

# ¿INTERPRETACION «ESTRICTA» O «RESTRICATIVA» DEL ARTICULO 36 DEL T.CE? LA PROBLEMATICA DE LAS «EXIGENCIAS IMPERATIVAS»

Por NICOLE STOFFEL VALLOTTON (\*)

## SUMARIO

INTRODUCCION.—I. ORIGENES DEL ARTICULO 36 DEL T.CE Y APARICION DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS: ESTRECHA RELACION ENTRE EL CONCEPTO DE LOS ARTICULOS 30 Y 34 DEL T.CE Y LAS EXCEPCIONES DEL ARTICULO 36. EL PROBLEMA DE LA APARICION DE NUEVOS INTERESES ESTATALES PREFERENTES.—II. LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS ¿SON UNA EXTENSION DE LOS INTERESES ESTATALES CONSIDERADOS EN EL ARTICULO 36 O UN CRITERIO DE CALIFICACION DEL CONCEPTO DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE?: A) EL PAPEL DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS SEGUN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE. B) LA SOLUCION DOCTRINAL: LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS CONSTITUYEN UNA «RULE OF REASON».—III. TESIS A FAVOR DE UNA CONSIDERACION DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS COMO UNA INTERPRETACION EXTENSIVA DEL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 36: A) DE LA AMBIGUA DELIMITACION ENTRE MEDIDAS DISTINTA E INDISTINTAMENTE APLICABLES; B) ¿INTERPRETACION «ESTRICTA» O «RESTRICATIVA» DEL ARTICULO 36?: 1) Las distintas manifestaciones de la interpretación «estricta»; 2) Las quebras de la interpretación «estricta»: a) *La naturaleza económica de ciertos objetivos estatales contemplados en el artículo 36*; b) *La posibilidad de aplicación analógica del artículo 36 a otras disposiciones del T.CE*; c) *Las ampliaciones de los objetivos estatales enunciados en el artículo 36, la interpretación extensiva*.—CONCLUSIONES.

---

(\*) Doctora en Derecho, Profesora Asociada de Derecho Internacional Público en la Universidad Complutense de Madrid.

## INTRODUCCION

Nuestro propósito no es el de tratar aquí del tan discutido concepto de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas cuya prohibición se contempla en los artículos 30 y 34 del T.CE (1), sino el de examinar concretamente, en relación con ello, las conexiones existentes entre las causas de justificación de dichas medidas contenidas en su norma de excepción, el artículo 36 del T.CE (2), y las llamadas «exigencias impe-

(1) Como es sabido dichas disposiciones establecen la prohibición de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros. Mientras las restricciones cuantitativas (contingentes o cuotas) eran obstáculos no arancelarios a la libre circulación de mercancías fácilmente identificables que los Estados miembros lograron suprimir antes de 1970, la noción residual e indefinida de medidas de efecto equivalente ha tenido que precisarse por la jurisprudencia del TJCE que la ha definido de forma tan amplia en la sentencia «Dassonville» (as.8/74 de 11/7/74, *Rec.* 1974, pp. 837 y ss.) que podía abarcar toda reglamentación comercial de los Estados miembros que restrinjan directa o indirectamente actual o potencialmente el comercio intracomunitario. No obstante hubo de precisarse si implicaba la inclusión de las llamadas «medidas indistintamente aplicables», es decir, reglamentaciones comerciales o técnicas que, aun reservando aparentemente el mismo trato a productos importados que a productos nacionales, en la práctica tienen notables efectos restrictivos sobre las importaciones. Así lo confirmó el TJCE a partir de la sentencia «Cassis de Dijon» (*Rewe Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, as.120/78 de 20/2/79 *Rec.* 1979, pp. 649 y ss.). La evolución del concepto jurisprudencial, de creciente y excesiva amplitud, ha ido acompañada de una abundante polémica doctrinal que ha dado lugar recientemente a la revisión del mismo por el TJCE en la sentencia «Keck y Mithouard» (as. ac. C-267 y 268/91, de 24/11/93, *Rec.* 1993 pp. 5335 y ss.) limitando parcialmente el alcance del artículo 30 al excluir del concepto las medidas estatales no discriminatorias que limitan o prohíben ciertas modalidades de venta. En la doctrina en castellano puede verse por ejemplo MATTERA, A.: *El mercado único. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991; MARTÍNEZ LAGE, S.: «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas» en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. (Dir.): *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pp. 711-770; LÓPEZ ESCUDERO, M.: «La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medidas de efecto equivalente», *R.I.E.*, 1994, núm. 2, pp. 379-415 y JOLIET, R.: «La libre circulación de mercancías: la sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia», *GJCE*, 1995 núm. D-23, pp. 7-38.

(2) El artículo 36 establece: «Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por *razones de orden público, moralidad*

rativas» (3) que el TJCE ha admitido en su jurisprudencia como nuevas causas de justificación pero que considera fuera del artículo 36 por estimar «estricta» la interpretación de esta disposición.

Procuraremos demostrar en las próximas líneas que los intereses estatales vitales contemplados en el artículo 36, párrafo primero, no pueden ni deben ser «numerus clausus» y que consecuentemente las exigencias imperativas deben considerarse como una ampliación lógica de dicha norma por la evolución de los tiempos, lo que obraría sin duda en beneficio de la claridad y coherencia de los razonamientos del TJCE en sus fallos sobre esta cuestión.

## I. ORIGENES DEL ARTICULO 36 Y APARICION DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS

El texto del artículo 36 del T.CE (4) constituye, salvo omisión de algunas causas de excepción, una fiel reproducción del artículo XX del GATT (5). Y en este sentido sigue el modelo de las «cláusulas de orden

---

*y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.*

No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

(3) Estas «exigencias imperativas» o nuevos intereses estatales protegidos son principalmente los siguientes:

1) *La protección de los consumidores, la lealtad de las transacciones comerciales y la eficacia de los controles fiscales así como la protección de la salud pública* [recogidos en la sentencia «Cassis de Dijon» y «Gilli et Andres» *cit. infra*, nota (19) y (23)].

2) *La mejora de las condiciones de los trabajadores o el reparto adecuado de sus horarios de trabajo* (sentencia «Oebel», as. 155/80 de 14/7/81), *teniendo en cuenta las particularidades socioculturales nacionales o regionales* (sentencia «Torfaen», as. C-145/88 de 23/11/89).

3) *La protección de obras cinematográficas (culturales)* (sentencia «Cinéthèque», as. ac. 60 y 61/84 de 11/7/85).

4) *La protección del medio ambiente* (sentencia Comisión/ Dinamarca, as. 302/86 de 20/9/88).

(4) Ver supra, nota (2).

(5) El texto del Artículo XX recoge además de las causas de excepción incluidas en el artículo 36 T.CE: Las medidas relativas a la importación o la exportación de

público» que se encontraban tradicionalmente en los acuerdos comerciales como instrumento clásico del proteccionismo permitido y necesario en el derecho de las organizaciones económicas internacionales, cláusulas que se refieren a ámbitos de intereses vitales de los Estados y no por razones económicas sino más bien políticas (6). Semejantes cláusulas no permiten la exclusión total de ámbitos de competencias materiales puesto que su aplicación como excepción encuentra su límite en el no abuso del derecho y en el principio de proporcionalidad (7).

El artículo 36, a diferencia del artículo XX del GATT, no es una cláusula de excepción general del T.CE sino que, según su propio texto, se limita en principio a constituir una excepción específica a la aplicación de los artículos 30 y 34 del T.CE; ahora bien, el artículo 36 es sin duda la cláusula de orden público más completa del Tratado (8) y la única en materia de libre circulación de mercancías, de ahí que, como veremos más adelante, haya podido servir en su principio incluso como excepción en otros ámbitos afines en caso de laguna normativa.

Sobre la redacción del texto del artículo 36 escasísimos son los datos, pero no parece haber sido intención de sus redactores configurar los intereses estatales enunciados en dicha disposición como «*numerus clausus*»,

oro o plata; las leyes necesarias para el mantenimiento en vigor de monopolios administrados (de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII), la protección de derechos de autor y de reproducción, y la prevención de prácticas que puedan inducir a error; las relativas a los artículos fabricados en las prisiones; asimismo la conservación de recursos naturales agotables, la adopción de medidas sobre productos básicos en virtud de acuerdos intergubernamentales, las restricciones a la exportación de materias primas nacionales necesarias para garantizar a una industria nacional de transformación un precio inferior al del precio mundial, y las medidas para la adquisición o reparto de productos de los que haya penuria.

En cambio hay que señalar que el artículo 36 contempla la protección de la seguridad pública, que no figura en el Artículo XX sino en el artículo XXI del GATT.

(6) Ver en este sentido WEBER, A.: «Safeguards in International Economic Organizations in Times of Crisis-With Special Reference to the European Economic Community», *G.Y.I.L.*, 1984, pp. 212 a 231, especialmente pp. 213, 214, 217 y 218.

(7) *Ibidem*, pp. 213 a 215. El límite del abuso del derecho, mientras se expresa en la primera frase del artículo XX del GATT, viene recogido en la segunda frase del artículo 36 del T.CE.

(8) Ver WEBER, A.: «Safeguards in International Economic Organizations...», *cit. supra*. En efecto, recordamos que el T.CE ha previsto otras cláusulas de orden público en concordancia con otras disposiciones del Tratado: así, el artículo 48.3 en cuanto a la libre circulación de trabajadores, el artículo 56 en materia de libertad de establecimiento, y el artículo 66 en el ámbito de la libre circulación de servicios.

sino que más bien se consideró la posibilidad de ampliar estos por razones análogas (9).

En efecto, debe deducirse de la pura lógica la idea de que son susceptibles de evolución los intereses públicos preferentes de los Estados tanto en el marco de la Sociedad internacional como en el ámbito específico de la Comunidad Europea. Y esta idea es la que va a guiar nuestra consideración de que la admisión por la jurisprudencia del TJCE de nuevos intereses estatales no contemplados expresamente en el artículo 36, las «exigencias imperativas», pertenece a la filosofía y debe considerarse como ampliaciones del artículo 36, pese a la insistencia, más formal que real, del TJCE en distinguir el alcance de dichas exigencias imperativas del del artículo 36.

#### ESTRECHA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE LOS ARTÍCULOS 30 Y 34 DEL T.CE Y LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 36. EL PROBLEMA DE LA APARICIÓN DE NUEVOS INTERESES ESTATALES PREFERENTES

Si es evidente que tiene que existir una relación entre cualquier regla de derecho y su excepción, en el caso que nos ocupa esta cuestión se revela especialmente importante puesto que la prohibición de los artículos 30 y 34 se construye sobre una noción indeterminada no definida por estas disposiciones (10). Hasta tal punto que alguna vez el TJCE, evitando pronunciarse sobre el alcance del artículo 30, ha utilizado una fórmula global y ambigua en que no distingue donde acaba la prohibición del artículo 30 y donde empieza la excepción del artículo 36 (11).

---

(9) En este sentido ver la propuesta de la Delegación alemana para la redacción de esta disposición en el Doc. MAE 510/56: «les interdictions d'importation, d'exportation et de transit en vigueur dans les Etats membres pour des motifs de sécurité publique, de santé publique ou autres raisons analogues doivent être appliquées de façon non discriminatoire dans les échanges entre les Etats membres».

(10) Incluso se puede constatar que el texto del artículo 36 contiene algunas indicaciones sobre la noción de medidas de efecto equivalente que no contiene el propio artículo 30. En efecto el límite de su aplicación se encuentra en las «restricciones» o «prohibiciones» de importación o exportación por razones de orden público. Y cuando estas medidas restrictivas constituyan «discriminaciones arbitrarias» o restricciones encubiertas» (artículo 36.2) serán en todo caso medidas de efecto equivalente que no cabe en ningún caso eximir de la prohibición de los artículos 30 y 34.

(11) Así por ejemplo en la sentencia «Heijn» (as. 91/83 de 19/9/84, *Rec.*, 1984, pp. 3263 y ss.) el TJCE concluyó simplemente en su último considerando: «...les

En definitiva, el ámbito de aplicación y el alcance del artículo 36 dependen ante todo del alcance de la propia definición de medidas de efecto equivalente, puesto que en principio, como norma de excepción, esta disposición no debería entrar en consideración hasta que no se hubiese determinado la existencia de una medida de efecto equivalente.

En relación con esta cuestión, recordemos que, entre las tesis sobre la incorporación o no de las llamadas «medidas indistintamente aplicables» a productos nacionales y productos importados (12) al concepto del artículo 30, la Comisión había optado por la llamada « tesis intermedia» contenida en el artículo 3 de su Directiva 50/70 (13). Una de las principales razones de esta elección, según ha reflejado Ehlermann (14), era la de evitar la «tesis extensiva», que al incluir en el concepto del artículo 30 las medidas indistintamente aplicables (generalmente justificadas por algún objetivo estatal) hubiera hecho necesario considerar, después, la legitimidad de estas medidas, *conduciendo a una interpretación amplia del artículo 36* (15).

---

articles 30 à 36 s'opposent à ce qu'un Etat membre interdise...». O en la sentencia «Biologische Produkten» (as. 272/80 de 17/12/81 *Rec.*, 1981, pp. 3277 y ss) concluyó: «...il résulte de la combinaison des articles 30 et 36... qu'il n'est pas interdit...».

(12) Esta categoría de medidas estatales restrictivas de la libre circulación de mercancías eran las que reservaban el mismo trato a los productos importados que a los productos nacionales, es decir medidas que en principio no eran discriminatorias (aunque no se matizó entonces claramente si se trataba de medidas sólo formal o también materialmente no discriminatorias). La tesis «restrictiva» no incorporaba estas medidas al concepto del artículo 30, la tesis «extensiva» las incorporaba en todo caso y la tesis «intermedia» sólo incorporaba las medidas desproporcionadas.

(13) De fecha 22/12/69, ver *J.O.C.E. L.* núm. 13, de 19/1/70 y ver nota anterior.

(14) Ver EHLERMANN, C. D.: «Die Bedeutung des Artikels 36 EWGV für die Freiheit des Warenverkehrs» *EuR*, 1973, pp. 1 a 17 en pp. 5-6 y también del mismo autor «Das Verbot des Massnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes» en (Hamburg-Deutschland-Europa) *Festschrift für H.P. Ipsen*, Tübingen 1977 pp. 579 a 593.

(15) Ver *Ibidem*, cit. supra, p. 6 y p. 589 respectivamente. Otros autores también se han preocupado de esta cuestión: así DONA-VISCARDINI, W. en «Les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives», *R.M.C.*, 1973, núm.165, pp. 224 a 233 en pp. 230-231 estimaba, por ejemplo, que sería excesivo que reglamentaciones que conciernen a la protección del consumidor por el hecho de no contemplarse en el artículo 36 no pudieran mantenerse, recordando que la competencia para reglamentar el comercio no ha sido transferida a la Comunidad sino sólo la competencia para armonizar las reglamentaciones que tienen un efecto restrictivo inherente sobre el comercio. Ver también PAGE, A. C.: «The Concept of Measures Having

En efecto, la «tesis intermedia» presentaba la ventaja, según el autor, de no depender de la interpretación del artículo 36 (16). Pero podemos constatar que esta ventaja se debía simplemente al hecho de que el «test» de la proporcionalidad propugnado por el artículo 3 de la Directiva 70/50 entre los efectos restrictivos de la medida y el objetivo estatal que la motivaba (17) se realizaba «a priori» incorporándose al concepto del artículo 30 únicamente las medidas estatales indistintamente aplicables que no amparaban suficientemente sus objetivos respectivos. Lo que hacía innecesario un nuevo examen de sus objetivos a posteriori por el artículo 36.

En realidad como han criticado Meij y Winter esta forma de razonamiento de la Comisión desvirtuaba el papel del artículo 36 transformando la regla de excepción en criterio de determinación del concepto (18).

Ahora bien, lo que nos interesa resaltar es que, en el referido «test» de la proporcionalidad, los objetivos estatales que se tenían en consideración para justificar las medidas indistintamente aplicables podían ser *cualquier objetivo estatal que se considerase legítimo, por tanto podían ser tanto intereses estatales vitales enumerados en el primer párrafo del artículo 36 como otros objetivos estatales distintos*. Y estos nuevos objetivos distintos considerados por la Comisión (así por ej. la protección del consumidor), corresponden y constituyen sin duda el origen de los intereses estatales que posteriormente el TJCE ha calificado como «exigencias imperativas» a partir de la sentencia en el asunto «Cassis de Dijon» (19).

---

an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions», *E.L.Rev.*, 1977, núm. 2, pp. 105 a 117, en p. 109.

(16) Ver en este sentido EHLERMANN, C. D., *ibidem*.

(17) Recordamos que según la Directiva, la medida estatal restrictiva no respeta la proporcionalidad (y por tanto es contraria al artículo 30): 1) cuando sus efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías no guardan proporción en relación con el resultado buscado. 2) Cuando el mismo objetivo puede alcanzarse por otros medios que obstaculicen menos los intercambios.

(18) Ver MEIJ, A. W. H. & WINTER, J. A. en «Measures having an effect equivalent to Quantitative Restrictions», *C.M.L.Rev.*, 1976, núm. 1, pp. 79 a 103, en pp. 91 y 96

(19) Recordemos que el TJCE en esta sentencia *Rewe Zentral/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* as.120/78 de 20/2/79 *Rec.*, 1979, pp. 649 y ss., en p. 662 cdo.8, paralelamente a extender el concepto de medidas de efecto equivalente a las «disparidades entre legislaciones nacionales» había supeditado esta ampliación del artículo 30 a que no se justificaran dichas medidas por «exigencias imperativas» tales como la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la protección del consumidor.

## II. LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS ¿SON UNA EXTENSION DE LOS INTERESES ESTATALES CONSIDERADOS EN EL ARTÍCULO 36 O UN CRITERIO DE CALIFICACION DEL CONCEPTO DE MEDIDAS DE EFECTO EQUIVALENTE?

### A) EL PAPEL DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Los primeros comentarios doctrinales de la citada sentencia en el asunto «Cassis de Dijon» ponen de relieve que, en un primer momento, las «exigencias imperativas» fueron consideradas como una ampliación de los intereses estatales enunciados en el artículo 36 (20). En esta línea se situaba también la tesis propuesta por el Abogado General Capotorti en este asunto, puesto que, a la vez que defendía una interpretación extensiva de la noción de medidas de efecto equivalente, propugnaba una ampliación del artículo 36 (21). Abundaba también en este mismo sentido el hecho

---

(20) Así lo interpretaba MASCLLET, J. C.: «Les articles 30, 36 et 100 du Traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon», *R.T.D.E.*, 1980, núm. 4, pp. 611 a 634, en p. 624: «Les nouveaux objectifs ainsi mentionnés étant précédés de la formule «notamment» (Cassis de Dijon) et «en particulier» (vinaigre de pomme) ainsi que la référence à «un but d'intérêt général» conduisent à penser que la Cour considère l'énumération de l'article 36 comme indicative et non comme limitative». Asimismo KOVAR, R.: «Chronique de jurisprudence de la Cour de Justice C.E.», *J.D.I. (Clunet)*, 1981, núm. 1, pp. 106-107, en p. 107: «Si on trouve ici les principes de nécessité et de proportionnalité consacrées dans la jurisprudence relative à l'article 36 ...la Cour a élargi les exceptions prévues par cette disposition en visant notamment les nécessités du contrôle fiscal à moins qu'on puisse y voir une exigence d'ordre public et davantage encore celles de la «concurrence loyale».

En cambio, MATTERA, A.: «L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur», *R.M.C.*, 1980, pp. 505 a 514, en p. 507, consideraba que las exigencias imperativas son justificaciones por razones distintas que las indicadas en el artículo 36 y que confirmaban la tesis intermedia desarrollada por la Comisión. Pero en pp. 508-509 estimaba también que las causas de justificación enunciadas en el artículo 36 podían ser «exigencias imperativas» (cuando se examinan medidas indistintamente aplicables).

(21) Ver sus conclusiones en el mismo asunto, *Rec.* 1979, p. 672. En efecto, CAPOTORTI estimaba factible una ampliación de los objetivos del artículo 36 dentro de los límites de su propio espíritu como cláusula de orden público, sin atentar a la interpretación «estricta» del mismo:

«...la protection de la santé publique est sans nul doute un but légitime auquel référence est faite formellement à l'article 36. Tout aussi légitimes sont les déroga-



de que, entre las exigencias imperativas enumeradas por el TJCE en esta sentencia, figurara uno de los objetivos estatales enunciados en el artículo 36 (22).

La sentencia en el asunto «Gilli et Andres», al repetir posteriormente el mismo dictum, fue más explícita dejando entender que las exigencias imperativas podían hacer excepción («dérogar») a las exigencias del artículo 30 (23).

Esta explicación parecía sin duda la más coherente para describir el papel de estos nuevos intereses estatales.

Ahora bien, es cierto que el propio TJCE nunca llegó a confirmar explícitamente que estas «exigencias imperativas» pertenecieran al artículo 36.

Al contrario, dos años más tarde, en la sentencia en el asunto Comisión/Irlanda («Irish souvenirs»), después de recordar que el artículo 36 era de interpretación «estricta», afirmó expresamente que no se trataba de una interpretación extensiva de la noción de orden público del artículo 36 sino que se distinguían del mismo estas nuevas «exigencias imperativas» (24). Y para ubicar dichos nuevos intereses estatales el TJCE estimó que había que examinarlos «en el marco del artículo 30 para determinar si estas nociones *permetten negar la existencia de medidas de efecto equivalente a la importación*» (25).

Hemos deducido de ello que con el fin de distinguir estas nuevas nociones del artículo 36 el TJCE las había incorporado al examen del artículo 30 y por ello había considerado que no constituían excepciones a la prohibición del artículo 30 sino que incidían directamente sobre el concepto. En efecto, «negar la existencia de una medida de efecto equivalente» significa que estas exigencias imperativas pueden excluir del concepto del artículo 30 o simplemente no incorporar en el mismo las reglamentaciones nacionales restrictivas que se justifiquen por tales objetivos

---

tions à l'article 30 qui se révèlent être nécessaires en vue d'assurer la protection des producteurs et des consommateurs contre les fraudes commerciales: La Cour l'a reconnu sur la base de l'article 36 et de la notion d'ordre public qui y figure dans son arrêt du 20 février 1975 dans l'affaire 12/74...».

(22) Se trataba de la exigencia imperativa de la protección de la salud pública.

(23) Ver sentencia TJCE, as. 788/79, de 26/6/80, *Rec.* 1980, pp. 2071 y ss.

(24) Ver sentencia TJCE, as. 113/80, de 17/6/81, *Rec.* 1981, pp. 1625 y ss. en cdo. 8, p. 1638.

(25) *Ibidem*, cdo. 9, p. 1639.

estatales. No creemos que se pueda dar otra interpretación a las palabras del TJCE (26).

Con esta aclaración parece que el papel de las exigencias imperativas acercaba notablemente el examen del concepto en este contexto al de la tesis intermedia de la Comisión, es decir, actuando como un criterio de calificación de las medidas restrictivas indistintamente aplicables dentro del artículo 30, y esto es lo que ha sostenido y sostiene Mattera (27). No obstante, desde esta perspectiva habría que destacar inmediatamente dos matizaciones básicas aportadas por la sentencia «Cassis de Dijon» (28): por un lado ya no había una presunción de legitimidad de las medidas indistintamente aplicables a diferencia de lo que había sostenido la Comisión (29) y por otro lado no cabía invocar cualquier objetivo sino sólo los que admitiera el TJCE.

Para nosotros lo que quedaba claro es que al enmarcar estos intereses estatales en el artículo 30, según la tesis del TJCE, no quedaría completado el examen de la medida y su calificación como medida de efecto equivalente hasta no haberla apreciado en función de las exigencias imperativas que pudieran justificarla. Al menos ese es el razonamiento que debía deducirse de la jurisprudencia inmediatamente posterior (30).

También hay que destacar finalmente que el TJCE había subrayado en el referido asunto «Irish souvenirs» que la posibilidad de invocar exigencias imperativas *se limitaba a las medidas indistintamente aplicables* (31), característica que parecía la más relevante en la distinción con el artículo 36; ahora bien, ello no le ha impedido al TJCE manejar la paradoja, puesto que en este mismo asunto, después de recalcar que la legislación irlandesa no era una reglamentación nacional indistintamente aplicable (32), procedió a examinar si cabía justificar la medida por una exigencia imperativa (la pro-

(26) En contra GORMLEY, L.: «*Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*», La Haya, 1985, p. 94

(27) Ver MATTERA, A.: «L'arrêt «Cassis de Dijon»...» *cit. supra*, pp. 507 y 509; asimismo en su obra «*El mercado único europeo...*» *cit. supra* nota (1) 1991, pp. 281, 291 y 300 a 304.

(28) *Op. cit. supra*. Ver su cdo. 8.

(29) El TJCE ya no sostenía, como la Comisión que en principio las medidas indistintamente aplicables *no* son medidas de efecto equivalente.

(30) Así, por ejemplo, la sentencia «Keldermann» as. 130/80 de 19/2/81 *Rec.* 1981 pp. 527 y ss. último cdo.

(31) *Op. cit. supra* nota (24), cdo. 11, p. 1639.

(32) Puesto que reservaba un trato distinto a los «souvenirs» importados que a los de producción nacional.

tección del consumidor) en razón de la peculiar naturaleza de los «souvenirs» (33). De esta manera entendemos que el Órgano judicial comunitario dejaba abierta la posibilidad de que las exigencias imperativas también pudieran justificar algunas medidas discriminatorias (o *distintamente* aplicables).

Meses más tarde, en la sentencia «Robertson» el TJCE reiteró que las exigencias imperativas incidían sobre el artículo 30 a exclusión del artículo 36, dado que medidas semejantes a las establecidas en la reglamentación en cuestión *no entraban en el ámbito de aplicación de las excepciones limitativamente enumeradas por el artículo 36* (34).

Este dictum venía a confirmar la voluntad del TJCE de no integrar estas exigencias imperativas en el artículo 36, puesto que debían operar en el marco del artículo 30 (35).

Siguiendo la lógica desarrollada por el TJCE las exigencias imperativas permitirían excluir o simplemente no incluir la medida en la noción de medida de efecto equivalente mientras que los intereses estatales protegidos en el artículo 36 no podían incidir sobre el concepto sino sólo fuera del mismo una vez aplicado el artículo 30.

Nos preguntamos hasta qué punto tiene sentido que unos intereses estatales de los Estados miembros actúen sobre el concepto de medida de efecto equivalente y otros, los que están en el artículo 36, no puedan hacerlo.

La jurisprudencia posterior no ha dado mayores aclaraciones sobre cuál era el papel de las exigencias imperativas. Sin embargo, implícitamente, el TJCE ha ido confirmando progresivamente que tendía a considerar las exigencias imperativas como *excepciones* a la prohibición de medidas de efecto equivalente más que como causas de exclusión del concepto.

El primer paso que había dado en este sentido había sido el de optar por considerar la protección de la salud pública como causa de excepción

---

(33) *Ibidem* cdo. 14.

(34) Ver sentencia TJCE as. 220/81 de 22/6/82, *Rec.* 1982, pp. 2349 y ss. ver cdo. 8, p. 2360

(35) Ver *Ibidem* cdo. 14, p. 2362. En este sentido es interesante destacar, aquí, que el Abogado General Capotorti en sus conclusiones en este asunto había sugerido claramente que la medida belga «*n'entre pas dans la notion de mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives visées à l'article 30...*» lo que nos confirma que había interpretado que las exigencias imperativas pueden sustraer una medida del concepto. En cambio el TJCE utilizaba otras palabras más ambiguas incluso en su conclusión: «*...l'article 30 ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre applique une réglementation nationale, prohibant...*»

del artículo 36 aun en el caso de tratarse de medidas indistintamente aplicables (36), olvidándose de que en los asuntos «Cassis de Dijon» y «Gilli et Andres» se había considerado este interés estatal como «exigencia imperativa».

Posteriormente, a partir de las sentencias sobre la pureza de la cerveza (37), es decir, a partir del momento en que el TJCE ha tenido que resolver asuntos que trataban de medidas indistintamente aplicables en que entraban en consideración tanto exigencias imperativas como causas de excepción del artículo 36 (38), se confirmó la tendencia del TJCE a considerar las exigencias imperativas como excepciones al tratar éstas de la misma manera que las causas de justificación del artículo 36 sin hacer diferenciación alguna (39). En efecto, tanto en un caso como en otro, antes de examinar si se justificaba la medida restrictiva por una exigencia imperativa o por el artículo 36, había determinado a priori que dicha medida era contraria al artículo 30 (40).

Esta interpretación da lugar a deducir que aunque el Organismo comunitario mantenga formalmente que las exigencias imperativas operan dentro del artículo 30, de hecho ya no operan dentro sino fuera del mismo, como ocurre con el artículo 36. Así estaríamos, como ha constatado acertadamente Mattera, ante un artículo 36 en «segunda versión» (41).

---

(36) En este sentido la sentencia «Eyssen» parece la primera as.53/83 de 5/2/81, *Rec.*, 1981, pp. 409 y ss. ver cdo. 12, p. 421 y cdo. 16, p. 423. Lo confirmaría el mismo año la sentencia «Biologische Producten BV as. 272/80 de 17/12/81 *Rec.* 1981, pp. 3277 y ss. en cdo.13, p. 3291.

(37) Ver sentencias TJCE Comisión/Grecia as. 176/84 y Comisión/R.F.A. as. 178/84 ambas de 12/3/87 *Rec.* 1987, respectivamente, pp. 1193 y ss y 1262 y ss.

(38) Por primera vez el TJCE analiza con detenimiento en un mismo asunto exigencias imperativas de protección del consumidor y eficacia de control fiscal a la vez que protección de la salud pública del artículo 36 (en este sentido ver especialmente Comisión/Grecia 176/84 cdo. 27, p. 1218).

(39) No obstante en el examen del asunto Comisión/R.F.A. se puede observar un intento del TJCE de distinguir la incidencia de las exigencias en el artículo 30 en un examen global medida-exigencia (ver as. 178/84 cdo. 37, p. 1272) y una vez deducido que era una medida contraria al artículo 30 en la segunda parte examinó la protección de la salud en el artículo 36. Ahora bien en la sentencia Comisión/Grecia esta distinción se hace imperceptible.

(40) Un ejemplo muy reciente de esta forma de análisis en que el TJCE determina claramente a priori la existencia de una medida de efecto equivalente antes de proceder al examen de las exigencias imperativas puede verse en la sentencia en el asunto «Mars» as. C-470/93 de 6/7/95 *Rec.*, 1995, pp. I-1923 y ss. en cdo. 14 y 15, p. I-1941

(41) Ver MATTERA, A.: *El mercado único...*, p. 303.

Si el TJCE ha pretendido mantener formalmente una diferencia con el artículo 36 es probablemente porque deseaba evitar reconocer la posibilidad de una interpretación extensiva del primer párrafo del artículo 36, pero inevitablemente a nuestro entender ha llegado «de facto» a aplicar para las exigencias imperativas un método de interpretación, más que análogo, idéntico a esta disposición. Por tanto consideramos que no tiene sentido ya mantener tal diferencia que no se corresponde con la práctica.

En la sentencia en el asunto «Aragonesa de publicidad» (42) se hace patente hasta qué punto el TJCE sigue huyendo de toda aclaración comprometedora sobre esta cuestión pese a la sugerencia de la Comisión (43) y la insistencia del Abogado General Van Gerven en obtener un pronunciamiento del TJCE sobre si la protección de la salud tratándose de una medida indistintamente aplicable podía considerarse como exigencia imperativa en el marco del artículo 30 y no como causa de excepción incluida en el artículo 36 (44).

El Organo judicial vino a decir que era inútil averiguar si la protección de la salud puede presentar el carácter de una exigencia imperativa puesto que dicha protección está contenida en el artículo 36 y esta disposición es aplicable tanto en el caso de medidas distinta o indistintamente aplicables a diferencia de las exigencias imperativas que sólo son aplicables en el segundo caso (45).

Mattera ha criticado abiertamente este dictum tachándolo de incoherente en su razonamiento puesto que, por un lado, tiene por consecuencia saltarse el «test» de la proporcionalidad que estima debía realizarse dentro del artículo 30 para determinar si la medida indistintamente aplicable es o no contraria a esta disposición (46), y por otro lado, sostener que

---

(42) Ver sentencia TJCE Aragonesa de Publicidad Exterior S.A./Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña as. C-1/90 y C-176/90 de 25/7/91 *Rec.* pp. I-4151 y ss.

(43) Ver *Ibidem* cdo.12. p. I-4183

(44) Ver sus conclusiones en este asunto *Rec.* p. I-4177. Como podemos observar Van Gerven planteaba la alternativa en términos siguientes: o bien es una exigencia imperativa que actúa en el artículo 30 excluyendo la aplicación de dicha disposición, o bien se aplica el artículo 30 pero luego queda exceptuada por la aplicación del artículo 36.

(45) Ver sentencia en cdo.13 p. I-4184.

(46) Ver MATTERA, A.: en su comentario sobre dicha sentencia en *R.M.U.E.*, 1991, núm. 4, pp. 206 a 208, en p. 208 viene a sostener prácticamente la misma tesis que la Comisión en la Directiva 70/50. Y estima: «...Sauter une telle étape de

las exigencias imperativas puedan ser excepciones sin estar mencionadas en el artículo 36 (47).

Para nosotros, más que un razonamiento incoherente nos parece una muestra más de que el TJCE, sin reconocerlo explícitamente, no distingue realmente entre artículo 36 y exigencias imperativas, es decir, que considera estas últimas como excepciones a la prohibición de medidas de efecto equivalente. Lo que nos parece criticable, en cambio, y da lugar a confusión, es que con tal interpretación siga sosteniendo formalmente que las exigencias imperativas se examinan *dentro* del artículo 30.

Vemos, por tanto, que en definitiva, mientras no dé mayores explicaciones el TJCE al respecto, cabe deducir dos interpretaciones en cuanto al papel de las exigencias imperativas en el artículo 30: una las considera como un criterio de calificación que incide directamente sobre el concepto de medida de efecto equivalente, la otra las considera como excepciones a la prohibición de tales medidas. Si optamos por la segunda, que es la que parece deducirse del sentido común y de la propia práctica jurisprudencial, a nuestro entender no pueden ni deben mantenerse las exigencias imperativas «dentro» del artículo 30.

#### B) LA SOLUCIÓN DOCTRINAL: LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS CONSTITUYEN UNA «RULE OF REASON»

Gran parte de la doctrina parece haber encontrado una explicación satisfactoria para definir el papel de las exigencias imperativas, considerando que constituyen una «rule of reason» del artículo 30 (48).

---

l'appréciation de la mesure —à savoir l'examen de sa proportionnalité— revient à qualifier de «mesures d'effet équivalent» toutes les réglementations commerciales indistinctement applicables avant d'en avoir examiné la «proportionnalité» et par là, à méconnaître le pouvoir des Etats de réglementer le commerce, alors même qu'il n'existerait pas de réglementation commune ou harmonisée en la matière. Ce qui est manifestement contraire à un des «fondements» du raisonnement de la Cour en matière de réglementations commerciales indistinctement applicables».

(47) *Ibidem*.

(48) Ver por ejemplo KAPTEYN, P. J. G. & VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law of the European Communities after coming into force of the Single European Act*, ed. por L. W. GORMLEY, Deventer, 1990, pp. 387-388 ; también GORMLEY, L. W.: *Prohibiting Restrictions ...*, *cit. supra*, pp. 51 a 55; MARTÍNEZ LAGE, S.: «La libre circulación de mercancías» en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAM-

Hay que recordar que la «rule of reason» consiste en interpretar de forma razonable una regla excesivamente prohibitiva y rigurosa (49).

La aplicación de esta regla de flexibilización de la regla de base sostenida por Verloren Van Themaat se habría aplicado ya a la libre circulación de mercancías en la sentencia «Dassonville» (50) que habría inspirado la sentencia «Cassis de Dijon» y las demás que introdujeron exigencias imperativas (51). Para el autor era una explicación suficiente para diferenciar las exigencias imperativas del artículo 36 (52) aunque, para nosotros, no se había pronunciado realmente sobre cual era el efecto que producía la «rule of reason» sobre el artículo 30 (53).

---

POS, J. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, estudio sistemático desde el derecho español* Madrid, 1986, vol. II, pp. 55 a 98 en pp. 85-86 ; LÓPEZ ESCUDERO, M.: *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea*, Granada, 1991, pp. 305 a 312

(49) Tiene su origen en el derecho «antitrust» de Estados Unidos. Esta regla jurisprudencial permitió modular la prohibición absoluta de restringir el comercio contenida en el «Sherman Act» de 1980 permitiendo ciertas medidas restrictivas que no tienen incidencia relevante sobre el comercio o contribuyen en realidad a fomentarlo. KOVAR, R.: «Le Droit communautaire de la concurrence et “la règle de la raison”», *R.T.D.E.*, 1987, pp. 237-254, distingue las dos vertientes de la regla que permite: por un lado las restricciones accesorias en relación con el objetivo principal y por otro las medidas que tienden en su conjunto a favorecer el comercio.

En este sentido consideramos que la doctrina sobre el artículo 30 T.CE ha formado esta regla utilizándola de otra forma.

(50) Ver VERLOREN VAN THEMAAT, P.: «La libre circulation des marchandises après l'arrêt “Cassis de Dijon”», *C.D.E.*, 1982, núms. 2/3, pp. 123-136, en pp. 123-124. Este autor estimaba que la amplitud de la regla del artículo 30 habría quedado modulada por el TJCE con la posibilidad de invocar la protección del consumidor siempre que la medida fuera razonable. En contra DONNER, J. P. H.: «Article 30-36 EEC in general» en (Dutch National Report FIDE Congress-Dublin Congress) *S.E.W.*, 1982, pp. 362-373, en p. 364. Ha puesto seriamente en duda de que se pueda deducir una regla de la razón de la sentencia «Dassonville», puesto que en este asunto el término razonable se refiere a las medidas y *no se refiere a los objetivos de estas medidas*.

(51) Ver VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Ibidem*, p. 123.

(52) *Ibidem*, p. 127.

(53) En efecto ver *Ibidem*. El autor se había limitado más bien a constatar que la «rule of reason» se desarrollaba en el artículo 30 a diferencia del artículo 36. El mismo autor tampoco era mucho más explícito en «De artikelen 30-36 van het EEG Verdrag» *Themis* 1980, p. 378, según lo cita DONNER, J. P. H.: «Articles 30-36...», *cit. supra*, p. 364, consideraba que el TJCE habría elegido un camino entre su opinión anterior y la de la Comisión a la que se oponía. Finalmente en KAPTEYN, P. J. G. & VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law...*, pp. 388 a 390 ha

La doctrina ha hecho suya en general esta idea atractiva de la «rule of reason» (54) pero sin coincidir tampoco en explicar cómo operaba en relación con la noción de medidas de efecto equivalente. En efecto, como ha observado con razón Donner: «Whether the rule of reason should be seen as an extension of artículo 36 or a limitation of artículo 30 remained unclear» (55).

Gormley reconoce también que la doctrina ha manejado hipótesis diversas para explicar cómo operan las exigencias imperativas en tanto que «rule of reason» (56). Para él supone una aplicación del principio de equidad en derecho internacional (57), idea que sin dejar de ser interesante en todo caso tampoco explica cómo opera en relación con la noción de medidas de efecto equivalente. Ahora bien, según ha ubicado dicha cuestión en su obra, queda claro que ha seguido el TJCE considerando esta regla dentro del artículo 30 (58); sin embargo, no parece haber considerado en cambio que opera como una modulación del concepto sino más bien como una excepción a la prohibición de medidas de efecto equivalente reconociendo incluso que actúa al igual que el artículo 36 (59):

A decir verdad no entendemos cómo no ha visto una contradicción en la idea de existir excepciones dentro y fuera del artículo 30 aun

---

descrito la regla de la razón como una aceptación temporal de reglamentaciones estatales de interés y valor mientras la Comunidad no haya regulado el ámbito referido. Para nosotros esta idea no difiere de la interpretación del artículo 36 que también es aplicable residualmente mientras no exista regulación comunitaria.

(54) Al menos ha utilizado este término como nueva forma de nombrar las exigencias imperativas.

(55) Ver DONNER, J. P. H.: «Articles 30-36...», *cit. supra*, nota (50), p. 364.

(56) Ver GORMLEY, L.: «*Prohibiting Restrictions...*», p. 51 «The rule of reason has been analysed as an application of the public policy provision in Article 36, as a wide interpretation of the first sentence of that Article and as constituting another set of exceptions of Article 30 (thereby being an interpretation of it)».

(57) Ver GORMLEY, L.: *Prohibiting Restrictions...*, p. 51.

(58) *Ibidem*. En efecto trata de la cuestión en el capítulo referente al artículo 30.

(59) Ver *Ibidem*, p. 56. Para ese autor, considerar que no es una medida de efecto equivalente una medida que se justifica por la «rule of reason» se contradice con el hecho de que esta medida sea capaz de obstaculizar actual o potencialmente, directa o indirectamente el comercio entre Estados miembros. Ello nos muestra que estimaba que la definición de Dassonville debía aplicarse automáticamente y no era modulable a priori.

Estima por tanto: ...«the rule of reason does not cut down the scope of Article 30 as such but serves to accept measures notwithstanding the terms of Article 30. In this respect the rule of reason operates like Article 36».



intentando explicarlo por la existencia de una dicotomía entre concepto de medida de efecto equivalente, su prohibición y la aplicación del artículo 30.

Otros autores también consideran que se trata de excepciones dentro del artículo 30 (60).

En cambio, Oliver, más coherentemente, se inclina a considerar que las exigencias imperativas son excepciones a la prohibición de medidas de efecto equivalente simplemente porque constituyen una ampliación del artículo 36 (61).

Mattera, como era de esperar, ha criticado abiertamente la «rule of reason» porque equivale simplemente a establecer una segunda línea de excepciones para justificar medidas que no pueden acogerse a las excepciones contempladas en el artículo 36, lo que considera «jurídicamente indefendible ya que sólo el artículo 36 puede justificar el mantenimiento de una normativa ya calificada como «medida de efecto equivalente» (62). Efectivamente, a partir del momento en que las exigencias imperativas se consideran como excepciones deben de pertenecer al ámbito del artículo 36.

Coherente con su tesis, estima que las exigencias imperativas tienen que operar sobre el concepto de medida de efecto equivalente como criterio de calificación del mismo (63).

---

(60) Así, por ejemplo, LÓPEZ ESCUDERO, M.: *Obstáculos técnicos...*, pp. 307 a 311, aunque expone también las discusiones surgidas respecto a esta cuestión. En este sentido opinan la mayoría de los autores pero en general sin plantearse siquiera la cuestión de si las exigencias imperativas pueden considerarse como criterios que inciden a priori sobre la noción de medida de efecto equivalente. En contra MATTERA en: *«El mercado único...»*, pp. 303-304.

Especialmente sintomático al respecto son los autores que opinan que las sentencias «Cinéthèque» y «Torfaen», por ejemplo, llevaron el concepto de medida de efecto equivalente al criterio de la restricción. En efecto parten de la base de que el TJCE ha aplicado «ipso facto» el dictum «Dassonville» considerando las medidas indistintamente aplicables restrictivas automáticamente como medidas de efecto equivalente y sólo a posteriori ha examinado estas medidas a la luz de las exigencias imperativas lo que presupone, una vez más, que estas últimas no se consideran como una modulación del concepto sino como una excepción a la prohibición una vez determinada la existencia de la medida.

(61) Ver OLIVER, P.: *Libre circulación de mercancías en la CEE*, Madrid, 1991, pp. 120. En efecto a su entender las exigencias imperativas tienen las mismas características que las causas de justificación del artículo 36.

(62) Ver MATTERA, A.: *El mercado único...*, pp. 303-304.

(63) Ver *Ibidem*.

Donner también ha puesto seriamente en duda la «rule of reason» (64); aun así ofrece, para nosotros, el único intento de explicación coherente que hubiera permitido sostener que las exigencias imperativas constituyen una auténtica «rule of reason» como modulación del concepto (65), sugiriendo que, a diferencia de los objetivos enunciados en el artículo 36 que requieren un cierto grado de exclusión del mercado, *estos nuevos objetivos estarían relacionados con el correcto funcionamiento del mecanismo del mercado de la oferta y la demanda (transparencia del mercado, competencia leal, etc.)* (66); es decir, que podrían excluirse del concepto las medidas que responden a estos objetivos porque benefician al mercado común (67).

No obstante, esta tesis, a nuestro entender, sólo lograría explicar algunas de las exigencias imperativas mientras que otras como la protección del medio ambiente o la protección de la creación de obras cinematográficas (culturales) o incluso ciertas vertientes de la protección de consumidores tienden más bien a excluir el mecanismo del mercado que a favorecerlo y en este sentido no se distinguen en absoluto por su naturaleza de la lista de intereses estatales contenidos en el artículo 36 (68).

---

(64) Ver DONNER, J. P. H.: «Articles 30-36...», *cit. supra*, pp. 365, 366. Estima que hubiera sido preferible considerar las exigencias imperativas como una interpretación extensiva del artículo 36. No obstante, de considerarse sostenible la «rule of reason» debía tratarse de una limitación del artículo 30.

(65) *Ibidem* y ver la interpretación de KOVAR, R., *cit. supra*, nota (49).

(66) Ver DONNER, J. P. H.: «Article 30-36...», p. 366.

(67) En este sentido entendemos que serían auténticas expresiones de una «rule of reason» la sentencia «Kramer» de 1976 as. ac. 3, 4 y 6/76 de 14/7/76 *Rec.* 1976, pp. 1279 y ss. (la medida no era contraria al artículo 30 porque si bien restringía las capturas de peces permitidas y por tanto los intercambios a corto plazo, a largo plazo era beneficiosa puesto que tendía a aumentar las especies marinas y con ello las posibilidades de intercambios).

También se puede considerar como otra manifestación de una «rule of reason» la sentencia «Blesgen» as.75/81 de 31/3/82 *Rec.* 1982, pp. 1211 y ss., como manifestación de la tesis de las «restricciones accesorias» es decir la teoría de la regla «de minimis» o de «l'atteinte sensible» de la libre competencia. En este sentido Ver WAELBROECK, D. en su comentario de esta sentencia en *C.D.E.* 1983, núms. 2-3, pp. 233 a 246 en p. 248.

(68) En este sentido ver VAN GERVEN, W. en VAN GERVEN, W. et GOTZEN, F.: «L'élimination des barrières non tarifaires avec référence particulière au droit de la propriété industrielle ainsi qu'au droit d'auteur» Rapport Général en: *The Elimination of Non Tariff Barriers with Particular Reference to Industrial Property Rights including Copyright*, Congreso FIDE, Dublin, 1982, p. 1.7 decía con mucho acierto: «...il

Por tanto entendemos que la fundamentación de las exigencias imperativas en una «rule of reason» no parece una explicación satisfactoria para distinguir las exigencias imperativas del artículo 36.

Insistimos en que dichas exigencias imperativas desde un punto de vista técnico-jurídico no son más que nuevas excepciones calcadas sobre las condiciones de aplicación del artículo 36, es decir, en definitiva una ampliación de las causas de justificación enunciadas en dicha disposición.

### III. TESIS A FAVOR DE UNA CONSIDERACION DE LAS EXIGENCIAS IMPERATIVAS COMO UNA INTERPRETACION EXTENSIVA DEL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 36

Aunque la doctrina parece haber seguido al TJCE en su afán de distinguir las exigencias imperativas del artículo 36, entendemos que tarde o temprano tenían que ponerse de relieve las contradicciones que puede suponer la distinción a nuestro juicio ficticia que ha establecido el TJCE entre los objetivos estatales que permiten justificar medidas calificadas a la luz del artículo 30, objetivos que para nosotros tienen el mismo origen y la misma razón de ser y siguen los mismos criterios de aplicación.

En efecto, en realidad son más las similitudes que unen el artículo 36 y la mal llamada «rule of reason» que las diferencias que puedan separarles. Así lo ha destacado Van Gerven al señalar que el paralelismo entre

---

me semble que cette théorie aide à comprendre ce qui peut avoir été à l'origine la différence entre les deux catégories d'exceptions. Il est par exemple certain que la nécessité de protéger la santé publique ou la propriété industrielle peut aller à l'encontre du fonctionnement propre du marché, alors que la protection d'une concurrence déloyale et même du consommateur est destinée à renforcer le mécanisme du marché. Cependant aussitôt que la Cour insistera sur le "numerus clausus" des dérogations contenues à l'article 36, des exigences impératives apparaîtront qui, bien qu'en opposition avec le fonctionnement du marché devront être garanties à l'aide de la "rule of reason". Telle est par exemple le cas du contrôle fiscal mais aussi de la protection de l'environnement ou des conditions de travail, des raisons tenant à un but d'intérêt général autre que celui d'un bon fonctionnement du marché. Certes, si l'on pouvait rédiger l'article 36 à nouveau, un bon nombre de raisons seraient ajoutées à la liste qui maintenant en raison du caractère limitatif de l'article 36 doivent être portées sous l'empire de la "rule of reason"».

«las dos categorías de excepción» es considerable (69) y todas sus características son idénticas a excepción del hecho de que las exigencias imperativas no pueden invocarse para justificar medidas nacionales discriminatorias, por lo que concluye: «Il semble résulter de ce parallélisme que la Cour distingue les deux catégories d'exceptions principalement par souci de respecter la lettre de l'article 36» (70).

Vamos a analizar a continuación si realmente hoy día tiene sentido mantener esta distinción meramente formal que se presta a confusión. En efecto, pensamos que sería mucho más práctico y coherente considerar las exigencias imperativas como ampliación del artículo 36, puesto que de hecho, como hemos constatado anteriormente, el TJCE las está aplicando ya de esta manera. Es probable que este enfoque hubiese permitido evitar muchos problemas y ambigüedades en la interpretación del concepto.

Hemos recalcado ya que puede estimarse perfectamente lógico y factible considerar estos nuevos objetivos estatales como una adaptación a la evolución de los tiempos de los objetivos preferentes y residuales de los Estados miembros frente al principio de libre circulación de mercancías reflejado en el artículo 30, «ajustándose» así al alcance de la noción de medida de efecto equivalente que el TJCE no ha tenido ningún reparo en ampliar a diferencia del alcance del artículo 36.

Sin embargo, quedan por rebatir dos argumentos importantes en que se apoya el TJCE: por un lado, el argumento de que sólo cabe invocar las exigencias imperativas cuando las medidas son indistintamente aplicables, y, por otro, el de la interpretación «estricta» del artículo 36 que impediría su ampliación.

Vamos a examinar la repercusión que han tenido estas cuestiones en la jurisprudencia, mostrando que no constituyen ningún impedimento real para que el TJCE revise su posición en este sentido.

---

(69) Ver *Ibidem*.

(70) *Ibidem* ; en este sentido, también DAUSES, M.: «Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes», *R.T.D.E.*, 1992, núm. 4, pp. 607-629, en pp. 615-616 estima que hubiera sido mucho más sencillo considerar las excepciones impuestas por analogía al artículo 36 como causas de justificación.

A) DE LA AMBIGUA DELIMITACIÓN ENTRE MEDIDAS DISTINTA  
E INDISTINTAMENTE APLICABLES

En cuanto a esta primera cuestión partimos de la idea de que el límite entre medida distinta e indistintamente aplicable es más que aleatoria por diversas razones:

1) En primer lugar, un examen de la jurisprudencia nos permite constatar que son numerosos los casos en que las medidas «indistintamente» aplicables que se examinan no son más que formalmente indistintamente aplicables, encerrando en realidad una discriminación material entre producto nacional y producto importado, sin que el TJCE haya hecho ningún distingo al respecto ni haya rechazado «a priori» examinar las exigencias imperativas invocadas por los Estados miembros en estos casos (71).

2) En segundo lugar, abundando en la misma cuestión, entendemos que la distinción entre medida distinta o indistintamente aplicable puede ser a veces simplemente una cuestión de técnica legislativa distinta (72).

3) En tercer lugar, aunque el TJCE haya rechazado en principio la posibilidad de invocar exigencias imperativas respecto de medidas formalmente discriminatorias en la sentencia «Irish souvenirs», hemos visto que ello no le ha impedido examinar, en la misma, si cabía justificar una medida «distintamente» aplicable por la exigencia imperativa de la protección del consumidor (73).

---

(71) Buen ejemplo de ello sería el asunto «Gilli y Andres» de 1980 *cit. supra*. También la sentencia Comisión/Reino Unido, as. 207/83 de 25/4/85 *Rec.* 1985 pp. 1201 y ss. en cdo. 21, p. 1212, examinó si se justificaba una medida discriminatoria por la protección del consumidor. Asimismo podemos citar en el ámbito de las medidas indistintamente aplicables a la *exportación* la sentencia «Interhuiles» as. 172/82 de 10/3/83 *Rec.* 1983, pp. 555 y ss., en que la medida aparentemente indistintamente aplicable suponía implícitamente una prohibición de exportar aceites usados, por tanto una discriminación. Ello no impidió al TJCE examinar la cuestión de la *protección del consumidor*.

(72) En este sentido puede verse ULMER, P.: «Zum Verbot mittelbarer Einfuhrbeschränkungen im EWG Vertrag», *GRUR Int.* 1973, núms. 6-7, pp. 502 a 514 en pp. 512-514. Ejemplo de ello es el asunto Regina/Henn & Darby, as. 34/79 sentencia de 14/12/79 *Rec.* 1979, pp. 3795 y ss. En efecto la configuración de la ley inglesa en cuestión era distintamente aplicable en la medida en que sólo contemplaba la prohibición de ciertas importaciones sin concernir los productos nacionales semejantes, pero un examen de otras leyes internas del país mostraba un mismo trato, en su conjunto, para tales productos nacionales.

(73) Ver esta sentencia, *cit. supra*, nota (24).

En la doctrina, Oliver se ha mostrado especialmente contrario a mantener esta distinción entre medida distinta e indistintamente aplicable en relación con la posibilidad de invocar exigencias imperativas, considerando por una parte que supone una fuente de problemas en la práctica (74) y por otra que también puede ser necesario justificar ciertas medidas distintamente aplicables, especialmente en el ámbito de la protección del consumidor (75), idea con la que coincidimos plenamente. Sostiene en definitiva que las exigencias imperativas tienen que considerarse como incluidas en el artículo 36 o como adiciones a la lista de excepciones previstas en el artículo 36 (76).

4) Consideramos también especialmente significativa de que el argumento formal ya no tiene mucho sentido, la reciente sentencia Comisión/Bélgica sobre desechos no reciclables en Valonia (77) en que el TJCE ha tenido que recurrir a argumentos más que dudosos para permitir la justificación de una medida realmente discriminatoria por razón de la exigencia imperativa de la protección del medio ambiente (78).

Estimamos, por tanto, que la distinción entre medidas distinta e indistintamente aplicables como criterio de diferenciación entre la aplicación de exigencias imperativas y las excepciones del artículo 36 queda actualmente desdibujada y nos parece meramente formal porque en la mayoría de los casos no corresponde ya a la distinción entre medidas materialmente discriminatorias y no discriminatorias que en definitiva debía haber sido el criterio imperante.

---

(74) Ver OLIVER, P.: «*La libre circulación...*», p. 120.

(75) *Ibidem*, p. 119.

(76) *Ibidem*.

(77) Ver la sentencia Comisión/Bélgica as. C-2/90 de 9/7/92 *Rec.* 1992, pp. I-443 y ss.

(78) *Ibidem*, cdos. 32, 34 y 36. El TJCE había recurrido al argumento de la peculiaridad de los desechos en cuestión para considerar la medida como no discriminatoria. Ver las críticas de WILS, P. J.: «The Search for the rule in Article 30 EEC: much ado about nothing», *E.L.Rev.* 1993, núm. 6, pp. 474 y ss. en p. 482: «As the last remaining general rule-like subtest, which allows discriminatory measures to be struck down unless falling under Article 36, it has been seriously weakened by the 1992 Walloon waste judgment». Ver también HANCHER, L. & Sevenster, H. en comentario de la sentencia *C.M.L.Rev.* 1993, p. 351 y GERARDIN, D. en comentario *E.L.Rev.* 1993, p. 144.

## B) ¿INTERPRETACIÓN «ESTRICTA» O «RESTRICTIVA» DEL ARTÍCULO 36?

Es lógico pensar que toda excepción a una regla de derecho debe interpretarse restrictivamente so pena de dejar sin aplicar dicha regla (79).

Efectivamente, el propio texto del artículo 36 contiene en su segundo párrafo una consagración de los límites a la posibilidad de interpretación de dicha disposición. Así cualquiera de las causas de justificación que enuncia su primer párrafo debe ser sopesada por el Organo judicial comunitario a la luz de los casos que se le plantean. El TJCE ha manifestado cuál debía ser el criterio general de *interpretación restrictiva* de dicha disposición: los Estados miembros deben mantenerse dentro de los límites trazados por esta disposición en lo que se refiere tanto al objetivo a alcanzar como a la naturaleza de los medios (80).

Sin embargo el Organo judicial comunitario ha ido más allá de esta interpretación restrictiva para interpretar también de forma «estricta» dicha disposición (81). En efecto, mientras la interpretación «restrictiva» a nuestro entender se refiere a los límites señalados en el segundo párrafo del artículo 36, es decir, a los criterios y condiciones que limitan la posibilidad para los Estados miembros de dictar medidas que respondan a los objetivos de orden público o intereses estatales enumerados en el artículo 36 (82), la interpretación «estricta», en cambio, se refiere más bien a la necesidad de mantener la aplicación de la disposición según el tenor

---

(79) En cuanto a la interpretación de disposiciones excepcionales puede verse LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de la 4.ª ed. de «Methodenlehre der Rechtswissenschaft») Barcelona, 1980 ver en pp. 350 a 353.

(80) Ver sentencia Comisión/Italia as.7-68 de 10/12/68 *Rec.* 1968, pp. 618 y ss. en p. 628.

(81) Respecto a matices entre interpretación restrictiva y estricta puede verse LARENZ, K.: *Método de interpretación...* pp. 350 a 353.

(82) Estas condiciones o criterios de aplicación del artículo 36.2 o «test» suelen exigir:

a) Que la medida sea necesaria y apta para alcanzar el objetivo propuesto.

b) Que la medida sea proporcional, es decir que no quepa sustituirla por otra medida menos perjudicial para la libre circulación de mercancías.

Estos criterios se deducen más de los criterios establecidos por la Comisión en el artículo 3 de la directiva 70/50 que del propio texto del artículo 36.2.

También puede resaltarse variantes clásicas cuyo mejor ejemplo es la sentencia Regina/Henn & Darby de 1979 en que el TJCE examinó con el mayor rigor técnico jurídico posible las nociones contenidas en el artículo 36.2 «discriminación arbitraria y restricción encubierta».

literal del texto del artículo 36 tanto en cuanto a los objetivos estatales enunciados como en cuanto a las disposiciones a las que permite hacer excepción, cuestión que se refiere al primer párrafo del artículo 36 y que es la que vamos a examinar a continuación.

1) Las distintas manifestaciones de la interpretación «estricta»

Podemos distinguir tres aspectos diversos en la interpretación estricta del artículo 36. Los dos primeros ya se pusieron de manifiesto durante el período de transición:

- 1) No pueden considerarse en el ámbito del artículo 36 intereses de naturaleza económica (83).
- 2) No se permite extender la aplicación de esta excepción a otras disposiciones del Tratado (84).

Hubo que esperar mucho más tiempo para que la tercera vertiente de dicha interpretación se manifieste:

- 3) El TJCE ha considerado expresamente como «*numerus clausus*» los intereses estatales contemplados en el primer párrafo del artículo 36 en el asunto «*Irish souvenirs*» al declarar de nuevo que el artículo 36 del T.CE era de interpretación «estricta» pero aclarando esta vez que las excepciones que enumera no pueden extenderse a casos distintos de los limi-

---

Finalmente también se ha utilizado un compendio de estos criterios sin distinguirlos llegando a lo que se suele llamar «*balancing test*» que viene a sopesar sin matización específica el interés estatal en juego en relación con el interés de la libre circulación de mercancías para determinar cual es el interés preferente en el caso concreto.

(83) Ver sentencia TJCE Comisión/Italia as. 7/61 de 19/12/61 *Rec.* 1961 pp. 637 y ss. en p. 657.

(84) Ver sentencia Comisión/Italia as. 7-68 *cit. supra* en p. 628. En este asunto el TJCE rechazó la aplicación de la excepción del artículo 36 para justificar una medida contraria al artículo 16 del T.CEE. Aunque el Tribunal parecía insistir más en excluir la aplicación del artículo 36 por la inadecuación de la medida para asegurar la realización del objetivo, es decir la protección del patrimonio artístico, que por el hecho de que se trate de un obstáculo del artículo 16 y no de los artículos 30 y 34. Ver también la sentencia *Bauhuis/Etat néerlandais* as. 46/76 de 25/1/77 *Rec.* 1977 pp. 5 y ss. en que se reiteró en su interpretación estricta del artículo 36 que no podía entenderse como permitiendo medidas de naturaleza distinta de las contempladas en los artículos 30 y 34.



tativamente previstos (85); por tanto, pretendía impedir una ampliación de los objetivos estatales enunciados en el artículo 36.

## 2) Las quebras de la interpretación «estricta»

Vamos a destacar aquí que el propio TJCE, a pesar de las declaraciones antes referidas, ha quebrado en diversas ocasiones su supuesta y reiterada interpretación «estricta».

### a) *La naturaleza económica de ciertos objetivos estatales contemplados en el artículo 36*

En los primeros años del período definitivo el TJCE se mantuvo firme, al menos formalmente, en cuanto a rechazar connotaciones de naturaleza económica en los objetivos del artículo 36, y muestra de ello es la sentencia en el asunto Duphar, en 1984, en la que el TJCE había mantenido que el artículo 36 al no contemplar medidas de carácter económico no podía justificar una medida que pretendía ante todo un objetivo presupuestario al buscar una reducción de los gastos de funcionamiento del sistema de seguro médico en Holanda (86) aunque su motivo principal fuera también el de la protección de la salud pública (87).

(85) Ver sentencia TJCE as. 113/80 de 17/6/81 *Rec.* 1981, pp. 1625 y ss. (cit. supra) ver cdo.7, p. 1638. Hay que señalar que en este cdo. el TJCE citaba su declaración respecto al artículo 36 en la sentencia «Bauhuis» de 25/1/77 pero con un sentido distinto que se desprendía de dicha sentencia haciendo inaplicable el artículo 36 a medidas de naturaleza distinta (exacciones de efecto equivalente). Es por tanto en el asunto Comisión/Irlanda donde la interpretación «estricta» del artículo 36 adquiere un nuevo significado que se refiere al rechazo de la posibilidad de ampliar las nociones de orden público contenidas en dicha disposición.

(86) Ver sentencia TJCE Duphar/Pays-Bas as. 238/82 de 7/2/84 *Rec.* 1984, pp. 523 y ss. en cdo.23, p. 542

(87) Son especialmente destacables las conclusiones del Abogado General MANCINI en este asunto (ver *Rec.* 1984 p. 550). Había puesto de relieve que el obstáculo a la libre circulación de medicamentos causado por la legislación holandesa se podría justificar por razones de salud pública pero *en su vertiente económica* y estimaba: «on ne pourra pas nier que lire l'article 36 de manière à ne pas reconnaître aux Etats un pouvoir d'intervention visant à améliorer l'assistance sanitaire équivaut à rendre dans une large mesure «non utile» l'exemption que constitue «la protection de la santé».

En cambio la Comisión, sostenía que tal motivo no podía pertenecer a la salud pública y debía considerarse como una nueva exigencia imperativa (*Rec.* p. 533).

Lo destacable de la respuesta del TJCE en este asunto es que para mantener su interpretación «estricta» del artículo 36 (88), *había recurrido a la solución de sustraer a priori del ámbito de aplicación del artículo 30 la medida*, aun habiendo reconocido claramente que esta última, si bien indistintamente aplicable, tenía un efecto restrictivo importante sobre la importación de los medicamentos.

Ello nos muestra hasta qué punto puede tener influencia sobre el alcance del concepto del artículo 30 la posibilidad de invocar exigencias imperativas o excepciones del artículo 36. En efecto, el TJCE para salvar su coherencia respecto al artículo 36 había optado por excluir la medida del concepto.

No obstante, la sentencia «Campus Oil» ha supuesto una evolución importante en comparación con Duphar. Esta vez el TJCE adoptó una actitud mucho más flexible con respecto a la interpretación del artículo 36 en relación con objetivos de carácter económico (89). En efecto, a la vez que declaró que constituía una medida de efecto equivalente una reglamentación nacional que prevé la obligación para todos los importadores de abastecerse en productos petrolíferos en un porcentaje determinado de sus necesidades de una refinería instalada en el territorio nacional (90), aceptó que podía justificarse tal medida por razones de seguridad pública contenida en el artículo 36, admitiendo a la vez que este objetivo tenía notables connotaciones de naturaleza económica: «... *el hecho de que la reglamentación permita alcanzar, al margen de los objetivos que conciernen la seguridad pública, otros objetivos de naturaleza económica eventualmente pretendidos por el Estado miembro, no excluye la aplicación del artículo 36*» (91).

Unos años más tarde la sentencia Openbaar Ministerie/Nertsvoeder-

---

(88) Y a la vez también para evitar una ampliación de las exigencias imperativas.

(89) En este sentido MORTELMANS, K. en su comentario a la sentencia Campus Oil en *C.M.L.Rev.* 1984, núm. 4, pp. 687 a 713 en p. 699 «...the Campus Oil judgment is the first concrete example of the Court working out the relationship between the exceptions contained in Article 36 and matters of economic nature».

(90) Ver sentencia Campus Oil Ltd/ Ministère de l'Industrie et de l'Energie d'Irlande as. 72/83 de 10/7/84 *Rec.* 1984, pp. 2727 y ss. en cdo. 20, p. 2747.

(91) *Ibidem* cdo. 35 (la traducción es nuestra). En definitiva, como lo había puesto de relieve las conclusiones del Abogado General Sir Gordon SLYNN, el trasfondo de este asunto radica esencialmente en motivos de carácter económico.

fabriek Nederland se reiteró en el mismo sentido pero esta vez en relación con la protección de la salud (92).

No es de extrañar que el TJCE haya ido modificando su planteamiento inicial al respecto. En efecto, como ha puesto de relieve el Abogado General Sir G. Slynn, las restricciones a la importación que el artículo 36 sustrae a la prohibición contenida en el artículo 30 nacen inevitablemente en un contexto económico sin el cual no pertenecerían previamente al ámbito de aplicación del artículo 30 (93). Y algunos de los objetivos estatales enumerados en el artículo 36 por su propia naturaleza revisten enorme importancia económica. Así es el caso de la protección de la propiedad industrial (94).

Vemos que el TJCE ha interpretado, con razón, con flexibilidad esta vertiente de la interpretación «estricta».

b) *La posibilidad de aplicación analógica del artículo 36 a otras disposiciones del T.CE*

Pese a que el TJCE haya rechazado en varios casos la posibilidad de invocar el artículo 36 para hacer excepción a la prohibición de los artículos 9 a 16 del T.CE (95), ello no le ha impedido declarar, paradójicamente, que el artículo 36 constituía una regla fundamental de excepción a *todos los obstáculos* a la libre circulación de mercancías (96) y más aún ha permitido en otros ámbitos materiales del derecho comunitario *la utilización por analogía de esta disposición en caso de lagunas* (97).

---

(92) Ver sentencia as. 118/86 de 7/10/87 *Rec.* 1987, pp. 3883 y ss.

(93) En este sentido ver las conclusiones del Abogado General G. SLYNN en el asunto Campus Oil *Rec.* 1984, p. 2763.

(94) *Ibidem.* Aunque recalca también los motivos de naturaleza no económica a los que obedece también esta protección.

(95) Ver más arriba el ya citado asunto Comisión/Italia de 1968 y asimismo el asunto «Bauhuis» de 1977 donde se rechaza la utilización del artículo 36 para hacer excepción a los artículo 12 a 16 T.CEE

(96) Así lo declara el TJCE según hemos visto en el asunto «Bauhuis» *cit. supra* en *Rec.* 1977, p. 15, cdo.12. Y también en el ya citado asunto Comisión/Italia de 1968 en el resumen inicial de los considerandos.

(97) Si es discutible la posibilidad de utilizar la analogía en la aplicación del Derecho internacional porque se entiende que podría producir una merma de la libertad e independencia de los Estados, entendemos que al contrario la posibilidad

Así, en la sentencia «Parke Davis» el TJCE admitió por primera vez que «por motivos análogos a los del artículo 36» el ejercicio de derechos derivados de un derecho de patente (protección de la propiedad industrial contemplada en el artículo 36) no infringía por sí mismo las *reglas de competencia* (98).

Y aún con mayor claridad en el asunto Sirena/Eda el TJCE reiteró que «...el artículo 36, aun perteneciendo al capítulo que concierne a las restricciones cuantitativas a los intercambios entre Estados miembros, *se inspira en un principio susceptible de encontrar también aplicación en materia de libre competencia* en el sentido de que, si los derechos reconocidos por la legislación de un Estado miembro en materia de propiedad industrial y comercial no son afectados en su existencia por los artículos 85 y 86 del Tratado, no obstante su ejercicio podría depender de las prohibiciones contempladas por estas disposiciones» (99).

Pero el TJCE no se ha limitado a permitir que sirva de excepción a la aplicación de los artículos 85 y 86 del T.CE, sino que ha admitido también que el artículo 36 podía servir por analogía como principio de excepción a la *libre circulación de servicios*. En efecto, en el asunto Coditel/

---

de ampliación por analogía de normas de excepción a obligaciones internacionales, favorecen el mantenimiento o la ampliación de competencias residuales de los Estados. Respecto a la interpretación analógica puede verse GIULIANO, M. «Il problema dell'analogía nell'ordinamento giuridico internazionale en *R.D.I.* 1941, pp. 69-121; también recientemente ver PIÑOL I RULL, J.: «La categorización de la ciencia del derecho como conocimiento preteórico: consecuencias para el Profesor de Derecho Internacional Público» en: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 587-603 en pp. 593-594; ver asimismo FALCÓN TELLA, M. J.: «*El argumento analógico en el Derecho*». Madrid 1991 en pp. 236-237 y 66 como aclara esta autora, para que tenga lugar una interpretación analógica tiene que haber un vacío jurídico, una laguna de la norma. Mientras que la interpretación extensiva es la de una norma preexistente cuyo sentido es ampliado.

Por tanto se trata de interpretación analógica del artículo 36 sólo en los casos aquí señalados, es decir cuando se aplica como excepción a otras disposiciones del T.CE por carecer éstas de tal excepción. Mientras que cuando se trata de ampliar los intereses estatales dignos de protección en el artículo 36 se trata de una interpretación extensiva puesto que entendemos que no hay vacío normativo sino insuficiencia de la norma.

(98) Ver sentencia TJCE Parke-Davis / Probel, Reese et autres as. 24/67 de 29/2/68 *Rec.* 1968, pp. 82 y ss. en p. 109.

(99) Ver sentencia TJCE as. 40/70 de 18/2/71 *Rec.* 1971, pp. 69 y ss. cdo. 5, p. 81; la traducción es nuestra.

Ciné Vog (100) la Comisión había defendido que el artículo 36 sería la expresión de un principio general que no se limita al título primero, capítulo 2 referente a la libre circulación de mercancías, sino que debía también ser aplicable a la libre prestación de servicios (101).

Y el TJCE confirmó esta idea mencionando parte del texto del artículo 36 en su sentencia al referirse a la justificación del ejercicio de ciertas actividades económicas en razón de la protección de la propiedad intelectual que en otro caso habrían sido prohibidas por el artículo 59 (102).

Por tanto vemos que el TJCE al permitir el uso del principio de excepción contenido en el artículo 36 para aplicarlo analógicamente tanto a los artículos 85 y 86 como al artículo 59, tampoco ha respetado siempre esta vertiente de su propia interpretación «estricta».

c) *Las ampliaciones de los objetivos estatales enunciados en el artículo 36: la interpretación extensiva*

Salta a la vista que, por mucho que el TJCE haya reiterado que el artículo 36 era también de interpretación «estricta» en cuanto a los objetivos estatales que enumera, la amplitud de las nociones como las de orden público, seguridad o moralidad pública, etc. contradice de antemano esta afirmación.

Y efectivamente, desde muy pronto el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas nociones, bien ampliando el propio significado de algunos de los intereses estatales enunciados o bien añadiendo nuevos intereses similares a los establecidos por dicha disposición.

1) Interpretación extensiva incorporando el derecho de autor al artículo 36

A diferencia del artículo XX del GATT, el artículo 36 no contempla la protección de los derechos de autor en su primer párrafo (103). En la

(100) Ver sentencia TJCE as. 62/79 de 18/3/80 *Rec.* 1980, pp. 881 y ss.

(101) Ver el Informe para la vista en la sentencia TJCE *cit.* nota anterior, *Rec.* 1980, en p. 894.

(102) Ver *Ibidem*, *Rec.* 1980, cdo.15, p. 903. También en este sentido lo interpreta DEFALQUE, L. en *Commentaire Mégret-Le Droit de la CEE, Préambule, principes, libre circulation des marchandises*, vol. I, Bruxelles 1992, p. 273.

(103) Ver supra su texto en notas (5) y (2) respectivamente.

doctrina, Gotzen al analizar la cuestión llegó a demostrar que el derecho de autor tampoco podía considerarse incluido implícitamente en otras nociones contenidas en el primer párrafo del artículo 36 (ni en la noción de patrimonio artístico, histórico o arqueológico, ni en la de propiedad industrial) (104). En cambio otros autores como Johannes y Dietz estimaron excesivamente formal esta posición, considerando que debía aplicarse el primer párrafo del artículo 36 al derecho de autor por analogía a los derechos de propiedad industrial (105).

Efectivamente, en el asunto «Deutsche Grammophon» el TJCE ya admitió la posibilidad de que un derecho «vecino o afín al derecho de autor» pudiera estar incluido por el artículo 36 al referirse a la propiedad industrial (106)

Pero curiosamente es por una vía oblicua, es decir en el asunto Coditel/ Ciné Vog en materia de libre prestación de servicios, por la que el TJCE parece haber aceptado por primera vez con cierta claridad que el derecho de autor podía pertenecer al artículo 36 aunque sólo ofreciera, entonces, una solución para el derecho de representación cinematográfica (107).

Más tarde se confirmó su inclusión desde la perspectiva del derecho de reproducción en la sentencia Musik Vertrieb Membran/GEMA declarando que la expresión de la protección de la propiedad industrial contenida en

---

(104) Ver GOTZEN, F.: *Artistieke eigendom en mededingsregels van de Europese Economische Gemeenschap*, Leuven, diss. 1971, pp. 6 y 47 y ss. cit. por DIETZ, A.: *Droit d'auteur dans la Communauté européenne*, Etudes Commission CE —Série secteur culturel—, Bruxelles 1976, p. 29 y trad. en castellano «*el derecho de autor en la Comunidad Europea*» Col. «Cultura y comunicación» Ministerio de Cultura, Madrid, 1983, p. 56. Llegó a considerar que el derecho de autor debía quedar totalmente fuera del alcance del T.CEE ; También KONS, S. en su comentario de la sentencia Musik-VertriebMembran/GEMA *E.L.Rev.* 1981, núm. 4 pp. 299 a 304 ponía de relieve: «The basis of such uncertainty lies in the argument that the expression "industrial and commercial property" used in article 36 does not, even on wide construction, encompass copyright».

(105) Ver JOHANNES, H.: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1973, p. 56, cit. por DIETZ, A. *Ibidem*, respectivamente, pp. 30 y 58-59.

(106) Ver sentencia Deutsche Grammophon /Metro as.78/70 de 8/6/71 *Rec.* 1971, pp. 487 y ss. en cdo. 11, p. 499.

(107) Ver esta sentencia cit. supra nota (100). En este sentido BONET, G. en su excelente crónica «Propriétés intellectuelles», *R.T.D.E.* 1981, núm. 1, pp. 97 a 155 en p. 100 en su nota (9) y p. 101 en su nota (10) y KON, S. en su comentario sobre la sentencia GEMA, cit. supra p. 301.

el artículo 36 incluye la protección que confiere el derecho de autor, especialmente en cuanto sea explotado comercialmente en forma de licencias que pueden afectar a la distribución, en los distintos Estados miembros, de mercancías que incorporan la obra literaria o artística protegida (108).

Vemos, por tanto, que aunque el TJCE procuró considerar la incorporación del derecho de autor como una interpretación amplia de la protección de la propiedad industrial, *más que una ampliación interna, se puede considerar realmente una incorporación externa y por analogía de una nueva noción a esta disposición, puesto que no cabe duda de que el artículo 36 no incluía ni el derecho de autor ni tampoco en terminos genéricos la «propiedad intelectual» que pudiera comprenderlo.*

## 2) La interpretación extensiva del orden público

En otro ámbito el TJCE ha incorporado a la noción de orden público del artículo 36 el derecho de acuñación de monedas en la sentencia Regina/Thompson (109).

Y ello no parecía tan evidente como lo afirmó el TJCE, puesto que el Abogado General Mayras en este asunto tomó en consideración otras posibilidades de justificación tales como la protección del patrimonio artístico e histórico, aunque lo rechazara (110). Llegó incluso a apoyarse en el artículo XX del GATT que en su apartado c) permite excepciones que se refieren a la importación o exportación del oro o la plata como una causa de excepción específica (111) y que no habían recogido los redactores del T.CEE en el texto del artículo 36.

## 3) La interpretación extensiva, la incorporación de la protección del consumidor y las denominaciones de origen

Es especialmente destacable el asunto «Dassonville» en que el TJCE estimó que, mientras no existiera un regimen comunitario al respecto, un

---

(108) Ver sentencia as. 55 y 57/80 de 20/1/81 *Rec.* 1981, pp. 147 y ss. en cdo. 9, p. 161.

(109) Ver sentencia Regina/Thompson as.7/78 de23/11/78 *Rec.* 1978, pp. 2247 y ss. en cdo. 34, p. 2277.

(110) Ver sus conclusiones en este asunto *Rec.* pp. 2283-2284

(111) Ver *Ibidem* p. 2286.

Estado miembro podía adoptar medidas para la protección del consumidor contra prácticas desleales en cuanto a la autenticidad de *denominaciones de origen* siempre que dichas medidas fueran razonables (112). Es cierto que a continuación el Órgano judicial había dejado sin determinar si esta justificación pertenecía o no al artículo 36, *pero, al aplicar textualmente a esta nueva noción los criterios de interpretación del segundo párrafo del artículo 36* (113), dejaba entender o bien que incorporaba implícitamente la protección del consumidor a dicha disposición o bien que en todo caso podía significar una nueva posibilidad de aplicación por analogía del principio del artículo 36.

Es interesante ver que en la misma línea que en el asunto «Dassonville», en la sentencia en el asunto «Sekt & Weinbrand» el TJCE había admitido también la protección de indicaciones de procedencia en el artículo 36 (114) e implícitamente había incluido en la noción de orden público de dicha disposición la protección de los productores y consumidores contra los fraudes comerciales (115). Es en esta misma sentencia que se había apoyado el Abogado General Capotorti en sus conclusiones en el asunto Cassis Dijon para defender la inclusión en las excepciones del artículo 36 de la protección de los productores y consumidores contra los fraudes comerciales (116).

También abundando en lo mismo, la sentencia en el asunto «Promalvin» es otra muestra más de que el TJCE, de facto, ha estado frecuentemente ampliando las nociones contenidas en el artículo 36 (117).

---

(112) Ver sentencia «Dassonville» as. 8/74 de 11/7/74 *Rec.* 1974, pp. 837 y ss. en cdo. 6, p. 852.

(113) *Ibidem* cdo. 7.

(114) Ver sentencia Comisión/R.F.A. as. 12/74 de 20/2/75 *Rec.* 1975, pp. 181 y ss. en cdo. 16, p. 200 «que si le traité ne fait pas obstacle au pouvoir de chaque Etat membre de légiférer en matière d'indications de provenance, il leur est interdit néanmoins, à l'article 36, deuxième phrase, l'introduction de nouvelles mesures ayant un caractère arbitraire et injustifié et, de ce fait, comportant des effets équivalant à des restrictions quantitatives».

(115) Ver *Ibidem* cdo. 17 «...indépendamment de toute définition de la notion d'ordre public retenue dans l'article 36 du traité, cette disposition ne saurait déroger aux articles 30 à 34 du traité que pour autant que ces dérogations s'avèreraient nécessaires pour assurer la protection du producteur et du consommateur contre les fraudes commerciales».

(116) Ver sus conclusiones *cit. supra*, nota (21).

(117) Ver sentencia Etablissements Delhaize Frères et Compagnie Le Lion/Promalvin S.A. et AGE Bodegas S.A. as. C-47/90 de 9/6/92 *Rec.* 1992 pp. 3669 y ss.



En dicho asunto, además, no se había planteado sólo el problema de la relación entre concepto y excepción sino entre exigencias imperativas y artículo 36. En efecto, para justificar el obstáculo a la exportación que suponía la prohibición de envasar el vino de Rioja fuera de esta región, el Gobierno español había aducido que era absolutamente necesario para la protección de denominaciones de origen (118); al no contemplarse tal protección en el artículo 36, la empresa litigante Delhaise objetó que tampoco cabía invocar esta causa de justificación como «exigencia imperativa» en el marco del artículo 34 del T.CE (119) puesto que dicha disposición sólo contempla medidas discriminatorias (120).

Por ello, probablemente, aunque rechazara su invocación en el caso concreto, el TJCE admitió, esta vez explícitamente, que la protección de una denominación de origen puede pertenecer a la protección de la propiedad industrial según el artículo 36 (121) en lugar de considerarla como una exigencia imperativa.

Aunque se pudiera establecer una similitud entre estos intereses estatales, no era evidente, desde luego, que las denominaciones de origen pertenecieran a la noción de propiedad industrial (122) y menos aún las indicaciones de origen que pueden incluirse en el ámbito de la protección del consumidor pero que el TJCE no ha dudado en confirmar implícitamente como parte del artículo 36 en la sentencia «Exportur» (123). El TJCE no ha tenido reparo en aplicar aquí una interpretación extensiva del primer párrafo del artículo 36 que justifica cada vez menos, a nuestro entender, una delimitación formal con las «exigencias imperativas».

Y ello se hace aún más patente cuando en esta última sentencia aparece también la «lealtad de la competencia» como protección que se pre-

---

(118) Ver Informe para la vista en este asunto en Rec. p. I-3700.

(119) Ver *Ibidem* Informe para la vista p. I-3675. Recalcaba que sólo podía invocarse en el ámbito del artículo 30.

(120) En efecto, como había recordado el Abogado General GULMANN en este asunto, en concordancia con la jurisprudencia comunitaria, para justificar una reglamentación nacional prohibida por el artículo 34, sólo cabía invocar el artículo 36 (ver sus conclusiones en el punto 33-34, Rec. p. I-3700).

(121) Ver *Ibidem* cdos. 16 y 17.

(122) Ver al respecto WATSON, J. S. en su comentario a la sentencia «Promalvin» en *C.M.L.Rev.* 1993, pp. 847 a 860 en p. 851.

(123) Ver sentencia TJCE *Exportur S.A./ LOR S.A. et Confiserie du Tech as.* C-3/91 de 10/11/92 Rec. 1992, pp. I-5529 y ss. en cdos. 37,38, y especialmente en cdo. 39. Ver al respecto también WATSON, J. S. en su comentario *cit. supra* p. 852.

tende asegurar por medio de una denominación de origen, considerándola como parte de la protección de la propiedad industrial del artículo 36, teniendo en cuenta que esta nueva noción parece diferir bien poco de la lealtad de las transacciones comerciales admitida como exigencia imperativa en el dictum «Cassis Dijon» (124).

Todas estas incorporaciones nuevas en las nociones del artículo 36 muestran la amplitud de su ámbito poniendo de relieve una evidente y lógica flexibilidad interna en cuanto al alcance material de esta cláusula de orden público. Esta interpretación extensiva «ad intra», e incluso «ad extra», del contenido de estas nociones que nos muestra la práctica jurisprudencial nos parece en total contradicción con el empeño del TJCE en mantener una interpretación formal y externamente «estricta» de dichas nociones.

#### 4) La equiparación de la protección de otros intereses estatales a los del artículo 36

Uno de los intereses estatales más importantes que figuran entre las exigencias imperativas y que consideramos que debía haberse incorporado en *todo caso al artículo 36* es el de la protección del medio ambiente. En efecto, se trata de un ámbito que no preocupaba aún a los Estados en el momento de la redacción del T.CEE pero que ciertamente ha adquirido una importancia tal actualmente que se trata de uno de los intereses estatales que deben considerarse en el mismo rango que los incluidos en el artículo 36. Por tanto su invocación debía permitir a los Estados miembros adoptar no solamente medidas indistintamente aplicables sino incluso medidas discriminatorias tales como la disposición valona sobre el almacenamiento de desechos no reciclables, antes mencionada, sin necesidad de tener que recurrir a argumentos poco convincentes para justificar su invocación (125).

En el ámbito internacional en general la protección del medio ambiente ha adquirido suficiente importancia para que últimamente se considere incluso incorporado en el artículo XX del GATT (126).

(124) *Ibidem*, cdo. 37.

(125) Ver *supra*, nota (77).

(126) En este sentido ver CHARNOVITZ, S.: «Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX», *J.W.T.L.* 1991, núm. 1, pp. 37 y ss. y también PETERS-MANN, E. U. «International Trade Law and International Environmental Law-Prevention and Settlement of International Environmental Disputes in GATT», *J.W.T.L.* 1993, núm. 1, pp. 43 a 81.

Sería por tanto absurdo, a nuestro entender, pretender mantener una distinción formal entre exigencias imperativas y excepciones del artículo 36 cuando entran en juego intereses tan importantes como el medio ambiente. Oliver se ha pronunciado en el mismo sentido respecto a la protección del consumidor que a su entender simplemente no estaba incluida en el artículo 36 porque en 1957 dicha protección no era aún un tema digno de preocupación para los Estados (127). Dashwood estima también que tanto la protección del consumidor como la lealtad de las transacciones comerciales podían perfectamente estar integradas en el artículo 36 respectivamente como aspectos del orden público y de la protección de la propiedad industrial: «Since the list in Article 36 was compiled there has been a shift in the public policy concerns in the Member States towards protection of consumers and the environment, and it should be possible to take account of this without calling in question the necessity of interpreting the Article strictly» (128).

Y en este sentido creemos que el artículo 100 A.4 del T.CE viene a confirmarnos que tanto el medio ambiente como la protección del medio del trabajo son intereses estatales que están prácticamente asimilados a las nociones del artículo 36. En efecto, el propio texto de esta disposición se refiere a éstas como «razones importantes» de la misma manera que las contempladas en el artículo 36. Si bien Kapteyn y Verloren Van Themaat han sugerido también alternativamente que cabría considerar la referencia a estos intereses estatales en el artículo 100A.4 como un reconocimiento de la «rule of reason» (129). Pero no podemos coincidir con esta idea porque para entenderlo así los redactores de esta nueva disposición del T.CEE debían de haberse referido al menos genéricamente a las mismas como «exigencias imperativas», terminología acuñada ya en la jurisprudencia y que precisamente no han utilizado.

Hasta ahora la jurisprudencia no nos facilita ningún dato significativo al respecto. La reciente sentencia referente al artículo 100A.4, en el asunto República francesa/Comisión (130) no entra en esta cues-

---

(127) Ver OLIVER, P.: *Libre circulación...*, p. 120 (par. 6.52) en este mismo sentido su 3.ª edición en inglés: *Free Movement of Goods in the European Community*, Londres, 1996, p. 112.

(128) Ver DASHWOOD, A.: «The Cassis de Dijon Line of Authority», en «*In Memoriam J.D.B. Mitchell*», London 1983, pp. 145 a 161 en p. 154.

(129) Ver KAPTEYN, P. J. G. & VERLOREN VAN THEMAAT, P.: *Introduction to the Law...*, cit. supra, p. 403.

(130) Ver sentencia TJCE de 17/5/94 as. C-41/93, *Rec.* 1994, pp. I-1829 y ss.

tión (131), sólo se limita a reproducir la expresión del Tratado de «razones importantes contempladas en el artículo 36 o relacionadas con la protección del medio del trabajo o del medio ambiente» pero recuerda, al menos, que la Comisión debe verificar estas con arreglo a los mismos criterios del segundo párrafo del artículo 36 (132).

## CONCLUSIONES

La evolución de la jurisprudencia relativa a las «exigencias imperativas» nos permite comprobar que estos nuevos objetivos estatales admitidos por el TJCE se consideran realmente como excepciones a la prohibición del artículo 30, y no como modulación del concepto de medidas de efecto equivalente, operando exactamente de la misma manera que los objetivos estatales contenidos en el primer párrafo del artículo 36. La explicación doctrinal de la «rule of reason» no ofrece, en este sentido una explicación satisfactoria para distinguir entre ambas clases de objetivos estatales.

Además hemos visto que el TJCE tampoco distingue claramente entre medidas restrictivas formal o realmente indistintamente aplicables e incluso ha admitido, «de facto», que ciertas «exigencias imperativas» puedan justificar medidas restrictivas de carácter discriminatorio.

En cuanto a la interpretación «estricta» del artículo 36 presenta distintos aspectos en la jurisprudencia comunitaria que el propio TJCE tampoco ha respetado con frecuencia. Ello se explica perfectamente porque no responde a la lógica de la propia norma que enumera intereses estatales (así el propio orden público) cuyo significado de por sí es susceptible

---

(131) En efecto el asunto se planteó por Francia recurriendo en base al artículo 173 del T.CEE contra la decisión de 2/12/92 de la Comisión basada en el artículo 100A.4 por la que confirmaba la posibilidad para la R.F.A. de mantener su legislación referente a la prohibición del pentaclorofenol que difiere de lo previsto respecto a este producto en la Directiva 91/173 de 21/3/91 sobre la comercialización y uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos. La decisión impugnada ha sido anulada por el TJCE por no cumplir la obligación de motivación establecida en el artículo 190 del T.CEE.

(132) Ver *Ibidem* cdo.15. Asimismo el cdo. 27 se refiere a dichas «razones importantes» que debe verificar la Comisión si no constituyen «un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta al comercio entre los Estados miembros».

de interpretación muy amplia e incluso lleva implícita la posibilidad de introducir por esta vía nuevos objetivos estatales que primen sobre la libre circulación de mercancías.

No queda a nuestro entender ningún argumento que impida considerar las exigencias imperativas como una interpretación extensiva del primer párrafo del artículo 36, en la medida en que son objetivos estatales tan legítimos como los ya integrados en dicho artículo. Ello favorecería sin duda la coherencia de los razonamientos del TJCE (especialmente a la hora de justificar eventualmente medidas discriminatorias adecuadas al objetivo pretendido).

Es evidente que dicha interpretación extensiva no puede ir en detrimento del principio de libre circulación de mercancías, pero éste queda, a nuestro entender, suficientemente resguardado por la severidad del control que puede ejercer el TJCE a través de los límites impuestos por el párrafo segundo del artículo 36, marco en el cual debe considerarse una interpretación «restrictiva» y no «estricta» del artículo 36.

Por otra parte ya no se puede temer que la integración de las exigencias imperativas en el artículo 36 dé lugar a una proliferación de causas de excepción a la prohibición del artículo 30. En efecto, en primer lugar han sido muy pocas las exigencias imperativas reconocidas por el TJCE en 17 años (133) y en segundo lugar la nueva jurisprudencia dictada por el TJCE en la sentencia del asunto «Keck y Mithouard» (134) permite ahora excluir a priori del concepto del artículo 30 numerosas medidas restrictivas no discriminatorias lo que reducirá considerablemente el número de casos en que pueda eventualmente entrar en consideración el artículo 36. En este sentido una interpretación extensiva de la primera frase del artículo 36 no debía suscitar ningún cambio apreciable.

#### RÉSUMÉ

L'article 36 du T.CE, à quelques exceptions près, suit le texte de l'Article XX du GATT. Il s'agit d'une clause d'ordre public incluse traditionnellement dans les traités de commerce internationaux comme instrument classique du protectionisme permis. Il contient une liste des intérêts publics essentiels qui permettent résiduellement aux Etats membres un certain protectionisme commercial face à l'interdiction de restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent visée aux articles 30 et 34 du T.CE.

(133) Ver lista de exigencias supra nota (3).

(134) Ver sentencia *cit.* supra nota (1).

Tenant compte de la propre raison d'être de cette norme, la liste d'intérêts essentiels contenus dans l'article 36 ne devrait pas être considérée comme «*numerus clausus*» puisqu'il est évident que de tels intérêts sont susceptibles d'évoluer dans le temps. Cependant la Cour (probablement par crainte d'une extension incontrôlable de ces causes d'exceptions) a considéré l'article 36 soit disant d'interprétation «*stricte*», et n'a admis de nouveaux objectifs, les «*exigences impératives*» que hors de cette disposition et ne pouvant justifier, en principe, que des mesures restrictives de la libre circulation des marchandises indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés.

Mais un examen plus approfondi de cette question permet de découvrir que ces «*exigences impératives*» ne se distinguent pas réellement des objectifs de l'article 36. En effet, même si selon la Cour celles-ci opèrent en principe «*dans l'article 30*», en réalité la propre jurisprudence les considère comme de véritables exceptions à la prohibition de l'article 30 n'opérant qu'après avoir décelé une mesure d'effet équivalent, c'est à dire exactement comme une deuxième version de l'article 36. L'explication doctrinale de la «*rule of reason*» n'est pas plus satisfaisante.

L'unique différence qui permettait encore de distinguer les exigences impératives de l'article 36 était le fait de ne justifier en principe que des mesures indistinctement applicables, mais la Cour n'a pas toujours distingué entre mesures réellement et formellement indistinctement applicables et a même parfois justifié certaines mesures discriminatoires par le biais de ces exigences.

Quant à l'interprétation «*stricte*» de l'article 36, elle présente différents aspects dans la jurisprudence communautaire que la Cour elle-même est loin d'avoir respecté constamment. En effet, en premier lieu, elle a interprété de manière flexible la nature non économique des objectifs énoncés à l'article 36; en deuxième lieu elle a appliqué par analogie le principe contenu dans l'article 36 à d'autres dispositions du Traité (articles 85, 86 et 59), puis enfin elle a interprété de manière très large les objectifs inscrits dans l'article 36 à tel point que l'on peut dire qu'elle a introduit par cette voie de nouveaux objectifs étatiques qui n'étaient pas réellement inclus dans cette disposition.

Cela nous laisse à penser qu'il n'y a vraiment plus d'obstacles importants qui empêchent de considérer ces exigences impératives comme une interprétation extensive du premier paragraphe de l'article 36, étant des objectifs étatiques tout aussi légitimes que ceux que contient déjà cet article 36. Ce qui représenterait, sans doute, un avantage quant à la cohérence des raisonnements de la Cour de Justice surtout quant il s'agirait de justifier éventuellement des mesures discriminatoires. Rien n'empêcherait d'interpréter de manière «*restrictive*» et partant de là, sévère, les objectifs de l'article 36 c'est à dire quant à évaluer les critères de proportionnalité et nécessité requis dans l'application du 2.<sup>o</sup> paragraphe de l'article 36, de manière à ce que ce soit dans ce cadre que la Cour exerce un contrôle sévère des mesures concrètes adoptées par les Etats membres.

D'autre part, il n'est plus à craindre que l'intégration des exigences impératives dans l'article 36 puissent amener à une prolifération de causes d'exceptions à la prohibition de l'article 30, surtout après la limitation partielle du concept de mesures d'effet équivalent apportée par de l'arrêt «*Keck et Mithouard*».

## ABSTRACT

Article 36 of EC Treaty is very similar to Article XX of the GATT and like this provision it is a public order clause traditionally included in international commercial Treaties, as a classical instrument of allowed protectionism. This provision contains a list of essential public interests which allow residually member States to take some protectionist measures despite the prohibition of quantitative restrictions and measures of equivalent effect contained in Articles 30 and 40 of EC Treaty.

It is submitted that the very nature and object of this provision shows that the list of essential interests included in article 36 should not be considered exhaustive. On the contrary it seems to us evident that such public interests should be able to change with time. Though, following the Court of Justice (probably afraid on an increasing number of exceptions) Article 36 is supposed to be of «strict» interpretation which explains that new objectives of public interest (for instance like consumer protection), the «mandatory requirements», only have been admitted out of the scope of Article 36 and only could justify measures «indistinctly applicable» to national and imported goods.

A study of this question shows that the mandatory requirements are not really different from objectives of Article 36. Even if the Court of Justice considers officially that these requirements act «in the scope of Article 30», the case law lately shows that they are considered as real exceptions to the prohibition of Article 30, applying only after having settled the existence of a measure of equivalent effect, like an Article 36 «second version».

Besides this, the doctrinal explanation of the «rule of reason» is not really a satisfactory one.

The only difference that could still distinguish between «mandatory requirements» and Article 36 has been that presumably the first could not always make a difference between measures «formally» and «really» indistinctly applicable, and even sometime «mandatory requirements» have justified some discriminatory measures.

«Strict» interpretation of Article 36 has been considered through different aspects in the case law, but these have not always been observed by the Court itself. Specially when concerning the broad interpretation of the public interests contained in the first paragraph of Article 36, it has been so extensive that it can be considered that the court has practically introduced new public interests which were not previously included in this provision.

We think that actually are no impediments left to consider mandatory requirements as an extensive interpretation of Article 36 (first paragraph), taking into account that these new public interests are as legitimate as those of Article 36, the Court would improve its logical reasoning specially when justifying eventually some discriminatory measures.

This extensive interpretation does not impede a «restrictive» interpretation of article 36 (second paragraph), when evaluating the justification of the measures of member States pursuant to these public interests. This is the correct scope where the Court of Justice must carry out its severe control.

Now there must be no fear left about such extensive interpretation, after the «Keck et Mithouard» judgement having partly limited the concept of equivalent effect in Article 30.