzaren bidez lorturiko edozein beherapenek, onurak edo etekinek iragarlearentzat izan beharko du osorik. Azkenik, iragarlearen interesak betetzea izan beharko du haren eginkizunaren xede nagusia.

Iragarlearen eta ordezkariaren arteko kontratuak ezarriko ditu ordainketa-baldintzak, baita eginkizuna betetzeko egin beharko diren zerbitzuak eta horiei

dagozkien ordainsariak ere (planifikazioa, erosketa...). Bitartekoarekin lorturiko edozein tarifaren beherapenak edo abantailak agertu beharko du iragarleari ematen zaion fakturan, eta artekariak ezin izango du beretzat gorde, komisio-kontratuan hala hitzartu bada. Bulegoek iragarleengandik jaso ditzakete ordainsariak, baina inoiz ere ez hedabidearengandik. Azken horrek iragarleari argituko dio zuzenean lana nola kudeatu duen, eta zaindu beharko du publizitate-mezuaren hedapena hitzarturikoaren arabera gauza dadin. Aldaketaren bat gertatuko balitz, aldez aurretik eta denbora nahikoaz jakinaraziko zaio iragarleari. Betiere, harekin adosturiko aldaketak soilik egingo dira. Erosketen banagune batek erosketa bat egiten badu publizitate-agentzia baten artekari moduan, hedabideari dagozkio publizitate-agentziarekiko betebeharrak eta publizitate-agentziari iragarlearekiko lehenago aipaturiko betebeharrak.

6.3. KONTRATUAREN IZAERA JURIDIKOA

Hedapen-kontratua emaitza-kontratutzat defini daiteke. Publizitate-mezua publikoari heltzea da oinarrizkoena, eta, horretarako, mezua publikoarengana ailegatzeko aukera izan behar dugu. Baldintza horrek obra-kontratura lotzen du subsidiarioki kontratu mota hori (Kode Zibilaren 1.544. artikulua eta 1.588.etik 1.600.era).

Komunikazioak mezua euskarri batean ezartzea dakar. Ezartze horrek, aldi berean, espazio- edo denbora-unitateen arabera neurturiko erabilera-eskubidea eskatzen du (euskarri baten barnean). Mezuak euskarrian duen kokapen zehatza oinarritzkoa da, horretan baitatza bilatzen den komunikazio-emaitza, alegia, audientziarengana eraginkortasun handienarekin iristean. Hedabideak espazio fisiko edo denbora-une zehatzak eskaini behar baditu ere, horrek ez du aldatzen emaitza-kontratuaren izaera, emaitza lortzeko beharrezkoa baita beste elementu bat, hau da, jarduera tekniko bat gauzatzea publikoak publizitate-mezua irudika dezan. Euskarriaren hedapen eraginkorra —haren izaera dena delarik ere— bermatuko du hedabideak, eta horrek egin beharko du bere esku dagoen guztia publizitate-mezua —dagozkion ezaugarrien arabera— heda dadin, hori baita hedabidea kontratatzeako arrazoi nagusia.

6.4. KONTRATUA NOLA SORTU

PLOk ez du eredu berezirik ezartzen kontratua gauzatzeko; horrenbestez, alderdien arteko adostasunean oinarrituko da kontratua. Hedapen-kontratuaren perfektzioari buruzko ikerketan, komeni da bi puntu kontuan izatea:

a. Kontratua ahoz edo idatziz egiten delarik ere, hedapenaren baldintza ekonomikoak onetsi behar dira hura gauzatzeko. Hedabideak aurretik finkaturiko tarifek mugatzen dituzte baldintza ekonomiko horiek. Tarifek prezioa bakarrik zehaztea da ohikoena, eta kontratuaren beste baldintza orokor batzuetan ez dute eraginik izaten.

PLOk, Publizitatearen Estatutuak ez bezala, ez du tarifen gaineko zehaztasunik ematen, ezta iragarle eta agentziek merezi duten berdintasun-tratuaz ere. Hala ere, publizitate-zerbitzuen merkatuaren gardentasunerako, hedabideak prest egon behar du publizitate-hedapena kontratatu nahi duen edozein hartzeko, eta, bere euskarriak erabiltzeko, baldintza berberak ezarri behar ditu denentzat. Edukiak edo kontratatu beharreko mezuaren adierazpen formalek eragin dezakete hedabideak uko egitea mezuren bat hedatzeri, legez kanpoko izateagatik edo hedabidearen informazio edo iritzi-irizpideekin bat ez egiteagatik. Hala, mezua kontuan izatea ala ez izatea da kontratua gauzatzeko bigarren faktorea.

b. Puntu honetan, aipatzekoa da kontratua gauzatzeko ez dela kontuan hartzen hedaturiko publizitate-obra. Adostasuna aurreikusten da euskarrian erabiliko diren espazio- edo denbora-unitateei dagokienez eta, baita kokapen, hedapen-data eta hedabidearen tarifetan aurreikusiriko baldintza ekonomikoen inguruan ere. Kontratua onestea ez datza publizitate-obra; beraz, hedabideak, geroago, kontratua betetakoan soilik ezagutuko du hedatu beharreko iragarkia, eta, orduan, uko egin ahal izango dio lan hori hedatzeari. Horrenbestez, mezuaren ez-legezkotasunaren ondorioak ez dira kontratuaren gauzatzera mugatzen, kontratua betetzera baizik. PLOk ez du horren gainean ezer adierazten.

Bukatzeko, azpimarratu behar da badagoela beste puntu bat PLOk kontuan hartzen ez duena: hedapen-kontratuaren eta Konpetentzia Zuzenbidearen alorrean gertatzen dena, kontratua hedabidearen ikuspegitik begiratuta. Argi dago publizitatea dela hedabideen finantziazio-iturria. Hedabideei publizitate-hedapena ukatuko balitz, aurrera egiteko arazo handiak izango lituzkete. Gainera, iragarle pribatuez ari garenean, ezin dakioke oztoporik jarri haien askatasunari, haien mezuek zabaltzeko egokien deritzoten hedabideak aukeratzeko orduan. Askatasun horrek konpetentziarako eskubidea du muga, balizko boikota konpetentziaren defentsarako arauetan debekatuta baitago. Aitzitik, iragarleak publikoak direnean (Administrazio Publikoen organoak), hedabidearen hautapenak arrazoi teknikoetan oinarritu behar du, beste edozein preferentzia ideologikoren gainetik.

6.5. HEDAPEN KONTRATUAREN EDUKIA

6.5.1. Hedabidearen betebeharra

Publizitate-mezuaren hedapena da hedabidearen betebeharr argiena, kontratuaren objektua bera da, eta, gorago aipatu dugun bezala, denbora edota espazio jakin batzuen arabera hitzartzen da. Hedabidearen betebeharra honakoa da: hedapena gauzatzen dela ziurtatzea eta hedapen horrek gutxieneko baldintzak betetzen dituela zaintzea, giza baliabideen eta trebetasun teknikoaren alorrean hedabideak dituen antolakuntza-posibilitateen barnean. Kontuan izanda hedabideak zabaltzen duela

mezua publikoari hel dakion, interesgarria da hedapena kontrolatzea, hedabidearen eta ikus-entzuleen arteko komunikazio horri atera nahiko baitio iragarleak etekina.

Horri, PLOren 10. artikulua egiten dio erreferentzia espresuki. Artikulu horrek eta Publizitatearen Estatutuak aurreikusitakoaren artean, diferentzia handiak daude. Lehenago, iragarleari kanpaina osoaren kontrola ematen zitzaion eta, gainera, horrek ondorioak zekartzen kontratu-alorrean (27. eta 28. artikulua). Orain ez da esaten kanpainen zehar kontrola ezar daitekeenik; halaber, ez da aurreikusten kontrol horren ondorioz kontratuaren iraupenean eta kontratua bera betetzean. Kontrol hori egingo duten erakundearen egitura erregulatzen da soilik; horiek irabazi-asmorik gabeak izan behar dute eta iragarleak, agentziak eta hedabideak osaturikoak.

10. artikulua duen izaera pluralak posible egiten du modu horretako erakunde bat baino gehiago egotea. Bakoitzak badu bere irizpide propioa ikus-entzuleen kopurua neurtzeko, eta, hori kontuan izanda, neurketa horien fidagarritasuna zalantzan jar daiteke, kontratu-alorrean duten garrantzia kontuan hartzen badugu.

10. artikulua, kontrola borondatezkoa dela dioelarik, bazeukan kontrol eraginkorraren (edo kontrol ezaren) ondorioak aurreikustea, baina ez du hala egiten eta, horregatik, bihurtzen da arau garrantzi gabea.

Hedapen-kontratuaren eta hedabidearen betebeharraren alorrean, funtzio garrantzitsua dagokie espazioari eta denborari. Euskarriaren barnean mezua sartzeak azalera edo denbora-unitateetan neurturiko «espazio» baten erabilera baldintzatzen du. Hedabidearen aldetik, ezinbestekoa da mezua sartzea aurreikusitako espazio guztia erabiliz, euskarrian egiten den erreprodukzioa fideltasun osoz gauza dadin.

Denborari dagokionez, normalean, iraupena tartean duten kanpainen bitartez gauzatzen da publizitatea. Iraupenak, aldi berean, mezua askotan hedatzea esan nahi du, batez ere, gizarte-komunikazioko hedabideetan. Horrek guztiak honako hau finkatzeko aukera ematen du: hedapen-kontratuak sortzen duen harremanaren hasierako eta bukaerako unea, eta mezua hedatzeko data zehatz batzuk. Kasu horietan ere, ezarritako datai atxikitzen zaienean soilik beteko da hedabidearen obligazioa.

6.5.2. Iragarlearen edo publizitate-agentziaren betebeharra

Hedabideari kontraprestazio bat ematea izango da iragarle edo agentziaren betebeharra. Kontrataturiko hedapenaren inguruabarrak kontuan hartuta kalkulatu da hori, hitzarturikoaren arabera. Gogoratu behar da erosketen banaguneen eragina, publizitate-tarifen aplikazioa bazter baitaiteke, eta, ondorioz, publizitate-merkatuan salneurrien gardentasun eza sortu.

Kontratu horren oinarritzko elementuak erregelamenduan ia agertzen ez badira ere, PLOren 17. artikulua adierazpen literalaren arabera, tarifek diruzko kontraprestazioa finkatzen dute normalean. Hala ere, zenbait gairen inguruan —tarifen publikotasuna, horien izaera loteslea eta diskriminaziorik gabeko aplikazioaren

inguruan— dagoen erregelamendu falta dela-eta, pentsa dezakegu tarifei egindako erreferentziak ez duela kontratuaren edukiaren gaineko xede arautzailerik eta, hortaz, kontraprestazioak salgaitan ordaintzea⁶⁷ ez litzateke Legearen aurkakoa.

6.6. BETETZE GORABEHERAK

PLoren 18. eta 19. artikuluek kontratuaren betetze akastunaz eta ez-betetzeaz dihardute, publizitate-kontratuarekin egiten den moduan, baina, kasu horretan, hitzarturiko publizitatea hedabideak zabaltzeko duen betebeharrak ari dira.

Publizitate Estatutuak (49. artikulua) *iuris tantum* presuntzioa egiten zuen; hau da, publizitatea ez bazen hedatzen, hedabidearen errua izango zen, eta horri zegokion bere errugabetasuna frogatzea. PLOn, berriz, presuntzio hori deuseztatzen da, eta, orain, erregimen orokorra aplikatzen da; alegia, errua egotzi eta frogatu behar da: betetze akastuna gertatzen denean errua hedabideari egotz badakio, hedapenaren errepikapena inposatuko zaio, eta, ez-betetzearen kasuan, errepikatu beharko du, ezinbesteko arrazoirik ez bada tartean.

Betetze akastunari dagokionez, 18. artikuluan honako hau adierazten da: hedabideak agindu baten zati esentzialak aldaketa, akats edo galerarekin beteko balitu, publizitatea ostera ere hedatu beharko luke hitzarturiko baldintzetan. Errepikatzea ezinezkoa balitz, iragarleak edo agentziak prezioa jaistea eta kalteak ordaintzea eska lezake.

18. artikulua aginduaren⁶⁸ funtsezko elementuen aldaketa, akats edo galeraz dihardu lehenik. Gaitza gertatzen da jakitea zein elementuk osatzen duten esentzia.

Agindu batean, hedabidearen prestazioaren elementu espezifikotzat jo daitezke: kokapena, datak, hedaketa-baldintzak, ale kopurua edo salmenta kopurua, eta abar. Elementu horiek funtsezkotzat hartzen badira, ezin da betetze akastuna izan. Mezua beste data edo kokapen batean agertzen bada, pentsatuko dugu prestazioa ez dela bete. Horregatik, «funtsezko» adiera zehaztea erraza ez bada ere, honako honetan datza haren balioa: euskarrian mezua hedatzean gertatzen diren akatsetara —kontrataturiko espazioa txikiagotzea barne (De la Cuesta, 2002: 300)— mugatuko da betetze akastuna.

Hala ere, badirudi ez dela beti hala ulertu behar, zeren egoera alda baitaiteke, betetzea mezuaren hedapen bati edo bati baino gehiagori dagokiekeela hartzen bada kontuan; mezuaren hedapen batek baino gehiagok osatzen badute kontratuak eragindako erlazioa, hedapen batean edo batean baino gehiagotan datak edo kokapenak

67. De la Cuesta, 2002: 298. Horren aurka, Santaella, 1989: 164-165. Hark dio hedabideak aurrez jarritako tarifetan ezarritako baldintzek eratzen dutela hedapen-kontratuaren edukiaren alderdi garrantzitsuena. Hedabideen publizitate-tarifen eginkizuna erabakigarria da, baina, ildo horretatik, erabateko erregimen ezarekin ez dator bat.

68. Publizitate-mezua jasotzen duen piezarekin batera aurkezten den dokumentua da agindu hori, mezuaren hedapen-inguruabarrak nonbait zehazten dituen.

ez errespetatzea ez litzateke ez-betetzea, betetze akastuna baizik. Horrenbestez, baliteke akatsik gabe eginiko hedapenak hartzekodunaren (iragarle edo agentziaren) interesak asebetetzea, partzialki bada ere. Hedabidearen zerbitzuen zatigarritasuna onartzea dakar horrek, eta kontratuaren betetzea, kontratu-harremana osatzen duten hedapenen arabera aintzat hartzea. Aurreikuspen hori baliagarria litzateke onartuko balitz iragarle edo agentziaren nahia hedapen bakoitzarekin asea dela. Nolanahi ere, alderdiek hedabidearen prestazioaren zatiezintasuna hitzar lezakete.

Betetze akastunaz ari garenean, PLOren 18. artikulua hedabidea behartzen du hedapena hitzarturiko baldintzetan mantentzera. Errepikatzea posible ez balitz, artikulua horrek dio kontraprestazioa egokitu behar dela (Legearen arabera, prezioa) eta, halaber, sortu diren kalteak ordaindu.

18. artikulua aurreikusten dituen ondorio horiek honela zehazten dira:

a. Errepikatzea posible bada, hedapena hitzarturiko baldintzetan errepikatzeko legezko betebeharra dakar hedabidearen betetze akastunak. Arau horretan, PLOn bertan agertzen den 15. artikuluan esandakoaren ezberdina den zerbait agintzen da. Azken arau horrek iragarleari aukera ematen dio hitzarturiko baldintzetan publizitatearen errepikapenaren edo kontraprestazioaren beherapenaren artean hautatzeko. Arau biak ikusita, egoera ezberdinak sortuko dira hedapen-kontratuan parte hartzen duten alderdien arabera. Kontratua zuzenean hitzartu baldin bada iragarlearen eta hedabidearen artean, mezua berriz hedatu beharko da. 15. artikulua arabera, ostera, kontratuan agentziak parte hartzen badu, iragarleak eska dezake mezua akatsik gabe errepikatzeko edo prezioa jaisteko; agentziak, berriz, 18. artikulua arabera, errepikatzeko eska diezaioke hedabideari.

b. Errepikatzea posible ez bada, iragarleari edo agentziari zegokion prezioa jaisteko agintzen du 18. artikulua. Legeak, kasu horretan ere, ez du argitzen noiz jo daitekeen errepikapena ezinezkotzat. Dirudienez ezintasuna fisikoa —teknikoki ezinezkoa— zein juridikoa izan daiteke, lortu nahi zen helburu publizitarioaren arabera (Santaella, 1989: 166). 18. artikulua oinarrian du betetze akastunak nolabait partzialki ase dituela iragarle edo agentziaren interesak. Puntu honetan, komeni da gogoratzea gorago aipaturikoa balizko zatiketari buruz, betetze partzialaren gaia baitakar gogora.

c. 18. artikulua sortutako kalte-galerak ordaintzeko agintzen dio hedabideari.

Bestalde, PLOren 19. artikulua publizitate-hedapena ez-betetzea aurreikusten du. Kontrataturiko hedapena egiten ez bada, iragarleak edo agentziak honako aukera hauek dituzte:

- geroago hedatzeko eskatzea hitzarturiko baldintza beretan; edo
- kontratua deuseztatzea, eta hedatu gabeko publizitateagatik ordaindurikoa itzularaztea.

Lehen aukera zuzena da, egokia baita iragarle edo agentziari kontratua betetzeko aukera eskaintzea, berandu bada ere, ez ordea, kontratua bertan behera uzteko aukera. Iragarle edo agentziari dagokion erabakigarritasun-ahalmena (alde bakarreko uko egitea) edozein unetan gauza daiteke, obra-kontratuaren arautegiari dagokion emaitza-kontratua baita (Kode Zibilaren 1.594. artikulua). PLOk horren gainean ezer esan ez duenez, alde bakarreko uko egitea hedabidearen ez-betetzearekin soilik lotzeak ez dirudi egokia.

Kontratua bertan behera uztea erabakitzen bada, hedatu ez den publizitateagatik hedabideak jasotakoa itzultzeko agintzen du 19. artikulua. Itzultzeari eginiko erreferentzia horrek hau onartzea dakar:

a. Hedabideari aurretik ordaintzea posible dela. Hala ez bada, iragarlea edo agentzia kontraprestazioa ordaintzetik aske dira, hedabideak dagokion prestazioa betetzen ez duenean.

b. «Hedatu gabeko publizitateagatik ordaindurikoa itzultzea» dioen erreferentziak berarekin dakar onartzea publizitate-mezua zenbait aldiz hedatu dela eta iragarlea horrekin konforme izatea; hedapena osatzen duten emanaldietako batean ez-betetzea gertatuko balitz, ez luke nahitaez esan nahi hedabideak zerbitzua bete ez duenik. Kontratuaren baldintzak aintzat hartuta, ikusi beharko da ea kontratua ez den bete edo betetzea akastuna izan den.

Ondorio horren arabera, kontratuaren iraupenaren gaia zentsuragarria izan daiteke arau horretan; betetze partziala (hedapen partziala) izan daitekeenak kontratua bertan behera uztea ekar dezake, eta, hala, beste alderdiak (iragarleak) ez du bete beharko dagokion prestazioa; ez ordea, haren interesaren asetze partziala onartuko balitz.

Betetzea zein uko egitea aukeratzen delarik ere, 19. artikulua hedabideak kalte-galerak ordaintzea aurreikusten du; izan ere, definizioz, arauak hedabidearen errua du oinarri. Hedabidea bere erantzukizunaz libre dago baldin eta frogatzen bada zegoen prestazioa halabeharrezko arrazoietatik ez duela bete.

Halabeharrezko arrazoitzat hartu beharko da alderdien borondateari arrotz, kontrolaezin edo aurreikusezin zaion edozer (Erdozain, 2001-2002: 532). Kontuan harturik ezinbesteko ziotzat (Lema, 1997a: 29) hartu izan diren zenbait kasu (esaterako, iragarki baten hedapena bertan behera uztea hedabide hori biltzen duen erakundearen publizitate-diziplinako batzordeak bere arau etikoen aurkakotzat jo duelako), komeni da aztertzea kontrataturiko publizitate-lanaren balizko legezkotasun eza. Hedapena legearen aurkakoa izan liteke eta erantzukizuna ekarriko luke. Alabaina, kontratua gauzatzea ez datza publizitate-obran; horrenbestez, hedabideak uko egin diezaioke lan hori hedatzeari, publizitate-arautegia betetzen ez duelako edo hedabidearen irizpideekin bat ez datorrelako. Ez-betetzea justifikatua izan daiteke, alde batetik, eta lehen esan dugun bezala, ezinbesteko zioetatik, eta, bestetik,

publizitatea hedatzeko hedabidearen arau espezifikoekin bat ez etortzeagatik. Arau horiek betetzea (publikoak eta ez diskriminatzaileak izatea) ez hedatzeko bidezko arrazoa izan daiteke.

Orobat, 19. artikuluaaren bigarren paragrafoaren arabera, ez-betetzea erabat justifikatuta legoke ez hedatzeko arrazoa iragarle edo agentziari egotz dakiokeenean; esaterako, lana biltzen duten euskarriak hedabideari banatu ez izana. Benetan, frogatu den moduan, iragarleak edo agentziak edozein unetan utz dezake kontratua bertan behera, eta, horrenbestez, publizitate-lana ez ematea alde bakarreko ukotzat jo daiteke; ondorioz, hedabidea prestazioa emateaz libratzen da. Dena den, erantzuleak kaltearen ordaina eman beharko dio hedabideari eta prezioa osorik ordaindu, baldin hedabideak beste publizitate bat erabilita kontrataturiko denbora- edo espazio-unitateak osorik edo partzialki bete ez baditu (Pérez de la Cruz, 2001: 255)⁶⁹. Ezin da ongi jakin, azken pasarte hori kontuan harturik, iragarlea edo agentzia libratu ote den hedabideari edozein kalte-ordain emateaz. Ez dirudi justifikatua dagoenik, batez ere, hedabideak lehenik kontrataturiko denbora- edo espazio-unitateak ez dituenean guztiz bete beste publizitate baten bidez. Erabat posible litzateke iragarle edo agentziak salgaitan kalte-ordaina eskatzea, publizitate bera edo ezberdina duten beste denbora- edo espazio-unitateak kontratatuz (Erdozain, 2001-2002: 532).

6.7. HEDABIDEAREN ERANTZUKIZUNA PUBLIZITATEA HEDATZEAN

Lehenago aipatu dugu hedabideak publizitate jakin bat hedatzeari uko egin diezaiokeela objektiboki justifikatua denean. Egoera aldatu egiten da hedabideak ez-legezko suerta daitekeen publizitatea hedatzen duenean. Bestalde, hedabideak ez ditu zertan ezagutu hedapena legearen aurkako bihurtzen duten arrazoi guztiak. Hedabidea, berak neur eta ezagut ditzakeen arrazoietan oinarrituta, juridikoki erantzule izango da publizitate ez-legezkoagatik. Hala, hedabideek obligazioa dute produktu jakin batzuen gainean dauden debeku edo muga-arauak ezagutzeko. Telebistaren kasuan, 25/1994 Legean (ekainaren 7ko 22/1999 Legean aldatua) debekaturiko publizitateaz eta legearen aurkakoaz esaten dena ezagutu behar dute hedabideek. Beraz, hedabidea erantzulea denean, PLOren 11. artikulua dioenez, hedapen-kontratuan ezin da klausularik egon hedabidea eginiko hedapenaren erantzukizunetik libratzen duenik. Ildo beretik, ez da onartuko klausularik legearen aurkakoa den publizitatea hedatzeagatik hedabidea erantzule bakartzat hartzen duenik, erantzukizun hori ezin bazaio berari egotzi hedabideak ez dakielako edo ez dituelako ezagutu behar legezkotasun eza sortzen duten inguruabarrak. Araua, literalki, argia da; gauza jakina da alderdiek hitzartutakoa ezin zaiola hirugarren alderdi bati kontrajarri. Hirugarren alderdi baten aurrean alderdiek beren erantzukizuna saihesteko jartzen duten edozein barne-klausula baliogabea da; hirugarren alderdi bati kalte egingo balitzaio, alderdietako bakoitzak erantzukizun osoa hartu beharko luke.

69. Egile horren ustez, neurri konpentsatzailea baztertu behar da, hedabideak kontrataturiko denbora- edo espazio-unitateak beste publizitate baten bidez bete dituenean; horrekin saihestu nahi da existitzen ez den kalte batengatik kalte-ordainak ekarriko lukeen bidegabeko aberastea.

7. Babesletza-kontratua

7.1. SARRERA

Sarritan, ekintza jakin batzuk (dirua lortzea xede dutenak zein bestelakoak) egiteko aukera, hein handi batean, enpresek edo pertsona publiko zein pribatuek eskainiriko diru-laguntzaren mende egoten da. Argi dago laguntza hori ez dela ezeren truke eskaintzen. Betidanik eman izan dira kultura- eta arte-jardueretarako laguntzak, ordainean ezer jaso gabe, baina, normalean, dirua eskaintzen duen erakundeak —zeharka bada ere— publizitatea lortzearren lagunduko du, hau da, «publizitatearen itzulia»⁷⁰ erdiestearren, eta hortik sortu da «babesletza-kontratua» deritzana.

Era askotako jarduerak egiteko eginbidea har dezake laguntza jasotzen duenak, baina esan daiteke, oro har eginbide hori, ekonomikoki laguntzen duenaren lankidetzat publikoa egitean datzala, xede horrekin gauzatuko dituen jardueren bitartez. Hala, elkarturik agertuko dira babeslearen izena eta babestuarena, eta azken horren jarduerak gizartean duten oniritziaren gozatuko du, eta lehenak, berriz, parte hartuko du. Hala, babeslearen eta babestuaren artean kideztza sortzean da babesletza-kontratuaren benetako esentzia.

Babesletza-laguntzak duen garrantziaz jabetzeko, nahikoa da gizartean oihartzun handiko jardun baten gainean duen eragina aztertzea, kirolean duena, esaterako. Talde, kirolari eta ekitaldi ugari babesleengandik jasotzen dute beren finantziario osoa edo gehiena, behintzat. Gero eta ohikoagoa da enpresa batek hedabideetako atal edo programa bat zein ekitaldi kultural bat finantzatzea; horretarako, publizitate bidezko lankidetzan oinarritzen da hitzarmena.

Ohiko praktika horren maiztasuna kontuan hartzen badugu, aipagarria da, auzitegiek oso epai gutxi eman behar izan dituztela babesletza-kontratuek eraginiko eztabaidak direla medio. Jardueraren xedea babeslearen produktuen izena eta babestuaren izena elkartzeari denez lehenaren ospea handitzeko asmoz, argi dago zeharo kaltegarria izango litzatekeela auzitegiaren⁷¹ liskarretan hastea.

70. Hori da doktrina italiarrak erabiltzen duen terminologia, Vidal Portabales-ek aipatzen duena: (1998: 172).

71. Auzitegi Gorenaren Epaia, 2002ko apirilaren 30ekoa, *Revista de Actualidad Civil*, 32. zenbakia.

7.2. IZAERA JURIDIKOA

Gainerako publizitate-kontratueta bezala, emaitzetan oinarritzen da babesletza-kontratua. Publikoarekin kontaktua sortzea da babeslearen nahia eta babestuak aginduko duena, babesturiko jarduerak sortuko duen interesak eraginiko kontaktua, hain zuzen, baina, betiere, modu ez oso komertzialean sortu beharko da, asmoa ez baita salmenta-mezua zuzenean adieraztea, modu sotilean mezu andana bat hedatzea baizik.

Helburua bakarrik lortuko da babesturiko jarduera burutzen bada, eta kontratuan hitzarturiko baldintzak beteaz, gainera. Ildo horretatik, antzekotasun handia dago babesletza-kontratuaren eta hedapen-kontratuaren artean, bigarrenetan hedabidea behartuta baitago dituen euskarrien ezaugarrien arabera dagokion entzuleriaren artean publizitate-mezuak jasotzen dituzten euskarriak hedatzera. Horretarako, beharrezkoa den ekintza teknikoa egin beharko da. Horrek guztiak azaltzen du zergatik igortzen gaituen hedapen-kontratura PLOren 22. artikulua. Babesletza-kontratua, babestuak babeslearen publizitatean egin behar duen lankidetzak, publizitate-komunikazioaren azken fasean ezartzen da (hau da, publizitate-hedapena); eta gauza bera gertatzen da publizitateko hedapen-kontratuan, ikus-entzuleekiko komunikazioaren azken fasean hartzen baitu parte hedabideak (Santaella, 1989: 171).

7.3. PUBLIZITATEKO BABESLETZA KONTRATUAREN EZAUGARRIAK

7.3.1. Kontzeptua

PLOren 22. artikulua honela definitzen du babesletza-kontratua: «Kontratu horren bidez, babesleak laguntza ekonomikoa ematea hitzartuko du kirol, kultura, zientzia edo bestelako arlo baterako, jarduera horren publizitatean parte hartzearen truke».

Nahita, legeak ematen duen adiera oso zabala da, edonolako laguntza ekonomikoa eman baitaiteke (diruzkoa edo bestelakoa izan liteke: materiala banatzea, esaterako) eta edonolako jarduerak egin baitaitezke.

Publizitate tradizionalaren kasuan ez bezala, babesletza bidez egiten den publizitatean ez dira produktuaren edo zerbitzuaren ezaugarriak goraiatzeko, baizik eta marka bat kulturari, kirolari edo nolabaiteko ekintza bati lotzen zaio. Hala, ideia-asoziazio positiboa lortu nahi da babesleak eskaintzen dituen produktu edo zerbitzuaren hartzailerik, erabiltzaile edo kontsumitzailearengan, babesleak horretaz probetxu har dezan publizitate-baliabide gisa.

7.3.2. Babesletza-kontratuaren tipikotasun eza

Publizitateko babesletza-kontratua PLOren 22. artikulua lehen paragrafoan dator definiturik. Bestalde, adostasunean oinarrituriko kontratu-eskemari jarraitzen

dio; hala, kontratua egiteko hiru elementu elkartu beharko ditugu: batetik, kontratuaren objektua, bestetik, zioaren eskaintza, eta, azkenik bi alderdiek kontratua onartzea. Legezko adiera horri jarraituz, babesletza-kontratua ondare-negozioa da, eta interes ekonomikoak tartean egongo dira. Babestuari dagokionez, babeslearengandik jasoriko prestazioan gauzatzen dira interes horiek. Babeslearen motibazio nagusia, berriz, babestuarekin lankidetzatik datorren onura ekonomikotik sortzen da (esaterako, salmentak igotzea, enpresa edo produktu baten izena publiko jakin bati ezagutaraztea). Sarritan, enpresek sona edo entzutea bilatzen dute soilik; adibidez, publizitatea mugaturik duten produktuen ekoizleek (tabakoa eta alkohola kasu) babesletzan oinarrituriko formulara jo beharko dute, beren presentzia merkatuan gal ez dadin.

Alabaina, *nomen iuris* izateagatik kontratu bat aipatu izanak ez du esan nahi nahikoa denik tipikotasun-kategoria⁷² lortzeko, PLOko pasarteren batean igorpen bidez nonbait erregulatua dagoela pentsarazten ez bazaigu.

Horregatik, beharrezkoa da aztertzea PLOren 22. artikulua bigarren atalak zer aurreikusten duen. Azken finean, babestuak babeslearen publizitatean parte hartzen duenez bere marka eta logotipoak erakutsiz, Legeak hedapen-kontratuarekin parekatzen du babesletza-kontratua, eta, beraz, «publizitateko hedapen-kontratuaren arauak zuzenduko dute babesletza, aplikagarri direnean». Erregelamenduaren tipikotasuna igorpen batetik dator, eta ez zuzenean edo automatikoki. Bestalde, igorpen bidez erregimen juridikoa osatzen duten xedapenak, kontratua betetzen ez denean soilik dira aplikagarri (PLOren 18. eta 19. artikulak).

Hala, igorpena nahiko iluna edo nahasia da, hedapen-kontratuan nahitaezkoa baita alderdietako bat hedabidea izatea, eta, babesletzaren arloan, gutxitan gertatzen da hori. Bestetik, igorpena ere ez da oso operatiboa, arrazoi birengatik: lehenik, hedapen-kontratua pentsatuta dagoelako alderdietako bat hedabidea denerako beti, eta, horrenbestez, adibidez, kirol-talde bati, aplikatzea ez da oso zentzuduna; bestetik, hedapen-kontratuaren erregelamendua oso mugatua da, beraz, eztabaidagarriak diren kasu askotan konponbide bila hara jotzeak ezer gutxi balioko du (Vidal Portabales-ek azaldu ditu hedapen- eta babesletza-kontratuaren arteko ezberdintasun orokorrak, eta argi utzi du bataren erregulazioa ez zaiola besteari egokitzen; nolana ere, saiatu da igorpena praktikan nola bidera daitekeen azaltzen).

Alor horretan, badago erregulazio bat babesletzaren zenbait sektoretako alderdiak aurreikusten dituen. Hala, 22/1999 Legeak zuzentzen du telebistan agertzen den babesletza. Araudi horren arabera, beste zenbait gaiz gain, honako arau hauek aipatzen dira: babesleak ezin du babesturiko programan eraginik izan; programaren hasieran edo bukaeran —edo batean zein bestean— identifikatu behar dira babesletza-jarduera eta babeslea. Iragarkientzako tarteetan ere identifikatu daitezke; babeslea identifikatzerakoan ezin da bultzatu haren edo hirugarren alderdi baten produktu edo zerbitzuak erosteko edo kontratatzeke publizitate-mezuen bidez,

72. Kontratu atipikoa da, araudi zehatzik ez duena.

zuzenean edo berariazko aipamenez; eta ezin dira berriak eta unean uneko politika-auziak ematen dituzten programak babestu. Programa horietako atalak ere ez dira babesgarriak, eguraldiaren eta kirolen atalak izan ezik. Babesletza identifikatzen emandako denbora ez da kontuan hartuko gehieneko publizitate-denbora finkatzeko (Lema, 1997a: 34; Vidal, 1998: 56 eta hurrengoak)⁷³.

7.3.3. *Kostu bidezko kontratua, kontratu trukagarria, eta intuitus personae izaerakoa*

Kostu bidezko kontratuaz ari gara alderdi batek bestearengatik onura edo konpentsazioa jaso behar badu: «Laguntza ekonomiko baten truke [...], lankidetzan jarduteko konpromisoa hartuko du babestuak [...]». Kontratua doanekoa balitz, hau da, eskainitako laguntzak konpentsaziorik ez balu onura jaso duen horrengandik, ezin izango genuke esan publizitateko babesletza-kontratua denik, bestelako zerbait izango litzateke. Kasu horretan, azter liteke ea mezenasgo-jarduera bat ote den.

Kostu bidezkoa den artean, publizitateko babesletza-kontratua, berez, trukagarria da, kontratua gauzatzen den unetik (Vidal, 1998: 89) aurreikusita baitago prestazioetan parekotasun-erlazioak egon behar duela. Esandakoa ez da aldatuko, emaniko prestazioetariko bat bestea baino kostu bidezkoagoa izateko arriskua badago ere, kontrolagarri ez diren zenbait faktoretan oinarritzeagatik. Hala, publizitate-lankidetzaren merkataritza-emaiza zehaztu ezin izateak ez du kontratua aleatorio bihurtuko.

Azkenik, galde daiteke ea babesletza-kontratua *intuitus personae* izaerako kontratuen kategorian sar daitekeen. Oro har, babesleak kontuan hartuko ditu babesturiko subjektuaren ezaugarriak (kirolaria, artista, etab.) eta inguruabarrak (ea futbol talde bat den, txapelketa baten irabazlea den edo lehen postuetan gelditzeko aukera duen...), jakinik haren irudia bere markari lotu behar diola publizitate-asmoekin. Babesturiko subjektuaren esentzialtasun jakin hori garrantzitsua izango da, besteak beste, argitzeko ea hitzartutako eginkizuna ongi bete den. Beraz, babestuaren eginbeharrekoak zehazten direnean, babestuak ezin du babeslea behartu onartzera hirugarren alderdi batek prestazio horiek beteko dituela (Kode Zibilaren 1.161. art.). Ildo beretik, babestuaren izaera bereziak ezinezko egiten du kontratutik datozen eskubide eta betebeharrak hirugarren alderdi bati eskualdatzea.

Aipatu bezala, gauza bera esan daiteke entitate edo pertsona babesleaz. Egia da, haren obligazioa ematea denez (dirua edo ondasunak), babestuak ezin diola ezetz esan ordainketa-erlazio horretatik kanpo dagoen hirugarren alderdi batetik kontraprestazioa jasotzeari; zor den prestazioaren izaerarengatik, babeslea erabat ordezkagarria baita. Baina, babesleak zerbait egin dezala eskatzen duten obligazioen

73. Bi autore horiek dioten bezala, ez da nahasi behar telebista-babesletza *product placement* delakoarekin. Filma edo programa baten argumentuaren antolaeran produktu edo zerbitzu bat sartzea da horren ezaugarri nagusia. Teknika horrek, aitzitik, ezkutuko publizitatea sor dezake, baita subliminala ere, eta, kasu horretan, ez da zilegi izango.

kasuan ere, gauza bera gertatzen da (esaterako, garraiobidea, muntaia, instalazio-zerbitzuak eta logistika-azpiegitura eskaintzen dituenen, etab.). Alabaina, zilegi da babesluak kontratua egin duenean kontuan hartu baditu subjektu babeslearen ezaugarriak eta egoera (nolako ospea, nolako kaudimena, etab.). Horregatik guztiagatik, ikuspegi horretatik, *intuitus personae* izaerako kontratutzat har dezakegu, eskubide eta betebeharrak eskualdatzeko ezintasun-mailan ondorio berak baitatoz.

7.4. KONTRATUAREN SUBJEKTUAK: BABESLEA ETA BABESLUA

Babeslea enpresa pribatua izan ohi da; Administrazio Publikoak kultura-, kirol- edo ongintza-jardueren laguntza ematen dien kasuetan, diru-laguntza edo beste modu jakin batzuen bitartez bideratzen da, eta, normalean, horri babesletza deitzen bazaio ere, Administrazioari ez zaio publizitate nahikoa ematen jasoriko laguntzaren truke; beraz, ez zaio kostu bidezko kontratu publizitario bati bide ematen.

Bestetik, babesleak ez du nahitaez enpresa izan behar. Izan ere, PLOren 7. artikulua (testu beraren 2. artikuluekin erlazionaturik dago) dio babes-kontratua egon daitekeela publizitateak espezifikoki kontratazioa helburu ez badu ere. Lehenik, ezerk ez du eragozten pertsona fisikoa babesle izatea. Gertatzen dena haxe da: normalean, dohaintza bidez babesten dituela partikularrak kultura-, kirol- edo ongintza-jarduerak, eta, beraz, mezenasgotzat hartu beharko dela. Ohikoagoa da babeslea pertsona juridikoa izatea, horrenbestez, gehienetan enpresa bat, baina elkarte zibil batek ere bete lezake eginkizun hori (esaterako, abokatu-langela batek).

Kontratuaren beste alderdiari dagokionez, babesturiko ekintza enpresa edo merkataritza-jarduera soilak ezin izan badaiteke ere, enpresaria bera izan daiteke babestua. Izan ere, irratitelebistako babesletzan, hedabidearen jabe den enpresa titularra edo ekoizlea izan ohi dira babestuek.

Babestua erakunde publiko bat denean, ematen du, babeslearen kasuan ez bezala, ez dela arazorik sortzen babestuek berak antolaturiko jardueren laguntza ematen bazaie, esaterako, udalak antolaturiko txirrindulari-lasterketa batean.

Bi alderdiek nork bere izenean eta kontura egin dezaketen kontratua da publizitateko babesletza-kontratua. Aitzitik, espezializaturiko agentzietara jo daiteke horiek firma babeslearen partez kudea ditzaten mota horretako kontratuak. Guri interesatzen zaigu jakitea babesleek zer-nolako kontratua egiten duten, alde batetik, eta ea publizitate-agentziak artekari gisa diharduen, bestetik. PLOk publizitateko komisio-kontratua arautzen ez duen arren, sor daitezkeen arazo juridikoak merkataritza-komisioaren bitartez konpon daitezke; izan ere, ematen duenez, erregela-menduaren arabera firma babeslearen mandatuz egiten edo sustatzen den babesletza-kontratuan publizitate-agente bat kontratatzeak ez dio bide ematen erlazio juridiko iraunkor bati, harreman esporadiko bati baizik. Bestalde, agentziaren eginkizuna bitartekotzara mugatzen bada ere, eta, beraz, bezeroaren izenean eta

mandatuz jardungo badu ere, posible da agentzia horrek bere izenean parte hartzea babesletza-kontratuan, hitzarturiko kontraprestazio ekonomikoa bere gain hartuta. Kasu horretan, hirugarren alderdi bati dagokion kontratuan bezala, merkataritza-kontratuaren arautegia aplikatu daiteke; eta, hitzarturikoari dagokionez, babesletza-kontratua ere erabiliko genuke. Bi arrazoi aipa ditzakegu hori justifikatzeko: alde batetik, publizitatearen ordainean emaniko kontraprestazio ekonomiko baten eske-ma kausal tipikoa da, eta, bestetik, ez dugu uste bere burua prestazio ekonomikoa ematera behartzen duenaren eta publizitatearen onuradun denaren identitateen izaera esentziala justifikatzen duenik.

7.5. KONTRATUAREN EDUKIA

Epigrafe honetan, kontratuan parte hartzen duten alderdien eskubide eta betebeharrak aztertuko dira.

7.5.1. Babeslearen betebeharrak

PLoren 22. artikulua arabera, babestuari —bere jardura egin dezan— laguntza eskaintzea da babeslearen betebeharr nagusia. Ekonomikoki kalkulagarria izan behar du prestazio horrek: aportazio zehatza eta jakina izan daiteke; edo zenbatekoari edo ordaintze-epari dagokienez *a priori* finkatugabea, baina *a posteriori* zenbait baremoren arabera finkatua; hala dirutan nola materialetan (kamisetak edo kirol-materiala bezalako gauza suntsikorrak); edo joan-etorria eta ostatua, kilometroen arabera dietak, konpetiziorako materiala, edo kirol-instalazioak alokatzeko gastuak ere ordain daitezke.

Maila juridikoan, dirutan edo materialetan eginiko laguntza bereiztetik ondorio bat sortzen da: *barne-sponsoring* edo *ez-garbia* eta babesleak dirutan ematen duen merkataritza-babesletza kontrajartzen dira⁷⁴. Hala, *barne-sponsoring*-aren kasuak *liberaltasuntzat* har daitezke, dohaintza diren heinean, kostu bidezko publizitate-kontratuan ez bezala. Dirudienez, Legeak dioen horretan oinarritzen bagara, ezin daiteke *per se* baztertu bi alderdiko edo kostu bidezko kontratu bat denik laguntza bitarikoa bada (diru edo materialetan) edo ondasun edo zerbitzuak bakarrik eskaintzen badira. Elkarren arteko betebeharrak eskatzen duen kostu bidezko kontratuaren eremuan emaniko kontraprestaziotzat jo daiteke bidezkoa den material eta zerbitzuen horniketa hori, eta ez jasoriko eskuzabaltasunari ezarritako kargatzat.

Orain arte adierazitakoaren arabera, argi geratzen da babesleari dagozkiola gehienbat emateko obligazioak. Alabaina, posible da egitekoak ere bere gain hartzea. Izan ere, babesleak abantailaren bat lortu behar badu babestuarengandik publizitatean, jarrera aktiboa hartu beharko du sarritan eta, esaterako, babestuak erakutsi beharreko materiala hark eman beharko dio: esloganak, liburuxkak, ikur

74. Arnau Raventós, L. (2001): *El contrato de patrocinio publicitario*, LA LEY, *Derecho de los Negocios*, Madril, 20. or.

bereizgarriak, eta abar. Babesleak egin beharko ditu, agentzia baten bidez zein beste artekari batzuen bidez.

Laguntza ekonomikoa emateaz gain, Legearen xedapenak betetzea dagokio babesleari. Hala, PLOk agindutakoari egokitu beharko dizkio publizitate-mezuak, arautegi horren 8. artikuluan iragarlea eta babeslea parekaturik baitoaz; horrenbestez, kontrakoa frogatu arte, publizitatearen erantzukizuna duen pertsona da babeslea. Alor horretan, kontuan eduki behar da PLOren 3. artikuluan (publizitate ez-zilegiari dagokiona) eta 6. artikuluan (araudi bereziak dituzten sektoreez diharduena)⁷⁵ esandakoa.

Azkenik, eta kontratu horietan agertzen diren klausula ohikoenak aztertzean ikusiko dugun bezala, babesleak ahalegina egingo du, espresuki, babestuaren jarduera nagusian ez eragiteko.

7.5.2. Babestuaren betebeharrak

Babestuaren betebeharrak babesleari dagozkionak baino askoz ere tankera zabalagoak izan ohi dira. Lehenik eta behin, babesturiko jarduera eta ekintzetan parte hartzeko obligazioak daude.

1. Jarduera nagusia gauzatzea

Babesturiko jardueraren berezko izaerak publizitateko babesletza-kontratua bereiz dezake honako kasu honetatik: babesle jakin batek bere burua sustatu edo ezagutzera ematen duenean bere izenean agertzen diren ekintza edo jarduerak antolatuz (txapelketak, lasterketak, lehiaketak, etab.); kasu horietan ez da beste baten jarduera finantzatzen publizitatearen truke, baizik eta norberaren jardueretan inbertitzen da publizitate-helburuekin⁷⁶. Babesletzaren izateko arrazoiak da beste batek egiten duen kirol-jarduera, zientifikoa, kulturaren alorrekoa (artelanen erakusketa bat, zaharberritze-lanak, adibidez), ongintzakoa (haurrak edo agureak zaintzea) edo bestelakoa finantzatzea.

Posible da aztertzea ea babestuaren lanbide edo jarduera profesionalari dagokion finantziarioa den, edo hortik kanpoko beste gauza batzuk ere finantzatzen zaizkion, hau da, bere bizitza pribatu edo pertsonalaren alorreko zerbait. Adibidez, kirolarekin zerikusirik ez duen jantzi-marka batek kirolari bati bere jantziak uzten dizkionean publizitatearen ordainean, edo automobilgile batek ibilgailu bat eskaintzen dionean. Kasu horietan gehienetan, alderdiek hitzarturikoa irudiaren ustiatze-eskubideetarako kontratua edo *merchandising* kontratua izaten da. Horren arabera, subjektu batek (lagatzaileak) baimena ematen dio beste alderdiari (lagatze-hartzaileari) bere

75. Aipatzen diren azkenengo bi arloei dagokienez (tabakoa eta edari alkoholodunak), 22/1999 Legearen 15. artikulua bigarren paragrafoa izango litzateke aipagarria irati-telebistaren eremuan.

76. Argitaletxe batek literatura-sari baten deialdia egiten du, eta sariari argitaletxe beraren izena jartzen zaio; pneumatikogileek gauza bera egiten dute motoziklismo-lasterketekin.

irudiak edo izenak duen balioa ustiatzeko, kontraprestazio baten truke. Baina, modu berean, babesletza-kontratu batean ageri den babesturiko jarduera profesionala izanda, babestuaren irudia edo izena ustiatzeko klausulak ezarriko ditu babesleak, eta, baimentze horretatik, babestuak hitzarturiko kontratutik datorren laguntza publizitariorako betebeharrak orokorra zehaztu daiteke (Corredoira y Alfonso, 1991: 240 eta hurrengoak).

2. Babeslearen publizitaterako lankidetza

Babeslearen markaren hedapena bultzatzeko, zenbait betebeharrak sortzen dira. PLOren 22. artikuluan, babestuaren prestazioa «babeslearen publizitateko lankidetza»tzat definitzen da. Horrela adierazita, prestazio zehaztugabea da, eta beharrezko zaio edukiaz hornitzea; alegia, esleitzen zaizkion betebeharrak edo, hobe, kontratu bakoitzean zehaztutako eta hitzarturiko klausulen arabera esleia dakizkiokeen betebeharrak zehaztu behar baitira.

Publizitaterako lankidetza eskaintzeko obligazio orokorra, kasu gehienetan, publizitate-prestaziotzat har daitekeen jardueraren bat egiteko betebeharra izango da; hau da, babeslearen mesederako izango den publizitatea egitera zuzenduriko jardueraren bat: zenbait ekitalditan parte hartzea, babeslearen izena aipatuz zenbait elkarrizketa egitea (lankidetza aktiboa), hitzarturiko espazioan iragarkiak jartzea baimentzea (lankidetza pasiboa).

Lankidetza horren xedeari, kontratuaren arrazoitzat hartuta, «publizitatearen itzulia» deitu izan zaio, eta adiera horrekin azpimarratzen da bide horrekin lortzen den publizitatearen zeharkako izaera. Aipaturiko itzulia lortzearen lankidetza eskaintzeko betebeharrak abstraktu hori zerbitzu-obligaziotzat jo daiteke; xede hori erdiesteko jarduerak behar bezala eginda ere itzulia lortuko ez balitz, errua ez litzateke babestuarena. Izaera hori ezin daiteke alderdien arteko hitzarmen batez alda, PLOk berak ere arautzen baitu 12. artikuluan, «ez da jarritzat hartuko klausula bat, zuzenean edo zeharka publizitatearen etekin ekonomikoak bermatzeko, edo arrazoi horregatik erantzukizuna eskatzeko».

Nolanahi ere, xede hura lortzearen eginiko jarduerak kontuan hartzen baditugu, xedea erdiestea oztokatzen duen edozein arduragabekeriak obligazioa ez betetzea ekarriko du, eta, horrenbestez, babesleari bide ematen dio horren ondorioz sortzen diren ekintzak aurrera eramateko.

Azkenik, eta ez-egiteko obligazioak aztertu baino lehen, babeslearen publizitaterako lankidetza eskaintzearen obligazioa betetzean, babestua ordezkaturik izateko aukerari begiratu behar diogu. Zordunaren (babestuaren) suntsikortasun ezak —haren ezaugarriak bereziki kontuan hartu ziren kontratua egiteko orduan— erabakiko du kontratuaren *intuitus personae* izaera eta hirugarren alderdi batek haren ordezkapen eza (Kode Zibilaren 1.161. artikulua).

Egiteko obligazioez gain, babestuak baditu bestelako obligazioak ere, zerbait ez egitea eskatzen dutenak; kirol-babesletzaren kasuan, esaterako, zenbait txapelketatan ez parte hartzea, kirol jakin batzuk ez egitea, edo hainbat ekintza juridiko ez gauzatzea. Esparru berekoa da babestuak kontratua sinatu duenarekin soilik jarduteko hartzen duen konpromisoa, hau da, eskusiba-hitzarmena.

7.6. KLAUSULA OHIKOENAK

Babesletza-kontratuetan normala da erregelamendu zehatz bat eskatzea, eta zehaztasun hori klausulen bitartez adierazten da. Normalean, eskusibotasun-klausula bat aurreikusten da, eta, horren arabera, babestua beharturik dago antzeko izaerako beste kontraturik ez egitera, kontratutik kanpo ez dagoen beste sustapen-jardueraren batean ez parte hartzea, eta abar. Alderdien borondatearen autonomia askeak gauzatuko du, kasu bakoitzean, eskusiba-klausularen edukia. Beste subjektu edo erakunde batekin bestelako babes-kontraturik ez izenpetzeko konpromisoa badago, irismen osoa izango du; debekua babeslearen konpetentzia diren enpresei soilik badagokie, berriz, erlatiboa. Bigarren kasuan, ez lehiazeko klausula (Vidal, 1998: 176-182) hobeto egokitzen da.

Eskusibitatea eskatzeko, beharrezkoa da klausula hori kontratuan behar bezala jasotzea⁷⁷. Aipaturiko hitzarmenaren efektuak kontratua egin duten alderdiei dagozkie, eta ohikoa da kontratuan bertan aurreikustea —klausula hura beteko ez balitz— konponbidea bilatzeko modua.

Eskusibitate-klausularen edo ez lehiazeko klausularen osagarriak izan ohi dira lehentasun-klausulak (Corredoira y Alfonso, 1991: 254). Horien arabera, aurreko kontratua iraungi denean, kontratu berria egiteko lehentasuna ematen dio babestuak babesleari.

7.7. ERREGIMEN APLIKAGARRIA

Publizitateko hedapen-kontratuaren arauak babesletza-kontratuari aplikatzeak igorpenari buruzko zenbait ohar eskatzen ditu lehenik eta behin, eta, ondoren, PLOren 17. artikulua eta 18. eta 19. artikulua bereizita aztertzea, horietan zigortzen baitira ez-betetze egoerak.

Lehenik, igorpenak zentzugabea dirudi, babesletza-kontratuaren erregimena, oro har, jarduera jakin batzuei baitagokie (kirol, kultura, ongintza eta zientziari); hedapen-kontratuaren eremua, berriz, telebistako iragarkiena da gehienbat.

Bigarrenik, igorpen horrek haxe dakar: kontratu mota bietako alderdi parte-hartzaileak parekatzea, iragarlea babesletzat jotzea eta hedabidea babestutzat. Hedabideari dagokionez, batez ere, babestuak ez du zertan modu ohikoan eta antolatuan aritu publizitatea hedatzeko.

77. Zentzu horretan, Auzitegi Gorenaren Epaia, 1995eko apirilaren 4koa, erref. 3410.

Bukatzeko, igorpenaren egokitasunari buruzko azken gogoeta egingo dugu, kontratua betetzen ez den kasuetan erabakiak hartzeko arau berezi baten ingurukoa. Kode Zibilaren 1.124. artikuluan ari gara, honako hau agertzen baita: «Obligazioak bertan behera uzteko ahalmena elkarrekiko obligazioetan datza, behartutako batek dagokiona beteko ez balu». Ildo horretatik, ez dira gutxi, ez-betetzea aurreikusita, aipaturiko artikulua araututakora jotzen dutenak, PLOren 18. eta 19. artikulua kasu.

PLOren 18. eta 19. artikuluek ez diote ekarpenik egiten Kode Zibilaren erregimen orokorrari, eta diziplina horren adaptazio zehatza baizik ez dira honako kasu hauetan: hedabidearen (gure kasuan, babestuaren) betetze akastuna gertatzen denean, eta ez-betetze osoa hedabideari zein iragarleari (babesleari) egotz dakioken kasuetan.

Betetze akastunaz dihardugarrik, azpimarragarria da kontzeptu hori babesletza-kontratuei aplikatzeko sortzen den zailtasuna. 18. artikulua, esaterako, honako hau eskatzen du: betetzeak edo betetzearen beraren aldaketak dakartzan akatsak edo galerak «zenbait elementu funtsezkotan» eragina izatea. Babesletza-kontratuan, babestuaren betebeharrei egiten die erreferentzia betetze akastunak, baina kontratu haren edukien arabera zaila da bereiztea zein diren, alde batetik, betetze akastuntzat jo daitekeen kasuak eta, bestetik, ez-betetze osoko kasuak.

Bestalde, babesletza-kontratuetan, sarritan, ezinezkoa da babesturiko jarduerak errepikatzea, bai data zehatz batean gertatuko den ekintza bakarra izango delako⁷⁸, bai beste une batean errepikatuta ere babesleari onurarik ekarriko ez diolako. Kasu horietan, 18. artikulua aukera ematen du iragarleak (babesleak) prezioa — hau da, laguntzarena — jaistea eskatzeko eta kalte-ordainak eskatzeko. Babesleak eman beharreko laguntza ekonomikoa txikitzeak ere arazoak sortzen ditu, batez ere jarduera egin baino lehen laguntza hori jaso bada; kasu horretan, jasorikoa itzuli beharko da.

Iragarle/babeslearen betetze akastunari dagokionez (18. artikuluan aurreikusten ez den kasua), arazo bera azaltzen da, zaila baita jakitea babestuak publizitate-zerbitzua txikitu dezakeen.

Hedabide/babestuaren eta iragarle/babeslearen ez-betetze osoaz diharduen 19. artikuluari dagokionez, badira zenbait hutsune igorpenaren aukera eragozten dutenak. Hala, alde batetik, 19.1 artikulua ez du ezer aurreikusten hedabide/babestuaren zerbitzua atzeratu edo berandutzen denerako. Publizitateko hedapen-kontratuan, beranduago hedatzea posible izaten da gehienetan; babesletza-kontratuan, aldiz, ez da posible izango kontratua beranduago betetzea. Bestetik, 19. artikularen 2. paragrafoaren arabera, ez-betetzea iragarleari edo agentziari egotz badakioke, azken

78. Ezin dugu imajinatu, adibide gisa, kirol-lasterketa bat errepikatzea, babestuaren kamisetan babeslearen izena jasotzen duen idatziak babesletza-kontratuan eskaturiko ikusgaitasun-baldintzak betetzen ez dituelako.

horiek ordaindu beharko dizkiote kalteak hedabideari eta prezioa asebate, baldin eta hedabideak iragarlearentzat erreserbaturik ziren tarteak bete ez baditu. Aipagarria da zein eragin sortzen den hedabideak kontrataturiko espazio- edo denbora-unitateak beste publizitate batekin osoki edo zati batean betetzen dituenean. Kasu hori publizitateko babesletza-kontratuari aplikatzen bazaio, honako hau izango da ondorioa: beste babesle batekin osoki edo partzialki kontratua egiten duen babestuak ezingo luke horren aurka erreklamaziorik egin lehenago babesleak bere partea beteko ez balu. Eragin horrek ez dirudi justifikatua dagoenik beste babesle batekin kontratu partziala soilik egiten den kasuetan.

7.8. KONTRATUA EZ BETETZEA

1. Betetze akastuna

a. Babestuarena

Batzuetan, zaila gertatzen da betetze akastuna antzematea —esaterako, babestuak obligazio nagusiak betetzen dituenean—, baina bigarren mailakoak, aldiz, ez. Demagun gizabanako baten babesletza: bere jarduera nagusia egiteaz gain, zenbait gizarte-ekitalditan hartu behar du parte, eta betebeharrak horietako batzuei dagokie soilki. Beste kasu batzuetan, are zailagoa da. Nolanahi ere, babestuaren betetze akastuna gehienetan gertatuko da babesturiko jarduera profesionalak eskatzen duen trebetasun edo ardura nahikoaz egiten ez denean.

Hedapen-kontratuan, berriz, egoera zehatzagoengatik gertatzen da betetze akastuna, hala nola adierazpen formalean mezuaren gauzatze akastunagatik, edo leku okerrean edo denbora ez egokian kokatzeagatik, hau da, kontratuan hitzarturiko programa edo orduak ez errespetatzeagatik.

PLoren 18. artikuluan, babestuaren betetze akastunetik datozen ondorio juridikoak dira konturik azpimarragarriena, hedabide/babestuari eskatzen baitzaio publizitatea ostera ere hitzarturiko baldintzetan errepika dezan betetze akastuna esentziazko zenbait elementutan gertatzen bada. Oraingoan ere azpimarratu behar da babesletza-kontratuan oso zaila gertatzen dela bereiztea errepikapena eskatzen duen betetze akastuna den ala babesleak bilatzen zuena lortzea eragotziko duen ez-betetzea den.

Bestalde, 18. artikuluan aurreikusten denez, errepikapena ezinezkoa izanez gero, prezioa jaistea eta sorturiko kalte-galerak ordaintzea eska dezake iragarleak. Kasu askotan, errepikatzea ezinezkoa denez (data zehatzean egitekoak diren ekintzak kasu), 22. artikulua darabilen «laguntza» adierak ez du lekuri uzten arau hori babesletza-kontraturari egokitu dakion (Corredoira y Alfonso, 1991: 183); hala ere, teorikoki, kalte-ordaina eta prezioaren jaistea eska daiteke. Bestetik, kontuan eduki behar da, oro har, onuradunak jarduera egin baino lehen jasotzen duela laguntza, jarduera hori betetzea posible izan dadin.

b. Babeslearena

PLoren 18. artikulua hedabide/babestuari egotz dakiokeen betetze akastunaz dihardu, baina ez du aurreikusten iragarle/babeslearen betetze akastuna. Beraz, galde dezakegu zer gertatuko litzatekeen babesleak jardura gauzatzeko material ez egokia banatuko balu, edo, egokia delarik ere, egoera txarrean balego. Betetze akastuna ote litzateke babeslearen jarduteko modu hori? Baietz dirudi, eta babestuak material egokia eska dezake, eta material ez-egokia babesleari bueltatu. Erreklamazio horrek aurrera egingo ez balu, ikusi beharko litzateke betetze akastunen kasuei dagokien publizitate-zerbitzua egokitzea posible ote den.

Babeslearen betetzea akastuna balitz, posible litzateke egokitzea babestuak zerbitzua eman aurretik, babestuak zerbitzua murriztu bailezake. Aldiz, laguntza publizitate-zerbitzua egin ondoren gertatuko balitz, kalte-galeren ordainketarekin egokituko litzateke (eskainitako materiala konpontzeko babestuak ordaindu behar duen kantitatea; irabaziko ez den diru kopurua barne, hau da, babestuak beste babesle batengandik jaso lezakeen beharrezko material eta hornikuntza).

2. Ez-betetze osoa

PLoren 19. artikulua espresuki arautzen du hitzarturiko ez-betetze osoa, eta bi bereizten dira: batetik, hedabidearen (babestuaren) ez-betetze osoa eta, bestetik, iragarlearen (babeslearen) ez-betetze osoa.

a. Babestuarena

19.1 artikulua zera dio: «Ezinbesteko kasuetan salbu, hedabideak hedapenerako hitzartutakoa betetzen ez duenean, iragarleak eska lezake berandago betetzea hitzarturiko baldintza beretan, edo hedabideari ordainduriko dirua itzultzea. Kasu bietan, hedabideak ordaindu beharko ditu sortutako kalte-galerak».

19.1 artikulua aparte utziko ditu ezinbesteko kasuak, ez-betetzearen ondorioak arautzeko orduan. Beraz, gerta liteke hedabide/babestuak zerbitzua bete ezin izatea berari ez dagozkion arrazoiak direla medio (esaterako, babestuak jardura bete ezin izatea horretarako aukeratutako tokia sute batek deuseztatu duelako). Hala bada, PLoren 19.1 artikulua arabera, ez-betetzearen ondorioak ezin zaizkie halabeharrezko kasuei aplikatu. Zein erregimen aplikatu beharko da, orduan? Legedian xedapen adierazi eta zehatza falta denez, kontuan hartu behar da obligazio biak kausaz elkarri loturik daudela. Ez betetzearen kausa berehalakoan desagertzen bada, Kode Zibilaren 1.124. artikulua aurreikusten duen ebazpen-ahalmena aplikatzea eskatzen du desagertze horrek, ez-betetzea objektiboki gertatzen baita. Interpretazio horren arabera, halabeharrezko egoera hori jasan duen babesleak kontratuari amaiera ematea erabaki lezake eta duen obligazioa bertan behera utzi; babestuari dagokion zerbitzua gauzatea posible ez bada, ez du zentzurik izango hitzarturiko laguntza ekonomikoa eskaintzearen betebeharra gauzatzeak. Horrenbestez, babestuari egotz

dakizkiokeen ez-betetzearen efektuak —19.1 artikuluan aurreikusten direnak— halabeharrezko ez-betetzearen efektuen oso antzekoak izango dira. Ondorio hori, PLOren literaltasunaz areago egiten bada ere (halabeharrezko kasuak alde batera uzten baitira), eta babeslearen obligazioaren gainean ez dagoenez ezer finkatuta, bat dator Zuzenbide Zibilararen arauekin. Arau horiek modu ordezkatzailean aplikatu dira, PLOren 7. artikuluan esaten den bezala.

Babestuari egotz ez dakiokeen ez-betetzea aztertuta, PLOren 19.1 artikulua tipifikatzen duen balizko kasua ikertuko dugu ondoren. Arau horren arabera, hedabideak publizitatea hedatzen ez badu, iragarle edo agentziak beranduago hedatzea eska dezake, hitzarturiko baldintza beretan, edo, bestela, kontratua bertan behera uztea, eta hedatu ez den publizitateagatik ordaindutakoa itzularaztea. Kasu bietan, kalte-galerak ordaintzea eska daiteke.

Hedabidearen obligazioak oso zehatzak eta jakinak diren kasuetarako (erabiltzeko moduan den espazio eta denbora eskaintzea) pentsatua dago 19.1 artikulua arautzen duen egoera; horrenbestez, ez zaie ondo egokitzen babesletzak sor dezakeen egoera guztiei. Egiteko eta ez-egiteko obligazioak kontuan hartu behar dira babestuari egotz dakiokeen ez-betetze erregimena aipatzen denean. Bestalde, badira ez-betetze egoerak hedapenaren obligazioaren ez-betetzeaz arduratzen den arau baten bidez erregulatu ezin daitezkeenak, ezin baitira ez-betetze osotzat jo, ezta betetze ez-zehatz edo berandututzat ere. Esaterako, babestua erantzulea bada edo gizarte-eskandalu batean nahasten bada, babeslearen irudia kaltetzen da. Edo gauza bera gertatzen da, adibidez, droga-arazoetan sartzen den kirolariarekin. Kasu horietan, 19.1 artikulua ez litzateke nahikoa, eta, babesletza-kontratuaren alorrean, erabakiak babeslearen esku geratuko lirateke. Azken horrek balioetsi beharko du kontratuari amaiera eman ala ez, eta, horretarako, Zuzenbide Zibilean jasotzen diren arauak hartuko dira kontuan, horien oinarritzko ideia prestazioen oreka baita.

b. Babeslearena

19. artikulua bigarren paragrafoak babeslearen ez-betetze osoaz dihardu. Arau horren arabera, «hedapen eza iragarle edo agentziari egotz badakioke, erantzuleak kalte-ordaina eman beharko dio hedabideari eta prezioa osorik itzuli, salbu eta kontrataturiko denbora- eta espazio-tarteak osorik edo partzialki beste publizitate batekin bete badira».

Arauaren lehen zatiak bat egiten du izaera zibileko arau orokorrekin. Horien arabera, obligazioa duenak obligazio hori betetzen ez badu, beste alderdiak betetze zehatza eska dezake; dena den, kalte-galerak ordaindu beharko dira (Kode Zibilararen 1.101. artikulutik). Alabaina, bigarren zatiak badu hedapen-kontratuaren berezitasun bat, eta ikusi beharko da ea babesletza-kontratura molda daitekeen ala ez; esan nahi baita, hedabide/babestuari ez litzaiokeela kalte-ordaina eta laguntza eman beharko, hark beste babesle batekin kontratu osoa edo partziala lortuko balu.

Salbuespena zuzena eta aplikagarria izan daiteke publizitateko hedapen-kontratuaren kasuan; izan ere, hedabideak gehienetan aurretik antolatuta dauzka espazio- eta denbora-unitateak bezero-zerrenda baten arabera, eta salbuespen horrek aukera ematen dio azken orduan beste bezeroen publizitatea tarte horietan sartzeko. Aberaste bidegabea ez gertatzea da arauaren xedea, kalteak benetan txikiak bailirateke.

Aitzitik, babesletza-kontratu batean ez dago hain argi horrelako kasua aurreikusi daitekeen, zeren babestuak beste babesle bat kontratatu izanak ez baitirudi arrazoi nahikoa bere eginkizuna bete ez duen babeslea dagokion erantzukizunaz salbuesteko; batez ere, *intuitus personae* izaerako kontratu baten aurrean bagaude, kasu horretan babestuak subjektu babeslearen ezaugarri eta inguruabarren arabera hitzartu baitu kontratua. Bestetik, babeslearen erantzukizuna salbuestea ere zalantzarik da, babestuak beste babesle batekin kontratu partziala egin badu. Horregatik, baliagarriago litzateke, babesleak ez-betetze osoa eginez gero dagokion kalte-galerak ordaintzeko aukera egotea. Baina PLOren 19.2 artikuluan ez da aukera hori aurreikusten.

7.9. *BARTERING KONTRATUA*

7.9.1. *Bartering-aren kontzeptu eta funtzioa*

Hedapen- eta publizitate-sistemetan gertatu den berrikuntzetarik handienetako bat da *bartering* kontratua deritzana⁷⁹. Publizitate-mezu komertzialak (egun-karietako iragarkiak, telebistako espotak, etab.) salgaitan ordaintzea dakar kontratazio modu horrek: zerbitzu hori, normalean, komunikazio-lan zehatz bat izaten da. *Bartering* kontratuak modu bat baino gehiago har baditzake ere, iragarki laburrak edo espotak ezartzeagatik irrati edo telebistako programa ekoiztea izan ohi da arruntena, eta lan hori hedabideari (irrati- edo telebista-kate bati) ematea hark dagoen bezala bere programazioan jar dezan.

Merkataritza-ikuspegi batetik begiratuta, barteringa errentagarria da bai hedabidearentzat bai iragarleentzat. Batzuek aisialdi- edo entretenimendu-programa horiek ekoizteak duen kostua aurreztuko dute, besteek kostu hori bere gain hartuko dute lortzen den publizitate-probetxuagatik. Iragarleari dagokionez, programa edo zinema-filma ekoizti eta emateko eginkizuna duenez, hobeto kontrola ditzake publizitate-espotak; esaterako, espotaren itxura aukeratzea dagokionez, espota noiz sartu behar den programan, eta abar. Hala, publizitatea elementu koordinatua da programaren baitan eta ez elementu arrotza.

Aipatzekoa da barteringaren beste berezitasun bat, «bartering estrategikoa»⁸⁰ deritzana: programa ikusten edo entzuten duen publikoaren parte-hartzeak salmenta-aurreikuspena handitzea ekar diezaioke enpresa iragarleari, enpresa iragarleak susta-

79. Pino Abad, M.: "El contrato de Bartering", *Derecho de los Negocios*, **69**, 7. urtea, 16.-22. or.

80. Pino Abad, M.: "El contrato de Bartering", *op. cit.*, 16. or.

turiko produktu eta zerbitzuak eskuratu behar baitituzte programa horietan parte hartzeko.

Programa horiek zabalduko dituzten hedabideei dagokienez, programa jakin baten ekoizpen-kostuak aurrezteaz gain (programa dagoeneko iragarleak ekoitzi baitu), programaren martxa ona edo txarraren erantzukizuna hedabideak eta enpresa ekoizleak elkarren artean banatuko dute.

Esan bezala, komunikazio-harreman horretatik ez dira abantailak soilik banatzen, eragozpenak ere bai; eragozpenak hedabidearen kasuan: bere programazioaren antolakuntzan autonomia galtzea, eta publizitateetik datozkion irabaziak galtzea, dagoeneko eginda dagoen programa baten ematetik baitator finantziazioa.

7.9.2. Parte hartzen duten subjektuak

Barterinean, bi modu bereiz daitezke parte hartzen duten subjektuen arabera. Lehenik, bartering arrunta: bi subjektu behar dira horretarako, programa ekoizteko eginkizuna duen enpresa eta hedatzeaz arduratuko den gizarte-mailako hedabidea. Kasu horretan, publizitatea daraman programa ekoitzi eta emateko arduraduna enpresa iragarlea da.

Aitzitik, enpresa iragarleak publizitate-agentzia bati programa ekoizteko mandatua ematea da ohikoena. Bartering modu konplexu horretan, hiru subjektuk hartzen dute parte, eta, haien artean, kontratu-harreman bikoitza sortzen da. Lehenik, enpresa iragarlearen eta publizitate-agentziaren artean sortzen da harremana; lehenak programaren ekoizpenaren ardura uzten dio bigarrenari, eta publizitate-sorkuntzako kontratu baten bidez zehaztu daiteke harreman hori; programa bera, publizitate-mezuak ezarrita daramatzanez, iragarlearen publizitate-kanpainaren zatitzat jo daiteke. Bestetik, publizitate-agentzia ezin da sartu enpresa iragarleak programari ateratzen dion etekin ekonomikoan⁸¹. Arlo horretan, interesgarria da erosketen banaguneen eginkizuna. Barteringarekin, iragarleen eta banagune horien arteko lankidetzak sortu da, erakunde horiek telebista ekoizpenaren alorrean sartu baitira.

Bigarrenik, enpresa iragarlearen eta programa zabaltzeko behar duen hedabidearen artean dagoen harremana dugu. Hedabideak enpresa iragarlearekin soilik izango ditu kontratu-harremanak; beraz, lehenbizikoari ez zaio axola bigarrenak nola lortu duen programa, horren kalitatea ona bada.

7.9.3. Erregimen juridiko aplikagarria

a. Publizitatea trukitzea

Doktrinaren⁸² arabera, bartering kontratuak trukitze-kontratuen izaera du (Kode Zibilaren 1.538. artikuluan definitzen da); kontratu mota horretan parte

81. Ikus, PLOren 23. artikulua.

82. Pino Abad, M.: "El contrato de Bartering", *op. cit.*, 17. or.

hartzen duen subjektu bakoitzak zerbait eman behar du beste zerbaiten ordainean. Trukatzearen esanahia bartering kontratura badaramagu, lehen begiratuan, argiak dira kontratu bien arteko antzekotasunak: enpresa iragarleak bere kontura ekoitzi edo ekoitzaraziko du hedabideari ematen dion programa, eta horrek, aldi berean, tarte bat gorde behar du iragarlearen publizitatea ezartzeko.

Horrenbestez, esan daiteke barteringa bi alderdiko kontratu sinalagmatikoa dela, alderdi bakoitzaren zerbitzuari bestearen zerbitzu bat baitagokio. Aipaturiko izaera hori dela-eta, alderdietako batek bere obligazioa beteko ez balu, beste alderdiari dagokio kontratua bertan behera utzi eta irtenbidea bilatzea, edo obligazioa betetzeko eskatzea. Hala ere, bartering kontratuan, enpresa iragarleak bete beharko du beti lehenik berari dagokion eginkizuna, hedabideak ezin izango baitu bete berari dagokiona programa ez bazaio jakinarazi. Hori dela-eta, enpresa iragarleak bere obligazioa beteko ez balu, ez-betetzearen salbuespenak ez luke zentzurik. Hala, hedabideak behartuta ikusiko du bere burua kontratuari irtenbidea bilatzeko eta, beharrezkoa balitz, kalte-galeren ordaina eskatzeko.

Onartzen bada salgaietan emaniko zerbitzuak trukatzeak bartering kontratua bereizten duela, eta hori arazorik gabe egokitzen dela trukatze-kontratura, salerosketa-kontratua (De la Cuesta, 2002: 330) izango da alderdi horien hitzarmen baliozkoak arautuko dituen erregimen legala. Ez da ahaztu behar bartering kontratuan programari atxikitako publizitateari dagokion diziiplina juridikoa publizitatearena berarena dela.

b. Publizitate-babesletza

Bartering kontratuarekin antzekotasun handien duena trukatze-kontratua den arren, ez dugu publizitateko babesletza-kontratua aiantzi behar, bietan ere iragarleak finantzatzen baitu programa bat hedabidean zabaltzea. Lehen begiratuan egia bada ere kontratu bien arteko antzekotasunak handiak direla, praktikan nola gauzatzen diren ikusita, elementu bereizleak ere badira. Parte hartzen duten subjektuei dagokienez, PLOn agertzen den moduan, bartering kontratuan, hedabidea da alderdietako bat; babesletza-kontratuan, berriz, kasu gehienetan, babestua ez da aritzen publizitatearen hedapenean modu antolatuan. Zerbitzuen edukiari dagokionez, babesletza-kontratuan, babeslea behartuta dago «laguntza ekonomiko» bat ematera babestuak publizitate-mailan lankidetzat eskaini dezan. Bartering kontratuan, berriz, programa ekoitzi duen enpresa behartuta dago dagoeneko eginda dagoen programa baten berri hedabideari ematera.

c. Publizitate-hedapenerako kontratua

Bartering kontratua esponsorizazio modu eboluzionatu edo aurreratutzat jo daiteke, baina, halaber, posible da publizitate-hedapenerako modutzat —benetan berezia— hartzea. Beharbada, bartering kontratuak antza handiagoa du publizitate-hedapenerako kontratuarekin babesletza-kontratuarekin baino, bi arrazoi direla eta. Batetik, kontratu modu bakoitzean enpresa iragarleak duen xedeagatik. Egia bada ere

kontratu bietan publizitatea hedatzea dela iragarlearen xedea, babesletza-kontratuan, babestuari laguntza ekonomikoa ematearren egiten du babesleak kontra-prestazioa, eta hortik probetxua ateratzen du. Barteringean, berriz, hedabideari laguntza emateko horrelako ziorik ez dago.

Bigarrenik, parte hartzen duten subjektuen antzekotasunagatik. Hala, barteringean zein hedapen-kontratuan, publizitatea zabaltzen duen hedabideak PLOren 10. artikulua baldintzak betetzen ditu; babesletza-kontratuan, oster, babestuak ez ditu ezaugarri horiek betetzen, bere aktibitate nagusia ez baita publizitatea hedatzea.

Barteringaren eta publizitateko hedapen-kontratuen arteko antzekotasun argiak badira ere, ezberdintasunak ere kontuan hartu behar dira, barteringaren berezitasunari egotz dakizkiokeenak gehienbat. Iragarleak obligaziotzat duen prestazioaren eduki ezberdina da elementu bereizlea. Publizitatearen hedapen-kontratuan, iragarleak ez du kontraprestazioa betetzen hedabideari publizitatea atxikia duen programa ekoitzi bat emanez, baizik eta aurretik tarifen bidez erabakitako diru kopuru bat emanez hedaturiko publizitatearen ordainean. Horrenbestez, ezberdintasun tipologikoen eragozten dute barteringa hedapen-kontratutzat hartzea, PLOn arautzen den moduan. Hala ere, horrek ez du eragozten PLOren 18. eta 19. artikuluen aplikazio analogiko bat egitea barteringarekin, zeren hedabide batean iragarlearen publizitatea hedatzeko xede bera baitute kontratu modu biek.

Hirugarren atala

Publizitate ez-zilegia

8. Lehiaketa desleialaren zuzenbidearen eraberritzea: klausula orokorraren interpretazioa

8.1. LEHIAKETA DESLEIALAREN ZUZENBIDEAREN ERABERRITZEA

Publizitatean eta merkataritzako mezuetan gertatzen diren jokaera desleialak, gaur egun, ez ditu Publizitatearen Lege Orokorrak zigortzen, baizik eta Lehiaketa Desleialaren Legeak (LDL). 29/2009 Legeak, abenduaren 30ekoak, Espainiako barne-araudira egokitu zuen 2005/29/CE Europako Legebiltzarrak eta Batzordeak eman zuten Zuzentaraua, enpresek kontsumitzaileekin gauzatzen dituzten merkataritzako jokaera desleialei buruzkoa. Aipatu dugun Lege horrek erabat eraberritu zuen Espainiako Lehiaketa Desleialaren erregulazioa eta, bide batez, berrantolatu zuen publizitatearen araudia⁸³. Izan ere, gaur egun, publizitate ez-zilegia, oro har, eta publizitatearen bidez burutzen diren jokaera desleialak 3/1991 Lehiaketa Desleialaren Legeak, urtarrilaren 10ekoak, zigortzen ditu (aurrerantzean LDL)⁸⁴.

Beraz, Lehiaketa Desleialaren Legeak Europako legegileak eman dituen urratsi jarraitu die, banaturik erregulatuta zeuden hainbat publizitate-jokaera araudi bakar batean elkartuz; besteak beste, hauek elkartu ditu: engainuzko publizitatea, publizitate konparatiboa, telebistan zein Interneten hedatzen den publizitatea edota hainbat produktu bereziren publizitatea (botikak, tabakoa) (Leñena eta Iráculis; 2010: 89).

Egungo eraberritzea suertatu arte Europatik eratorritako aldaketek izaera partziala zuten. Oraingoak, aldiz, Lehiaketaren Zuzenbidea osatu du eta egitura bakarra eman dio. Hau da, lehiaketa desleialaren arloan Europar Batasuneko harmonizazioa erabatekoa izan da. Hori dela-eta, estatu kideek ezin dituzte beren barne-araudietan arau zorrotzagoak edo hertsiagoak ezarri.

Era berean, 2005eko Zuzentaraua egokitzeak beste aldaketa esanguratsu bat ekarri du barne-araudira; izan ere, Espainiako lehiaren araudian ezezaguna zen banaketa subjektiboa sartu egin da Lehiaketa Desleialaren Legean. Hau da, alde batetik, enpresen eta enpresaburuen arteko jokaera desleialak erregulatzen dira, eta bestetik, kontsumitzaileekin enpresek burutzen dituzten jokaera desleialak.

83. 34/1988 Publizitatearen Lege Orokorra, azaroaren 11koa.

84. 29/2009 Legeak, abenduaren 30ekoak, 2006/114/CE Europako Legebiltzarrak eta Batzordeak engainuzko publizitateari eta publizitate konparatiboari buruzko araudia barne-ordenamendura egokitu zuen.

Horretaz gain, aurreratu dugun bezala, 29/2009 Legeak hainbat araudiren arteko gatazkak ere konpondu ditu, besteak beste, Publizitatearen Lege Orokorren eta Lehiaketa Desleialaren Legearen artean. Hau da, orain arte merkatuan eta merkataritzan izandako hainbat jokaera desleiali irtenbide bat emateko bi araudi horietara edo gehiagora jo behar zen, bietan jasotzen baitzen jokaera horien zigorra. Horrek araudien arteko nahasketa sortzen zuen. Egun, aldiz, jokaera horien erregulazioa eta sortzen dituzten arazoei aurre egiteko akzioak eta zigorrak arau bakarrean daude, Lehiaketa Desleialaren Legean hain zuzen. Beraz, legeen arteko gatazka gainditzeko prozedura asko erraztu da. Era berean, aipatu dugun 2009ko Legeak lege hauek ere aldarazi ditu: Merkataritza Xehekari Antolakuntza Legea, Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Testu Bateratua eta Publizitatearen Lege Orokorra (Leñena eta Iráculis, 2010: 91).

29/2009 Legearen eragina aurreikusiz, hau esan dezakegu: merkatuan publizitatearen bidez eman daitezkeen jokaera desleialak, hemendik aurrera, jokaera desleialen kontzeptu orokorragoaren barnean jasoko dira. Lehiaketa Desleialaren Legearen 1. artikulua hori aurreikusten du bere helburua zehazten duenean: «Lege honek merkatuan parte hartu ohi duten guztien babesa du helburu, bai lehiaketa desleialaren aurka, baita Publizitatearen Lege Orokorra jasotzen dituen jokaera bidegabeen aurka ere».

Beraz, orain arte Lehiaketa Desleialaren Legeak eta Publizitatearen Lege Orokorra egitate juridiko berberak zedarritzen bazituzten ere, maiz egoera hori ziurtasun juridikotik aldentuz, egun, arazo hori gainditu egin da eta publizitate desleiala Lehiaketa Desleialaren Legeak soilik zigortuko du: «Publizitate ez-zilegia desleiala izango da» (LDL 18. artikulua).

8.1.1. Publizitatearen Lege Orokorren eraberritzea

29/2009 Legeak, esan dugun bezala, bi aldaketa esanguratsu eragin ditu publizitatearen ohiko araudian. Batetik, publizitatearen araudiaren eduki-aldaketa (sustantiboa), eta bestetik, publizitate ez-zilegiaren akzioak ezabatzea.

Eduki-aldaketari dagokionez, Publizitatearen Lege Orokorra ez ditu arautuko Lehiaketa Desleialaren Legeak erregulatzen dituen jokaera desleialak. Hau da, engainuzko publizitatea, publizitate iraingarria, publizitate nahasgarria, publizitate itsatsia edo publizitate konparatiboa. Helburu horrekin Publizitatearen Lege Orokorren 3.e artikulua igorpen zuzena egiten du Lehiaketa Desleialaren Legea.

Hala ere, kontsumo-arloari ez doazkion jokaera ez-zilegiak Publizitatearen Lege Orokorra soilik zigortuko ditu. Hau da, pertsonen interes ekonomikoak ez diren gainerako eskubideak urratzen dituzten jokaerak publizitate-araudiak arautuko ditu. Eskubide horiek hauek dira: pertsonaren duintasuna, osasuna eta Konstituzioan babestutako balio eta eskubideak, bereziki, umeei eta emakumeari dagozkienak.

Aurreratu den bezala, bigarren aldaketa garrantzitsua hau da: Publizitatearen Lege Orokorrean zeuden publizitate ez-zilegiaren aurkako akzioak ezabatzea. Horiek, egun, Lehiaketa Desleialaren Legearen 32.1 artikuluan jasotzen dira soilik. Prezeptu horretan espresuki jasotzen da akzio horiek publizitate ez-zilegiaren kasuetan ere aurkaratu daitezkeela. Sistematizazio hori dela-eta, Publizitatearen Lege Orokorren 6.1 artikulua igorpen zuzena egiten du Lehiaketa Desleialaren Legea. Aldaketa horrekin batera, orain arte prozesuari zegokion arazorik garrantzitsuenetako bat desagertu egiten da. Izan ere, publizitatearen bidez gauzatzen zen jokaera desleial baten aurrean zegoen zailtasuna (bikoiztasuna), hau da, publizitate-akzioa edo lehiaketa desleialaren akzioa aukeratzeko aukera, egun, desagertu egin da eta izaera bakarreko akzioak aurkaratuko ditugu. Horretaz gain, prozesuari buruzko hainbat betekizun (legitimazio aktiboa, pasiboa, preskripzio-epeak) batu egin dira, prozesua bera erraztuz (Leñena eta Iráculis, 2010: 91).

8.1.2. Lehiaketa Desleialaren Legearen eraberritzea

Aipatu ditugun aldaketez gain, 29/2009 Legeak 3/1991 Lehiaketa Desleialaren Legearen erreforma garrantzitsu bat ekarri zuen ikuspegi subjektibotik. Hau da, lehiaketa desleialaren zuzenbidearen babesa bi taldetan banatuta geratu da. Batetik, jokaera desleialen aurkako babes orokorra, kontuan hartu gabe jokaera horietako hartzaileak, eta bestetik, jokaera desleialen aurkako babesa, jokaera horietako hartzaileak kontsumitzaileak eta erabiltzaileak direnean.

Doktrinak gaitzetsi egin du banaketa hori, zeren Espainiako ordenamendu juridikoaren sistema bakarra desegin egin baitu. Hau da, jokaera desleialen aurkako babesa jokaera horien hartzaileen izaeraren menpe gelditzen da. Horrek esan nahi du, babes juridikoa bitan banatu egin dela eta arau desberdina erregulatuko duela merkataritzako jokaeraren hartzailea kontsumitzailea denean, edo hartzailea beste lehiakide bat denean. Horren ondorioz, aurreko sistemak jasotzen eta babesten zituen interes orokorrak (bai kontsumitzaile ororenak bai lehiakideenak) zatiturik gelditu dira. Halaber, aipatu den banaketak baldintzatu egin du sistemak zuen hedapen zabala eta aberastasuna. Bestalde, legegileak bultzatu duen lehiaketa desleialaren banaketa kritikatu ere izan da, hainbat jokaerak (engainuzkoak, engainuzko omisioak eta jokaera erasotzaileak) duten erregulazio bikoitza dela-eta.

Zehaztu dezagun adituek kritikatu duten egoera. Lehiaketa Desleialaren Legeak izaera orokorra duten jokaera desleialak erregulatzen ditu, kontuan hartu gabe jokaera horien hartzailea nor den (kontsumitzailea edo beste lehiakide bat). Jokaera horiek, besteak beste, hauek dira: engainuzko jokaerak (LDL 5. artikulua), engainuzko omisioak (LDL 7. artikulua) eta jokaera erasotzaileak (LDL 8. artikulua). Horretaz gain, Legeak aurreko jokaera horiei izaera ez-zilegi berezia egotzen die jokaera horien hartzailea kontsumitzaileak eta erabiltzaileak direnean soilik (LDL 19. artikulua).

Gainera, Lehiaketa Desleialaren Legeak kontsumitzaileen aurka gauzatu daitezkeen engainuzko jokaerak, omisioak eta jokaera erasotzaile orokorrak jasotzen ditu. Horien segidan, Legeak zerrenda luze batean jasotzen ditu enpresaburuek eta profesionalak kontsumitzaile eta erabiltzaileekin bakarrik gauzatu ditzaketen engainuzko jokaerak eta jokaera erasotzaileak. Jokaera horiek *per se* erasotzaileak dira (LDL 21. artikulutik 31. artikulura).

Lehiaketa desleialaren sistema bikoitza berri honek, dena dela, arazo bat sortzen du. Izan ere, kontsumitzaileen aurkako jokaera desleialen aurrean, Legea ezin da zuzenean aplikatu, hartzaileak, enpresaburuak edo profesionalak diren kasuetan bezala, baizik eta lehendabizi jokaera horien izaera zehatza aztertu behar da, prozedura konplexu bati jarraituz, eta horren ondorioz, jakingo da kontsumitzaileen aurkako jokaera desleiala den edo aipatu dugun «zerrenda beltz» horretako jokaerak diren (jokaera desleialak *per se*).

Hala eta guztiz ere, jokaera desleialen erregulazio banatuak (kontsumitzaileen aurkakoa edo beste lehiakideen aurkakoa) ez dauka eraginik lehiaketa desleialaren aurkako akzioen legitimazioari dagokionez, Legeak ez baitu akzioak aurkaratzeko legitimazioa bi subjektu desberdin horien artean banatzen.

Esandako guztia kontuan hartuz, esan daiteke jokaera desleialen hartzaileen arteko banaketak (kontsumitzaileak zein lehiakideak) 1/2007 Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Legearen Testu Bateratua, azaroaren 16koa (aurrerantzean KEBTB), eraldatu egin duela, eta horren ondorioz, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen aurka gauzatu daitezkeen jokaera desleialak Kontsumo Zuzenbideak zigortuko ditu hemendik aurrera (47.3 artikulua eta 49.1 artikularen 1. paragrafoa).

8.2. JOKAERA DESLEIALEN KLAUSULA OROKORRA

8.2.1. 2005/29 Zuzentarauaren klausula orokorra

Lehiaketa desleialaren sistemaren eraberritzeak jokaera desleialen klausula orokorra aldatzea ere ekarri du. Europako araudiari begiratuz gero, honekin erreparatuko dugu: Jokaera Desleialen 2005/29 Zuzentarauak jasotzen dituen jokaera desleialak [engainuzko jokaera desleialak, jokaera erasotzaileak eta jokaera desleialak *per se* («zerrenda beltza»)] erregulatzeaz gain, enpresaburuek kontsumitzaileekin gauzatzen dituzten jokaera desleialak zigortzeko klausula orokor bat ere jasotzen duela.

Klausula orokor horrek lehiaketa desleialaren aurkako babes-sistema zedarritu egiten du (Zuzentarauaren 5.2 artikulua): «Jokaera bat desleiala izango da: a) profesioaren ardurak eskatzen dituen betekizunen aurka badoa, eta b) kontsumitzailearen portaera ekonomikoa produktuarekiko eraldatzen badu edo eraldatzerik badu. Portaera ekonomikoa zehazteko, aintzat hartuko da kontsumitzaile

ertaina, ez zorrotzena ezta arinena ere. Merkataritzako jokaera xede-talde jakin batera zuzenduta badago, kontsumitzailea talde horretako subjektu ertaina izango da».

Zuzentarauak profesioaren ardura honela definitzen du: «Merkatariak dituen edo izan beharko lituzkeen gaitasunak eta ardura bereziak kontsumitzaileekin dituen harremanetan, betiere merkatuko jokaera zintzoen edo merkataria jarduten duen alorreko fede onaren arabera».

Beraz, Europako arauak profesioaren ardura portaera-arau egin du ekonomia-eragile eta kontsumitzaileen artean. Era berean, profesioaren ardura zedarritzeko bi irizpide eman ditu. Batetik, jokaera zintzoak, eta bestetik, merkatuko fede onaren printzipio orokorra. Bi irizpide horiek ontzat har daitezke; izan ere, biak Europako lurralde gehienetako ordenamendu juridikoan daude. Merkataritzako jokaera zintzoen kontzeptua Pariseko Elkarteko Itunaren bidez barneratu zen Europako lurralde gehienetara, eta fede onaren printzipioa, berriz, Europako lurralderik aurreratuenek⁸⁵ erabili dute lehiaketa desleialaren klausula orokorra zedarritzeko.

Europatik etorri zaizkigun irizpide bi horiek lagundu egin dute jokaera baten leialtasuna ahalik eta objektiboan mugatzeko. Horrela, ekidin egiten da leialtasunaren kontzeptua egile baten intentzioaren arabera zehaztea edo arlo bateko eragileen ohituren arabera zedarritzea. Hau da, jokaera bat ez da leiala izango merkataritzako eragileek onartzen dutelako⁸⁶, baizik eta aipatu ditugun irizpide bi horien arabera.

8.2.2. Klausula orokorraren eraberritzea

2005 Zuzentarauaren Zio Azalpenak Europako lurralde guztietako klausula orokorrak berdindu asmo zituen, denek printzipio berberak izan zitzaten. Horrek Espainiako legegilea bultzatu zuen aurreko klausula orokorrari paragrafo berri bat eranstera, zeinaren bidez jokaera desleialak zigortzen dituen, enpresaburuek kontsumitzaileekin harremanak dituztenean. Beraz, Lehiaketa Desleialaren Legeak klausula orokorra 4. artikuluan jasotzen du, lehenengo paragrafoan, enpresaburuen arteko harremanetan gertatzen diren jokaera desleialen lege-haustea, eta 4.1 artikulua bigarren paragrafoan, aldiz, jokaera desleialen lege-haustea, baina enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan soilik.

Edonola ere, Espainiako legegileak Zuzentarauaren klausula orokorra barne-araudira egokitu zuenean ez zuen Europako arauak erabilitako fede onaren printzipioaren interpretazio berbera erabili. Hau da, Zuzentarauak enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten jokaeren leialtasuna fede onaren printzipioan oinarritu zuen, printzipio horren eragina zabalagoa izanik Espainian baino. Hau da, Lehiaketa Desleialaren Legearen 4.1 artikulua bigarren paragrafoak merkataritzako jokaeren leialtasuna fede onaren printzipioan oinarritu arren, fede ona profesioaren

85. Suitza eta Espainia

86. Zuzentarauaren Proiektuaren Zio Azalpenak ontzat ematen zuen *product placement* delakoa, arlo bateko eragileek onartuz gero.

ardurarekin identifikatzen du bakarrik. Horren eragina, beraz, murriztagoa da, Europako arauak fede onaren printzipioari ematen diona baino.

8.2.3. Klausula orokorraren interpretazioa

8.2.3.1. Klausularen banaketa

Aipatu dugun bezala, Lehiaketa Desleialaren Legearen 4. artikulua jasotzen du klausula orokorra eta arau horretan definitzen du merkatuko jokaera desleiala baten izaera: «Jokaera bat desleiala izango da, merkatuko jokaerak fede on objektiboaren printzipioa urratzen duenean. Enpresaburuek edo profesionalak kontsumitzaileekin harremanak dituztenean, fede onaren printzipioa profesioaren ardurarekin identifikatzen da, eta hau bat dator enpresaburuek edo profesionalak dituzten edo izan beharko lituzketen gaitasun eta ardura bereziekin, merkataritzako jokaera zintzoen arabera».

Beraz, enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, merkataritzako jokaera bat desleiala izango da baldin eta profesioaren ardura urratzen badu, betiere kontsumitzaileen portaera ekonomikoa produktuarekiko eraldatuz edo eraldaraziz. Portaera ekonomikoa zehazteko, aintzat hartuko da batez besteko kontsumitzailea, ez zorrotzena ezta arinena ere. Era berean, merkataritzako jokaera xede-talde jakin batera zuzenduta baldin badago, kontsumitzailea talde horretako subjektu ertaina izango da.

Aurreratu dugun bezala, Espainiako legegileak Europako 2005eko Zuzentarauaren banaketa berbera jaso du Lehiaketa Desleialaren Legearen 4.1 artikulua horretan. Batetik, jokaera bat desleiala izango da, eskuarki, merkatuko fede onaren printzipioaren aurka egiten badu. Eta bestetik, enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, jokaera horrek profesioaren arduraren aurka egiten duenean. Beraz, 4.1 artikulua azpiklausula bi dituela esan dezakegu, eta bakoitza aplikatuko da merkataritzako jokaerak eragiten duen hartzailearen arabera. Klausula horren banaketak eskatuko du, araua aplikatu baino lehen, jokaeraren hartzailea beste lehiakide bat edo kontsumitzaile bat den zehaztea. Zehaztapenak izan ditzake bere zailtasunak. Izan ere, batzuetan kontsumo-produktuen publizitatea hedatzen da izaera profesionala duten aldizkari espezializatuetan (adibidez, sendagileen aldizkarietan). Horrelakoetan, garbi dago merkataritzako mezu hori ez dagoela zuzenduta profesionali, medikuak diren neurrian, baizik eta kontsumitzaileak diren neurrian zuzenduko zaie, nahiz eta publizitatearen hedapena aldizkari espezializatu horretan hedatu. Hori dela-eta, araua interpretatu baino lehen, garrantzitsua izango da zehaztea kontsumo produktu batekiko edo bereziki enpresaburuentzat zuzendutako produktu batekiko jokaeraz ari garen. Era berean, merkataritzako jokaera hedatzeko erabili diren hedabide orokorrak edo espezializatuak zehaztea lagungarri izango da, jakiteko Lehiaketa Desleialaren Legearen 4.1 artikulua lehenengo paragrafoa edo bigarrena egoki zaion (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 68).

8.2.3.2. Benetako araua (arau substantiboa): objektiboa eta arrisku-araua

Klausula orokorraren bigarren ezaugarria hau da: benetako arau baten izaera du, nahiz eta egitatea erregulatzeke mugagabeko kontzeptu juridikoak erabili. Legeak jasotzen du jokaera ez-zilegi horren zigorra objektiboki eta arrisku-arau bezala. Arau objektiboa izateak esan nahi du ez dela aintzat hartuko jokaera ez-zilegi baten egilearen errua (doloa). Hau da, ez da kontuan hartuko egileak kaltea egiteko intentziorik duen edo ez. Jokaera aztertzeke unean, ikusiko da fede ona printzipioaren betekizunen aurka doan eta ez egileak propio gauzatu duen jokaera ez-zilegia.

Arrisku-araua izateak, berriz, esan nahi du zigortuko duela ez bakarrik jokaerak benetako kaltea sortu izana, baizik eta jokaerak kaltea sor dezakeenean ere bai. Beraz, arauak aurreratu egiten ditu kaltearen ondorioak eta merkataritzako jokaerak kalteak sor ditzaketenean ere, jokaera ez-zilegizat hartuko dira. Hausnarketa bat dator Lehiaketa Desleialaren Legearen 4. artikularen lehenengo paragrafoaren interpretazioarekin. Izan ere, jokaera ez-zilegia izango da fede on objektiboaren betekizunekin bat ez datorrenean. Artikulu horren bigarren paragrafoaren interpretazio bera egin dezakegu, esaten duenean jokaera ez-zilegia izango dela kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatzen duenean edo alda dezakeenean.

8.2.3.3. Lehiaketa desleialaren aurkako sistemaren itxiera-klausula

Legegileak, klausula orokor hau barne-araudian jasotzean, epaileei tresna juridiko ezin hobe eman zien, orain ezagutzen ez ditugun jokaera desleialak baina aurrerantzean sor daitezkeenak zigortzeko. Izan ere, arauaren aurkezpena mugagabeko kontzeptu juridikoez osatuta dago. Eraketa horrek erraztu egiten du Lehiaketa Desleialaren Legearen artikuluetan egokitzerik ez duten jokaera desleialak 4.1 artikularen arabera zigortzeko, betiere jokaera horiek izaera desleiala badute.

Dena den, 4.1 artikularen klausula orokorra ezin da erabili Lehiaketa Desleialaren Legean zehazki araututa dauden jokaerak zigortzeko (LDL 5. artikulutik 18. artikulura). Jokaera bat araututa baldin badago, ez dago zigortzerik klausula orokor horren arabera, ezta erabiltzen denean izaera ez-zilegia duela berresteko ere.

Aipatu duguna neurrikoa izan arren, horrek ez du esan nahi klausula orokorraren (LDL 4.1 artikulua) eta jokaera desleialak jasotzen dituzten arau zehatzen (LDL 5. artikulutik 18. artikulura) artean harremanik egon behar ez duenik. Hau da, arau zehatzek irizpide garrantzitsuak ematen dituzte jokaera baten izaera ez-zilegia zedarritzeko. Beraz, behin baino gehiagotan jokaera baten izaera ez-zilegia interpretatzeko beharko da araudi espezifikoko horren irizpideen laguntza.

8.2.3.4. Interpretazio-irizpideak

Lehen esan dugun bezala, lehiaketa desleialaren aurkako arau orokorra (LDL 4.1 artikulua) bitan banatuta dago jokaera horren hartzailearen arabera. Banaketa hori aintzat hartuta, garatuko ditugu arauaren interpretazio-irizpideak:

a) Jokaera bat desleiala da fede on objektiboaren printzipioaren aurka badoa (LDL 4.1 artikulua, lehenengo paragrafoa)

Paragrafo honek ez du zehazten nori dago zuzenduta, baina bigarren paragrafoak garbi uzten duenez kontsumitzailea dela arauaren jasotzaile bakarra, esan dezakegu arauaren lehenengo paragrafo honen hartzailea kontsumitzaile ez den edonor izango dela. Hau da, bai pertsona fisikoak bai pertsona juridikoak.

Hala ere, azken horri buruzko zehaztapen bat egitea egokitzen zaigu. Pertsona juridikoak enpresaburuak izango dira. Beraz, kasu honetan ez dago arazorik. Baina pertsona fisikoak, aldiz, beti ez dira enpresaburu. Hori dela-eta, kasu honetan beste zehaztapen bat egin behar da. Pertsona fisikoa arau honen lehenengo paragrafoaren hartzaile izango da, baldin eta jarduera profesionala edo enpresa-jarduera gauzatzen badu, bestela kontsumitzaile soila izango da.

Ondorio horretara iritsi gara Jokaera Desleialen 2005eko Zuzentarauak eman zuen kontsumitzaile kontzeptuari jarraituz. Izan ere, Europako arau horrek kontsumitzaile kontzeptua eman zuen: kontsumitzailea da jarduera ekonomikorik edo jarduera profesionalik garatzen ez duen oro. Beraz, horrelako jarduera burutzen duen oro ez da kontsumitzailea izango eta Lehiaketa Desleialaren Legearen 4.1. arauaren lehenengo paragrafoaren hartzaile izango da.

Klausula orokorrak mugagabeko kontzeptu juridiko bat erabiltzen du: «Jokaera bat desleiala da, fede on objektiboaren aurka egiten badu». Kontzeptu mugagabe horrek babesten ditu merkataritzako jokaeretan nahasten diren interes guztiak: enpresaburu eta lehiakideen norbanakoen interesak, kontsumitzaileen interes kolektiboak eta interes orokorra.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 1. artikulua merkaturan parte hartzen duten ororen interesak babestea du helburu. Aurreikuspen horretatik ondoriozta dezakegu arau horren helburu nagusia ekonomian lehiaketa babestea dela. Beraz, aipatu ditugun interes horien artean gatazkarik baldin badago, interes orokorra gailenduko da besteen gainean, eta, aurreratu dugun bezala, interes orokorra bat etorriko da lehiaketa ekonomikoa babestearekin.

Gaur egun, doktrina ados dago lehiaketa ekonomikoa bat datorrela prestazioen lehiarekin edo eragileen ahaleginekin (*Leistungswettbewerb*) (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 76-78)⁸⁷. Hori aintzat hartuz, klausula orokorra aplikatzerakoan aipatu ditugun interes horiek guztiak aztertuko ditugu eta erabakiko dugu horietako zein datorren bat indarrean dagoen eredu ekonomikoarekin (prestazioen lehiarekin edo eragileek egindako esfortzuarekin).

Dena den, eredu ekonomiko horren babesa merkatuko ekonomia sozialaren sistemarekin erlazionatu behar da. Izan ere, prestazioetan oinarritutako ereduak Konstituzioan babestutako balio eta printzipioak bete behar ditu eta balio horien

87. Aritu horiek gogoratzen dute Nipperdey (1930) izan zela kontzeptuaren sortzailea.

babesa irizpide garrantzitsu bat izan daiteke merkataritzako jokaera bat desleiala den zehazteko, nahiz eta jokaera hori bat etorri prestazioetan oinarritutako eredu ekonomikoarekin.

Lehiaketa Desleialaren Legeak hori lortu du publizitate ez-zilegia jokaera desleialtzat izendatzearekin eta Konstituzioan babestutako pertsonaren duintasunaren edo pertsonaren eskubide eta balioen kontrako kategoria bezala sailkatzearekin (Publizitatearen Lege Orokorra 3.a artikulua). Beraz publizitate ez-zilegia merkataritzako jokaera desleiala izan daiteke, prestazioen eredu ekonomikoarekin bat etorri arren, adierazpen-askatasuna edo Informazio Zuzenbideak babesten dituen eskubideak urratuz gero (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 79-80).

b) Enpresaburuek eta profesionalek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, jokaera bat desleiala da, profesioaren arduraren aurka baldin badao (LDL 4.1 artikulua, bigarren paragrafoa)

Beraz, enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, merkataritzako jokaera bat desleiala izango da, profesioaren ardura urratzen badu, betiere kontsumitzaileen portaera ekonomikoa produktuarekiko eraldatuz edo eraldaraziz. Portaera ekonomikoa zehazteko, aintzat hartuko da batez besteko kontsumitzailea, ez zorrotzena ezta arinena ere. Era berean, merkataritzako jokaera xede-talde jakin batera zuzenduta baldin badago, kontsumitzailea talde horretako subjektu ertaina izango da.

Lehiaketa Desleialaren Legeak kontsumitzailearen kontzeptua jasotzen ez duenez, 2005 Zuzentarauaren definiziora jo beharko dugu (2.a artikulua): «Kontsumitzailea, edozein pertsona fisiko da, baldin eta jarduera ekonomikorik, negozioarik edo jarduera profesionalik gauzatzen ez badu». Hori dela-eta, klausula orokorraren bigarren paragrafoak aintzat hartuko dituen merkataritzako jokaerek kontsumitzaileak eta erabiltzaileak behar dituzte hartzaile eduki. Gainerakoak, enpresaburuak edo profesionalak hartzaile dituztenak, Lehiaketa Desleiala Legearen 4.1 lehenengo paragrafoak erregulatuko ditu.

Arauaren bigarren paragrafo horrek, beraz, bi eskakizun jasotzen ditu merkataritzako jokaera desleiala izan dadin. Batetik, fede on objektiboaren aurka behar du izan, eta bigarrenik, kontsumitzaileen portaera ekonomikoa, era esanguratsu batean, aldatu edo aldarazi behar du (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 82).

b.1. Lehenengo eskakizuna: enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, merkataritzako jokaera desleiala izango da baldin eta fede on objektiboaren aurkakoa bada.

Arauak profesioaren ardura honela definitzen du: «Enpresaburuak dituen edo izan beharko lituzkeen gaitasunak eta ardura bereziak, kontsumitzaileekin dituen harremanetan, betiere merkataritzako jokaera zintzoen arabera» (LDL 4.1 bigarren

paragrafoa). Adierazpen honek zehaztu egiten du ezin dela onartu merkataritzako jokaera bat, eragile ekonomikoek erabili ohi dutelako soilik. Hau da, jokaera bat ez da leiala izango merkataritzako eragileek onartzen dutelako⁸⁸, baizik eta aipatu ditugun eskakizun bi horiek betetzen dituelako.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 1. artikulua merkaturan parte hartzen duten ororen interesak babestea du helburu. Aurreikuspen horretatik ondorioztatu dugu arau horren helburu nagusia ekonomiaren lehiaketa babestea dela. Beraz, merkaturako interes guztien artean (lehiakideen, kontsumitzaileen eta sistema ekonomikoaren interes orokorren artean) gatazkarik baldin badago, interes orokorra gailenduko da besteen gainean eta, aurreratu dugun bezala, interes orokorra bat etorriko da ekonomikoaren lehiaketa babestearekin. Hori horrela izanik, pentsa genezake klausula orokorraren (LDL 4.1) bigarren paragrafoak babesten dituen kontsumitzaileen interesak bat ez datozela sistema ekonomikoaren babes orokorrarekin (LDL 1. artikulua), baina ez da horrela. Izan ere, eredu ekonomikoa babesteak eskatzen du kontsumitzaileek duten erabakitze ahalmena ez murriztea edo ez mugatzea. Horrek esan nahi du kontsumitzaileen erabakitze ahalmena mugatzen duen merkataritzako jokaera bat gauzatzen denean, zuzenean horien interesak urratzeaz gain, eredu ekonomikoarenak ere baldintzatzen direla (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 85).

b.2. Bigarren eskakizuna: enpresaburuek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan, merkataritzako jokaera desleiala izateko haien portaera ekonomikoa, era esanguratsu batean, aldatu edo aldarazi behar du.

Eskakizun honen arabera, merkataritzako jokaera desleialtzat hartzeko nahikoa da gaitasuna izatea kontsumitzaile baten portaera ekonomikoa aldarazteko, era esanguratsu batean. Beraz, merkataritzako jokaera desleialari ez dago eskatzerik portaera ekonomikoa aldatu izana, nahikoa da aldatzeko gaitasuna izatea.

Aurrekoa aintzat hartuz, zehaztu behar den hurrengo gaia hau da: zer esan nahi duen portaera ekonomikoa era esanguratsu batean aldatzeak edo aldarazteak. Horretarako, lehenik eta behin, Legeak kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatzeaz edo aldarazteaz ematen duen definizioa hartuko dugu kontuan. Definizioa hau da: «Merkataritzako jokaera batek batez besteko kontsumitzaile baten portaera ekonomikoa aldatuko du edo aldaraziko du, kontsumitzailearen erabakitze gaitasuna, era hautemangarri batean, murrizten badu, eta horren ondorioz, erabaki ekonomiko bat hartzen badu, hartuko ez zuena jokaera hori gauzatu izan ez balitz» (LDL 4.1 *in fine* artikulua).

Era berean, Legeak, artikulua berean, zehaztu egiten du kontsumitzaileen portaera ekonomikoaren aldaketa: «Erabaki oro izango da zeinaren bidez kontsumitzaileak aukeratuko duen jardutea edo ez jardutea ondoko gaien inguruan: a) eskaintza edo eskaintzaile bati dagokionez; b) zerbitzu baten kontratazioari dagokionez, edo

88. Zuzentarauaren Proiektuaren Zio Azalpenak ontzat ematen zuen *product placement* delakoa arlo bateko eragileek onartzeko gero.

kontratuaren formari eta ordainketari dagokienez; c) salneurriari dagokionez (osoa edo partziala egitea) edo beste ordainketa formari dagokionez; d) ondasunaren edo zerbitzuaren zaintzari dagokionez; e) gainerako ondasun eta zerbitzuekiko kontratueskubideak gauzatzeari dagokionez».

Legegileak eman duen zehaztapen horren arabera, merkataritzako jokaera desleial batek kontsumitzailearen portaera ekonomikoaren aldaketaren atalase-maila gaindituko du, ez bakarrik kontsumitzaileak erosteko erabakia hartzen duenean edo kontratutik eratorritako eskubide eta obligazioen inguruan erabakiak hartzen dituenean, baizik eta merkataritzako jokaera horren ondorioz kontsumitzaileak bere lehentasunak aldatu egiten dituenean, aurretik eginak zituen aukera batzuk baztertuz. Demagun, merkataritzako jokaerak enpresaren irudia hobetzea duela helburu eta horretarako erabiltzen duela lortu ez duen konfiantzazko zeinu bereizle bat bere publizitatean, edo esaten duela jokaera oneko kode bati atxiki egin zaiola benetan hori egin gabe. Kasu bi horietan, jokaera ez-zilegi horien ondorio zuzenak ez dira ondasun edo zerbitzuen kontratazioari dagozkionak, baizik eta kontsumitzaileek enpresa horrekiko aldatuko duten jarrerari dagozkionak. Beraz, merkataritzako jokaera batek kontsumitzailea badarama ondasun jakin bati buruz galdetzeraz edo informazioa jasotzeraz, nahikoa da esateko jokaera horrek kontsumitzailearen interesa suspertu duela eta portaera ekonomikoari buruzko atalase-maila gainditu duela (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 88, 90-91).

Aitzitik, jokaerak kontsumitzailearen portaera ekonomikoa aldatzen ez badu erostera bultzatuz, kontratuaren eskubide eta obligazioak beteaz, edo eskatzen den maila esanguratsu hori lortzen ez badu kontsumitzailea bultzatuz produktuaz galdetzeraz, ez dugu desleialtza hartuko haren eraginkortasun-maila ez baita nabarmena. Jokaera hauen adibideak dira telefonoa, fax edo posta elektronikoaren bidez egiten den publizitatea, etengabe egiten ez denean. Legeak jokaera desleiala izateko eskatzen du etengabekoa edo iraunkorra behar duela izan (LDL 29. artikulua)⁸⁹.

Edonola ere, merkataritzako jokaerari eskatzen zaion eraginkortasun-maila kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatzeko ez da oso altua. Izan ere, Legeak berak jasotzen dituen jokaera desleialen artean oso eraginkortasun-maila apala dutenak ere jasotzen ditu. Adibidez, desleialtza jotzen du Europar Batasuneko merkataria batek ondasun bat saltzen duenean, hizkuntza jakin bat erabiliz, eta erosleari jakinarazten ez dionean salmenta osteko zerbitzua beste hizkuntza batean jasoko duela soilik (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 93).

c) Batez besteko kontsumitzailea

Merkataritzako jokaeraren eraginkortasuna, kontsumitzailearen portaera ekonomikoarekiko baloratzeko unean, batez besteko kontsumitzailearen portaera ekonomikoarekiko aztertu beharko da.

89. Berdin publizitatean gertatzen den hanpatzearen ondorioekin (gehiegikeriekin), hartzaileek sinesten ez dituztenez, ez dituzte aintzat hartzen eta ez da haien portaera ekonomikoa aldatzen.

Hori dela-eta, batez besteko kontsumitzaileaz ari garenean, kontuan hartu behar-ko dugu merkataritzako jokaera hori publiko orokorrari, publiko espezializatuari edo ahula den publikoari zuzenduta dagoen. Horixe jasotzen du Lehiaketa Desleialaren Legeak, 4.1 artikuluan, esaten duenean jokaera batek batez besteko kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatu behar duela era esanguratsu batean edo jokaera horren xede-taldearen batez besteko hartzailearen portaera ekonomikoa aldatu behar duela.

Batez besteko kontsumitzailea edo xede-taldearen batez besteko hartzailea finkatutakoan, batez besteko kontsumitzaileak dituen berezitasunak edo ezaugarriak zehaztu behar dira. Hori zedarritzeko aintzat hartuko dugu bai Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak zehazten duena, bai 29/2009 Legearen Zioen Azalpenean jasotzen dena: «Batez besteko kontsumitzailea izango da normal informatuta dagoena, arreta egokia jartzen duena eta adi egon ohi dena». Hitz batez, ez zorrotzena ezta arinena ere. Izan ere, ezin da batez besteko kontsumitzailetzat hartu jokaera horien hartzailearik sineskorrenak, aldakorrenak edo formazio eta informazio eskasa dutenak.

Kontsumitzaile ertaina zehazteko aurrekoa aintzat hartzeaz gain, bai 2005eko Zuzentarauak bai 29/2009 Legeak aurreikusi zuten beste irizpidea ere hartu behar da kontuan. Hau da, lurralde bakoitzeko auzitegiek, batez besteko kontsumitzailea zehazteko, Europako Justizia Auzitegiak esandakoari jarraituko diote baina beren irizpide propioak erabiliz. Ildo horretatik jarraituz, esan beharra dago Europako Auzitegia ikerketa demoskopikoen alde atera bada ere, merkataritzako jokaera baten aurrean kontsumitzaileen erreakzioa ezagutzeko, bultzatu egin duela epaileek azterketa-jokaera aztertzea berezko duten ezagutza eta eskarmentuen arabera.

d) Kontsumitzaileen talde ahulak (kalteberak)

Batez besteko kontsumitzailearen ezaugarriak zehazterakoan, Lehiaketa Desleialaren Legeak beste salbuespen bat aurreikusten du (4.3 artikulua). Izan ere, enpresaburuek kontsumitzaile eta erabiltzaile arruntei zuzendutako merkataritzako jokaeren artean, zentzuz aurreikusten badute jokaerak kaltetu dezakeela kontsumitzaile edo erabiltzaile talde identifikagarri ahul (kaltebera) baten portaera ekonomikoa, ezgaituak, adingabeak edo sineskorak direlako jokaera horiekiko edo eskaintzen den produktu eta zerbitzuekiko, talde horretako batez besteko kontsumitzailea hartuko dute aintzat jokaera horren eraginkortasuna aztertzeke garaian, eta ez batez besteko kontsumitzailea edo kontsumitzaile arrunta.

Honen inguruan zehaztu beharra dago merkataritzako jokaera publiko orokorrari egongo dela zuzenduta eta ez kontsumitzaile talde ahul edo kaltebera bati. Era berean, Espainiako legegileak hainbat egoera jaso ditu lagungarri izango direnak kontsumitzaile- edo erabiltzaile-talde ahul hori identifikatzeko. Hauek dira: ezgaituen taldeak, adingabeenak, ulermen eskasekoak edo sineskorregiak direnenak. Katalogo itxia edo *numerus clausus* dela esan genezake, ez baita erraza izango kontsumitzaile-talde ahula identifikatzea beste arrazoi desberdinetan oinarrituta (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 93).

Era berean, Legeak eskakizun bat gehiago aurreikusten du gai honen inguruan. Izan ere, publiko orokorraren artean enpresaburuak zentzuz aurreikusi behar du merkataritzako jokaerak kontsumitzaile-talde ahul batean ere eragin dezakeela. Beraz, enpresaburuak hori hautematen badu, baliabide bereziak ezarri beharko ditu merkataritzako jokaera horrek talde ahul horretan eraginik izan ez dezan edo merkataritzako jokaera horrek alde berezi horretara iristeko ia aukerarik izan ez dezan.

9. Publizitate ez-zilegia lehiaketa desleialaren ekintza gisa

A) Aurrez ezarri beharreko ideiak

Lehiaketa desleialaren aurkako espainiar zuzenbidearen ezaugarria orain arte izan da bi kategoria erabat desberdinen erregulazioarekin osatu izan dela: alde batetik, publizitate ez-zilegia —Publizitatearen Lege Orokorrak tipifikatua—, eta, bestetik, lehiaketa desleialaren ekintzak —Lehiaketa Desleialaren Legean aztertutak—.

Esan beharra dago bi kategoria handi horien arteko bizikidetzak ez dela beti izan erraza eta baketsua. Egia esan, aukera zegoen egitate bera aldi berean publizitate ez-zilegizat eta lehiaketa desleialaren ekintzat hartzeko, eta, gainera aipatutako testu legal bakoitzean akzio judizialen erregimen berezi bat ezartzen zen. Horrek guztiak, segurtasunik ez nabarmena eragin zuen.

Edonola ere, ez dago zalantzarik espainiar legegilea bazegoela gatazka horren jakinaren gainean, eta horren ondorioa izango dira Lehiaketa Desleialaren Lege berrian sartutako mekanismoak edo bideak, bi lege horien arteko harremana ordenan jartzeko asmoarekin. Une honetan, gure azterketaren objektua Lehiaketa Desleialaren Legearen erreforman berritasun garrantzitsuenetarikoa baten analisia izango da. Hau da, publizitate ez-zilegiaren kalifikazioa lehiaketa desleialaren ekintza gisa. Ildo horretan, Lehiaketa Desleialaren Legeak, 18. artikuluan, honako hau ezartzen du: «Publizitatearen Lege Orokorraren arabera ez-zilegizat jotzen den publizitatea, desleializat hartuko da».

Arau horren esanahia eta zenbaterainokoa aztertu aurretik, azpimarratu behar da, gure ikuspegitik, guztiz ez beharrezkoa den arau baten aurrean gaudela, garrantzi praktikorik gabea eta, gainera, ikuspegi teknikitik zeharo akastuna.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 18. artikulua berria ez zen beharrezkoa, alde batetik, publizitate ez-zilegiaren suposamendu garrantzitsuenen kalifikazioa lehiaketa desleialaren ekintza gisa Publizitatearen Lege Orokorraren 3. artikuluan, bertsio berrian, aurreikusten baitzen. Horrela, 29/2009 Legeak testu legal horretan egindako erreformaren ondoren, aipatutako 3. artikulua, e) hizkian, honako hau ezartzen du: «Ez-zilegia da (...) engainuzko publizitatea, publizitate desleiala eta publizitate erasotzailea, lehiaketa desleialaren ekintzen izaera izango dutenak, Lehiaketa Desleialaren Legean ezarritako hitzei jarraituz». Are gehiago, publizitate ez-

zilegiaren modalitate zehatz batzuen kalifikazioa lehiaketa desleialaren ekintza gisa ez agertzeak Publizitatearen Lege Orokorrean, ezta Lehiaketa Desleialaren Legean ere, ez zekarren inolako arazorik, hutsune hori estaltzen baitzegoen, zailtasun handirik gabe, Lehiaketa Desleialaren Legearen 15.2 artikulua aplikazio zuzenarekin. Manu horren bitartez desleialtze jotzen da, lehia-jarduera arautzea objektu duten arauen urratze soila. Bai doktrina bai jurisprudentzia bat datoz baieztatzean publizitate-jarduera erregulatzen duten arauak, Lehiaketa Desleialaren Legearen 15.2 artikuluan ezarritako zentzuan, lehia-jarduera erregulatzen duten arauak direla; beraz, haien urraketa lehiaketa desleialaren aurkako ekintzat hartuko da.

Bigarrenik, publizitate ez-zilegiaren suposamendu desberdinen kalifikazioak lehiaketa desleialaren ekintza gisa, ez du inolako garrantzi praktikorik. Zentzu horretan, gogorarazi behar da Publizitatearen Lege Orokorrean 29/2009 Legeak egindako erreforma dela-eta, publizitate ez-zilegiarengatik akzioak ezabatu egin direla; hortaz, publizitate ez-zilegiaren suposamendu desberdinen aurrean lehiaketa desleialarengatik akzioak jarri behar dira. Horrela ezartzen du Publizitatearen Lege Orokorrearen 6.1 artikulua: «Publizitate ez-zilegiaren kontrako akzioak lehiaketa desleialak ondorioztatutako akzio berberak dira». Hori guztia kontuan izanik, publizitate ez-zilegiaren suposamendu desberdinen kalifikazio berezi horrek, lehiaketa desleialaren ekintzak bezala, ez ditu ezer garrantzizkorik eskaintzen eta, ildo horretan, gaitzesgarria dirudi aukera bat hartzea eta jarraitzea, inolako ondoriorik ez duena.

Azkenik, kritikagarria izan daiteke baita espainiar legegileak jarraitutako teknika lehiaketa desleialaren ekintzak gisa publizitate ez-zilegiaren suposamendu desberdinen kalifikazioa egiteko. Lehiaketa Desleialaren Legearen 18. artikulua ez ditu aipatzen publizitate ez-zilegiaren suposamendu desberdinak, Publizitatearen Lege Orokorrean ezarritakora bideratze soila egiten duelarik. Alde horretatik, azken testu legal horrek, publizitate ez-zilegiaren modalitate zehatzen tipifikazioa egitean (berezi, engainuzko publizitatea, publizitate desleiala eta publizitate erasotzailea) Lehiaketa Desleialaren Legean ezarritakora egiten du igorpena. Modu horretan, bi testuak elkarrenganako igortze-egoera paradoxiko batean daude, batere zentzurik gabekoa.

B) Aplikazio-eremua: publizitatearen kontzeptua

Aurrekoa zehaztuta, Publizitatearen Lege Orokorrearen 18. artikulua berriaren aplikazio-eremuaren analisiari egin behar diogu tarte bat. Zentzu horretan, Lehiaketa Desleialaren Legearen Xedapen Gehigarri Bakarrak honako hau ezartzen du: «Lege hau kontuan izanik eta haren eraginpean, publizitatetzat ulertzen da, azaroaren 11n, 34/1988 Publizitatearen Lege Orokorrearen 2. artikuluan hala definitutako jarduera».

Horrenbestez, publizitatearen kontzeptua mugatzerakoan —eta, korrelatiboki, 18. artikulua aplikazio-eremua—, Lehiaketa Desleialaren Lege berriak, beste modu batean izan ezin delarik, berezkoa edo berezia den kontzeptu bat sortzeari

uko egiten dio. Alderantziz, Publizitatearen Lege Orokorren 2. artikulura egiten du igorpena, non publizitatea honela definitua datorren: «Pertsona fisiko zein juridiko, publiko zein pribatu batek gauzatzen duen komunikazio forma oro, modu zuzenean edo zeharkakoan, zerbitzuen edo ondasun higigarri edo higiezinen kontratazioa sustatzeko helburuarekin, industria-, merkataritza-, lanbide- edo artisau-jarduera batean ari dela».

Kontzeptu hori kontuan izanik, argi dago legegilearen asmoa Publizitatearen Lege Orokorren aplikazio-eremua merkataritzako publizitatera murriztea dela; horrenbestez, testu legal hori ez dago aplikatzerik bestelako modalitateei, besteak beste, hauteskunde-publizitateari, instituzio-publizitateari, publizitate politikoari, eta abar. Azken modalitate horri dagokionez, oso adierazgarria da 2008ko ekainaren 27ko Madrilgo Entzutegi Probintzialaren epaia. Bertan, publizitate ez-zilegiarengatik jarritako akzioak ezeztatzen dira; akzio horiek jarri ziren alderdi politiko baten aurka, zeinak hainbat irati-iragarki egin zituen autonomia-erkidego zehatz batean osasun-sistema publikoaren funtzionamendua kritikatu; ezeztatzearen argudioa izan zen irati-iragarki haiek Publizitatearen Lege Orokorren 2. artikuluan ezarritako publizitatearen kontzeptuaren barruan ez zirela sartzen⁹⁰.

Bestalde, merkataritzako publizitatearen definizioa ematean, legegileak kontzeptu zabala hautatu du. Irtenbide horrek ahalbidetzen du Publizitatearen Lege Orokorren aplikazio-eremuan sartzea —eta, horrenbestez, Lehiaketa Desleialaren Legearen 18. artikulurenean ere—, ez tradiziozko publizitate-mezuak soilik, baita publizitate-komunikazio beste forma atipikoak ere, etiketan eta produktuen edo zerbitzuen aurkezpen komertzialean jasotako mezuak barne. Lehenengoei dagokienez, oso argigarria da 1992ko maiatzaren 18ko Valentziako Entzutegi Probintzialaren epaia. Kasu horretan Espainian kable elektrikoen banaketaren lizentziaduna (esklusibotasun-erregimenean) zen enpresa batek zabaldutako iragarki baten zilegitasuna epaitzen zen; iragarki horretan, beste kontu batzuen artean, enpresa iragarleak antzeko klabeen agerpenaz ohartaratzen zituen bere bezeroak, akzio legalak jartzeko asmoa adieraztearekin batera. Valentziako Entzutegi Probintzialak, bere epaian, honako hau adierazi zuen: «Publizitatearen Lege Orokorren 2.

90. Entzutegiaren arrazoibideak honako hauek izan ziren: «La publicidad a la que es aplicable la regulación de la publicidad ilícita del Título II de la Ley General de Publicidad, y respecto de la que pueden ejercitarse las acciones del Título IV de dicha ley, es la que se ha venido a denominar publicidad comercial o económica, esto es, la realizada por los intervinientes en el mercado en el ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales con la finalidad de promover la concertación de contratos de significación económica. La Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, y la posterior 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, que la modifica, que son justamente las desarrolladas por el art. 2 y los títulos II y IV de la Ley General de Publicidad, dejan claro en sus considerandos y en su articulado que la publicidad a la que se refieren es la que tiene por finalidad promover el comercio de bienes o servicios de contenido o significación económica. Queda por tanto excluida de la regulación de la publicidad ilícita, y de la posibilidad de ejercitar las acciones previstas en la Ley General de Publicidad para reprimir tal publicidad ilícita, la de naturaleza política, dirigida a promover la difusión entre los ciudadanos de determinadas ideas políticas y su adhesión a las mismas, o a promover determinados comportamientos electorales».

artikuluaren hitzei jarraituz, aipatutako iragarkia publizitate-ekintzat hartu behar da, enpresa iragarleak banatutako ondasun higigarrien kontratazioa, nahiz eta forma zeharkakoan izan, sustatzeko helburuarekin egindako komunikazioa baita».

Publizitatearen Lege Orokorren 2. artikuluan publizitatearen kontzeptua ezartzeko zabaltasunak ahalbidetzen du, orobat, testu legal horren eremura bideratzea etiketan eta produktuen edo zerbitzuen aurkezpen komertzialean jasotako mezuak. Horrela ulertu du gure jurisprudentziak, 1991ko ekainaren 6ko Gasteizko Lehen Auzialdiko Epaitegiak emandako epaian⁹¹. Epai horretan Epaitegiak baieztatu zuen etiketan eta produktu baten aurkezpen komertzialean jasotako mezuak 2. artikuluan ezarritako publizitatearen legezko kontzeptuan sar zitezkeela⁹².

C) Publizitate ez-zilegiaren modalitateak

Sarrera

Lehiaketa Desleialaren Legeak, 18. artikuluan, publizitate ez-zilegia lehiaketa desleialaren ekintzat arautzen duen arren, ez du definiziorik ematen, ezta ezartzen ere zein diren publizitate mota kontzeptu horren barnean sartu behar direnak. Alderantziz, puntu horretan Publizitatearen Lege Orokorrean ezarritakora egiten du igorpena. Hori horrela izanik, Lehiaketa Desleialaren Legeak zehazten ez badu ere, ulertu behar da igorpena Publizitatearen Lege Orokorren 3. artikulura egiten dela, hori baita publizitate ez-zilegien katalogoa jasotzen duen araua. Artikulu horren arabera, 29/2009 Legeak sartutako erreforma kontuan izanik, ez-zilegia izango da: a) pertsonaren duintasunaren aurkako publizitatea edo Konstituzioan jasotzen diren balioak eta eskubideak urratzen dituen publizitatea, bereziki konstituzio-testuaren 14., 18. eta 20.4 artikuluek ezartzen dituztenak. Erregulazio horren barnean ulertuko dira baita ere emakumeak iraintzen edo diskriminatzen dituzten iragarkiak, alde batetik, haien gorputza edo gorputz-zatiak zehazki eta zuzenean objektutzat erabiltzen dituzten iragarkiak, saldu nahi den produktuarekin loturarik gabe; eta, bestetik, emakumeei buruzko irudiak joera estereotipatuekin lotzen dituzten iragarkiak; b) adingabeei zuzendutako publizitatea, zeinak produktu edo zerbitzu bat

91. *Revista General de Derecho*, 570. zk., 1992, 1.729. or.

92. Bereziki, aipatutako epaian jasotako doktrina honako hau da: «La ya mencionada Ley General de Publicidad (...) introduce en su art. 2 el concepto de publicidad siguiente: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Si en su sentido amplio comunicar es hacer partícipe a otro de alguna cosa, poniendo en su conocimiento características de ella, y mediante tal comunicación se pretende promover o incitar a su adquisición por el receptor, evidentemente la presentación de un producto, apto para su venta, a un público determinado, conlleva un claro mensaje publicitario, si con la incorporación de cualidades, marcas y otras características en el envase, mediante representaciones gráficas, bien resaltadas por su forma y coloración, se busca una convicción del adquirente determinada no sólo por la naturaleza del producto, sino por la identidad del productor que lo comercializa. De ello, queda sentada la naturaleza publicitaria de los mensajes contenidos en el envase (...). Por tanto, teniendo en cuenta las consideraciones generales antes expuestas, la presentación comercial de un producto puede ser materia de infracción a la Ley General de Publicidad».

erostera bultzatzen dituen haien esperientziarik ezaz edo sineskortasunaz baliatuz, edo haiek agertuz gero gurasoak limurtuz produktu edo zerbitzu bat eros dezaten. Ezingo dira adingabeak egoera arriskutsuetan aurkeztu, justifikatutako arrazoiren bat egon ezik. Ezingo da adingabea iruzurrera eragin produktuen ezaugarriei buruz, ez haien segurtasunari buruz, ezta umeak behar dituen gaitasun edo trebeziei buruz produktu horiek erabiltzeko besteak edo bere burua kaltetu gabe; c) publizitate subliminala; d) produktu, ondasun, jarduera edo zerbitzu zehatzen publizitatea erregulatzen duen araudia urratzen duena; e) iruzurrezko publizitatea, publizitate desleiala eta publizitate erasotzailea, lehiaketa desleialaren ekintzen izaera izango dutenak Lehiaketa Desleialaren Legeak ezarritako hitzei jarraituz.

9.1. PERTSONAREN DUINTASUNAREN AURKAKO PUBLIZITATEA EDO KONSTITUZIOAN JASOTZEN DIREN BALIOAK ETA ESKUBIDEAK URRATZEN DITUENA

Publizitatearen izaera komunikatiboari eta publizitate-mezuari begiratuz gero, publizitate ez-zilegia eta debekatua pareka daitezke zenbait kasutan. Mota horretakoa izango da, hain zuzen, Konstituzioan jasotzen diren pertsonaren duintasun, eskubide eta balioen aurkako publizitatea, bereziki emakumeari, gazteriarri eta umei dagokiena (De la Cuesta, 1995: 129; Santaella, 2003: 156). Beraz, Konstituzioan agertzen diren eskubide eta libertateen aurkakoa izango da publizitate ez-zilegia, bai Konstituzioaren berezko arauen kontra doalako bai arau horiek garatzen dituzten legeen aurkako publizitatea delako, besteak beste, ohorea, intimitatea, norberaren irudia, haurrak eta gazteak babesten dituen araudia urratzen dituelako (EK 18. eta 20.4 artikulua). Era berean, 1/2004 Genero Biolentziaren aurkako Babes-osorako Neurrien Legeak PLOren 3.a artikulua testua aldatu zuen emakumeari buruzko babesa zehaztuz. Hau da, ez-zilegiak izango dira emakumearen irudia gutxietsi eta haren gorputza, osorik edo zatika, agerian uzten duten iragarkiak, sustatu nahi den produktuarekiko inolako loturarik izan gabe. Halaber, emakumearen irudia biolentzia sorraraz dezaketen portaerekin erlazionaturik azaltzen duten iragarkiak ere Genero Biolentziaren Legearen aurkakoak izango dira.

Kasu horietan guztietan, komunikazio-prozesu osoari dagokio lege-haustea, hau da, edukiari zein komunikazio formari. Nahiz eta publizitatearen jokaera hori ez dagoen publizitate-mezuarekin zuzenean erlazionaturik, publizitate-kontratuetan eta gainerako negozio juridikoetan eragina izango du (De la Cuesta, 1995: 131; Santaella, 2003: 157).

Publizitatearen Lege Orokorraren artikulua horri (3. art.), bestalde, kritika egin zaio babesten duena Konstituzioak berak ere babesten duelako (EK 20.4 art.). Gauza bera esan liteke PLOren 3.1.e artikulua dioenaz, arau berezien aurka doan publizitate debekatua jasotzen baitu. Izan ere, debeku horiek izaera tautologikoa dute, publizitatea ezin baita inolaz ere Konstituzioaren eta legearen aurkakoa izan («legezkotasun-printzipioa») (EK 20. art.). Beraz, esan den bezala, bi artikulua

horiek (3.1.a eta d) soberan daude zenbaiten iritziz, zeren legeak eta ordenamendu juridikoak horiek babestu nahi dituztenak babesten baititu (Fernández Novoa, 1989: 93-94; De la Cuesta, 1995: 131; 2002: 129). Dena den, bat gatoz doktrinaren beste talde batekin dioenean ordenamendu juridikoan badaudela arau asko eta asko modu zabal edo estu batean balio konstituzionalak garatzen dituztenak, eta horregatik ez da esaten soberan daudenik edo behar ez direnik (Linacero, 1996:217-223).

Halaber, PLOren 3.a *in fine* artikulua ere kritikatu izan da oso zaila delako zehaztea zer den ekintza «bereziki» ez-zilegia izatea; ez da ulertzen zer egin behar den publizitatean pertsona jakin batzuen duintasuna bereziki urratzeko eta beste batzuen edo denona ez kaltetzeko, hau da, ez da batere erraza pertsonak bereiztea edo duintasunaren arabera desberdintzea. Izan ere, ikuspegi horretatik, publizitatearen eremuan emakumezkoen alde proposatzen den babes berezia ere eztabaidagarria liteke, emakumea eta gizona bereiztea diskriminatzailea izan baitaiteke. Hala eta guztiz ere, berriro esan beharra dago ordenamendu juridikoak badituela arau anitz subjektu batzuen (ume, gazte eta emakumeen) babesa bermatzea helburu dutenak, publizitate ez-zilegiaren konbentzigarritasunari aurre egiteko subjektu horiek ahulago diruditelako ziur asko.

Haur eta gazteei ematen zaien babesa ere zalantzarik gabekoa liteke aipatu dugun ikuspegi horretatik, baina, oraingo honetan ere bi subjektu horien ezaugarriek publizitate-komunikazioa baldintzatu egiten dute, umeek publizitatearen eragin bairagarriari aurre egiteko gaitasunik ez dutelako. Hori dela-eta, umeen publizitateak behar duen babes bereziaren garapena hainbat arau berezitan ere jasotzen da; besteak beste, 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrean, martxoaren 31koan (7. 3.d art.), non umeak egoera larri eta arriskutsuetan azaltzea debekatzen den; halaber, umeak moralki edo fisikoki kalte ditzaketen publizitate-mezuak debekatuta daude⁹³. Beraz, orain arte ikusi dugunarengatik esan genezake haurrek eta gazteek, emakumezkoek bezalaxe (1/2004 Genero Biolentziaren aurkako Legea), nolabaiteko babes bikoitza dutela⁹⁴.

Subjektu horiek duten babes berezi hori ulergarria iruditzen bazaigu ere, ez gaude ados publizitatearen alorrean pertsonaren balioak defendatzeko lege organiko bat nahitaezkoa dela dioen proposamenarekin (Santaella, 1989: 119 eta 156)⁹⁵; hau da, Espainiako Konstituzioak oinarritzko eskubideak eta libertate publikoak

93. Autokontrolleko 2001eko urriaren 17ko erabakiak horixe esan zuen «Golf TDI 130 cv. Volkswagen Audi» iragarkiari buruz: han, umeak egoera larrian aurkezten ziren igerilekuaren ertzean jolasten eta korrika ari zirela.

94. Ez-zilegiak izango dira emakumearen irudia gutxietsi eta haren gorputza, osorik edo zatika, agerian uzten duten iragarkiak, sustatu nahi den produktuarekiko inolako loturarik izan gabe. Halaber, emakumearen irudia biolentzia sorraraz dezaketen portaerekin erlazionaturik azaltzen duten iragarkiak ere Genero Biolentziaren Legearen aurkakoak izango dira (De la Cuesta, 2002: 129).

95. Aditu horrek izaera organikoa eskatzen du PLOrako, edo, hainbat artikulutarako bederen, bereziki informazioaren adierazpen-askatasuna mugatzen dutenatarako (EK 81. art.) (publizitate debekatua). Aditu berak dioenez, pertsonaren balioen babesa Publizitate Zuzenbidearen eta Konstituzio Zuzenbidearen arabera interpretatu behar da.

garatzeko egiten duen lege-erreserba (81. art.) ez da beti lege organiko baten bidez betetzen. Horretaz gain, eta publizitatearen arloan batik bat, publizitateari erraz jar dakizkioke mugak lege arruntera joz, izaera organikoa erabili gabe, jarduera horretan mota askotako interesak nahasten baitira; besteak beste, ondasun eta zerbitzuen kontratazioa. Baina are gehiago, oinarritzko eskubideen eta libertate publikoen erregulazio hori osatzeko, batzuetan erregelamenduak ere baimendu daitezke. Halere, gure ustez, publizitate-komunikazioa ez da Konstituzioaren 20. artikuluan jasoriko eskubideen babes berezitik kanpo gelditzen (De la Cuesta, 1985: 82; 1995: 131; 2002: 47)⁹⁶.

Halaber, ez da ahaztu behar autore batzuk harago doazela eta uste dutela publizitatea arautzeko ez dela lege berezirik behar (esaterako PLO), haien iritziz produktu eta zerbitzuen komertzializazioa erregulatzen duten arau substantiboek zuzeneko babesa ematen baitiete lehen aipaturiko eskubide horiei (pertsonaren nortasunari, segurtasunari edo balio kulturelei, alegia) (De la Cuesta, 1985: 82; 1995: 131; 2002: 130). Edonola ere, publizitate ez-zilegia, bai ikuspegi hertsitik (publizitate debekatua) bai ikuspegi zabaletik aztertuta, ordenamendu juridikoan jasotzen da. Oinarritzko eskubideak jasotzen dituen araua da Konstituzioa⁹⁷; eskubide berezi horien babesa beste lege batzuek garatzen dute eta lege-haustea zigortu. Lege horien artean, besteak beste, honako hauek ditugu: Pertsonaren Berezko Irudia, Pertsonaren eta Familiaren Intimitate eta Ohorea Babesteko maiatzaren 5eko 1/1982 Lege Organiko Zibila; azaroaren 16ko 1/2007 Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorraren eta hainbat lege osagarriren Testu Bateratua; apirilaren 25eko 14/1986 Osasun Lege Orokorra; uztailaren 17ko 16/1989 Lehiaketa Defentsarako Legea; urtarrilaren 10eko 3/1991 Lehiaketa Desleialaren Legea, hainbat produktu, jarduera edo zerbitzuren erregulaziorako dagoen araudi berezia eta PLO bera (Santaella, 2003: 156-157; De la Cuesta, 1985: 14).

Pertsonaren oinarritzko eskubide eta balioak honako hauek dira: pertsonaren duintasuna (EK 10. artikulua), berdintasuna eta diskriminazio eza (EK 14. artikulua) eta pertsonaren eta familiaren intimitatea, ohorea edo norberaren irudia (EK 18. artikulua), azken arau horretan jasotzen diren eskubideen multzoari nortasunaren eskubideak izena ematen zaio eta Pertsonaren Berezko Irudia, Pertsonaren eta Familiaren Intimitate eta Ohorea Babesteko maiatzaren 5eko 1/1982 Lege Organiko Zibilak garatzen ditu⁹⁸.

Pertsonaren eta familiaren intimitatea, ohorea edo norberaren irudia eskubide

96. Urtarrilaren 10eko 4/1980 Espainiako Irrati-telebistaren Legearen izaera arrunta eta ez-organikoa izan zen horren adierazgarri.

97. Oinarritzko eskubideek pertsonaren duintasuna osatzen dute. Hori zioen Konstituzio Auzitegiak 91/2000ko martxoaren 30eko epaian.

98. Konstituzio Auzitegiaren 231/1998 Epaiak, abenduaren 2koak, aitortu egin zion Isabel *Pantoja* andereari *Prographic, SA* sozietateak familiaren intimitatea urratu izana, *Paquirri*ren bizitzaren azken uneko irudiak bideoz komertzializatu zituenean. Epaiak ez zen *Pantoja* anderearen irudia edo intimitatearen alde atera, baizik eta haren familiaren irudia edo intimitatearen alde.

subjektiboak direnez, haien titularrari bere nahiaren arabera erabiltzeko aukera ematen diote (*right of privacy* delakoa osatuko dute). Hala, batek nahi badu, bere irudia erabil dezake, eta, nahi bezala, edo baimena eman diezaioke hirugarren bati erabil dezan (normalean ordainsari baten truke). Egokia litzateke ikuspegi hori *right of publicity* delakoarekin erlazionatzea; Estatu Batuetan sortu zen mugimendu hori, eta intimitateari buruzko akordio batzuk lortzea da haren helburua. Intimitateari buruzko adostasun hori, berriz, ohorearen kontra doa batzuetan; horregatik, komenigarria litzateke zehaztea intimitatea eta ohorea noiz datozen bat eta noiz ez⁹⁹.

Right of publicity delakoaren arabera, publizitatearen interpretariari edo subjektu modeloari horren irudia erabiltzeko baimena eskatuko zaio, baita haren jabegoko ondasun zehatz bat imitatu nahi denean ere¹⁰⁰. Adin txikikoei dagokienez, berriz, haien legezko ordezkariak eman beharko dute baimena; baina, betiere, Ministerio Fiskalak parte hartzea eskatuko da¹⁰¹. Ohorea, intimitatea eta berezko irudiaren gaineko ustiapen-eskubideak heriotzatik harago doazen eskubideak dira, zeren, horien titularra hilez gero, testamentuan bertan erabakitzea baitago nor izango den eskubide horien babesle eta defendatzailea. Inor azalduko ez balitz, Ministerio Fiskalak izendatuko du¹⁰².

Publizitatearen fenomenoak komunikazio-prozesuarekin erlazio zuzena duenez, komunikazio-askatasunaren eskubidea aztertzea derrigorrezkoa zaigu, azken batean eskubide hori Konstituzioak babesten duen eskubide baten ondorio zuzena eta lehenengoa baita, denok informazioa libre jasotzeko eta emateko dugun eskubidea, alegia (EK 20.1.d art.) (Vicent, 2002: 618)¹⁰³. Hori dela-eta, Konstituzioak berak bakarrik jasoko ditu aurreko mandatu horren salbuespenak (pertsonek oinarritzko eskubideak —EK 10. eta 14. artikulua— eta nortasunaren eskubideak —18. art.—), eta, horregatik, publizitate-komunikazioaren nukleoaren izaera ez-zilegia lege- edo erregelamendu-maila duen arau baten bidez jasoko da (Santaella, 2003: 157).

99. Dena den, Konstituzio Auzitegiak 2001eko martxoaren 26ko epaian garbi utzi zuen, ezin dela beti ez-zilegitzat hartu baimendu ez den irudi baten hedapena publizitatean. Izan ere, egoera horretaz gain, kontuan hartu beharko da irudia pertsona ezagunari dagokion edo aurreko kanpainetarako irudiaren gaineko ustiapen-eskubideak eman dituen, eta abar.

100. Auzitegi Gorenaren epaia, 1998ko urtarrilaren 30koa (RJ 1998, 358). Epaia horretan Gorenak Emilio Aragón jaunari eman zion arrazoia. Izan ere, Emilio Aragonek garai horretan ezagutzera eman zituen irudia eta lana (*smokina* kirol-zapatilekin eta *Te huelen los pies* bere diskaren izena) *Proborin*, *SL* enpresak erabili zituen bere iragarkiarekin marrazkian eta *spot*aren *sloganean*, artistari baimena eskatu gabe.

101. Ministerio Fiskalak legezko ordezkariak emandako baimena berretsi egingo du edo, oro har, egoerari oniritzia emango dio (Pertsonaren Berezko Irudia, Pertsonaren eta Familiaren Intimitate eta Ohorea Babesteko maiatzaren 5eko 1/1982 Lege Organiko Zibilaren 3.2 art.).

102. Dena den, ordezkari horren izendapena idatziz egingo da beti eta, une oro, atzera bota daiteke (De la Cuesta Rute, 2002: 130-131).

103. Aditu horrek dioenez, Alemaniako Konstituzio Auzitegiak ikuspegi berbera zeukan 2000. urteko abenduaren 12an emandako epaian: Konstituzio Auzitegiak emandako epaiaren arabera, hedatutako publizitatea Konstituzioaren aurkakoa zen, enpresen eta hedabideen adierazpen-askatasunaren eskubidearen kontrakoa zelako. Epaia hori *Benetton*-en publizitate-kanpaina bati buruzkoa zen.

Publizitatearen Lege Orokorrak (PLO 3.1.a art.) Konstituzioan jasoriko oinarritzko eskubideen aurkako publizitatetzat hartzen du pertsonaren duintasunaren eta balioen aurkako publizitate-jokaera, bereziki emakumezkoari, gazteei eta haurrei dagozkien jardueretan. Pertsonaren duintasuna eta giza izaeraren babesa Konstituzioan jasotako printzipio orokorra da, eta ordenamendu juridikoan erabat erroturik dago (EK 10.1 art.) (Santaella, 2003: 156-157; De la Cuesta, 1995: 129)¹⁰⁴. Era berean, Konstituzioan babesten diren oinarritzko printzipio eta balio horiek publizitate-komunikazioari dagokion adierazpen-askatasunaren eskubide konstituzionala mugatzen dute (De la Cuesta, 2002: 129; Santaella, 2003: 210; Leñena eta Irákulis, 2007: 17).

Publizitatearen Lege Orokorra indarrean jarri zenean esan zen Konstituzioan jasoriko balio eta eskubideei buruzko adierazpen hori zabalegia zela; kritikatu zen, halaber, aukera hori kontuan hartu ez izana, publizitateari buruzko hainbat estandar edo eduki ez baitzituen zehaztu, esate baterako, «gustu ona», «irudi ona», «moral eta ohitura ona» kontzeptuak; horiek zehaztu izana oso lagungarri izango zen Konstituzioan jasoriko balio horiek interpretatzeko (De la Cuesta, 1995: 130). Dena den, hori guztia kritikagarria izan arren, egia da, orobat, Publizitatearen Lege Orokorrak berak Konstituzioan jasoriko eskubide horiek zehazteko jarraibideak ematen dituela, erlazionatu egiten baititu pertsonalitatearen eskubideekin (ohorearekin, intimitatearekin eta berezko irudiarekin, hain zuzen) (EK 18.1 art.) eskubide horiek¹⁰⁵.

Konstituzioan egiten den balio horien interpretazioa eta babesa garaiari eta gizartearen iritziari lotuta daude. Hori dela-eta, gaur egun ez dago ongi ikusia publizitatean zenbait egoera agertzea, esate baterako: pertsona eta animaliekiko biolentzia, gehiegikeriak edo tratu txarrak bultzatzea, emakumezkoen gorputzaren erabilera iraingarria egitea, gizakiaren zoritxarrak erabiltzea (erailketak, gosea, istripuak, eta abar) (Tato, 1994: 13-14)¹⁰⁶, ingurumenarekiko eta osasunarekiko

104. Autocontrol Elkarteak Epaimahaiaren erabakia *Heineken (Aguila Amstel)* delakoaren aurka aterata zen. Epaimahaiak jaso zuen iragarkiak pertsonaren duintasunaren kontra egiten zuela. Izan ere, futbolaz hitz egiten ari ziren gizonezkoen artean, neska bat zegoen gai horretaz haiek baino gehiago zekiena. Solaskideak konturatu zirenean neska mutila (transexual bat) zela harridurazko espresioa bota zuten esanez: ¡Pero si es un tío!. Gay eta lesbianen hainbat elkarte minduta agertu ziren eta Autocontrol Elkarteko Epaimahaiaren aurrean erreklamazio bat aurkaratu zuten.

105. Pertsonaren Berezko Irudia, Pertsonaren eta Familiaren Intimitatea eta Ohorea Babesteko maiatzaren 5eko 1/1985 Lege Organiko Zibilak babesten ditu eskubide horiek (Santaella, 2003: 119).

106. *Benetton* markaren publizitateak dezentetan erabili du horrelako publizitate mota, zeinaren bidez iritzi publikoa harritzea nahi duen. Gizarteak dituen gabezien argazki ikaragarriak erabiliz (HIESAk jota hilzorian dagoen gizaseme batena, errefuxiatu itsasontzi batetik bere burua botatzen zuen gizasemearena, eta abar) hartzailea zur eta lur utzi nahi du. Alemanian eta Italian *Benettonen* hainbat irudi debekatu egin dira (moja bat eta apaiz bat elkarri musua ematen azaltzen dituen edo jaioberri batena) desleialak direla argudiatuz. Izan ere, pertsonen sentimenduak (gupida edo karitatea) astintzen dituzte baina irudi horiek ez dute zerikusirik merkaturatzen diren produktuekin. Azken batean, publizitate mota horrek produktuaren ezaugarrietan oinarritutako publizitatearen aurka egiten du (*Leistungswettbewerb*) (Tato, 1994: 14).

portaera kaltegarriak sustatzea, edo arraza, sexu edo erlijio kontuengatik pertsonak diskriminatzea. Izan ere, gizartea sentsibilizatuago dago, eta, ikuspuntu horretatik begiraturaz gero, ontzat jotzen dugu gai horiek guztiek babes berezia izatea lege bereziak erabiliz; era berean, Konstituzio Zuzenbidearen ikuspegia Konstituzio Auzitegiarenarekin batera aintzat hartzea ezinbestekotzat jotzen dugu balio horiek guztiak interpretatzeko (De la Cuesta, 1985: 81)¹⁰⁷.

Ikuspegi berbera erabili zuen barne-araudira egokitua dagoen 2005 Jokaera Desleialaren Zuzentarauak. Izan ere, Europako arauak bere zazpigarren Kontuan hartuzkoan ('Considerando') jasotzen du ez dela «gustu ona», «irudi ona» eta «moral eta ohitura ona» kontzeptuen esanahia ematen, estatu kide bakoitzarentzat desberdinak direlako (Leñena eta Iráculis, 2007: 17).

Horretaz gain, gaur egun, publizitatean agertzen diren irudiek eta jokaerek Konstituzioaren balioak eta pertsonaren eskubideak urratzen dituzten zehazteko, batez besteko kontsumitzaileak edo hartzaileak, normal informatua, zorrotza eta adi dagoenak egin dezakeen interpretazioa hartzen da aintzat. Hau da, ezin da aintzat hartu hainbat elkartek edo hainbat kolektibok egiten duten interpretazioa iragarki bati buruz, zeren interpretazio hori erabat subjektiboa izateaz gain, ez baitator bat batez besteko hartzaileak egingo lukeenarekin¹⁰⁸. Beraz, batez besteko kontsumitzaileak argi duenean jasotako irudiak edo mezuak erabat irrealak edo gezurrezkoak direla, irudi edo iragarki horiek ezin dira Konstituzioan jasotako eskubide eta balioen aurkako mezutzat hartu¹⁰⁹.

Esandako guztia kontuan hartuz, esan daiteke publizitate debekatua publizitate ez-zilegia dela, eta haren izaera ez-zilegia mezuaren edukari zein formari dagokiela. Izaera ez-zilegi hori hedabideak eginiko hedapenean (tabakoaren telebista-publizitatearen kasuan) edo mezuaren edukian (telebistan ideia filosofiko, politiko edo erlijiosoak zabaltzea) egon daitekeenez, izaera hori ezin zaio subjektu jakin eta zehatz bati (iragarle edo hedabideari, alegia) egotzi. Ikuspegi hori, hain zuzen, islatu

107. Babes-helegitea Konstituzio Auzitegian jarri baino lehen, ohiko epailearengana joz bide zibila agortzea da egokiena (Linacero, 1996: 223). Auzitegi Gorenak hainbatetan erabaki du iragarleak horrelako publizitate mota erabiltzean jokaera desleiala erabiltzen ari dela, hartzaileari sorrarazten dion egonezin psikologikoagatik. Publizitate mota hori aztertzean, Espainiako Auzitegi Konstituzionalak batzuetan ere iritzi bera hartu du (Santaella, 2003: 156).

108. Autocontroleko Epaimahaiak 2005eko apirilaren 7ko erabakian horrela interpretatu zuen auto baten iragarkian ehiztari bi, testuinguru umoretsu batean, terroristak balira bezala azaldu zirenean orein txiki bat erail nahian. Iragarki horren aurka ehiztari-elkarte batek Epaimahaiaren aurrean tartekatutako enplekari bat, iragarkiaren ehiztariaren duintasunaren kontrako mezua hedatzen zuelako (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 262-263).

109. Autocontroleko Epaimahaiak 2005eko maiatzaren 19ko erabakian horrela interpretatu zuen auto baten iragarkian bi umeen arteko jolasa azaldu zenean, zeinaren bidez bata besteari erakusten zion nola ken zezakeen begia (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 262-263).

da publizitatea onartzeko erakunde publiko guztiek emandako arauetan, bai estatuko araudian baita autonomia-erkidegokoetan ere (Santaella, 2003: 163)¹¹⁰.

9.1.1. Publizitatea eta emakumeei buruzko irudien erabilera

A) 1/2004 Lege Organikoa, abenduaren 28koa, genero-indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzkoa¹¹¹

Azken boladan, askok esan izan dute publizitatea dela emakumeen diskriminazioa eragiten duen faktoreetako bat. Horren harira, publizitate sexistaren behatokiak haxe esan zuen 2003. urtean egindako txostenean: «Oraindik ere, emakumeei buruzko irudiek —prentsan, irratan nahiz telebistan— emakume izatea batez ere etxekoandre izatearekin lotzen dute, eta haien gorputza edertasuna idealizatzeko eta sexualitatea adierazteko erabiltzen da»¹¹². Era berean esan da, zentzu berean, Europako Parlamentuak 2008an hartutako Irizpenaren arabera, «generoagatiko bereizkeria oso zabalduta dagoela komunikabideetan; eta, alde horretatik, genero-estereotipoak zabaltzen dituzten komunikabideek eta publizitateak bereizkeria horren parte izan daitezkeela»¹¹³.

Hau ez da, ez, hausnarketa horiek aztertzeke leku aproposa. Kontua da legegileak onartu egin dituela. Usteen arabera, publizitateak emakumeen aurkako bereizkeria areagotu dezake, eta bereizkeria da genero-indarkeriaren kausa nagusietako bat; horregatik, legegileak ondorioztatu du ezinbestekoa dela publizitatearen arloan ere neurriak hartzea gizartearen zauri horren aurka egiteko. Abenduaren 28ko 1/2004 Lege Organikoa, genero-indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzkoa, bi xedapen arautu zituen publizitatearen arloan: bata, Publizitatearen Lege Orokorren 3. a) artikulua aldatzeko; eta bestea, erakunde eta instituzio jakin batzuei eskumena emateko, hain zuzen ere, publizitate sexista egokitzea edo bertan behera uztea xede duten ekintzak egin ahal izan ditzaten. Idazpuru honetan, artikulua horren idazketa berriari lotuko gatzazkio.

B) Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua idazketa berria

Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua bigarren idatz-zatian jasotzen da publizitate ez-zilegia den suposizioetariko bat, esaten delarik debekatuta daudela «emakumeak iraintzen edo diskriminatzen dituzten iragarkiak; alde batetik, haien gorputza eta gorputz-zatiak zehazki eta zuzenean objektutzat erabiltzen dituzten

110. Espainiako Irrati Telebistako Erakunde Publikoko Zuzendaritza Nagusiak Televisión Española SA sozietateak publizitatea hedatzeko emaniko arauari buruzko 2001eko Erabakia, urtarrilaren 22koa (6., 7. eta 16. arauak); EITB-RTVV Erakundeak publizitatea hedatzeko emaniko araudia (1. artikulua).

111. 2004ko abenduaren 29ko Estatuko Aldizkari Ofiziala.

112. <http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/medios/publicidad/informes/2003/observatorio.pdf>

113. Europako Parlamentuak 2008ko irailaren 3an hartutako Ebazpena, gizona ezkoen eta emakumezkoen arteko berdintasunean marketinak eta publizitateak duten eraginari buruzkoa (2008/2038 (INI)) (2009/C 295 E/13).

iragarkiak, saldu nahi den produktuarekin loturarik gabe; eta, bestetik, emakumeei buruzko irudiak joera estereotipatuekin lotzen dituzten iragarkiak; izan ere, iragarki horiek gure antolamenduaren oinarriak kaltetu ditzakete eta genero-indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzko Lege Organikoan aipatzen den genero-indarkeria susta baitezakete». Horiek horrela, artikulua horretan, legearen aurkako publizitate mota jakin bat aipatzen da: emakumea iraintzen edo diskriminatzen duena, hain zuzen¹¹⁴.

a) Emakumea modu iraingarrian aurkezten duen publizitatea

Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua idazketa berriaren arabera, emakumeen duintasuna urratu egiten da haien gorputza edo gorputz-zatiak zehazki eta zuzenean objektutzat erabiltzen direnean, saldu nahi den produktuarekin edo ondasunarekin loturarik gabe.

Doktrinaren arabera eta arauaren idazketei hitzez hitz jarraituz, tratu iraingarria gertatu dela esateko, hiru aurreuposamendu hauek jaso behar dira: 1) emakumearen gorputza erabiltzea publizitate-amu gisa; 2) objektu soiltzat erabiltzea emakumearen gorputza; eta, azkenik, 3) erabilitako irudiaren eta iragarritako produktuaren artean inolako loturarik ez egotea. Horiek kontuan hartuta, esan behar da Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua ez duela legearen kontratatzat jotzen emakumearen gorputza erabiltzen duen edozein publizitate-iragarki; aitzitik, erabiltzen dituen hitzei eta adjektiboei erreparatzen badiegu, esan dezakegu legearen kontratatzat jotzen duena emakumearen gorputza egoera jakin batzuetan erabiltzea dela.

Hortaz, Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikuluan jasotako legez kontrako egoera gertatzeko, beharrezkoa da, lehenik eta behin, emakumearen gorputza erabiltzea publizitate-amu gisa. Publizitate-amua publizitate-iragarkiaren zati bat da, eta helburu hau du: hainbat baliabideren bidez hartzaileen interesa (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 270) hasiera-hasieratik bereganatzea eta bideratzea. Hori kontuan hartuta, emakumearen gorputza legez kontra erabiltzen dela esango dugu [Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua], baldin eta emakumearen gorputza, haren ezaugarriengatik, publizitate-iragarkiaren elementu nagusia bada eta, horrenbestez, hein handi batean hartzaileen arreta erakartzen badu.

Bigarrenik, emakumearen gorputza objektu soiltzat erabiltzea. Ildo horretatik, iragarkiak banan-banan aztertu beharko dira hori gertatzen den ikusteko. Dena den, badago irizpide bat kontuan har dezakeguna jakiteko inguruabar hori gertatzen

114. Idatz-zati hori ez zen agertzen Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua jatorrizko idazketan, aipatutako 1/2004 Lege Organikoak testu hartan egindako erreformari esker sartuko zen. Dena den, zalantzan jartzen da haren erabilgarritasuna. Doktrinan aldaketa horren ez-beharrezko izaera aitortzen da, kontuan izanik 3.a) artikulua jatorrizko idazketan ezartzen zuela ez-zilegitzat emakumearen duintasunaren aurkako publizitatea edo Konstituzioan jasotako balioak edo eskubideak urratzen zituen publizitatea, bereziki berdintasunerako eskubidea eta generoarengatik ez-bereizkeriaren printzipioa. Kritikatu dutenen artean, Tato Plaza, A. (2006): «Violencia de género y publicidad», *Revista de Autocontrol*, 107. zk., 2. or.

den edo ez: zer eginkizun duen emakumearen gorputzak iragarkian. Argi dago emakumearen gorputza objektu soiltzat erabiltzen dela dekorazio-elementu soiltzat erabiltzen denean, iragarkian eginkizun aktiborik eta protagonismorik izan gabe. Kasu horietan, emakumearen gorputza «atrezzo»ko elementu bat da: publizitatearen hartzaileen arreta zuzenean bereganatzeko balio du, baina ez du publizitate-egite horretan bestelako eginkizunik.

Hirugarrenik, eta azkenik, 3.a) artikuluan ezartzen den zilegitasun ezak eskatzen du erabilitako irudiaren eta iragarritako produktuaren artean inolako loturarik ez egotea. Auresuposamendu horren arabera, legegileak adierazten du badaudela produktu batzuk beren publizitate-aurkezpena egiteko emakumearen gorputza erabiltzea dakartzatenak, nahiz eta erabilitako irudiengatik emakumearen gorputzak hartzaileen arreta bereganatu eta publizitatearen amua izan. Hori dela-eta, legegileak 3.a) artikuluan aurreikusitako ez-zilegitasunaren aplikazio-eremua murriztu egiten du, haren aplikazioa aurreikusiz soilik erabilitako irudiaren eta iragarritako produktuaren artean inolako loturarik ez dagoen hipotesietarako. Horrenbestez, emakumearen gorputza ezinbestean erabili behar bada produktu jakin batzuen publizitatea egiteko, produktu horien publizitatea ez da Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua aplikazio-eremuan sartuko, nahiz eta emakumearen gorputza izan kontsumitzaileen arreta bereganatzeko amua. Hori gertatzen da, lentzeria-produktuekin, esate baterako. Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua aplikazio-eremua mugatu izanak argi uzten du legegileak galarazi egin nahi zuela publizitatea egitean emakumearen gorputza amu soiltzat erabiltzea, iragarkian inolako parte-hartzerik gabe eta iragarritako produktuarekin inolako loturarik gabe¹¹⁵.

115. Ildo horretan, interesgarria da Autocontroleko Publizitate Epaimahaiak, 2007ko urtarrilaren 8an emandako Ebazpena, «*Asociación Usuarios de la Comunicación vs. SEAT, S.A.*» arazoan. Ebazpen horretan baieztatzen da hiru direla jaso behar diren elementuak publizitate-iragarki bat Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua ez-zilegitasunaren lehen suposamenduan egon ahal izateko: emakumearen gorputz osoa edo gorputz-zatiak erabiltzea konnotazio erotikoein eta publizitatearen zati erakargarri gisa; emakumearen gorputza objektu soiltzat aurkeztea, publizitate-akzioan inolako parte-hartzerik gabe; eta, aurkeztutako emakumearen irudiaren eta iragarritako produktuaren arteko lotura ez osoa: «En consecuencia, podemos concluir que estamos ante un anuncio que utiliza la imagen de una parte del cuerpo de la mujer de manera claramente instrumental, con la intención de impactar, atraer y mantener la atención del espectador sobre un anuncio publicitario que, ni por el argumento del mismo ni por el producto promocionado guarda la más mínima relación con la imagen de las nalgas de la mujer empleada para conseguir aquel efecto captatorio de la atención de los espectadores». Oinarri hirukoitz hau ez da aplikatzen soilik aipatutako Publizitate Epaimahaiaren ebazpenetan, gatazkak konpontzeko judizioz kanpoko organo gisa, baita, beste modu batera izan ezin delarik, jurisprudentzia-eremuan ere. Ikus Auzitegi Nazionalaren epaiak 2008ko azaroaren 26koa (JUR 2008\387581) eta 2009ko otsailaren 4koa (JUR 2009\87958), non ezartzen den honako hau: «Se trata de una imagen que utiliza parte del cuerpo de la mujer, dejando al descubierto sus glúteos, como mero elemento publicitario tendente a atraer la atención del espectador, sin conexión con el argumento del anuncio ni con el producto o vehículo anunciado y que tiene, por ello al amparo del art. 3.1 a) de la Ley de Publicidad en relación con el art. 8 de la Ley 25/1994, la consideración de publicidad ilícita televisiva». Hortaz, iragarki eztabaidagarri horretan argi dago beharrezkoak diren hiru auresuposamenduak ageri direla: emakumearen gorputz-zati bat erabiltzen da ageriko konnotazio erotikoein —ipurmasailak agerian—

b) Emakumea modu diskriminatzailean aurkezten duen publizitatea

Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikuluan esaten denez, emakumeen duintasuna urratzen da emakumeen irudia joera estereotipatuekin lotzen denean ere. Asoziazio horrek hainbat motatako interpretazioak izan ditzake, eta interpretazio horiek, hainbat ondorio. Muturreko interpretazio baten arabera, Publizitatearen Lege Orokorrak galarazi egiten du publizitatean emakumeak agertzea tradizionalki haiei eman izan zaizkien eginkizunak egiten.

Ez dirudi, baina, hori denik legegilearen asmoa. 3.a) artikuluan, joera estereotipatuak aipatzen dira; ez da esaten emakumeak ezin direnik agertu jarduera eta lan jakin batzuk egiten. Alde horretatik, esan behar da estereotipo bat aurkezteko ez dela nahikoa emakume bat erabiltzea tradizionalki emakumeei eman izan zaien lan bat egiten. Horrez gainera, iragarkiak aditzera eman behar du emakumeei soilik dagokiela lan hori egitea.

Ildo horretatik, Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua amaieran jasotako legez kontrako egoera gertatu den jakiteko, bi gauza hartu behar ditugu kontuan: zer lan edo jarduera egiten duten emakumeek publizitate-iragarkian, eta, batez ere, zer mezu ematen dien iragarkiak hartzaileei. Horrenbestez, 3.a) artikulua urratutzat eman ahal izateko, iragarkiak, oro har eta inguruabar guztiak kontuan izanik, mezu hau eman behar du: iragarkian agertzen den jarduera emakumeen berezko dela edo emakumeei soilik dagokiela.

Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua amaierako testuak interpretazio horren alde egiten du. Bertan, emakumeei buruzko irudiak aipatzen dira; joera estereotipatuekin lotuta daudenak, hain zuzen. Joera horiek gure antolamenduaren oinarriak kaltetu ditzaketela esaten da, «genero-indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzko Lege Organikoan aipatzen den genero-indarkeria susta dezaketelako». Publizitateak genero-indarkeria eragingo du, baldin eta publizitatean emakumeak haiei dagozkien jarduerak egitera behartuta dauden pertsona gisa agertzen badira. Hori dela-eta, emakumeek iragarkietan zer jarduera egiten duten aztertzea baino garrantzitsuagoa da jarduera horiei eta protagonistei buruz zer mezu ematen den aztertzea.

C) Bukaeran kontuan hartzekoak

1/2004 Lege Organikoak, genero-indarkeriaren aurkako babes osorako neurriei buruzkoak, Publizitatearen Lege Orokorren 3.a) artikulua egun duen idazketa zor

publizitatearen hartzaileen arreta zuzenean eta berehala bereganatzeko elementu bat gisa; erabilitako irudia da, emakume baten ipurmasailak erakutsiz eta emakumeak inolako eginkizun aktiborik izan gabe justifikatuko lukeena irudi horren agerpena, erakarpen-objektu soilizat gisa emakumearen gorputz-zati bat (ipurmasailak) erabiltzea; eta, azkenik, ez dago inolako loturarik aurkeztutako emakumearen irudiaren eta iragarritako produktuaren artean, zeren eta, alde batetik, Seat León automobil-lehiaketa taldea sustatzen eta zorientzen da eta, bestetik, rallies-irudien artean emakumearen ipurmasailak sartzen dira, bi kontzeptu haien arteko lotura eza nabaria delarik.

diolarik, funtsezko ikuspegitik erantsi duena gutxi dela esan dezakegu; beharbada, azpimarra daiteke era zehatzean jaso dituela unera arte erabilitako interpretazio-irizpideak jakin ahal izateko publizitatean emakumearen irudiaren erabilerak harentzat noiz dakartzan emaitza diskriminatzaileak edo iraingarriak¹¹⁶.

1/2004 Lege Organikoak lortu nahi izan du, beste ezer baino lehen, funtzio hezitzaile bat betetzea hedapen eta oihartzun sozial handia duen sektore batean, publizitatean alegia¹¹⁷, jakitun genero-indarkeriaren aurkako borrokan hezkuntzak, hain zuzen, duen garrantziaz. Zentzuzkoa dirudi legegileak gizarte-gaitz horren aurka borroka egin nahi izateak, ez neurri zigortzaileekin soilik, baita haren lehen arrazoietako bat izan daitekeenari aurre eginez ere: gizartean sendotuta dauden aurreiritziak emakumea gauza bihurtzen dutenak eta emakumea iraintzen dutenak. Ildo horretan, 25/1994 Mugarik gabeko Telebistari buruzko Legearen 16.1 e) artikuluan¹¹⁸ honako hau ezartzen zen: adingabeei zuzendutako publizitateak emakumezkoen eta gizonezkoen berdintasunezko irudia, plurala eta estereotipatua ez den irudia bidali behar duela.

Publizitatearen Lege Orokorrean egindako erreformarekin lortu nahi da, publizitatearen eremutik hain zuzen, emakumearen irudia berdintasunean (bereizkeriarik gabe) eskaintzea. Bi jokabide iradokitzen dira:

Lehena, orain arte egin den emakumearen gorputzaren erabilera zuzentzea, erakarpen-objektu erotiko soila izatetik, publizitate-ekintzan eta publizitatearen objektua den produktuarekin lotura osoa duen elementu bat izatera pasatu behar delarik, gizonaren gorputzarekin parekatuz (biluzik edo erdi biluzik). Zentzu horretan, nabaritzen da azken denbora hauetan, gizonezkoaren biluzia gero eta maizago agertzen dela. Publizitatean sexua agertzeak ez du zerikusirik publizitate iraingarriarekin edo diskriminatzailearekin¹¹⁹. Ildo horretan, enblematikoa da «Corporación Dermoestética»ren kontua¹²⁰. Kasu horretan, hedatutako iragarkian

116. Publizitatearen Lege Orokorren 3 a) artikuluen aurreko idazketak ordurako jasotzen zuen emakumearen aipamen zehatza publizitate diskriminatzailearen edo iraingarriaren aurrean babes berezia merezi duen subjektu gisa. Bai horixe, ez-zilegitzat jotzen zuen: «Pertsonaren duintasunaren aurkako publizitatea edo Konstituzioan jasotzen diren balioak eta eskubideak urratzen dituen, bereziki haurtzaroari, gaztaroari eta emakumeari dagokienez». Artikulu horri buruzko iritzi interesgarri bat ematen digu Lema Devesa, C. (2007): «Los derechos de las mujeres en la publicidad», *Problemas jurídicos de la publicidad*, Madril, 336-337.

117. Europako Parlamentuaren Ebazpena, 2008ko irailaren 3koa, emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasunean marketinaren eta publizitatearen eraginari buruzkoa (2008/2038 (INI)) (2009/C 295 E/13).

118. Martxoaren 22ko, emakumezkoen eta gizonezkoen berdintasun eraginkorrerako 3/2007 Legeak erantsita. Indarrean dagoen martxoaren 31ko, Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrak, 7.3 e) artikuluan honako hau ezartzen du adingabeen eskubideen alorrean: komunikazio komertzialak ez duela bultzatu behar gizonezkoen eta emakumezkoen arteko desberdintasunaren mesederako jokaerarik.

119. Gómez Castallo, J. D., «Mujer y publicidad», *Revista de Autocontrol*, 29. zk., (maiatzak 199), 2. eta 16. or.

120. Autocontroleko Publizitate Epaimahaiak, 2005eko apirilaren 7an emandako Ebazpena

honako egoera hau agertzen zen: emakume gazte bat bikinian hondartzan, mezu hau erantsita zeramalarik «Bai, ni ere joan naiz Corporación Dermoestéticara. Eta orain hobeto sentitzen naiz, erakargarriagoa». Autocontroleko Publizitate Epaimahaiak ez zuen salaketa onartu, estimatu baitzuen gizakiaren gorputz biluziaren edo erdi biluziaren agerpen soila ezin zela ulertu pertsonaren duintasunaren aurka doan praktika bat bezala. Are gehiago, Epaimahaiak estimatu zuen lotura estua zegoela iragarkian erakutsitako gizakiaren gorputzaren eta sustatutako zerbitzuaren artean, kirurgia eta estetika-tratamenduak, alegia.

Bigarrena, emakumearen irudi estereotipatuari aurre egitea, zeina etxeko esparruarekin lotuta eta gizonarekiko dependentzia eta mendekotasun-egoeran baitago. Kasu paradigmatico gisa «Feber» kontua dugu¹²¹. Jostailu-enpresa horrek publizitate-kanpaina batean bi bloke bereziak aurkeztu zituen, bata neskatoei zuzenduta, bertan panpinak eta etxeko zereginetarako zenbait tresna eskaintzen zirelarik, eta bestea mutikoei bideratuta, eskaintza zabalagoarekin eta mundu profesionalarekin lotuta. Epaileak ulertu zuen iragarkiak diskriminatzaileak zirela, jostailuen gaineko gustuen arteko diferentziak sexuan soilik oinarritzen baitzituzten. Edo «Dolce&Gabbana»ren kasua. Kasu horretan, emakume bat gizon baten aurrean, beste lau gizonen inguratuta, sexu-otzantasun jarrerarekin agertzen zen, haietako bik alkandora askatuta zutelarik eta batek soinarekin ere biluzik, eszenari ezer esan gabe begiratu. Autocontroleko Publizitate Epaimahaiak, 2007ko martxoaren 2an emandako ebazpenean erreklamazioa onartu zuen, ulertu baitzuen erreklamatutako iragarkiak gizonarekiko emakumearen sexu-menderatzearen mezua ematen zuela, non gizona indar- eta nagusitasun-jarreran zegoen. Epaimahaiarentzat, emakumearen borondatearen kontra haren sexu-otzantasuna, genero-indarkeria gertakariaren adierazpenen artean beste seinale bat zen.

Gure ordenamendu juridikoak emakumearen iraina eta diskriminazioa saihestea azpimarratu badu ere, horrek ez du esan nahi ez daudenik, zenbaitetan, beste talde batzuk irainaren edo diskriminazioaren objektu izan daitezkeenak publizitatea dela medio. Baieztapen horren adibide argi bat «Cerveza Águila Amstel»en kasua da. Kasu horretan, Autocontroleko Publizitate Epaimahaiak, 2003ko uztailaren 29ko ebazpenean, ulertu zuen sexu-egoeraren arabera (transexuala izateagatik) doako deskalkifikazio bat egiten zela, pertsonaren duintasunaren aurkakoa. Talde edo kolektibo hauek «gutxienak», emakumearekin eta adingabekoekin alderatuz, ez dira espresuki Publizitatearen Lege Orokorrean aipatzen. Dena den, publizitate ez-zilegiaren aurrean badute babesteko aukera publizitate hori pertsonaren duintasunaren eta berdintasunaren printzipioaren aurkakotzat kalifikatuz.

121. Alacanteko 1 zenbakiko Lehen Instantziako Epategiaren Epaia, 1992ko martxoaren 3koa (LA LEY 4446/1992).

9.1.2. *Umeei bideratuta doan publizitatea*

A) Umeei bideratuta doan publizitatea Publizitatearen Lege Orokorrean

Konstituzioak umeengana ezartzen duen babesas jaso egiten da Publizitatearen Lege Orokorrean (PLO). Araudi horren 3. artikulua Konstituzioan (EK) jasotako legezkotasunaren printzipioa eta arau gorenak jasotzen dituen oinarritzko eskubideak eta balioak babesten ditu (EK 20.4 art.).

Beraz, nahiz eta 2004an Genero Bariantziaren aurkako Babes-osorako Neurrien Lege Organikoa (GBBNLO) indarrean jarri, umeei eta gazteei babes berezia aitortuz, arau organikoak ez zuen funtsean publizitatearen araudiak ematen zuen babesas eraldatu (Iráculis eta Leñena, 2008: 90).

Europako instituzioek umeei zuzendutako publizitatearen eragina estu-estutik jarraitu arren, ez dago ikerketa fidagarriarik publizitateak umeengan duen eraginkortasunez. Aditu batzuen ustez, ez dago adin zehatzik esateko umeak bereizten dituela informazioa eta publizitatea, jarrera hori heziketarekin eta afektibitatearekin erlazionatuta baitago. Beste aditu batzuen ustean, aldiz, zenbat eta txikiago izan haurra ahulagoa da eta publizitatearen aurrean babes handiagoa beharko du. Edonola ere, aditu gehienek, publizitatearen eraginkortasunaz ari direnean, bereizi egiten dute adingabeak eta umeak (Iráculis eta Leñena, 2008: 91).

Halaber, bai gizarteak bai instituzio gehienek, oro har, umeei zuzendutako publizitatearen aurrean babesas jartzearen aldekoak dira, nahiz eta babesas arauditik harago ez den joan behar¹²². Hori dela-eta, umeen babesas araudi orokorrean jasotzeaz gain (KE, GBBNLO, PLO, IELO), araudi espezifikoetan eta autorregulazioan ere jasotzen da.

Babes berezi horren adierazle ditugu umeei bideratuta doan publizitateak bete behar dituen jarraibideak, besteak beste, publizitatean ezin dira erabili eskuarki animazio edo irudi dinamiko gehiegi horiek umeari errorea sorrarazten badiote, haren sineskortasuna edo esperientzia eza aprobeztatuz. Era berean, araudi espezifiko gehienek debekatu egiten dituzte umeak egoera larrian erakusten dituzten irudiak edo egoerak.

Aurreratu dugun bezala, Konstituzioak haurrei, gazteei eta osasunari ematen dien babesas (EK 20.4 eta 43.1 artikulua) harago doa eta arau bereziek ere babes hori zedarrizten dute. Araudi espezifikoek zorrotzago babesten dituzte umeak elikagai desegokiak, tabakoaren eta edari alkoholikoen publizitatearen aurrean.

122. Horren adibide hau da, Autocontrol Elkarteak Epaimahaiaren 2007ko apirilaren 9ko erabakia. Erreklamazioan Epaimahaiak 2007ko *Armani-Junior* moda-markaren publizitatea aztertu zuen, zeinetan udaberri-udako jantziak aurkeztzen ziren. Iragarrian zortzi urteko bi neskatxa azaltzen ziren makilatuta eta posatzen. Madrilgo Adingabeen Arartekoak aurkaratu zuen erreklamazioa eta, Epaimahaiak, bere ardura eta kontrako jarrera sexu-turismoaren aurrean azaldu arren, erabaki zuen ez zegoela erlazioz jakinduria bidegabe horren eta aztertzen ari ziren irudien artean (Iráculis eta Leñena, 2008: 94).

Izan ere, publizitate mota hori, neurririk jarri gabe, umeengana irits daiteke eta hauek kaltetu (Leñena eta Iráculis, 2006: 167). Bestalde, eta autorregulatioari begiratuz, jokaera oneko kodeek gero eta eragin handiagoa dute umeen eta gazteen interesak babesteko, bai umeen elikagaien publizitatea arautzen dutenean¹²³, baita umei zuzendutako publizitatea hedatu baino lehen derrigorrezko eskakizun berezi bat ezartzen dutenean ere. Hau da, umei zuzenduta doan publizitatea hedatu nahi denean, hobe beharrez, Autocontrol delako Elkarteari iragarkiaren zilegitasunaren inguruko aurretiko kontsulta (*Copy Advice*) egin behar zaio (Iráculis eta Leñena, 2008: 120-121).

Esanak esan, 29/2009 Legeak Publizitatearen Lege Orokorra eraberritu zuen, baita umei bideratuta doan publizitatea eta umeek behar duten babesaren ere. Aldaketa nagusiak umeen izaerari eragin zion; izan ere, horien sineskortasuna hartu zuen abiapuntutzat babeserako. Hori dela-eta, Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikulua ez-zilegitzat jotzen du umei bideratuta doan publizitatea, baldin eta mezuak eragiten badie ondasun edo zerbitzu bat erosteko. Era berean, ez-zilegitzat joko du merkataritzako mezua, umeen ezjakintasuna edo sineskortasuna erabiliz, umeak agertzen badira beren gurasoak edo tutoreak konbentzitzen hauek produktu edo zerbitzu jakin bat eros dezaten. Halaber, umeak ezin izango dira egoera arriskutsuetan agertu eta umei ezin zaie errore sortu produktuaren ezaugarrien edo horren segurtasunaren inguruan. Produktua erabiltzeko beharko dituzten gaitasunak ere argi eta garbi azalduko dira; izan ere, hori egin ezean, beren buruari edo besteei kalteak sor baitiezazkiekete.

Beraz, umei bideratutako publizitateari dagokionez, Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikulua debeku bat baino gehiago jasotzen ditu, oso desberdinak beraien artean (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 275).

Ikus ditzagun banan-banan:

a) Umeak produktu edo zerbitzu bat erostera bultzatzea

Kasu hau bat dator Lehia Desleialaren Legearen 30. artikulua egitatearekin. Izan ere, artikulua horrek jokaera erasotzailatzat jotzen du publizitatearen adierazpenak egitea, umeak produktu bat erostera edo zerbitzu bat erabiltzera bultzatuz.

Aipatu beharra dago Lehia Desleialaren Legearen 30. artikulua kontsumitzaileekin erabilitako jokaera erasotzaileak jasotzen dituela. Beraz, lehia desleialaren arauak Publizitatearen Lege Orokorra, 3.b artikuluan, jasotzen duen egitate berbera jasotzen badu, legegileak ez du behar bezala erregulatu egitatea, kasu edo egitate berbera bi artikuluetan baitago jasota (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 275).

123. PAOS Jokaera Oneko Kodeak urteak daramatza umeen interesak babesten. Jarduera horren adierazgarri izan da kentzea iragarkietatik fikziozko eta umeen pertsonaia ezagunak. Era berean, Autocontrolen aurretiko kontsulta derrigorrezkoa bultzatzen zuen umei bideratutako publizitatearen kasuetan.

Horren ondorioz, bi artikulua horiek eduki berbera izanik, merkataritzako jokaera erasotzaileen atalean 30. artikuluari buruz garatutakoak balio digu oraingo honetan ere.

b) Publizitatean debekatuta dago umeak gurasoak konbentzitzen agertzea hauek produktu bat edo zerbitzu bat eros dezaten

Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikulua *in fine* jasotzen du publizitatean debekatuta dagoela umeak gurasoak konbentzitzen agertzea, hauek produktu bat edo zerbitzu bat eros dezaten.

Paragrafo horretan ematen du Lehia Desleialaren Legearen 30. artikuluan jasotzen den egitate berbera ere jasotzen dela Publizitatearen Lege Orokorrean, baina ez da horrela. Izan ere, merkataritzako jokaera hori lehia desleialaren arabera erasotzaileztat jotzeko, publizitatean umeak beren gurasoak konbentzitzen (produktu bat edo zerbitzu bat eros dezaten) agertzeaz gain, beste baldintza batzuk ere bete beharko ditu halaberrez jokaera horrek, besteak beste, gurasoen (zeharkako eragileak) portaera ekonomikoa aldatzea edo aldaraztea ekarriko du. Beraz, horrek esan nahi du bi araudi horietan jokaera ez-zilegitzat jotzeko eskakizun desberdinak jasotzen direla.

Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikulua arabera publizitatea ez-zilegia izango da, umeak agertzen direnean gurasoak edo tutoreak konbentzitzen produktu edo zerbitzu bat eros dezaten. Arauak ez du iragarkiaren edo merkataritzako mezuaeren testuinguruaren ezaugarriarik kontuan hartzen. Hau da, debekua orokorra goa da Publizitatearen Lege Orokorrean Lehia Desleialaren Legean baino.

Dena den, Lehia Desleialaren Legearen 18. artikulua publizitate ez-zilegia den oro desleialtza jotzen duenez, esan dezakegu Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikuluan jasotzen den debekua desleiala ere badela (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 277).

c) Umeak egoera arriskutsuetan agertzea

Publizitatearen Lege Orokorren 3.b artikulua publizitate ez-zilegitzat jotzen du umeak egoera arriskutsuetan agertzea. Debeku hau Ikus Entzunezko Lege Orokorren 7.3. d. artikuluan (IELO) ere jasotzen da: «Ezin dira, arrazoirik gabe, umeak egoera arriskutsuetan aurkeztu». Hala ere, Ikus Entzunezko Legearen debekuak eragin zehatza dauka, egoera horiek bakarrik debekatzen baitira ikus entzunezko hedabideetan aurkezten direnean. Publizitatearen Legearen debekua, berriz, zabalagoa da eta merkataritzako edozein mezutara zabalduko da.

Arauaren interpretazio teleologikoa aintzat hartuz, hau da, arauaren helburua aintzat hartuz, esan beharra dago debekua aplikatuko dela umeei zuzendutako publizitateari dagokionez. Debekua ez da aintzat hartuko umeengana iristen ez

diren merkataritzako mezu publizitarioetan. Dena den, nahiz eta umeei bideratutako publizitatea ez izan, arauaren debekua aplikatu daiteke umeei publizitate-mezua jasotzen duten guztietan.

Laburbilduz, esan daiteke Publizitatearen Lege Orokorren debekua objektiboagoa eta zabalagoa dela beste arauetan jasotzen direnak baino. Izan ere, Ikus-entzunezko Komunikazioaren Legearen 18.5 artikulua antzeko debekua jaso arren (arrisku-portaerak edo pertsonaren aurkako segurtasuna bultzatzen dituzten jokaerak), debekuak ez du jasotzen jokaera horien errepresentazio soila, Publizitatearen Lege Orokorrek debekatzen duen modura, baizik eta irudikapen horrekin batera, iragarkiak beste baldintza batzuk ere bete beharko ditu. Beraz, Publizitatearen Lege Orokorren debekua zabalagoa da eta egitate gehiago jasotzen ditu. Antzeko egoera daukagu Lehia Desleialaren araudiari dagokionez. Horrek guztiak zera esan nahi du; legegileak publizitate-araudia eraberritzean uste izan du umeei hainbat egoera bere horretan edo mimetikoki kopiatzen dituztela.

Esanak esan, Publizitatearen Lege Orokorren 3.b. arauak salbuespen bat dauka. Hau da, umeak egoera arriskutsuetan aurkeztu ahal dira, baldin eta publizitate-mezuak egoera arriskutsu horien ondorio kaltegarriak saihesteko helburuarekin gauzatzen badira (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 278).

Horren adibidea hau da: Autocontrol Elkarte 2001eko Epaimahaiaren erabakia, urriaren 17koa. Epaimahaiaren iritziz, aztertu zen ea iragarki edo *spot* horretan umeak egoera arriskutsuan azaldu ziren. Aditu horien ustez, lege arau-haustea irudikatzen zuten oinarria hauek ziren: auto-marka baten publizitatea zen, *Golf TDI 130 cv Volkswagen Audi*; telebistan hedatu zen iragarkia, eta bertan lau ume agertzen ziren igerileku baten ertzean korrika. Iragarkiak misterio-filmetan agertutako musika zuen. Irudi horrekin batera, beste bat ere azaltzen zen non aspersore batek igerilekuko ertza bustitzen zuen eta umeei jarraitzen zuten ertzetik korrika. Bat-batean, ume batek bestea bultzatzen du, une berean beste bat saiitzen da igerilekuan dagoen flotagailua jasotzen. Bultzada jaso zuen umea eta flotagailua jasotzen ari zena ez ziren igerilekura erori, orduan mezu bat ikusi eta entzuten da, zeinean agertzen den auto horren irudia eta ahots bat autoak duen itsasgarritasuna goraitpatzen. Autocontroleko Epaimahaiak oinarritu zuen bere erabakia 1994ko Telebista Legearen araudian (*Mugaz Gaiendiko Telebistaren Legea*). Izan ere, telebistan ezin ziren/dira umeak fisikoki, psikologikoki edo moralki kalte ditzaketen edukiak eman eta mezuek ezin dituzte umeak arrazoirik gabeko egoera larrian azaldu¹²⁴.

124. Antzeko egoera gaitzetsi zuen Autocontrol Elkarte 2004ko urtarilaren 14an *Play Station – Sony* iragarkia zela medio. Iragarkian neskatxa bat azaltzen zen ispilu bat kolpatuz, behin puskatuta, neskatxa ispiluaren bestaldera pasatzen zen. Autocontroleko Jarraipen Batzordeak erabaki zuen iragarkiak ez zuela betetzen legezkotasun-printzipioa (Portaera Oineko Kodearen 2. artikulua) ezta 1994ko Telebista Legearen 16.1.c. araua, zeinaren bidez publizitatean ezin dira umeak egoera larrian azaldu.

d) Errorrea eragiten duten publizitate-mezuen debekua

Lehia Desleialaren Legearen 4. artikulua (klausula orokorra deritzogu), ikusi dugun bezala, behartu egiten du hartzaileen profila zehaztera jokaera baten leialtasuna edo desleialtasuna zehazteko garaian. Arauaren derrigorrezko irizpide hori biziki garrantzitsua da engainuzko jokaeren izaera zehazteko unean; izan ere, hartzailearen ezaugarriak kontuan hartzea halaberrezko azterketa izango baita ez-zilegitasuna mugatzeko.

Umeei bideratuta doan publizitatea da, hain zuzen ere, aurreko neurri hori aintzat hartu behar den egoera bat. Izan ere, umeak helduak baino sineskorragoak dira. Hau da, helduek sekula edo nekez sinetsiko ez lituzketen merkataritza-mezuak umeek, beren konfiantza eta sineskortasuna direla medio, itsu-itsuan sinetsiko dituzte. Horretaz gain, umeek esanahi literalari jarraituz hartzen dituzte mezuak.

Aurrekoa aintzat hartuz, legegileak, Lehia Desleialaren Legearen klausula orokorraren bidez, umeak, errorrea sor diezaieketen mezuetatik babesteko, baliabideak ematen ditu. Horretaz gain, legegileak umeen babes hori zorrotzu egin du Publizitatearen Lege Orokorraren 3. artikulua azken paragrafoa erabiliz. Hau da, publizitate-mezuak umeei ezin die errorrea sortu produktuen ezaugarriei dagokienez, ezta produktuen segurtasunari dagokion adierazpenetan ere. Era berean, umeek produktua erabiltzeko beharko dituzten gaitasunen inguruan ezin da errorerik sortu eta beharrezkoak diren gaitasunak halaberrez adierazi behar dira, batik bat adierazpenik egin ezean, umeak, beraiek, edo besteak kaltetuta atera daitezkeenean.

Engainua sortzen duen edo sor dezakeen mezuaren debekua aztertzerakoan, kontuan hartu behar dugu arau honek zehaztapen subjektibo bat duela. Hau da, araua aplikatuko da, baldin eta publizitatea umeei bideratuta baldin badago eta publizitatearen hartzaileak umeak badira soilik. Debekua kasu horretan bakarrik gauzatuko da (PLO 3.b art.).

Ikus-entzunezko Komunikazioari buruzko Legeak badauka antzeko arau subjektibo bat, zeinaren bidez umeei zuzendutako merkataritzako mezuek, bereziki jostailuak sustatzen direnean, ezin duten errakuntza sortu produktu horien ezaugarriei dagokienez, ezta horien segurtasunari dagokionez ere. Era berean, mezu horiek ezin dute errorerik sortu umeek produktuak erabiltzeko beharrezkotzat jotzen diren gaitasunen inguruan, oharpen hori egin ezean eta produktua erabiliz gero, beraiek edo beste batzuk kaltetuta suerta daitezkeenean gehienbat (IELO 7.3.f art.).

Aurreko arau horren hedapen subjektiboa kontuan harturik, esan beharra dago ikus-entzunezko hedabideak erabiltzen direnean soilik aplikatuko dela. Kasu horretan mezua debekatu egingo da. Publizitatearen Lege Orokorraren 3.b artikulua ezartzen duen debekua, berriz, zabalagoa da, umeei zuzendutako publizitateak, edozein hedabide erabilita, errorrea sortuz gero, debekatu egiten baitu.

Publizitatearen Legeak umeei zuzendutako publizitatearen errakuntza definitzeko hiru eragile hartzen ditu aintzat. Lehenik, mezuak sortzen duen errorea produktuari buruzko ezaugarriei dagokienean. Bigarrenik, erroreak produktuaren segurtasunari eragiten dionean, eta hirugarrenik, produktua edo ondasuna erabiltzeko beharrezkotzat jotzen diren gaitasunen inguruan ematen denean errorea.

Produktuaren ezaugarriei buruz engainua edo errorea ekiditeko, kontuan hartu beharra dago umeek, berez, publizitate-mezuaren interpretazio literala egiten dutela. Beraz, enpresaburuek edo merkatariek ardura handia jarri behar dute jostailuaren edo produktuaren ezaugarriak eta prestazioak adierazten dituztenean. Gai honek berebiziko garrantzia dauka umeen jostailuak eta ondasunak merkaturatzeko garaian. Horregatik literatura juridikoak jostailuak komertzializatzeko errakuntza sortzen duten hainbat irudi sailkatu ditu. Besteak beste, hauek: a) jostailuak aurkezten direnean automatikoki mugituko balira bezala, hori egia ez denean; b) mezuek irudi animatu gehiegi erabiltzen dituztenean eta, horren ondorioz, produktuak edo ondasunak beste bat ematen duenean; c) produktuaren edo zerbitzuaren erreferentzia zehatzik ematen ez denean, eta horrek publizitate-mezuaren hartzaileek tamaina erreala ezagutzeko zailtasunak dituztenean (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 281-282)¹²⁵.

Hitz batez, publizitatearen hartzaileak umeak direnean, enpresaburuek eta merkatariek ardura handiagoa jarri behar dute beren publizitate-mezuak eratzeko unean. Hau da, publizitate-mezua bat etortzeko errealitatearekin eta irudi leiala emateko, hainbat adierazpen gehigarri egin beharko dira iragarkian bertan. Demagun jostailu batek pilak behar dituela mugitzeko, kasu horretan egokia litzateke adierazpen hau gehitzea: «Pilak behar ditu mugitzeko». Era berean, ondasun bat bizpahiru produktuz osatuta badago, iragarkiak, errealitatearekin leiala izateko, erantsi beharko du adierazpen hau: «Produktu bi hauek banaturik saltzen dira» (PLO 3.b eta IELO 7.3.f artikulua).

Atal honetan jaso beharra dago ere jostailu edo produktu berezi batzuen inguruko gogoeta. Merkataritzako mezu batzuek ondo azaltzen dituzte jostailuaren edo produktuaren ezaugarriak, hau da, errealitatearekin bat datoz eta produktuaren irudi leiala azaltzen dute. Hala ere, produktu horiek ume edo adingabeen ezohiko trebezia eskatzen dute. Hori gertatuz gero, merkataria eskuari ohartarazi beharko du publizitatean produktua erabiltzeko gaitasun berezia beharko dela (PLO 3.b. eta IELO 7.3.f artikulua).

Aztertzen ari garen prezeptuak (PLO 3.b art.) produktu eta ondasunen segurtasunaren inguruko zehaztapena ere egiten du. Izan ere, produktu baten erabilerak arriskua duenean, publizitateak arrisku horretaz ohartarazi beharko du. Hori dela-eta, produktu baten arriskuari dagokionez, Publizitatearen Lege

125. Autocontrol Elkarteko Epaimahaiaren 2004ko urtarrilaren 14ko erabakiak ez-zilegitzat jo zuen aztertu zuen iragarkia, animazio gehiegi jasotzen zuelako eta errorea sortzen zuelako *Atrapa a Max* jokoaren estetika errearen inguruan.

Orokorren 3.b artikulua egoera hauek debekatzen ditu: a) publizitatea ez-zilegia izango da produktu bat seguru bezala azaltzen duenean eta produktuak edo haren erabilerak arriskua duenean; b) publizitatea ez-zilegia izango da produktua seguru bezala azaltzen denean eta esaten ez denean baldintza batzuk bete behar direla horretarako; c) publizitatea ez-zilegia izango da produktu horren segurtasunaz ezer esaten ez duenean eta produktua erabiltzen irudikatzen denean, egoera hori *per se* arriskutsua izanik.

B) Umeen eta adingabeen babesa ikus-entzunezko komunikazioan

Gaur egun publizitatearen hedapenak ikus-entzunezko hedabideen bidez baliatzen da batik bat. Hori dela-eta, bai telebistan bai eta gero eta maizago *Interneten* ere, ikusi ohi dugu umeei bideratutako publizitatea. Gai hau gure azterketatik at geratzen den arren, laburki bada ere, egokia iruditzen zaigu umeen eta adingabeen babesa aipatzea ikus-entzunezko hedabideetan gauzatzen den komunikazio orotan. Izan ere, 2010eko Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrak, martxoaren 31koak, zehaztu egin zituen umeen eskubideak ikus-entzunezko edozein komunikaziotan, ez bakarrik publizitatean (EKLO 7. art.).

Legeak jasotzen dituen eskubideak hauek dira:

1. Ikus-entzunezko komunikazio-zerbitzuek ezin dute umeen irudia edo ahotsa erabili, ez bada horien baimenarekin edota horien ordezkari legalarenarekin. Edonola ere, ikus-entzunezko zerbitzuek ezin dituzte hedatu umeen izen-deiturak edo irudiak delitu baten berri ematen denean, edo ume horien tutoreak edo gurasoak zehazteko zailtasunak daudenean (7.1 art.).

2. Ikus-entzunezko zerbitzuek, hedapen irekian, ezin dituzte umeak fisikoki, psikologikoki edo moralki kalte ditzaketen edukiak eman; bereziki ezin dira hedatu irudi pornografikoak edo biolentzia-irudiak dituzten saioak. Gurasoek sarbide baldintzatua izateko aukera izan behar dute.

Umeak fisikoki, psikologikoki edo moralki eragin ditzaketen edukiak hedatu daitezke gaueko 22:00etatik goizeko 6:00etara. Dena den, saio horiek dirauten bitartean agerian utziko dute, zeinu deigarri edo akustiko bat erabiliz, saio horren izaera berezia.

Umeen babesa handitzeko, Legeak hiru ordutegi jaso ditu, zeinetan ezin izango baitira hedatu umeak fisikoki, psikologikoki edo moralki eragin ditzaketen edukiak. Ordutegiak hauek dira astegunetan: 8:00etatik 9:00etara; 17:00etatik 20:00etara, eta larunbatetan, 9:00etatik 12:00etara. Azken ordutegi babestu hori hainbat jaiegunetan ere bete beharko da.

Ikus-entzunezko zerbitzuetako prestatzaileek edukiak adinaren arabera sailkatuko dituzte eta aukera eman behar diete gurasoei, kode digitala erabiliz, eduki horiek kontrolatzeko. Kode digitala ikus-entzunezko erregulatzaileak onetsiko du.

Zorizko jokoak eta apustuak goizeko 1:00etik 5:00etara hedatu daitezke bakarrik, helburu publikoa duten zorizko jokoak izan ezik. Helburu publikoa duten zorizko jokoak debekutik at geratzen dira. Esoterismoa eta parazientziak erabiltzen dituzten edukiak gaueko 22:00etatik goizeko 7:00etara bakarrik hedatuko dira. Dena dela, zerbitzuetako prestatzaileek bigarren mailako erantzukizuna (subsidiarioa) izango dute, saio horiek iruzur suertatuz gero (7.2 art.).

Lehen aipatutako ordutegi horietan ikus-entzunezko zerbitzuetako prestatzaileek ezin izango dute gorputzaren gurtua (kultua) sustatzen duten merkataritzako mezurik hedatu, ezta norberaren irudia auzian jartzen duen mezurik ere. Hau da, mezu hauek ezin dira hedatu: flakatzeko produktuen mezuak, ebakuntzak eta estetika-tratamenduak, baldin eta horiek gizartearen oniritzia edo gaitzespena pisuan edo arrazoi estetikoetan soilik oinarritzen badute.

3. Ikus-entzunezko autoritateak jokaera oneko kodeak bultzatuko ditu zerbitzu prestatzaileen artean, horiek merkataritzako mezuak hedatzen dituztenerako. Jokaera oneko araudi horren bidez umeentzat osasuntsuak ez diren elikagaiak gaitzetsi nahi dira. Horretarako hainbat sustantziaren gehiegizko kontsumoa gaitzetsiko da, besteak beste, kaltegarriak izan daitezkeen hainbat gantz, azido, gatz edo azukre baztertuko dira (7.4 art.).

4. Zerbitzu-prestatzaileek beren saio-katalogoa egiten dutenean banatuta hedatuko dituzte umeen saioak eta helduenak (7.5 art.).

5. Arestian aipatu den bezala, zerbitzu-prestatzaileek, ikus-entzunezko hedabideen bidez hedatzen dituzten produktuak hedatu baino lehen, adinaren araberrako sailkapena agerian azaldu beharko dute. Sailkapena Ikus Entzunezko Hedabideen Batzordeak onetsiko du (7.6 art.).

6. Aurreko eskubideez gain, eta gure intereseko gaiari dagokionez, umei zuzendutako merkataritzako komunikazioaren arloan, hain zuzen ere, merkataritzako mezuek beste muga batzuk ere badituzte. Muga nagusia hau da, merkataritzako mezuek ezin dituzte umeak moralki edo fisikoki kaltetu. Beraz, merkataritzako jokaera hauek debekatuta daude (7.3 art.):

- a. Merkataritzako mezuek ezin dituzte zuzenean umeak animatu produktuak erostera edo alokatzera, horien esperientziarik eza eta sineskortasuna aprobetxatuz.
- b. Merkataritzako mezuek ezin dituzte zuzenean umeak bultzatu, hauek gurasoak edo hirugarrenak konbentzitzeko publizitatean sustatutako produktuak erostera.
- c. Mezuek ezin dute erabili umeek gurasoengan, irakasleengan eta hainbat pertsonarengan duten konfiantza.
- d. Mezuek ezin dituzte umeak, arrazoirik gabe, egoera larrian azaldu.
- e. Mezuek ezin dute bultzatu emakumeen eta gizonen arteko desberdintasuna.

- f. Umeei zuzendutako mezuek, bereziki jostailuak sustatzen dituztenek, ezin dute errorea sortu produktu horien ezaugarriei dagokienez, ezta horien segurtasunari dagokionez ere. Halaber, ezin dute errorerik sortu umeei horiek erabiltzeko izan behar duten gaitasunaren inguruan, batik bat gaitasun hori izan ezean kaltetuta suertatu daitezkeenean beraiek edo beste batzuk.

9.2. PUBLIZITATE SUBLIMINALA

Publizitatearen Lege Orokorren 3.c artikuluan, publizitate subliminala ez-zilegizat jotzen da. Gaur egun, publizitatearen azpiko jokaera ilun bat zehazteko balio digu subliminal kontzeptuak, ezin baita edozein jokaera subliminaltzat hartu. Publizitate subliminalaren bidez zentzumenek jasotzen ez dituzten mezuak hedatzen dira, eta hartzaileek subkontzienteki jasoko dituzte mezu horiek. Hartzaileak publizitate-mezua kontzienteki har ez dezan, zentzumenen atalase-maila gainditzen duten publizitate-baliabide eta suspergarriak izango dira PLOrentzat publizitate subliminala (PLO 4. art.) (De la Cuesta, 2002: 132).

Publizitate subliminala ikus-entzunezko baliabideetan azaldu ohi da gehien bat. Izan ere, euskarri horiek egokienak dira modu horretako teknika bereziak erabiltzeko eta zentzumenen atalase-maila —*sublimine*— gainditzen duten publizitate-mezuak hedatzeko. Zabaltzeko erabiltzen den forma kontuan hartuz, oso zaila egiten zaigu juridikoki publizitate mota hori balioestea. Azken batean, hartzailea horren kontrako salaketa jartzeko gauza balitz, horrek esan nahiko luke ez dela subliminala, laborategi-prozesu teknikoak erabiliz jakin baitaiteke soilik mezu hori subliminala den ala ez (De la Cuesta, 2002: 132)¹²⁶.

Ikus-entzunezko baliabideetan mezu subliminala bidaltzeko bi teknika erabili ohi dira. Batetik, abiadura handiko irudien artean hedatzen da kontziente jasotzerik ez dagoen irudia¹²⁷; eta bestetik, irudi batek izan ditzakeen askotariko interpretazioak aprobetxatuz, publizitate-mezuak intereseko duen forma tartekatzen du irudi jakin batean. Egun, indarrean dagoen Ikus-entzunezko Komunikaziorako Lege Orokorrean debeku bera jasotzen da (IEKL 18. eta 2.33 artikuluetan). Lehenengo arauak eskuarki debekatzen du komunikazio subliminala. Hau da, ezkutuko mezua edo teknika subliminalak erabiltzen dituen edozein komunikazio debekatzen du.

126. Hartzaileak mezua kontziente jasoko balu, ez litzateke mezu edo publizitate subliminala izango. Hausnarketa horrekin bat dator Autocontrol Elkarteko Epaimahaiaren erabakia 2000ko urriaren 19koa. Erabaki horretan telebistan hedatutako iragarki baten irudia aztertu zen, zeinean gizonezko bat ateratzen zen trajez eta gorbataz jantzia. Une jakin batean gorputza makurtu zuen eta erreklamazio-jartzaileak esan zuen publizitate subliminala zela, segundo batez gizonaren sorbalda biluzik agertu zelako. Epaimahaiak, aldiz, erantzun zuen ezin zela subliminala izan segundo bat iraun zuen irudi hori hartzaileak kontziente jaso zuelako (Tato, 2010: 285).

127. James Vicary-k (1957) esperimendu bat gauzatu zuen. Film baten proiektzioan bost segundurik behin bi esaldi tartekatuta zituen *sublimine*: «Coca-cola edan» eta «palomita jan itzazu». Esperimendua 45.000 hartzailearengana iritsi zen eta handik sei astera *Coca-cola* eta palomiten kontsumoa dezente igo zen. Hala ere, ez zen demostratu esperimendu horri esker igo zela *Coca-Cola* eta palomiten kontsumoa. Izan ere, garai haietan bi produktu horiek saltzeko denda asko ireki ziren (Tato, 2010: 286).

Bigarren arauak, aldiz, publizitate subliminalaren definizioa ematen du eta bat dator Publizitatearen Lege Orokorrak 4. artikuluan jasotzen duenarekin: «hartzaileak publizitate-mezua kontzienteki har ez dezan, zentzumenen atalase-maila gainditzen duten publizitate-baliabide eta suspengarriak izango dira publizitate subliminala».

Publizitate subliminalaren debekuak (PLO 3.d art.) oinarri moralak du juridikoa baino. Eta, dakigun bezala, debeku moralak, merkataritza-arlokoa ez ezik, edozein arlotako mezua ere debeka dezake; hau da, *sublimine* hedatutako edozein mezu debekatuko du (De la Cuesta, 2002: 132). Publizitate subliminala publizitate ez-zilegia izanik (PLO 3.d eta 7. art.), ezkutuko publizitatea bezala, esan daiteke publizitate desleiala dela. Mezua ezkutuko publizitatearen bitartez jasotzen dutenak ez dira konturatzen publizitate-mezu bat denik, bere publizitate-izaerari buruzko zalantzak dituzte (PLOren identifikazio-printzipioa urratuko luke —9. artikulua—), baina, berez, mezua ikusi edo jaso egiten dute¹²⁸. Ez, ordea, publizitate subliminalaren kasuan; publizitate mota horretan erabiltzen diren teknika bereziak direla medio, mezua ezin da kontzienteki ezagutu (Massaguer, 1999: 228), eta lege-haustea pertsonaren duintasunaren eskubidearen aurkako jokaeran oinarrituko da (EK 10.1 artikulua; ikus 2.1. atala, Konstituzioaren aurka doan publizitatea). Publizitate-jarduera horrek hartzailearen duintasuna gutxietsiko du, eta, areago, esan genezake pertsona manipulatu egiten duela (De la Cuesta, 2002: 132).

9.3. PRODUKTU, ONDASUN, JARDUERA EDO ZERBITZU ZEHATZEN PUBLIZITATEA ARAUTZEN DUEN ERREGULAZIO BEREZIAREN AURKA DOAN PUBLIZITATEA. ZEHARKAKO PUBLIZITATEA

Publizitatearen Lege Orokorra da oinarritzko testua publizitatearen erregimen juridikoa ezartzeko unean. Hala eta guztiz ere, esan daiteke sektore horren ezaugarria izan dela legegintza-ekoizpen handia eman dela, doktrinaren aldetik egoera «legegintza-gaindosi» bezala kalifikatzera heldu arte. Askotan, esku-hartze hori itxurazkoa besterik ez da, inolako eraginkortasunik gabea, zeren sektore berezietan errepikatzen baititu izaera orokorreko araudian dagoeneko dauden debekuak, edo araudi orokor horrekin eraginkor eragotziak izan daitezkeen publizitate motei egiten die aurre.

Publizitatearen Lege Orokorraren 1. artikulua arabera, legeak berak eta beste araudi berezi batzuek ere erregulatuko dituzte publizitate-jarduerak; ondorioz, honako jokaera hau jasotzen da Publizitatearen Lege Orokorraren 3.d) artikuluan: «Hainbat produktu, ondasun, jarduera edo zerbitzuren publizitatearen araudiaren aurkako publizitatea», hain zuzen, ez-zilegitzat joko da.

Lehen esan dugun bezala, Publizitatearen Lege Orokorraren 3.d) artikulua soberan egon liteke duen *izaera tautologikoa* dela-eta, Publizitatearen Lege

128. Ezkutuko publizitatea, produktuaren presentzia ia jasotzen ez duen *product placement* delakoarekin erlazionatzen da. Erredakzio-publizitatea, aldiz, testuarekin nahastu egiten den publizitatearekin erlazionatzen da. Biek ezkutuko publizitatea kategoria osatzen dute (Tato, 2010: 287).

Orokorren 3.a) artikuluari buruz esan dugunagatik, biek Konstituzioaren 20. artikuluko *legezkotasun-printzipioa* urratzen duen publizitatea debekatzen baitute. Konstituzioaren aurkako publizitatean arau horien eraginkortasuna zalantzarria bada ere Konstituzioan aldeztutik babesturiko printzipio bat defendatzen delako, garrantzitsuena izango da Konstituzioan jasotakoa garatzeko araua zein den zehaztea, hau da, lege arrunta ala erregelamendu bat izan behar duen jakitea. Hori dela-eta, nahikoa da lege arrunt bat edo erregelamendu bat erabiltzea oinarritzat ez diren eskubideak eta gizarte- eta ekonomia-politikaren printzipio arautzaileak garatzeko. Hori egiteko ez da lege organiko bat indarrean jarri behar. Esan dezakegu publizitatea lege berezi orokor baten bidez erregulatzea ere zalantzazkoa dela, gure ustez, nahikoa bailitzateke Europako hainbat lurraldetan bezala (Frantzian, esaterako) produktu edo zerbitzu horiek komertzializatzea, eta osasunaren eta pertsonalitatearen eskubideak edo balio kulturalak erregulatzen dituzten arau berezi horietara jotzea (PLO 5. artikulua) (De la Cuesta, 1995: 130-132; 2002: 133). Dena den, Espainiako publizitatearen lege bereziak (PLOk, alegia) publizitatearen araudi bereziari eragingo dio eta lege-hausteak hedabideen araudi berezietan jasoko dira (De la Cuesta, 2002: 133).

Publizitatearen arloko araudi berezia hiru talde handitan sailkatzen da. Horrela, bereizten dira arau bereziak produktuaren arabera, arau bereziak hedabidearen arabera eta, azkenik, arau bereziak publizitatearen jasotzaileen arabera. Lehenengoen artean, adibide gisa, sendagaien publizitatea erregulatzen duten arauak ditugu (Iraculis, 2008: *passim*), edo osasun-helburua aldarrikatuz aurkeztzen diren produktu, jarduera edo zerbitzuen publizitatea erregulatzen dutenak¹²⁹; orobat, elikagai eta produktu dietetiko, kosmetiko, finantza-inbertsioen, finantza-eragiketen eta abarren publizitatea ere arau berezien menpe dago. Bigarren talderako, adibide on bat dugu 7/2010 Legea, Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrean, ikus-entzunezko hedabideen bitartez hedatutako publizitatearentzat erregimen juridiko berezia ezartzen baitu. Azkenik, gure ordenamenduak ere ezagutzen ditu arau bereziak publizitatearen jasotzaileen arabera; besteak beste, adingabeei eta nerabeei bideratutako publizitatea arautzen dutenak.

Ezarri behar da azaldutako hiru kategoria horiek ezin direla konpartimentu itxiztat hartu. Publizitatearen eremuan arau askoren partikularitasuna ez da ezartzen aipatutako irizpide batean soilik, baizik eta horietako batzuetan. Horrela, adibidez, aipa daiteke 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorren 7. artikulua. Artikulu horrek adingabeei zuzendutako telebista bidezko publizitateari jarraibide berezi batzuk ezartzen dizkio. Horrela, 7. artikulua jasotzen dituen jarraibideek izaera berezia dute, publizitatea hedatzeko erabilitako hedabidea kontuan hartuz zein publizitatearen jasotzaileak kontuan hartuz.

129. Abuztuaren 2ko 1907/1996 Errege Dekretua, osasun-helburua aldarrikatzen duten produktuen, jardueren edo zerbitzuen publizitateari eta merkataritzako sustapenari buruzkoa.

Publizitatearen eremuan, Publizitatearen Lege Orokorren eta araudi bereziaren artean ezin daiteke esan erabateko komunikazio eza dagoenik. Alderantziz, espainiar legegilea beti arduratu da bi bloke horien artean lotura bat ezartzeko. Batze-lotura hori Publizitatearen Lege Orokorren 3.d) artikuluan aurkitzen dugu, horren arabera ez-zilegitzat jotzen baita produktu, ondasun, jarduera edo zerbitzu zehatzen publizitatea erregulatzen duen araudian ezarritakoa urratzen duen publizitatea.

Ikus daitekeen moduan, artikulua horrek lokarri garbi bat ezartzen du publizitatearen eremuan dugin araudi bereziaren eta Publizitatearen Lege Orokorren artean. Hala eta guztiz ere, lotura hori ez da ezartzen izaera berezia duen publizitate-araudi guztiarekin. Alderantziz, ezartzen da soilik produktuaren arabera izaera berezia duen publizitate-araudiarekin. Zentzu horretan, 3.d) artikulua berezko hitzetatik ondorioztatzen da arau hori ez dela aplikatuko urratutako araudia hedabidearen arabera edo publizitatearen jasotzaileen arabera izaera berezia duen publizitate-araudia denean.

Dena den, eta haren aplikazio-eremu zorrotzaren barruan, ezin da ukatu Publizitatearen Lege Orokorren 3.d) artikulua erabilgarritasuna. Hain zuzen, produktu edo zerbitzu zehatzen publizitatea erregulatzen duen araudi gehienak izaera administratiboa du; beraz, haren urratzeak, printzipioz, izaera horretako ez-zilegitasuna eragingo du. Arlo horretan, Publizitatearen Lege Orokorren 3.d) artikulua da baimentzen duena urratze haiek, era berean, ez-zilegitasun zibiltzat hartzea. Ondorioz, produktu edo zerbitzu zehatzen publizitatea erregulatzen duen araudian ezarritakoa urratzen duten publizitate-iragarkien kalifikazioak ez-zilegitasun zibil gisa honako eragin hau izango du: publizitate-iragarki horiek ez direla bakarrik geratuko izaera berezia duen araudian aurreikusitako administrazio-izaera duen erregimen zigortzaileen menpe, baita lehiaketa desleialaren arloan akzio zibilen menpe ere. Lehiaketa desleialaren akzioak lan honen beste leku batean zehatz-mehatz aztertuak direnez, bertan ezarritakora egiten dugu igorpena.

Hori kontuan hartzen badugu ere, une honetan esan beharra dago ezen lehiaketa desleialaren arloko akzioen erregimena publizitate-jardueraren arloan aplikatzeak haxe dakarrela: arlo horretan hainbat neurri sartzea, ezingo liratekeenak sartu edo kontuan hartu administrazio-izaera duen erregimen zigortzailea aplikatuz gero. Horrenbestez, produktu edo zerbitzu zehatzen publizitateari buruzko araudi berezian ezarritakoa urratzen duten iragarkiak publizitate ez-zilegitzat kalifikatzeak (eta haien aurka lehiaketa desleialarengatik akzioak tartekatzeak dagokion aukerak) bidea irekitzen du kontsumitzaileen edo erabiltzaileen interes kolektiboaren edo zehaztugabeen defentsan akzio kolektiboak erabiltzeko, edo baita etete-akzioa erabiltzeko ere, publizitate ez-zilegiaren eteteko ekintza ez datorrenean aurreikusita izaera berezia duen araudian ezarritako administrazio-zigorren zerrendan. Akzio horiek, bigarrenik, tarteka daitezke ez iragarlearen aurka soilik, baita lehiaketa desleialaren ekintza agindu edo haren gauzatzean lagundu duen edozein pertsonaren

aurka ere, adibidez, hedabideak, zeinen bitartez publizitatea hedatu den¹³⁰. Publizitate ez-zilegitzat kalifikatzeari esker, azkenik, posible izango litzateke ere neurri zigortzaileak aplikatzea, oro har araudi berezian ez direnak aurreikusten. Neurri horien artean aipagarriak dira publizitate zuzentzailea hedatzea edo epaia argitaratzea, Lehiaketa Desleialaren Legearen 32.2 artikuluan aurreikusten direnak.

Publizitatearen Lege Orokorren 3.d) eta 5. artikuluen arabera, hainbat produktu, ondasun eta zerbitzuri buruzko araudi bi ditugu: batetik, *orokorra*, eta, bestetik, *berezia*. Araudi *berezia*k publizitate-komunikazioaren edozein arlo erregula lezake: izaera eta produktuen ezaugarriak, ondasun eta zerbitzuak, baimen-baldintzak eta, orobat, publizitate-mezu horiek hedatzeko baldintzak eta forma (Santaella, 2003: 163).

Doktrinak Publizitatearen Lege Orokorren 5. artikuluen egitura okerra eta luzea kritikatu du (De la Cuesta, 1995: 132). Legearen aginduak araudi bereziak erregulatuko dituen objektu guztiak jasotzen ditu, eta horrek hainbat produkturen publizitatea erregulatzen duten arauetara egiten du igorpena, hau da, produktuaren publizitate forma jakiteko, arau horretara jo behar da ezinbestean (osasun-produktuak); ondorioz, arauen aplikazioa zaildu egiten du. Bestetik, artikulua horrek administrazioa ahalbidetzen du hainbat produkturen araudia erregulatzeko, eta publizitatearen arloan esku sartzen uzten dio bai erregelamenduen bidez, bai baimen-sistemaren bidez, honako kasu hauetan, besteak beste: pertsonaren osasuna, segurtasuna edo ondarea arriskuan jar ditzaketen produktu, ondasun eta zerbitzuen publizitate-jardueretan, eta, orobat, botika, produktu psikotropiko, estupefaziante, eta edari alkoholodunen publizitatean¹³¹.

Aipatu ditugun produktu horien erregulazioa nahiko nahasia dela esan dezakegu, aintzat hartzen baitu legeak eta administrazioak diotena. Horretaz gain, *publizitatearen mezua, forma eta baliabideak* ez ditu behar bezala argitzen. Agindu horrek klausula orokor *in fine* bat dakar; han, administrazioari ahalbidetzen zaio

130. Ildo horretan, 2009ko abenduaren 30eko Madrilgo Entzutegi Probintzialaren epaia: «La segunda de las cuestiones señaladas para la resolución de la controversia planteada es si cabe considerar a la demandada apelada como legítimo sujeto de las pretensiones actoras. La respuesta a esta cuestión no puede ser otra que la afirmativa, a la vista de los amplios términos en que aparece configurada la legitimación pasiva en el art. 20.1 de la Ley de Competencia Desleal, a tenor del cual las acciones previstas en el art. 18 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya cooperado en su realización (del acto de competencia desleal), lo cual implica que la demanda puede dirigirse contra cuantos brindan cooperación a la realización de un acto de competencia desleal facilitando con sus medios propios la realización del acto en cuestión, y sin cuya cooperación el meritado acto no habría tenido lugar (...). En esta categoría entrarían los medios de comunicación a través de los cuales se difunda publicidad ilícita o engañosa constitutiva de un acto de competencia desleal, como es el caso, independientemente de su amenidad al contenido del anuncio publicitado o la finalidad perseguida por el anunciante, y sin perjuicio de las matizaciones procedentes por razón de la clase de acción ejercitada».

131. 1994ko ekainaren 25eko 1416/1994 Errege Dekretuak ematen ditu sendagaien publizitatearen arauak 92/28/CEE Zuzentaraua garatzeko (Vicent, 2002: 621; De la Cuesta, 2002: 133).

baimen berezi horren bidez Konstituzioan jasotako eskubide eta balioak babes ditzan (De la Cuesta, 1995: 130-132; Santaella, 2003: 251-253).

Arau berezien aurka doan publizitatearen araua (Publizitatearen Lege Orokorraren 5. artikulua) zabala dela ondoriozta dezakegu eta balizko asko sar daitezkeela aurreikusten da (De la Cuesta, 1995: 132; Santaella, 2003: 251-252); halere, balizko kasu guztiak bitan sailka daitezke, batetik *administrazioaren aurretiko baimena betetzen ez dutenak*, eta bestetik, publizitate-mezuaren *forma eta baldintzak* betetzen ez dituztenak (Santaella, 2003: 252-253).

Eskatzen den *administrazioaren aurretiko baimena* dela-eta, aditu batzuek kritikatu dute arau hori, haien iritziz Konstituzioaren aurka doalako (Espainiako Konstituzioaren 20.2 artikulua)¹³². Hau da, Konstituzioak zentsura debekatu egiten du edozein formatan, beraz, Konstituzio Auzitegi Gorenaren arabera Publizitatearen Lege Orokorraren 5. artikuluko aurretiko baimena *zentsura* forma bat izanik, Konstituzioak baimen hori debekatuko du (Espainiako Konstituzioaren 20.2 artikulua).

Horretaz gain, *administrazioaren aurretiko baimenaren* erregulazioa ontzat ez hartzeko beste arrazoi bat ere badago. Hau da, aurretiko kontrolak edo zentsurak ez du bermatzen publizitatearen hartzaileek kalteak edo etsipenak izango ez dituztenik; are okerrago, espero ez diren ondorioak izan daitezke, esate baterako, zentsura forma horrek publizitate-obraen gainean beharrezkoa den kontrola ez izatera eraman dezake iragarlea, administrazioak kontrolatu duela pentsa baitezake; bestalde, hartzaileek pentsa dezakete administrazioaren aurretiko baimena izateagatik produktu edo zerbitzu horiek fidagarriagoak direla (Acosta, 1989b: 804-805; De la Cuesta, 1995: 134; Santaella, 2003: 252-253).

Publizitatearen Lege Orokorraren 5. artikulua 1. atalean, badirudi ondasun jakin batzuei dagozkien publizitate-arau bereziak bakarrik jasotzen direla, hau da, ondareari, segurtasunari eta osasunari buruzkoak; baina ez da hala, arauari ezin baitzaio interpretazio estu hori eman, baizik eta Konstituzioak jasotako eskubide eta balioen kontrako jokaera guztiak berdin sartuko lirakeke arauak babesten dituen balioen artean. Beraz, publizitate-mezuan azalduko ondasun edo zerbitzu motak kontuan hartzeaz gain, mezu horrek erabiltzen dituen *formak* eta *hedabideak* ere kontuan hartu beharko dira (esate baterako, balio kulturalak, balio historiko-artistikoak eta paisaia egoera larrian jar ditzakeen publizitatea). Hori guztia kontuan hartuz, *kanpoko publizitateak* eta *publizitate zuzenak* forma eta komunikabideei buruzko arauak bete beharko dituzte produktu eta zerbitzuen iragarkietan (De la Cuesta, 1995: 132-133)¹³³.

132. Espainiako Konstituzioaren 20.2 artikulua dio araudi horretako 20.1 artikuluan jasotzen diren eskubideak ezin direla murriztu aurretiko zentsura mota bat erabiliz.

133. Aditu horrek azpimarratzen du atal horrek ez duela inolako ekarpenik egiten; izan ere, publizitateak beti errespetatu behar ditu Konstituzioko eskubide eta balioak (Espainiako Konstituzioaren 20. artikulua).

Publizitatearen Lege Orokorraren 5. artikuluan agertzen diren produktu eta zerbitzuen publizitateak erregelamenduek ezarritako baldintzak bete beharko ditu; esate baterako, produktu, ondasun eta zerbitzu horien izaera eta ezaugarriak publizitatean jaso eta zehaztu beharko dira (Publizitatearen Lege Orokorraren 5.2 artikulua), baita produktu horien erabilerak izan ditzakeen kalteak ere, eta azkenik, administrazioaren baimena eskatzeko betebeharra, baimena eskatu behar den kasuetan. Esan daiteke produktuaren publizitatea erregistratzeko arauak eskatzen dituen baldintzen arabera Publizitatearen Lege Orokorraren 5.2 artikulua izaera orokorra dela; izan ere, artikulua lehenengo eta gainerako atalen arteko lotura baizik ez da.

Artikulua 2. atalean *in fine* dagoen klausulak dioenez, produktu eta zerbitzu horien publizitatea garatzeko xedea duten erregelamenduak gauzatzerakoan honako hauen iritzia kontuan izango da: agentzia, iragarle, eta kontsumitzaile eta erabiltzaileen elkarrean iritzia; eta horrek araudiaren sistematizazio eta sailkapenean eragina izan dezake (De la Cuesta, 1995: 132-136).

Gure ikuspegitik, berriz, Publizitatearen Lege Orokorraren 5. arauak alde onak eta txarrak ditu. Ondorio positiboen artean, artikulua egiten duen aurreikuspena dugu, produktu bereziak erregulatzen dituzten legeek haien publizitateari buruzko arauak ezinbestean jaso behar dituztelako (Publizitatearen Lege Orokorraren 5.2 artikulua).

Administrazioaren isiltasunari buruz egindako interpretazioa ontzat jo daiteke eta, halaber, administrazioak ezetz erantzuten duenean zergatia eman behar da; hau da, administrazioari egindako baimen-eskaerari erantzungo ez balitzaio, *isiltasun horrek* publizitate-jarduera hori egikari daitekeela esan nahiko luke, eta, lehenago esan den bezala, *baimen-eskaera* onartuko ez balitz, beti *zergatia* eman beharko litzateke.

Artikuluak (Publizitatearen Lege Orokorraren 5.3 artikulua) dituen alde txarren artean, *klausula zehaztugabea* aipa dezakegu. Klausula horrek administrazioak gauzatu (banatu) behar duen *lehiaketa ona eta leiala* printzipioa jasotzen duenean, ez da zehazten zer esan nahi duen: ea lehiaketa leial horrek iragarle eta lehiakideen artean izan behar duen, ala administrazioak enpresa publikoei lehentasuna eman beharko liekeen pribatuen kaltetan aurretiko baimen horiek onartu behar dituen (De la Cuesta, 1995: 135; 2002: 133).

Publizitatearen Lege Orokorraren 5.2 artikulua ahalbidetzen duen publizitatearen prozesu deslegalizatzaileari buruz ere badugu zer esanik, egia baita Publizitatearen Lege Orokorraren 5.2 a) artikulua hainbat produktu, ondasun, jarduera eta zerbitzuren publizitatea garatzeko aukera ematen duela erregelamenduen bidez, baina artikulua ez du kontuan hartzen ahalbidetze hori ez dela mezuarekiko soilik izango, baizik eta baita forma eta komunikabidearekiko ere (hizkuntzari dago-kiona, alegia). Horretaz gain, artikulua berak (2. eta 4. ataletan) mugatu egiten du

prozesu deslegalizatzaile hori arau batzuen bitartez; adibidez, Publizitatearen Lege Orokorren 5.4 atalak debekatu egiten du pertsona edo animalien kontsumorako diren droga, sendagai eta gai psikotropikoen publizitatea, edozein forma eta modutan egina; beraz, araua desorekatu samar geratzen da (De la Cuesta, 1995: 135; 2002: 133).

Publizitatearen Lege Orokorren 5. artikuluen 5. atalak besteak baino debeku zorrotzagoa jasotzen du, telebistan ezin izango baita 20 gradutik gorako edari alkoholduen publizitatea hedatu. Produktu horien publizitatea debekatuta dago telebistan; *publizitate debekatua* bada, publizitate-jarduera osoa debekatuta dago (De la Cuesta, 1995: 135; Santaella, 2003: 164).

Konstituzioak *haurrei, gazteei eta osasunari ematen dien babesean* datza debekuaren oinarria (Espainiako Konstituzioaren 20.4 eta 43.1 artikulua), eta, esan bezala, doktrinaren alderdi batek dioenez, *publizitate debekatuak* publizitate-komunikazioa mugatzen du eta, horregatik, Publizitatearen Lege Orokorra izaera organikoa beharko luke. Horren faltan, babes berezi hori merezi duten arauak, bederen, lege arrunta beharko lukete (Santaella, 2003: 164)¹³⁴.

Erreformaren aurretik Publizitatearen Lege Orokorra tabakoaren publizitatea ere debekatzen zuen, bai telebistan baita salmenta eta kontsumoa debekatuta zeuden tokietan ere¹³⁵.

Edari alkoholduen dagokienez, legeak graduazio-muga bat jartzen du. Hortik gorako graduazioa duten edariak ezin dira zabaldu horiek kontsumitzea eta saltzea debekatuta duten tokietan. Halere, arau horren interpretazioa harago doa; izan ere, Publizitatearen Lege Orokorren 5.5 artikulua erregelamenduak ahalbidetzen ditu edari alkoholduen publizitatearen baldintzei, edukiari eta formari dagokienez, betiere pertsonaren segurtasuna eta osasuna babesteko asmoz, eta zuzeneko edo zeharkako kontsumoa ez bultzatzeko, gehienbat kirol, hezkuntza eta osasunaren arloan (De la Cuesta, 2002: 136).

Arauaren interpretazioa kontuan hartuz, ezin da ahaztu bai gobernuak bai autonomia erkidegoek edari alkoholduen publizitatea estuago erregula ditzaketela, eta graduazioa 20 gradutik behera jaitsi (Publizitatearen Lege Orokorren 5.5 artikulua, *in fine*). Dena den, hainbat produktuen publizitatea hedabide eta euskarri desberdinetan gertatzen denean, kontrako egoerak sor litzake aukera horrek (Vicent, 2002: 621)¹³⁶.

134. Ez dago ados De la Cuesta Rute, 2002: 131.

135. Maiatzaren 26ko 2003/33/EB Tabakoaren Zuzentaraua.

136. Aditu horrek dioenez, Lehiaketa Desleialaren Legeak berdin tratatzen du 20 gradutik gorako edari alkoholduen publizitatea, telebistan edo beste euskarrietan hedatzen denean. Ikuspegi berbera du martxoaren 16ko 10/1991 Nafarroako Foru Komunitatearen Legeak, adingabeen edari alkoholduen kontsumoa mugatu eta babesten duenean; hori dela-eta, debekatuta dago alkoholaren publizitatea hezkuntza-, kirol-, zinema- eta ikuskizun-aretoetan eta Osasunbideko areto guztietan, baina adin nagusikoentzako saioetan, ikuskizunetan eta zinema-aretoetan izan ezik [6.4 a) artikulua]. Debeku hori indarrean dago zuzeneko eta zeharkako publizitate mota guztietan, hau da, produktu edo objektuen

Horrek guztiak hausnarketa sakonagoa behar du gure iritziz, edari alkoholadunen publizitatea —horiek saltzea eta kontsumitzea debekatuta dagoen tokietan edo telebistan— jasotzen duten arauak Konstituzioak babesten dituen eskubideetan (pertsonaren segurtasuna eta osasuna) oinarritzen direlako (De la Cuesta, 2002: 136). Beraz, publizitatea egiteko eskubidea (Espainiako Konstituzioaren 20. eta 38. artikulua) ezin da lehenetsi pertsonaren segurtasuna edo ondasuna babesten duten eskubideen aurrean. Gure aburuz, Publizitatearen Lege Orokorren 5.5 artikuluko debeku hori ez da telebistan bakarrik gauzatu behar, pertsonaren osasuna kalteztzen duen edozein komunikabideetan baizik, ez baita ulertzen, telebista ez den beste euskarrietan zabalduz gero zergatik ez duen berdin kalteztuko; azken batean pertsonaren osasuna kalteztu dezakeen publizitate-mezua txarra izango da edozein hedabideetan zabaldua (De la Cuesta, 2002: 136)¹³⁷.

Esan dezakegu tabakoaren eta edari alkoholadunen publizitatearen debekua orain arte Europar Batasunak arlo horretan eraman duen politika zorrotzaren ildotik doala, 2003ko maiatzaren 26an 2003/33/EB Zuzentarauak agerian uzten zuen bezala. Zuzentaru horren bidez, tabakoaren eta harekin erlazionatutako produktuen babesleztaren eta publizitatearen gainean estatu kideek zituzten arau administratibo, erregelamendu eta legeak batu nahi izan zituen Europako Kontseiluak¹³⁸.

Publizitatearen Lege Orokorren 5.6 artikulua arabera, araudi berezi horren lege-hausteari ezarritako zigorra honako lege berezi hauetan jasoko da: uztailaren 19ko 26/1984 Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Legea (egun, 1/2007 Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorren eta Bestelako Osagarritzako Legeen Testu Bateginaren Onarpenerako Legegintzako Errege Dekretua) eta apirilaren 25eko 14/1986 Osasun Lege Orokorrean (De la Cuesta, 1995: 132; Santaella, 2003: 164). Halaber, Publizitatearen Lege Orokorren xedapen iragankorrak dio lege horien arauetara jo beharko dela, aurkako legerik ematen ez den bitartean.

Zeharkako publizitatea

Espainiako ordenamendu juridikoak debekatu egiten du tabakoaren eta 20 gradutik gorako edari alkoholadunen publizitatea telebistan (egun, Publizitatearen Lege Orokorren 5.5 artikuluan azken produktu hauentzat soilik aurreikusten da debekua). Debekua uztailaren 12ko 25/1994 Telebistaren Legeak (*Mugaz Gaindiko Telebistaren Legeak*) jaso zuen, Europar Batasuneko 89/522/EEZ Zuzentaruak

deitura, grafismo, aurkezpen edo alkoholaren ezkutuko publizitate forma guztietan (6.6 artikulua) (De la Cuesta, 2002: 136).

137. Aditu horrek azpimarratzen du pertsonaren osasunak ez duela horrelako neurririk eskatzen. Horretaz aparte gaineratzen da 89/522/EEZ Zuzentaruaren 15. artikulua ez duela debekatzen alkoholaren publizitatea telebistan, eta publizitate hori zabaltzeko baldintzak besterik ez duela aipatzen.

138. Espainiak aipatutako Zuzentaruak ondoko legearekin egokitu du: 28/2005 Tabakoaren Legeak, abenduaren 26koak, tabakoaren publizitatea, promozioa eta babeslesta debekatu ditu, hedabide eta gizarte-informazio zerbitzu guztietan.

Espainiako ordenamendura egokitzeko. 1999ko ekainaren 7ko 22/1999 Telebistaren Legeak, bestalde, aurrekoaren hainbat arau aldatu egin zituen.

Legegile espainiarrak aipatu dugun tabakoari eta edari alkoholodunei buruzko arau hori egokitu zuenean, ez zuen zuzentarauan jasotzen zen bezala egokitu, eta «tabakoaren zuzeneko zein zeharkako edozein eratako publizitatea» debekatu zuen [9.1 a) artikulua]¹³⁹. Beraz, tabakoaren erregulazioak, publizitate formari dagokionez batik bat, alkoholaren publizitatearen formula berbera erabili zuen telebistako publizitatean (De la Cuesta, 1995: 137).

Horren ondorioz esan dezakegu Publizitatearen Lege Orokorren 5.5 artikulua arbitrario samarra dela, ezin baita publizitatea egiteko eskubidearen ikuspegitik justifikatu (Espainiako Konstituzioaren 20. eta 38. artikulua), publizitatearen formaren aldetik baizik, hau da, erabiltzen den euskarriaren ikuspegitik (telebista). Horregatik, 1994ko Telebistaren Legeak (1999an eta 2010ean aldatua) egindako zuzentarauaren egokitzapena akats juridikotzat hartu da, Europar Batasuneko arauak ez baitu debekatzen edari alkoholodunak telebistan agertzea, baizik eta euskarri horretan zabaltzeko hainbat baldintza jartzen ditu, besterik ez (89/522/EEE 15. artikulua) (De la Cuesta, 2002: 137).

Alkoholaren eta tabakoaren zuzeneko zein zeharkako telebistako publizitatearen debekua ekarri zuen 1994ko Telebistaren Legeak *zeharkako publizitatearen definizioa* ematean, eta produktua aipatzen ez duen publizitate mota bat da, baina jatorriko enpresaren markak, sinboloak edo antzeko beste ezaugarriak erabiltzen dituen [3 e) artikulua] (De la Cuesta, 2002: 137).

Orain dela urte batzuk, zeharkako publizitateari buruzko bi kasu aztertu zituen *jurisprudentziak*. Batetik, *aitzakiazko produktua* erabiltzea; hau da, ez da izango alkohola edo tabakoaren publizitatea, baina iragarkian bi produktu horiek azaldu gabe sustatu nahi direnean (Tato, 2003: 24-26)¹⁴⁰. Bestetik, *publizitate korporatiboaren erabiltzea*; horrek iragarlearen irudia merkatuan sendotu eta irautea bilatzen du, eta erabat zilegia da (De la Cuesta, 2002: 137; Tato, 2003: 26).

Gure ikuspegitik, *publizitate korporatiboaren* aukera mugatzen da formulazio juridiko horrekin (Mugaz Gaindiko Telebistaren Legeak zeharkako publizitateaz ematen duen definizioarekin —3.e) artikulua—); izan ere, publizitate mota hori,

139. Auzitegi Goreneko 1997ko uztailaren 26ko epaia.

140. Madrilgo Probintzia Auzitegiak, 2000ko irailaren 29ko erabakiaren arabera, *For Sun* deituriko eguzkitako betaurrekoen publizitatea debekatu zuen, *zeharkako publizitatea* egiten ari zela esanez, bi produktu jakin batzuen publizitatea antzekoa baitzen, *For Sun* betaurrekoena eta *Fortuna* tabakoarena, alegia. Irizpide bera erabili zen 1999ko maiatzaren 12ko Madrilgo Lehenengo Instantziako erabakiak —2001eko urriaren 8ko Probintzia Auzitegiak berretsita—, DUCA-2 izeneko diskoaren publizitateak *Ducados* tabako-markaren publizitate-kanpainaren antza zuela (eslogana, musika, pertsonaiak, eta abar) esan zuenean. *Zeharkako publizitate*tzat ere hartu zen *Cuba Libre Bacardí* publizitatea, produktu horren publizitatea onartuta egon arren, *ron Bacardí*ren iragarkia gogorarazten zuelako (abenduarien 5eko Madrilgo Probintzia Auzitegiaren arabera).

enpresa edo firmaren epe laburreko produktuak sustatzeaz gain, merkatuko irudia sendotzen ere saiatzeko da, helburu zilegiak betetzeko eta enpresaren iraupena lortzeko asmoz (De la Cuesta, 2002: 137; Tato, 2003: 26). Hori dela-eta, helburu zilegia duen *publizitate korporatiboa* ez-zilegitzat jotzen den zeharkako publizitatearen barruan geratzen da.

Beraz, publizitate mota hori (publizitate korporatiboa) ez-zilegitzat joz gero, baliabide berriak eskuratzeko bidea ixten zaio enpresari, *zeharkako publizitatearen* barruan enpresaren *markak* eta *zeinu bereizleak* ere sartzen baitira, eta horiek ordezkatzeko enpresaren *irudi* edo *izen ona* ezin izango bailitzateke publizitate gisa erabili¹⁴¹.

Debeku hori ordenamendu juridikoan sartu izana kritikatu izan da, aditu batzuen iritziz oinarritzko zenbait eskubide kaltetzen baititu. Azken batean, legediak egituratzen dituen printzipio juridikoak estu eta zorrotzago interpretatu beharko lirateke, eskubideren bat mugatzen duten arauak dagokienez —zeharkako ezkutuko publizitatearen kasuan, alegia— (De la Cuesta, 2002: 137).

Esan dugun guztia kontuan hartuz, *zeharkako publizitatea* ez-zilegia izango da soilik zeharkako identifikazioa erabiliz debekatutako produktu baten publizitatearekiko erlazioa agerian uzten duenean; hau da, debekatutako produktu hori ez da iragarkian azalduko, baina iragarkiaren ezaugarri gehienek produktu hori ekartzen dute gogora (Tato, 2003: 25-26)¹⁴².

9.4. ENGAINUZKO PUBLIZITATEA: ENGAINUZKO EKINTZAK ETA ENGAINUZKO OMISIOAK

9.4.1. Kontzeptua

Publizitateak ondorio positiboak izateko, komunikazioa halabeharrez egiazkoa izango da. Horrexegatik jo zuen Publizitatearen Lege Orokorrak ez-zilegitzat *engainuzko publizitatea* [[Publizitatearen Lege Orokorren 3.b) artikulua, lege hau aldatu aurretik]. Bestalde, publizitate-jardueran engainua arlo batean baino *gehiagotan* koka daitekeenez, figura ez-zilegi berezi eta autonomo batzuk eratu dira, esate baterako, *ezkutuko publizitatea* eta *publizitate nahasgarria* (De la Cuesta, 2002: 142). Ikuspegi horretatik abiatuz, hainbat balizko kasu ez-zilegi jo dira berezi

141. Ondasun ez-materialak baina ekonomikoki neurgarriak (De la Cuesta, 2002: 137).

142. Aditu horrek jokaera horren adibide bat dakar gogora, *Osborne* enpresak egindako publizitate-kanpaina bat. Han, enpresaren zeinu bereizleak azaltzen ziren, besteak beste, *Osborneren zezena*. Hori dela-eta, 2002ko uztailaren 9ko Cadizeko Probintzia Auzitegiaren erabakiak 2001eko urriaren 29ko Puerto de Santa Mariako lehenengo instantziako epaia atzera bota zuen, esanez iragarki horrek enpresaren izen komertziala *Osborne y Cía. S.A.* erabili izan balu, zezenaren irudia erabili beharrean, zilegi izango zela; izan ere, *publizitate korporatiboa* izango zen. Zezenarena erabiltzeak, aldiz, hartzaileari brandia ekarriko zion gogora (*zeharkako publizitatea*) eta hori ezin da telebistan hedatu (Publizitatearen Lege Orokorren 8.5 artikulua) (De la Cuesta, 2002: 137).

eta autonomotzat; horiek engainuzko publizitatearen adar bat besterik ez izanda, *publizitate baztertua* eta *testigantza-publizitate ez-zilegiaren* kasuak, besteak beste (De la Cuesta, 2002: 142).

Engainuzko publizitatea Publizitatearen Lege Orokorren 3.b) artikuluan jasotzen zen; 4. artikuluan, berriz, haren definizioa ageri zen, eta 5. artikuluan, iragarkiek ezinbestean jarraitu beharreko irizpide batzuk jasotzen ziren, publizitate hori engainuzkoa izan ez zedin. Ikuspegi materialari begiratuz gero, engainuzko publizitatearen definizioak Engainuzko Publizitatearen Zuzentarauak ematen zuenari (84/450/EEE, irailaren 10ekoari) jarraitzen zion bete betean¹⁴³.

Legediaren arabera, publizitatearen *engainuzko elementua* mezuan kokatzen denean elementu ez-zilegi hori kentzen bada —bai nahita, bai eraginda—, publizitatea zilegi bihurtuko da. Hori dela-eta, engainuzko publizitatea desleiala ere izan daiteke eta hainbat produktu, ondasun, jarduera edo zerbitzuren araudi bereziaren aurkakoa (Santaella, 1989: 171)¹⁴⁴. Dena den, Publizitatearen Lege Orokorren 4. artikulua ez zuen kokatzen izaera ez-zilegia mezuaeren edukian bakarrik, eta beste kasu batzuk ere ez-zilegitzat joko zituen, *ezkutuko publizitatea*, esaterako. Ezkutuko publizitatearen kasuan, hartzaileari uste okerra eragiten edo sorrarazten dionean gertatuko da engainua, hartzaileek ez baitakite zehatz-mehatz jasotzen duten mezua publizitate-izaerarik duen ala ez (De la Cuesta, 2002: 143). Horixe bera gertatzen da publizitate estatikoarekin (*product placement* delakoarekin), hainbat produktu edo objektu telebista jakin batean sartzen direnean, Publizitatearen Lege Orokorren indargabetutako 11. artikulua *identifikazio-printzipioa* urra litekeelarik; izan ere, hartzaileak ezin du ziurtatu publizitatearen aurrean dagoen ala ez, eta ondorioz, iragarkiak izaera ez-zilegia izango luke (Vicent, 2002: 619).

Aurrerago ikusiko den bezala, doktrinak kritikatu egin du *ezkutuko publizitatea* engainuzko publizitatearen kasutzat jo izana, ezkutukoan engainuak izaera neuronal baitu eta engainuzkoan, berriz, mezuaeren edukian gertatzen baita. Hori dela-eta, publizitate mota horren engainuzko elementua, mezuan oinarritu beharrean, komunikatzeko moduan jasoko da. Publizitate mota horren helburua eta ez-zilegi izatearen arrazoiak publizitate-mezua ezkutatzea edo estaltzea da, ez du izaera publizitarioa agerian utzi nahi, eta, hala, hartzaileek ez dituzte hartuko publizitate-mezuari aurre egiteko dagozkien neurri psikologikoak. Iragarki konbentzigarria modu horretan aurkezteari susmo txarrez begiratzen zaio; izan ere, publizitatea jasotzean hartzailea ahulago dago, eta konturatu gabe jaso du mezua hori (De la Cuesta, 1995: 138; 2002: 165; Tobio, 2000: 1159).

143. 2.2 artikulua: «Engainuzko publizitatea edozein modutan —beraren aurkezpena barne— hartzaileari uste okerra sorrarazi edo sorraraz diezaiokeena da, eta bere engainuzko izaera dela medio portaera ekonomikoan eragin dezakeena edo arrazoi horrengatik lehiakidea kaltetu dezakeena» (De la Cuesta, 1995: 132).

144. Aditu horrek dioenez, Publizitatearen Lege Orokorren izandako 11. artikulua kontra doan publizitatea da, *gezurrezkoa*, alegia.

Ezkatuko publizitatea debekatzen da hainbat ondasun juridikoren aurka doalako. Publizitatearen Lege Orokorrean indargabetutako 11. artikuluan jasotako *identifikazio-printzipioa* da horien artean lehenengoa: zabaltzen den komunikazioan informazioa eta publizitate-mezua behar bezala bereizten ez direnean urratuko da printzipioa. Bigarrena, berriz, hartzailearen eta iragarlearen arteko erlazioari dagokio, merkatuaren funtzionamendu ona urratzen denean; hau da, hedabideek eskaintzen dituzten zerbitzuetan gertatuko da bereziki, zeren ezkatuko publizitatea hedatzen dutenean adostutako baldintza ekonomikoak agertzen ez baitira; beraz, merkatuen prezioen sistematik at geratuko dira eta horren ondorioz merkatuaren gardentasuna kaltetuko da (De la Cuesta, 1995: 138-139).

Gure ustez, legegile espainiarrak ez zuen asmatu *ezkatuko publizitatea* engainuzko publizitatearen kategorian sartu zuenean, azken batean publizitate mota hori beste arau batzuek ere erregula baitezakete. Ikuspegi horren ildotik doa europar legegileak ezkatuko publizitatea erregulatzeko aukeratu zuen bidea, ezkatuko publizitatea irati-telebistako jarduerak arautzeko zuzentarauan sartu baitzuen (De la Cuesta, 1995: 139; 2002: 143; Tobio, 2000: 1156).

Publizitatearen Lege Orokorrak *engainuzko publizitatearen definizioa* ematen zuen 4. artikuluan: «Edozein formatan aurkezpene dela medio hartzaileari uste okerra sorrazten diona edo sorraz diezaiokeena izango da engainuzko publizitatea, eta haren portaera ekonomikoa aldaraziko duena; baita lehiakidea kaltetzen duena edo kaltetu dezakeena ere. Halaber, ondasun, jarduera edo zerbitzuen oinarritzko datuak isiltzen dituen publizitateak engainuzko izaera izango du, omisio horrek hartzaileari uste okerra sorraz badiezaioke».

Legearen eta engainuzko zuzentaruaren kontzeptuak alderatuz gero, konturatzeko gara oso antzekoak direla, beharbada hobe zitekeen zuzentaruaren testu bera hartu izana, zehatzagoa baita; hau da, publizitate-mezua ez-zilegia izango da bere «engainuzko izaera dela eta» (frogatzen oso zaila, bestalde) (De la Cuesta, 1995: 140-141; 2002: 145; Lema, 1995b: 871; Vicent, 2002: 619; Santaella¹⁴⁵, 2003: 158). Izaeraren interpretazioa, berriz, bi ikuspegitik azter daiteke. Lehenik, hartzailearen portaera ekonomikoan duen eraginaren ikuspuntutik; izan ere, engainuaren eraginez, hartzaileak kontratatu egiten du. Bigarrenik, *hartzaileen interes kolektiboen babesa*

145. Aditu horrek Publizitatearen Lege Orokorren aukera kritikatu zuen, engainuzko publizitatearen izaera hartzaileen kontratatze eraginean edo lehiakide bat kaltetzeko ahalmenean oinarritzen zuelako; autorearen ustez, horrek lege-haustearen trataera samurtu besterik ez du egiten, onargarriak diren engainuak onartu egiten baititu, eta gezurrari ate bat irekitzen zaio. Horren azalpena, autorearen ustez, arau europarraren ikusmoldean datza, araua eman zenean hainbat lurraldetako ohiturarekiko eta gezurrekiko jarrera toleranteagoa onartu behar izan baitzen denon onerako; halere, bere ustez, Espainiako legegileak ez zuen zuzentaruaren kontzeptu berbera jasotzeko inolako beharrik.

kontratatzea helburu duenez, arauak merkatuaren funtzionamendu ona bilatuko du (De la Cuesta, 2002: 145)¹⁴⁶.

Engainuzko publizitatearen legezko definizioa, dena den, ia-ia bat dator zuzentarauarenarekin (2.2 artikulua); izan ere, engainuak sorrarazten duen uste okerra besterik ez dute aintzat hartzen bi arau horiek, eta sor dezakeena ere ez-zilegitzat joko dute (Lema, 1995b: 871-872; De la Cuesta¹⁴⁷, 2002: 14). Definizioaren atal horrek *klausula orokor* baten balioa eta izaera du; beraz, berdin dio zein euskarri edo hedabide erabiltzen den —idatzia, ahozkoa, irudizkoa edo entzunezkoa—; mezuak engainuzko izaera badu, publizitate ez-zilegia izango da (García-Cruces, 1998: 459).

9.4.2. Engainuzko publizitatea lehiaketaren lege-hauste gisa

A) Lehiaketa Desleialaren Legea lehenetsi behar denean

Hartzaileari errorea sorraraztea halabeharrezko baldintza izan arren, ez zen nahikoa publizitate-mezu bat engainuzkoa izan zedin, horretarako Publizitatearen Lege Orokorrak eskatzen baitzuen hartzaileen merkatuarekiko jarrera aldatzea eta une berean lehiakidea kaltetzea (Lema 1995b: 871-872)¹⁴⁸. Hortik dator, hain zuzen ere, merkataritza-lehiaketaren eta publizitatearen arteko erlazioa, zilegi izateko publizitateak merkatuaren funtzionamendu ona izan behar duelako helburu (Feliu eta Bendito, 1989: 3623)¹⁴⁹.

Doktrinak *engainuzko publizitatea jasotzen duen araua* kritikatzan du, lehiakidearen eta hartzaileen babesak desberdintzat jotzen dituelako, eta arauaren izaera ez-zilegia eta lehiaketa babesten duen araudia bereizten dituelako. Horixe da

146. Aritu horren ustez, kontratua sinatzea engainuzko publizitateak sorrarazitako uste okerrean oinarritzen da. Hori hala balitz, kontratu hori akastuna izateaz gain —errorea edo doloa baitago— deuseza ere litzateke. Baina hori deuseztatzea epailaren aurrean eskatu behar izatea *a posteriori* garestiegia denez, interes kolektiboen babesa Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Defentsarako Legean jaso da, 8. artikuluan; artikulua horrek dioenez, publizitatean egiten diren argudioei kontratu-klausulen izaera emango zaie, eta iragarleak publizitatean esandako guztia bete beharko du, kontratu-klausularen antzera.

147. Aritu horrek dioenez, definizioaren prebentzio-izaera bat dator publizitate-diziplinak duen izaerarekin; hau da, publizitate-jarduera arrisku-jarduera da, eta aurretiko babesa eskatzen du horrek.

148. Aritu horrek *a contrario sensu* dioenez, publizitate horrek portaera ekonomikoaren gainean eraginik ez baldin badu, ez da engainuzkoa izango, baizik eta publizitate-hanpatze bat besterik ez, publikoak ez baitu serioski hartzen esaten dena (Acosta, 1989: 5344).

149. Aritu horiek diotenez, honako hau zen Publizitatearen Lege Orokorrak engainuzkotzat hartzeko eskatzen zuen baldintza: publizitateak lehiakideen interesak kaltetu behar zituela, nahiz eta horiek hartzaile-izaera ez eduki. Hala, joera desleiala sortuko da eta, artikularen ikusmolde horri esker, lehiakideek legitimazio aktiboa izango zuten; azkenik, publizitate horren aurka, zegozkien badaezpadako neurriak eskatu ahal izango zizkioten epaileari (Lema, 1995: 871-872; De la Cuesta, 2002: 146). Beste aritu horiek diotenez, berriz, hartzaileen portaera ekonomikoa aldatzea ezinbesteko baldintza da publizitatea engainuzkoa izan dadin, baina lehiakidea kaltetzea ez litzateke ezinbestekoa izango, bestela pentsa liteke enpresaburu monopolista batek ezingo lukeela sekula engainuzko publizitatea egin.

akatsa, hain zuzen; izan ere, hartzaileen interesak eta lehiakideenak ezin dira bereizi, lehiakide baten interesak urratzen direnean hartzaileenak ere urratzen baitira (De la Cuesta, 2002: 148).

1991ko Lehiaketa Desleialaren Legea indarrean jarri zenez geroztik, ez dago inolako arrazoirik bereizketarik egiteko engainuzko publizitatearen eta lehiaketa ez-zilegiaren artean: Publizitatearen Lege Orokorren 3.b) eta 4. artikuluek engainuzko publizitatea jasotzen zuten, eta Lehiaketa Desleialaren Legeak, berriz, engainuzko ekintzak jasotzen zituen 7. artikuluan; gainera, Publizitatearen Lege Orokorra baino malguago eta zabalago¹⁵⁰. Lehiaketa Desleialaren Legeak ez zuen Publizitatearen Lege Orokorra espresuki indargabetu, baina balizko kasu berberak arautu zituen lege berriak; hori dela-eta, Publizitatearen Lege Orokorra osorik indargabetu ez bazen ere, esan dezakegu hainbat artikulua espresuki aipatu gabe indargabetu zirela; beraz, une horretan, Lehiaketa Desleialaren Legea lehenetsi behar zen (De la Cuesta, 2002: 148)¹⁵¹.

Aurrerago, merkataritzako jarduera desleialak soilik aztertuko ditugun arren, Lehiaketa Desleialaren Legea lehenetsiz eta eztabaida hau gainditutzat eta amaitutzat emanez, hala ere 2009. urtean emandako erreforma aurretik, doktrinan eta jurisprudenzian zegoen zatiketa aipagarria da. Egoera honako hau zen. Doktrinaren eta jurisprudenziaren zati baten ustez, Publizitatearen Lege Orokorren arauak *lege berezia* osatuko dute eta Lehiaketa Desleialaren Legearen arauak, berriz, *lege orokorra*; horrek esan nahi du lege-haustearen izaeraren arabera bata zein bestea aplika daitezkeela; batzuetan, biak aintzat hartzea izango delarik egokiena (Tato, 1994b: 608 eta 611). Baina beste autore batzuek ez diote horri berdin irizten, jokaera horrek (arau biak ezartzeak) juridikoki ziurtasun eza ekar baitezake. Horretaz gain, eskubideak murrizten dituzten arauak ezartzeko, ez lirateke beteko arauak irauteko beharrezkoak diren printzipioak (esaterako, lege berezia edo lege berria lehenetsi behar dira) (De la Cuesta, 2002: 150). Hori kontuan izanik, PLO Lehiaketa Desleialaren Legearen printzipioen arabera interpretatzea litzateke arazo hori konpontzeko beste bide bat. Gainera, Lehiaketa Desleialaren Legearen 7. artikulua (erreformaren aurretik) jasotzen duen balizko kasua PLOren 4. eta 6. artikuluen baino hobe izan arren, 38/2002 Legeak agerian utzi du ez duela PLO indargabetu; beraz, PLO Lehiaketa Desleialaren Legearen arauen arabera interpretatzea da konponbide bakarra (De la Cuesta, 2002: 150).

150. Lehiaketa Desleialaren Legearen 7. artikulua: «Egiazkoak edo zuzenak ez diren jarraibideak erabiltzea ekintza desleiala izango da; halaber, egiazkoak direnak baina isilpean mantentzen direnak edo erabiltzen ez direnak. Aurrekoez gain, orobat, ekintza desleialtzat joko da honako ezaugarri hauei dagokienez hartzaileari uste okerra sorrarazten dion edozein jokaera: produktuen izaera, ekoizpen- edo banatze-prozesua, ezaugarriak, erabilera, kopurua, eta, oro har, produktuari buruz aipatzen den edozein abantailak errorea sortzen badu».

151. Aditu horrek zioenez, pentsa zitekeen Publizitatearen Lege Orokorren lehiaketa ez-zilegia jasotzen zuten arauak, bederen, Lehiaketa Desleialaren Legearen ondorioz indargabetuta zeudela.

Egoera horren ondorioa zen Publizitatearen Lege Orokorra ez zela indargabetu. Ondorioz, oro har, lehiaketa desleialaren espainiar zuzenbideak aurrean zeuzkan arazo handienetarikoen artean Publizitatearen Lege Orokorren eta Lehiaketa Desleialaren Legearen arteko harremana izango zen, harreman horrek etengabeko gatazka ekarriko baitzuen. Lehiaketa desleialaren espainiar zuzenbidearen ezaugarria zen bi kategoria erabat desberdin bereganatzen zituela: publizitate ez-zilegia, PLOk erregulatzen zuena, eta lehiaketa desleialaren ekintzak, Lehiaketa Desleialaren Legean aurreikusten zirenak. Arazoa zen, bi lege-testu horietan egitate berdinak edo antzekoak arautzen zirela, eta egoera horrek eragiten zituela zalantza garrantzitsuak aplikatu beharreko araudiaren inguruan. Legegileak, publizitate ez-zilegiak eta lehiaketa desleialak, forma aldetik bi kategoria desberdin bezala, batera irauteak ekar lezakeen gatazkaz jakitun, erabakitzen du neurriak hartzea kategoria horien artean sor daitezkeen gatazkak ahal den neurrian murrizteko.

Horren ondorioa izango da, Publizitatearen Lege Orokorren jatorrizko idazketan ez bezala, 3.e) artikuluko berriak, nahiz eta seinatu publizitate ez-zilegitzat engainuzko publizitatea, publizitate erasotzailearen eta publizitate desleialaren definiziorik ez duela jasoko, zentzu horretan erregulazioari dagokionez, Lehiaketa Desleialaren Legean ezarritakora igorpena eginez. Gauzak horrela izanda, PLOren 3.e) artikuluko berriaren arabera, ez-zilegitzat jotzen da «engainuzko publizitatea, publizitate desleiala eta publizitate erasotzailea, lehiaketa desleialaren ekintzen izaera izango dutenak Lehiaketa Desleialaren Legean ezarritako hitzetan». Halaber, Lehiaketa Desleialaren Legearen 18. artikuluko berriak honako hau ezartzen du: «Publizitatearen Lege Orokorren arabera ez-zilegitzat hartzen den publizitatea, desleiala izango da». Ondorioz, espainiar legegileak aurreikusten du publizitate ez-zilegiaren barruan suposamendu garrantzitsuenen artean zenbaiten kalifikazioa lehiaketa desleialaren ekintzat, une honetan, horien artean engainuzko publizitatea azpimarratzen dugularik.

Espainian, publizitate desleialaren eta lehiaketa desleialaren erregulazioaren aldaketa horren arrazoia, abenduaren 30eko 29/2009 Legean aurkitzen da, 2005/29/EE Zuzentaraua, barneko merkatuan kontsumitzaileekin dituzten harremanetan enpresen merkataritzako jardura desleialei buruzkoa, espainiar zuzenbidera egokitzen duena. Zuzentaru horrek espresuki tipifikatzen dituen jardueren artean, engainuzko jarduerak nabarmentzen dira. Dena den, argitu behar da, Zuzentaruaren aplikazio-eremua kontuan izanik, haren erregimen juridikoa kontsumitzaileei bideratutako engainuzko jardueren gainean soilik aplikatuko dela. Alderantziz, enpresarien artean burutzen diren jarduerak engainuzko publizitate eta publizitate konparatiboari buruzko 2006/114/EE Zuzentaruaren ezarritako erregimenaren menpean izaten jarraituko dute.

Hori horrela bada ere, aipatutako bi Zuzentaru horietan engainuzko publizitatearentzat ezarritako antzeko erregimen juridikoa zela-eta, horrek, espainiar ordenamendura 2005/29/EE Zuzentaruaren egokitzerakoan, baimentzen zuen uko

egin ahal izatea kontsumitzaileekiko merkataritzako engainuzko jardueren eta enpresarien arteko merkataritzako engainuzko jardueren arteko hasierako bereizketa horri. Hala da, esandako hurbiltasun horrek merkataritzako engainuzko jardueren tipifikazio komuna bideratzen zuen, nahiz eta Zuzentarauaren Eranskinean jasotako zerrenda beltzean engainuzko gisa espresuki tipifikatutako merkataritzako jarduerak aplikagarriak izan soilik enpresarien eta kontsumitzaileen arteko harremanetan. Horrela ulertu du espainiar legegileak. Lehiaketa Desleialaren Legearen aldatutako bertsioak, barneko espainiar ordenamendura merkataritzako jarduera desleialen Zuzentaria egokitzen duenak, haren 5. eta 7. artikuluetan engainuzko ekintzen eta engainuzko omisioen definizio bakarra ezartzen du. Tipifikazio bakarra, ondorioz, aplikagarria jardura horien jasotzaileak kontuan hartu gabe. Era berean, Lehiaketa Desleialaren Legearen 21. artikulutik 27. artikulura bitartean, Zuzentarauaren Eranskinean engainuzko gisa espresuki ezarritako jarduerak jasotzen dira. Jakina, jardura horiek *per se* engainuzkotzat har daitezke soilik kontsumitzaileei bideratuta daudenean edo haien jasotzaileak kontsumitzaileak direnean. Doktrinaren aldetik, engainuzko jardueren definizio bakarraren aukera ontzat ematen da, horien jasotzaileak kontuan izan gabe; baina ez da zuzentzat ematen, Zuzentasunaren Eranskinean engainuzko jardueren tipifikazioaren egokitzapena Lehiaketa Desleialaren Legean. Izan ere, egokitzapen horrek kontsumitzaileekin dituzten harremanetan enpresarien engainuzko jarduerak soilik hartzen ditu, eta tipifikazio hori kontsumitzaileekiko jardura desleialei dedikatutako aparteko kapitulu batera eramaten du.

Espainiar legegileak hartutako aukerak dakarrena zera da, engainuzko ekintzen erregulazioak egitura benetan konplexu bat izatea. Egitura horren oinarrian, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. eta 7. artikulua daude. Manu horiek jasotzen dute engainuzko ekintzarengatik eta engainuzko omisioengatik ulertu behar dena; hau da, figura horien definizio orokorrak, PLOren 4. eta 5. artikuluen ordeztariz (manu horiek espresuki indargabetzen ditu aipatutako 29/2009 Legearen Xedapen Indargabetzaile Bakarrak, PLOren IV. Titulua indargabetuta uzten duelarik). Baina, Lehiaketa Desleialaren Legearen bi artikulua horiez gain, aipatu behar da izatez engainuzkoak kalifikatzen diren jardueren katalogoa, lege-testuan 21. artikuluan eta hurrengoetan jasotzen direnak. Horrela, publizitate-iragarki bat engainuzkoa kalifikatzerakoan, frogatu beharko da hura Lehiaketa Desleialaren Legearen 21. artikulutik 27. artikulura bitartean berez engainuzkotzat hartzen diren jardueren suposamenduetariko batean sartzen den. Erantzuna ezezkota bada, iragarki horretan, 5. artikuluan edota 7. artikuluan aurreikusitako premisak betetzen diren aztertu beharko da hura engainuzko publizitatetzat emateko edota engainuzko omisiotzat, hurrenez hurren.

B) Engainuzko publizitatea: engainuzko ekintzak

Engainuzko jarduerak tipifikatzerakoan, Lehiaketa Desleialaren Legeak bereizketa garbi bat ezartzen du engainuzko ekintzen eta engainuzko omisioen artean. Lehenak, 5. artikuluan definitzen dira eta horrelako testua jasotzen du: «Desleialtzat

ematen da, engainuzkoa izateagatik, edozein jarduera informazio faltsua jasotzen duena edo, egia izan arren, haren edukiagatik edo aurkezpenagatik jasotzaileengan uste okerra eragiten duen edo eragin dezakeen informazioa jasotzen duena, haien jokaera ekonomikoa aldatzeko gai delarik».

Merkataritzako jarduera bat engainuzkotzat emateko beharrezkoa da bi premisa betetzea: jarduera egokia izan behar du haren jasotzaileengan uste okerra eragiteko eta, era berean, bigarrenik, haren egokitasuna eskatzen da haien portaera ekonomikoan eragina izateko.

1. Uste okerra eragiteko egokitasuna. Mezuaren interpretazioan gertatzen den uste okerra

Lehiaketa Desleialaren Legeko engainuari buruzko kontzeptuak bi balizko kasu jasotze ditu: alde batetik, gertatzen denari buruz egia ez esatea, eta bestetik, esaten dena egia izan arren, uste okerra sortzea (Tato, 1995a: 5494; Massaguer¹⁵², 1999: 221-222). Beraz, errorea ez da zehaztasunik gabeko argudioetan bakarrik gertatuko, ikuspegi abstraktutik zehatzak izan arren publikoari uste okerra sortzen diotenak ere erroretzat hartuko baitira. Era berean, engainuak ez du agertu behar iragarki osoan, eta, beraz, gerta liteke engainua mezuaren zati batean soilik agertzea (Tato, 1995a)¹⁵³.

Arauek, nolanahi ere, ez du eskatzen publikoari uste okerra sortu izana soilik; nahikoa litzateke errore hori sortzeko aukera ematea. Jakina, iragarlearen asmoa edo jokaera okerraz gain (Lema, 1991: 6135-6150; De la Cuesta, 2002: 158), beti frogatu beharko da uste okerra sortzeko benetako abagunea izan dela (García-Cruces, 1998: 460-462)¹⁵⁴.

Hori dela-eta, ez da emaitzazko figura bat (*figura de resultado*), *aurretiko babesa* ematen duena baizik. Horrek esan nahi du nahikoa dela kaltea sortzeko aukera egotea; hau da, nahiz eta hartzaileak publizitatearen eraginez ondasun bat erosi kalterik jasan gabe, publizitatea engainuzkoa eta ez-zilegia izan daiteke kasu horretan ere (Feliu eta Bendito, 1989: 3.623; Massaguer, 1999: 230¹⁵⁵; De la Cuesta, 2002: 158).

152. Adu horrek dioenez, Madrilgo Probintzia Auzitegiak hartutako hainbat erabakitan [1998-3-28 (1. Instantziakoa 1996-5-26) eta 1998-7-9 (1998-9-22koa berretsi egin zen)], publizitate-esaldien zehaztasunik eza agerian gelditu zen.

153. Adu horrek Probintzia Auzitegiaren erabakia kritikatzan du iragarkiaren mezu osoari begiratzen diolako aintzat hartu gabe batzuetan iragarki baten *arreta-erakarlea* (amua) dela erakartzen duena —erakartze-mezua delakoa—. De la Cuesta, (2002: 154), berriz, ez dago erabat ados aurreko iritzi horrekin. Haren ustez, alderdi erakartzailearen egiazkotasunak erabakitzen du mezuaren egiazkotasuna, eta alderdi hori aztertzen ari den kasuan PLOren 5. artikulua dioenaren (egun, zioenaren) aurka doa.

154. Adu horrek dioenez, publizitatea egiazkoa dela frogatzea iragarleari berari dagokio, eta esan daiteke neurri hori kontsumitzaileen babesaren lehenengo adierazgarri dela (Lema, 1995: 872).

155. Adu horrek ontzat ematen du PLOren 4.1 artikulua aurreikusten duena (erreformaren aurretik).

1.1. Alegazio faltsuak edo zehaztugabeak

Informazio edo argudio faltsuak errealitatearekin bat ez datozenak dira. Faltsutasun hori ezartzeari dagokionez, zenbait suposamendu onartzen dira: informazioaren edo argudioen faltsutasuna edo zehaztasunik eza frogatzen denean, edota horren subjektu erantzuleak ez duenean aurkeztu bere zehaztasunaren froga nahikorik, iragarleak izan behar du bere argudioen egiazkotasuna frogatu beharko duena.

Publizitate-jarduera bere egiazko izaeraren arabera balioetsiko da: horrek eskatuko du *nukleo faktiboa* zein den zehaztea; hau da, batetik, publizitatean esaten dena zedarritu, eta, bestetik, errealitatearekin alderatuz gero, errorea eta engainua zein diren argituko da. *Nukleo faktibo* horretatik at geratuko dira, hain zuzen ere, bai iritziak, baita laudorioak ere; izan ere, horiek balioespen subjektibo hutsak dira, sentimendu ez-arrazionalak sorrarazten dituztelako. Informaziorik gabeko publizitate erakargarria ere ez litzateke horren barruan sartuko, nahiz eta egokia izan kontsumitzaileen jarrerak baldintzatzeko, hainbat produkturi dagokionez bereziki (edari alkoholodunak, automobilak eta jaioberrientzako janari prestatuak) (Massaguer, 1999: 220-221).

Maiz ez da gauza erraza izaten mezu bat egiazkoa den zehaztea, hartzaileari uste okerra sorrarazteko duen ahalmenean oinarritzen baita. Gaur egun, bi zutabetan oinarritzen da publizitatea egiazkoa den jakiteko erabiltzen den neurria: batetik, *iragarkia bere osotasunean hartu*, eta, bigarrenik, *testuinguruaren arabera interpretatzen da* (De la Cuesta, 1995: 140; Tato¹⁵⁶, 2003); baina ez da zigortuko egia ez den guztia, hartzaileak kontratatzeraz bultzatzen dituenak baizik. Halere, *jokaera-aldatze* horretan doktrina ez da ados jartzen, batzuen ustez *kontratua* gauzatzen denean soilik hartuko baita aintzat engainua (Vicent, 2002: 619)¹⁵⁷; beste batzuen

156. Aditu horrek dioenez, mezu bat hainbat arrazoiengatik izan daiteke engainuzkoa, besteak beste, esaten dena zehatza ez delako, tonu baztertzaila erabiltzen duelako edo erabiltzen diren adierazpenak ezezagunak direlako. Publizitate-mezuaren adierazpen batek, zehaztugabea denean, errazago engaina dezake publiko hartzailea, mezuak esanahi bat baino gehiago izan ditzakeelako, batzuk errealitatearekin bat datozenak eta beste batzuk ez. Era berean, batzuetan, esanahi jakin bat duten adierazpenak erabiltzen dira, hain zuzen, nahasketa sortzeko. Horixe bera gertatu zen Autokontrolleko Epaimahaiak 2001eko martxoaren 20an hartutako erabakian: erakunde pribatu batek *Unibertsitatea-Enpresa* adierazpena erabiltzen zuen bere publizitatean, eta hartzaileei uste okerra sortzen zien, adierazpen haiek ondorioztatzen baitzuten Unibertsitatearen eta Enpresaren artean antolatutako ikastaroa eskaintzen zela. Oinarri bera erabili zuen Autokontrolleko Epaimahaiaren 1998ko urtarrilaren 26ko erabakiak: *Home English* enpresako publizitateak esaten zuena aztertutakoan, zabalitzen zen mezuak itxaropen faltsuak eta ezinezko usteak sortzen zituen, esate baterako, ingelesa hamar hilabeteetan ikas zitekeela baieztatzen zuenean.

157. Aditu horrek dioenez, engainuzko publizitateak benetako uste okerra sortu behar dio hartzaileari eta ez dira nahikoak hartzaileak jasotzen dituen itxaropenak.

ustez, berriz, kontratatzeko interesa pizten duenean gertatuko da engainua (Tato, 2003: 5.494)¹⁵⁸.

Doktrina tradizionalak mezuan *arreta-erakarleak* duen garrantzia azpimarratu ohi du engainuzko publizitatearen izaera zehazteko orduan. Batzuetan, publizitateak egiten duen eskaintzak murriztapen esanguratsuak izaten ditu, eta horiei buruzko garrantzizko informazioa beste toki batean ematen da igorpen-zeinu bat erabilita (adibidez, izartxo txiki bat erabiliz); jokaera horren ondorioz, hartzailea nahasten bada, alderdi erakarlearen mezua engainuzko izaera izango luke (Tato, 2003: 9)¹⁵⁹. Halere, 90eko hamarkadan, indarra galdu zuen mezuan *amuak* duen garrantziak, eta *jurisprudentziak* mezua *arreta-erakarleari* buruzko beste interpretazio bat eman zuen; izan ere, batez besteko kontsumitzaileak jakin badaki publizitate-promozio baten murriztapenak edo mugak letra txikian kokatzen direla, horretara ohituta dago, normalean mezuan agertzen diren igorpenek murriztu egin ohi baitute produktu edo zerbitzuak eskaintzen duena (Tato, 2003: 9)¹⁶⁰.

Beraz, gaur egun, esan daiteke doktrina ez dagoela erabat ados iragarki bateko arreta-erakarleari buruz. Batzuen ustez, ohiko doktrinaren jarraitzaileak direnen ustez, hain zuzen, horrelako iragarkiak erabiltzen dituzten mezua engainuzko izaeratik gertuago daude (Tato, 2003: 9). Gure iritziz, berriz, eta azken jurisprudentziari jarraituz, egungo batez besteko *kontsumitzailea*, publizitatea jasotzean, kontratazioan eragin dezaketen arlo zail eta korapilatsuenak aztertzen ohituta dago, eta, beraz, mezua *amuak* ez luke eraginik izango eta, ikuspuntu horretatik begiratz gero, amu horrek ez lioke engainuzko izaerarik emango iragarkiari (De la Cuesta, 2002: 144).

158. Aritu horrek dioenez, mezuak sortzen duen uste okerraren eta kontsumitzailearen erosteko erabakiaren artean ez da erlazio zuzenik behar, nahikoa da iragarkiak kontsumitzaileari itxaropenak sortzea, eta, ondorioz, promozio horretan interesa sorraraztea; aztertutako Citroën kasuari begiratz, ez da kontratu bat sinatu behar publizitatearen engainuzko izaera ez-zilegitzat hartzeko, baizik eta nahikoa litzateke hartzailea kontzesionarioan sartzea iragarkiak engainua sortu duela esateko. Berdin deritza aditu horrek Auzitegi Gorenako 1997ko maiatzaren 8ko epaiari buruz Gorenak aztertu zuenari. Irargarki horrek engainuzko izaera zuen igerilekuetako kloroaren arriskuak azaltzen zituenean, ez baitzuen esaten iragarritako produktu berak kloroa ere bazuela bere osagaietan. Vicent Chuliá, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 619. or. Aritu hori, aldiz, ez dago ados Citroën kasuko epaiarekin. Haren ustez, engainuzko izaera izateko, iragarkiak kontsumitzailearen erosteko erabakian eragina izatea beharrezkoa da. Epai horretako iragarkiak izartxo txiki batez letra txikiak ematen zituen azalpenetara igortzen zuenez, ezin da esan engainuzkoa zela.

159. Aritu horrek Madrilgo Lehenengo Instantziako epaia, 2001eko uztailaren 26koa, aipatzen du adibide gisa: *Opening* hizkuntza-eskolak idatzizko iragarki batean doako ingeles-ikastaroa eskaintzen zuen, eta, han, eskaintza murrizten zuen izartxo bat erabiliz (letra txikian jasotzen zen murriztapenak honako hau zioen: «Balio du zentro bakoitzeko aurreneko 50 informazio-eskaerarako»).

160. Aritu horrek dio Auzitegi Gorenak 1995eko otsailaren 3ko epaia aipatzen duen erabaki horrekin interpretatu zela *Wall Street Institute* hizkuntza-sozietateak zabaldu zuen publizitatean egindako doako ingeles-ikastaroaren eskaintza, han beste mezu txikiago batean promozioaren gainerako baldintzak agertzen ziren arren. Auzitegiaren arabera, hartzailea ohituta dago interpretatzen letra txikian agertzen dena eskaintzaren murriztapenak direla.

Publizitate-mezuaren engainuzko izaera zehaztea ez da beti erraza izaten; horregatik, lagungarri egingo zaigu publizitatea hiru ataletan sailkatzea: lehenengoa, orokorrean hedatzen den publizitatea; bigarrena, batzuetan frogagarriak ez diren adierazpenetan oinarritzen den publizitatea, iritzi estetikoak eta subjektiboak ematen direnean, alegia; eta, egiazkotasun-printzipioaren eraginez adierazpen zehatzak eta frogagarriak egiten dituen publizitatea izango da hirugarrena (García-Cruces, 1998: 463-464; Tato, 2003: 5-6)¹⁶¹.

Publizitatearen adierazpenak *egiazkoak* diren ala ez jakiteko, Europar Batasuneko testuak dioten bezala, irizpide objektiboak erabili beharko dira (84/450/EEE Engainuari buruzko Zuzentarauaren 3. artikulua), esate baterako, produktu edo zerbitzuen ezaugarriak, prezioak, hornitzeko baldintzak eta iragarlea identifikatzeko datuak (erreformatu aurretik PLO 5. artikulua; erreforma ostean, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikulua) (Lema, 1995b: 872).

Engainuzko publizitatea ote den jakiteko, beharrezkoa da lehendabizi *mezuaren edukia* zein den zehaztea, eta, bigarrenik, mezu horren edukia *errealitatearekin alderatzea*. Bigarren atal horretan, arazoak suerta daitezke mezuaren objektibotasuna antzemateko. Lehenago, errazago zen hori jakitea, datu jakin batzuei buruz egindako adierazpen objektiboak errealitatearekin alderatzen zirelako, eta horrekin nahikoa zen mezuaren engainuzko izaera argitzeko. Baina, gaur egun, berriz, hedatzen diren publizitate-mezuek engainuzko izaera duten ala ez jakiteko, ezin dira horrela zehaztu; izan ere, gizartearen garapena dela medio, ezin da horrela neurtu hartzailearentzat erabat subjektiboak izan daitezkeen behar ez-materialak bultzatzen dituen publizitatea (De la Cuesta, 2002: 152)¹⁶². *Mezua okerra* edo *egiazkoa* den aztertzeke, interpretazio-lan bat egin beharko da, eta hori delikatu samarra izaten da, azken batean mezua hedatzearen aldeko erabakia hartuko baita mezuaren interpretazioak frogatzen duenean Konstituzioak babesten dituen *informazio-eskubidea* [Espainiako Konstituzioa 20.1 d) artikulua] eta *enpresa-askatasunaren eskubidea* (Espainiako Konstituzioa 38. artikulua)¹⁶³ begirunez betetzen direla.

a. Engainuzko publizitatea zehazteko irizpideak

Espainiako barne-araudia Europar Batasuneko araudiari egokitu behar izan zitzaienean, legegilea konturatu zen publizitate-komunikazioaren engainuzko lege-hausteak zehazteko zailtasun handiak zeudela; hori zela-eta, aipaturiko zailtasun

161. Tato-k dioenez, kontsumitzailearen errorea sortzen duten adierazpenak normalean akastunak dira. Kasu horietan, iragarleak berak frogatu beharko du bere adierazpenen egiazkotasuna.

162. Publizitate-hartzaileek mezuaz egiten duten interpretazioa jakiteko, iparamerikar jatorria duen ikerketa demoskopikoaren —*Federal Trade Commission* delakoaren (FTC) (publizitatearen zuzentasunaz arduratzen den erakundea)— bidezkoa besterik ez dago. Dena den, lagin bateko lagunen erantzunek zuten subjektibotasun-maila zela-eta, erabaki zen gehiagotan ez egitea.

163. Halere, ez organo judizialek, ez administratiboek, ezta autorregulaziokoek ere, ez diote arau horri jarraitu, zeharkako publizitateari buruz egindako interpretazioan ikus daitekeen bezala (ikus I.3 atala) (De la Cuesta, 2002: 153-154).

horiek gainditzeko arau bat eman zuen, *engainuzko izaera zehazteko irizpide batzuk* jasotzen zituen (PLOren 5. artikulua) (egun, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikulua). Halere, esan behar da publizitate-komunikazioan ez direla irizpide guztiei buruzko adierazpenak aipatu behar; hau da, iragarleak mezuaren edukia eta forma aukeratzeko ahalmena du, baldin eta mezuaren interpretazioa osatzen duten elementu guztiek eta beren adierazpen formek ere egiaren printzipioa errespetatzen badute. Halere, mezuaren datu batzuk egiazkoak izan arren, mezu hori ez da nahitaez benetakoa izango, eta, alderantziz, mezu baten elementu guztiak egiazkoak ez izanda ere, mezuak ez du engainuzko izaerarik izango nahitaez (De la Cuesta, 1995: 143; 2002: 154).

Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikulua (PLOren indargabetutako 5. artikulua) engainuzko ekintza (gure kasuan, publizitatearen engainuzko mezua) zehazteko jasotzen dituen irizpideen artean honako hauek daude: ondasun edo zerbitzuaren izaera, ondasun edo zerbitzuaren ezaugarriak, prezioa edo prezio hori zehazteko modua, enpresari edo profesionalaren eskubideak, ezaugarriak eta izaera (honako honi dagokienez bereziki: izenari, ondareari, maila profesionalari, jabego industrial eta intelektualari eta jasotako sari eta aipamen bereziei), saldu ondorengo zerbitzua (Vicent, 2002: 619; Uria eta Menéndez, 1999: 347)¹⁶⁴.

Esan bezala, mezua interpretatzean mezuari buruz sor daitekeen uste okerra ez da Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikulua (PLOren indargabetutako 5. artikulua) jasotzen dituen irizpideetan soilik oinarrituko; Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikuluan, hasierako paragrafoan, (PLOren indargabetutako 4. artikuluan), erregulatzen denari ere begiratu beharko zaio. Izan ere, 5. arauko obligazio horiek bete arren, publizitate-mezuaren engainuzko izaera beste edozein elementutan egon liteke, eta kontsumitzailearen erabakian eragina sortu (Massaguer, 1999: 224).

b. Batez besteko kontsumitzailea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikuluan (edota PLOren indargabetutako 5. artikuluan) jasotako irizpideak beste bi oinarri ditu mezuaren benetako izaera zehazteko: batetik, hartzaile guztientzat mezuak *objektiboa* (frogagarria eta egiaztagarria) izan behar duela, eta, bestetik, kontsumitzaile eta erabiltzaileentzat, mezuak alde *subjektiboa* izango du, *aldakorra* dena, ondasunaren erosketa-baldintza edo zerbitzuaren erabileraren arabera zehazten baita. Doktrinak gehiago zehaztu ditu bi elementu horiek publizitate-mezua aztertzean (Feliu eta Bendito, 1989: 3625).

Lehenik eta behin, jakin behar da hartzaileek zer esanahi ematen dioten publizitatearen adierazpenari, baina, horretaz, esan beharra dago aintzat hartzen

164. Auzitegi Gorenak 1995eko otsailaren 3an eta maiatzaren 30ean emandako epaiak.

den hartzailea *batez besteko kontsumitzailea* izango dela, eta ez gai jakin horretan aditua¹⁶⁵.

Bigarrenik, iragarkia bere osotasunean aztertuko da, esate baterako, iragarkian eskaintzen den produktua, erabilitako hedabidea, inguru soziala, ekonomikoa eta kulturala ere kontuan hartuko dira; beraz, *in dubio pro consumatore* printzipioa aplikatuko da beti; hau da, mezuaren eskaintzari buruzko erabakia hartzeko *batez besteko kontsumitzaileak* aintzat hartuko dituen eragile guztiak neurtuko dira (García-Cruces, 1998: 464-465; Feliu eta Bendito, 1989: 3625-3627).

Batez besteko kontsumitzaile edo kontsumitzaile arruntaren kontzeptua zehaztu nahi denean, kontuan hartu behar da kontsumo zabaleko kontsumitzaileak ez direla publizitatearentzako helburu: izan ere, publizitate-mezuaren jasotzaile edo hartzaileak gutxi gora-behera bi muturren erdian kokatu beharko dira, hau da, arreta gutxien eta gehien jartzen dutenen artean, mezuak inolako arazorik gabe sinesten dutenen eta susmo txar handiz jasotzen dutenen artean, alegia. *Batez besteko kontsumitzailea* publizitate-hartzaile normala izango da, publizitatearekiko ez da zorrotzena izango ezta sinesterrazena ere; ongi informaturik eta adi egongo da; halaber, publizitate-komunikazioaren mezuaren konbentzigarritasunaz jabetzen den pertsona arrunta izango da (Massaguer, 1999: 235; Tobio, 2000: 1201; De la Cuesta, 2002: 157; Santaella, 2003: 141-148).

Azkenik, zehaztu behar da Lehiaketa Desleialaren Legean azpimarratzen dela *batez besteko subjektu hori* kontsumitzailea izateaz gain (orokorrean, kontsumo zabaleko produktuak edo zerbitzuak eskaintzen direnean), izan daitekeela jardueraren (publizitatearen) hartzaile-taldearen batez besteko kidea, merkataritzako jarduera kontsumitzaile-talde jakin bati zuzentzen zaionean.

c. Gehiegizko hanpatzea publizitatearen arloan

Engainuzko mezuaren edukia aztertzean, esan behar da *adierazpen guztiak ez direla engainuzkoak*; adibidez oso arinak eta orokorrak direnek, egiazkoak ez diren arren, ez dute engainua sortzen, iragartzen den produktuarekiko arreta lortu eta suspertu nahi baita iragarki horietan. Horretarako, frogagarriak ez diren adierazpenak eta hanpatzeak erabiliko dira, jakinda publikoak ez dituela serio hartuko, eta kasu bakoitzean baliabide desberdinak erabiliko ditu (Feliu eta Bendito, 1989: 3626).

165. Linacero-k (1996: 217) publizitate ez-zilegiaren kontzeptu berria ematen du, «kontsumitzaile-talde bereziei» dagokiena. Hori dela-eta, pertsona-talde batzuk babesik gabeko egoera berezi batean egoten dira, beren maila kulturalarengatik edo hizkuntza ez ezagutzeagatik. Garbi dago horiek ezin direla *batez besteko kontsumitzaile*tzat hartu, eta beste talde batzuetan kokatu beharko lirateke, besteak beste, «azpikontsumitzaile» edo «kontsumitzaile ahulenen» taldeetan. Puerto Ricoko etorkin nekazarien adibidea dugu azpikontzeptu horren adierazgarri, jatorri horretako langile batzuk kutsatu egin baitziren erabili behar zuten produktu baten jarraibideak ingelesez irakurtzeko gai ez zirelako (*Hubbard-Hall Chem. Co. V. Silverman*).

Publizitatean agertzen diren hanpatzeak prestazio bat, saltoki bat edo jarduera bat goraipatzen du inolako oinarri objektiborik gabe, horregatik, hain zuzen, ez dira serio edo aintzat hartzen. Dena den, *hanpatzea* eta *publizitate baztertzalea* desberdindu beharko lirатеke, eta, batzuetan, hori ez da erraza izaten.

Publizitate baztertzaleak goi-mailako *estatus eskusiboa* egozten dio publizitate-jarduera egiten duen subjektuari mezu zehatz batzuk bidaliz. Mezu horiek frogagarriak izaten dira, eta hartzaileek egiazko informaziotzat hartu eta aurrez ezagutzen dute. Hori dela-eta, publizitate baztertzalea eta hanpatzea bereizteko, hartzaileak mezuari ematen dion sinesgarritasunari erreparatu behar zaio. Horretarako, iragarkiak banan-banan aztertu behar dira, balizko kasu bakoitzaren ezaugarri bereziak kontuan hartuz (Massaguer, 1999: 234).

1.2. Publizitate-adierazpenak egiazkoak baina uste okerra sortzeko egokiak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikuluan ezarritako bigarren tipoa jarduera bat engainuzko ekintzatzat emateko, eskaintzen den informazioa da, zeinak, nahiz eta zehatza eta egiazkoa izan ikuspegi abstraktu batetik errealitatearekin bat egiten baitu, eragin dezakeen errealitate horren zuzena ez den interpretazio bat. Egoera horrela izanda, jarduera bat, gure kasurako publizitatea, engainuzkotzat kalifikatzeko ez da erabakigarria eskaintako informazioaren zehaztasuna edo egiazkotasuna. Garrantzi handia duena da informazioak hartzaileengan eragiten duen iritzia edo ustea. Ildo horretatik, informazio bat engainuzkotzat jotzeko oinarritu beharko da, ezinbestez, haren hartzaileen artean eragiten duen interpretazioan. Lehen esan dugun bezala, Lehiaketa Desleialaren Legeak *batez besteko kontsumitzaileari* egiten dion aipamena argi dago dela «kontsumitzaileari, eskuarki informaturik dagoena eta zentzuarekin erne dagoena eta azkar dabilena». 1998ko uztailaren 16ko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren epaiaren arabera, kontsumitzaile-figura hau erabiliko da publizitate-mezuaren egiazko edo engainuzko izaera ezartzeko parametro gisa. Batez besteko kontsumitzailea, ez dezagun ahaztu, mezua bideratzen den hartzaile-taldekoa. Ondorioz, jarduera baten engainuzko izaeraren azterketaren aurretik egin beharko da haren hartzaile-taldearen mugatze bat. Ondoren, jardueraren egokitasun okerra sortzeko baloratu beharko da hartzaile-talde haren barruan hark batez besteko kontsumitzailearengan eragiten dituen itxaropenen arabera.

2. Kontsumitzaileen jokaera ekonomikoan eragiteko egokitasuna

Engainuzko publizitatea desleiala izango da, haren hartzaileen jokaera ekonomikoa aldatzeko gaitasuna baldin badu. Horrela izanda, ez da nahikoa informazioaren faltsutasunarekin edo okerra den iritzia edo ustea eragitearekin, eta ondorengo baldintza bat eskatzen da: hartzailearen jokaera ekonomikoa aldatzeko egokitasuna. Ildo horretatik jarraituz, ulertu behar da jokaera ekonomiko horren barnean sartzen dela bai gogokoen edo gustukoen duguna sortzeko aurretiko prozesua, bai erosteko erabakiak hartzea edo kontratatutik ondorioztatutako eskubideen erabilera edo betetzearen inguruan erabakiak hartzea. Osterantzean, ez

da beharrezkoa jarduera horrek portaera ekonomikoaren aspektu horietako batean modu eraginkorrean eragina izatea, nahikoa baita hura deformatzeko bere egokitasun edo gaitasun soilarekin.

Kontsumitzailearen jokaera ekonomikoa aldatzearen baldintza horri esker, publizitate-gehiegikeriaren zilegitasunaren inguruan zalantza guztiak argi ditzakegu. Publizitate-argudio edo baieztapen bat ez bada egokia edota ez badu gaitasunik kontsumitzailearen jokaera aldatzeko, hark erabaki ekonomiko bat har dezan, ez da engainuzkotzat emango eta publizitate-gehiegikeria bat dela ulertuko da. Publizitate-tipo hau sortzen da kontsumitzaileak ez duenean publizitatean hedatutako informazioa serio hartzen eta, ondorioz, sinesgarritasunik ez dionean ematen. Horrela, haren jokaera ekonomikoa ez da aldatuta ikusten. Lehiaketa Desleialaren Legeak eragozten du publizitate-gehiegikeria hauek jarduera desleialtzat kalifikatzea, baldin eta publiko hartzaileak izaera horrekin hautematen baditu: 4.3 artikulua, «gehiegizko baieztapenak egitearen ohiko eta zuzena den publizitate-jarduerari edo hitzez hitz interpretatuko ez direnenei» erreferentzia egiterakoan.

C) Engainuzko publizitatea: engainuzko omisioak

Publizitatearen Lege Orokorrean, indargabetutako engainuzko erregimenaren arabera, engainuzko publizitatearen kontzeptua mezuan izan daitekeen *omisioari* buruzko kontzeptuarekin osatzen zen. Ikuspegi horretatik eta erregimen hura kontuan hartuz, publizitateak ondasun, zerbitzu edo jardueraren oinarritzako datuak isilpean gordetzen baditu, eta, ondorioz, hartzaileari uste okerra sorrarazten badio, engainuzko izaera izango du (PLOren indargabetutako 4.2 artikulua) (Vicent, 2002: 619)¹⁶⁶.

1. Omisioaren kontzeptua

Publizitatean gerta daitekeen *omisioa edo isiltzea* ere Lehiaketa Desleialaren Legean aurreikusten da (7. artikulua). Artikulu horren arabera, «desleiala izango da, hartzaileak ezagutza osoarekin haren portaera ekonomikoari dagokionean erabaki bat hartzeko beharrezkoa den informazioa isiltzea edo ezkutatzea. Kalifikazio berbera izango du informazio hori erakusteak baina ez modu argian, edo ulergaitza denean, edota jarduera beraren merkataritzako helburua ez denean ezagutzero ematen, testuingurutik agerikoa ez den kasurako».

Hurrengo suposamenduetan omisioz hitz egin daiteke: omisioa zentzu hertsian; informazioa eskaintzen da baina ezkutuan dago (informazioa hedatutako iragarkian dago baina sartzeko modua kontuan izanik ikusezina edo irakurtezina bihurtzen da batez besteko kontsumitzailearentzat); eta, hautemangarria den informazioaren kasuan hura ulertezina edo anbigua denean (erabilitako hizkera lar tekniko denean, oro har ezezaguna batez besteko kontsumitzaile batentzat, laburdurak erabiltzea oro har ezezagunak, eta abar); ezkutuko publizitatea, informazioaren publizitate-helburua isiltzen (ezkutatzen) baita.

166. Aditu horrek dioenez, auzi-eskaeraren jartzaileak berak frogatu beharko du omisioa dagoela.

Arau hau, bai eta PLOren indargabetutako araudia ere, kontuan harturik, iragarlea ez dago behartuta dakien guztia esatera; aitzitik, isiltze horrek faltsukeria sortu duenean edo sor dezakeenean bakarrik egongo da behartuta datu guztiak ematera. Horregatik, egiazkotasun-printzipioaren arabera, mezua bere testuinguruan interpretatu behar da. Egia osoa esaten ez denean, mezua ez-zilegitzat joko da, baina soilik sortzen duen uste okerra esanguratsua denean (Fernández Novoa, 1989: 272)¹⁶⁷.

Doktrinaren zati batek PLOren omisioari buruzko kontzeptua kritikatu egin zuen esanez Zuzentarauak (84/450/EEE) engainuaren definizioan ez zuela omisioaren gainean ezer jasotzen. Zuzentarauak ez zuen *omisio* edo *isiltzea* kontzeptua jaso, isiltze horrek publizitate-mezuaren egiazko edo okerreko ustean eragin zuzena ez duelako. Zuzentarauaren ikuspegitik omisioa espresuki jasotzeak ondorio okerrak izan ditzake, legearen interpretatzaileak oker joka baitezake. Ondorioz, hainbat kasu aldeztatik zedarritutako kontzeptu zehatz eta hertsia horren barruan koka daitezke, testuingurua behar bezala aintzat hartu gabe, eta zilegiak izan daitezkeen jokaerak ez-zilegitzat har daitezke (De la Cuesta, 1995: 142; Lema, 1995b: 871; Vicent¹⁶⁸, 2002: 619).

Europako Zuzenbidearekin alderatuz gero esan dezakegu Espainiako Zuzenbideak publizitate-komunikazioaren *omisioa jorratu* zuenean erdibideko tesiari edo moderatuari jarraitu ziola; hau da, Alemaniako eta Danimarkako Zuzenbidean bezalaxe, publizitatean gerta daitezkeen omisioa ez da *per se* ez-zilegia. Izaera hori hartuko du soilik honako bi baldintza hauek betetzen direnean: batetik, isiltzen den datua esanguratsua denean, eta, bestetik, omisio horrek hartzaileari uste okerra sorrarazten dionean. Suitzako Zuzenbidean, berriz, oso bide desberdina hartu zuten, produktu edo zerbitzuei dagokienez iragarleak oinarritzkoak diren ezaugarri esanguratsu guztiak esatera behartuta baitaude (Tato, 1995a: 11753; Lema, 1995b: 871).

Espainiako Zuzenbidean omisioak egoteak —ondasun, produktu edo zerbitzuen oinarritzko datuei buruzkoak— ez du esan nahi datuek objektiboak izan behar dutenik, baizik eta omisio hori bere testuinguruan aztertu behar dela; ea kontsumitzaileek beren erosteko erabakia omisio horri esker hartzen duten, eta, omisio horren ezean, ea ez luketen produktu hori erosiko; horrelako egoera batean

167. AEBko zuzenbidean agertzen den omisioari buruzko kasu esanguratsua aipatzen du aditu horrek, *Keele Hair versus Federal Trade Commission* kasua, alegia, 1960ko otsailaren 17an Bosgarren Zirkuituko Apelazio Auzitegiak konpondu zuena. Auzitegiak ez-zilegitzat jo zuen burusoiltzearen aurkako produktu bat, merkaturatzen zuen iragarkiak gizonezkoen burusoiltzearen aurkako produktua zela ez zioelako eta ez zuelako zehazten ez zela egokia denontzat (gizonentzat eta emakumeentzat). De la Cuesta-k (1995: 142; 2002: 154-155) dioenez, oinarritzkoak diren edo ez diren datuak isiltzeak ez du *per se* engainuzko izaerarik; izaera ez-zilegia beste arlo batean dago, publizitatea engainuzkoa ez izateko engainua mezuan agertu beharko litzateke, eta isiltzea ematen ez den azalpenetan dago, hain zuzen ere (Santaella, 2003: 158).

168. Autore horrek dioenez, omisio kontzeptua kanpoan uzteak erraztu egiten du engainuzko publizitatearen kontzeptua.

datu bat isiltzeak engainuzko publizitatea ekarriko du (Massaguer, 1999: 220-221; De la Cuesta, 2002: 155).

2. Premisak

2.1. Beharrezko informazioa isiltzea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 7.1 artikulua arabera, beharrezko informazioaren isiltzeak soilik ekar lezake merkataritzako jarduera bat engainuzko publizitatetzat hartzea. Badirudi 7.1 artikulua berak beharrezko informazioa honela definitzen duela: hartzaileak behar duen informazio gisa ezagutza osoarekin erabaki ekonomiko bat hartzeko edo hartu ahal izateko. Horrela, kasu bakoitzaren aparteko analisiak ahalbidetuko du zer informazio-tipo ulertu behar den beharrezko. Dena den, Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorren 20.1 artikulua zehazten du, kasu bakoitzean, zein izango den beharrezko informazio hori. «Ondasun edo zerbitzuen merkataritzako eskaintzan beharrezko informazioa» delako izenburuaren azpian sartzen dira: enpresariaren izena, ondasun edo zerbitzuaren oinarriko ezaugarriak, prezio finala osorik, ordainketa-tipoak, uko egiteko eskubidea. Edozelan ere, azpimarratu behar da informazio hori ez dela nahitaez sartu behar edozein ondasunen edo zerbitzuren iragarki guztietan. Zentzu horretan, legetestu beraren 20.2 artikulua dio beharrezko izaera hori presuntzio bat dela arau batek publizitatean sartzea exijitutako informazioari dagokionez.

2.2. Kontsumitzaileen erabakian eragina izatea

Informazioaren isiltzeak egokia izan behar du kontsumitzaileen jokaera ekonomikoan eragiteko eta, bereziki, haiek erabaki ekonomikoak hartzea bultzarazteko, informazioa izanda, ez lituzketenak hartuko. Horrela, printzipioz, beharrezko informazioaren isiltze hutsak ez dakar *per se* merkataritza-jarduera desleial baten izatea, edo, hitz zehatzagoetan, engainuzko publizitate baten izatea. Hain zuzen ere, isiltze horrek kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatu behar du edo aproposa izan behar du aldatzeko, nahiz eta azkenean ez aldatu. Beste hitzetan esanda, isildutako beharrezko informazioa ezagutzeak kontsumitzaileen erosteko erabakia aldatu behar du edo egokia izan behar du aldatzeko.

2.3. Erabilitako hedabidea

Ostantzerakoan, isiltzea gertatu den ala ez jakiteko, kontuan izan beharko dira eta aintzat hartuak publizitatea hedatzeko erabilitako hedabideei dagozkien denbora-eta espazio-mugak. Jakina, hogeitasei dituen telebistako iragarki batean ezin da produktu baten inguruan funtsezko informazio guztia eskaini. Horregatik, Lehiaketa Desleialaren Legearen 7.2 artikulua dio, omisioagatik engainuzko publizitatearen izatea ezartzeko, aintzat hartu behar direla, besteen artean, erabilitako hedabidearen mugak. Beraz, dirudienez, funtsezko eta beharrezko informazioa ez bada hedatzen,

horrek ez du ondorioztatzen nahitaez engainuzko publizitatearen kasu bat eragiten denik, baldin eta iragarleak informazio hori hedatzen badu, bestelako hedabideen bitartez.

Lehiaketa Desleialaren Legeak ahalbidetzen du aintzat hartzea, mezua hedatzeko erabilitako hedabide-tipoaz gain, isildutako informazioa lortzeko iragarleak kontsumitzailearen eskura jarritako beste mekanismo batzuk. Lehiaketa Desleialaren Legeak ezartzen du nolabaiteko *publizitate-kanpainaren osotasun-printzipioa*. Horrenbestez, engainuzko omisioa ote dagoen aztertzerakoan aintzat har daiteke denbora- eta espazio-mugak dituen mezu batean jasotako informazioa osatzeko aukera informazio gehigarriarekin bestelako hedabideen bitartez eskainia. Hori guztia, hiru oinarri betez gero: mezuan bertan jasota etorri behar da kontsumitzaileek informazioa osatzeko kontsulta ditzaketen bestelako hedabideen erreferentzia bat; hedabide horiek batez besteko kontsumitzailearentzat doakoak eta eskuragarriak izan behar dira eta, azkenik, hedabide horiek erabili behar dira soilik publizitate-mezu baten bitartez aurretiaz eskainitako informazioa osatzeko, hura ezeztatu edo era aipagarrian mugatu gabe.

Mezu printzipala, hedabide jakin baten bitartez hedatua, ondoren ezeztatua edo era oso nabarmenean eta garrantzitsuan mugatua bada bestelako hedabideen bitartez hedatutako informazioarekin, mezu printzipal hori publikoaren artean itxaropen faltsuak eragiteko egokia izango da, nahiz eta itxaropen faltsu horiek ondoren zuzenduak izan daitezkeen, kontsumitzaileak beste hedabide horietan eskainitako informaziora jotzen duenean. Hortaz, Lehiaketa Desleialaren Legeak ez du iragarlea salbuesten bere iragarkiak diseinatzeko duen betebeharretik, horiek, banaka aztertuta, eskaintzaren neurria fideltasunarekin erakutsi behar baitute. Baimentzen duena zera da, osagarritzko beste hedabide batzuk erabiltzea, eskaintza ezeztatu edo eskaintzari muga garrantzitsuak ezarri gabe, denbora- edo espazio-mugak direla-eta lehen publizitate-mezuan sartu ezin izandako intereseko informazio hura emateko.

Modalitate hau bukatzeko, omisioaren auziak beste bi atal aztertzeraz garrantzitsuak: batetik, *osatu gabeko adierazpenak* ditugu, eta bestetik, *isiltzea* edo *omisioa*. Lehenengo kasuan, iragarleak ez ditu ematen publizitatean uste okerra argitu dezaketen hainbat informazio, eta, ondorioz, hartzaileari errorea eta itxaropen okerrak sorrarazten dizkio; bigarrenik, berriz, gai jakin bati buruz isiltze oso gertatzen da¹⁶⁹.

Egia da *osatu gabeko adierazpenak* egiten direnean aukera gehiago dagoela publizitateak engainuzko izaera izan dezan; hau da, mezuak duen izaera osatu gabea baldin bada, eta hainbat oinarritzko ezaugarri esaten ez badira, mezuak sortzen dituen itxaropenak errazago suerta daitezke beteezinak. Hori kontuan izanik, eta publizitatearen informazioaren izaera konbentzigarria denez, iragarleak berak erabaki dezake zer komunikatu eta zer ez, baina horrek ez du esan nahi datu batzuk

169. Auzitegi Gorenak 1996ko urriaren 10ean emandako epaian esan zuen *Barclaysek* hedatutako iragarkia engainuzkoa zela, ez zuelako argitzen interes jakin batzuk jasotzeko gordailuan gutxieneko kopuru bat utzi behar zela (Tato, 1995a: 11.755; Massaguer, 1999: 223).

isilpean gordetzen direnean iragarkia engainuzkoa denik. Iragarkia engainuzkoa ez izateko behar den azalpena ematen ez denean soilik izango du izaera hori¹⁷⁰.

Bigarren kasuan, zenbait datu *isiltzen direnean* edo *omisio osoa* gertatzen denean, zaila izango da kontsumitzaile arruntak produktu jakin bati buruz iritzia eratzea; izan ere, kontsumitzaileek ez dute espero —ezta gutxiagorik ere— publizitateak produktuaren ezaugarri guztiak jasotzea; aitzitik, oinarritzkoak soilik jasotzen direla uste dute.

Kasu horretan omisioak engainu-arriskurik ekarriko ez duen arren, bi salbuespen daude. Batetik, turismoaren, zerbitzuen eta botiken arloetako araudien kasuan, produktu eta zerbitzu horien nahitaezko aipamenak egitera behartzen ditu legeak; eta, bestetik, hainbat ezaugarri beti betetzen dituzten produktuen kasuetan edozein unetan produktu horietako batek ezaugarri bat galduko balu, iragarlea behartuta legoke gabezia hori aipatzera, bestela kontsumitzaileek pentsa dezakete produktu horrek ezaugarri hura izaten jarraituko duela (Lema, 1991: 6139; Tato, 1995a: 11.755-11.761).

9.4.3. Publizitate baztertzailea

Publizitate baztertzaileak iragarlea edo bere produktu edo zerbitzuak goraipatzen ditu merkatuko gainerako produktu edo zerbitzuen aurrean lehenetsiz, eta beste lehiakideen eskaintzetatik bananduz eta desberdinduz (De la Cuesta, 2002: 164).

Egia da publizitateak informazioa ematen duela produktu baten abantailak lehenetsiz beste batzuen abantailen aurrean; baina, normalean, iragarleak eskaintzari ematen dio lehentasuna publizitatearen bitartez, eta horrek berak ematen dio nolabaiteko izaera baztertzailea publizitateari.

Garai batean, *publizitate superlatiboa* deitzen zitzaion publizitate mota honi, lehiakideei egiten zitzaion aipamen zuzen edo zeharkakoagatik, hain zuzen ere; halere, gaur egun, gaingitu egin da nozio hori eta ez du baliorik, lehiakideei buruzko aipamena ez baita ez-zilegia¹⁷¹. Aitzitik, gaur egun, uste dugu norberaren produktu edo zerbitzuen goraipamena egiteko eta besteenak gutxiesteko nolabaiteko baliabidea dela publizitatea, beraz, argudio horrek ez du balio publizitatearen izaera ez-zilegia zehazteko.

170. Tato-k (1995a: 11.755-11.756) dioenez, kasu horretan, publizitatearen adierazpena osatu gabekoa zen; bestalde, iragarkia bere osotasunean hartzeko, esaten zenari oso informazio beharrezkoa falta zitzaion, interes horiek jasotzeko bi milioi pezetako gordailua egin behar zela, alegia. Aditu horren ustez, iragarleak nahikoa zuen esatearekin «igoz doan interesa», hartzaileek ez baitzuten okerreko ustea egingo. Joera hori Alemanian eta Estatu Batuetan zabaldu da gehienbat; hau da, *omisioak* sortutako engainuzko egoerak *osatu gabeko adierazpenetan* kokatzen ohi dira errazago.

171. Tato Plaza-k (1996: 5.152) dioenez, publizitate baztertzailea eta konparatiboa bereizten dira beste lehiakideaz egiten den adierazpenaren arabera; lehenengoan, aipamen hori zeharkakoa izan ohi da eta, normalean, bigarren mailako ondorioak ekarriko ditu. Bigarrenean, berriz, konparazioan lehiakideari buruz egiten den aipamenean ez dago zalantzarik nori buruz ari den.

Hori dela-eta, *publizitate baztertua ez-zilegia* izango da engainuzko izaera badu, publizitate mota horrek ez baitu lehiakideen edo haien produktu edo zerbitzuei buruzko konparaziorik egiten, baizik eta, publizitate konparatiboan ez bezala, norberaren eskaintza lehenetsi egiten da engainuzko izaera duten mezuak erabiliz (De la Cuesta, 2002: 165).

Mezu baztertua forma bat baino gehiago izan ditzake egitura gramatikalarik dagokionez; adibidez, maiz, artikulua mugatu jakin bat erabiltzen da edo aditzondo zehatz bat iragarlearen prestazioez ari denean edo konparazioa engainuzkoa erabiltzen denean. Produktu edo zerbitzu baten ezaugarri eta abantaila errealek adierazten direnean, horrela adierazitako publizitatea zilegia izango da, baina, ondasunaren ezaugarriak egiarekin bat ez datozenean, engainuzko publizitate ez-zilegiaren kasu bat izango da (PLO 4. art.) (De la Cuesta, 2002: 165; Tato, 2003: 6)¹⁷².

9.4.4. *Testigantza-publizitatea*

Testigantza-publizitatearen bidez iragarle ez den pertsona edo erakunde batek iragarle baten produktu edo zerbitzuen aldeko mezuak eta iritzia positiboak ematen ditu. Iragarlea ez den beste baten babesa bilatzen da; horretarako erabiltzen diren baliabideak desberdinak dira oso, esate baterako, esker oneko eskutitz bat izan daiteke, produktu jakin bati buruzko aldeko iritzia, edo film bati buruzko kritika onak, eta abar (De la Cuesta, 2002: 162).

Praktikan, publizitate honen helburua dela-eta, arlo jakin bateko publikoarentzat *ezagunak diren pertsonak* edo *ospe handikoak* azalduko dira, publizitateak sustatzen duen arloan adituak direnak, edo produktu edo zerbitzu hori erabili edo kontsumitu ohi dutenak. Ikuspegi horretatik begiratuta, *testigantza-publizitateak* froga-izaera du; izan ere, egiten diren adierazpenak eta emandako iritzia objektuarekin erlazionatzen ditu, eta mezua egiazkotasuna aztertzen ari dela ematen du (De la Cuesta, 2002: 162).

Ospea duen *persona ezaguna*, gainerako pertsonak bezala, ez du arlo jakin horri buruz ezagutza tekniko edo zientifiko handirik izango, eta bere iritzia adieraziko du produktu edo zerbitzuaren erabilera arruntari buruz, besterik ez. Bestalde, ohikoa ez den erabileraren bitartez lortu baditu goraipatzen dituen abantailak, azaldu beharko du zein baldintzatan lortu dituen (De la Cuesta, 2002: 163).

Gai jakin bati buruz aditu batek egiten dituen adierazpenetan ere oinarritu liteke *testigantza-publizitatea*; aditua ez ezik pertsona ezaguna ere balitz, *adituen testigantza-publizitatea* litzateke¹⁷³.

172. Tato-k aipatzen du iragarleak berak frogatu behar duela publizitate baztertua izatera zilegia, eta, horretarako, bi ikuspegitik azaldu beharko du: batetik, esan beharko du zein diren bere lehiakideak merkatuan, eta bestetik, haiekiko duen lehentasuna zertan datzan.

173. De la Cuesta-k (2002: 163) gogorarazten digunez, iragarkiko jardura arriskutsua izanez gero, aditua den testigantza-emaile berak jarri beharko du publikoa jakinaren gainean, eta berak nolabait hartuko du izan litezkeen kalteen erantzukizuna.

Publizitate-adierazpenak egiten dituen adituak arlo horri dagozkion ezagutza eta trebetasunak izan beharko ditu, produktuari buruz diotenak frogagarria izan beharko du, betiere une horretan eskuragarri den teknologia eta beste edozeinek erabil ditzakeen baliabideen arabera. Egiten diren adierazpenak pertsona juridiko edo erakunde bati buruzkoak izan litezke. Haren izen-deiturak edo ezagutzera ematen diren datuak eta zeinu bereizleak aipatuko dira, eta adierazpen horiek erakundeak emandako *iritzi ofizial*tzat hartuko dira¹⁷⁴.

Testigantza-publizitateak *egiazkotasun-printzipioa* errespetatu beharko du beti. Honako irizpide hauek aintzat hartzea eskatuko du horrek: esate baterako, testigantzako adierazpenetan ematen diren iritziak denborarekin alda litezkeenez gero, unean uneko adierazpenak bakarrik erabiltzea aholkatzen da; halere, nahitaezkoa da iragartzen den produktu edo zerbitzuaren gaurkotasuna; izan ere, egiazkotasun-printzipioak erlazio zuzena du denboraren hurbiltasuna edo urruntasunarekin (De la Cuesta, 2002: 163).

Normalean, *iritzi-emaileak* ordainsaria jasoko du bere testigantzagatik. Adierazpenetan horri buruz ez badu ezer aipatzen, adierazpenek ez dute engainuzko izaerarik izango; aitzitik, egindako adierazpenek eskatu ohi den egiazkotasun-maila handitu dezakete emandako ordainsaria dela medio.

Testigantza-publizitatearen ezaugarriak direla-eta, hedabide batzuetan, bere egoera pertsonala ere erabiltzen du iritzi-emaileak. Horrelakoetan, berak baimendu beharko du berezko irudiaren erabilera hori, Konstituzioak babesten dituen gizabanakoaren irudiari buruzko eskubideetan oinarrituz (Espainiako Konstituzioaren 10. eta 18. artikulua) (De la Cuesta, 2002: 163).

9.4.5. *Publizitate-delitua*

Botere publikoak, Konstituzioak horrela aginduta (EK 51.1 art.), behartuta daude kontsumitzaile eta erabiltzaileak defendatzera eta haien osasuna eta bidezko interes ekonomikoak bermatzera. Ordenamendu Juridikoaren eta Zigor Zuzenbidearen laguntzaz lortuko du helburu hori, ahaztu gabe bigarren hori ordenamenduaren *azken ratioa* dela (Del Moral, 2003: 1).

Espainiako Konstituzioaren 51.1 artikulua bi arlotan sailkatzen du Zigor Zuzenbideak kontsumitzaileari ematen dion babes penala: batetik, kontsumitzaileen osasunari dagokiona, eta, bestetik, izaera ekonomikoko interesak defendatzen dituen.

1995eko azaroaren 23ko Zigor Kodeak *publizitate-delitua* jasotzen du 282. artikuluan. Merkatari edo ekoizle iragarleak izan daitezke delituaren egile, baina, artisauak eta profesionalak, aldiz, delituaren tipifikaziotik kanpo uzten ditu¹⁷⁵.

174. De la Cuesta-k (2002: 163) botiken testigantza-publizitatea debekatuta dagoela aipatzen du.

175. Del Moral-ek (2003: 1) dioenez, Zigor Kodearen 282. artikulua publizitatearen subjektu pasibotzat hartzen du «kontsumitzaile-taldea»; arau bakarra da eta honako atal honetan agertzen da: «Kontsumitzaileari eta merkatuari buruzko delituak».

Publizitateak zerbitzu edo produktuei buruz egiten dituen adierazpenak faltsuak direnean gertatuko da delituaren *jokaera tipikoa*, baita «ezaugarri faltsuak edo zalantzazkoak» iragartzen dituenen ere. Halere, *jokaera tipikoa* zedarritzean, Kodea kritikatu izan da, ez baititu bermatzen herritarren eskubideak zigor-arau batek egin beharko lukeen bezala. Ikuspegi horretatik, Publizitatearen Lege Orokorrak adierazpen faltsuak edo egia osoa ez direnak ez ditu beti hartzen publizitate ez-zilegitzat; horregatik, doktrinak ez du ongi hartu Zigor Kodeak egia osoa ez diren adierazpenak delitutzat jotzea testuingurua kontuan hartu gabe edo esanguratsuak diren jakin gabe¹⁷⁶.

Zigor Kodearen 282. artikulua ondoko *xedapena* ezartzen du, eta, ondorioz, merkataria edo ekoizle iragarleek kalte larria sortzen dute kontsumitzaileentzat, beren produktu edo zerbitzuei buruzko publizitatearen eskaintzetan adierazpen faltsuak egiten badituzte edo egiazkoak ez diren ezaugarriak iragartzen badituzte. Merkataria zein ekoizleari askatasunik gabeko zigorra ezarriko zaie, sei hilabete eta urtebete bitartekoa edo sei hilabete eta hemezortzi bitartekoa; horrek guztiak beste delitu batzuegatik izan dezaketen zigorraren gainean eraginik izan gabe. Hori dela-eta, engainuzko publizitatearen balizko kasuak izaera zibila duen arren, delitu bihurtu liteke arauaren baldintzak betez gero (Zigor Kodearen 282. art.); lege-hauste penalarren eta zibilaren arteko muga kontsumitzaileari sorraraz diezaiokeen kalte larria eta horren iraupenean oinarritzen da (Del Moral, 2003: 2).

Zigor Kodeak *arrisku-delitutzat* jotzen du publizitate-delitua; hau da, aurretiko babesa ematen zaio. Horrek honakoa esan nahi du: *jokaera delitutzat* jotzeko, ez da ondasun juridiko bat kaltetu behar, eta nahikoa izango da kaltea sortzeko aukera egotea. Kontsumitzaileek merkatuari buruz benetako informazioa jasotzeko duten eskubidea izango da babestutako ondasun juridiko hori (EK 51.1 artikulua), horrelaxe bakarrik bermatzen baita kontsumitzaileek produktu eta zerbitzuak libre aukeratzeko duten askatasuna (Del Moral, 2003: 2).

Halere, esan behar da doktrinaren alderdi bat ez datorrela bat Zigor Kodeak 282. artikuluan jasotzen duen kontzeptuarekin; izan ere, babestutako ondasun juridikoa ez omen du behar bezala zedarritzen. Horretaz gain, Zigor Kodeak *jokaera* hori delitutzat jotzeko, kontsumitzaileentzat «kalte larri eta agerikoa» izatea eskatzen du, baina ez ditu zehazten hori zedarritzeko behar diren irizpideak. Ondorioz, ezinbestekoa izango da *zuzenbide pribatura jotzea* (De la Cuesta, 2002: 159).

Zigor Kodeak *kontsumitzaileen kontzeptua* behar bezala zehaztu ez badu ere, eta kontzeptu horren barruan lehiakideak sartzen direla pentsa badaiteke ere, gure iritziz ez da hala; izan ere, Zigor Kodearen 282. artikulua araberako lehiakideak ez dira kontuan hartzen; hau da, nahiz eta engainuzko publizitateak lehiakideei eragiten dien, ezin izango dira salatzaile pribatu gisa agertu engainuzko publizitate horren kontra; aitzitik, lehiakideek babes zibil eta administratibo soilak izango dute; eta,

176. De la Cuesta-k (2002: 154 eta 158) gogorarazten du iragarkia bere osotasunean aztertu behar dela beti.

interes orokorraren aldeko prozesuetan, edo kaltetu bat baino gehiago agertzen diren prozesu penaletan, gainerako kaltetuekin batera hartu beharko dute parte (ZK 287.2 art.)¹ (Del Moral, 2003: 2).

Hori dela-eta, delitu horretan, kontsumitzaileak izango dira *subjektu pasiboak*, pertsona fisikoak zein juridikoak, ekoizten diren produktuak edo eskaintzen diren zerbitzuak erosi edo erabiltzen dituztenak, haietaz gozatuz. Esanak esan, lehiakideek ere, zeharka soilik bada ere, horrelako delitu baten kontrako babesa jasoko dute.

Delitu horren *subjektu aktiboak* nolakotasun berezia izango du: merkataria edo ekoizlea izango da; beraz, *berezko delitua* izango da. Hainbat autore ez daude ados irizpide horrekin; izan ere, autore horien arabera, aipaturiko izaera hori (berezko delituarena) ez dutenek horrelako jokaerak agertzen dituztenean, *atipikoak* izango dira, eta ez luke horrela izan behar. Demagun sendagileek iragartzen dituzten tratamendu medikuetan adierazpen faltsuak egiten dituztela; arau penal horren arabera, sendagileak subjektu aktibo atipikoak izango lirateke (De la Cuesta, 2002: 159).

Ados gaude, beraz, arau penala *tipikoa* dela diotenekin eta zehaztasun falta ikaragarria egozten diotenekin. Izaera penala duen araua dela kontuan hartuz, hobeto zehaztu beharko litzateke, epaileen jokaera arbitrarioa ekiditeko. Ikuspegi horretatik, Zigor Kodeak ezartzen duen zigorrak ez du arrakastarik izan, lege-haustea zigortzeko badaudelako beste neurri batzuk. Beraz, esan dezakegu araua teknikoki nahiko txarra dela, eta, beraz, *praxian* oso gutxitan aplikatu da. Dena dela, eta gutxitan aplikatu arren, aipatu behar da iragarlea kaltetzeko erabil daitekeela; izan ere, subjektu horiek (merkatariak eta ekoizleak) babes txikia izango dute jar daitezkeen salaketen aurrean (De la Cuesta, 2002: 159).

9.5. ENGAINUZKO JARDUERAK: PUBLIZITATE ESTALIA, NAHASMENA BALIATZEN DUTEN IRUZURREZKO EDO ENGAINUZKO JARDUERAK, ETA JOKABIDE-KODEAK EZ BETETZEA

Sarrera

Inolako zalantzarik gabe, Lehiaketa Desleialaren Legean jasotzen den engainuzko jardueren debekua, funtsean, engainuzko edo iruzurrezko ekintzetan eta omisioetan kokatzen da. Edonola ere, iruzurrezko ekintzez eta omisioez gainera, beste hiru ekintza hauek ere iruzurrezko jardueratzat hartzen dira Lehiaketa Desleialaren Legean: publizitate estalia, nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jarduerak, eta jokabide-kodeak ez betetzea. Banan-banan aztertuko ditugu.

9.5.1. Publizitate estalia (ezkutuko publizitatea)

1. Kontzeptua

Publizitate estalia esaten zaio kontsumitzaileek publizitatetzat identifikatu ezin duten publizitateari. Publizitate estaliak ezkutatu egiten du mezuaren berezko helburua; hots, publizitatea egitea. Mezuari itxurazko helbururen bat ematen zaio; esate baterako: zerbaiten berri ematea edo informatzea.

Publizitate estalia edozein gizarte-komunikabideren bidez hedatutako publizitatea da, baina, haren *aurkezpen forma eta edukia* direla medio, hartzaileak ez dira konturatuko iragarki bat denik; adierazpen edo irudi horren publizitate-izaerari ez diote antzik hartuko. Publizitate estalia ondasun edo zerbitzuak kontratatzea eragiten duen komunikazio forma bat da, baina beti egongo da gizarte-hedabide jakin bati dagokion informazioaren formak baldintzatuta. Publizitate mota hori ez-zilegia da, ez mezuaren edukiagatik, baizik eta duen formagatik hartzaileari errorea sorrarazten diolako (Fernández Novoa, 1989: 183; Tobio, 2000: 11.162; Massaguer, 1999: 225-226; De la Cuesta, 2002: 165; Tato, 2003: 12).

Publizitate estaliak komunikazioaren izaera konbentzigarria ezkutatu edo gordetzen dio hartzaileari, informazioa objektibotasunarekin azalduz; horregatik, hain zuzen, nahasi egiten du jasotzailea. Publizitate estalia engainuzko jokaera da baita desleiala ere; izan ere, publizitate mota horrek aipatutakoak eraginda, hartzaileak zerbitzu edo produktu jakin bat eskuratuko du, eta lehiakidea, berriz, kaltetua suertatuko da; horixe da, hain zuzen, PLOk engainuzko publizitateari buruz jasotzen zuen esanahia indargabetutako 4. artikuluan (Massaguer, 1999: 226; Tobio, 2000: 11.162).

Esan den bezala, publizitate estalia ez-zilegia da, bere helburuak publizitate-mezua gorde edo ezkututzen duelako, horrelako mezurik egongo ez balitz bezala; hori dela-eta, hartzaileak ez du hartuko babes-neurri psikologikoak publizitate-mezuaren aurka. Publizitate estaliak, ikuspegi horretatik, babesik gabe uzten ditu hartzaileak mezuaren baliabide limurtzaileen aurrean (De la Cuesta, 2002: 165). Beraz, bere forma konbentzigarriak uste oker bat sorrarazten dio hartzaileari, eta *identifikazio-printzipioa* (PLOren 9. artikulua) ere urratu egiten du, publizitate-mezua informaziotik behar bezala bereizten ez delako (Tobio, 2000: 11.161; De la Cuesta, 2002: 166).

Publizitate-mezuaren formari dagokionez ere, publizitate-izaera identifikatu behar da (PLOren 9. artikulua), eta bestalde, *egiazkotasun-printzipioa* ere errespetatu behar da; publizitate-kontratuei buruzko arauetan ere hartzen dira aintzat obligazio bi horiek (PLOren III. Titulua). Bestalde, Lehiaketa Desleialaren Legearen arabera (erreforma aurretik 15. artikulua, eta erreforma ondoren 26. artikulua espresuki) desleiala da publizitate-jarduera hori, hain zuzen, engainuzko jarduera (5., 7. eta 26. artikulua) (Massaguer, 1999: 227; De la Cuesta, 2002: 166).

Ikuspegi horretatik, esan dezakegu publizitate estaliak zerbitzuen merkatuan eragina duela. Merkaturako iluna den *forma bat* erabiltzen bada publizitatea zabaltzeko, horrek baldintza ekonomikoetan eragin dezake, ordain litekeen kontraprestazioa (halere, batzuetan, ez da ordainketarik egongo) ez baita merkaturako prezio-sisteman sartuko; beraz, publizitatea zabaldu duen hedabideak ez du kontraprestazio hori jasoko, iragarkiaren euskarrian parte hartzen duten pertsona fisikoek baizik. Ondorioz, informazioaren profesionalen artean, desberdintasunak eta gehiegikeriak sortuko dira, eta hedabideek beren euskarriak erabiltzeagatik jaso zezaketena galduko dute (De la Cuesta, 2002: 166-167).

Publizitate estaliak, lehenago, prentsa idatzia erabili ohi zuen; horregatik, erredakzio-publizitate ere esaten zitzaion, mezu-emaileak informazioa balitz bezala ematen baitzuen publizitate-mezua. Prentsa idatzian erabilitako zeinu linguistikoak aztertzea ekarri zuen egoera horrek, batez ere mezu-emaileari edo zeinu-bereizleei buruz egindako adierazpenak eta osagaiak; hori zela eta, aurreikusten zen eragile edo mezu-emaile bati buruz egindako gehiegizko aipamenek ere ezkutuko izaera hori izan zezaketela (De la Cuesta, 2002: 166-167).

Publizitate estaliak engainua sortzen du mezua hedatzeko formaren aldetik, beraz, agentziak edo iragarleak hedabidea aukeratzen dutenean, publizitate mota horren hedabidea ere baldintzatuta gerta daiteke. Dena den, araudiaren debekuak zeharkako babesa emango dio hedabideari; izan ere, publizitate horrek sor dezakeen uste okerra dela-eta, hedabideak ezetza eman diezaioke iragarkiaren titularrari (De la Cuesta, 2002: 166-167).

Denboraren poderioz, ezkutuko publizitate mota berriak sortu dira, lehenago aipatu dugun definizioarekin bat ez datozenak. Gaur egun, iragarkiek ez dute informazio-mezuaren edo egunkariko mezuaren forma erabiliko publizitate-izaera gorde edo estaltzeko, eta, horren orde, mezu artistiko edo sormenezkoak indartuko dira. Garai batean, erabiltzen zen ezkutuko publizitateak prentsa idatziaren forma erabiltzen zuen informazioa emateko; gaur egun, berriz, bide hori erabiltzeaz gain, beste baliabide batzuk eta forma bereziagoak agertu dira, eta esan dezakegu publizitate-izaera aitortu nahi ez duen publizitate oro dela *ezkutuko publizitatea*. Ikusmolde horren barruan, informazio gisa ematen den publizitate oro jasoko da, baldin eta ezkutuan azaltzen den publizitatea identifikatzeko aukerarik ematen ez badu¹⁷⁷.

Hasieran eman den definizio hori oinarritzat hartuta, doktrinaren gehiengoak engainuzko publizitatearen berariazko hipotesizat definitu du publizitate estalia. Doktrinaren ikuspuntu horren arabera, publizitate estaliak errorera eramaten ditu kontsumitzaileak; izan ere, publizitate estaliaren erruz, gaizki interpretatzen dituzte publizitatean erabiltzen diren argudioak eta haien jatorria eta balio. Kontsumitzaileak ez dira jabetzen mezua berez publizitatea dela; iruditzen zaie mezuaren bidez zerbaiten

177. Tato-k (2003: 12) dioenez, Italian *erredakzio-publizitatea* ezkutuko publizitatearen barruan kokatzen da.

berri ematen zaiela. Hori dela-eta, publizitate-mezua sinesgarria eta objektiboa dela iruditzen zaie. Publizitatea dela jakinez gero, ordea, ez litzaieke horren sinesgarria eta objektiboa irudituko.

Argi dago publizitate estaliaren bidez iruzur egiten dela. Dena den, gure ustez, mezua komunikatzeko moduan datza iruzurra, eta ez mezuaren edukian. Alde horretatik, publizitate estalia ez da iruzurrezko publizitatea; beste legez kontrako publizitate mota bat da; izan ere, publizitatearen *zinezkotasun- eta identifikazio-printzipioaren aurka doa*. Printzipio hori jasota dago PLOn eta ikus-entzunezkoei eta telebistari buruzko berariazko araudian. Zehazki, PLOren 9. artikuluan ezartzen den publizitatearen bereizketa-printzipioaren arabera, komunikabideek argi eta garbi bereizi behar dituzte informazioa eta publizitatea, eta iragarkia jartzen duenak argi eta garbi adierazi behar du publizitatea egitea dela bere iragarkien helburua.

Ikus-entzunezko komunikazioaren 2010eko Lege Orokorra ere kategorikoa da gai horri dagokionez. Ikus-entzunezko komunikazio argia jasotzeko eskubidea jasotzen du; zehazki, komunikazio komertziala eta gainerako ikus-entzunezko edukiak bereizita jasotzeko eskubidea jasotzen du. Hori guztia kontuan hartuta, ez dago argi zer lotura duen iruzurrezko publizitatearekin. Iruzurrezko publizitateak egiazkotasun-printzipioa urratzen du; publizitate estaliak, aldiz, publizitatearen zinezkotasuna eta identifikazioa. Dena den, publizitate estaliaren bidez kontsumitzaileak errorera bultzatzen direnez, ezin da engainuzko publizitatetik guztiz bereizi. Gehiengoaren doktrinak engainuzko ekintzat hartzen du publizitate estalia, errorera daraman ekintzat, errorea zertan datzan kontuan hartu gabe. Ildo horretatik, legegileak hori berresten du; izan ere, iruzurrezko merkataritza-jardueren berariazko hipotesizat hartzen du publizitate estalia.

2. Publizitate estalia Lehiaketa Desleialaren Legean

Gauzak horrela direla, ez da harritzekoa Estatuko legegileak, europar erkidegoko legegileari jarraiki, engainuzko merkataritza-jardueren berariazko hipotesizat hartu izana publizitate estalia. Horrez gainera, hipotesia bitan tipifikatzen du, hain zuzen ere, definizio batean sartzen ez diren egoerak epaitu gabe gelditu ez daitezen. Hori positiboa da.

Lehenik eta behin, publizitate estalia engainuzko ekintzat har daiteke. Alde horretatik, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.1 artikuluan aipatzen da jarduera edo mezu bat aurkezteko moduak iruzurra eragin dezakeela. Are gehiago, artikulua horren d) hizkian, iruzurra zertan oinarri daitekeen esaten da eta, besteak beste, aipatzen da iruzurraren oinarriak izan daitezkeela «merkataritza-jokabidearen helburuak eta merkataritza-jardunaren izaera». Publizitate estalia artikulua horretan sar dezakegu; izan ere, mezua aurkezteko modua dela-eta, publizitate estaliak berezko mezuaren edukia edo, nahiago izanez gero, berezko merkataritza-jokabidea gaizki ulertzeraren eraman gaitzake.

Lehiaketa Desleialaren Legean, engainuzko omisiotzat ere har daiteke publizitate estalia. Alde horretatik, 7.1 artikulua iruzurrezko omisioak sailkatzen ditu eta desleialtzat jotzen du beharrezko informazioa «modu ilun, ulertezin edo anbiguoan igortzea, edo dena delako jokabidearen helburu komertzialaren berri ez ematea, baldin eta testuinguruak hori agerian uzten ez badu».

Hortik ondorioztatzen da Lehiaketa Desleialaren Legean iruzurrezko ekintzat edo omisio bidezko iruzurtzat har daitekeela publizitate estalia. Publizitate estaliaren hipotesian, bi faktore hauen ondorioa da mezuaren izaerari eta balioari buruzko iruzurra: mezua aurkezteko forma (iruzurrezko ekintza) eta mezuaren izaerari eta helburuari buruzko berariazko informazioaren gabezia (iruzurrezko omisioa).

Horiek alde batera utzita, Lehiaketa Desleialaren Legearen hirugarren kapituluak, «kontsumitzaileekin eta erabiltzaileekin egiten diren merkataritza-jarduerak» jasotzen dituenak, publizitate estaliaren mota bat aipatzen du; erredakzio-publizitatea esan ohi zaion publizitatea, hain zuzen. Bertako 26. artikulua legez kontraktotzat hartzen du «komunikabideetan informazio gisa sartzea produktu edo zerbitzu bat sustatzeko mezua, enpresari edo profesional batek ordaindutakoak, ez bada argi gelditzen mezuaren bidez edo kontsumitzaileek eta erabiltzaileek argi eta garbi identifika ditzaketen irudien eta soinuaren bidez publizitatea dela».

Artikulu horretan, publizitate estaliaren adibide bat ematen da, bere horretan iruzurrezkotzat hartu behar dena, eta hortaz, desleialtzat ere har daitekeena. Dena den, adibide horrek ez du galarazten beste egoera batzuk, 26. artikuluan eskatzen diren baldintzetako batzuk betetzen ez dituztenak, publizitate estaliaren —eta hortaz, iruzurrezko publizitatearen eta publizitate desleialaren— hipotesizat hartzea. Lehiaketa Desleialaren Legearen 26. artikulua *espezialitate-printzipioa* baliatzen du, eta suposamendu zehatz batzuk arautzen ditu, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. eta 7. artikuluen araupena zehazteko. Horrenbestez, 26. artikuluan agertzen diren baldintzak betetzen direla egiaztatu ondoren, iruzurrezko jardura bat dagoela adierazi behar da automatikoki; ez da zertan aztertu iruzurrezko ekintzat edo omisiotzat hartzeko bete behar diren baldintzak betetzen diren. Edonola ere, baldintza horietako bat ez betetzeak ez du esan nahi jardura ezin denik iruzurrezko ekintzat edo omisiotzat hartu, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. eta 7. artikuluei jarraiki, baldin eta artikulu horietan jasotako baldintzak betetzen badira. Jarraian, baldintza horiek aztertuko ditugu.

Publizitate estaliaren auresuposamenduak

Laburbilduz, publizitate estalia dela esateko, hainbat irizpide hartu beharko ditugu kontuan: besteak beste, frogatu behar da izaera hori izateko ez dela ordainsari edo kontraprestazio ekonomikorik egon. Nahikoa izango da mezu informatiboak publizitate-izaera duela salatzen duen edozein zantzurekin. Zantzu horien artean, mezuaren fokalizazioa edo kokapena aipatuko dugu, hau da, iragarkia produktu bakar baten inguruan egitea lehiakideen produktuak ezertarako aipatu edo fokalizatu

gabe¹⁷⁸. Honako irizpide hauek ere hartu izan dira aintzat: ematen den informazioak garrantzirik ez izatea, produktu jakin baten markari buruz etengabeko erreferentzia egitea bere deitura orokorra esan gabe, edo, erreportaje neutro batean, produktu jakin bati buruzko laudoriozko hitz asko esatea. Dena den, aipatu ditugun eragile horiek guztiak aztertutakoan mezuaren publizitate-izaerari buruzko zalantzarik izanez gero, ezin izango dugu ziurtatu ezkutuko publizitatea denik (Tato, 2003: 12).

Lehenik eta behin, *publizitatea edo merkataritza egitea* izan behar da mezuaren helburua. Mezuaren helburua publizitatea egitea dela frogatzeko, behin betiko frogatzat hartuko da enpresariak edo profesionalak mezua zabaldu duen komunikabideari kontraprestazio ekonomikoa eman izana. Dena den, froga hori izan ez arren, mezuaren jatorriaren eta ezaugarri objektiboen zantzuak erabili ahalko dira mezuaren helburua publizitatea edo merkataritza egitea dela frogatzeko.

Bigarrenik, mezuak *errorera eraman ditzake kontsumitzaileak edo erabiltzeak*, baldin eta ez badu behar bezala azaltzen zein den mezuaren izaera eta helburua; hots, publizitatea egitea. Hori gertatzen den ikusteko, mezuaren inguruabar guztiak aztertu beharko dira, bai mezua nola eginda dagoen, bai mezua zabaltzeko erabili diren espazioak eta komunikabideak zer ezaugarri dituzten. Alde horretatik, Lehiaketa Desleialaren Legearen 7. artikuluan esaten da, hain zuzen ere, ezingo dela jarduera bat estalia dela esan, baldin eta testuinguruak argi eta garbi uzten badu jarduera horren helburua publizitatea edo merkataritza egitea dela.

Hirugarrenik, *xedea publizitatea edo merkataritza egitea dela jakinarazteko nahikoa identifikazio-elementu ez izatea*. Alde horretatik, nahiz eta mezua ez argi eta garbi identifikatu publizitatetzat, ez da merkataritza-jarduera estalitza hartuko, baldin eta jakinarazpenak badaude publikoari modu argian eta agerian adierazteko zein den mezuaren izaera eta helburua.

Laugarrenik, eta azkenik, nahiz eta aurreko premisa guztiak bete, jarduera bat ezkutukotzat jo ahal izango da soilik, *jarduera hori egokia bada kontsumitzaileen jokabide ekonomikoan eragina izateko*. Ezkutuko jarduera kalifikatu nahi bada engainuzko ekintza edo engainuzko omisiotzat, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. zein 7. artikuluen aplikazioak honako hau galdatzen du: jarduera horren bidez, kontsumitzaileei beren jokabide ekonomikoan eragina izango duen erabaki bat harraraztea; berez hartuko ez luketen erabaki bat, hain zuzen.

3. Produktuaren kokapena (product placement) eta publizitate estalia

Lehenago aipatu den bezala, gaur egun ezkutuko publizitatea lantzea gero eta zailagoa da, garai honetako publizitate-tekniken eta gizarte-hedabideen garapena dela medio *publizitatea eta informazio-jarduerak bereiztea ez baita erraza*. Telebistako

178. Tato-k (2003: 12) Autokontrolleko Epaimahaiaren erabaki bi aipatzen ditu (2002-6-21ekoa Osoko bilkuran berretsita, 2002-6-30ekoa), telebista-saio batean *Viagra* botikari buruzko ezkutuko publizitatea egiten ari zirela-eta.

product placement edo publizitate estatikoa da horren adierazgarri garbia (Tato, 2003: 13).

Ezkutuko publizitate motaren barruan garrantzi handiena hartu duen figura ikus-entzunezko komunikabideen bitartez «produktuaren kokapena» delakoa da (*product placement*). Figura horren ezaugarria zera da: publizitate-helburuarekin produktuaren edo zerbitzuaren, edota haien marken edo zeinu bereizleen kokapena, filmen, telebista-saioren edo ikus-entzunezko komunikabideen bitartez hedatutako edozein saioren emanaldian zehar.

Telebistako ezkutuko publizitatearen definizioa malgua eta zabala izan da betidanik, edozein forma har dezakeelarik, bere aurkezpena barne. Eskaintza bati edo horri dagozkion elementuak telebista-saio jakin batean helburu publizitarioarekin azaltzen direnean gertatuko da, eta hartzaileari errakuntza sorraraziko dio bere publizitate-izaeraren inguruan [indargabetutako 22/1999 Telebista Legearen 3.d) artikulua]¹⁷⁹. Praxian, telebista-saioetan, horrelako jokaera bat gertatuko da produktuak aurkezten badira eta publikoak markak edo bestelako elementuak ikusi eta beste produktuetatik ongi bereizten ez baditu¹⁸⁰.

1994ko uztailaren 12ko 25/1994 Telebistaren Legearen 3.d) artikulua ezkutuko publizitateari buruz eman zuen definizioak antza handia zuen *product placement* delakoaren definizioarekin: telebista-saio batean enpresaburu baten izena azaltzen denean gertatuko da, produktuak, jarduerak, markak edo zeinu bereizleak testuinguruarekin bat etorriko dira beti, edo saioren gaiaren dekorazioarekin batera jarriko dira (De la Cuesta, 2002: 168).

Esanak esan, saio batean produktu bat aurkeztea ez-zilegitzat hartuko da baldin eta bi baldintza betetzen badira; batetik, pertsona, jarduera, produktu edo zeinu bereizleak promozionatzeko helburuarekin azalduko dira telebistan; eta bestetik, publikoak ez du argi jakingo ia jarduera horrek izaera publizitarioa duen ala ez (De la Cuesta, 2002: 168-169). Dena den, batzuetan, telebistako kokatze horretan sustatzeko intentziorik ba ote dagoen zehaztea ez da batere lan erraza izaten; izan ere, lankidetza hori publizitate-informazioaren prozesuaren barruan gertatzen da kontratu jakin batzuk direla medio. Hedabideak produktu bat sustatzea onar dezake, publizitatea beraren euskarrian iragartzen bada. Horixe bera dio 1994ko Telebistaren

179. 25/1994 Telebistaren Legeak Europar Batasuneko 89/552/EEE Espainiako ordenamendura egokitu zuena. Ekainaren 7ko 22/1999 Legeak aldatu zuen lege hori eta, 3.d artikuluan, *ezkutuko publizitatearen* definizioa jasotzen du: «Ekoizle edo zerbitzu-emaile baten ondasun, zerbitzu, izen, marka edo jarduerak hedabide batek nahita aurkeztea telebista-saio batean publizitate-helburuarekin, eta, ondorioz, aurkezpenaren izaeragatik publikoari errorea sorraraztea izango da ezkutuko publizitatea. Ordaintzen bada edo beste edozein ordainsariren truke egiten bada, ezkutuko publizitatearen izaera izango du nahitaez».

180. Tobío-k (2000: 1.200) dioenez, Alemaniako doktrinak sakonki aztertu du *product placement* delakoa, eta *publizitate estatikoa* maiz jotzen du ezkutuko publizitatetzat. Amerikako doktrinak, berriz, hedabide zinematografikoetan kokatzen ditu horrelako kasuak eta ikuspegi irekiagoa du (Massaguer, 1999: 227; De la Cuesta Rute, 2002: 167).

Legeak 3.d) artikuluan (egun, 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorra, martxoaren 31koa, 32. artikulua): telebistako eragile batek saio batean publizitate-helburua izango duela, baldin pertsona, ondasun edo zeinu bereizleen aurkezpena egiteagatik edozein izaeratako ondainsaria jasotzen badu. Beraz, telebistaren sustapen-helburua enpresaburuaren xede publizitarioari lotuta geratzen da; enpresaburuak telebistari ordaintzen badio, legeak aipatzen duen ordainsari hori izango dugu (Tobio, 2000: 1200; De la Cuesta, 2002: 168-169).

Ematen du 1994ko uztailaren 12ko Telebistaren Legea (lehenengo, 1999ko ekainaren 7ko 22/1999 Legeak aldatu zuena, eta ondoren aipatutako 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorra) eta urriaren 3ko Europar Batasunaren Telebistaren Zuzentaraua (89/552/EEE) bat datozela, baina bi araudi horietatik atera daitezkeen ondorioak desberdinak dira, erabat. Europako araudiak dioenez, eragileari egiten zaion ordainketatik atera daitezkeen ondorio bakarra hau da: publizitate-hitzarmen bat dagoela; Espainiako legeak, berriz, honako ondorio hau aterako du: *ezkutuko publizitatea* dela. Bi araudi horien arteko desberdintasunak berealdiko garrantzia du, Europako arauaren ustez ordaintzeak ez baitu esan nahi ezkutuko publizitaterik dagoenik, eta Espainiakoaren ustez, berriz, ordainsaria egoteak ezkutuko publizitatea dagoela esan nahi baitu. Beraz, Espainiako araudiak ez zuen betetzen ezkutuko publizitatea gerta dadin eskatzen den bigarren baldintza, hau da, hartzailearengan uste okerra sorraraztea. Europako arauaren arabera, ordainsaria badago, baina *product placement* delakoak uste okerra sortzen ez badu, ez da zilegia izango. Hori dela-eta, 1994ko Telebistaren Legeak ematen zuen ezkutuko publizitatearen kontzeptua aldatu behar zen eta publizitate-mezuak publikoarengan uste okerra sortzen duen kasuetara mugatu (Tobio, 2000: 1200; De la Cuesta, 2002: 171-172). Hori da gertatuko zena 22/1999 Legearekin eta, noski, 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrarekin, non ordaintzearen baldintzari gehitzen zitzaion publikoarengan uste okerra sorrarazteko egokitasunaren baldintza.

Product placement (publizitate estatiko mota bat delarik) besterik gabe ezkutuko publizitatetzat hartzen denean, gure iritziz, argi dago komunikazioaren objektuaren hainbat eragile ez direla ezagutzen. Horregatik, komenigarria litzateke merkataritza-arloko zein gizarte-bizitzako hainbat datu eranstea; esate baterako, horrelako egoera batean telesaio baten ikusle helduek, zorrotzegiak ez badira ere, sustapenaren interesdunekin erlazionatzen dituzte merkataritzako erreferentziak, zalantza eta arazorik gabe. Halako kasuetan, *product placement* delakoa ez da ez-zilegia izango (Tobio, 2000: 1201; De la Cuesta, 2002: 170-171).

Ikus-entzunezko komunikazioaren araua murriztailea bada ere, Legeak ezarritako baldintzen arabera soilik interpretatuko da, hau da, telebista-saioen inguruan soilik. Beraz, araudiaren ezkutuko publizitatearen nozioak telebistako eragilearen publizitate-helburua izatea eskatuko du, eta gainerako eragileek izan ditzaketan aurkezpenak ez dira kontuan hartuko.

Telebistako iragarkia obra bat izan daiteke eta Jabego Intelektualaren 1/1996 Legeak, apirilaren 12koak, babes dezake. Ikuspegi horretatik, obra hori behin baino gehiagotan azalduko da merkataritza-izaera duten aipamenekin, obra bera gauzatzeko behar den finantzaketa eskuratzeko. Merkataritza-aipamenak direla-eta, obra hori hedatzea debekatuko balitz, egile-eskubideen aurka legoke debekua, eta, horren ondorioz, Espainiako Konstituzioaren 20. artikularen aurka, aurretiko zentsura egongo litzateke.

Era berean, babesletza- edo sustapen-kontratuak ez gauzatzeko litzateke beste ondorio negatibo bat. Babesleak emanaldi horretan, publizitate-aipamenak egin ahal izatea eskatuko du obra edo ekitaldi kulturala finantzatzeagatik; hori egiterik ez baleuka, ekitaldi eta obra horiek gauzatzeko aukera asko murriztuko litzateke (PLOren 22. artikulua) (De la Cuesta, 2002: 173).

Esan dugunagatik, ikus-entzunezko obrak egiteko, finantzabide garrantzitsu bat dugu *product placement* eta publizitate estatikoa direlakoak erabiltzea; beraz, ezkutuko publizitatearen nozioa behar bezala zehazten ez bada, sormen intelektualaren obrak sortzeko bidea oztopatu edo itxiko da.

Ikuspegi horretatik abiatuta, esan daiteke telebista-saioetan merkataritza-komunikazioa lantzeko modua ere zaildu egin litekeela, ikuspegi murriztaile hori dela medio, telebista-saio baten publizitate-aipamenak debeka daitezkeelako. Zinemarako egiten diren filmetan, ordea, eragile ekonomikoak ez dute printzipioz inolako mugarik beren marken eta produktuen aipamen eta aurkezpenak egiteko; beraz, telebistaren araudiak eragile eta lehiakideen arteko desberdintasunak areagotzen ditu hainbat kasutan (De la Cuesta, 2002: 173-174).

Tradizioz, produktuaren kokapena publizitate estaliaren mota bat bezala kalifikatua izan da. Definizioz bertatik kontsumitzaileen publikoarentzat haren izaera kaltegarria ondoriozta dezakegu: telebista-programazioaren barruan, publizitate-helburuarekin produktuak, zerbitzuak edo haien markak aurkezteagatik, narrazio-elementuak bezala, protagonismo handiago edo txikiagoarekin. Teknika horrek eragiten duen arazoa zera da, jardueraren publizitate-izaera identifikatzearen inguruan zalantzak eragiteko egokitasuna. Baiezta daiteke, produktuaren kokapenak telebista-film edo -saio batean, euskarri hauek publizitate-espazio bihurtzen dituela, eta kontuan harturik espazio horien izaera ez dela hori, arriskua egongo da publikoak diren bezala uler ditzan, hau da, publizitarioak ez diren momentuak bezala.

Egia da produktuaren kokapena orain arte espainiar legerian ez dela izan espresuki araudiaren objektu. Hala ere, ez da jarduera bat tratamendutik salbuetsita geratu dena, pertsona kontsumitzaile eta erabiltzaileen kalterako. Kontuan izanda, oso jarduera egokia dela publikoari uste okerra sorrarazteko jardueraren helburuari edo izaerari buruz, doktrinak, irmotasunez defendatu du haren zilegitasunik eza, dagokion kokapenaren publizitate-izaera era egokian ez denean ezagutarazten; hau da, publizitatea identifikagarria izatearen betebeharra ezartzen duen printzipioa

hausten denean. Printzipio hori publizitate estaliaren debekuaren oinarria denez, baieztu daiteke baldintza hori betetzen ez den guztietan, produktuaren kokapena publizitate estaliaren motatzat hartzen dela, eta, horrenbestez, desleiala.

Egun, Ikus-entzunezko Komunikazioaren Lege Orokorrak produktuaren kokapenari tratamendu zehatza ematen dio, publizitate mota horren alde aurkeztuz, baldintza jakin batzuk betez gero. Baldintza horien artean, kokapenaren izateaz publikoari argi informatzearen betebeharra nabarmentzen da. Horrela, produktuaren kokapena ezkutuko publizitatetzat kalifikatzearen aukera ezabatzen da. Produktuaren kokapenaren zilegitasunak jarduera ezkutuko publizitatetzat ez kalifikatzean izan du eta du oinarri. Beraz, ezinbestekoa da ikus-entzulea ohartaraztea, era nahikoan, dagokion saioaren edukian produktu edo zerbitzu baten erreferentziak, erakusketak edota kokapenak duen merkataritza-helburuaz.

Aipatutako Legean, produktuaren kokapena dagoela informatu behar den momentua da zehazten den elementu bakarra: saioaren hasieran eta bukaeran, zein publizitate-etenaren ondoren (beharbada, ohartarazpena egin beharko litzateke baita kokapena edo erreferentzia gertatzen den momentuan ere). Ohartarazpen-eredu zehatzari dagokionez, legeak ez du ezer ezartzen. Praktikan, ikusten ari gara logotipo neutro eta uniforme bat, orokorki adierazten duena dagokion saioan produktuaren kokapena gauzatzen dela. Garrantzitsuena da ikus-entzuleak erne jartzea, argi eta modu nabarian, kokapenaren izateaz merkataritza-interesei erantzuten dien teknika bat gisa.

9.5.2. Nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jarduerak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 20. artikulua arabera, desleialtzat hartzen dira lehiakide baten edozein produktu, zerbitzu eta markarekin nahastea —asoziazio-arriskua barne— eragiten duten merkataritza-jarduerak, bai eta konparaziozko publizitatea ere, baldin eta produktu, zerbitzu eta marka horiek eragina izan badezakete kontsumitzaileen nahiz erabiltzaileen jokabide ekonomikoan. Zehaztapen horren bidez, legegileak iruzurrezko merkataritza-jardueren multzoan sartu ditu nahasteek eragindako ekintza desleialak, eta horrela, adierazi du nahaste-arriskua engainu-arriskuaren berariazko hipotesi bat dela; izan ere, nahaste-arriskuaren erruz, gerta daiteke kontsumitzaileek ez jakitea produktua zer enpresarena den. Horixe izan daiteke, hain zuzen ere, iruzurra.

Edonola ere, 20. artikulua Lehiaketa Desleialaren hirugarren kapituluari dago, eta kapitulu hori, berez, kontsumitzaileekiko jarduera desleialei buruzkoa soilik da. Hortaz, arau hori kontsumitzaileen eta enpresarien edo profesionalen arteko harremanei soilik aplikatu daiteke. Hori dela-eta, legegileak bere horretan utzi du Lehiaketa Desleialaren 6. artikulua, nahasmena eragiten duten jarduerak tipifikatzen dituenak. Lehiaketa Desleialaren Legea aldatu ondoren, beraz, artikulua horren arabera aztertu beharko dira kontsumitzaileen eta enpresarien edo profesionalen arteko harremanetan sortzen diren nahaste-ekintzak.

Nahaste-ekintzak kontsumitzaileekiko harremanetan gertatzen diren iruzurrezko merkataritza-jardueren berariazko suposamenduzat hartzeaz gainera, legegileak nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jardueren suposamendu jakin bat sartu du berez ekintza desleialtzat hartzen diren ekintzen katalogoan edo zerrenda beltzean. Lehiaketa Desleialaren Legearen 25. artikulua berezko jarduera desleialtzat jotzen du «enpresari edo profesional jakin baten produktuaren antzeko produktu bat sustatzea, kontsumitzaileari sinetsarazteko produktua enpresari edo profesional horrena dela, nahiz eta hori egia ez izan». Horrela, 25. artikuluan deskribatzen den jarduerak espezialitate-printzipioa baliatzen du, eta lotura du nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jardueren tipifikazio orokorrarekin. Tipifikazio orokorra 20. artikuluan jasotzen da, hain zuzen ere.

A) Nahasmena baliatzen duten iruzurrezko jardueren baldintzak

Lehenik eta behin, nahasteko arriskua egon behar da. Lehiaketa Desleialaren Legean ez da definitzen zer den nahasteko arriskua. Beraz, beharrezkoa da Marken Zuzenbidera jotzea. Bertan esaten denaren arabera, nahasteko arriskuak haxe esan nahi du: zer arrisku dagoen publikoak sinesteko bi produktu enpresa berarenak direla (nahasteko arriskua, zentzu hertsian), edo, gutxienez, elkarren artean juridikoki eta ekonomikoki lotuta dauden enpresenak direla (asoziazioa egiteko arriskua). Nahasteko arriskua dagoen jakiteko, bi faktore hartu behar ditugu kontuan: alde batetik, zenbaterainoko lehia dagoen produktu edo zerbitzuen artean; eta, bestetik, produktu edo zerbitzu horiek zenbateraino diren berdinak, nola aurkezten diren merkatuan, zer bereizgarri dituzten, eta nola iragartzen diren.

Bigarrenik, aztertutako jarduerak kontsumitzaileen jokabide ekonomikoan eragin nabaria izan behar du. Baldintza hori bat dator iruzurrezko ekintzetarako ezarritako baldintza orokorrarekin.

B) Konparaziozko publizitateari buruzko zeharkako aipamena

Gauzak horrela direla, konparaziozko publizitatea egin ahal izateko bete beharreko legezko betekizunen multzotik, erkidegoko legegileak hainbat betekizun aukeratu ditu, eta aukeratutako betekizunek ezaugarri hau dute: betekizuna ez betetzeak zuzenean eragiten die kontsumitzaileen interes ekonomikoei. Legegileak egindako aukeraketa, ordea, partziala eta mugatua da. Ez dago argi zergatik eragiten dien konparaziozko publizitateak kontsumitzaileen interes ekonomikoei nahasteko arriskua sor dezakeenean, eta, ez, berdinak ez diren produktuei edo zerbitzuei buruzkoa denean, edo produktuen edo zerbitzuen ezaugarri bereizle, egiaztagarri, adierazgarri eta oinarrizkoak objektiboki alderatzen ez dituenean. Kritika hori bera egin diezaiokegu Lehiaketa Desleialaren Lege berriari. Alde horretatik, Espainiako legegileak nahasteko arriskua eragin dezakeen faktoretzat hartu du konparaziozko publizitatea (Lehiaketa Desleialaren Legearen 20. artikulua). Era berean, nahasteko arriskuari buruzko erreferentzia esplizituak kendu ditu Lehiaketa Desleialaren

Legearen 10. artikulutik. Artikulu horretan esaten da, hain zuzen ere, zer legezko baldintza bete behar diren konparaziozko ekintzak egiteko.

Ez dago argi zergatik Lehiaketa Desleialaren Legeak ez duen 10. artikuluan jaso konparaziozko publizitatearen araudi juridiko guztia. Are gutxiago, kontuan hartzen badugu Lehiaketa Desleialaren Legeak ez dituela bi legitimazio aktibo hauek bereizten: alde batetik, lehiatzeko ekintza desleialei aurre egiteko legitimazio aktiboa (bigarren kapituluko 10. artikuluan jasotzen dira ekintza horiek); eta, bestetik, kontsumitzaileekiko jardura desleialei aurre egiteko legitimazio aktiboa (hirugarren kapituluko 20. artikuluan tipifikatzen dira jardura horiek).

a. Ekintza konparatiboaren (publizitate konparatiboaren) zilegitasun-baldintzak

Publizitate konparatiboaren zilegitasun-baldintzak Lehiaketa Desleialaren Legearen 10. artikuluan jasotzen dira:

1. Lege horren arabera, publizitate konparatiboak lehiakide baten produktu edo zerbitzuak aipatzen ditu zuzenean edo zeharka.
2. Konparazioa zilegia izango da honako baldintza hauetan egiten bada:
 - a. Alderatzen diren ondasun edo zerbitzuek helburu edo premia berak bete beharko dituzte.
 - b. Konparazioa objektiboa izan dadin, ondasun edo produktuei buruzko ezauzgarri esanguratsu, frogagarri eta esentzialak erabiliko ditu, besteak beste, prezioa.
 - c. Produktuak jatorrizko deitura edo gegografia-izendapena, tradizio-bere-zitasuna edo deitura jakin bat baldin badu, konparazioa jatorrizko deitura bereko produktuen artean egingo da soilik.
 - d. Marka edo merkataritza-izen babestua duten produktu edo zerbitzuak ezin izango dira beste batzuen imitazio edo erreplika gisa aurkeztu.
 - e. Engainuzko ekintzen, ekintza iraingarrien eta besteren ospearean ustiapen-ekintzen inguruan 5., 7., 9., 12., eta 20. artikuluetan ezarritakoa Konparazioak ezin du urratu.

a. Konparazio objektiboa

Konparazioaren froga objektiboa behar izatea da publizitate konparatiboak zilegi izateko duen baldintza nagusietako bat. Konparatzen diren ondasun edo zerbitzuak helburu eta premia berberak ase behar izatea da publizitate konparatibo zilegia izan dadin PLOk jarritako baldintzetako bat (PLO 6. bis artikuluko 2. paragrafoko a) atala). Horretaz gain, legearen formulazio berriak konparazioa *egiazkoa* eta *objektiboa* izatea eskatzen du (PLOren 6. bis 2.b artikulua). Hori dela-eta, konparazioak ez ditu jasoko frogagarriak ez diren adierazpen eta iritzi pertsonalak. Iritzi pertsonaletan oinarritzen den konparazioa ez-zilegia izango da.

Halere, batzuetan ez da batere erraza izaten egitate objektiboak iritzi pertsonaletatik bereiztea.

Produktu edo zerbitzuen konparazioa *datu funtsezko eta esanguratsuetan* oinarrituko da eta ez ustekabekoetan; ikuspegi horretatik, iragarleak emango dituen datuak elkarren artean alderagarriak izango dira; *egiazkotasun-printzipioa* aintzat hartuz lehiakidearen produktu eta zerbitzuak alferrik gutxietsi edo iraindu gabe. Publizitate konparatiboak produktu edo zerbitzuen barne-kritika batera badarama ere, kritika horrek neurrikoa eta orekatua izan behar du (Fernández Novoa, 1989: 231-233; Zurimendi, 1999: 2.503; Massaguer, 1999: 316-317).

Iragarle batek, publizitate konparatiboa dela medio, beti bultzatu nahi izango du bere produktua beste lehiakideenaren kaltetan, baina horrek ez du esan nahi legediak ezartzen duen *tolerantzia-maila* bete behar ez denik; izan ere, hori gaingiduta, mezua ez-zilegi bihur liteke. Publizitatearen izaera zilegia *egiazkotasun-printzipioan* oinarrituko da (Tato, 1996: 246; Peinado, 1998: 1.655-1.656).

b. Konparazio esanguratsua

Espainiako legediko publizitate konparatiboaren erregulazioa aurrerakoia izan da Europakoarekin alderatuz gero. Konparazioa *funtsezko datuetan* oinarritzen zenean, publizitate konparatiboa zilegitzat jo zuen Espainiako legegileak, merkaturako zerbitzu positibotzat jotzen zelako (De la Cuesta, 2002: 152).

Geroago, ordea, LDLren 10. artikularen bidez egin zen interpretazioak «konparazioaren produktu edo zerbitzuaren ezaugarriak garrantzitsuenak» jasotzen zituen (Vicent, 2002: 619-620).

Hala eta guztiz ere, bi kontzeptu horiek —ezaugarriak esanguratsuenek eta garrantzitsuenek— esanahi berbera dute; hau da, kontsumitzaile guztiek edo kontsumitzaileen talde jakin batek eskaintza jasotzean aintzat hartzen dituzten ezaugarriak izango dira.

c. Engainu eta irainik eza

Publizitate konparatiboa sarritan *engainuzko publizitatearekin* eta *publizitate iraingarriarekin* loturik azaldu arren, bereizi egin behar dira (Fernández Novoa, 1989: 211-214; Lema, 1991: 6.147)¹⁸¹. Publizitate konparatiboaren adierazpenak beste lehiakideekiko uste okerrak edo irainak zabaltzen baldin baditu, ez-zilegiak izango dira. Haatik, iragarleak bere produktuaren ezaugarri bat beste lehiakide baten produktuaren ezaugarri baliokide batekin alderatzen duenean, zilegi izango da publizitate hori. Beraz, berdintasuneko baldintzak kontuan hartuz prezioetan oinarritutako konparazioa, esate baterako, erabat zilegi izango da; beste horrenbeste gertatuko da produktu jakin baten abantaila teknikoak lehiakidearen produktuarekin

¹⁸¹ Bacharach de Varela-k (1995: 278) dioenez, LDLren 10.2 artikulua oso ongi zehazten du publizitate konparatibo ez-zilegia, argi jasotzen baitu engainuzko jokaerak eta irainak legez kanpo daudela.

alderatzean bereak goraipatzen baditu (Botija, 1994: 951). Beraz, Zuzenbideak erraztu egiten du produktuen egiazko alderatze zuzen, objektibo eta osoa; baina, konparazioa iraingarria eta alferrikakoa bada, ez-zilegia izango da (Botija, 1994: 951).

Publizitatean sortzen diren arazoak konpontzeko, hiru egoeratan sailkatzen da *beharrezkoa ez den iraina* edo *publizitate desegokia*: lehenik, publizitate konparatiboa ezaugarri pertsonalei buruzkoa izatea soilik edo, halaber, mezu horrek produktu edo zerbitzuen ezaugarrietan eraginik ez izatea; bigarrenik, konparazioan irudiak edo beharrezkoak ez diren adierazpen erasokor edo irainezkoak azaltzea, eta, hirugarrenik, konparazioa gehiago oinarritzea beste bati egindako kritiketan iragarlearen produktuaren abantailetan baino (Tato, 2003: 22).

Egin dugun azterketaren ildotik, komeniko litzateke legeak berak aipatzen ez duen balizko kasu bat azaltzea; *frogagarriak ez diren ezaugarrietan oinarritutako konparazioa* ea desleialtatzat jo daitekeen erabakitzea, hain zuzen; izan ere, egindako adierazpena bidezkoa den jakiteko, beharrezkoa da frogagarria izatea. Kasu horretan, lehenago esan den bezala, alderatzen diren ezaugarriek frogagarriak izan behar dute; beraz, egitatezko datuetan oinarrituko da beti konparazioa eta ez bakoitzaren gustu edo iritzi pertsonalean (De la Cuesta, 1995: 152; Massaguer, 1999: 321; Zurimendi, 1999: 2.508). Konparazioaren edukia objektiboa izango da, eta, jarduera, zerbitzu edo salguneei buruzko datuak konparatuko dira soilik; ez da oinarrituko balio-iritzietan edo iritzi pertsonaletan¹⁸².

Hala eta guztiz ere, ezin da esan testigantza-*publizitatea* publizitate debekatua denik, aldez aurretik hausnarketarik egin gabe, bederen. Alabaina, gustu onean edo estetikoetan oinarritzen diren hirugarren alderdi bati buruzko adierazpen guztiak publizitate konparatiboaren kontzeptuaren barruan sar daitezke, eta publizitate mota horrek ezartzen dituen mugak hartu beharko dira kontuan; hau da, besteren izen ona zaindu egin behar da. Beraz, testigantza-*publizitatea* konparazioan ez da *per se* ez-zilegia izango, baldin eta besteren oinarritzko eskubideak errespetatzen badira (Massaguer, 1999: 329).

d. Besteren izen onaz ez baliatzea

Lehiaketa Desleialaren Legeak ez-zilegitzat hartuko du publizitate konparatiboan *besteren izen ona gaizki erabiltzea*: «Iragarleak ezin izango du ez dagokion abantailarik lortu lehiakide baten zeinu bereizlearen, merkataritza-izenaren edo markaren izen ona erabiliz; bestalde, ezin izango dira baliatu beste lehiakide baten produktuen jatorrizko deitura, geografia-izendapena edo tradizio bereziak babesten dituen deiturak. Era berean, ezin izango da egokia ez den abantailarik lortu beste lehiakide baten produktuen ekoizpen ekologikoaren metodoaz».

182. Zurimendi (1999: 2.508) eta Massager (1999: 329) ados daude. Tato (1996: 242), berriz, ez dago erabat ados. Autore horrek dioenez, *balio-iritziak* frogagarriak baldin badira bakarrik onar daitezke; hau da, balioespen pertsonal horiek, bat baldin badatoz egitate objektiboekin, onargarriak izango dira.

Publizitate-konparazioak aipamen bat baino gehiago egin ditzake, esate baterako, prezioak aldera ditzake (iragarleak bere prezioak lehiakidearenak baino merkeagoak direla esan dezake); gainera, lehiakideen arteko produktu edo zerbitzuen ezaugarriak ere erka ditzake (iragarleak esango du bere produktuen ezaugarriak hobeak direla edo bere produktu edo zerbitzuek kalitate handiagoko ezaugarriak dituztela lehiakideenekin alderatuta).

Bestalde, publizitate konparatiboak lehiakidearen produktu edo zerbitzuak *zuzenean edo zeharka* aipa ditzake; hau da, lehiakidearen izena esan beharrean, erabiliko dituen adierazpenek agerian utziko dute zein lehiakideri edo zein produktu edo zerbitzuri buruz ari den (Fernández Novoa, 1989: 207).

Dena den, beste baten produktuei buruz egiten den erreferentzia oro ez da konparazioa izango, baldintza batzuk bete beharko baitira aipatzen dena produktu jakin batzuekin zehazki identifikatzeko¹⁸³. Adierazpen bat beste lehiakideari buruzkoa den ala ez jakiteko eta kontsumitzaileak horrela identifikatzen duen zehazteko, honako hau ere hartu beharko da kontuan: ea merkatuko egitura oligopolikoa den ala ez. Oligopolikoa bada, lehiakidea nor den zehaztu behar da; beraz, horrelako egoera baten aurrean, kontsumitzaileak ea lehiakidea identifikatzen duen jakitea izango da garrantzitsuena¹⁸⁴.

Espainian *publizitate konparatiboa* hainbat parametrotan zedarritu eta *onartu* zenean, *merkatu-gardentasuna* ekarri zuen eta, gainera, kontsumitzaileari *informazio* zabalagoa ematen zitzaion. Halere, 97/55/EB Zuzentaraua interpretatzean batik bat, kritikak eta eztabaidak ere izan ziren; zuzentzarau horrek publizitate-konparatiboaren inguruan antzeko irizpideak ezarri arren, ezin da esan desberdintasunik ez zegoenik (Acosta, 1989a: 5.345; Espinosa, 2001: 24-25).

Halere, *sistema ekonomikoen konparazioa* ezin izango da publizitate konparatibotzat jo, sistema ekonomiko baten abantailak eta lehiakideek erabiltzen dituzten sistema ekonomikoaren desabantailak konparatzen direlako publizitate horren bidez¹⁸⁵. Dena den, figura hori zilegia izan arren, sistema ekonomikoen

183. Zurimendik (1999: 2.503-2.504) Auzitegi Goreneko irizpidea kritikatzan du, Auzitegiak ez baitu erabiltzen aurreko batean erabilitako irizpide bera; hau da, esaten zen 1997ko maiatzaren 8ko epaiko «kloroa zuten produktuak» adierazpena orokorra izan arren identifikazioa eta konparazioa adierazten zuela. Coca-Cola vs Pepsi-Cola epaian, berriz, ez da mezua era berean interpretatzen, nahiz eta horretan lehiakidearekiko identifikaziorako elementu gehiago dagoen.

184. Tato (1996: 207) eta Zurimendi (1999: 2.503-2.504) bat datoz diotenean Coca-Cola vs Pepsi-Cola epaian bi baldintza horiek betetzen direla; izan ere, Pepsi-Colaren iragarkian, Coca-Colaz ari dela garbi azaltzen da.

185. Fernández Novoa-k (1989: 129-130) dioenez, 1970eko urtarrilaren 24an Espainiako hedatze handiko egunkari batean fotokopiagailuak saltzeko azaldu zen iragarki batean esaten zen fotokopiagailua alokatzen zuen erabiltzailea fotokopiagailu berria finantzatzen ari zela; halaber, eskaintza berezia egiten zuen fotokopiagailuak erosteko. Iragarkian ikus daitekeen bezala konparazioa bi sistema ekonomikoen artean egiten da. 1972ko Publizitatearen Epaiahai Zentralak onartu egin zuen iragarkia; ontzat eman zuen, eta, beraz, oro har, sistema ekonomikoen publizitate konparatiboa onartu zuen.

publizitate konparatiboak lehen aipatu ditugun zilegitasun-baldintzak bete beharko ditu, esate baterako, egiazkotasuna eta abantailen eta desabantailen azalpen objektibo eta neurrikoa erabiltzea (Fernández Novoa, 1989: 133, 139 eta 141).

Engainuzko Publizitatearen Zuzentarauak (84/450/EEeko 3. bis artikulua) eta *Publizitate Konparatiboaren Zuzentarauak* (97/55/EB) publizitate-konparazioaren elementuak hertsiago zehaztu zituzten; horregatik, publikoki alderatu behar da konparazioa. Bestalde, lehiakide batekiko edo batzuekiko adierazpenak egingo dira, merkataritza-objektu eta -helburuarekin. Ikuspuntu horrek beste kasu batzuk ere jaso ditzake, adibidez *publizitate pertsonal* edo *atxikigarria*. Horregatik, estatu kideek publizitate konparatiboa hobeto zedarritzeko formak eta baliabideak zabaldu dituzte, lagungarri izango direlakoan (Massaguer, 1999: 316, 317 eta 330).

Publizitatearen Lege Orokorrak ematen duen publizitate konparatiboaren erregulazioak zalantzak sortu zituen 1991ko Lehiaketa Desleialaren Legea indarrean jarri zenean; halere, bai European, bai Espainiako legedian, erregulazio juridikoaren garapenak publizitate konparatiboaren jardura azkenean ontzat jotzea eragin du, baldin eta baldintza leial eta egokietan egiten bada¹⁸⁶.

Publizitate konparatiboari dagokionez, komeni da berriro agertzea ez dagoela dagoeneko arauen arteko hierarkiarik. Lehiaketa Desleialaren Legea da soilik aplikatuko dena.

b. Test bidezko publizitate konparatiboa

Publizitatearen Lege Orokorren eta Lehiaketa Desleialaren Legearen arteko desberdintasun terminologikoak aztertzean, «konparazio publikoa»ren ezaugarriak ere aztertu beharra dago; izan ere, konparazio publikoan, hirugarren alderdi batek egindako salerosgaien testak jasoko dira. Iragarleek, normalean, ez dute zerikusirik horietan eta erabat zilegiak dira (Lema, 1991: 6.147; Massaguer, 1999: 318).

Publizitate konparatiboak erlazio zuzena du produktuen analisisien konparazioarekin; ikuspegi horretatik, publizitate mota horrek produktu horien azterketa analitikoaren konparazioa eta berorren hedapena eskatuko ditu. Halere, analisi konparatibo horiek hedatzea ez da beti publizitate konparatiboa izango; eta, horregatik, komeni da hedapen horien baldintzak ongi azpimarratu eta zehaztea (De la Cuesta, 2002: 209).

Egokiak diren baliabide zientifiko eta teknikoez baliatuz egingo dira *ikerketa konparatiboak*, jatorri desberdinak eta antzeko beharrak aseko dituzten produktuen arteko ezaugarri komun eta desberdinak alderatuz. Helburuak mota desberdinetakoak izan badaitezke ere, egoki litzateke horietako bi azpimarratzea: lehenik, merkatuko eragilea ezagutzeko egindako azterketa dugu, ekoizpen- edo komertzializazio-

186. Erdozain, 2003-2004: 5.363. Liburu horrek Europar Batasuneko Lehenengo Instantziako Auzitegiaren jarrera aipatzen du. Horrek publizitate konparatiboa onuragarritzat jotzen du, erabiltzaileen informazioa zabaldu egiten delako eta produktuak hobeto aukeratzen ere laguntzen duelako.

estrategiak moldatzeko, eta, bigarrenik, publikoari produktua bera ezagutarazteko eta berorren informazioa emateko helburua (De la Cuesta, 2002: 209-210).

Bigarren mailako arazoa litzateke merkatuaren azterketa horiek publizitate-izaera hartzen duten ala ez; kontua da merkatuak *informazioa* jasotzen duela horien bidez. Halere, azpimarratu behar da erabilitako prozedura garaiko metodologiari eta teknikari egokitu behar zaiela; bestela, *analisiaren balioa iritzi subjektibo hutsa* besterik ez litzateke izango. Batzuetan, datu faktikoa balio-iritziarekin lotuko da, aztertutako produktu edo zerbitzuari buruzko ezaugarri objektiboan oinarritzen baita (De la Cuesta, 2002: 210-211).

Merkataritza-etekinak lortzea xede duten hedapenak edo merkatuko erakundeek egin ditzaketen *analisi konparatibo*en emaitzen hedapenak gerta daitezke baita kontsumitzaile eta erabiltzaileen erakundeek bultzatuta ere. Azken kasu horretan, —merkatuko erakunde neutral horiek egiten dituztenean— Espainiako Konstituzioaren 20. eta 51. artikuluetan oinarrituko da hedapen-eskubide hori; bietan ere, kontsumitzaileek merkatuko informazioa jasotzeko eskubidea zaintzen da¹⁸⁷. Iragarlea interesaturik balego, Lehiaketa Desleialaren Legearen 10. artikulua ere bete beharko luke (De la Cuesta, 2002: 210-211).

Hedapenaren *egiazkotasun-printzipioak* honako hauek zehaztea dakar: analisiaren egilearen nortasuna, haren neutraltasuna, eta baldintza tekniko eta zientifikoak. Ikerketa osorik argitaratzen ez bada, zabaltzen ez den atalak ez du uste okerra sorraraziko; hau da, datuak ez dira manipulatu; emaitzen hedapen partziala litzateke horren adibide esanguratsua, hots, iragarlearen produktuaren balioespen ona bakarrik zabaltzea emaitza txarrak aipatu gabe¹⁸⁸.

Bestalde, *analisia egiazkoa* izateko, eskatuko da *hurbileko epealdian* egina izatea eta garaiko aurrerapen teknologikoak erabiltzea. Halaber, emaitza desberdinak dituen beste ikerketa bat ez da hedatuko beranduago eginiko ikerketa batenak zabaldu badira. *Analisia* produktuen ezaugarri esanguratsuenetan oinarrituko da, eta, azkenik, esan beharra dago ezin dela ezer zabaldu ikerketaren egileari baimena eskatu gabe (Tato, 1996: 64; De la Cuesta, 2002: 210-211).

Hori dela-eta, test bidezko publizitate konparatiboari dagokionez, *jurisprudenzia*k emandako irizpideak kontuan hartzeaz gain, beste organo batzuek —Publizitatearen Autokontrolleko Epaimahaiek— emandakoetara ere jo beharko da, lagungarri eta interesgarriak izan baitaitezke (Santaella, 2003: 104; Espinosa, 2001: 23-24).

187. Tato-ren (1996: 62-63) ustez, horrelako kasuetan, ezin da iragarle batek egiten duen

188. Tato-k (1996: 62-63) dioenez, test bidezko ikerketa horien azalpen edo hedapen interesatua eta partziala publizitate baztertzaileztat jo daiteke beste lehiakideak aipatuz gero.

9.5.3. Jokabide-kodeak ez betetzea

1. Jokabide-kodeak ez betetzea eta merkataritza-jarduera desleialak

Lehiaketa Desleialaren Legean, iruzurrezko merkataritza-jardueratzat hartu da jokabide-kodeak ez betetzea, betiere, baldintza hauek betetzen badira: konpromisoa sendoa eta egiaztagarria izatea, eta merkataria adieraztea kodeari atxikitzen zaiola merkataritza-jarduera batean.

Jokabide-kodeak ez betetzea iruzurrezko jardueratzat hartzen delako ezarri da bigarren baldintza hori, hain zuzen. Jokabide-kodeak ez betetzea iruzurrezko jardueratzat hartzeko, aztertutako merkataritza-jarduerak itxaropen faltsuak eman behar dizkie kontsumitzaileei. Horretako —zehazki, jokabide-kodea ez betetzeko—, merkataria alde aurretik kodeak errespetatzeko konpromisoa hartu behar du, eta borondatez atxiki behar zaie kode horiei. Bigarren baldintza hori betetzen ez bada, ezingo da iruzurrezko merkataritza-jardueratzat hartu. Edonola ere, horrek ez du esan nahi ezin denik erabili merkataritza-jarduera desleialak debekatzeko klausula orokorra jokabide-kodea betetzen ez duten jarduerak aztertzeko. Klausula orokorraren oinarria «diligentzia profesionala»ren kontzeptua izanik, autodiziplina-kode batean jokabide bat deontologikoki gaitzesten denean, ezin da baztertu jokabide hori diligentzia profesionalaren irizpideekin bat ez datorrela interpreta daitekeela, nahiz eta merkataria ekintzarik ez egin kodeari atxikitzeko.

2. Auresuposamenduak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.2 artikulua iruzurrezko merkataritza-jardueratzat tipifikatzen du jokabide-kodeak ez betetzea, eta honela dio: «Enpresari edo profesional batek adierazten badu jokabide-kode bati atxikitzen zaiola merkataritza-jarduera batean, desleialtzat joko da kode horretan jasotako konpromisoak ez betetzea, betiere, konpromisoa sendoa eta egiaztagarria bada, eta, egiazko testuinguruan, jokabide horrek nabarmen alda badezake hartzaileen jokabide ekonomikoa».

Horiek horrela direla, hainbat auresuposamendu bete behar dira jokabide-kode bat iruzurrezko merkataritza-jardueratzat hartzeko.

Lehenik eta behin, enpresaria edo profesionala jokabide-kode bati atxiki behar zaio, eta, kode horretan, betebeharrak sendo eta egiaztagarriak jaso behar dira, ez adierazpen programatiko hutsak.

Bigarrenik, enpresariak edo profesionalak zabaldu egin behar du jokabide-kode horiatxikitzen zaiola. Horrela, 5.2 artikulua hizkiaren arabera, auresuposamendua egoera honetan beteko da: enpresariak jokabide-kodea errespetatuko duela jakinarazi badu publikoki. Ez da beharrezkoa konpromiso hori zabaltzea edo aipatzea jokabide-kode hori ez betetzeagatik epaitua den merkataritza-jardueran. Alde horretatik, 5.2 artikulua haxe besterik ez dio eskatzen merkataria: kodeari atxiki zaiola

adieraztea «merkataritza-jarduera» batean. Ildo horretatik, adibidez, webgune edo publizitate-iragarki batean konfiantza-zigilua jartzea nahikoa da enpresaria edo profesionala jokabide-kode bati atxikitzen zaiola adierazteko, bai eta iruzurrezkotzat epaitu nahi den merkataritza-jarduerak webgunearekin edo merkatariaiek konpromisoa zabaltzeko erabili duen iragarkiarekin loturarik ez badu ere.

Hirugarrenik, enpresariak hautsi egin behar ditu jokabide-kodeari atxikitzean bere gain hartutako konpromisoak. Ildo horretatik, konpromisoa hautsitzat hartuko dugu hipotesi hau jazotzen bada: konpromisoak edukiaren aldetik ez betetzea; edo suposamendu hau jazotzen bada: merkatariaiek ez betetzea konpromiso formalak, alegia, merkataria kodea kontrolatzeaz arduratzen diren organoen erabakiak errespetatzera eta obeditzera behartzen duten konpromiso formalak.

Amaitzeko, enpresariak borondatez hartutako eta gero hautsitako konpromisoen xede den merkataritza-jarduerak kontsumitzaileen jokabide ekonomikoan eragina izateko modukoa izan behar du. Hori ere edozein jarduera iruzurrezko jardueratzat kalifikatzeko aurre-suposamendu orokorra da.

9.6. *BERARIAZ TIPIFIKATUTAKO IRUZURREZKO JARDUEREN KATALOGOA EDO «ZERREDA BELTZA»*

9.6.1. *Aldez aurretik aintzat hartu beharrekoak*

Merkataritza-jarduera desleialei buruzko Zuzentarauaren berritasun nagusietako bat da edozein egoeratan desleialtzat hartzen diren jardueren zerrenda beltza jasotzen duela. Egoera horietan, ez da beharrezkoa aztertzea ea jarduera bat desleialtzat hartzeko bete beharreko baldintzak betetzen diren. Zerrenda beltza Zuzentarauaren eranskinean dago jasota, eta 31 jarduera zerrendatzen ditu; zehazki, iruzurrezko 23 jarduera eta 8 jarduera oldarkor.

Engainuzko jardueri dagokienez, artikuluen bidez iruzurrezko ekintzak eta omisioak tipifikatzeaz gainera, Lehiaketa Desleialaren Legean edozein egoeratan iruzurrezkotzat hartzen diren jardueren katalogoa edo zerrenda beltza jasotzen da hirugarren kapituluan (21-27 artikulua). Gauzak horrela direla, merkataritza-jarduera jakin bat iruzurrezkoa izan daitekeela susmatuz gero, lehenik eta behin, ikusi egin behar da ea 21-27 artikuluetan tipifikatutako merkataritza-jardueretako bat den. Hala bada, automatikoki joko da desleialtzat, beste ezer aztertzeko beharrik izan gabe. Hala ez bada, aztertu egin behar da ea jarduerak betetzen dituen iruzurrezko ekintzat edo omisiotzat hartzeko bete behar diren baldintzak, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. eta 7. artikuluen arabera. Legegilea maila horretako adibide batzuk ematen saiatu da, bai eta epaitze-prozedurari nolabaiteko segurtasun juridikoa ematen ere. Dena den, nolabait, aldez aurretik epaitzen saiatu da katalogoko jardueratzat hartzeko baldintzak betetzen ez dituzten jardueren zilegitasuna.

Izatez iruzurrezkotzat hartzen diren jardueren katalogoa eranstearen helburua zen bertan tipifikatutako suposamenduak erabiltzea jarduera bat desleialtzat hartzeko eta, horrela, ez egiaztatu behar izatea ea iruzur desleialaren baldintzak betetzen diren.

Tamalez, 21-27 artikuluetan jasotako jarduera batzuen deskribapena dela-eta, jarduerak ezin dira automatikoki desleialtzat hartu. «Iritzi faltsua sortu», «sustatzeko asmoa» eta antzeko esaldiek balio-judizioak egitera garamatzate; ez dira axioma ukaezinak. Horren ondorioz, ezinezkoa da jarduerak automatikoki desleialtzat hartzea; izan ere, jardueren deskribapenak berak behartzen gaitu jarduera zer egoeratan egin den arretaz aztertzea.

Iruzurrezko jarduerak dira, besteak beste, apeu-eskaintzak, piramide gisako salmenta-programen bertsio jakin batzuk edo publizitate estali mota batzuk. Iruzurrezkotzat hartu ohi diren suposamenduei dagokienez, legez kontrakotzat hartzen dira hauek guztiak: bat, eskaintzaren izakinak, iraupena eta erabilgarritasuna mugatuak direla esatea; bi, produktuak edo zerbitzuak sendatzeko balio duela esatea; eta hiru, gero emango ez diren sariak eskaintzea. Era berean, deigarriak dira zerrendan sartutako suposamendu jakin batzuk; esate baterako, saldu osteko zerbitzua zer hizkuntzatan emango den ez esatea, baldin eta saldu aurreko zerbitzua beste hizkuntza batean eskaini bazen.

Jarduera horietako batzuk aztertzen hasi baino lehenago, nabarmendu egin behar da enpresarien edo profesionalen eta kontsumitzaileen arteko harremanak oinarri dituzten jardueretan soilik aplika daitekeela katalogo hori. Aldiz, jarduera horiek enpresarien edo profesionalen arteko harremanen barruan egiten badira, ezin dira automatikoki desleialtzat gaitzetsi. Legezkotzat edo legez kontrakotzat jotzeko, kontuan hartu beharko da ea iruzurrezko jardueratzat har daitezkeen (Lehiaketa Desleialaren Legearen 5. eta 7. artikulua), eta, iruzurrezko jardueratzat hartu ezin badira, ea lehia desleiala zigortzeko klausula orokorra aplika dakiekeen (Lehiaketa Desleialaren Legearen 4.1 artikulua).

9.6.2. Jokabide-kodeei eta beste kalitate-bereizgarri batzuei buruzko iruzurrezko jarduerak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 21. artikulua izatez desleialtzat hartzen ditu jarduera hauek:

Lehenengoa. Enpresariak edo profesionalak esatea jokabide-kode bati atxikitzen zaiola, eta hala ez izatea. Xedapenak zigortu egiten du jokabide-kode bati atxikita egoteari buruz iruzur egitea, beste edozein gogoeta alde batera utzita. Horiek horrela, ohiturak esaten digunez, ziurtatu egin behar dugu kontsumitzaileek ez diotela behar baino konfiantza handiagoa ematen enpresari edo profesional bati, berez existitzen ez den egoera batengatik; hots, jokabide-kode bati atxikitzeagatik.

Kontsumitzaileak kodeari edo kode horrek merkataritzan duen hedapenari eta prestigioari buruz dakienaren arabera izango da jarduera horrek kontsumitzaileen jokabide ekonomikoan izango duen eragina. Horiek horrela, arau hori egokia da dena delako kodea merkatuan hedatuta badago; izan ere, kode horri atxikitzeari buruzko aipamen faltsu batek bultzatu egin lezake kontsumitzailea berez hartuko ez lukeen erabaki bat hartzera.

Bigarrena. Jokabide-kode batek berrespen edo akreditazio bat jaso duela esatea, eta hala ez izatea. Ildo beretik, debekatuta dago kontsumitzaileengan konfiantza sortzea errealitatearekin bat ez datozen egoerei buruz. Dena den, aurreko jokabidean ez bezala, iruzurra ez da kodeari atxikitzeari buruzkoa —kasu honetan, merkataria kodeari atxikitzen zaio—, baizik eta kodearen ustezko onurei buruzkoa. Alde horretatik, nolabaiteko «kalitate-bermea» jaso duen kode batek publikoaren onespina jasotzen duenean, kode horri atxikitzen zaizkion enpresarietako eta profesionalen ere publikoaren onespina jasotzen dute.

Suposamendu horietan, egoera honekin zerikusia duten hipotesi guztiak sartzen dira: merkataria edo profesionalak hartu duen jokabide-kodeari buruz edozein aipamen positibo egitea, nahiz eta aipamen horiek errealitatearekin zerikusirik ez izan.

Kasu horietan, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.2 artikuluan jasotako suposamenduekin gertatzen ez den bezala, berdin dio kodearen arauak asmoak besterik ez izatea, edo, alderantziz, konpromiso sendo eta egiaztagarriak izatea. Bestalde, ez da beharrezkoa zehaztea berrespena edo akreditazioa egin duenak zer kategoria duen, ez eta publikoa edo pribatua den ere; izan ere, hori egiten hasiko bagina, zerrenda beltza ezetsiko genuke. Zerrenda horretan, edozein egoeratan desleialtzat hartzen diren jarduerak jasotzen dira, hain zuzen.

Hirugarrena eta laugarrena. Kalitate-bereizgarriari buruzko beste iruzurrezko jarduera batzuk. Lehiaketa Desleialaren Legearen 21. artikuluan jasotako azken jarduerak ez dira jokabide-kodeei lotutako arazoei buruzkoak. Alde batetik, debekatu egiten da kontsumitzaileari iruzur egitea enpresariaren produktu eta zerbitzuei buruzko ustezko onarpenari, onespinari eta baimenari buruz, bai eta enpresariaren postuari buruz ere («abokatu terminoa» erabiltzea, horretarako baimenik izan gabe); eta, era berean, debekatu egiten da legez lortutako onarpen, onspen edo baimen batez baliatzea, noiz eta aztertzen ez denean ea onarpen, onspen edo baimen hori eman zeneko baldintzak betetzen diren. Eta, bestetik, desleialtzat tipifikatzen da konfiantza- edo kalitate-zigilu bat edo antzeko bereizgarri bat izatea horretarako baimenik izan gabe. Arau horren bidez, kontsumitzailea babestu egiten da enpresari eta profesionalengandik; alegia, baimenik izan ez arren, merkatuan kalitate-maila jakin batzuk bermatzeko eta, horren ondorioz, kontsumitzaileengan konfiantza handiagoa sortzeko ikurrak erabiltzen dituzten enpresari eta profesionalengandik. «Konfiantza- edo kalitate-zigilu bat edo antzeko bereizgarri bat» erreferentziak argi uzten du zeinen zabala den arauaren aplikazio-eremua. Arauaren helburua da

kontsumitzaileak iruzurrezko ikurretatik babestea. Ikur horien bidez, baldintza jakin batzuk betetzen direla ziurtatzen da berez.

9.6.3. Apeuko jarduerak eta iruzurrezko sustapen-jarduerak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 22. artikuluko 1. eta 2. ataletan, arretaz aztertzen dira apeuko eskaintzak. Tipifikatzen diren bi jokabideek abiapuntu bera dute: bietan, enpresariak produktu bat eskaintzen du salneurri jakin batean. Desleialtasunaren funtsa, aldiz, ez da bera kasu bakoitzean. Izan ere, 1. atalean tipifikatzen den suposamenduan, eskaintza hutsaren berariazko hipotesi bat jasotzen da: produktu jakin bat salneurri jakin batean eskura daitekeela jakinarazi ondoren, ez izatea nahikoa izakin espero izatekoa den eskari kopuruari erantzuteko.

Horiek horrela, produktu bat salneurri jakin batean saltzeko eskaintza eginez gero, haxe ezartzen du 22. artikuluko 1. atalak: batetik, kalkulatu egin behar dela zenbat izakin dauden, espero izatekoa den eskari kopuruari erantzuteko adina izakin izateko; eta bestetik, behar baino izakin gutxiago izanez gero, esplizituki eta egiazki arrazoitu behar dela zergatik ezingo den bete espero izatekoa den eskari kopurua.

Arauan irizpide hauek ezartzen dira, aldez aurretik jakiteko zenbat eskari jasoko diren: produktu mota, salneurria eta merkataria egindako publizitate-ekintzak izandako hedapena. Horiek horrela, bidezkoa dirudi abiapuntua hau izatea: zenbat eskari izan ohi dituen sustatutako produktuak. Abiapuntu hori hartuta, beste bi irizpideak aintzatetsi behar dira, ohi baino zenbat eskari gehiago jasoko diren kalkulatzeko. Zenbat eta handiagoa izan ohiko salneurriaren eta sustatutako salneurriaren arteko aldea, eta zenbat eta hedapen handiagoa izan merkataria egiten duen publizitate-ekimenak, hainbat eta handiagoa izango da jaso ohi den eskari kopuruaren eta sustapenari esker jasoko denaren arteko aldea.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 22. artikularen 2. atalean ez da argi eta garbi tipifikatzen eskaintza hutsaren suposamendurik. Jarduera bat desleialtatzat hartzeko, enpresariaren jokabidea soilik hartzen da kontuan. Enpresariak uko egiten dio sustatutako produktua agindutako salneurrian saltzeari, izakinik ez duelako edo beste arrazoiren batengatik, eta produktu horren orde, beste produktu bat saltzen saiatzen da. Abiapuntua ez da espero izatekoa den eskari kopuruari erantzuteko behar baino izakin gutxiago izatea. Bidezkoa da jokabide horiek iruzurrezko jokabidetzat hartzea; izan ere, apeu hutsa da produktu bat salneurri jakin batean salduko den promesa. Apeu horren xedea da kontsumitzaileak eragile ekonomiko jakin batengana erakartzea, bai eta sustatutakoa ez den produktu bat saltzea ere.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 22.3 artikulua tipifikatu egiten ditu likidazioko salmentak bi kasu hauetan: batetik, zalantzagarrria denean enpresari edo profesional batek Txikizkako Merkataritza Antolatzeko Legearen 30.1 artikuluan jasotako suposamenduren bat betetzen duela; eta bestetik, beste edozein kasutan, likidazioko salmenta egiteko, enpresariak edo profesionalak jarduera bertan behera

utziko duela edo beste norabait joango dela dioenean, nahiz eta berez halakorik ez egin. Arrazoi hauengatik egin daiteke likidazioko salmenta: merkataritza-jarduera guztiz edo partzialki bertan behera utziko delako, merkataritza-jarduera nabarmen aldatu edo egokituko delako, lekuz aldatu edo eraikuntza-lan handiak egingo direlako, eta merkataritza-jarduera normaltasunez egitea larriki oztopatuko duen beste edozein ezinbesteko kasu jazoko delako.

3. atalean, jokabide hau soilik hartzen da iruzurrezkotzat: likidazioko salmentaren arrazoiari buruzko iragarki faltsua egitea. Hortaz, ezin da berez iruzurrezkotzat hartu likidazioko salmenta arautzen duen beste edozein arau ez betetzea. Dena den, doktrinaren arabera, suposamendu hau 22.3 artikuluaen aplikazio-eremuan sartzen da: jarduera bertan behera uzteagatik edo aldatzeagatik egiten den likidazioko salmenta amaitu eta handik hiru urtera, merkataria berritoki egitea jarduera berari (Txikizkako Merkataritza Antolatzeko Legearen 31.2 artikulua, jarduera berari epe horretan berritoki egitea debekatzen duena).

Lehiaketa Desleialaren Legearen 22.4 artikulua debekatu egiten du sariak eskainiz kontsumitzaileen arreta bereganatzea eta itxaropen faltsuak ematea, baldin eta automatikoki edo lehiaketetan eta zozketetan parte hartuz lortzen diren sariak gero ez badira ematen. Arauak ez du galarazten iragarritakoak ez diren sariak ematea, baldin eta «kalitate eta balio bera» badute. Epaileak aztertu behar ditu produktuak eta hark erabaki behar du antzeko kalitatea eta balioa duten. Hori hala ez denean soilik hartuko da enpresariaren edo profesionalaren jarduera iruzurrezko jardueratzat.

Suposamendu hori eta 6. atalean jasotakoa bereizi egin behar dira. Azken horrek jokabide desleialtzat hartzen du kontsumitzaileak dagoeneko irabazi duelako edo ekintza jakin bat eginez gero irabaziko duelako «uste faltsua sortzea»; izan ere, berez, ez dago saririk, edo saria lortzeko egin beharreko ekintzak ordainketa bat egitera edo gastu bat izatera behartzen ditu kontsumitzaileak.

Alde horretatik, 22. artikuluko 6. atalean, kontsumitzaileak berme osoz jasoko dituen sariak aipatzen dira, eta hau besterik ez da hartzen desleialtzat: saria jasotzeko ekintza jakin bat egin behar izatea, baldin eta egoera hauetako bat jazotzen bada: saririk ez izatea, edo, saririk izanez gero, saria lortzeko, kontsumitzaileak dirua ordaindu behar izatea edo gastu bat egin behar izatea, eta kontsumitzaileari ez ematea horren berri hasiera-hasieratik.

Amaitzeko, Lehiaketa Desleialaren Legearen 22. artikuluaen 5. atalean, jokabide hau tipifikatzen da: produktu edo zerbitzu bat «doan», «opari» edo «gasturik gabe» hitzen bidez deskribatzea, baldin eta kontsumitzaileak dirua ordaindu behar badu merkataritza-jarduerari erantzuteko eta produktua jasotzeko ezinbesteko kostuaz edo entregaren ordainketaz gainera. Lehiaketa Desleialaren Legea jarduera hau mugatzen saiatzen da: produktu bat doan edo oparitzat eskaini arren, produktu hori eskuratzeko ordaindu behar izatea. «Ezinbesteko» terminoak zaildu egiten ditu interpretazio-lanak; izan ere, jarduera desleiala izateko, enpresariak ordainarazi egin

behar dizkie kontsumitzaileei ezinbestekoak ez diren kontzeptuak; merkataritza-erantzunarekin, produktua jasotzearekin eta entregarekin lotutako kontzeptuak, hain zuzen ere.

9.6.4. Piramide gisako salmentak

Piramide gisako salmentei hainbat mailatako salmenten berariazko hipotesia dagokie. Hipotesi horren arabera, salmenta-katean integratutako banatzaileek beste banatzaile batzuk bilduz edo atxikiz eskuratzen dute ordainsaria edo kontraprestazioa; hain zuzen ere, banatzaile horiek ordaintzen duten sarrera-kuotaren ehuneko jakin bat patrikaratuz. Zentzu hertsian hartuta, funtsezko desberdintasun bat dago piramide gisako salmentaren eta hainbat mailatako salmentaren artean. Hainbat mailatako salmentetan, banatzaileek eskuratzen duten mozkina haiek edo haientzat lan egiten duten banatzaileek eskuratutako salmenten arabera da. Piramide gisako salmentetan, aldiz, salmenta-katean integratutako banatzaileek eskuratzen duten mozkina ez da salmenta kopuruaren arabera, baizik eta bereganatzea lortzen duten banatzaile kopuruaren arabera. Doktrinaren arabera, piramide gisako salmentek akats larri bat dute: katea hazteak merkatua betetzea dakar, eta hori dela-eta, ezinezko bilakatzen da kontraprestazioa jasotzeko adina banatzaile lortzea, eta, horren ondorioz, zapuztu egiten dira piramidearen maila apalenetan dauden banatzaileen itxaropenak. Horrenbestez, logikoa dirudi piramide gisako salmentak iruzurrezko merkataritza-jardueratzat hartzea; izan ere, salmenta-sistema horrek ustez sortuko dituen mozkinen buruzko itxaropenak zapuztu egiten dira katea hazi ahala. Ildo horri jarraiki, Lehiaketa Desleialaren Legearen 24. artikuluan, iruzurra oinarritzat duen jarduera desleialtzat hartzen da «piramide gisako salmenta sortzeko, zuzentzeko eta sustatzeko planak egitea, baldin eta kontsumitzaileak kontraprestazio bat egin behar badu konpentsazio bat jasotzeko aukeraren truk, eta konpentsazio hori funtsean ez badator produktuak edo zerbitzuak saltzetik edo hornitzetik baizik eta beste kontsumitzaile batzuk plan horretan sartzetik».

9.6.5. Beste iruzurrezko jarduera batzuk

9.6.5.1. Legediak kontsumitzaileei ematen dizkien eskubideak enpresariaren edo profesionalaren eskaintzaren ezaugarri bereizgarri bat izango balira bezala aurkeztea

Enpresari batek esaten badu bere produktuen ezaugarri bat berezia edo ohiz kanpokoa dela, kontsumitzaileek bi gauza esperoko dituzte: bat, produktuek ezaugarri hori izatea; eta bi, merkatuko lehiakideen produktuek ezaugarri hori ez izatea.

Horren ondorioz, ustezko ezaugarri berezia sektoreko produktu edo enpresa guztiek badute, publizitatea iruzurrezko hartuko da; izan ere, kontsumitzaileei uste faltsuak ematen dizkie, bai merkatariaaren eskaintzari buruzkoak, bai merkatuko lehiakideen eskaintzari eta zerbitzuei buruzkoak.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27. artikuluan, suposamendu jakin bat jasotzen da. Artikulu horretan esaten denez, edozein egoeratan hartzen da desleialtzat legediak kontsumitzaileei ematen dizkien eskubideak enpresariaren edo profesionalaren eskaintzaren ezaugarri bereizgarri bat izango balitz bezala aurkeztea. Hori irakurrita, badirudi eduki jakin batzuk dituzten eskubide jakin batzuei buruz ari dela. Esate baterako, eskubide multzo horretan sar genitzake uko egiteko eskubidea eta salmenta osteko zerbitzua jasotzeko eskubidea. Era berean, berez jarduera desleialtzat hartuko genuke bi urteko bermea ematea kontsumorako produktua entregatzen den unetik hasita, baldin eta enpresariak edo profesionalak eskaintzaren ezaugarri bereizgarritzat erabiltzen badu berme hori.

9.6.5.2. Adierazpen zehaztugabeak edo faltsuak egitea, produktua edo zerbitzua ez eskuratzeak kontsumitzaileari eta haren familiari ekarriko dien arrisku motari eta arriskuaren larritasunari buruzkoak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27.2 artikuluan, berez iruzurrezkotzat hartzen diren jardueren katalogoan, jokabide bat jasotzen da, zeina hertsapenezko jarduera oldarkortzat har daitekeen. Artikulu horren bidez, galarazi egin nahi da kontsumitzailearengan eta haren familiarengan eragina duten adierazpen zehaztugabeak edo faltsuak baldintzatzea zer gauza erosten dituzten kontsumitzaileek.

Espainiako sisteman, ohikoa da beldurra erabiltzea publizitatea egiteko. Dena den, Espainiako sistemak lehia desleiala zigortzen du. Horren erakusgarri, 25/1994 Legeak debekatu egin zuen telebistako publizitatean beldurraz edo sineskeriaz baliatzen diren publizitate-mezuak zabaltzea. Deontologiari dagokionez, berriz, Publizitateari buruzko Autokontrolerako Jokabide Kodeak ezartzen du publizitatean ezin direla zabaltzea hartzailen beldurraz, ikaraz eta sineskeriez baliatzen diren argumentuak.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27.2 artikuluari dagokionez, nahiz eta oro har publizitatean beldurra erabiltzeari buruzkoa izan, esan behar da artikulu horren xedea ez dela hartzailen beldurraz, ikaraz edo sineskeriez baliatzen diren argumentuak saihesten dituen merkataritza-komunikazioa lortzeko bermea izatea. Artikulu horren helburua da publizitatean beldurra erabiltzeari buruzko suposamendua zigortzea; zehazki, kontsumitzailearen eta haren familiaren segurtasunari eragingo diola adierazten duen publizitatea zigortzea. Egoera hau gertatzen denean soilik aplikatuko da zigorra: adierazpen faltsuen edo zehaztugabeen bidez, enpresariak zabaltzea kontsumitzaileen eta haien familien segurtasuna arriskuan egongo dela, baldin eta produktua edo zerbitzua eskuratzen ez badute.

Dena den, horrek ez du esan nahi publizitatean beldurra erabiltzeari buruzko beste suposamenduak ezin direnik hartu lehia desleialtzat: telebistako publizitateari dagokionez, legez kontrako publizitateari buruzko hipotesitzat har daitezke, Lehiaketa Desleialaren Legearen 18. artikuluari jarraiki; edo hertsapenezko jarduera oldarkortzat har daitezke, Lehiaketa Desleialaren Legearen 8. artikuluari jarraiki.

9.6.5.3. Merkatuaren egoerari edo produktua edo zerbitzua aurkitzeko aukerari buruzko informazio faltsua edo zehaztugabea ematea, kontsumitzaileei merkatu normalarenak baino okerragoak diren baldintzetan erosarazteko produktuak edo zerbitzuak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27.3 artikuluan, desleialtzat hartzen da bi baldintza hauek betetzen dituen iruzurrezko suposamendua: enpresariak merkatuaren egoerari edo produktua edo zerbitzua aurkitzeko aukerari buruzko informazio faltsua edo zehaztugabea ematea, eta horren helburua izatea kontsumitzaileei merkatu normalarenak baino okerragoak diren baldintzetan erosaraztea produktuak edo zerbitzuak.

Hori gertatzen da produktu jakin baten ale kopurua mugatua dela esaten denean, nahiz eta berez hala ez izan, bai eta produktu bat amaitzeaz dagoela faltsuki iradokitzen denean ere.

Edonola ere, merkataria egoera horretaz baliatu behar da kontsumitzaileari salmenta-baldintza okerragoak aplikatzeko. Hala egiten ez badu, jokabidea ez da hemen aztertzen ari garen debekuaren arabera aztertuko. Dena den, Lehiaketa Desleialaren Legearen 23.4 artikuluan jasotako suposamendua aplikatu ahalko da. Artikulu horretan, iruzurrezko hartzen da jarduera hau: «Kontsumitzaileari esatea, nahiz eta egia ez izan, produktua edo zerbitzua oso epe mugatu batean soilik izango dela eskuragarri, edo baldintza jakin batzuetan eta oso epe mugatu batean soilik izango dela eskuragarri; hain zuzen ere, kontsumitzaileak berehala erabaki dezan eta aukeraketa behar bezala egiteko abagunea edo nahikoa denbora izan ez dezan».

9.6.5.4. Merkaturatze-agirietan faktura bat edo antzeko ordainketa-agiri bat sartzea, zeinak kontsumitzaileari sinetsaraziko dion merkaturatutako produktua edo zerbitzua dagoeneko kontratatu duela, berak hala eskatu gabe

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27.4 artikulua desleialtzat tipifikatzen du jarduera hori, agiri horiek jasotzeak ez ditzan kontsumitzaileak behartu berez kontratatu ez dituzten produktu edo zerbitzuengatik kontraprestazio ekonomikoak egitera.

Normalean, fakturak edo ordainketa-agiriak bidaltzeko, lehenik eta behin, kontsumitzaileak eta merkataria merkataritza-harreman bati ekin behar diote. Ohikoena da enpresariak kontsumitzailearekin aurretik izandako harremanaz baliatzea —kontsumitzailea datu-baseetan sartzeko edo doako eta konpromisorik gabeko katalogoak bidaltzeko erabiltzen da harreman hori— gerora agiriak bidaltzeko. Agiri horien bidez, iruzurra egiten da: kontsumitzaileari sinetsarazten zaio une jakin batean produktu edo zerbitzu jakin bat kontratatu zuela.

Hauxe da jardueraren muina: kontsumitzaileari sinetsaraztea merkaturatutako produktua dagoeneko eskatu duela, nahiz eta berez eskaririk ez duen egin. Errealitatearen ikuspegi faltsua emateaz gainera, bidalitako fakturen edo ordainketa-agirien bidez, merkataria kontsumitzailea behartu nahi du eskatutako diru kopurua ordain dezan.

9.6.5.5. Enpresari edo profesional batek sinetsaraztea edo modu iruzurtian esatea ez duela bere enpresa- edo lanbide-jardueran lan egiten, edo bere burua kontsumitzaile edo erabiltzaile gisa aurkeztea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 27.5 artikuluan, bi jokabide jasotzen dira: bata, iruzurrezko adierazpen baten bidez, kontsumitzaileari sinetsaraztea enpresari edo profesional batek ez duela bere enpresa- edo lanbide-jardueran lan egiten; eta bestea, modu iruzurtian bere burua kontsumitzaile edo erabiltzaile gisa aurkeztea. Bi kasu horietan, enpresariak edo profesionalak ezkutatu egiten du zein den kontsumitzailearekin duen harremanaren benetako xedea. Harreman hori enpresariaren edo profesionalaren enpresa- edo lanbide-jardueraren barruan gertatzen da. Enpresariak edo profesionalak ezkutatu egiten du kontsumitzailearekin duen harremanak berez helburu bat duela; bere jarduera ekonomikoarekin, lanbidearekin edo ogibidearekin lotutako helburu bat, hain zuzen.

Hauxe da bi jokabide horien arteko aldea: lehenengoan, enpresariak edo profesionalak ez du gezurra esaten bere lanbideari buruz, bai, ordea, kontsumitzailearekin harremanetan jartzeko benetako arrazoiei buruz. Hori gertatzen da, esate baterako, hipotesi hauetan: merkataria ongintzazko ekintzatzat, edo gizarte-ekintzatzat edo, mozorrotzen duenean bere jarduera. Bigarren jokabidean, berriz, enpresariak edo profesionalak gezurra esaten du bere lanbideari buruz; kontsumitzaile edo erabiltzaile gisa aurkezten du bere burua merkataritza-jardueran.

9.7. PUBLIZITATE IRAINGARRIA

Publizitatearen Lege Orokorraren 2. artikulua helburu publizitarioa duten jarduerak jasotzen ditu, norberaren prestazioak edo hirugarren alderdi batenak hedatu edo sustatzeko helburuarekin egiten baitira; baina publizitate-jarduera hori *leialtasunez* gauzatu beharko da Lehiaketa Desleialaren Legearen ikuspegitik (9. artikulua).

Dena den, arauk jasotzen dituzten jokaera ez-zilegiak bereizten dira hainbat elementuren arabera; esate baterako, Lehiaketa Desleialaren Legearen ustez, publizitate desleiala —bere edukia, aurkezpen forma edo hedapena dela medio— honako hauen izen ona iraintzen duena izango da: pertsonaren, enpresaren edo berorien produktu, zerbitzu, jarduera, marka, merkataritza-izena edo beste zeinu bereizleak. Nozio hori kontuan hartuz, esan dezakegu Lehiaketa Desleialaren

Legeak adierazpen iraingarriak zigortzen dituela; dena den, iraingarriak izan arren, egiazkoak, zehatzak eta egokiak badira, ez ditu ez-zilegitzat hartuko¹⁸⁹.

Publizitate desleialeko kasuak Lehiaketa Desleialaren Legearen printzipioen arabera interpretatu egin behar dira, hau da, *exceptio veritatis* delakoa kontuan hartuz (9.1 artikulua *in fine*). Hori dela-eta, *exceptio veritatis* delakoa, Lehiaketa Desleialaren printzipio integratzailatzat hartu beharko da kontuan; beraz, zehaztasunik gabeko jokaeretan soilik aplikatuko da jokaera iraingarria. Dena den, gerta daiteke publizitate-adierazpenak, datu zehatzetan oinarritu arren, publikoari uste okerra sorraraztea. Hala balitz, jokaera hori benetakoa izan arren, ez-zilegitzat joko litzateke¹⁹⁰.

Esan duguna kontuan hartuz, *exceptio veritatis* (LDL 9. artikulua) delakoa adierazpen zehatz eta egiazkoetan oinarritzen da. Zehatza izateak eskatuko du zabaltzen den informazioa (Massaguer, 1999: 302) gauzen errealitatearekin bat etortzea; egiazkoa izateak, berriz, hartzaileek errealitatearen irudi leiala izatea. Bi ezaugarri horiek objektibotasun-neurri zehatz bat eratzen dute eta jokaera desleialak kanpoan uzten dituzte; eta, objektibotasun-neurri horrek eragile ekonomikoaren interesak defendatu baino, kalitatezko informazioa jasotzeko interes orokorra babesten du (Massaguer, 1992: 622).

Publizitate iraingarria debekatzen duen arauak (Lehiaketa Desleialaren Legearen 9. artikulua) pertsonen izen onari babes juridikoa eskaintzen dio; izan ere, pertsonaren ohorea eta izen ona —norberaren irudia edo ospea eta norberaren autoestimua besteen aurrean— babesten ditu. Ikuspegi hau 9. artikuluan adierazten da, *in fine* esaten baitu desleialak izango direla pertsonaren herritartasun, ideologia, bizitza probatu edo egoera pertsonalari buruzko adierazpenak.

Izaera horretako adierazpenen babes juridikoa beste arau konstituzionaletan ere jasotzen da, besteak beste, EKren 18.1 artikuluan, Zigor Kodearen 282. artikuluan eta hurrengoetan, eta maiatzaren 5eko 3/1985 Pertsonaren Berezko Irudia, Familiaren eta Pertsonaren Intimitatea eta Ohorea Babesteko Lege Organiko Zibilean. Arau horiek

189. LDLren 9. artikulua arabera jokaera bat desleiala izango da hirugarren alderdi baten merkataritza-erlazio, establezimendu, prestazio eta jarduerari buruzko adierazpenak egin edo hedatzen badira hirugarren alderdi horren merkatu-irudia edo izen ona gutxieteko helburuarekin, egiazkoak, zehatzak eta egokiak direnean izan ezik.

Nazionalitatea, ideologia, bizitza pribatua edo egoera pertsonalari buruzko adierazpenak ez dira egokiak izango.

190. Tato-k (2003: 15) Autokontrolako Epaimahaiaren 2001eko uztailaren 2ko erabakia aipatzen du, horrek publizitate-jokaera bat iraingarritzat hartu zuen nahiz eta esaten zuena egia zen. Honelako egoera bat agertzen zen: gozoki-marka ospetsu bat iragartzen zutelarik, bi neska kafe bat hartzen ari ziren; azukredun gozoki bat hartzeagatik, horietako neska bat puztu eta handitu egiten zen; «azukre-rik gabe» espresioa esaten zuenean, berriz, bere onera etortzen zen. Autokontrolako epaimahaiak esan zuen egia zela azukreak loditzen duela, baina, kasu horretan bere alde on guztiak kontuan hartu gabe, produktua gutxietsi egiten zuen, giza gorputzarentzat eta gorpuzkerarentzat hainbat ondorio kaltegarri egotziz.

guztiek agerian uzten dute Lehiaketa Desleialaren Legearen 9. artikulua ez dela arau bakarra jokaera iraingarriak ekiditeko. Ikuspegi horretatik, hain zuzen, hartu behar da publizitate-jarduera, ez lehiaketa leiala eratzeko baliabidetzat soilik, egiazko informazioaren eta adierazpen-askatasunaren aldeko tresnatzat baizik (Lema, 1991: 6.146; Massaguer, 1992: 614, 621 eta 622).

Publizitate desleialaren elementu ez-zilegia publizitate-mezuan kokatu ohi da. Ikuspegi horretatik, 9. artikuluan jasotzen denak *mezuari* (edukiari) eta aurkezpen *formari* (sormen formari) egiten die erreferentzia. Publizitate eta ekintza iraingarriek mezua hedatzea eta zabaltzea dakartzate; hau da, hirugarren alderdi batek —bai publiko orokorrak, bai pertsona jakin batek— komunikazioa ezagutzea dakar, edozein hedabide erabiliz (irratia, telebista, prentsa idatzia eta ahozko komunikazioa) (Santaella, 2003: 162; Massaguer, 1992: 619; De la Cuesta, 2002: 180-181).

Atal honetan, *iritzi kritikoak* eta *desleialak* bereiztea ere egokitu zaigu. *Iritzi kritikoak* ezagutzen oinarritutako adierazpenak dira; halaber, gertaerak, izaera faktikoa duten egoerak, balio-judizioak, gustuko iritziak edo iritzi estetikoak —denak ere— *adierazpen-askatasunaren eskubideak* babesten ditu (EK 20. art.). *Iritzi desleialak*, berriz, gertaera objektiboekin loturik daude, baina egiazkoak diren jakiteko, ezin zaie kontrola ezarri, pertsonaren bizitza pribatuaren, intimitatearen edo duintasunaren aurkakoak direlako. LDLren 9. artikulua *exceptio veritatis* delakoak ezin du horrelako jokaerarik babestu; alderantziz, zigortu egin behar du; EKren 10. eta 18. artikuluetan ere, babestuta daude balio horiek guztiak. Judizio edo iritzi kritikoak desleial bihur daitezke pertsonaren duintasunaren aurkakoak direnean (Massaguer, 1992: 620; De la Cuesta, 2002: 180-181).

Publizitate iraingarria zerbaiti buruzko publizitate mota bat da. Espainiako ordenamendu juridikoan, honako hauek bereizten dira jokaera desleialaren barruan: publizitate konparatiboa eta izaera pertsonalekoa. Jokaerak *iraingarriak* direnean, izaera pertsonaleko publizitate motaren barnean kokatuko dira; izan ere, hirugarren alderdi bati edo batzuei buruzkoak izango dira haien eduki edo adierazpenak, bai espresuki, bai zeharka. *Azken kasu horretan, hirugarren alderdia erraz identifika daiteke* (Massaguer, 1992: 620-621; De la Cuesta, 2002: 180-181).

Lehiakide baten *merkataritzako kredituari buruzko adierazpenak* ez datoz bat ohore pertsonalari buruz egin ohi direnekin. Dena dela, batzuk zein besteak aldatu egiten dira denborak aurrera egin ahala, pertsonaren duintasunari buruzko nukleoa izan ezik. Merkaturako lehiakide baten merkataritza-kreditua aldatu egiten da, eta, gehienetan, produktuei edo zerbitzuei buruzko modak direla-eta gertatzen dira aldaketak horiek. Moda horiek sarritan zabaltzen dira trafikoko beste arlo batzuetara, produktu, zerbitzu eta markek osatzen duten merkataritzaz kanpoko irudietara, alegia.

Publizitatearen arloari dagokionez, lehiakidearen izen ona gutxietsi edo iraintzen denean izango dugu *publizitate iraingarriko mezu desleiala*. Halere, lehiakidearekiko iraina eta gutxiestea beren osotasunean hartu beharko dira, eta ez

dira kontuan hartuko testuingurutik ateratako adierazpenak, esaldiak, eta abar, soilik unean uneko usadioak eta ohiturak. Marko horretatik kanpo geratuko da *publizitate-hanpatzea*, nahiz eta batzuetan publizitate-hanpatzeak lehiakidearen irudia kaltetu dezakeen (Massaguer, 1992: 623; De la Cuesta, 2002: 181).

Egiazkotasun-printzipioa da publizitate iraingarrian sortzen den desleialtasuna neurtzeko bigarren parametroa; hau da, jokaera hori iraingarritzat joko da baldin eta, egiazkoak eta zehatzak diren adierazpenak egin arren, lehen esan den bezala hartzailea nahasten badute, eta uste okerra sorrarazten badiote eta merkatuko funtzionamendua kaltetzen badute, (kasu horretan, *exceptio veritatis* delakoa ez da aplikatuko —LDL 9. art.—) (De la Cuesta, 2002: 181; Tato, 2003: 15-16¹⁹¹).

Adierazpenaren egokitasuna izango da publizitate iraingarriaren desleialtasunaren azken parametroa. Eskakizun horren arabera, frogatu beharko da azalpen eta adierazpen horiek erabiltzea ezinbestekoa dela norberaren zerbitzuetan kalterik ez jasateko (Fernández Novoa, 1989: 94-95; Massaguer, 1992: 625).

Lehiaketa Desleialaren Legearen 9. artikuluan *jokaera iraingarriari buruzko kontzeptuak* dioenez, emateko nahikoa da enpresa baten edo produktuen izen ona kaltetzeko aukera izatea mezu bat iraintzat hartzeko eta dagokion zigorra ezartzeko; hots, kaltea ez da nahitaez gauzatu behar. Halere, LDLren arabera, iraina sortzeko aukerarekin nahikoa bada ere, ez da iraintzeko nahia edo asmoa eskatzen; mezuaren datu objektiboak direla medio izen ona gutxiesten bada, publizitate desleiala izango da (Lema, 1991: 6.146; De la Cuesta, 2002: 179-180).

Lehen esan dugun bezala, Lehiaketa Desleialaren Legearen 9. artikulua bere printzipioak lehenetsiko ditu merkatuko lehiaketa desleialeko jokaeretan —publizitate-jardueretako jokaera desleialetan barne—.

9.8. PUBLIZITATE NAHASGARRIA

Lehiaketa Desleialaren Legearen 6. artikulua desleialtzat jotzen du beste lehiakide baten salgune, zerbitzu edo jarduerarekiko uste okerra sortzen duen jokaera oro; beraz, nahikoa litzateke kontsumitzaileak prestazio baten jatorriarekiko asoziazio-arriskua izatera bultzatzea jokaera hori desleialtzat jotzeko.

Publizitate nahasgarriaren jokaerak jasotzen dira LDLren 6. artikuluan. Ikuspegi horretatik, lehenagotik egiten den publizitate-kanpaina baten elementuak imitatzen baldin badira, nahasketa desleiala sortzeko arriskua ager liteke, publikoak jatorrizko kanpainaren jarduerarekin nahas baitezake imitatzailearen publizitate-jarduera.

Imitazio horrek, dena den, desleiala izateko, hainbat baldintza (ez oso zuzenak) bete beharko ditu. Lehenik, kanpaina *singularra* edo *berezia* izango da, ohiko

191. Autokontrolleko 2001-7-2ko erabakia.

doinu edo irudi arruntak imitatzea baztertuko da; bigarrenik, eraginkorra izango da, kontsumitzaileek gogora dezaten; eta, azkenik, kontsumitzaileari kanpainako produktu edo zerbitzuen benetako jatorria gogorarazteko balioko du publizitate-jarduerak. Horregatik, jokaera imitatzailatzat jotzeko, lehenagoko kanpainaren elementu esanguratsuren bat errepikatu beharko du eta ez publizitate-idea orokorrarena bakarrik; horretaz gain, benetako enpresaren jatorria ez da aipatuko. Era berean, erlazionaturik dauden kontsumitzaile-sektore guztietara zuzenduko da publizitate-jarduera (Massaguer, 1999: 211).

PLOk jasotzen zituen publizitate nahasgarrien elementuak LDLren 6. artikuluan jasotako berak dira, hau da, lehiakideen zeinu bereizle, marka, merkataritza-izen, produktu eta jarduerak. Halere, badirudi PLOk marken, izen komertzialen eta salguneen idazpuruaren nahasketak soilik jasotzen zituela, eta LDL, berriz, urrunago doala jokaera desleialak zehaztean. Izan ere, azken lege horren arabera, enpresaburu baten produktuekin nahasketa sorrarazten duen publizitateaz gain, beste baten produktuaren *aurkezpen forma* imitatzen duena ere da desleiala. Horretaz gain, LDLk *lotura-arriskua* ere espresuki jasotzen du. Horren arabera, produktu horien jatorria nahasteko arriskuarekin soilik, nahikoa litzateke jokaera bat desleialtzat jotzeko (LDL 6.2 art.) (Lema, 1991: 6.144; Massaguer, 1999: 366; De la Cuesta, 2002: 185).

Hala eta guztiz ere, Lehiaketa Desleialaren Legeak jasotzen ditu (12. art.) publizitatean gerta daitezkeen jokaera desleialak, esate baterako, beste baten *izen onaz* probetxu hartzeko helburuaz eginiko publizitatea, edo *publizitate itsaskorra* delakoa, horren bidez beste enpresa edo erakunde baten laburdurak, markak edo zeinu bereizleak erabiltzen dira haren prestigioa baliatzeko asmoz (Massaguer, 1999: 363).

Ildo beretik, aipatu behar da *industria-jabegoak* subjektu, ondasun edo jarduerak identifikatzen dituela, haien titularrari edo jabeari zeinu bereizlearen gaineko *erabilera-eskubide eskusiboa* emanez (2001eko abenduaren 7ko Marken Legea). Marken Legearen arabera (31.1 art.), zeinu bereizlearen gaineko eskubidea duenak ez die gainerakoei utziko nahasketa sor dezakeen beste zeinu bereizle bat erabiltzen. Hala, industria-jabegoari eraso egiten dion jokaera desleialtzat hartuko da iragarlearen zeinu bereizleak beste lehiakidearenekin nahasten dituen publizitatea. Halaber, marka eta zeinu bereizleak publizitate nahasgarriaren helburu badira, *industria-jabegoaren araudia* ordezkua izatera pasatuko da (De la Cuesta, 2002: 184).

a. Imitazio-publizitate nahasgarria

Publizitate-jarduera horrek beste lehiakideen zeinu bereizleak imitatu nahi ditu (LDL 6. eta 11. artikulua). Imitazio-ekintzak aztertzeko, erregulazioa, Lehiaketa Desleialaren Legearekin erlazionatzeaz gain, industria-jabegoarekin ere erlazionatu beharko da (2001eko abenduaren 7ko Marken Legea); zeinu bereizleak eta sorkuntza

estetiko edo teknikoen kopiak debekatu egiten ditu horrek (ML 31.1 art.). Bestalde, 1987ko azaroaren 11ko Jabego Intelektualaren Legeak ere zigor ditzake jokaera horiek, adimenaren sorkuntzak diren neurrian (Lema eta Gómez Montero, 1995: 643).

Beraz, LDLren 6., 11. (imitazio-jokaerak) eta 12. (besteren izen onaz baliatzea) artikulua erlazionatu behar dira. Jokaera desleial horien oinarria ez da iragarleak bere zeinuak erabiliz besteen zeinuekiko nahasketa-arriskua sortzea, baizik eta besteen zeinuak erabiliko direla benetako jatorria zein den esan gabe. Hala, publizitatean besteen zeinu bereizleak erabiltzea edo imitatzea desleiala izango da, justifikaturik egon ezean (LDL 11. art. *in fine*).

Araudiari dagokionez, esan behar da LDLren 11. (imitazio-jokaerak) eta 12. (besteren izen onaz baliatzea) artikulua ez direla PLOren araudia osatzen duten aginduak; izan ere, behin baino gehiagotan erabiliko baitira lehiaketa desleialeko jokaerak —publizitatearekin zerikusirik ez dutenak— zigortzeko. Besteetan, berriz, arau biek balizko kasu bera erabiliko dute, lehenago esan dugun bezala (ikus 5. puntua) (Lema eta Gómez Montero, 1995: 643).

b. Publizitate itsaskorra

Publizitate-jarduera dela-eta, lehiakide baten *izen onaz baliatzen diren publizitate-jokaerak* gertatuko dira (LDL 6.b eta 12. artikulua). Publizitatean, debekatuta dago besteren zeinu bereizleak justifikaziorik gabe erabiltzea; publizitate ez-zilegia izango da, desleiala baita. LDLren 12. artikulua, oro har, norberari ez dagokion industriad, merkataritzaz edo *izen on profesionalaz probetxua* ateratzea zigortzen du. Era berean, desleialtzat joko du, bereziki: besteren zeinu bereizleak edo egiazkoak ez diren jatorrizko deiturak honako hitz hauekin erabiltzea: «eredu», «sistema», «tipo», «mota» eta antzekoak. Beraz, ikusmolde horri jarraituz, bitan sailkatzen da publizitatean sor daitekeen lege-haustea, batetik, *nahasketa-jokaerak* (LDLren 6. artikulua) eta, bestetik, besteren izen onaz baliatzea (LDL 12. artikulua) (De la Cuesta, 2002: 186).

Azken jokaera horri *publizitate itsaskorra* (publicidad adhesiva) deitzen zaio (LDLren 12. artikulua); izan ere, horrelako publizitate-jardueraren bidez, enpresaburu iragarleak lehiakide baten produktu, zerbitzu edo ondasunekin komunean dituen ezaugarriak erabilia goraipatzen ditu bere produktuak. Beraz, jokaera hori ez-zilegia izango da, berari ez dagokion izen onaz baliatzen baita iragarlea (Lema, 1991: 6.144-6.147; Massaguer, 1999: 368).

Hala eta guztiz ere, besteren zeinu bereizleak erabiltzea ez da beti desleiala izango, esate baterako, *marka* jakin baten gaineko eskubidea bukatu denean (ML 32. art.). Halaber, produktu edo zerbitzuen jatorria zehazteko besteren marka erabiltzea beharrezkoa denean, ez da jokaera desleialtzat hartuko; adibidez, tailer batean piezak eta osagarriak saltzen direnean, hornitzaileen zeinu bereizleak erabiltzea erabat zilegi izango da (ML 32.2 art.) (Massaguer, 1999: 371-372).

Doktrinak behin baino gehiagotan esan du LDLren 12. artikulua (besteren izen onaz baliatzeko jokaera jasotzen duenak) *hondar-balio* duela nahasketa- (LDL 6. art.) eta imitazio-jokaerekiko (LDL 11. art.); esate baterako, lehiakide baten zeinu bereizleak erabiltzeak ez du helburutzat izango publikoa nahastea, bere produktua lehiakidearenarekin parekatzea baizik, horren *izen onak* edo *goodwill* delakoak iragarlearen produktuari on egin diezaion. Ikuspegi horretatik esan daiteke LDLren 12. artikulua erabat beharrezkoa dela (Lema eta Gómez Montero, 1995: 643; Massaguer, 1999: 374).

Atal honetan ere, *publizitate-sorkuntzen* eta *-obren imitazioak* ere aipatu behar ditugu; izan ere nahasketa-jokaerekin eta besteren izen onaz baliatzeko jokaerekin erlazionaturik daude. Azpimarratu beharra dago publizitatearen *sorkuntza-obrak* ez duela zeinu bereizleen funtzio bera betetzen; halere, arlo horretan, bere produktuekiko identifikazio-eskubidea ere aitortu behar zaio iragarleari, publizitate-mezuaren hartzaileari produktu edo zerbitzuaren ezaugarriak ezagutarazteaz gain, eskaintzailea nor den jakiteko ere balio baitu. Beraz, publizitatearen sorkuntza-obra iragarlearen *izen ona* sortzeko eta zabaltzeko eragilerik garrantzitsuenetakoa izango da. Horregatik, *publizitate-sorkuntza* batean *imitatzeko* edo *nahasteko arriskua* sortuz gero, jokaera desleiala izango dugu. Hala, Lehiaketa Zuzenbideak eta 1996ko apirilaren 12ko Jabego Intelektualaren Legeak arautuko dituzte publizitatearekin lotutako sorkuntza-jarduerak (De la Cuesta, 2002: 189).

10. Publizitate ez-zilegia lehiaketa desleialaren ekintza gisa I: jokaera erasotzaileak

10.1. KONTZEPTU OROKORRA

Engainuzko jokaerekin batera 29/2009 Legeak barneratu zituen Espainiako ordenamendu juridikora Jokaera Desleialei buruzko 2005eko Zuzentarauak jasotzen zituen jokaera erasotzaileak.

Hori dela-eta, Lehiaketa Desleialaren Legearen 8. artikulua horrela jasotzen du jokaera erasotzaileei buruzko definizioa: jokaera horiek, beren testuingurua eta hainbat ezaugarri eta egoera kontuan harturik, batez besteko kontsumitzailearen aukeratzeko askatasuna aldatu edo aldarazi dezakete jazarpena, derrigortzea edo ez indar edo eragin bidegabea erabiliz, betiere ondasun edo zerbitzu bati dagokionez, eta horren ondorioz, kontsumitzaile horren portaera ekonomikoa aldatuz. Hitz batez, jokaera horien bidez kontsumitzaileak transakzio baten inguruko erabakia hartuko du, hartuko ez zuena jokaera horri esker izan ez balitz.

Jokaera hauek bat datoz Alemaniako ordenamenduak jasotzen dituen *publizitate gogaikarriaren jokaerekin*. Hala ere, Europako legegileak eraberritu zuen kontzeptu hori, eta, jokaera horiekin batera, beste batzuk jaso zituen jokaera erasotzaileen multzo orokor bat eratuz, zeinaren bidez kontsumitzaileen erabakitzeaskatasuna murrizten den. Europako legegileak jokaera erasotzaileei buruzko talde orokor hori osatu zuen jokaera erasotzaileen zerrenda itxi batekin, zeinean jokaerek edozein kasutan izaera erasotzailea duten (2005eko Zuzentarauaren I Eranskina) (Tato, 2010: 9; Leñena eta Iráculis, 2010: 102).

Aurreratu den bezala, Lehiaketa Desleialaren Legearen 8. artikulua bi baldintza jasotzen ditu jokaera bat erasotzailetzat jotzeko: a) lehenik, jokaerak eragin behar du jazarpena, derrigortzea edo eragin (indar) bidegabea kontsumitzailearengan; b) eta bigarrenik, jokaera horrek kontsumitzailearen aukera-askatasuna, era hautemangarrian, murriztu behar du, kontsumitzailea transakzio-erabaki bat hartzera behartuz. Kontsumitzaileak ez zuen erabaki hori hartuko, jokaera hori gauzatu izan ez balitz.

Prezeptuaren bigarren baldintza aintzat hartuz, zehaztu behar den hurrengo gaia hau da: zer esan nahi duen portaera ekonomikoa aldatzea edo aldaraztea era esanguratsu batean. Horretarako, Legeak klausula orokorrean (4.1 artikulua *in fine*)

kontsumitzaileen portaera ekonomikoa aldatzeaz edo aldarazteaz ematen duen definizioa hartuko dugu kontuan. Definizioa hau da: «Merkatuko jokaera batek batez besteko kontsumitzaile baten portaera ekonomikoa aldatuko du edo aldaraziko du, kontsumitzailearen erabakitze gaitasuna, era hautemangarri batean, murrizten badu, eta horren ondorioz, erabaki ekonomiko bat hartzen badu, hartuko ez zuena jokaera hori gauzatu izan ez balitz».

Klausula orokorrak Europako legegileak Zuzentarauan jasotako asmoa barneratu zuen. Izan ere, merkataritzako jokaerak kontsumitzailearen portaera ekonomikoa era hautemangarri batean aldatu edo aldarazi behar du (*minimis* araua). Horrek esan nahi du jokaera, fede txarrekoa izan arren, ez dela desleiala izango kontsumitzailearen portaera ekonomikoa aldatzen edo aldarazten ez badu. Hau da, jokaerak murrizten ez badu kontsumitzaileen erabakitze ahalmen-askatasuna, ez da desleiala izango (Tato, 2010: 11; Leiñena eta Iráculis, 2010: 103).

Jokaera erasotzaileen definizioa jasotzen duen arauak (LDL 8.1 artikulua), bestalde, ez ditu jasotzen ezarpen eta derrigortzearen kontzeptuak. Horiek zehazteko irizpideak ematen ditu bigarren paragrafoan. Aitzitik, prezeptuak berak jasotzen du *in fine* eragin bidegabearen kontzeptua, esanez «merkataritzako jokaera bat ez eragin bidegabea izango dela menderatze-egoera bat erabiltzen duenean hartzaileari presioa eragiteko, nahiz eta indarrik edo mehatxurik ez erabili».

Lehiaketa Desleialaren Legearen 8.1 artikulua esanahia zehaztu ondoren, arau horretan jasotako banakako kontzeptuak (ezarpena, derrigortzea eta eragin bidegabea) banan-banan aztertuko dira.

Hala ere, aurreratu dugun bezala, jokaera erasotzaileak eskuarki definitzeko Legeak irizpide hauek hartzen ditu kontuan (LDL 8.2 artikulua):

- a) Jokaera hori gauzatzen den unea eta lekua, jokaeraren izaera edo iraunkortasuna.
- b) Lengoaiaren erabilera, hau da, mehatxua edo irainak erabiltzea.
- c) Enpresaburuak edo profesionalak ezbehar edo egoera larri bat erabiltzea, jakinda jokaera horrek hartzaileak duen erabakitze ahalmena murriztuko duela eta, betiere, eskaintzen zaion ondasunari edo produktuari dagokionez.
- d) Enpresaburuak edo profesionalak kontratuz kanpoko kosturik gabeko edo neurrigabeko edozein ekintza gauzatzea, beste alderdiak kontratuaren edo legearen eskubideak egikaritzeko asmoa duenean, kontratuari amaiera eman nahi dionean edo ondasunez, zerbitzuz eta hornitzailez aldatu nahi duenean barne.
- e) Edozein ekintza egingo dela esatea, ekintza hori legez kanpo dagoenean.

10.1.1. Jazarpena

Jokaera erasotzaile honen definizioa jaso ez zuten jaso, ez 2005eko Zuzentarauak ezta 29/2009 Legeak ere. Beraz, doktrinak horren inguruan emandako kontzeptua jasoko dugu. Adituen iritziz, jazarpenak esan nahi hau dauka, enpresaburuek edo profesionalak edozein jokabideri ekitea kontsumitzaileari segika hasteko, gogaitzeko, estutzeko edo hari enbarazu egiteko, eta horren ondorioz, kontsumitzailea erostera bultzatzea edo haren portaera ekonomikoa baldintzatzea aurretik ia finkatuta zuen aukera baztertuz (Massaguer, 2006: 97, 133).

Doktrinak emandako kontzeptuaz, jazarpena egoteak enpresaburuaren eta kontsumitzailearen artean gutxieneko erlazioa egotea eskatzen du. Horretaz gain, jokaera erasotzaile honek eskatzen du batez besteko kontsumitzaileak (normal informatuta dagoena, arreta egokia jartzen duena eta adi egon ohi duena) nabaritzea kontaktu horrek bere aukeratzeko askatasuna murriztu egiten duela. Beraz, ez gara ari edozein erlaziori buruz, baizik eta erlazio pertsonalari buruz. Horrek kanpoan uzten ditu zuzeneko *marketin* delako erlazioak erabiltzen dituen teknikak (Tato, 2010: 9; Leñena eta Iráculis, 2010: 103).

Enpresaburuaren eta kontsumitzailearen arteko kontaktu hori jokaera erasotzaileztat jotzeko hainbat baldintza aztertu behar dira. Hori dela-eta, Lehiaketa Desleialaren Legearen 8.2 artikulua hainbat egoera hartuko ditugu aintzat. Batetik, jokaera gauzatu den unea eta lekua, eta bestetik, jokaeraren iraunkortasuna.

Lekua da eragile nabarmenetako bat enpresaburuaren eta kontsumitzaileen arteko harremanetan jazarpena agertzeko. Izan ere, jokaera erasotzailea sortzeko aukerak dezente igotzen dira lehen aipatu dugun kontaktu hori kontsumitzailearen arlo pribatuan gertatzen denean. Hau da, etxean edo lantokian. Bi leku horiek ez dira zuzeneko *marketin* delakoak erabiltzen dituen espazioak.

Enpresaburuaren eta kontsumitzaileen arteko erlazioan jazarpena sortzeko bigarren eragilea unea (momentua) da, erlazio hori izateko aukeratzen den unek zedarritu baitezake merkatuko jokaera baten izaera. Hau da, gauez egiten diren merkataritzako deiak edo etxera egiten diren bisita komertzialak ordu desegokietan edo oso berandu egiten direnean, jokaera desleialak izan daitezke kontsumitzaileari presioa sor baitiezaiokete (Tato, 2010: 10; Leñena eta Iráculis, 2010: 105).

Hirugarren eragilea, aldiz, zerikusia dauka jokaera jazotzen den moduarekin. Hau da, jokaerak iraunkorra behar du izan. Merkatuko jokaera ohiko lekuan eta une egokian gertatzen bada ere, merkatuko eragileak gauzatzen duen kontaktua etengabekoa bada eta iraunkorra, merkataritzako jokaera hori erasotzailea izan daiteke. Aditu batzuek eransten dute etengabeko jokaera behar duela izan eta, horretaz gain, kontsumitzaileak hori ekiditeko jarrera bat izan behar duela (Gimeno eta Pérez, 2010: 66).

Legeak aipatu diren hiru eragile horiek aurreikusten baditu ere jokaera komertzial bat desleiala izendatzeko, gerta daiteke eragile berezi horiek zerikusirik ez izatea jokaera bat erasotzailea dela esateko. Horrelako egoera bat sortuko da merkataritzako jokaera bat kontsumitzaile ahulengana (kalteberengana) iristen denean. Garbi dago horrelako kontsumitzaile batek indar gutxiago duela enpresaburuek, haien ordezkariak edo lankideek erabiltzen duten jokaera horrek sortzen duen presioari aurre egiteko (Tato, 2010: 10; Leiñena eta Iráculis, 2010: 105).

Zalantzarik ez dago, kontsumitzaile bat, bere ezaugarri pertsonalak direla medio, izan daiteke ahul edo kaltebera. Demagun, gaixotasun bat duela edo nahastuta dabilela. Era berean, adinak badauka zerikusia kontsumitzaile bat ahulagoa izan dadin. Pentsa dezagun umeei eta adinekoek duten sineskortasuna. Horrelakoetan, enpresaburuek gauzatzen duten kontaktua kontsumitzailearekin edo kontsumitzaile-talde batekin jazarpena izan daiteke, ez aukeratu den une edo lekuagatik, baizik eta hartzaile horien izaera ahularengatik.

Hori dela-eta, legegileak horrelako egoeren aurrean ardura handiagoa eskatzen dio enpresaburuari. Hau da, enpresaburuak edo profesionalak zentzuz aurreikusi behar du merkaturako jokaerak eragin dezakeela kontsumitzaile ahula edo talde ahula (López, 2006: 1)¹⁹².

Esanak esan, merkataritza-jokaera bat jazarpena izan daiteke, ez bakarrik aipatu diren egoera horietan, baizik eta kontsumitzailea ezohiko egoera batean aurkitzen denean. Atal honetan garrantzia du enpresaburuak edo profesionalak hartzailea jasaten ari den egoera larriaz edo estuaz aprobetxatzea eta, horren ondorioz, kontsumitzailearen erabakitze gaitasunean eragitea. Izan ere, horrelako egoera larrietan kontsumitzaileek erabakitze gaitasuna murriztua dute edo zailtasunak dituzte neurriko erabakiak hartzeko.

Aipatu ditugun egoera larri horien artean jazarpena bitan nabarmentzen dugu: lehenik, hiltzorian dagoenaren senideei egiten zaien bisita zerbitzu bat eskaintzeko asmoz, eta bigarrenik, istripu bat suertatu denean egiten den tokian tokiko merkataritza-eskaintza (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 194-195).

Azter dezagun lehenengoa. Jazarpena da, dudarik gabe, enpresaburuek hiltzorian dagoenaren familiarengana hurbiltzea edo, heriotza suertatu denean, senideak bisitatzea horiei hileta-zerbitzuak eskaintzeko asmoz. Horrela erabaki zuen Madrilgo Probintzia Entzutegiko epaileak 2009ko ekainaren 23ko epaian. Hau da, ehortzetxeak merkataritzako fede onaren aurka jokatu zuen, enpresa horretako langileak hil berriak zituzten senideengana hurbildu zirenean ospitaleetan eta zahar-etxeetan, hileta-zerbitzuak eskaintzeko asmoz.

192. 2005eko Zuzentarauak hobeto zehaztu zuen batez besteko kontsumitzailea edo hartzailea Europako Auzitegi Gorenak baino. Izan ere, honek *Bundesgerichtshof* delakoak emandakoa hartu zuen oinarri, eta horrek batez besteko kontsumitzailearen kontzeptuan ez zuen aurreikusten batez besteko kontsumitzaile ahula (López, 2006: 1).

Antzeko hausnarketa egin daiteke istripuen kasuan. Istripu bat izan berri duten pertsonengana hurbiltzea zerbitzuak eskaintzeko (ura, garabia, konponketa-zerbitzuak), ezbeharraren ondorioak konpontzeko, jazarpena da eta gaitzetsi egin daiteke.

Kasu bietan enpresaburua kontsumitzailearen egoera larriaz (senide baten hiletaz edo ezbeharraren ondorioz suertatutako *shock*az) aprobetxatzen ari da. Egoera horren ondorioz kontsumitzaileak onartu ditzake aurkezten zaizkion lehenengo eskaintzak, beste eskaintza batzuekin batera, egoki baloratu gabe. Enpresaburua kontsumitzailearen ahuleziaz baliatzen ari denez, erabiltzen duen merkataritzako jokaera hori jazarpentzat har daiteke (Tato, 2010: 10; Leñena eta Iráculis, 2010: 106-107).

10.1.2. Derrigortzea (behartzea)

Bigarren jokaera erasotzailea daukagu hau. Jokaera honen definizioa ez zuen jaso 29/2009 Legeak ezta 2005eko Zuzentarauak ere. Dena den, adituen aburuz, merkataritzako derrigortzea hau da: merkataritzako jokaera bat zeinaren bidez hartzaileari iruditzen baitzaio egiten zaion eskaintza halabeharrez onartu behar duela. Izan ere, onartzen ez badu, sumatzen du kalteren bat jasango duela edo onura garrantzitsuren bat galduko duela. Dena den, esan beharra dago jokaera hau erasotzailea izateko, hau bete behar duela: kontsumitzaileari transmititzen zaion ondorio kaltegarri hori ez da erreala izango edo bidegabeta izango da (Tato, 2010: 10; Leñena eta Iráculis, 2010: 106-107).

Esan dugun bezala, merkataritzako jokaera batek derrigortze-izaera izango du, baldin eta batez besteko kontsumitzaileak (normal informatuta dagoena, arreta egokia jartzen duena eta adi egon ohi dena) eskaintza bidegabeta onartzen badu, ez onartzearen ondorio kaltegarriak ekiditeko asmoz. Eskaintza, beraz, bidegabeta izango da edo erreala ez den onura bat aldarrikatuko du.

Aurrekoa kontuan hartuz, derrigortze kontzeptuaren barruan sartzerik badago bai indar fisikoa erabiltzen duten jokaerak baita mehatxuak ere, kasu bietan baldin eta jokaerek kontsumitzaileak duen erosteko gaitasunari eragiten badiote. Hala ere, kontsumitzailearekiko indar fisikoa erabiltzen duten merkatuko jokaerak *per se* ez-zilegiak dira Legearen arabera (8.2.b artikulua), «jokaera bat erasotzaile zedarritzeko kontuan hartuko da erabiltzen duen lengoia edo portaera mehatxuzkoa edo iraingarria den».

Derrigortze-jokaera bat zehazteko Legeak beste mehatxu batzuk ere aurreikusten ditu. Horiek, aldiz, ez dute zerikusirik izaera fisikoa duten mehatxuekin, bestelakoak dira. Hau da, izaera juridikoa dute eta horien bidez enpresaburuak kontsumitzaileari helarazten dio agintzen diona egin ezean egintza juridiko bat edo akzio bat aurkaratuko diola (LDL 8.2.e artikulua).

Jokaera horien barnean hauek ere jasotzen dira: enpresaburuek edo profesionalak kontratuz kanpoko edozein ekintza kosturik gabekoa edo neurrigabekoa erabiltzen dutenean beste alderdiak kontratuaren edo legearen eskubideak egikaritzeko asmoa duenean, kontratuari amaiera eman nahi dionean edo ondasunez, zerbitzuz eta hornitzailez aldatu nahi duenean (LDL 8.2.d artikulua). Kontsumitzaileak amore ematen duenean sortzen den egoera ez-zilegia da, ez du legitimaziorik. Egia bada ere egoera horretan kontsumitzaileak ez duela arrisku fisikorik ez juridikorik, amore ematen duenean bere gain hartzen ditu ez dagozkion betebeharrak, eskaintza onartu izan ez balu ez baitzen ezer gertatuko, ez baitzuen kalte larriarik jasoko edo ez baitzuen onurarik galduko (Tato, 2007: 1; Leñena eta Iráculis, 2010: 107-108).

Derrigorrezko azken jokaera erasotzaile horien adibidea hau da: etxeko berogailua konpontzeko teknikariari deitzea eta konpondu baino lehen aurrekontu bat eginaraztea. Behin aurrekontua onartuta, teknikariak berogailua konpontzen du baina konponketa horren fakturazioa lau bider gehiago izatea. Egoera horren ondorioz, etxeko nagusiak gehiegizko faktura hori ordainduko ez balu eta teknikariak mehatxatuko balu esanez gas-hornidura etengo diola berogailurik edo ur berorik ez izateko, jokaera hori erasotzailea litzateke¹⁹³.

10.1.3. Eragin bidegabekoa

Eragin bidegabekoa eratzen duen jokaera erasotzailea definitzen dute bai 2005eko Zuzentarauak (2.j artikulua) bai Lehiaketa Desleialaren Legeak (8.1 artikulua, bigarren paragrafoa). Arau biek kontzeptu hau ematen dute: «Hartzaile batenganako botere/menderatze egoera erabiltzea izango da, haren gain presioa eragiteko asmoz eta, indar fisikoa edo bestelako mehatxuak erabili ez arren, presio horren bidez hartzailearen erabakitze gaitasuna murrizteko edo aukeratzeko gaitasuna zentzuzkoa ez izateko».

Legeak ematen duen kontzeptuari jarraituz, ondoriozta daiteke enpresaburuaren eta hartzailearen artean erlazio berezi bat egongo dela. Hala ere, «botere/menderatze egoera» hori ezin da *stricto sensu* interpretatu; alderantziz, zentzu zabalago batean interpretatu behar da. Horrek esan nahi du, enpresaburuaren eta hartzailearen arteko erlazioan sar daitekeela edozein egoera eta, horren eraginez, enpresaburua preskriptore zuzena edo zeharkakoa izango da, eta hartzaileari edo hirugarrenari ezohiko eragina helaraziko dio.

Demagun kontsumitzaile edo erabiltzaile batek dirua zor diola enpresaburu bati, horrek eragin bidegabeko jokaera bat gauzatuko luke, eskainiko balio kontsumitzaileari zor horren ordainketa epe luzeagoan ordaintzea kontsumitzaileak hari beste produktu berri bat erostearen truke.

193. Jokaera Desleialen Zuzentaraua, Kontsumitzaileen Babeserako Osasun Zuzendaritza Nagusia –Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores.

Aitzitik, ez litzateke eragin bidegabea enpresaburuak kontsumitzaileari hainbat pizgarri eskainiko balizkio, adibidez, hiritik kanpo dagoen merkataritza-gune baterako garraio doakoa, kontsumitzaileari edari freskagarri bat eskaintzea erosketak egiten ari den bitartean edo salmenta-promozio bat eskaintzea. Horrelakoetan kontsumitzailearen erabakitze gaitasuna ez da murrizten¹⁹⁴.

Lehen aurreratu dugun bezala, «botere/menderatze egoera» kontzeptuaren interpretazio zabala egin behar da. Izan ere, bai 29/2009 Legeak bai 2005eko Zuzentarauak *per se* izaera duten jokaera erasotzaileak aurreikusten dituzte. Lehiaketa Desleialaren Legearen 30. artikuluan jasotzen da horietako bat: «Umeei bideratutako publizitatean aholku zuzena egiten zaienean produktu jakin bat eros dezaten edo beren gurasoei eska diezaieten erosteko». Kasu horretan umea zeharkako preskriptorea da eta gurasoak, enpresaburuekiko menderatze-egoera batean ez badaude ere, enpresaburua edo merkataria aprobetxatzen ari da umearen ahuleziaz edo kaltebera izatearen egoeraz.

Jokaera erasotzaile honen ezaugarri nagusia enpresaburua botere-egoeraz edo konfiantzako egoeraz baliatzea bada ere, jokaerak izaera erasotzailea izateko bigarren eskakizuna bete behar du, hau da, kontsumitzailearen edo erabiltzailearen erabakitze gaitasuna, era hautemangarri batean, murriztu behar du (LDL 8. artikulua). Jokaeraren ondorioa hori ez bada, ez du izaera erasotzailea izango (Tato, 2007:19; Leñena eta Iráculis, 2010: 109-110).

10.2. KONTSUMITZAILEENGANAKO ETA ERABILTZAILEENGANAKO JOKAERA ERASOTZAILEAK

29/2009 Legeak 2005eko jokaera desleialen Zuzentaraua egokitu zuenean, Europako arauak *Zerrenda Beltzean* jasotzen zituen kontsumitzaileenganako jokaera desleial guztiak barne ordenamendura egokitu zituen Lehiaketa Desleialaren Legearen III Kapituluari jasota. Horren ondorioz, jokaera horiek, enpresaburuak eta lehiakideak zeharka kaltetu arren, desleialak dira *per se* enpresaburuak kontsumitzaileekin eta erabiltzaileekin gauzatzen dituenen. Hau da, Kapitulu horretan aurreikusten diren jokaera guztiak (engainuzkoak, omisioak, jokaera erasotzaileak) desleialak dira edozein egoeratan eta edozein unetan.

Lehiaketa Desleialaren Legearen 19. artikulua gauza bera aurreikusten du Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Testu Bateratuak jasotzen duena kaltetu gabe (19. eta 20. artikulua): «Lehiaketa Desleialaren Legearen III Kapituluari eta 4., 5., 7. eta 8. artikuluetan jasotzen diren jokaerak izango dira desleialak kontsumitzaile eta erabiltzaileekin soilik».

Hori dela-eta, Lehiaketa Desleialaren Legearen 21. artikulutik 31. artikulura jasotzen diren jokaerak, besteak beste erasotzaileak (LDL 28. artikulua eta ondokoak),

194. Jokaera Desleialen Zuzentaraua, Kontsumitzaileen Babeserako Osasun Zuzendaritza Nagusia –Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores.

edozein kasutan eta edozein egoeratan, desleialak izango dira enpresaburuak kontsumitzaileekin dituen harremanetan soilik. Beraz, aztertu beharrik ez dago araudiak ezartzen dituen betekizunak jazarpena, derrigortzea edo eragin bidegabekoa diren zehazteko (Tato, 2010: 11; Leñena eta Iráculis, 2010: 112).

10.2.1. Derrigortzeak (behartzeak) eragindako jokaera erasotzaileak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 28. artikulua, derrigortzea dela medio, izaera desleiala duten jokaeren definizioa ematen du: «Merkataritzako jokaera desleiala izango da kontsumitzaileari edo erabiltzaileari sinetsarazten badio ezin duela lekua edo establezimendua utzi kontratua gauzatu gabe, jokaera hori delitua denean salbu».

Horrelako jokaera bat adineko turista atzerritarrekin erabili ohi dena izan daiteke. Adineko atzerritarrek eskaintako zori-jokoaren papera igurtziz sari bat irabazi dutelakoan daude eta enpresaburu baten ordezkariaren aginduei jarraitzen diete. Besteak beste, haien hoteletik urrun dagoen egoitza batera eramatea onartzen dute irabazitako saria jasotzera. Egoitza ezezagun horretan daudenean, enpresaburuak eskaintzen duen produktu edo zerbitzuari buruzko aurkezpena (opor *club* baten edo jabekide anitzeko etxe-jabetzaren inguruan) entzun behar dute. Informazio hori jaso ostean, dirurik eman gabe edo diru-seinalerik utzi gabe egoitzatik ez dutela ateratzerik izango edo arazoak izan ditzaketela beren hotelera iristeko hautematen dute. Behin diru-gordailua eginda, berriro eramaten dituzte hotelera edo apartamentura. Legearen 28. artikulua, aldiz, merkataritzako jokaera hau erasotzaileatzat jotzen du, baita presioa gaindituz dirurik ematen ez bada ere¹⁹⁵.

Jabekide anitzeko etxebizitzaren esparruan maiz antzeman dira horrelako kasuak. Horietako kasu bat 2007ko urriaren 17an Alacanteko Probintzia Auzitegiak emandako epaiak aztertzen du. *Lloyds Beach Club, S.A.* delako sozietateak Torrebiejan oporretarako *Lloyds Beach* egoitzan eskaintzen zuen 50 urtetako gozamenerako eskubidea. Eskaintza hori bidezkoa izan arren, salmentarako erabili zituzten baliabideek legea urratzen zuten. Izan ere, merkataritzako jokaera erasotzaileak eta engainuzko publizitatea erabili zituzten bezeroak presionatzeko eta kontratua sinartzeko, horrek erabakitze gaitasuna murriztu egin zuen, beraz, kontratua deuseza izan zitekeen. Hori zela-eta, apelazio-epaileak esan zuen kontsumitzaile eta erabiltzaile orok dutela eskubidea, kontratua sinatzen denetik 10 egunera, kontratua bertan behera uzteko (42/1998 Legearen Xedapen Gehigarriaren eta Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Defentsarako Testu Bateratuaren 10. artikuluen arabera). Era berean, epaileak esan zuen komenigarria litzatekeela kontratu horietan erantzunik gabeko atzera egiteko eskubidea halaberharrezko klausulen bidez jasotzea.

195. Jokaera Desleialen Zuzentaraua, Kontsumitzaileen Babeserako Osasun Zuzendaritza Nagusia –Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores.

10.2.2. Jazarpenak eragindako jokaera erasotzaileak

a) Etxera egindako bisita bidegabeak

Lehiaketa Desleialaren Legeak jasotzen duen lehenengo jokaera erasotzailea *per se* jazarpena da (29.1 artikulua): «Kontsumitzaile edo erabiltzailearen etxera bisitak egitea, nahiz eta hark etengabe eskatu bere etxetik alde egiteko eta berriro ez itzultzeko, legeriak kontratuaren betebeharretan aitortzen dituen bidezko kasuetan salbu».

Beraz, saltzaile bat kontsumitzailearen etxean sartzen denean salgai dagoen produktu edo zerbitzuaren aurkezpena egiteko, eta kasurik egiten ez dionean kontsumitzailearen joateko aginduari, merkataritzako jokaera hori desleialtzat jo genezake. Saltzaileak maiz erabili ohi du horrelako erantzuna: «Bai, paper hauek sinatutakoan joango naiz»¹⁹⁶.

Saltzaileak kontsumitzailearen etxera egin dezakeen bisita bidezkoa da. Zuzeneko publizitatearen ohiko jokaera da, kontsumitzaileak lehenengo unetik bereizi baitezake bisitaren merkataritzako izaera. Horren ondorioz, ados egongo ez balitz, badauka sartzen ez uzteko aukera.

Hori dela-eta, jokaera horrek izaera desleiala izango du bai sartutakoan kontsumitzaileak alde egiteko eskatzen dionean bai aurreko batean enpresaburua etxean egon denean eta, jabeak ez itzultzeko eskatu arren, saltzailea berriro agertu denean. Beraz, lehenengo bisita, eskuarki, bidezkoa da. Dena den, arauari interpretazio zabala ematen zaio. Hau da, etxeko nagusiak alde egiteko espresuki eskatu ez arren, beste zantzu batzuk direla medio, nahi hori agerian uzten denean onartuko da ere etxeko nagusiaren kanporatzeko nahia bezala.

Etxeko bisita kontzeptua zehazteko garaian ohiko etxebizitzara egindakoaz gain, bigarren etxebizitzan jasotakoaz ere ari da araua. Hala ere, doktrinak ez du berdin hartzen bisita hori lantokira egiten denean. Hori dela-eta, enpresaburuak lantokira egindako bisita erasotzailea den erabakitzeke Lehiaketa Desleialaren Legearen 8. artikulua baldintzak betetzen dituen aztertu beharko da (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 212-213).

Kanarietako Gobernuak Osasun Kontseilaritzak 2007an adierazpen bat hedatu zuen, zeinetan merkataritzako jokaera jakin bat iruzur eta erasotzailetzat hartu zuen. Kasu horretan saltzaileak etxez etxe zihoazen ura tratatzeko aparatu bat salduz. Helburu horrekin etxeetan sartzen ziren eta etxeetan zuten ura kutsatuta zegoela eta osasunerako kaltegarria izan zitekeela esaten zuten. Batzuetan, saltzaileak gezurretan aritzen ziren Osasun Kontseilaritzako edo Udaleko langileak zirela esanez. Osasun Sailak eta ura kudeatzen duten enpresek berehala hedatu eta ohartarazi zuten ez dutela sekula horrelako bisitaldirik egiten.

¹⁹⁶. Jokaera Desleialen Zuzendaraua, Kontsumitzaileen Babeserako Osasun Zuzendaritza Nagusia –Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores.

Ildo horretatik, beste adibide bat hau litzateke. Kontsumitzaile batek erreklamazio bat aurkaratu zuen Autokontrol Elkartearen Epaimahaiaren aurrean *Sono Clinic* enpresaren aurka. Izan ere, horrek egindako publizitatea foilero bat zen etxeko ateari atxikitzen zitzaiona. Publizitateak eskuz idatzia ematen zuen eta aurreko aldean hau jasotzen zuen: «5 bat minutu joka aritu naiz baina ez didazu entzun. Mesedez, dei iezadazu. Besarkada bat». Atzeko aldean, berriz, mezuaren merkataritzako izaera jasotzen zuen enpresaburuak eskaintzen zituen zerbitzuak.

Erreklamazio-jartzaileak egindako idatzian jokaera horren arriskua aipatzen zuen etxebizitzetako segurtasunaren aurka zihoalako. Izan ere, mezua ateko euskarritik zintzilikatzeak agerian uzten zuen une horretan ez zegoela inor etxean. Bestalde, publizitate eta jokaera hori aztertutakoan Autocontroleko Epaimahaiak Jokaera Oneko Kodearen 13. eta 14. artikuluen aurka zihoala erabaki zuen. Mezuak errorea sor baitzezakeen komunikazioaren izaerari zegokionez. Hau da, mezu pertsonala ematen zuen eta kontsumitzaileak pentsa zezakeen senide bat bere bila ari zela, hori horrela ez zenean. Beraz, errorea sortzen zuen, errealitatea desberdina zelako eta mezuaren forma hori erabiltzen zelako arreta lortzearren. Hori kontuan izanik, mezuak ez zuen publizitate orok bete behar duen eskakizuna betetzen, hau da, merkataritzako mezuaren izaera agerian uztea (PLO 9. artikulua).

Autocontroleko Epaimahaiak erabakiaren azalpena indartu zuen hau jasoaz: «Auzian zegoen jokaera hori 2005eko Zuzentarauak, Zerrenda Beltzean, merkataritzako jokaera erasotzaile bezala aurreikusten du».

b) Postaz, faxez, posta elektronikoz edota urrutiko komunikaziorako beste baliabideez egindako etengabeko proposamenak, hauek errefusatu direnean

Garaiak aldatu egin dira, baita gure ohiturak ere. Gizartearen garapen teknologikoak informazio-baliabide berriak eskaintzen dizkigu eta horrek aukera ematen digu denbora gutxian gauza gehiago jakiteko, negozio-aukera handiagoak izateko eta ekonomia azkarrago hazteko. Hori dela-eta, gaur egun, hedabide horiek erabili ohi dira merkataritzako eskaintza berriak egiteko eta sustapen bereziak ezagutarazteko. Hedabide horien erabileraren abantailak agerikoak izan arren (baliabide merkeagoak eta azkarragoak baitira), batzuetan horien erabilerak jokaera gogaikarriak ere sortzen ditu hartzaileen artean, helarazten dituzten mezuen bidez. Hartzaileari sortzen zaizkion eragozpen horiek gehiegizkoak direnean merkataritzako jokaera horiek desleialtat jo ditzakegu.

Internet delakoaren arrakasta nagusia da, hain zuzen ere, mezuak eta komunikazioa hedatzeko duen gaitasuna. Merkataritzako eskaintzak eta publizitateak dezente baliatu dira azken urteotan Internetez. Izan ere, hedabide horren bidez mezua erabateko hedapena lortzen du. Merkataritzako mezua baliabide horren bitartez hedatzen denean *spam* esaten zaio *stricto sensu*.

Hala ere, *spam* delakoaren kontzeptua hedapen-baliabidea bestelakoa denean ere erabiltzen da. Hau da, merkataritzako mezua telefonoz (*sms*) edo baliabide telematikoz (*mms*) egiten denean ere *spam* kontzeptua erabiltzen da (*spam* telefonikoa) (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 212-213).

Posta elektronikoz bidali den publizitatea, eskatu ez den arren (spam)

Lehiaketa Desleialaren Legearen 29. artikulua desleialtat jotzen du posta elektronikoz eskatu ez den publizitatea (*spam*), baldin eta hedapen hori etengabekoa bada. Gaur egun oso ohikoa da produktu edo zerbitzu baten ezaugarriak ezagutarazteko hedabide hori erabiltzea. Kontsumitzaile eta erabiltzaileei bidalitako merkataritzako mezu guztien artean % 50-% 80 *spam* delakoaren bidez egiten da.

Inork ez du zalantzan jartzen Internet baliabiderik arrakastatsuen delat merkataritzako mezua xede-taldeari erraz eta azkar iristeko. Izan ere, enpresaburuak merke eta azkar lor dezake mezuaren hedapena. Abantaila hori, hala ere, eragozpen bihur daiteke mezu horien hartzaileentzat. Behin baino gehiagotan ordenagailuaren sarrera-ontzia beteta aurkituko baitute eta zuntz zabaleko tarifa kontratatzerat behartzeaz gain, interesdun diren mezuak bereizteko arazoak ere izango ditu hartzaileak. Hori dela-eta, Europako Batzordeak merkataritzako jokaera horren eragozpenak parekatu egin ditu gure etxeko postontzietan eskatu ez den eta jaso ohi dugun publizitatearekin¹⁹⁷.

Aditu batzuen ustetan, aurreko egoera hori bat dator hainbat jokaera erasotzaile sortzen duten jazarpenekin. Besteak beste, hauek: kalean egiten den zuzeneko publizitatea, postontzietan eskatu ez den eta jasotzen den publizitatea, hegazkinetan eta beste garraioetan egiten den publizitatea. Horiek guztiak jokaera gogaikarriak dira hartzailea derrigortuta dagoelako publizitatea jasotzera, ez baitu aukerarik publizitate-mezu hori errefusatzeko edo ekiditeko (Massaguer, 2006: 134).

Aurreko jokaera horiekin batera, sortu da beste arazo bat. Hau da, hainbat merkataritzako jokaera ez-zilegi zabaltzen ari dira. Horien artean, *phising* delakoa. Iruzurrezko teknika horien bidez, entitate finantzarioen mezuak jasotzen direla ematen du, baina helburu bakarra hau dute: mezu-hartzaileak banku datuak ematea eta ezagutaraztea.

Aipatu diren arazo horiek behartu dute legegilea merkataritzako mezu hauek erregulatzerat. Hori dela-eta, mezua ohiko postaz bidaltzen denean eta hartzaileak errefusatu duenean bakarrik izango da jokaera hori ez-zilegia (legegileak *opt out* sistema aukeratu du). Posta elektronikoz bidalitako merkataritzako mezuak, aldiz, hartzaileek baimena eman dutenean izango dira zilegi soilik. Beraz, baimena eman ez dutenei bidaltzen bazaie merkataritzako mezu elektronikoa, mezu hori ez-zilegia izango da (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 212-213).

197. *Spam* delakoaren aurka Europako Batzordeak egindako Komunikazioa 2006ko azaroaren 15ean (COM 688).

Posta elektronikoz egiten diren publizitatea eta sustapen-mezuak 2002ko uztailaren 11ko Merkataritza Elektronikoa eta Gizarte Informazio Zerbitzuen 34/2002 Legearen 21. eta 22. artikuluetan erregulatzen dira (hemendik aurrera GIZL-LSSI).

Legearen 21. artikulua hau jasotzen du: «Debekatuta dago publizitate edo sustapen-mezuak bidaltzea posta elektronikoz edo antzeko baliabidez, horien hartzaileek aldeztatik eskatzen ez badute edo hartzaileek mezu horiek jasotzeko baimena ematen ez badute». Beraz, horrelako mezuak bidaliko dira baldin eta hartzaileak baimena espresuki ematen badu. Merkataritzako mezua posta elektronikoz jasotzeko baimena eskatuz gero, hartzaileak erantzuten ez badu, isiltasunak ez du esan nahi mezu hori bidaltzerik dagoenik. Alderantziz, izan ere, isiltasunak ez du baimena balioesten.

Dena den, Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legearen 21. artikulua bigarren paragrafoak salbuespen bat jasotzen du, zeinaren bidez hartzaileak ez baitu baimena espresuki eman beharko horrek enpresaburuarekin aldeztatik harremana izan duenean. Hau da, horrelako kasuetan enpresaburuak bere produktuei edo zerbitzuei buruzko informazio bidal diezaioke hartzaileari, baldin eta informazio horrek zerikusia badu kontsumitzaileak aurretik erositako produktuarekin edo jasotako zerbitzuarekin, eta betiere hartzaileak merkataritzako mezu horiek jasotzeko ezetza eman ez badio (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 217-218; Navarro, 2010: 108).

Hau esanda, itzul gaitezen Legeak eskatzen duen baimenaren izaera aztertzeraz. Esan den bezala, posta elektronikoz bidaltzeko mezuak aldeztatik hartzailearen baimena behar dute. Baimena, aldiz, espresuki eman daiteke edo ustezkoa izan daiteke. Edonola ere, Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legeak, edozein izanda baimenaren izaera (espresuki emanda edo ustezkoa izanik), errebokatzeko aukera eman beharko du eta errebokazioa formalki lotuta egongo da aldeztatik emandako baimenaren izaerarekin. Hau da, hartzaileak aurretik baimena espresuki eman badu, enpresaburuak egin behar duen gauza bakarra hau da: doako baliabide xeheak ezarri baimenaren errebokazioa errazteko¹⁹⁸, beste baldintzarik gabe.

Hartzaileak ustezko baimena eman badu (aldeztatik izandako merkataritza-erlaziotik eratorria), berriz, enpresaburuak aurkeztu behar dio hartzaileari errebokatzeko aukera, datuak helburu komertzialarekin edo publizitatean erabili nahi badira. Hori dela-eta, hartzailearen datuak jasotzen direnean edo bidaltzen zaion merkataritzako mezu bakoitzean aukera sinple eta erraza eman behar zaio hartzaileari ustezko baimen hori errebokatzeko. Hori egin ezean, hartzailearen datuak erabili baitaitezke merkataritzako helburuarekin (GIZL-LSSI 21.1 artikulua *in fine*).

198. Entzutegi Nazionalaren Epaiak, 2007ko azaroaren 14koak, mezu publizitarioen hedapena onartu arren hartzaileek aldeztatik baimena eman zutelako, ez zuen onartu hedapen horren zilegitasuna Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legeak emandako baimena errebokatzeko sistema ezartzearen inguruan jaso ez zelako komunikazio horretan (GIZL - LSSI 21. artikulua).

Halaber, publizitatearen merkataritzako izaera agerian uzteko asmoz (publizitatearen identifikazio edo egiazkotasun-printzipioa —PLO 9. artikulua—), legegileak beste betekizun batzuk ere jaso ditu araudian. Batetik, posta elektronikoz hedatzen diren mezu orok agerian utzi behar dute merkataritzako izaera mezuaren hasieran *publi* edo *spam* hitza agertuz, eta bigarrenik, mezu hori bidali duena erraz identifikatzeko aukera eman behar du, pertsona fisikoa zein juridikoa izanik (GIZL-LSSI 20.1 artikulua *in fine*).

Publi edo *spam* hitza mezuaren hasieran azalduko da edo mezuaren gaia jasotzen duen atalean. Doktrinak auzian jarri du egiazkotasun-printzipioa betetzea *publi* edo *spam* hitzak erabiliz, hala ere, eskuarki, onartu egin da. Izan ere, hitz bi horien helburua da hartzaileak berehala identifikatzea mezuaren merkataritza-izaera eta hori egoki betetzen dute. Beraz, ontzat ematen den jokaera da (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 220).

Posta elektronikoz hedatzen diren publizitate-kanpaina guztiek, Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legearen arauak betetzeaz gain, bete behar dute une oro pertsonaren datu-babeserako legeria. Hori dela-eta, Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legeak gogoratzen du merkataritzako mezuaren hartzaile-profila eratzeke unean, publizitate-mezuak kontuan hartu beharko dituela izaera pertsonala duten datuak (Datuen Babeserako 15/1999 Lege Organikoa, abenduaren 13koa —DBLO—). Datu horiek zerikusia dute hartzaileen datuak eskuratzeko ekintzarekin eta datuetako fitxategiak eratu eta gordetzearekin.

Gai hau zeharkakoa bada ere, egokia iruditzen zaigu datuen trataerari dago-kion aipamena egitea. Izan ere, Datuen Babeserako 15/1999 Lege Organikoak eskatzen du datuen trataerarako (besteak beste, posta elektronikoz hedatzen direnak) baimena beti espresuki eman behar dela. Hau da, emaileak baimena emango du beti askatasunez, zalantzarik gabe, zehazki eta ongi informaturik (DBLO 3. eta 6. artikulua). Bi hitzetan esanda, beti espresuki emango da. Hori kontuan izanik, hartzaileak enpresaburuari posta elektronikoz bidaltzeko ustezko baimena eman badio ere harreman komertziala izan dutenean, horrek ez du kentzen datuak helburu komertzialarekin erabili nahi badira, baimena espresuki jaso behar ez duenik. Beraz, pertsonaren datuak geroago erabili nahi direnean helburu komertzialarekin, jaso beharreko baimena espresuki jasoko da. Hori egin ezean Lege Organikoa urratu egiten baita.

Beraz, merkataritzako mezuak bidal daitezke hartzaileen alde z aurretiko baimena gauzatzen denean edo baimenik gabe, baldin eta datuak iturri publikoetatik jaso badira. Hala ere, datu horien trataera ezin izango da egin, datu horiek ezin dira publizitaterako erabili hartzaileak horretarako baimena eman ez badu (Navarro, 2010: 110)¹⁹⁹.

199. Entzutegi Nazionalaren 2007ko urriaren 3ko Epaia Espainiako Datu Babeserako Agentziak ezarritako isun baten aurkako erabakia onetsi zuen. Izan ere, nahiz eta datu horiek abokatuen zerrenda publiko batetik jasota izan, zerrenda horretan jasotzen ziren datu horiek ezin dira helburu komertzialarekin erabili mezuaren hartzailearen alde z aurretiko baimenik gabe (DBLO 3. artikulutik 6. artikulura).

Hainbat baliabide telematikoz bidalitako mezu laburrak (sms eta mms), eskatu ez diren arren

Hainbat baliabide telematikoz bidaltzen diren merkataritzako mezu laburrek (*sms*) eta multimedia-baliabideak erabiliz bidaltzen direnek (*mms*), *spam* delakoarekin batera, kategoria juridiko berbera osatzen dute.

Horrek eramaten du trataera juridiko berbera aplikatzera. Beraz, Gizarte Informazio Zerbitzuen Legearen 21. artikulua araber, debekatuta egongo da publizitate edo sustapen-mezuak bidaltzea baliabide telematiko desberdinez, mezu horien hartzaileek aldezturik eskaera gauzatu ez badute edo hartzaileek mezu horiek jasotzeko baimena eman ez badute. Beraz, *spam* delakoarentzat aipatu dugun bezala, horrelako mezuak bidaliko dira baldin eta hartzaileak baimena espresuki eman badu. Posta elektronikoz bidalitako publizitatearen erregulazio berbera aplikatuko zaio.

Hori dela-eta, *sms* eta *mms* mezuak jasotzeko nahia ez badago eta, hala ere, jasotzen badira etengabe eta errepikatuz, jokaera hori jazarpena litzateke eta, horren ondorioz, desleialtzat jotzen da (LDL 29. artikulua) (Tato, Hernández eta Herrera, 2010: 226-227).

c) Telefonoz eta faxez bidalitako publizitatea (*spam* telefonikoa)

Lehen esan dugu azken urte hauetan publizitatea bidaltzeko teknika berezi bat zabaldu dela bai telefonoz baita faxez ere, publizitatea egiteko era honi *spam* telefonikoa esan ohi zaio. Kontua da, publizitate mota honek ez duela publizitate telematikoak duen izaera berbera. Beraz, horrek esan nahi du azken publizitate forma horren erregulazioa ezin zaiola aplikatu. Hau da, ezin zaio aplikatu Gizarte Informaziorako Zerbitzuen Legeak posta elektronikoz gauzatzen den publizitaterako ezartzen duen araudia (GIZL-LSSI 19. artikulua).

Lehiaketa Desleialaren Legea erabat eraberritu zuen 29/2009 Legeak, berriz, ordenamendu juridikoak zuen hutsunea bete egin zuen eta desleialtzat jo zuen jokaera hau: «Nahi ez diren eskaintzak egitea telefonoz, faxez, posta elektronikoz edo urrutiko komunikazioetan, legeriak onartzen dituen kontratuaren eskakizunak betetzeko egiten direnean izan ezik» (LDL 29.2 artikulua).

Lehiaketa Desleialaren Legeak aurreko jokaera hori zigortu arte (2009) horrelako portaerak maiz agertzen ziren. Ohikoa zen telefono-konpainiek, banku-etxeek eta aseguru-entitateek etxetara deitzea beren zerbitzuak eta produktuak eskainiz. Dei horiek, eskatzen ez ziren arren, etengabe egin ohi ziren oso egokiak ez ziren orduetan. Beraz, oso gogaikarriak ziren eta dira kontsumitzaile gehienentzat. Horretaz gain, maiz egiten ziren familiaren aisialdiko edo atsedendaldiko garaietan (larunbat arratsaldeko lehenengo orduan edo gauez). Halaber, zaila zen deia

diskriminatzea, «zenbaki pribatua» delako lokuzioa erabiltzen baitzen (Leñena eta Iráculis, 2010: 113).

Aurreratu dugun bezala, *spam* elektronikoa erregulatuta egon arren (Merkataritza Elektronikorako eta Gizarte Informaziorako Zerbitzuen 34/2002 Legearen 21. artikulua), *spam* telefonikoa ez zegoen araututa. Hemendik aurrera, aldiz, Administrazioak, Kontsumo Institutu Nazionalaren (INC) edo autonomia-erkidegoetako baliokide den erakundearen bitartez (Euskadin, *Kontsumobideren* bitartez), jokaera horien kontrako akzioak aurkaratu ditzake horrelako jokaerak gauzatzen dituzten enpresabuen kontra eta borondatez eteten ez dituztenen aurka. Halaber, kontsumitzaile eta erabiltzaileen babeserako elkarteek ere tartekatuta ditzakete akzio horiek (LDL 33.3 artikulua).

Spam telefonikoa erregulatzeak enpresaburuari betebeharrak ezarri dizkio. Besteak beste, enpresaburuek eta merkatariek kontsumitzaileari telefonoz egiten dizkieten merkataritzako eskaintzetan egindako eskaintza errefusatzeko baliabide erraz eta eraginkor bat eskaini beharko diote. Era berean, eskaintza horiek beti telefono identifikagarri batetik egin behar dira, ezkutuko telefonoak («telefono pribatua» lokuzioa) ez dira onartzen. Izan ere, telefono-deiaren hartzaileak eskubide osoa dauka dei hori arbuiaitzeko eta horrek eskatzen du, halabeharrez, telefono identifikagarri batetik deitzea (LDL 29.2 artikulua).

Argi dago hartzaileak errefusatzeko duen eskubide hori gauzatzeak eskatzen duela baliabide egokiak jartzea, betiere kontuan hartuz mezua zabaltzeko erabili den hedabidea. Hau da, telefonoz, faxez, posta elektronikoz edo urrutiko beste baliabide telematikoz. Hori aintzat hartuz, eskaintza ez dela onartzen jasotzeko baliabide hauek erabil daitezke: grabazioak, idatziak, eta abar. Batzuetan, enpresaburuak oposizioa idatziz adieraztea eskatzen du eta jaso denaren egiaztagiria eskuratzeko aukera ere ematen du.

Telekomunikazio 32/2003 Lege Orokorrak, azaroaren 3koak, eta Merkataritza Txi-kien Komertzioa antolatzeko 7/1996 Legeak, urtarrilaren 15ekoak, telefonoz, faxez edo pareko beste baliabide batez egiten den publizitatea erregulatzeko irizpideak ematen dituzte, baldin eta eskaintza horiek egiteko pertsona fisikoek parte hartzen ez badute edo baliabide mekanizatuak soilik egiten badira. Bi arau horietan publizitatea zilegi izango da, baldin eta hartzaileak aurretik baimena eman badu (*opt in* sistema).

Publizitate-eskaintzak telefonoz, faxez edo pareko beste baliabide batez egiten direnean eta pertsona fisiko batek parte hartzen duenean, komunikazio horrek ez du hartzailearen baimena behar izango. Hala ere, merkataritzako komunikazio horiek errefusatzeko baliabide erraz bat ahalbidetuko da (*opt out* sistema) (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 226-227). Batzuetan, Datuen Babeserako 15/1999 Lege Organikoaren eraginez, merkataritzako publizitatea jasotzeko aurreko baimena ere eskatu beharko da. Telefono-zenbakia datu pertsonala denez, horren trataerak hartzailearen baimena beharko du.

Beraz, esan beharra dago Lehiaketa Desleialaren Legearen 29. artikulua jasotzen dituen jokaera desleialak interpretatu behar direla jokaera horien inguruko legeriak ezartzen duena kontuan hartuz, besteak beste, lege hauek hartuko dira aintzat: Datu Pertsonalen Babeserako Legea, Merkataritza Elektronikorako eta Gizarte Informazio Zerbitzuen Legea eta telekomunikazio eta urrutiko kontratazioaren erregulazioa, finantza-zerbitzuena barne (LDL 29. artikulua *in fine*).

Gaur egun, *spam* telefonikoa eta eskatu ez den publizitatea *faxez* bidaltzen denean, Administrazioak (Konsumo Institutu Nazionala —INC—), pareko instituzioek autonomia-erkidegoetan eta kontsumitzaileen eta erabiltzaileen babeserako elkarrekin auzitegira jo dezakete eta akzio bat tartekatu jokaera erasotzaile horien sustatzaileen aurka (LDL 33.3 artikulua).

d) Urrutiko baliabideen bidez egindako publizitatea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 29.2 artikulua jokaera erasotzailatzat jotzen du urrutiko beste baliabideen bidez egiten den merkataritzako komunikazioa, baldin eta arauak berak ezartzen dituen betebeharrak betetzen ez baditu.

Aipatu dugun artikulua horretan, dena den, Lehiaketa Desleialaren Legeak Merkataritza Elektronikoa eta Gizarte Informazio Zerbitzuen Legeak jasotzen duen egitate berbera erregulatu arren, Lehiaketa Desleialaren arauak desberdin eratzen du balizkoa. Hau da, Gizarte Informazio Zerbitzuen Legeak, urrutiko baliabideez publizitatea bidali baino lehen hartzailearen baimena eskatzeko agindua jasotzen du (*opt in* sistema), baina Lehiaketa Desleialaren Legeak, berriz, erasotzailatzat joko du jokaera, baldin eta hartzaileak errefusatu badu eta, hala ere, etengabe bidali bazaio (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 229-230).

Desberdintasun horren arrazoiak lege bi horien helburuetan dago. Izan ere, Lehiaketa Desleialaren Legeak, zuzenean edo zeharka, kontsumitzaileen interesak defendatzea du helburu. Hori kontuan izanik, zigortzen du nahi ez den publizitatea etengabe bidaltzea. Jokaera horrek kontsumitzailearen portaera ekonomikoa aldarazi baitezake. Gizarte Informazio Zerbitzuen Legeak, aldiz, kontsumitzaile horien pribatutasuna babesten du, horregatik babesa zorrotzagoa da.

Ikuspegi hau agerian uzten da Lehiaketa Desleialaren Legearen 29. *in fine* artikuluan, zeinean esaten den urrutiko merkataritzako publizitatearen hedapena erasotzailea izan daitekeela ez bakarrik arauak jasotzen dituen baldintzak betetzen ez dituelako, baizik eta datuen babeserako legeriak eta gizarte-informazio zerbitzuen legeriak jasotzen dituztenak errespetatzen ez dituelako.

10.2.3. Umeenganako jokaera erasotzaileak

Lehiaketa Desleialaren Legearen 30. artikulua umeenganako jokaera erasotzailatzat jotzen du hau: «Umeei bideratuta doan publizitatean aholku zuzena

egitea produktu jakin bat eros dezaten edo beren gurasoak konbentzitu ditzaten produktua erosteko».

Adituek, hala ere, esaten dute umeenganako artikulu horrek bi jokaera erasotzaile desberdin jasotzen dituela. Batetik, zuzeneko agindua egitea, umeek hainbat produktu erosteko edo hainbat zerbitzu erabiltzeko. Eta bestetik, umeak konbentzitzeko adierazpenak egitea beren gurasoengan eragin dezaten, horiek sustatzen diren produktuak erosteko edo eskaintzen diren zerbitzuak erabiltzeko. Hori kontuan hartuz, lehenengo jokaera jazarpena litzateke, eta, bigarrena, aldiz, eragin bidegabea (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 235).

a) Umeei bideratuta doan merkataritzako jokaeran zuzeneko aginduak egitea produktu bat erosteko edo zerbitzu bat erabiltzeko

Umeak, beren sineskortasuna dela medio, oso manipulatzeko errazak dira eta, aipatu dugun bezala, merkataritzako jokaera bat zilegi izan daiteke eskuarki, baina talde ahul (kaltebera) bati zuzentzen zaionean ez-zilegi suerta daiteke. Izan ere, umeen kasuan bezala, hauek beren edadeagatik eta eskarmentu faltagatik ez dute helduek adina baliabide merkatariek eta enpresaburuek hedatzen dituzten mezuen edo jokaeren presioari aurre egiteko.

Ikus-entzunezko Komunikazioaren 7/2010 Lege Orokorrak (IEKLO), martxoaren 31koak, debekatu egiten du telebistako mezuetan umei zuzeneko aginduak bidaltzea produktu bat erosteko edo zerbitzu bat erabiltzeko (7. artikulua). Debeku hori, aldiz, bakarrik telebistaz hedatutako merkataritzako mezuei egiten die erreferentzia. Beraz, Lehiaketa Desleialaren Legearen 30. artikulua jasotzen duen debekuak garrantzi handia du, gainerako hedabideen bidez bidalitako mezuek ere tipoaren barruan sartzen dituelako. Era berean, Publizitatearen Lege Orokorraren 3.b artikulua ere neurriko garrantzia du. Izan ere, arau horren arabera, debekatu egiten da umei bideratuta doan publizitatea, zeinaren bidez zuzeneko agindua egiten zaien produktu bat erosteko edo zerbitzu bat erabiltzeko. Debekatuta egongo dira, baita ere, umeak gurasoak konbentzitzen irudikatzen dituzten irudiak (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 236).

Bestalde, aipatu beharra dago jokaera desleiala izango dela, baldin eta umei zuzenduta badago. Horrela ez bada, ez da arau honen balizkoetan sartuko. Hiru irizpide erabiliko dira zehazteko zuzenean umei zuzendutako merkataritza-jokaera den: produktuaren izaera edo zerbitzuaren izaera bera; merkataritza-mezuaren diseinua eta ezaugarriak eta, azkenik, mezuaren hedapenerako erabilitako bidea (irriti edo telebistako umeen saioak).

Hori guztia kontuan hartuz, Lehiaketa Desleialaren Legearen 30. artikulua debekatu egiten ditu aginduzko hizkuntza-esamolde hauek: «erosi», «bilduma egin», «denak lortu», «etorri», eta abar. Aitzitik, aditz jokatuaren espresio hauek ez lirateke debekuan sartuko: «bilduma egin dezakezu», «denak lortu ditzakezu». Era berean, ez

dira debekatuko erostera bultzatzen ez dituzten adierazpenak: «goza ezazu», «ondo pasa», «jokatu», «informa zaitez», eta abar (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 236).

Jokaera hauen inguruko adibidea, hau daukagu: umeei zuzendutako merkataritzako mezuetan hau bezalako agintezko lokuzioak erabiltzea: «Bideoa eros ezazu!». Horrelako aginduak erabiltzeak umeenganako merkataritzako jokaera desleial bihurtu dezake. Kasu honetan, aurreko adibidean bezala, umea ez da zeharkako preskriptorea, erosteko zuzeneko agindua bidaltzen baitaio. Horrelakoetan, enpresaburua umeen inozentziaz edo heldutasunik ezaz aprobetxatzen ari da, ondo baitaki, umeek beren heldutasun faltagatik produktua errazago eros dezaketela.

b) Umeei bideratuta doan merkataritzako jokaeran adierazpenak egitea, umeak konbentzitzeko beren gurasoengan eragin dezaten, horiek sustatzen diren produktuak erosteko edo eskaintzen diren zerbitzuak erabiltzeko

Esan den bezala, merkataritzako jokaera hau eragin bidegabekoa litzateke. Jokaera hauen balizkoak eskatzen du botere-erlazio bat izatea. Adituek edozein mendekotasun-erlazio sartzen dute tipotan, baldin eta pertsona batek bestearengan eragiteko gaitasuna badu. Hori kontuan izanik, esan dezakegu Lehiaketa Desleialaren Legearen 30. artikulua eragin bidegabeko kasu bat debekatzeko duela.

Lehiaketa Desleialaren artikulua horrek debekatzeko du umeei bideratutako merkataritzako jokaeran (publizitatean) adierazpenak egitea, beren gurasoak konbentzitu ditzaten, produktua erosteko edo zerbitzua erabiltzeko. Artikuluaren esanahi literalari jarraituz, «adierazpen» hitza erabiltzen du, ez du ezer esaten irudiei buruz. Dena den, lehen esan den bezala, arau hau interpretatu behar da Publizitatearen Lege Orokorrarekin batera eta arau horren 3.b artikulua dio umeei bideratutako publizitateak ezin dituela zuzeneko aginduak helarazi umeek edo beren gurasoek produktu jakin bat eros dezaten, berdin da aginduak adierazpenen bidez ematea, irudien bidez edo musikaren bidez, publizitate hori ez-zilegia baita.

Horrekin lotuta, aipatu beharra dago Lehiaketa Desleialaren Legeak jasotzen duela printzipio orokor hau: «Ez-zilegia den publizitatea desleiala era bada» (LDL 18. artikulua). Beraz, umeei bideratuta doan publizitatean, bai adierazpenen bidez, bai irudien bidez, zuzeneko edo zeharkako aginduak helarazten bazaizkie produktu bat kontratatzeko helburuarekin, jokaera hori desleiala izango da.

Hori dela-eta, iragarki erakargarri bat bideratzen bazaie, oso ezaguna den film baten pertsonaiaekin eta irudiarekin batera, eta mezu hau aurkezten bazaie: «Bideoa dendetan dago, esaiozu zure aitari gertuen dagoen dendan erosteko», jokaera hori erasotzailea izango da, zeharkako agindu bat erabiliz, eragin bidegabekoa gauzatzen duelako²⁰⁰.

200. Gaur egun, umeen interesak babesteko legerian pertsonaia ospetsuen irudiak erabiltzea umeen produktuak sustatzeko mugatuta dago. Helburu hori dauka PAOS Jokaera Oheko Kodeak. Kode horrek debekatu egiten du (13. artikuluan) pertsonaia ospetsuen irudiak erabiltzea umeen elikagaiak sustatzeko.

10.2.4. Beste jokaera erasotzaile batzuk

Lehiaketa Desleialaren Legeak 2005eko Jokaera Desleialen Zuzentarauaren *Zerrenda Beltzetik* hainbat jokaera erasotzaile ere jaso zituen (LDL 31. artikulura).

Jokaera horiek hauek dira: a) aseguru-kontratu batetik eratorritako eskubideak egikaritzeko aurkako jokaera erasotzailea (LDL 31.1 artikulua), b) eskatu ez den eta bidaltzen den produktu baten inguruan gauzatutako jokaera erasotzailea (LDL 31.2 artikulua), c) enpresaburuaren ogibidea eta etorkizun profesionala kontsumitzailearen jokabidearekin erlazionatzea (LDL 31.3 artikulua).

Pasa gaitezen banan-banan aztertzeraz.

a) Aseguru kontratu batetik eratorritako eskubideak egikaritzeko aurkako jokaera erasotzailea

Esan dugun bezala, Zuzentarauaren *Zerrenda Beltzetik* eratorritako lehenengo jokaera erasotzailea hau da, aseguru-kontratu batetik eratorritako eskubideak egikaritzeko aurkako jokaera erasotzailea: «Jokaera erasotzailea izango da, kontsumitzaile edo erabiltzaile bat aseguru-kontratu bati buruzko erreklamazioa tartekatu nahi duenean, bai hartzaile izaera duenean, bai onuraduna edo kaltetua denean, eta enpresaburuak derrigortzen duenean zentzuzkoak eta beharrezkoak ez diren dokumentuak aurkeztera, ezbeharrak justifikatzeko edo jasotako gastuak zuzartzeko. Erasotzaileak joko da ere enpresaburuak postari ez erantzuteko jokaera, asegurudunak bere eskubideak ez egikaritzeko helburuarekin» (LDL 31.1 artikulua).

Aseguruek indemnizazio edo kalte-ordain printzipioari erantzuten diote. Hori dela-eta, aseguratuak ezin du irabazi bidegabea eduki eta izan duen kaltearengatik ezin du kobratu gehiago galdu duena baino. Horren ondorioz, aseguratzailerak ezbeharrak sortutako kalteak baloratu egin behar ditu. Ezbeharrak sortutako kalteak ordaintzeko beharko du adituek egindako kalteei buruzko ebaluazioa edo txostena.

Aseguru-legeriak aseguratzailerari ezbeharraren kaltearen ebaluazioa eta balorazioa eskatu arren, aseguratuari ebaluazio horretan bere lankidetzaz ere eskatzen dio. Hori kontuan izanik, aseguratzailerak eska diezaioke aseguratuari bere esku duen dokumentazio baliagarri guztia, ezbeharraren ondorioak ahalik eta ondoen finkatzeko. Hala ere, Legeak aseguratzailerari eskatzen dion dokumentazio-eskaera horrek neurrikoa izan behar du eta bakarrik eskatu behar dizkio ezbeharraren ondorioak neurtzeko agiriak, eta ez aseguratuarentzat aurkeztea zaila edo ezinezkoa dena, bere eskubidea ez egikaritzeko helburuarekin.

Argi dago neurriko eskaeraren printzipioa kasuaren ezaugarrien menpe egongo dela. Baita aseguru mota, aseguratuak kontratatu duen arrisku-maila, eta, hitz batez, ezbeharraren ezaugarrien menpe ere. Beraz, aseguratzailerak hau guztia hartu beharko du kontuan erabakitzeko neurriko dokumentazioa edo gehiegizkoa eskatu dion aseguratuari, honek bere erreklamazioa atzera egin ez dezan (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 243-244).

Jokaera horren adierazle, honako adibide hau dugu. Asegurudunak jasandako lapurreta baten inguruko erreklamazioa egiten dionean enpresaburu aseguratzailerari, honek erreklamazioarekin zerikusia duten objektu eta ondasun guztien fakturak aurkeztea. Eskaera hori gehiegizkoa litzateke, eta horren ondorioz, desleial.

Era berean, Lehiaketa Desleialaren Legearen 31. artikulua *in fine* eskatzen dio aseguratzailerari aseguratuak burutzen duen komunikazio orori erantzutea. Hau da, ezbeharra gertatzen denetik asegurudunak aseguratzailerarekin kontaktatzeko gauzatzen duen komunikazioari erantzun beharko dio, eta ezin du komunikazio hori ekidin aseguraturik gogaitzeko eta horren ondorioz bere erreklamazioa bertan behera uzteko. Aseguratzaileraren betebeharra ezbeharra gertatu den unetik sortuko da.

Arauak asegurudunaren komunikazioa «posta» hitzarekin identifikatzen du, baina adituak bat datoz esatean termino horren interpretazioak zabala behar duela izan, eta postaz egindako komunikazioaz gain, urrutiko edozein baliabidez egindakoa ere sartuko litzatekeela kontzeptu horren barruan. Hau da, faxez egindakoa, posta elektronikoz, eta abar (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 245-246).

b) Eskatu ez den eta bidaltzen den produktu baten inguruan gauzatutako jokaera erasotzailea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 31. artikulua bigarren paragrafoan, aldiz, beste jokaera erasotzaile bat jasotzen da, zeinaren bidez enpresaburuak eskatzen duen berehalako ordainketa edo ordainketa atzeratzea, kontsumitzaileak eskatu ez duen baina bidali zaion ondasun edo zerbitzu batengatik, enpresaburuak jokoan dauden produktuak edo zerbitzuak hornitzeko indarrean dagoen legeak jasotzen dituen eskakizunak gauzatzeko denean salbu.

Espainiako ordenamenduan debekatuta dago eskatu ez diren produktuak kontsumitzaileei bidaltzea, horrek ordainketa bat eskatzen duenean (Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorren Testu Bateratuaren 100.1 artikulua —KEDLOTB—). Hori eginez gero, kontsumitzailea ez da behartuta egongo jaso dituen produktu horiek itzultzeraz. Era berean, ezin izango zaio horien prezioa eskatu. Hori guztia, jokaera horrek ekar dezakeen zigor administratiboa kaltetu gabe.

Beraz, Lehiaketa Desleialaren Legeak kontsumitzaile eta erabiltzaileen interesak babesteko araudiak ezartzen duena indartzen du. Horren ondorioz, enpresaburuak ezin dio inolaz ere eskatu ez zaion produktu bat kontsumitzaileari bidali eta gero produktu hori gordetzeko, ordaintzeko edo itzultzeko eskatu. Kontsumitzaileak eskatu ez duen produktu bat itzultzeko eskatzea lekuz kanpo dago; izan ere, harentzat kostu bidegabe bat eratortzen du.

Jokaera hori erasotzailea litzateke. Hala ere, enpresaburuak, urrutiko salmentaren legeria beteaz, bidal diezaioke kontsumitzaileak eskatu ez duen zerbait²⁰¹, baldin eta aldeztu aurretik adosten badu, erosleak eskatu duen produktua egon ezean,

201. Kontsumitzaileak eskatu ez dituen katalogoak bidal ditzake.

ordezko bat (antzekoa edo kalitate hobeagokoa) bidaltzeko aukera (KEDLOTB 105. artikulua). Edonola ere, ordezko produktua jasotakoan, urrutiko legeriak jasotzen duenaren arabera, kontsumitzaileak atzera egiteko eskubidea gauzatu dezake eta produktuaren erosketari uko egin. Horrelako kasuetan, enpresaburuak kontsumitzaileari ordaintzeko eskatuko balio, jokaera hori erasotzailea litzateke. Edonola ere, kontsumitzaileak bidali zaion produktua itzultzeko betebeharra izango luke, itzultzeko gastuak saltzailearen kontura izanik. Kasu honetan, enpresaburuak itzulpena eskatzeko burutu dezakeen jokaera ez litzateke desleiala izango.

Kontsumitzaileak atzera egiteko eskubidea egikaritzen ez badu, ordea, produktua ordaindu egin beharko du eta ordaintzen ez badu, enpresaburuak ordaintzeko gauzatu dezakeen eskaera ez da desleiala izango (KEDLOTB 101. artikulua) (Tato, Fernández eta Herrera, 2010: 246-247).

Jokaera erasotzaile horren adibidea Autocontrol Elkarteko Epaimahaiak 2009an emandako erabakia daukagu. Kontsumitzaile batek erreklamazio bat aurkaratu zuen *Telefónica Móviles España, S.A.U.* enpresaren aurka horrek hedatutako publizitatearengatik. Erreklamazio-jartzaileak mezu hau jaso zuen: «Movistar Info: Movistarrek Yavoy oparitzen dizu, deitzen dizutenek ondo pasa dezaten. Produktu hau nahi ez baduzu, bidal ezazu doako mezu bat “bajavoy” idatziz ondoko telefono zenbakira 4749. Hemendik 30 egunetara zerbitzua berritzeak balio du: 0,6 zentimo + IVA».

Epaimahaia merkataritzako jokaera horren aurka atera zen. Erabakia arbuiatzeko esan zuen jokaerak merkaturako fede onaren printzipioa urratu zuela. Izan ere, eskatu ez zen zerbitzu batengatik erabiltzaileari egiteko eginbeharra ezarri zion. Horretaz gain, onartzen bazuen, handik epe batera kostu ekonomikoa ere izango zuen. Beraz, jokaera desleialtzat jo zuen Jokaera Oneko Kodearen 4. artikulua eta *Confianza Online Kodearen* 3. artikulua aurkako jokaera izan zelako.

c) Enpresaburuaren ogibidea eta etorkizun profesionala kontsumitzailearen jokabidearekin erlazionatzea

Lehiaketa Desleialaren Legearen 31.3 artikulua hirugarren jokaera erasotzailea da hau, enpresaburak kontsumitzaileari esaten dionean horren kontratazioa zerikusia duela bere negozioaren etorkizunarekin, eta produktua edo zerbitzua erosten ez badu, enpresariaren eta bere familiaren janaria eta mantenua arriskuan eror daitezkeela.

Arau honen gaitzespen juridikoak merkaturako printzipio orokor batean du oinarri. Izan ere, merkaturako saltzeko sentimendu irrazionalak erabiltzea (gupida, beldurra, xenofobia, etab.), zerikusirik ez dutenak eskaintzen diren produktuen ezaugarriein, *per se*, desleialak dira (Massaguer, 2006: 134)²⁰².

202. Arrazoi bera erabili zuen Autocontrol Elkarteko Epaimahaiak 2003ko erabakian, irailaren 19koan (Damm-«Estrella del Sur»).

Oinarrian horrelako jokaera bat erasotzailea da derrigortze bat ekartzen duelako. Kontsumitzaileari egoera txar bat aurkezten zaio, zeinaren bidez berak produktua erosiz gero egoera oker hori ekidin dezakeen. Dena den, adituek aipatzen dute horrelako jokaerak erasotzaileak izango direla, baldin eta espresuki bideratzen badira. Jokaerak iradokizuna erabiltzen badu, ez litzateke erasotzailatzat joko. Horrelako jokaera baten aurrean zalantzarik egonez gero, Lehiaketa Desleialaren Legearen 8. artikulua aukera egongo litzateke arazoari konponbidea emateko (Tato, Fernández eta Herrera, 2012: 49).

Laugarren atala

Kontrol judiziala eta
autorregulazioa

11. Publizitate ez-zilegiaren kontrol judiziala: lehiaketa desleialaren aurkako ekintzak

11.1. SARRERA

29/2009 Legeak eragindako erreformak bere bertuteen artean du publizitate ez-zilegiaren eta lehiaketa desleialaren aurrean xedatutako lege-ekintzen erregimenaren bateratzea. Publizitate ez-zilegitasunak, oro har, konkurrentzia-haustetza hartzen dira eta Publizitatearen Lege Orokorren prozesu-konponbideen berezko erregulazioa ezabatzen da.

Publizitatearen Lege Orokorrak, 6. artikuluan berrian, igortzen du orain —hobetu daitekeen irizpide teknikoarekin, eta emakumearen irudiaren publizitate iraingarri edo diskriminatzailearen aurrean legitimazio aktiboaren erregimena salbu— Lehiaketa Desleialaren Legearen IV. Kapitulura, publizitate-ordenamenduaren babes jurisdikzionalarekin zerikusia duen guztiarentzat, haren kaltea konkurrentzia-ordena osasuntsuaren urratzetza hartzen baita.

Horrekin, Publizitatearen Lege Orokorrean eta Lehiaketa Desleialaren Legean prozesu-erregulazioaren baterako existentziak eragiten zituen sistematika eta arau-koordinazio arazo larrietako batzuk, eremu horretan jurisprudenzian eta doktrinan adieraziak, gainditzen dira, baterako existentzia horrek, lehiaketa desleialaren ekintza gisa aldi berean kalifikatzeko egokiak ziren publizitate-hauste suposamenduen aurrean babes judiziala sustatzeko, bide bikoitza eta bereizia bideratzen baitzuen²⁰³. 29/2009 Legetik aurrera, operadore juridikoak, Lehiaketa Desleialaren Legearen 32. artikulutik 36. artikulura aurkituko ditu lehiaketa desleialari aurre egiteko lege-ekintzen erregimena osatzen duten arau berezi bakarrak, Prozedura Zibilararen Legearekin batera, publizitate ez-zilegia lehiaketa desleialaren parte eta adierazpen bezala bete-betean sartuz.

Publizitate ez-zilegia kontrolatu eta berresten duten prozedurazko arauak Lehiaketa Desleialaren Legearen 32. artikulutik aurrera agertzen dira adierazita; baina autodiziplina-organoek egin dezaketen publizitatearen borondatezko kontrola alde batera utzi gabe. Ildo horretatik segituz, legez kontrako publizitate horren inguruan

203. Egoeraren laburpena ikus daiteke, adibidez, Madrilgo Entzutegi Probintzialaren 2008ko urtarrilaren 24ko epaian, Auzitegi Gorenak, haren 2005eko uztailaren 4ko epaian ezarritako doktrinan oinarrituz, ekintzen pilaketaren tesiaren alde erabakitzen duelarik azkenean, arau-pilaketa baten aldeko interpretazioaren aurrean, hainbat ebazpenetan eusten zena.

sor daitezkeen eztabaidak ebaztea jurisdikzio arruntaren eskumena da. Legegileak hala badio ere, egiazki, legez kontrako publizitatearen kontrola ez da amaitzen jurisdikzio zibilaren organoen aurrean; izan ere, erantzukizun administratiboaren zein erantzukizun penalaren arloan koka daiteke publizitate ez-zilegia.

Alde batetik, zenbait kasutan, erantzukizun administratiboa eragiten du publizitate ez-zilegiak, eta Administrazio Publikoen organoek ebazten dute administrazio-auzibideen bitartez eta, bukaeran, zigor bat ezartzen da legeak dioenaren arabera, isun bat gehienetan. Publizitate-jarduera dela-eta, Publizitatearen Lege Orokorrak ez du zuzenean xedatzen inolako zigor administratiborik; zeharka, berriz, bai, 5.6 artikuluan jasota baitago arau-haustetzat joko dela aurretiko ataleko produktuen, ondasunen, jardueren eta zerbitzuen publizitatea arautzen duten erregulazio bereziak ez betetzea. Hala dio, Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileen Defentsarako Lege Orokorraren Onarpenerako testu bateginak zein Osasun Lege Orokorrak.

Bestalde, badaude berez delitu- edo hutsegite-figuraren bat diren zenbait legez kontrako ekintza ere. Indarrean dagoen Zigor Kodearen 282. artikuluan, nolabaiteko erantzukizun penala eragiten duen publizitate engainagarriaren delitua tipifikatzen da, eta zigorra ezartzea dakar berarekin.

Hala eta guztiz ere, araudi pribatuan, erantzukizun zibila besterik ez da agertzen, hau da, ez dakar berarekin inolako zigorrik ezta administrazio-zigorrik ere. Eta, eskuarki, erantzukizun zibil horren arabera, erantzuleak kalte-ordain ekonomikoa ordaintzen dio biktimari, jasandako kaltea konpentsa dadin. Hala ere, kalte moralak konpentsatzeko aukera ere badago, adibidez, ohorearen, intimitatearen eta norberaren irudiaren eskubidea urratzen baldin bada. Kaltea konpentsatzeko kalte-ordainez gain, biktimarentzat, interes handikoa da legez kontrako ekintza etetea eta etorkizunean berriro ez gertatzea.

Publizitate ez-zilegiari dagokionez, ez da normala biktimek zenbatu daitezkeen kalte ekonomikorik jasotzea, eta, nolanahi ere, norbera kaltetua izan dela argudia daitezkeen arren, ez da erraza publizitatearen ondorioz gertatutako kaltearen zenbatekoa zehaztea. Gainera, kalte-ordain egokia finkatzeko ezinbestean kaltearen zenbateko zehatza finkatu eta legez kontrako ekintzaren eta kaltearen arteko kausalitate-lotura zehaztu behar denez, kalte-ordainek berek garrantzia galtzen dute, eta iragarleak publizitate ez-zilegia geldiarazteko eta berriro horrelakorik ez hedatzeko ahaleginak hobesten dira.

Lehiaketa Desleialaren Legera bueltatuta berriz, esan beharra dago, legearen aurreko 18. artikuluekin parekotasunak argi ikusten diren arren, Lehiaketa Desleialaren Legearen 32. artikulua berriak zenbait desberdintasun eta arau-xehetasun erakusten dituela. Prozesu-konponbideen zerrenda baten bitartez, *numerus clausus* bezala, 32. artikulua aurreikusten du, oinarrian, bere aurreko arauak xedatzen zituen ekintza berberen erabilera bide judizialean (desleialtasunaren deklaratzaila, etetearena edo debekatzearena, jokaera desleialak eragindako efektuak kentzearena,

zuzentzearena, kalte-galeren ordaintzearena eta bidegabeko aberastearena). Lan honetan azpimarratuko ditugun ekintzak etetearena, zuzentzearena, eta eragindako efektuen kentzearena izango dira, gehi osagarritzko babes-tresna bat, hain zuzen, epaia argitaratzearena.

11.2. EKINTZA DEKLARATZAILEA

Ekintza deklaratzailaren objektua da demandatuaren jokaera baten azterketa, demandatzaileak eskatuta, eta haren izaera desleialaren zehaztapen judiziala, zentzu horretan demandatua prestazio zehatz bat betetzera kondenatu gabe, hori bidezko erabakia izango da 32. artikuluan aurreikusitako akzioetatik beste edozein pilatzen denean. Demandatua, beraz, kondenatua da ez-zilegitasunaren deklarazioa onartzera, besterik ez. Deklarazioak konkurrentzia-ordenaren hauste baten existentziari egin behar dio erreferentzia, eta, horrenbestez, guztiz juridikoa den edukia du.

Ekintza deklaratzaille baten arrakastak bi premisa eskatzen ditu: ekintza edo portaera desleialaren existentzia eta demandatzailearen interes legitimoa. Horrela, alde batetik, konkurrentzia ez-zilegitasun baten aurrean egon behar dugu edo izandakoaren aurrean, zeina demandatzaileak alegatu eta frogatu behar duen, epaile batek berretsi dezan, bere gauzatzearen probabilitatearen froga nahikoa ez delarik. Bestalde, beharrezkoa da demandatzailearen eta ez-zilegitzat hartu nahi den jokaeraren arteko harreman bat egotea, haren interes ekonomikoak zuzenean kaltetuak edo mehatxatuak aterako direlarik jokaera desleialarengatik demanda ezartzeko momentuan. Hori da baldintza beharrezkoa demandatzailearengan legitimazio aktiboa aitortzeko, Lehiaketa Desleialaren Legearen 33.1 artikuluekin bat. Irizpide horren azpian, jokaerak berehalako edo hurbileko efektuak dituenen, beharrezko interes legitimoaren konkurrentzia baztertuta geldituko da.

Ezinbestez, ekintza desleialak gauzatzen egon behar du edo gauzatua, gauzatzeko gertu dagoen ekintzarekin, baina praktikan jarri gabe, harremana duen demanda ezingo da aintzat hartu; dena den, nahikoa da kaltea objektiboki izan daitekeenarena izatea, haren burutzea beharrezkoa ez delarik, mehatxua gertatzen baita demandatzailearen interes babestuen gainean eraginaren eraginkortasunaren aurreko fasean.

Halaber, auzitegietara jotzea ahalbidetzen duen interes legitimoak banakoz gainera izaera izan dezake, eta, horrela, elkarteak, lanbide-korporazioek edo interes ekonomikoak ordezkatzek dituztenek izan dezakete interes legitimo hori, haien partaideen interesak kaltetzen direnean, edo baita hainbat instituziok edo erakundek ere, adibidez, Kontsumo Institutu Nazionalak eta erkidegoko organo baliokideek, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteek, legegileak interes orokorren, kolektiboak edo zehaztugabeak, prozesu-ordezkaritza ematen dielarik.

Azkenik, demandaren onespenez ez du eskatzen demandatuaren aldetik dolaaren edo erruaren frogaraz, desleialtasunaren epaiketa objektiboa baita, auzipetutako demandatuaren portaeraren Lehiaketa Desleialaren arauen kontrako izaera zehaztea helburu duen delarik, klausula orokorrean ezarritako fede onaren irizpidearen kontrakoa zein araudi berriaren II. eta III. Kapituluetan desleialtzat hartutako edozein jardueraz zehatzen kontrakoa.

11.3. ETETE EKINTZA

Demandatzaileak eskatzen duen babesak, epaiak ematen edo ukatzen duenak, kasuen arabera, jardueraz desleialaren gelditze eraginkorra dakar, eta, ondoren, haren mantentzearen edo errepikatzearen debekua edota iraganean gauzatutako jardueraz baten galarazpena, haren errepikapena objektiboki izan daitekeela adieraziz gero, edota, azkenean, orain arte ez dena gauzatu berehala gauza daitekeenean.

Etetearen eskaerak lehiaketa desleialaren ekintza zehatz bati zuzenduta egon behar du, zehaztasun nahikoarekin zedarrarituta, zeren eta horrela ez bada, gaitzespen juridikoaren iritzia ezingo bailitzateke behar bezala formulatu, hau da, desleialtasunaren hautematea, zigor-babes guztiaren aurrekoa eta beti inguruabar zehatzen azterketa eskatzen duena.

Etete edo debekatzearen kondena oro *non facere* delakoan oinarrituko da, zeren eta konponbide judizial horren funtsezko zentzua konkurrentzia-ordena kaltetzen duen zerbait ez dadila gertatu lortzea baita. Baina, suposamendu askotan ez da nahikoa izango demandatuaren ez-egite batekin, eta osagarritzko egite bat beharrezkoa izango da. Hain zuzen ere, jardueraz desleial batzuek konkurrentzia-ordenaren aldaketa eragiten jarraitzen dute, ez badira indargabetzen elementu materialak zeinen bitartez nabarmentzen diren edota zuzentzen haiei lotuta dauden hondar-efektuak. Horrela, engainuzko edo iraingarria den publizitate-kanpaina baten emaitza kaltegarriak iraun dezake nahiz eta subjektu urratzaileak hura eten, bereziki hori posible egiten duten bide materialak ez badira deuseztatzen (publizitate-panelak, esloganak, kartelak, eta abar) edo kondena gehigarriarik ez bazaio demandatuari ezartzen, adibidez, publizitatearen exekutatzailerik materialari etetea agintzea (hedatzen duen katea, irratia edo egunkaria, eta abar).

Egia esan, beharrezko egite osagarri horiek bat etor daitezke eragindako kalteen kentzearen babesarekin. Debekatutako jarduerak eragindako efektuen kentzea, kentze-ekintzaren berezko edukia da. Horregatik, galde dezakegu posible ote den kentzearen xedea etete-ekintzaren barruan sartzea, bere objektuarekin bat datorren egite positibo bat bezala eta haren pilaketa azken honetara beharrezkoa ez delarik. Irakurketa hau posible da soilik «egitea» etete-ekintzaren edukia den «ez-egite»ari zentzu osoa emateko erabat ezinbestekoa denean, eta betiere hura «egitea» demandan espresuki eskatu bada.

11.4. JARDUERA DESLEIALAK ERAGINDAKO EFEKTUEN KENTZE EKINTZA

Ez da etete-ekintzarekin nahastu behar, ez baitoa zuzenduta ez-zilegitasun publizitarioaren etetea lortzera ezta geroko errepikapena eragoztera ere. Haren helburua da ez-zilegitasun publizitarioak eragindako kalteak ezabatzea. Lortu nahi da, beraz, epaileak demandtua kondena dezan bere jardueraren ondorio kaltegarriak ezabatzera. Eman litekeen demandaren balizko baieste-epaiaren eraginkortasunerako, demandatzaileak demandan neurri egokiak proposatu beharko lituzke, ez-zilegitasun publizitarioak eragindako ondorio maltzurak ezabatzeko.

11.5. ENGAINUZKO, ZUZENAK EZ DIREN EDO INFORMAZIO FALTSUEN ZUZENTZE EKINTZA

Zuzentze-akzioa prozesu-konponbide bezala aurreikusten da, zehazki, engainuzko informazioak zuzentzeko bideratzen dena. Demandatuarentzat bereziki mingarria den babes-ekintza bat da, zeren aurkako publizitatea hedatzea baitakar, merkatuan adieraziz hark aurretiaz eskainitako informazioen edo iragarkien gezurrezko izaera.

Baditu kentze-ekintzarekin berdintasun nabarmenak, zeren jarduera desleialak eragindako efektuak ezabatzeko bide bat eskaintzen baitu. Zuzentzearen xedeak duen helburua zera da: kaltetuaren onurarako ezabatzea demandatuak engainuzko informazioa hedatzearen ondorioz merkatuan erregistratutako engainuzko edo iraingarri-izaera duten hondar-efektuak komunikazio edo deklarazio baten bitartez.

Logikoki, komunikazio zuzentzailearen publiko hartzaileak aurretik engainuzko publizitatea edo publizitate iraingarria jaso duen publiko berbera izan behar du. Zuzenketaren edukia, engainuzko, zuzenak ez diren edo informazio faltsuen sinesgarritasunaren edo zuzentasunaren gezurtatze edo komunikazio batean datza. Ikuspegi metodologiko batetik, demandatuaren kontura zuzenketa-mezua hedatzeko bide baten zehaztapena dakar (publizitatea prentsa idatzian, telebistan, epaiaren beraren argitalpenaren bitartez, eta abar). Eta, laburbilduz, baita zuzenketa-jardueraren intentsitatearen finkapena ere dakar (denborazko norainokoa, errepikapen-maiztasuna, eta abar). Zuzenketa-mezuan zehaztu behar da horren arrazoia lehiaketa desleialarengatik emaniko zigor-epai bat dela.

Ekintza horren arrakastak eskatzen du: hedatutako informazioaren engainuzko izaeraren betetako akreditazioa; demandatzaileak, babes zuzentzailea lortu nahi duen informazioekiko horien hondar-efektuak argitasunarekin froga ditzala, eta zuzenketa merkatuan hedatua izan dadila jarduera desleialak kaltetutakoengana iristearren eta informaziorik ezaren egoera ezkutu bat aldatzearren.

Arazoak ekiditearren, balizko baieste-epaiaren betearazpen-fasean, komenigarria izango litzateke demandatzaileak demandan ezartzea zein hitzetan pentsatzen

duen zuzenketa eman behar den, epaileak epaian jaso ditzan —demandatzaileak nahi duen zentzu berean, zein bestelako hitzetan—.

11.6. EPAIA ARGITARATZEA

Lehiaketa Desleialaren Legearen 32. artikulua, bigarren atalean, jasotzen du epailearen aukera epaiaren argitalpena edota deklarazio zuzentzaile bat erabakitzeko. Horrela, modu formalean, epaia argitaratzeko ekintza, ekintza autonomo gisa eratzten da, eta ez du betetzen inolako zigor-funtziorik ezta argibide-funtziorik ere. Dena den, kalte-galerak *in natura* ordaintzeko edo konpontzeko funtzioa egotz dakioke. Hori oso gauza interesgarria da duen eraginkortasuna demostratzen bada, baina ezinezkoa da kuantifikatzea, esaterako, zenbat bezero galdu diren edo irudia zenbateraino kaltetu den; horiek egiazkoak badira ere, zenbatezinak izango dira ikuspuntu ekonomikotik. Hala, epaia argitaratzearekin haxe lortu nahi da: publizitate ez-zilegia hedatu baino lehenagoko egoera berreskuratzea, horrela publizitate horrek merkatuan eragindako kalte kalkulazina konpontzen delako.

Ondorioz, epaia argitaratzearen helburua ez da publizitate ez-zilegiaren eragina deuseztatzea edo minimizatzea. Publizitate zuzentzailea hedatzeak helburu hori jorratzen baitu.

Epaia argitaratzearen arau-aurreikuspen hori ez da berria espainiar zuzenbidean. Hain zuzen ere, Prozedura Zibilararen Legeak, 221.4 artikuluan, kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteek sustatutako prozesuetan emandako epaiei dagokienak, antzeko aurreikuspena jasotzen zuen, etete-ekintza baiesteko kasurako zedarrituta egon arren.

Epaia argitaratzea erabakitzeko funtsezko irizpidea honako hau da: jarduera desleialaren efektuak ezabatzeko edo kentzeko beharrezkoa izatea. Hortaz, bi elementuk eragin dezakete baieste-epaia argitaratua izan dadin: jardueraren efektuen aurreexistentziak, eta efektu horiek ezabatzeko edo kentzeko argitaratzearen egokitasunak.

Bereziki eta espresuki jasotzen da argitaratzea osoa edo partziala izan daitekeela. Modu horretan, zenbait ebazpen judizialeetan aurkeztutako arazoa konpontzen da, hau da, epaitzaren argitaratzeko kondena nahikoa ote den, epaiaren argitaratze osoa beharrezkoa izan gabe.

11.7. PORTAERA KODEEN AURKAKO EKINTZAK

Lehiaketa Desleialaren Legearen 38. artikulua, jarduera ez-zilegiak edo desleialak bultzatzen edo gomendatzen dituzten portaera-kodeen aurka erabilgarriak diren prozesu-konponbideak erregulatzen ditu. Hipotesi horietan, honako ekintzak

ahalbidetzen dira: etete- eta zuzentze-akzioak, zeinak 37.4 artikuluan ezarritako baldintzak betetzen dituzten portaera-kodeen arduradunen aurka zuzendu beharko diren.

11.8. AURREKO EKINTZAK PORTAERA-KODEEI ATXIKITA DAUDEN ENPRESARI ETA PROFESIONALEN AURKA

Lehiaketa Desleialaren Legearen 39. artikulua lehiaketa desleialaren errepresioan berrikuntza garrantzitsu bat sartzen du portaera-kodeei atxikita dauden enpresari edo profesionalek egindako urratze-hipotesietarako, zeina haien hartzaileen portaera ekonomikoa era adierazgarrian aldatzeko egokia den, kode horietan bere gain hartutako konpromisoen ez-betetze batean oinarritzen direnak.

Hain zuzen ere, aurreikusten da, Lehiaketa Desleialaren Legearen 5.2 artikuluan jasotako engainuzko desleialtasun-hipotesietan, 32.1, 2. eta 4. artikuluan araututako ekintzen erabileraren aurretik, halaberrez zuzendu beharko dela portaera-kodearen kontrol-organoaren aurrean. Arau hori, konkurrentzia-ordena osasuntsu eta zuzen baten sustapenean eta kontrolean autorregulazio-sistemak jokatzeko ari diren eta jokatu behar duten eginkizun zentralaren aldarrikapena da.

Esan dugun bezala, aurretiazko baldintza hau dagokie soilik portaera-kodeetan bere gain hartutako konpromiso irmoen eta egiaztagarrien ez-betetzean oinarritutako etete- eta zuzentze-ekintzei. Eta, beti, enpresariak edo operadore ekonomikoak merkataritza-jarduera batean jakinarazten badu kodeari atxikia dagoela, eta haren jarduera desleiala hartzaileen portaera ekonomikoa era adierazgarrian aldatzeko egokia bada.

Portaera-kodearen kontrol-organoak ebazpen bat eman beharko du eskaria aurkeztekin denetik 15 eguneko epean. Edonola ere, epe laburra dirudi, demandatuaren audientziarekin eta kontraesanarekin prozedura bat antolatzeko eta defentsa-eskubidearen bermea behar bezala errespetatzeko. Epe labur horretan ez bazaio erreklamazioa egin duenari jakinarazten haren interesen aldeko ebazpen bat, hark bide judiziala irekita izango du. Aldiz, etetea edo zuzentzea erabakitzen bada, bide judiziala beharrezkoa izango da soilik demandatuak ez duenean borondatez egokitzen bere portaera zigor-ebazpenaren edukira. Azken hipotesi horretan, ez da posible auzitegiara jotzea judizioz kanpoko ebazpenaren beharrezko betearazpena lortzeko, ebazpen hori ez baita betearazpena lotuta daraman titulu bat; hasieratik, ezarri beharko da deklarazioko prozedura bat, berme guztiekin. Bukatzeko esan beharra dago, kontrol-organoaren ebazpenek gauza epaituaren eraginkortasuna ez duten arren, horiek kondenatzaileak badira eta demandatuak bere edukia betetzen badu, ondorengo kondena-epai bat galaraziko dutela, interesdunaren interesa prozesuz kanpo bete baita eta konkurrentzia-ordenaren urratzea ere desagertu baita.

11.9. LEGITIMAZIO AKTIBOA ETA PASIBOA

Legitimazio aktiboaren eremuan beharrezkoa da bereiztea ezarriko den ekintzaren arabera:

– Izanez gero ekintza deklaratzaila, etete-ekintza, efektuak kentzearena edota informazioen zuzentzearena, aktiboki hauek daude legitimaturik:

- a) Edozein pertsona, fisikoa zein juridikoa, publizitateak kaltetua dena eta, oro har, eskubide subjektibo bat edo interes legitimo bat dutenak (lehiakide bat).
- b) Elkarrekin, lanbide-korporazioak edo interes ekonomikoen ordezkariak, haien partaideen interesak kaltetzen direnean (sektore zehatz baten ondasun edo zerbitzuen ekoizle-erakunde bat, sendagileen elkargoa).
- c) Kontsumitzaileen eta erabiltzaileen interes orokorren, kolektiboen eta zehaztugabeen, defentsan ekintza kolektibo bat ezartzen bada, hori, Kontsumo Institutu Nazionalak ezar dezake (kontsumitzaileen eta erabiltzaileen defentsaren gaian baliokidea den erkidegoko edo erakunde lokala), baita zuzen eratuak dauden kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteek ere. Etete-ekintza ezartzekoa bada, Ministerio Fiskala ere legitimaturik egongo da.
- d) Publizitatean emakumearen irudiaren erabilera diskriminatzailea eta iraingarriaren aurrean, PLOren 6.2 artikulua legitimazio aktiboa, Genero Indarkeriarako Gobernu Ordezkaritzari luzatzen dio, baita Emakumearen Institutuari ere, eta, berriz, Ministerio Fiskalari.

Legitimazio pasiboari dagokionez (Lehiaketa Desleialaren Legearen 34. artikulua), publizitatearen arloan ekintzak ezarri behar dira ez-zilegitasun publizitarioa egin, agindu edo haren egitean lagundu duenaren aurka. Beraz, demandatua izan daiteke: iragarlea, beti; publizitate-agentzia, bere kasuan eta ez-zilegitasun publizitarioa berari leporagarria egiten zaion neurrian; edo hedabideari, baita bere kasuan eta leporagarria egiten zaion neurrian ere. Horietatik inork ezingo du baztertu, banatu edo mugatu leporagarri egiten zaion erantzukizuna, zentzu horretan dagoen lege-debekua dela eta (PLOren 11. artikulua).

12. Publizitatearen autorregulazioa

12.1. SARRERA

Zigor penalen eta gatazka zibilaren bideak saihestuz, iragarleek, publizitate-agentziek eta komunikabideek autorregulazio-lanabesa jarri dute martxan, publizitate-komunikazioa legez kanpoko jarduera bilakatu den kasuetan erabiltzeko. Publizitate-arloko eragileen hainbat ordezkari nabarik, legegile adituen laguntzaz eta borondatez, autorregulazio-sistema horretan hartzen dute parte, joko garbiko eta etikazko ikuspuntu batetik behar bezala jarduteko arauak zehazteko asmoz.

Publizitatea eta lehiakortasuna bultzatzearren, merkatu-sistemari onura dakarkioten jokabide-kodeetan biltzen dira arau horiek guztiak. Egiazki, autorregulazio-sistema batek ezin du publizitatearen gaineko araubide osoa erabat bete bere jokabide-kodeen bidez, eta, horregatik, jurisdikzio-organo batek aplikatzen duen lege-sistemaren osagarria da. Izan ere, arau juridikoek legez kanpoko publizitatea zigortzen eta hertsatzen dute, autodiziplina-erakundeek egin dezaketen borondatezko kontrola kaltetu gabe (*cfr*: PLOren Zio Azalpena). Kontsumitzaileen interesa defendatzen duten neurrian eta interes publikoarentzat onuragarriak izan arren, arau etikoek, guztiek ere, osatzen dute borondatez onartzen dituzten erakundeen zein pertsonen interesak babesteko arau-bilduma. Beraz, interes kolektiboarekin bat egiteak ez du autodiziplinaren arauak duten etikako izaera aldatzen, eta autorregulazio-sistema borondatez onartzen dutenek baino ez dituzte arau horiek bete behar.

Bestalde, edozein erakunde pribatuk har dezake bere gain interes publikoa defendatzea, baldin eta estatuaren organoen ezinbesteko jarduera osatzen badu; autodiziplinaren kasuetan gertatzen den moduan.

Hori dela-eta, ezin da egon autorregulazio-organoen erabakien eta administrazio-zein justizia-agintarien erabakien arteko gatazkarik. Beraz, autorregulazio-organoak gertaera baten gainean epaileak hartutako erabaki irmoa bete beharko du, jarritako erreklamazioaren gainean inolako erabakirik hartu gabe. Aitzitik, jokabide-kode horiek onartzeak ez du prozedura judizialaren bidea ixten, eta edozein gatazka jar daiteke epaitegien aurrean legezko irizpideak aplikatuz erabaki dadin. Are gehiago, kideen oinarritzko eskubideak murriztu gabe eta epaitegien jurisdikzio-monopolioari eraso gabe, prozedura judiziala ezin da inola ere oztopatu. Puntu horretan sor

daitezkeen zalantzak argitzeko, 84/450/ EEEren Engainuzko Publizitateari buruzko Zuzentarauaren 5. artikulua honako hau zehazten du: «Estatu batek autodiziplinako organoaren balioa onartuz gero, ekintza judizialari hasiera emateko legimitatutako pertsonen zein elkarteek jar ditzakete beren helegiteak organo horien aurrean».

Hori guztia hala den arren, publizitatearen gainean sortutako gatazken inguruan, eta inplikaturik dauden alde guztiek hala onartuz gero, autorregulazio-erakundeei onartzen zaie ebazteko edo erabakitzeko arbitraje-gaitasuna. Justizia-epaitegiak ordezkatzuz, gatazkak bideratzeko eta erabakitzeko formula da arbitrajea, zuzenbideak zeharo onartzen duena. Honako hau da arbitrajearen oinarria: gatazka baten alde guztiak ados jartzen dira arazoa konpontzeko justizia-epaitegira jo gabe, epaile arruntak ez diren eta botere judizialaren organo gisa ez diharduten pertsona baten edo gehiagoren bitartez. Beraz, gatazkan dauden alderdi guztiek ebazlea adostu eta hautatu behar dute. Orduan, aukeratutako ebazleak prozedura zehatzari jarraitu beharko dio. 1988ko abenduaren 5eko Arbitraje Legeak (2003ko azaroko arbitrajeari buruzko lege berriak ordezkatu duenak) xedatzen ditu prozedura horren ildo nagusiak. Arbitroak ebazten duena arbitraje-laudoa deritzana da eta beste edozein justizia-epai bezala betearaz daiteke.

Publizitatearen autorregulazio-sistemaren arauak eta hortik sortzen diren ondorioek sisteman bertan borondatez parte hartzen duten guztiengan baino ez dute eraginik. Beraz, neurri batean, jurisdikzio-sistematik at egotea da autorregulazio-sistema horren ezaugarria. Hala ere, jokabide-arau horiek beste arau juridikoen arazo berak sortzen dituzte. Horiek bezalaxe, deontologia-arauak borondatez betetzen dira neurri handi batean. Baina, edozein kasutan, araua bete den ala ez erabakitzeko, arau horren interpretazioa eta aplikazio-azterketa egin beharko da. Azterketa hori organo baten esku egongo da.

Sortutako arazoaren inguruan arauak bete ez direla erabakitzen duenean, araua urratu duena sistematik kanpo uztea da organo horrek egin dezakeen gauza bakarra. Izan ere, organo horren erabakiak borondatez onartzen ez dituztenei betearazteko gaitasunik ez dute autorregulazio-sistema horiek. Arbitraje-laudoetan izan ezik, egia da autorregulazioko organoaren erabakiak ez duela epai judizialak duen zigor-izaera. Hala eta guztiz ere, sisteman parte hartzen dutenek borondatez onartu dituzten arauak erabilgarritasun eta eragin handia dute; halaber, behar bezalako begirune eta neurriko giza ardura eskatzen dute publizitatearen arloan lan egiten duten eragile guztiengan. Hala ere, egia da autorregulazio-sistematik kanpo geratu diren beste enpresei dagozkien arazoei buruzko erabakiak ezin direla betearazi, zeren erabaki horiek sisteman bertan borondatez parte hartzen duten guztiengan baino ez baitute eraginik. Dena den, zehaztasun hori azalekotzat jo daiteke: hots, organoaren erabakiak publikoak diren neurrian esan daiteke autokontrol-organoren aurrean jarritako salaketa batean aipatua izatea hertsatze mota bat dela. Hertsatze-gaitasun hori zeharka gauzatzen da, eta indar gehiago edo gutxiago izango du organoak duen

botere sozialaren arabera. Hala, organoek publizitate-jokabidean elkartasun eta etika eza leporatuko diote organoaren erabakiari aurre egiten dionari. Amaieratik hasita, publizitatearen jokabideari buruzko kodeen indar soziala areagotzea eta kontrol-organoen erabakien eraginkortasuna dira iragarleak, agentziak eta komunikabideak biltzen dituen autodiziplina-sistema baten abantaila garrantzitsuak. Begi-bistako beste abantailen artean, honako hauek ditugu: lehenik, iragarkien inguruan egiten diren epaien koherentzia eta segurtasuna; bigarrenik, interesatu guztiei erakunde komun batean parte hartzeko bidea eskaintzea —interesaren orekari behar bezala eustea bideratzen duena—, eta, azkenik, kontsumitzaileen elkartearen zein estatuko agintarien onarpena bilatu nahian, eta autokontrolari buruzko irudi egokia lantzeko, eragiketa-ahalmen handiagoa eta baliabide ugariagoak lortzea. Beraz, publizitatearen autorregulazio-sistema orok oinarritzko hainbat ezaugarri bete beharko ditu:

Lehenengo eta behin, hainbat enpresabururen arteko akordioa behar da. Akordioan parte hartzen duten enpresaburuen kopurua zenbat eta handiagoa izan, orduan eta autokontrolaren eraginkortasuna handiagoa izango da. Bi ikuspuntutatik begiratuta, izaera pribatua izango du elkarte horrek. Batetik, elkartearen parte hartzeko borondatea askatasun osoz azaldu beharko da. Bestetik, elkartearen antolaketa zuzenbide pribatuaren irizpidearen arabera eratu beharko da, kide guztien parte-hartzea berma dadin.

Bigarrenik, elkarteko kideek bete behar dituzten arau orokorrak eta jokabide etikoak zehaztu beharko dira.

Azkenik, elkarteak ezarritako arau etikoak betetzen diren ala ez aztertzen duen erakundea sortzea litzateke publizitatearen autokontrolaren hirugarren baldintza.

12.2. PUBLIZITATEAREN AUTORREGULAZIOA ESPAINIAN

12.2.1. Deontologia-kodeak

Epaitegien eta epaileen esku dagoen lege-sistema baino autorregulazio-sistema bat nahiago duela adierazi du betidanik Espainiako publizitate-industriak. Nahi horren ondorioz, «Asociación de Autocontrol de la Publicidad» izeneko elkartearen sortu zuten 1995ean iragarle, agentzia eta komunikabideek. Publizitatearen jokabide orokorreko eta sektoreetako kodeak landu zituen elkarte horrek eta, era berean, kode horiek betearaziko zituen epaimahai bat izendatu zuen. Epaimahai horretan, legelariak, merkataritza-komunikazioko adituek eta praktikoek hartzen dute parte.

European Advertising Standards Alliance (EASA) nazioarteko erakundearen kidea da gaur egun elkartearen. 1991n sortu zen erakunde hori eta Bruselan du egoitza. Erakunde horren baitan, Europar Batasuneko 15 estatu kideetako publizitatearen inguruko autorregulazio-sistemak biltzen dira. Erakundeak bere kideen interesak ordezkatu, eta haien helburuak suspertzen ditu Europako Batzordearen aurrean.

Helburuetako bat, besteak beste, mugaz haraindiko kexak eta arazoak konpontzea da²⁰⁴.

1996ko abenduaren 19an, Publizitateko Jokabide Kodea onartu zuen «Asociación de Autocontrol de la Publicidad» (gaur egun «Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial») izeneko elkartearen batzar nagusiak. Egun horretatik aurrera, Publizitate Epaimahaiaren bitarteko zein arbitraje-lanetarako abiapuntu nagusitzat jo daiteke kode hori.

Elkarteak hiru kode etiko erabiltzen ditu une honetan: Publizitateko Jokabidearen Kode Orokorra eta zinemako publizitatean eta *on line* sektoreetako publizitatean aplikatu beharreko beste bi kode. 1999ko apiriletik aurrera, Interneteko Publizitateari buruzko Etika Kodea erabiltzen du elkarteak; kategoria horretan, Europar Batasunean onartu zen lehena. Kode horrek teknologia berrien erronkei eta sarean garatu den publizitate-jarduerari aurre egin nahi die. Kodean bertan, arau orokorrak zein bereziak biltzen dira. Besteak beste, zabor-postari buruzkoa, adingabekoen babesari buruzkoa, jabetza-eskubideari zein jabetza industrialari buruzkoa. Halaber, Interneteko autorregulazio-sistema hori onartzen duten enpresek autokontrola bermatzen duen Konfiantza Zigilua ezarri dezakete beren webguneetan. Zigilu horren bitartez, merkataritza-komunikazioan duten jarrera arduratsua jakinarazten diete enpresek kontsumitzaileei, eta, ondorioz, konfiantza handiagoa eskaintzen diete. 2002ko azaroan, kode zabalago batek ordezkatu zuen aipaturiko kode hori. Publizitatearen, Merkataritza Elektronikoen eta Publizitate Elkarerragilearen Kode Etikoa da kode berri hori, eta Interneten zein beste edozein bide elektronikoren bitartez egiten diren merkataritza-salerosketa guztien baldintzak biltzen ditu, publizitatean zein kontsumitzaileekin eta erabiltzaileekin egiten diren kontratazioetan isilpean gorde beharreko pertsonen datuen babesa ahaztu gabe (*ON LINE KONFIANTZA*). Bestalde, beste erakunde batzuen sektoreko kodeak ere erabiltzen ditu elkarteak.

1996tik aurrera indarrean dagoen Publizitateko Jokabideari buruzko Kodeak Nazioarteko Merkataritza Ganberak duen Publizitateko Jokabideari buruzko Nazioarteko Kodea du abiapuntutzat, eta, halaber, kode horren egiazkotasuna, legezatasuna, zintzotasuna eta leialtasuna, oinarritzko printzipiotzat. Publizitatean erabili eta zaindu behar diren oinarritzko jokabide-arauak biltzen ditu kode horrek. Beraz, besteak beste, honako alderdi hauek lantzen ditu: publizitate-adierazpenen interpretazioari buruzko arauak, alderatze-publizitateari buruzko arauak, eta adingabekoen babesari zein ingurumenaren babesari buruzko arauak.

204. Mugaz haraindiko kexa hauxe da: pertsona batek beste estatu bateko komunikabide batean argitaratutako publizitate-lan baten inguruan aurkezten duen kexa. Erreklamazioa aurkeztu duenaren estatuko autorregulaziorako kontrol-organoak ez du beste estatuetako komunikabideen laguntzarik. Arazo hori konpontzeko, mugaz haraindiko kexak tramitzeko prozedura jarri du martxan EASA nazioarteko elkarteak. Horren bitartez, komunikabide horren estatuko publizitatearen autorregulazio-organoaren eskuetan uzten da beste estatu batean ezarritako erreklamazioa, azken organo horrek tramita dezan.

2002ko apirilaren 3an izandako Ohiko Batzar Nagusian, Publizitateko Jokabideari buruzko Kodearen aldaketa partziala onartu zen. Aldaketa horren bitartez, merkataritza-helburua izan ez arren, jarrera eta jokabideak lantzen dituzten hainbat komunikazio-lan Publizitatearen Epaimahairen lan-esparruaren barruan sartu ziren, publizitate politikoa izan ezik.

«Merkataritza Komunikazioaren Autorregulaziorako Elkartea» iragarleek, agentziek, komunikabideek eta hainbat enpresabururen elkarteek osatzen duten irabazi-asmorik gabeko elkartea da. Publizitatean sor daitezkeen arazoei aurrea hartu eta konponbideak eskaintzea da haren helburua. Asmo horrekin, ganoraz eta egiazko merkataritza-komunikazioa lantzeko eremu etikoa ezartzen saiatu da. Elkartearen jarduera, beraz, ez da jokabide-kodeak lantzea soilik; jokabide-kodearen balizko hausteak direla-eta, elkartekideei zein hirugarren alderdiei dagozkien espediente irekiak ebaztea ere badagokio elkarteari.

12.2.2. Publizitatearen epaimahaia

Publizitatearen Autorregulaziorako Epaimahaia erakunde espezializatu eta independentea da, aipatutako elkartearen barruan sortutakoa, eta publizitate-alorreko lan deontologikoak egiten ditu. Honako hauek osatzen dute epaimahaia: inork zalantzan jartzen ez duen inpartzialtasuna erakutsi duten presidente batek, bost presidenteordek eta hamabost mahaikidek, elkartearen zuzendaritza-batzordeak izendatuak.

Zenbait funtzio erreserbaturik dauzkan osoko bilkura eta sailetan jarduten da epaimahaia. Osoko bilkura osatzeko, gutxienez kideen erdiak gehi batek egon behar dute. Sailek ez dute esleipen funtzionalik, zenbaturik daude, besterik gabe, eta lau kidek osatzen dituzte. Horien artean, presidenteorde bat egongo da, eta bera izango da sailaren buru.

Epaimahaiaren esku utziko dira elkartearen aurrean planteatu eta bitartekotza bitartez ebatzi ez diren gatazkak. Izan ere, gehienetan, erreklamazioa epaimahaiaren aurrera eraman aurretik, bitartekotza-lanak egiten saiatzen dira elkartearen zuzendariak. Bitartekotza hori ezinbestekoa bada edo emaitzarik lortzen ez bada, erreklamazioa epaimahaiaren esku uzten da, bestela ez. Funtzionamendu-araudi baten arabera arituko da epaimahaia. Hala, erreklamazioa aurkeztu duenak zein erreklamazioa jaso duenak, biek ere, nahi dutena argudiatu eta frogatu ahal izango dute erreklamazio horren gainean. Elkartearen zuzendaritza-batzordeak araudi hori partzialki aldatzea onetsi zuen 2003ko maiatzaren 21ean egindako bileran. Honako hau da berrikuntza nagusietako bat: bi aldeek beren argudioen aldeko iritzi-azterlan fidagarriak aurkeztu ahal izango dituzte epaimahaiaren aurrean, eta espedientean dauden gainerako frogekin batera hartuko dira kontuan iritzi horiek, baldin eta merkatuen ikerketaren alorrean espezializaturik dauden eta kaudimen eta independentzia erakutsi duten erakundeek balioztaturik badaude. Hala, araudiak

ezartzen du, halaber, epaimahaiak iritzi-azterlanak eskatu ahal izango dituela bere aldetik, bidezko edo beharrezko deritzon kasuan.

Epaimahaia erreklamazio baten muinean sartu ahal izango da, erreklamazio hori publizitate-pieza bati buruzkoa baldin bada. Funtzionamendu-araudiak ezartzen duenez, erreklamazioa aurkeztu baino hamabi hilabete lehenago Espainian iragarki jakinen aurka aurkeztutako erreklamazioak besterik ez ditu aztertuko epaimahaiak. Erreklamazioa ez da kontuan izango erreklamazioa jaso duenak erreklamazio hori onartzen badu eta zalantzan jarritako publizitatea behin betiko eteteko konpromisoa idatziz adierazten badu. Halaber, ez da onartuko epai-bideetan ebatzita dagoen edo epai-bideetako prozesuan dagoen iragarki bati buruzko erreklamaziorik. Justizia-epaitegiek Publizitatearen Epaimahaiaren aurrean aurkeztutako erreklamazio baten aurkako edozein demanda onartzen badute, eten egingo da Publizitatearen Epaimahaian dagoen prozesua.

Funtzionamenduari dagokionez, bost sailetan egituratzen da epaimahaia, eta bakoitzak eskumen berak izango ditu. Elkartera heltzen diren gaien banaketan oinarritutako sistemaren bitartez jardungo dute sailek. Sailek honako eskumen hauek dituzte, besteak beste: elkarreak eskatutako irizpenak ematea; elkarterako kodeen eta jokabide-arauen aurreproiektuak egitea; elkarreak ezartzen dituen kodeak eta jokabide-arauek urratzeagatik sortzen diren erreklamazioen gainean ebaztea; eta bere esku utzi diren eta publizitatearekin erlazionaturik dauden gaien gaineko epaile-lanak egitea.

Sailaren akordioak gehiengoz hartuko dira. Kideren bat ados egongo ez balitz, boto partikularra eman ahal izango luke, eta ebazpenarekin batera aurkeztuko litzateke. Berdinketa gertatuz gero, kalitatezko botoa izango du presidentek. Epaitutako publizitate-ekintzaren arau-urratzea zehaztuko duen ebazpenak gutxienez honako erabaki hauetakoren bat du²⁰⁵: a) epaitutako publizitatearen ez-zilegitasuna adieraztea; b) iragarleari publizitatea behin betiko kentzeko edo hura zuzentzeko agindua ematea; c) ohartaraztea; d) ebazpena zuzendaritza-batzordeak erabakitzen duen moduan zabaltzea, epaimahaiaren ustez, gaia larria den kasuetan.

Sailek emandako ebazpenen aurka gorako helegitea jarri ahal izango da, eta osoko bilkuran jardungo duen epaimahaiaren esku egongo da ebazpena. Ebazpen horrekin, logikoa denez, epaimahaiaren aurreko prozedura amaitutzat joko da. Une horretatik aurrera (edo helegiterik ezarri ez delako sailaren ebazpena irmo bilakatu bada), elkarteko zuzendaritza-batzordeak bultzatuko du ebazpena indarrean jartzea modu eraginkorrean eta zainduko du ebazpena ongi betetzen dela.

205. Epaimahaiaren Araudiaren 20. artikulua bigarren paragrafoan ikusten denez, ezin izango da publizitate zuzentzailea zabaltzeko agindua eman, hori Publizitatearen Epaimahaiaren eskumenetatik kanpo geratzen den neurria baita. Ikus bedi: Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, SA, Damm y Plataforma Continental, SL vs. Heineken, SA, («Cruz del Sur»), 2002.

Prozedura hori, definizioz, bazkide gisa bere borondatez kide bilakatzen denari aplikatuko zaio. Hala, epaimahaiak elkartekide batek egindako publizitatearen aurrean beste elkartekide batek egindako erreklamazioak direnean bakarrik hartu behar luke parte. Orduan, zer gertatzen da erreklamazioa aurkezten denean edozein pertsonak —elkartekide izan gabe— egindako publizitatearen aurka? Espainiako kasuan, elkartearen aurrean edozein pertsonak aurkez dezake, baina, ez hori bakarrik, elkartekide ez den edozeinek elkartekide ez den batek egindako publizitatearen aurkako erreklamazioa aurkez dezake orobat. Hala gertatzen denean, erreklamazioa jaso duenari prozesuan parte hartzeko eskubidea ematen zaio, eta, epaimahaiak erabakitzen duenak berarengan eraginik ez duela esaten badu ere, epaimahaiak bere ebazpena emango du.

Autorregulazio-sistemako kide ez den pertsonak erabaki dezake epaimahaiak ebatzitakoaren mende egotea. Dena den, epaimahaiaren aurrean aurkeztutako erreklamazio baten barruan egotea bera prozesuan parte hartzeko eta jokabidea defendatzera bultzatzeko lehenbiziko hertsatzea izan daiteke, zeren, sistema horretatik kanpo geratuz gero, irudi insolidarioa eta etika gutxikoa emateko arriskua baitu. Eta susmo horiek baieztatuko dira ustez borondatezkoa izan den modu batean parte hartu duen prozesu batean emandako ebazpena betetzen ez bada.

Amaitzeko, publizitate jakin bat egiteagatik sor daitezkeen gatazken eta eztabaiden gaineko ebazpena emateko helburuaz gain, azpimarratu behar da epaimahaiaren lanen barruan sartzen dela, halaber, publizitatearekin lotutako gaiei buruzko mota guztietako irizpenak, txostenak eta azterlanak egitea, bazkide batek edo hirugarren alderdi batek hala eskatzen badu.

12.2.3. Aldez aurreko kontsulta: iragarkien iragazkia

Copy advice izeneko iragarkiak eman aurreko kontsulta-zerbitzua aspalditik ari da jardunean Europako publizitatearen autorregulazio-sistemetan, eta oso harrera ona du iragarleen, publizitate-agentzien eta komunikabideen artean.

2001eko urtariletik, Espainiako Merkataritza Komunikazioaren Autorregulaziorako Elkartekak iragarkien eta iragarki-egitasmoen gaineko zerbitzu hori eskaintzen die bere kide guztiei. Borondatezkoa, konfidentziala, eta gehienetan ez-loteslea izaten da aldez aurreko kontsulta edo *copy advice* izenekoa. Iragarleek, agentziek eta komunikabideek oso tresna erabilgarria dute beren esku, publizitatearen jardura arautzen duten legezko eta etikazko arauak urratzeko arriskua murrizteko balio duena.

Elkartearen bulego teknikoak egingo du iragarki edo egitasmo bakoitzari buruzko txostena, batez besteko hiru laneguneko epean, eta dohainik izango da elkartekideentzat. Konfidentzialtasuna bermatzeko, eskatzaileak ematen duen dokumentazioan oinarrituz egingo da *copy advice* izenekoa, eta ez da inolako eztabaidarik egongo. Ondorioz, geroago erreklamaziorik gertatzen baldin bada,

epaimahaiak ezin izango du lotesletzat jo. Eskatzailearentzat ere ez da loteslea izango, eta bera izango da, azken finean, iragarkia zabaltzearen erantzulea. Gehien komeni zaiona erabakiko du.

Eskatzailea bulego teknikoak emandako alde aurreko kontsultaren edukiarekin ados ez badago, hura berraztertzea eskatu ahal izango dio dagokion (txandaz) epaimahaiaren sailari, eta bidezkoak iruditzen zaizkion argudioak eta agiriak aurkeztu ahal izango ditu. Hala gertatzen denean, epaimahaiaren sailak ematen duen ebazpena loteslea izango da eskatzailearentzat, kasu guztietan.

Bestetik, alde aurreko kontsulta izan duen publizitate-iragarki baten aurka erreklamaziorik jartzen bada, txandaz dagokion sailak ebatziko du horri buruz, eta, hala bada, bulego teknikoak emandako aurretxostena berrikusi duen epaimahaiaren sailak ez du ezer esango.

Administrazioak edo jurisdikzio-erakundeek bideratutako iritzi-eskaerak bulego teknikoaren esku geratuko dira, eta, hark justizia epaitegiek eta epaimahaiak ebazpenetarako ezarritako irizpideei jarraituko die iritzi-eskaera horiek aurrera eramateko.

Aldez aurreko kontsulta-zerbitzuak lortu duen arrakasta handiak erakutsi du publizitatearen industriak prebentzioa duela xede eta publizitatea arautzen duten arauak urratzeko arriskua murriztu nahi duela. Erreklamazioak ekiditeko gehien erabiltzen den prozedura bihurtu da prozedura hori. 2003ko irailera arte, alde aurreko kontsultak egiteko eskariak hirukoiztu egin ziren aurreko urtean eskatutakoekin alderatuta. Izan ere, epe horretan, 800 eskari egin ziren. 2003an egindako alde aurreko kontsulta gehienak enpresa-iragarleek (eta beren publizitate-agentziek) eta iragarkia eman behar zuten komunikabideek (telebistek, batez ere) egin zituzten.

12.3. AUTORREGULAZIO SISTEMAREN BALIOESPEN OROKORRA

Azken urteetako datuek konfiantza nabarmena erakusten dute —kontsumitzaileen eta erabiltzaileen elkarteen aldetik, batez ere— une honetan indarrean dagoen autodiziplina-sistemarekin. Arrakasta hori lagungarria da sistema horren abantailak nabarmentzeko. Horien artean, azpimarratzekoa da, besteak beste, espezialista kualifikatuek osatutako erakunde batek erreklamazioei ebazpen azkarra emateko aukera. Esan behar da erabaki horien maila teknikoa handia dela gehienetan.

Autokontrolak ez du izan nahi legegileak —epaileen eta justizia-epaitegien esku utzita kontrol hori aplikatzea— duen legezko kontrolaren ordezkia. Hala ere, batzuen ustez ez da erraza bi sistemak elkarrekin bizitzea³. Legezkotasun-printzipioa da jokabide-kodeetan biltzen den printzipio arazotsuenetako bat. Horren arabera, jokabide etiko batek legeak bete behar ditu edo legezkotasuna errespetatu; izan ere, bidezko egiten du epaimahaiaren aurrean legezko arauen urraketa argudiatzea.

Egoera horretan, pentsa daiteke epaimahaiak legezko arauak aplikatzea bere gain hartu duela, eta horrek kontraesan bat erakusten du benetako autorregulazioaren izaerarekin. Horrez gain, nolabaiteko esku-sartzea izan daiteke, Espainiako Konstituzioak soil-soilik epaileen eta epaitegien esku uzten duen jurisdikzio-funtzioan sartzen baita. Horregatik esaten da Zuzenbidea dela bidea marka dezakeen bakarra; eta bide horretatik kanpo egiten den publizitatea ez da bidezkoa izango, arau juridikoen interpretazio-prozesu zorrotz baten arabera. Egia da epaimahaiak ezin duela bere gain hartu legezko arauen aplikazio zuzena, baina esan dezake indarrean dauden arau juridikoak urratzea publizitatearen etikaren aurkako jokabidea dela, zeren, iragarki bat etikotzat jotzeko, iragarki hori hedatzen duen herrialdean indarrean dagoen legedia bete beharko baita beste ezer baino lehen. Beraz, publizitatea egiteko eskubideari mugak jartzea ere arau etikoak interpretatzeko prozesu baten barruan sar daiteke, eta printzipio etikoen mailara igo daiteke legezko aginduak eta Konstituzioaren balioak errespetatzeko eta betetzeko eskaera.

Oinarrizko bibliografia

- Acosta Estévez, J. (1989a): “En torno al nuevo Derecho de la Publicidad: La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”, *Revista General de Derecho*, **540**.
- , (1989b): “Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la Publicidad”, *Revista de Derecho Mercantil*, **193-194**.
- , (1990): *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, PPU, Bartzelona.
- Alonso Soto, R. (1999): *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madril.
- Arnau Raventós, L. (1991): “El Contrato de Patrocinio Publicitario”, *La Ley*, Madril.
- Bacharach de Valera, S. (1995): “En torno a la publicidad comparativa”, *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al Profesor Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valentzia.
- Bando Casado, H. C. (1991): *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madril.
- Baró i Balbé, M. J. (1997): *A publicidade ilícita e la defensa do consumidor*, Lea, Santiago de Compostela.
- Barona Vilar, S. (1999): *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*, Valentzia.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992): “Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal en la regulación contra la Competencia Desleal”, *La Ley*, Madril.
- Botija, M. A. (1994): “Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa engañosa”, *La Ley*, 3.
- Broseta Pont, M. (1984): “La publicidad y la protección del consumidor en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”, *Problemas Actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madril.
- Corrales García, E. (2000): “La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad”, *Actualidad Civil*, **38**.
- Corredoira y Alfonso, L. (1991): *El patrocinio*, Bosch, Bartzelona.
- , (1993): *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch, Bartzelona.
- Cuesta García, A. (1996): “La publicidad engañosa en la doctrina de los Tribunales” *Aranzadi Civil*, **III**.
- De Eizaguirre, J. M^a. (2001): *Derecho Mercantil*, Civitas, Madril.

- De la Cuesta Rute, J. M^a. (1974): *Régimen jurídico de la publicidad*, Tecnos, Madril.
- , (1980): “La protección jurídica de las creaciones publicitarias”, *Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Madril.
- , (1985): *Lecciones de Derecho de la publicidad*, Universidad Complutense, Madril.
- , (1989): “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, **4**.
- , (1991): “Apuntes sobre el contrato de difusión publicitaria según la Ley General de Publicidad”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Estudios en Homenaje a D. José Girón Tena, Civitas, Madril.
- , (1995): “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, in F. Sánchez Calero (koor.), *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil*, Aranzadi, Iruñea.
- , (2002): *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Iruñea.
- De la Vega García, F. L. (1998): “La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito. Aspectos generales”, *Revista de Derecho Mercantil*, **227**.
- Del Moral García, A. (2003): “La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, *Autocontrol*, **78**.
- Desantes Guanter, J. M. (1980): “El marco jurídico de la publicidad en el contexto de la información”, *Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madril.
- Díez-Picazo, L. (1994): “El contrato de sponsorización”, *Anuario de Derecho Civil*, IV. liburukia.
- , (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Civitas, Madril.
- Erdozain López, J. C. (2001-2002): *Contratos Mercantiles 2001-2002*, Memento Práctico.
- , (2003-2004): *Contratos Mercantiles 2003-2004*, Francis Lefebvre, Madril.
- Espinosa Calabuig, R. (2001): *La publicidad transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valentzia.
- Feliu Rey, M. I. eta Bedito Cañizares, M. T. (1989): “Consideraciones acerca de la publicidad engañosa”, *Actualidad Civil*, **III**.
- Fernández Neira, C. (2003): “Vientos de regulación para la autorregulación: la futura Directiva Marco sobre prácticas desleales”, *Autocontrol*, **74**.
- Fernández Nóvoa, C. (1989): “La protección jurídica de las creaciones y obras publicitarias”, *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Homenaxe da Facultade de Dereito ó Dr. Carlos Fernández Nóvoa, Santiago de Compostela.
- , (1991): “Reflexiones preliminares sobre la LCD”, *La Ley*, **2.761**.
- , (2001): “Creaciones publicitarias: la marca-slogan”, *Autocontrol*, Boletín de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, **58**.

- Fernando Magarzo, R. (2001): "Concepto de publicidad y publicidad engañosa en internet", *Revista de la Contratación Electrónica*, **21**.
- Font Galán, J. I. (1990): "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madril.
- Freixes Sanjuán, T. (1996): *Libertades Informativas e Integración Europea*, Colex, Madril.
- Galán Corona, E. (1992): "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Cámara de Comercio e Industria, Madril.
- García Inda, A. (2002): "Regímen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas", *Autocontrol*, **69**.
- García Varela R. (1997): "Apreciaciones sobre la publicidad ilícita", *La Ley*, **3**.
- García Vidal, A. (2002): *Derecho de marcas e internet*, Tirant lo Blanch, Valentzia.
- García-Cruces González, J. A. (1998): "La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)", *Revista de Instituciones Europeas*, **2**.
- Gimeno-Bayón Cobos, R. eta Pérez Bes, F. (2010): *Prácticas engañosas y agresivas en la Ley de Competencia Desleal, La reforma de la Ley de Competencia Desleal por la Ley 29/2009*, Instituto de Derecho y Ética Industrial, **58**.
- Gómez Rivero, M. C. (1997): "Hacia una nueva interpretación del delito publicitario", *La Ley*, **4**.
- Gómez Segade, J. A. (1974): *El secreto industrial (Know-How). Concepto y protección*, Tecnos, Madril.
- , (1991): "Introducción al Contrato de Patrocinio Publicitario", *Problemas de la Ciencia Jurídica*, Francisco Puy Muñoz irakaslearen omenaldian egindako ikerketak, I. liburukia, Universidad de Santiago de Compostela.
- Gómez Segade, J. A. eta Lema Devesa, C. (1981): "La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español", *Actas de Derecho Industrial*, **VII**.
- González Martín, J. A. (1991): *La publicidad desde el consumidor*, Eroski, Elorrio.
- Informe Europeo (1997): "Impact on Services. Advertising", *The Single Market Review*, II. azpisaila, VII. liburukia, Office for Official Publications of the European Communities.
- Iráculis Arregui, N. eta Leñena Mendizabal, E. (2008): "Publicidad y Ética" in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, **50**.
- Leñena Mendizabal, E. eta Iráculis Arregui, N. (2006): *Publizitate Zuzenbideko Eskuliburua*, Udako Euskal Unibertsitatea, Bilbo.
- Leñena Mendizabal, E. eta Iráculis Arregui, N. (2007): "La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE" in *Aranzadi Civil*, **12**.

- Leñena Mendizabal, E. eta Iráculis Arregui, N. (2010): “La reforma del Derecho Español en materia de competencia desleal, protección de los consumidores y comercio minorista por la Ley 29/2009” in *Aranzadi Civil*, **6**.
- Lema Devesa, C. (1980): *La publicidad de tono excluyente*, Fundación Barrié de la Maza, Madril.
- , (1984): *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madril.
- , (1990-1991): “Posibilidades y remedios para reprimir la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*.
- , (1991): “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *Revista General de Derecho*, 556-557.
- , (1995a): “Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena”, *Actualidad Civil*, **III**.
- , (1995b): “La publicidad engañosa en el moderno Derecho español”, *La Ley*, **2**.
- , (1995c): “Voz contrato publicitario”, EJB, I. liburukia.
- , (1997a): “Los contratos publicitarios”, *Contratos mercantiles especiales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madril.
- , (1997b): *Contratos Mercantiles Especiales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madril.
- , (2002): *Código de la publicidad*, M. Pons, Madril, [2. arg.].
- Lema Devesa, C. eta Gómez Montero, J. (1995): “Actos de competencia desleal por imitación y explotación de la reputación ajena”, *Actualidad Civil*, **III**.
- Linacero de la Fuente, M. (1996): “Notas sobre la publicidad ilícita en el ordenamiento español y comunitario. Límites éticos de la publicidad”, *Actualidad Civil*, **I**.
- Llobregat, M^a .L. (1998): “Aproximación al concepto de secreto empresarial”, *Estudios de Derecho Mercantil*, Homenaje al Profesor Justino Duque, Valladolid.
- López Santos, O. (2006): “La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico” in *Revista de Autocontrol*, **104**.
- Madrenas i Boadas, C. (1990): *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas, Madril.
- Marcos, F. (2000): “Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de enero de 2000 sobre publicidad de abogados”, *Autocontrol*, **47**.
- Martín Oviedo, J. M. (1975): *Curso de Derecho Publicitario Español*, Aldus, Madril.
- Martínez Gallego, E. M. (2000): *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Madril.
- Massaguer Fuentes, J. (1990): “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *Revista General de Derecho*, **544-545**.

- , (1992): “Publicidad desleal. Responsabilidad de la empresa anunciante. Daños y perjuicios”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, **292**.
- , (1999): *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madril.
- , (2003): “El procedimiento por publicidad ilícita”, *Revista de Derecho Mercantil*, **248**.
- , (2006): *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson - Civitas, Zizur Txikia (Nafarroa).
- Méndez, R. M. eta Vilalta, A. E. (1999): *La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otros*, Bosch, Bartzelona.
- Montón Redondo, A. (1989): “El Proceso de la Ley General de Publicidad”, *La Ley*, **2175**.
- Moreno-Luque Casariego, C. (1991): “El derecho de información al consumidor y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”, *La Ley*, **4**.
- Navarro Alonso, M.I. (2010): “Publicidad y protección de datos”, *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Aranzadi Thomson Reuters, Zizur Txikia (Nafarroa).
- Otero Lastres, J. M. (1977): “La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita”, *Publitecnia*, **42-43**.
- , (1991): “La nueva Ley sobre competencia desleal”, *La Ley*, **4**.
- Patiño Alves, B. (1998): “La imitación de los envases y de las formas tridimensionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)”, *Revista General de Derecho*.
- Peinado Gracia, J.I. (1998): “Comparación y denigración publicitarias de la “imagen” de empresas directamente aludidas” (Reflexiones con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997), *Revista de Derecho Mercantil*, **229**.
- Pérez de la Cruz, A. (2001): “Contratos publicitarios, contratos de difusión, de obras de ingenio y contratos de ingeniería”, in R. Uría eta A. Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, II. liburukia, Civitas, Madril.
- Pino Abad, M. (1991): “La Disciplina Jurídica en la Actividad Publicitaria en la Ley General de Publicidad de 1988”, *La Ley*.
- , (1992): *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Instituto Nacional de Consumo, Madril.
- Ramos, F. (2001): “Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria”, *ZER*, **11**.
- Ripoll, R. (1996): “Publicidad engañosa. Tratamiento jurídico español y comunitario”, *La Ley*, **3**.
- Saiz García, C. (1998): “Las obras audiovisuales de carácter publicitario y el derecho de autor”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, XIX. liburukia.
- Santaella López, M. (1982): *Introducción al Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madril.

- , (1989): *El Nuevo Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madril.
- , (2003): *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madril.
- Saraza Jimena, R. (1995): “Libertad de Expresión e Información frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen”, *Aranzadi*, Iruñea.
- Tallón García, J. (1972): *Curso de Derecho Publicitario*, Insade, Valladolid.
- Tato Plaza, A. (1992): “Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el derecho comparado”, *Revista de Derecho Mercantil*, **203-206**.
- , (1993): “Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia Norteamericana: Nuevos Desarrollos”, *Acta Derecho Industrial*, XV. liburukia, Instituto de Derecho Industrial, Universidad de Santiago de Compostela-Marcial Pons, Madril.
- , (1994a): “La explotación publicitaria de los sentimientos y el Derecho de la competencia desleal: el caso Benetton” in *Derecho de los Negocios*, **44**.
- , (1994b): “Publicidad directa y competencia desleal”, *Revista de Jurisprudencia Civil*, **3**.
- , (1994c): “Publicidad Comercial y Libertad de Expresión en Europa”, *La ley*, **3**.
- , (1995a): “La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroën)”, *Revista General de Derecho*, **608**.
- , (1995b): “Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays”, *Revista General de Derecho*, **608**.
- , (1996): *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madril.
- , (1997): “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial*, XVIII. liburukia.
- , (2000): “Aspectos jurídicos de la publicidad en internet”, *Autocontrol*, **42**.
- , (2003): “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, *Autocontrol*, **71**.
- , (2010): “Las líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte II)” in *Revista de Autocontrol*, **150**.
- Tato Plaza, A.; Fernández Carballo-Calero, P. eta Herrera Petrus, C. (2010): *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, LaLey, Madril.
- Tobío Rivas, A.M^a. (2000): “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, **237**.
- Uría, R. eta Menéndez, A. (1999): *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madril.
- Valpuesta Gastaminza, E. (2001): “Contratos publicitarios”, *Contratos Mercantiles*, I. liburukia, Bartzelona.
- Vazquez, F. (2001): “Internet y autorregulación ético profesional”, *Cuadernos de información y comunicación*, **6**.

- Vicent Chuliá, F. (2002): *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, València. [15. arg.].
- Victoria Mas, J. S. (2001): *Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas*, UMA, Málaga.
- Vidal Portabales, J. I. (1998): *El contrato de patrocinio publicitario en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid.
- , (2000): “Incidencia de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988”, *Autocontrol*, **46**.
- Villoria, E. (1978): “Las asociaciones de consumidores”, *Publitecnia*, **48**.
- Zurimendi, A. (1999): “Publicidad comparativa y denigrante. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997”, *RDM*, **654**.

Glosarioa

LEGERIA

Ekainaren 11ko 61/1964 Publizitatearen Estatutua
Maiatzaren 5eko 1/1982 Pertsonaren Berezko Irudia, Pertsonaren eta Familiaren Intimitate eta Ohorea Babesteko Lege Organiko Zibila
Apirilaren 25eko 14/1986 Osasun Lege Orokorra
Azaroaren 11ko 34/1988 Publizitatearen Lege Orokorra
Uztailaren 17ko 16/1989 Lehiaketa Defentsarako (Babesteko) Legea
Urtarrilaren 10eko 3/1991 Lehiaketa Desleialaren Legea
Uztailaren 12ko 25/1994 Telebistaren Legea (*Mugaz Gaiindiko Telebistaren Legea*)
Urtarrilaren 15eko 7/1996 Merkataritza Txikien Komertzioa antolatze Legea
Apirilaren 12ko 1/1996 Jabego Intelektualaren Legea
Apirilaren 13ko 7/1998 Kontratazioarako Baldintza Orokorraren Legea
Ekainaren 7ko 22/1999 Telebistaren Legea
Irailaren 17ko 14/1999 Firma Elektronikoen Legea
Abenduaren 13ko 15/1999 Datuen Babeserako Lege Organikoa
Urtarrilaren 7ko 1/2000 Auzipetze Zibileko Legea
Abenduaren 7ko 17/2001 Marken Legea
Uztailaren 11ko 34/2002 Merkataritza Elektronikoa eta Gizarte Informazioarako Zerbitzuen Legea
Urriaren 28ko 39/2002 Legea, Publizitate Konparatiboari buruzko Zuzentaraua Espainiako ordenamendu juridikora egokitu zuena
Azaroaren 3ko 32/2003 Telekomunikazio Zerbitzuen Lege Orokorra
Abenduaren 28ko 1/2004 Genero Biolentziaren aurkako Babes-osoarako Neurrien Lege Organikoa
Azaroaren 16ko 1/2007 Kontsumitzaile eta Erabiltzaileen Babeserako Lege Orokorraren eta hainbat legeren Testu Bateratua
Martxoaren 31ko 7/2010 Ikus-entzunezko Komunikazioarako Lege Orokorra

ZUZENTARAUAK

Irailaren 10eko Engainuzko Publizitatearen Zuzentarauak (84/459/EEE)

Urriaren 3ko Europar Batasunaren Telebistaren Zuzentaraua (89/522/EEE)

Urriaren 6ko Publizitate Konparatiboari buruzko Zuzentaraua (97/55/EEE)

Maiatzaren 26ko Zuzentaraua (2003/33/EB), tabakoa eta harekin erlazionaturiko produktuen babesletzaren eta publizitatearen gainean estatu kideek dituzten arau administratiboak, erregelamendu eta legeak babesteko

Maiatzaren 11ko Zuzentaraua (2005/29/CE), enpresek kontsumitzaileekin gauzatzen dituzten merkataritzako jokaera desleialei buruzkoa

Abenduaren 30eko Zuzentaraua (2006/114/CE), engainuzko publizitateari eta publizitate konparatiboari buruzkoa

BESTE ARAU BEREZIAK

Maiatzaren 20ko 5/1982 Euskadiko Irrati-telebistako Erakunde Publikoa sortzeko Legea

EITB-RTVVko hedabideetan publizitatearen hedapena erregulatzeko arauak

Uztailaren 11ko 9/1984 Galiziako Irrati-Telebista Eratzeko Legea

Uztailaren 8ko 9/2000 Kataluniako Publizitate Dinamikoaren Legea

Abenduaren 29ko 18/2000 Kataluniako Institutuzio Publizitatearen Legea

Urtarrilaren 22ko 2001 Televisión Española SAn publizitatea hedatzeko emandako araei buruzko Erabakia.

Martxoaren 22ko 1/2002 Elkarleen Lege Organikoa

ERANKUNDEAK

Ekonomia Lankidetzeta eta Garapeneko Erakundea (ELGE)

Europar Batasuna / Europako Erkidegoa

Europako Ekonomia Erkidegoa

Europako Kontseilua

Nazioarteko Merkataritza Ganbera

Nazioarteko Telekomunikazio Batasuna

HIZTEGIA

Agentzia-komisioa

Administrazioaren aurretiko baimena

Administrazio Publikoa

Aitzakiazko produktua
Arau berezien aurkako publizitatea
Araudi berezia
Arreta-erakarlea / amua
Arrisku-delitua
Asoziazio-arriskua / lotura-arriskua
Atxikipen-kontratua
Atzeraeragineko ondorioak
Atzeraeragin-ezineko ondorioak
Aurretiko babesa
Baimen-eskaera
Baliozkotasun-baldintzak
Balio-iritziak
Batez besteko kontsumitzailea edo kontsumitzaile arrunta
Benetako araua (arau substantiboa)
Besteren izen onaz baliatzen den publizitatea
Besteren lanaz baliatu
Bidezko / legezko baldintzak
Bitartekotza-kontratua
De lege ferenda
Delitua
Derrigortzea (behartzea)
Diligentzia / ardura
Diru-sari (*rappela*)
Diskriminazioaren aurkako printzipioa
Dominus
Egiazkotasun-printzipioa
Egintza deuseza
Egintza deuseztagarriak
Egintza juridikoa
Emaile
Emaitzazko figura
Engainu eta irainik eza
Engainuzko ekintza
Engainuzko publizitatea

Enpresa-askatasunaren printzipioa

Erabiltzailea

Eragin bidegabek

Eragina

Erakartzeko atala

Erantzukizun-akzioa

Errore juridikoa

Eskubide eskusiboa

Estatuko Zuzenbidea

Estatuta / status

Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala

Europar Batasuneko Zuzenbidea

Exceptio veritatis

Ezkatuko publizitatea

Fede ona

Finantza-publizitatea / publizitate finantzarioa

Gehiegizko hanpatzea publizitatearen arloan

Geografia-izendapena

Gutxiensten duen publizitatea

Hanpatzeak

Hartzailea / Jasotzailea

Hartzaileen interes kolektiboen babesak

Hedabide-tarteak erosteko banaguneak

Hondar-balioa

Erredakzio-publizitatea

Identifikazio-printzipioa

Imitazioa

Imitazio-publizitate nahasgarria

In dubio pro consumatore

In fine

Industria-jabegoa

Informazio-eskubidea

Interes difusioak / interes lausioak

Interes-gatazka

Interes orokorra

Iragarlea

Iragarleek, publizitate-agentziek eta hedabideek osaturiko hiru kideko organizazioak

Iritzi-emaileak

Irudi eta izen ona

Isilpeko harremana

Izaera tautologikoa

Izen komertziala

Jabea / Titularra

Jabego intelektuala

Jatorrizko deitura

Jazarpena

Joint ventures

Jokaera erasotzaileak

Jokaera oneko kodeak

Judizio desleialak

Jurisprudenzia

Kanpoko publizitatea

Klausula orokorra

Klausula zehaztugabea

Koherentzia

Komisio-kontratua

Komisioa

Komunikazio-askatasunaren eskubidea

Konparazio esanguratsua

Konparazio objektiboa

Konstituzioaren aurka doan publizitatea

Kontratu-izaera

Kontratuen klausula orokorra

Kontsumitzaile ahulak (kalteberak)

Kontsumitzaile-elkarteak

Kontsumitzaile-elkarteen legitimazioa

Kontsumitzaileen defentsa

Kontsumitzaileen eta Erabiltzaileentzako Eskubideen Ituna

Kontsumitzaileen interes-babesaren printzipioa

Kontsumo-zuzenbidea

Konzientzia-klausula
Lege arrunta
Lege-erreserba
Lege organikoa
Legezkotasun-printzipioa
Lehentasun-erlazioa
Lehiaketaren lege-haustea
Lehiaketa ona eta leiala
Leialtasuna
Lex anterior
Lex posterior
Lizentzia fiskala
Lizentzia titulua
Marka
Merkataritza-ohitura eta –usadio onak
Merkataritzako izen ona
Merkataritzako kredituari buruzko adierazpenak
Merkatu-gardentasuna
Mezu ez-zilegia
Mezuaren interpretazioa
Ministerio Fiskala
Mugaz haraindiko iragarlearen kontzeptua
Nahasketa-arriskua
Nazioarteko Merkataritza Ganbera
Negozio juridikoa
Norbanakoarentzako komunikazioa
Nortasunaren eskubideak
Nukleo faktikoa
Okerreko ustiapena / esplotazioa
Oinarrizko eskubideak
Oligopolioa
Omisioa / isiltzea
Osatugabeko adierazpenak
Product placement
Profesionalen elkarteak (teknikariak, agenteak, modeloak)

Publizitate-agentea
Publizitate-agentzia
Publizitate Autokontrolerako Elkarte (AAP)
Publizitate baztertzalea / publizitate superlatiboa
Publizitate estatikoa
Publizitate debekatua
Publizitate-delitua
Publizitate ez-zilegia
Publizitate-gehiegikeriak
Publizitate gogaikarria
Publizitate-hedabideak
Publizitate iraingarria
Publizitate itsaskorra
Publizitate-komunikazioa
Publizitate konparatiboa
Publizitate konparatibo ez-zilegia
Publizitate konparatiboaren zilegitasun-baldintzak
Publizitate korporatiboa
Publizitate-jarduera
Publizitate mezu ez-zilegia
Publizitate nahasgarria
Publizitate parasitarioa
Publizitate subliminala
Publizitate-subjektu juridikoak
Publizitate zuzena
Publizitatearen euskarria
Publizitatearen hartzaileak, kontsumitzaileak eta kontsumitzaileen elkarteak
Publizitatearen subjektuak / publizitate-subjektuak
Publizitatearen teknikariak
Right of privacy
Right of publicity
Spam telefonikoa
Teknikariak, agenteak eta oro har publizitatean diharduten profesionalak
Test bidezko publizitate konparatiboa
Testigantza-publizitatea

Testigantza-publizitate ez-zilegia

Titulartasuna

Uste okerra / errorea

Xedapen iragankorra

Xede den publikoa

Zeharkako publizitatea

Zentsura

Zigor administratiboa

Zuzenbide pribatua

Zuzenbide publikoa

Zuzeneko publizitatea

Sailean argitaratu diren beste liburu batzuk

Kooperatiben Zuzenbidea. Oinarriak

Adrian Zelaia Ulibarri
1996an argitaratua
ISBN: 84-84967-74-0

Kooperatibak Euskal Herrian

Adrian Zelaia Ulibarri
1997an argitaratua
ISBN: 84-84967-88-0

Enpresa-Taldeak

Adrian Zelaia Ulibarri
1998an argitaratua
ISBN: 84-84967-89-9

Publizitate Zuzenbideko eskuliburua

Elena Leñena eta Nerea Irakulis
2006an argitaratua
ISBN: 84-8438-083-1

Kooperatiben jabetza. Bazkideak kooperatiben agintzean

Adrian Zelaia Ulibarri
2008an argitaratua
ISBN: 978-84-8438-176-1

Lan-zuzenbide jurisdikzionala. Azterketa objektiboa eta kritikoa

Ixusko Ordeñana Gezuraga
2010ean argitaratua
ISBN: 978-84-8438-289-8

Bake-justizia: udal mailako justiziaren nondik norakoak

Ixusko Ordeñana Gezuraga

2011n argitaratua

ISBN: 978-84-8438-337-6

Zuzenbidea Sailean Uztaro aldizkarian argitaratu diren artikuluak

Autodeterminazio eskubidea eskubide kolektibo gisa: eskubide teorien erronka
Abalde Cantero, Oscar, *Uztaro* **36**, 73-92.

Uruguaiko etorkinak eta aplikagarri zaien errealitate arauemailea: zenbait ohar kritiko
Abalde, Oscar, *Uztaro* **64**, 109-125.

Uruguaiko etorkinak eta aplikagarri zaien errealitate arauemailea: zenbait ohar kritiko
Abalde, Oscar, *Uztaro* **64**, 109-125.

Hondakinen kudeaketa: autonomia-erkidegoen arteko ezberdintasunak
Aldasoro Alustiza, Juan Carlos; Cantonnet Jordi, Maria Luisa, *Uztaro* **80**, 109-121.

Atzeritarrak lan zuzenbideko ikuspegitik
Bengoetxea, Aitor, *Uztaro* **6**, 125-141.

Europako Itun konstituzionalak eskubide gabe utzi ditu hizkuntza-komunitate ugari
Bilbao, Paul, *Uztaro* **58**, 105-118.

Zigor-bitartekaritza Espainian egokiro arautzeko ereduen bila: zigor-bitartekaritza
Frantzian
Patxi Etxeberria Guridi, Patxi; Ordeñana Gezuraga, Ixusko, *Uztaro* **75**, 89-110.

Emakumezkoak soldatan diskriminatuak ez izateko eskubidea
Fernández, Aranzazu, *Uztaro* **10**, 123-144.

Nahitaezko eskurapena landa-akurapenetan jabetza eskuratzeko eskubidea
Karrera, Mikel M., *Uztaro* **6**, 143-164.

Euskal Herriko foru-zuzenbide zibilari buruzko legea: Gipuzkoaren egoera
Karrera, Mikel M., *Uztaro* **14**, 127-147.

Jabetza Erregistroa eta Eliza Katolikoa
Karrera, Mikel M., *Uztaro* **71**, 45-68.

Konstituzioaren kontzeptua, sorrera eta bilakaera
Lamarca, Iñigo, *Uztaro* **0**, 111-121.

Publizitate Zuzenbidearen egungo egoera
Leiñena, Elena, Irakulis, Nerea, *Uztaro* **57**, 93-104.

Lan harremanentzat erronka berria: lana-kapitala nahasketa
Terradillos, Edurne, *Uztaro* **15**, 141-157.

Atzeritarren eskubideak konstituzio espainiarraren argitan
Urkola, Miren Jasone, *Uztaro* **3**, 123-145.

Schengen-eko Europa Berria: Asilatu- eta errefuxiatu-estatutuaren eskatzaileen
egoera
Urtizberea, Igone, *Uztaro* **19**, 65-76.