

Ricerche

China's Food Safety Law and its Ongoing Amendment

Xiao ZHU, Kaijie WU

1.- Introduction

Beginning in the 1990s, rapid urbanization and industrialization have dramatically changed the food system in China. Low levels of governmental control and a set of poorly-coordinated food safety standards have contributed to food safety incidents, including the melamine crisis and its worldwide impacts.¹

In February of 2009, China responded to this serious situation by enacting the *Food Safety Law of 2009* (hereafter "FSL"),² replacing the outdated *Food Hygiene Law of 1995* (hereafter "FHL").³ The biggest changes in the new law are the adoption of a risk-based approach, the unification of food safety standards, more stringent legal liability, and the clarification of administrative authority. Having found industry efforts at self-regulation unavailing, the FSL now requires greater government oversight of the food market.

Since the enactment of the FSL, progress has been made towards establishing widespread sites for risk monitoring and standardizing the then extant 5,000 standards into a unified system of 1,000 food safety standards,⁴ though the situation is still serious as evidenced by the numerous food safety incidents in recent years. In July of 2014, Shanghai Fuxi Company, supplier of many international restaurant

giants such as McDonald's and KFC, was investigated for selling expired meat products.⁵

In 2013, China began to modify the FSL again, outlining what might be the strictest food safety law in the history of food regulation in China. The first draft of amendment was published on July 2, 2014 for comments, aiming to further tighten food safety rules not only by adding new provisions, but also by clarifying existing mechanisms and thus making the system more workable. The amendment process is underway and will be discussed in the following chapters.

To a large extent the continuous improvement of food safety regulation, through legislative reforms and the harmonization of primary food safety standards, can be seen both as a response to food safety concerns and also as an expression of the PRC's strong interest in accessing international markets. Chapter 2 will introduce the status quo of 's food safety legislation, in which the FSL functions as the fundamental law. Then Chapter 3 discusses the motivation for modifying the FSL, including its defects and disappointments. Chapter 4 relates the latest developments in the FSL's amendment and, correspondingly, Chapter 5 provides some key problems that remain to be solved in the amendment process.

2.- The Status Quo of 's Food Safety Legislation

2.1. Overview of Food Safety Legislation

China has built its food safety regulatory structure upon the FSL, which functions as the main legislation.⁶

(¹) See Lu Xiaojing, *The Cause and Effect Analysis of the Melamine Incident in China*, 5 *Asian Journal of Agricultural Research* 3, 2011, pp. 176-185.

(²) *Food Safety Law of the PRC* (Promulgated by the 7th Session of 11th Standing Committee of National People's Congress of the PRC on February 28, 2009, effective on June 1, 2009), an English version by the United States Department of Agriculture (USDA) is available at: <http://apps.fas.usda.gov/gainfiles/200903/146327461.pdf> (accessed on November 17, 2014).

(³) *Food Hygiene Law of the PRC* (Promulgated by the 16th Session of 8th Standing Committee of National People's Congress of the PRC on October 30, 1995, effective on October 30, 1995, expired on June 1, 2009).

(⁴) National Health and Family Plan Committee (NHFP), *Progress of work on food safety standards in 2013* (January 10, 2014), available at: <http://www.nhfpc.gov.cn/sps/s3594/201401/b200e87c56b84824a2a9a76b759b8cb3.shtml>.

(⁵) See Chinasmack.com news, *McDonald's & KFC Meat Supplier Exposed Reusing Expired Meat* (July 21, 2014), available at: <http://www.chinasmack.com/2014/videos/mcdonalds-kfc-meat-supplier-exposed-reusing-expired-meat.html>.

(⁶) *Food Safety Law*, art. 1.

In addition to the FSL, China has adopted the *Agricultural Products Quality and Safety Law* of 2006,⁷ governing raw agriculture production, and the *Animal Husbandry Law* of 2005,⁸ governing the slaughter of livestock. These laws are supported by administrative regulations and policies promulgated by the State Council and relevant ministry-level departments at the national level, such as the regulation of pesticides by the Ministry of Agriculture (hereafter “MOA”) and the regulation of food additives by the Ministry of Health (hereafter “MOH”).

2.2. The FSL as the Main Legislation

2.2.1. The FSL’s Regulatory Framework

The FSL’s regulatory framework consists of three main components: risk-based analysis, the National Food Safety Standards (hereafter “NFSS”), and the licensing system.

The FSL uses risk-based analysis to track problems and make decisions regarding the likelihood and severity of threats. Typically, food safety risk analysis consists of three stages – risk assessment, risk communication and risk management. Under the FSL, a risk monitoring stage is added before risk assessment.⁹ Risk monitoring indicates the long-term tracking of data concerning foodborne illnesses, food pollutants and harmful substances contained in food.¹⁰ To satisfy the needs of food safety risk assessment, NFSS enactment and food safety administration,¹¹ MOH, with other departments’ help, formulates and

implements National Food Safety Monitoring Plan (hereafter “NFSMP”),¹² which contains monitoring content, task division, work requirements, organizational guarantee, performance evaluation and so on.¹³ If any possible food safety problem is discovered through risk monitoring, correspondent risk assessment must be conducted immediately¹⁴.

Risk assessment is carried out by the experts of a regular Evaluation Committee for Food Safety Risk Assessment (hereafter “ECFSRA”), established by the MOH, who conduct scientific analysis of food monitoring information, scientific data and other relevant information.¹⁵ Although the FSL and its administrative regulations do not comprehensively define the concept of risk assessment, they do introduce and define the concepts of “hazard,” “hazard identification,” “hazard characterization,” “exposure assessment,” and “risk characterization.”¹⁶ These are the principles and definitions according to which risk assessment is to be conducted.¹⁷ Results of the risk assessment are used as the scientific basis for developing and modifying NFSS, as well as regulating food safety.¹⁸

Although general procedures for “risk communication” or “risk management” have not yet emerged, the determinations of the ECFSRA assist in other regulatory processes. For example, the MOH has enacted regulations that require that a risk assessment be performed before new food additives are approved or old food additives are approved for new uses.¹⁹

The FSL’s NFSS are a set of mandatory standards covering all aspects of food safety.²⁰ NFSS are applied in regulating food production, food trading, food inspection and other activities related to food safety.²¹

(7) Agricultural Product Quality and Safety Law of the PRC (promulgated by the 21st Session of 10th Standing Committee of National People’s Congress of the PRC on April 29, 2006, effective on November 1st, 2006).

(8) Animal Husbandry Law of the PRC (promulgated by the 19th Session of 10th Standing Committee of National People’s Congress of the PRC on December 20, 2005, effective on July 1, 2006).

(9) Food Safety Law, art. 11.

(10) Id.

(11) Administrative Provisions on Food Safety Risk Monitoring (for Trial Implementation) (promulgated by the State Food and Drug Administration on October 10, effective on October 10) (hereafter “APFSRM”), art. 9.

(12) Food Safety Law, art. 11.

(13) APFSRM, art. 5.

(14) Food Safety Law, art. 14.

(15) Food Safety Law, art. 13.

(16) John Balzano, *China’s Food Safety Law: Administrative Innovation and Institutional Design in Comparative Perspective*, 13 *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 23, 2012, pp. 68-69.

(17) Id. p. 69.

(18) Food Safety Law, art. 16.

(19) John Balzano, *supra* note 14, p. 70.

(20) Food Safety Law, art. 19.

(21) Food Safety Law, art. 20.

The FSL requires the unification of all existing food safety standards under NFSSs.²² NFSS are reviewed and approved by the Evaluation Committee for National Food Safety Standards (hereafter “ECNFSS”), which is composed of experts from relevant scientific fields.²³ In the absence of NFSS, a local food safety standard can be developed to satisfy local needs.²⁴ While local governments are not allowed to issue stricter or more relaxed food safety standards than NFSS, companies are encouraged to apply more stringent ones to themselves.²⁵

When enacting NFSS, the ECNFSS shall consider results of food safety risk assessment, and refer to relevant international standards as well as results of international food safety risk assessment.²⁶ The FSL also requires food companies and consumers’ opinions to be taken into account during the enacting process, however, there are no specific procedural requirements implementing this principle.²⁷ After being enacted, NFSS are required to be published for free, but the FSL doesn’t specify how and where NFSS shall be published.²⁸

Apart from complying with NFSSs and other specific requirements under the FSL, a licensing approach is employed to regulate food safety. Companies that want to run food production businesses, food distribution and food catering services must obtain separate licenses for each business activity beforehand.²⁹ Producers of food additives must also obtain licenses pursuant to relevant laws and regulations on industrial products.³⁰

To acquire licenses for their businesses, food companies have to submit materials in pursuance to Section 1-4 of Article 27 of the FSL.³¹ Responsible agencies at

county level or above are authorized to, on the basis of submitted materials and on-site inspection if necessary, decide whether to approve their applications.³² If agencies refuse to grant licenses, they shall explain the reasons to applicants in written form.³³ There are no formal ways for stakeholders to take part in the decision process on their applications, and the decisions are not made by independent officials such as administrative law judge (ALJ) in the China. If stakeholders are dissatisfied with the final decisions, they can request for administrative reviews, or they can also file administrative lawsuits at courts directly.

In addition, health food that claim to have health functions (hereafter “health food”) are subject to strict regulation under the FSL, yet the FSL does not specify, inter alia, the rules for market entry of health food producers, delegating regulation of health food producers to the State Council.³⁴

2.2.2 The FSL’s Administrative Framework

China’s administrative structure involves 33 province-level regions, 333 prefecture-level municipalities and 2,861 county-level municipalities.³⁵ National and local government authorities are designed to work in cooperation with one another on administrative issues.³⁶

At the national level, the State Council established the Food Safety Committee to develop general strategy on dealing with food safety issues.³⁷ The MOH bears the responsibility for coordinating relevant departments’ work and carrying out risk assessments, working out NFSS, releasing food safety information and so on.³⁸ Other key departments include the State

⁽²²⁾ Food Safety Law, art. 22.

⁽²³⁾ Food Safety Law, art. 23.

⁽²⁴⁾ Food Safety Law, art. 24.

⁽²⁵⁾ Food Safety Law, art. 25.

⁽²⁶⁾ Food Safety Law, art. 20.

⁽²⁷⁾ Food Safety Law, art. 23.

⁽²⁸⁾ Food Safety Law, art. 26.

⁽²⁹⁾ Food Safety Law, art. 29.

⁽³⁰⁾ Food Safety Law, art. 43.

⁽³¹⁾ Food Safety Law, art. 31.

⁽³²⁾ Id.

⁽³³⁾ Id.

⁽³⁴⁾ Food Safety Law, art. 51.

⁽³⁵⁾ See Office of the United Nations Resident Coordinator in China, *Advancing Food Safety in China* (March, 2008), p.12 available at http://bepast.org/docs/china%20health/food%20safety/China%20and%20Food%20Safety_2008_UN.pdf.

⁽³⁶⁾ Jason J. Czarneski, Lin Yanmei & Cameron F. Field, *Global Environmental Law: Food Safety & China*, 25 *Geo. Int’l Env’tl. L. Rev.* 261, 2013, p. 277.

⁽³⁷⁾ Food Safety Law, art. 4.

⁽³⁸⁾ Id.

Administration on Quality Supervision, Inspection and Quarantine (hereafter “AQSIQ”), which is in charge of food production, the Food and Drug Administration (hereafter “FDA”), which is in charge of catering services, the State Administration for Industry and Commerce (hereafter “SAIC”), which is in charge of food distribution,³⁹ and the MOA, which regulates slaughtering⁴⁰ and agricultural products quality.⁴¹

At the local level, these administrations have parallel food control authorities reporting to the MOH, MOA, SAIC and AQSIQ in their respective jurisdictions.⁴² Generally, these regulatory authorities are directly responsible to their correspondent level of government body but receive instructions of a regulatory or technical nature from the national agency.⁴³ Food safety laws and regulations provide these agencies with enforcement tools, including site inspections, samplings, and audits, and empower the agencies, upon finding violations, to seize illegal products, issue fines, revoke business licenses, and shut down the violators.⁴⁴

2.2.3 The FSL’s Enforcement Framework

Violation of the FSL may result in administrative, civil, and/or criminal penalties. A consumer who has been harmed by food that does not conform to food safety standards can seek compensatory damages from a responsible producer or trader, as well as punitive damages up to 10 times of the food’s sale price.⁴⁵ In addition to civil liability, violators are also subject to administrative penalties in the form of fines, revocations of licenses, or cancellation of qualifications to engage in food inspection. For example, in violation of

the FSL upon occurrence of a food safety accident, violators who destroy evidence relating to such an accident, are subject to a fine in the amount of 2,000 to 100,000 RMB, and in the event of serious infractions, violators’ business licenses may be revoked.⁴⁶ In order to fully protect consumers’ interests, when violators’ assets are not sufficient to satisfy civil compensation awards and administrative fines, civil compensation awards have first priority.⁴⁷ To further deter potential violations, the FSL also emphasizes that any violation resulting in a crime should be prosecuted under corresponding criminal law provisions.⁴⁸

Apart from these administration provisions and legal liability provisions in the FSL as set forth above, China also has general civil and administrative laws governing civil liability and administrative process. China’s *Tort Liability Law* of 2009 (hereafter “TLL”) prescribes that if defective products are knowingly sold to consumers and cause injury to health or result in death, the injured consumers have the right to sue responsible parties for damages.⁴⁹ Different from civil liability under the FSL, the TLL does not set an upper limit on damages and does not stipulate damages as a fixed multiple of a product’s price.⁵⁰ Consumers can also bring suits to seek judicial review of an administrative authority’s failure to take proper action under the *Administrative Litigation Law* of 1989.⁵¹

3.- The necessity of modifying the FSL

3.1. Improving but still precarious Food Safety

The FSL of 2009 was important to the regulation of the food industry and ensuring food safety in China.

⁽³⁹⁾ Id.

⁽⁴⁰⁾ Responsibility on regulating pig slaughtering has been transferred from Ministry of Commerce to MOA. See the State Council Plan on Institutional Reform and Functional Transformation of 2013 (ratified by the 1st Session of 12th National People’s Congress of the PRC on March 14, 2013), art.3, available at: <http://politics.people.com.cn/n/2013/0315/c1001-20796789.html>.

⁽⁴¹⁾ Agricultural Product Quality and Safety Law, art. 3.

⁽⁴²⁾ Jason J. Czarnecki, Lin Yanmei & Cameron F. Field, *supra* note 36, p. 277.

⁽⁴³⁾ Id. p. 277.

⁽⁴⁴⁾ Id. p. 277.

⁽⁴⁵⁾ Food Safety Law, art. 96.

⁽⁴⁶⁾ Food Safety Law, art. 88.

⁽⁴⁷⁾ Food Safety Law, art. 97.

⁽⁴⁸⁾ Food Safety Law, art. 98.

⁽⁴⁹⁾ Tort Liability Law of the PRC (promulgated by 12th Session of 11st Standing Committee of National People’s Congress of the PRC on December 26, 2009, effective on July 1, 2010), art. 47.

⁽⁵⁰⁾ Id.

⁽⁵¹⁾ Administrative Litigation Law of the PRC (promulgated by 2nd Session of 7th Standing Committee of National People’s Congress of the PRC on April 4, 1989, amended on November 1, 2014, effective on May 1, 2015).

Several measures have been taken to realize the objectives of the FSL.

Risk assessment of food safety has been strengthened. ECNFSS, ECFSRA and the National Center for Food Safety Risk Assessment (hereafter "CFSA") have been set up as required in the FSL. The CFSA has been established to identify and monitor areas with high food safety risks. As of June of 2014, 2,100 county-level monitoring sites for food pollutants and harmful substances have been established, covering 90 percent of all prefecture-level cities. 1,600 hospitals have monitoring sites for foodborne illness, covering more than 30 categories and 600 varieties of food. So far more than 5.47 million pieces of data have been acquired.⁵²

Regarding NFSS, as of June 11, 2014, MOH has sorted out about 5,000 existing standards regarding food safety, and has already promulgated 429 new NFSS to replace parts of them,⁵³ including safety standards for: dairy; pollutants, mycotoxins, pathogenic microorganisms and pesticide residues in food; food additives and nutritional supplements; food production and trade; pre-packaged food labeling; nutrition labeling; and relevant food standards, sanitary requirements for production and trade, as well as supporting test methods.⁵⁴ MOH projects that the 5,000 current standards will be integrated into about 1,000 new NFSS by the end of 2015.⁵⁵

Another significant progress happens on the aspect of administrative authorities. In order to better supervise and manage the food industry and food markets, administrative authorities are transforming. In March of 2013, the China State Food and Drug Administration (CFDA) was established to integrate the regulatory responsibilities of four different departments, the Office of Food Safety Committee (OFSC), SAIC, AQSIQ, and FDA.⁵⁶ Since then, the CFDA has

been responsible for the regulation of food production, distribution, and catering service.⁵⁷ In this way, the CFDA bridges previously existing administrative gaps, and also unifies regulatory oversight into one regulatory body, simultaneously eliminating overlaps in administrative jurisdiction. In addition, it paves the way for more stringent oversight of food safety issues.

In spite of these efforts, serious food safety problems persist in China. Southern Weekend, one of China's most influential newspapers, produced a special report on food safety in China at the end of 2011 that listed many food safety scandals exposed by the media including cadmium polluted rice, excessive amounts of antibiotics residue in aquaculture seafood, waste oil, salted duck eggs containing cancer-causing dyes, contaminated pork, and dyed bread, to name a few.⁵⁸ After Southern Weekend concluded that 2011 was China's food safety crisis year, it declared "what can we safely eat today?" is a national question that ordinary people have to ask every day.⁵⁹

China's 2011 food safety incidents fit into three categories: environmental degradation in farms, excessive use of chemicals in agriculture production, and economic adulteration of food products. "Gutter oil" is a typical example of economic adulteration of food products.⁶⁰ "Gutter oil" refers to edible oil of poor qualities, such as waste oil from restaurants and oil that has been used repeatedly. Long-time consumption of "gutter oil" may cause illness, even cancer, and severely harms human health. Experts speculate that, so far, about 2 million to 3 million tons of "gutter oil" return to people's dinner tables every year, and the total amount of cooking oil consumption is about 22.5 million annually, meaning that consumers may encounter "gutter oil" once every 10 meals.⁶¹

Food safety incidents caused by environmental degradation are also serious because China's current

⁽⁵²⁾ JSRB.com news, First Amendment of FSL Since 4 years Ago (June 19, 2014), available at: http://news.jcrb.com/jxsw/201406/t20140619_1406289.html.

⁽⁵³⁾ NHFPC, Progress of work on food safety standards, risk monitoring and risk assessment (June 11, 2014), available at: <http://www.nhfpc.gov.cn/sps/s3594/201406/8a7e0c4656a242bfb33813a6966d90bc.shtml>.

⁽⁵⁴⁾ NHFPC, *Supra* note 4.

⁽⁵⁵⁾ *Id.*

⁽⁵⁶⁾ State Council Plan on Institutional Reform and Functional Transformation, *supra* note 40, art. 3.

⁽⁵⁷⁾ *Id.*

⁽⁵⁸⁾ Jason J. Czarneski, Lin Yanmei & Cameron F. Field, *supra* note 36, p. 279.

⁽⁵⁹⁾ *Id.* p. 279.

⁽⁶⁰⁾ *Id.* p. 279.

⁽⁶¹⁾ Ifeng.com news, It is Speculated That "Gutter Oil" Amounts to 10 Percent of All Cooking Oil (September 21, 2011), available at: http://news.ifeng.com/mainland/special/digouyou/content-3/detail_2011_09/21/9351892_0.shtml.

measures are not adequate to protect the safety of the farm environment. For example, Chinese rice is heavily contaminated with cadmium. Rice is a staple food for 65% of the population in China.⁶² In February 2011, a Caixin investigative article revealed that approximately 10% of Chinese rice may be polluted by cadmium, a heavy metal discharged in mine and industrial waste-water that makes its way into rice paddies, according to scientific studies by major Chinese universities.⁶³ The reporter found that inhabitants in Side, located in Guangxi Province, who ate the local rice with cadmium levels far exceeding the permitted limit suffered similar unbearable pains in their feet.⁶⁴ Zhou Shengxian, the Minister of the Ministry of Environment (MEP), said, "It is estimated that nationwide 12 million tons of grain are polluted each year by heavy metals that have found their way into soil."⁶⁵

The general public still has little confidence and trust in the safety of food products, either domestically within China or internationally. According to a survey of Chinese consumers' attitudes towards food safety issues, conducted between October and December of 2013 with more than 8,500 participants from 35 different cities in China, 46.7 percent of interviewees did not feel that food safety had improved, 1.8 percent thought the situation had improved significantly, and 5.5 percent even felt the situation had worsened.⁶⁶ In addition, nearly half of all interviewees were dissatisfied with government's work on food safety, and only 17.8 percent said that they were satisfied or relatively satisfied.⁶⁷

3.2. Main defects of the FSL

Though it is widely agreed that the food safety situation would be much worse off without the FSL, the law is far from perfect. The FSL does not substantively change the long-existing, segmented regulatory sys-

tem, under which SAIC, AQSIQ and FDA are in charge of production, distribution and catering service, respectively.⁶⁸ This design has long been criticized as causing disorder in supervision and management, as well as a lack of accountability.⁶⁹ In light of this fact, as introduced above, responsibilities of these three departments have been integrated into a new CFDA. In confirming this change by legislation, The FSL should be modified to formally authorize the CFDA to perform these functions. More importantly, to take full advantage of the new department's capacity, a more comprehensive and rigorous system should be built up to regulate upstream, midstream, and downstream activities of the food supply chain – from production, to distribution, to catering service.

Secondly, legal liability as provided for in the FSL is not severe enough to deter illegal behavior. The FSL limits punitive damages to 10 times the amount of the food's sale price; however, food prices are usually so low that the harm caused by the violation is disproportionate to the damages obtainable. Therefore, in order to effectively deter food companies from violating NFSS, some scholars suggest raising standards or even canceling the punitive damages cap, while others suggest relating the amount of punitive damages to the cost of harm.⁷⁰ In addition, some scholars argue that punitive damages should not require a showing of harm. In practice, while some court grants grant punitive damages absence harm, other courts require such a showing.⁷¹

While strengthening legal liability can help to avoid traditionally human-induced risks such as adulterated food, it is not equally useful in handling uncertain risks derived from developments in food science and technology, such as GM food, which could cause catastrophic outcomes if issues were to arise. As uncertain risks become increasingly salient in Chinese society, core regulatory processes should be placed upstream

⁽⁶²⁾ Jason J. Czarnecki, Lin Yanmei & Cameron F. Field, *supra* note 36, p. 279.

⁽⁶³⁾ *Id.* p. 279.

⁽⁶⁴⁾ *Id.* p. 279.

⁽⁶⁵⁾ *Id.* p. 280.

⁽⁶⁶⁾ See Shanghai Jian Tong University & Social Science Academic Press, 2014 China Livelihood Report (May, 2015), an excerpt is available at: <http://shipin.people.com.cn/n/2014/0516/c85914-25025624.html>.

⁽⁶⁷⁾ *Id.*

⁽⁶⁸⁾ Food Safety Law, art. 4.

⁽⁶⁹⁾ Qiao Hu, A Research on Regulatory Competence Loopholes in the Food Safety Law in China, 6 *Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)* 82, 2013, pp.82-94.

⁽⁷⁰⁾ Jianghong Zhou, Suggestion for Modifying Article 90 of Draft Food Safety Law, 6 *Law* 137, 2008, pp.137-142.

⁽⁷¹⁾ *Id.*

to eliminate these risks before they become material.⁷² In response to this need, the FSL has a chapter dedicated to risk monitoring and risk assessment, requiring NFSS to be determined on the basis of risk assessment.⁷³ However, the provisions on risk monitoring are too general to be workable, and there is insufficient detail in the provisions regarding the connection between risk monitoring and risk assessment. In addition, risk information is not sufficiently communicated between government and the public, which obstructs public participation in the process.

Furthermore, the regulatory framework should be modernized to incorporate more stakeholders, including consumers, consumers associations, food industry, industry associations, news media and other stakeholders. Under the FSL, government's increased responsibility for supervising the food industry represents an important transformation in food safety policies, as well as a recognition of food companies' failure to self-regulate and ensure consumer trust. Five years later, companies are still not conscientious enough, and, at the same time, the public has begun to question government's competency to regulate food safety. Due to the inherent risks in a highly-dispersed food industry with numerous food varieties, the budget required for government to regulate the food market is huge, and past experience proves the consequences are not as desirable as expected. Food safety cannot be achieved by solely relying on "production" and "regulation," but also by relying on "consumption." Great public participation, in the form of information sharing and resulting purchasing decisions, should be sought to work alongside government.

Finally, the FSL should be modified to be more responsive to Chinese social conditions. In recent years China has witnessed continuously high risks and intense public concern for infant food, health food and centralized dining places. In response, the FSL should identify high-risk fields and strengthen their regulatory controls. Moreover, since the FSL was enacted five years ago, some new social conditions have arisen, bringing unexpected challenges to food safety regula-

tion. The most prominent change is the rapid development of online food transactions. In 2006, only 50 billion RMB's worth of transactions happened on the internet,⁷⁴ whereas in 2013 total volume of online retail sales in China reached more than 1,850 billion RMB, with year-on-year growth of 41.2 percent, causing China to become the biggest online retail market in the world.⁷⁵ In 2013, the total value of online food transactions reached 32.4 billion RMB, an increase of 47.9 percent on the amount from 2012.⁷⁶ As e-commerce develops rapidly, legal issues – such as the allocation of responsibility amongst online platform providers, food traders and food producers – should be clarified to prevent potential disputes.

4.- The latest developments in the FSL Amendment

4.1. A brief introduction of ongoing legislative procedure

In May of 2013, the State Council listed amendment of the FSL in its annual legislation agenda, and delegated CFDA to take the lead in the amendment process. In October of 2013, the CFDA submitted a draft of amendment of Food Safety Law to the State Council. Since then, the Office of Legal Affairs of the State Council (OLA) has asked for the opinions of relevant regulatory departments, local governments and industry associations, and has received more than 5600 comments from the public, conducted field investigations in 5 provinces and cities, and held meetings with companies, industry associations and experts on numerous occasions, all along compiling different departmental opinions. On the basis of these efforts, a revised version of the draft came out after the OLA repeatedly consulted with relevant departments such as the CFDA, NHFPC, AQSIQ, MOA and the Ministry of Industry and Information Technology. The 47th Executive Meeting of the State Council passed the draft and it was subsequently published for comments. In June of 2014, the 9th Session of the 12th Standing

⁽⁷²⁾ Xu Jiusheng & Gao Zhennan, Criminal Law System and Food Safety in Risk Society: Amendment of Criminal Law Amendment VIII, 5 Journal of Southeast University (Philosophy and Social Science) 81, 2013, pp. 81-91.

⁽⁷³⁾ Food Safety Law, chapter 2.

⁽⁷⁴⁾ See Chinamrn.com news, 2013 China E-Commerce Transaction Volume Goes beyond 10,000 Billion RMB (March 10, 2014), available at: <http://www.chinamrn.com/data/20140310/14731.html>.

⁽⁷⁵⁾ See mofcom.gov.cn news, 2013 E-Commerce Transaction Volume Reach beyond 10,000 Billion RMB (May 30, 2014), available at: <http://www.mofcom.gov.cn/article/difang/im/201405/20140500608068.shtml>.

⁽⁷⁶⁾ See ebrun.com news, 2013 Food E-Commerce Transaction Volume Reach 32.4 Billion RMB with a Year-on-Year Growth of 47.9 Percent (December 26, 2013), available at: <http://www.ebrun.com/20131226/88682.shtml>.

Committee of the NPC reviewed the draft for the first time. On July 2, the first version of the draft was published on the official website of the NPC (www.npc.gov.cn) for comments (hereafter “Draft Amendment I”).⁷⁷ According to the requirements of the *Legislation Law* of 2000 and the legislative agenda of the Standing Committee of the NPC,⁷⁸ the Draft Amendment I is likely to be reviewed another two times in the future, and will also be publicly announced for comments twice.

In December of 2014, the Draft Amendment I was reviewed by the 12th Session of the 12th Standing Committee of the NPC again and after the review, a new version of the draft was published on the same website for comments (hereafter “Draft Amendment II”).⁷⁹ The Draft Amendment II basically maintained the principles underlying the first amendment, but adjusted and added several provisions to make the law become more comprehensive, workable and concise. Introduction to the amendment in the following pages will be generally arranged according to the Draft Amendment I, content of the Draft Amendment II will be provided at where it substantively changes the existing FSL or the Draft Amendment I.

4.2. Principles underlying this Amendment

The amendments is built on the principle of “establishing the strictest food safety regulation system”, which was initiated by the Chinese Communist Party (hereafter “CCP”) during the Third Plenary Session of the 18th CCP Congress and which encompassed: strengthening rules on prevention priority and precau-

tion; establishing stringent rules for ‘whole-process’ regulation; establishing stringent rules on legal liability; and promoting cooperative governance between government and society.⁸⁰ Before discussing in detail how these general ideas are reflected in the Draft Amendment I and the Draft Amendment II, for the sake of clarity, changes to the food safety administrative system are introduced first.

The food safety administrative system was reformed in parallel with the changes in March of 2013 as introduced above. Unlike the segmental system under the FSL, responsibilities for regulating food production,⁸¹ food trading activities and catering services are centralized under the CFDA⁸² since then. In addition, the daily work of the Food Safety Committee is undertaken by the CFDA.⁸³ The National Health and Family Planning Commission (hereafter “NHFPC”) under the State Council, in accordance with the FSL and the responsibilities delegated by the State Council, is set up to take over MOH’s all responsibilities on food safety, including organizing food safety risk monitoring and risk assessment, as well as developing and publishing NFSS.⁸⁴

4.3. Strengthening Rules on Prevention Priority and Precaution

Strengthening rules on prevention priority and precaution means “progressively improving basic systems such as food safety risk monitoring, risk assessment and NFSS, eliminating risks before they come into being”.⁸⁵

The Draft Amendment I strives to perfect risk monitoring and risk assessment. To ensure consistency

(77) The text of the Draft Amendment I is available at: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2014-06/30/content_1869695.htm, an English version by (United States Department of Agriculture) USDA is available at: http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Food%20Safety%20Law%20%28Draft%20for%20Public%20Comments%29_Beijing_China%20-%20Peoples%20Republic%20of_7-21-2014.pdf.

(78) *Legislation Law of the PRC* (promulgated by the 3rd Session of 9th National People’s Congress of the PRC on March 15, 2000, effective on July 1, 2000).

(79) The text of the Draft Amendment II is available at: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2014-12/29/content_1891935.htm, an English version by USDA is available at: [http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/China%20Publishes%20Food%20Safety%20Law%20\(Second%20Draft%20for%20Public%20Comments\)_Beijing_China%20-%20Peoples%20Republic%20of_1-12-2015.pdf](http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/China%20Publishes%20Food%20Safety%20Law%20(Second%20Draft%20for%20Public%20Comments)_Beijing_China%20-%20Peoples%20Republic%20of_1-12-2015.pdf).

(80) 12th Standing Committee of National People’s Congress of PRC, Explanation of Draft Amendment I of Food Safety Law (March 30, 2014), available at: http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2014-06/30/content_1869695.htm.

(81) Food Safety Law, art. 4.

(82) Draft Amendment I of FSL, art. 5.

(83) *Id.*

(84) State Council Plan on Institutional Reform and Functional Transformation, *supra* note 40, art. 2 & art. 5.

(85) 12th Standing Committee of National People’s Congress of PRC, *Supra* note 81.

between the national risk monitoring plan and local risk monitoring plans, local governments at the provincial level are required to file their records at the NHFPC.⁸⁶ In response to information regarding food-borne illness and food poisoning reported by medical institutions, the national risk monitoring plan may be adjusted if necessary.⁸⁷ If the national plan on risk monitoring is adjusted, local plans must be accordingly revised based on local conditions.⁸⁸ To ensure the plans are effectively implemented, scientific organizations charged with risk monitoring must work according to plans and comply with the work rules promulgated by the NHFPC.⁸⁹

Furthermore, six situations under which risk assessment must be conducted appear in the Draft Amendment I:⁹⁰ (1) food safety risk monitoring or report reveal possible safety problem for food, food additives, and food related products; (2) the need to provide a scientific basis for developing or revising national food safety standards; (3) the need to identify prioritized area or (food) variety in regulatory work; (4) discovered factors that may cause harm to food safety; (5) the need to judge whether a factor constitutes a food safety risk; and (6) other situations that the NHFPC deems necessary to conduct risk assessment.

The Draft Amendment I establishes a more comprehensive framework for risk communication than the one established under the FSL. In contrast to the limited communication of risks between departments of the State Council required by the FSL, the Draft Amendment I requires risk communication involving a wide variety of entities, including communication between the central government and local governments, communication between government and the public, as well as communication between govern-

ment and food producers, food traders, food industry associations, scientific organizations, consumer associations and news media.⁹¹ Principles of science, objectivity, timeliness and openness should be applied in the process of risk communication.⁹²

The Draft Amendment I tries to promote the process of integrating existing standards into NFSS. It explicitly requires relevant departments to actively support the NHFPC's work on NFSS.⁹³ In contrast to the language of "MOH *shall* integrate existing standards into NFSS" under the FSL,⁹⁴ the Draft Amendment I stipulates "NHFPC *shall accelerate* to integrate existing standards in to NFSS".⁹⁵ Nevertheless, according to the latest project, the integration work is likely to be accomplished by the end of 2015, thus the whole provision on NFSS integration disappears in the Draft Amendment II, but the importance and urgency of this work is clear. In addition, the Draft Amendment I clearly specifies the relationship between NFSS and local food safety standards. Before NFSS are enacted, local governments can determine their own standards pursuant to the FSL and must file with the NHFPC. These local standards are automatically repealed after corresponding NFSS are enacted.⁹⁶

In order to enhance public participation and improve the scientific bases and practicability of NFSS, the Draft Amendment I requires the NHFPC to publish a draft of NFSS and solicit comments from the public.⁹⁷ In contrast with the ECNFSS under the FSL, which only consists of scientists and departmental representatives,⁹⁸ the ECNFSS under the Draft Amendment I also incorporates representatives of food industry and consumer associations.⁹⁹ To ensure that NFSS are updated to reflect evolving standards and situations, the Draft Amendment I requires NFSS and local food safety standards to be tracked and assessed, so that

⁽⁸⁶⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 14.

⁽⁸⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 15.

⁽⁸⁸⁾ Id.

⁽⁸⁹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 16.

⁽⁹⁰⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 19.

⁽⁹¹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 21,23,24.

⁽⁹²⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 24.

⁽⁹³⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 29.

⁽⁹⁴⁾ Food Safety Law, art. 22.

⁽⁹⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 29.

⁽⁹⁶⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 31.

⁽⁹⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 30.

⁽⁹⁸⁾ Food Safety Law, art. 23.

⁽⁹⁹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 30.

adjustments may be made accordingly.¹⁰⁰ In fact, such work is already being conducted by NHFPC without the FSL's requirement.¹⁰¹

4.4. Setting up the strictest rules for 'Whole-Process' regulation

The strictest rules for 'whole-process' regulation indicates "for all activities concerning food safety including production, distribution and catering service, and items pertinent to food production and trade such as food additives and food related products, the FSL shall pointedly complement and strengthen relevant rules, raise standards and enhance the scope of regulation".¹⁰²

Food producers and traders should be assigned with the primary responsibility for food safety.¹⁰³ In light of this view, the Draft Amendment I adds some provisions to compel food production companies to set up a more stringent quality control system. The Draft Amendment I requires companies to establish and conduct tests on raw materials as well as institute production processes safety management, storage management, facility management, disqualified products management and other food safety management systems.¹⁰⁴ For infant formula food, regulation of food production is especially stringent. In addition to complying with the requirements above, each batch of infant formula products exiting the factory must be inspected, infant formula food producers must report the raw materials used in the production process as well as the product formulas and labels to the provincial food and drug administrations for recording, and infant formula foods are not allowed to be produced by means of sub-contracting, OEM, or sub-packaging.¹⁰⁵

With regards to distribution, on the basis of requiring

food producers and traders to examine their supply and keep records of the suppliers, the Draft Amendment I includes new provisions that subject wholesale traders and third-party-online-food-trading platforms (hereafter "TPOFTP") to regulatory oversight. Food traders engaged in wholesale business must accurately record buyers' information.¹⁰⁶ TPOFTP must require real-name registration of food traders that use the platform and examine their licenses if required, they shall stop and report traders' violation of the FSL in a timely manner, and they are obligated to provide information of traders to consumers if the consumers' interests are harmed.¹⁰⁷ In order to fully protect consumers, TPOFTP must compensate consumers in the event that they are unable to provide the valid information of the traders, and they must assume joint liability if they fail to perform their duties as set forth above and cause harm to consumers' legitimate interests.¹⁰⁸

Regarding catering services, the Draft Amendment I primarily adds two articles for catering service providers and entities providing centralized dining such as schools. Catering service providers must develop and implement raw materials purchasing guidelines, and they must not purchase raw materials that fail to comply with food safety standards.¹⁰⁹ Entities that have cafeterias and provide centralized dining, such as schools, kindergartens and construction sites, must strictly abide by the applicable laws, regulations and food safety standards, to ensure food safety.¹¹⁰ If such entities order food from third parties, they must order food from enterprises that have obtained food production and trade licenses, and these third-party food providers must process foods when ordered, and ensure that the food is safe and complies with nutrition requirements.¹¹¹

While the Draft Amendment I strengthened regulation

⁽¹⁰⁰⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 34.

⁽¹⁰¹⁾ NHFPC, Food Department of NHFPC Held A Seminar on Track and Assessment of Food Safety Standards (October 20, 2014), available at: <http://www.nhfpc.gov.cn/sps/s3594/201410/e86efe58f8e24b4b9c32ef3fd58152c2.shtml>.

⁽¹⁰²⁾ 12th Standing Committee of National People's Congress of PRC, *Supra* note 56.

⁽¹⁰³⁾ Kai Ma, State Councilor and Secretary-General of the State Council, Explanation of the State Council Plan on Institutional Reform and Functional Transformation (March 10, 2013), available at: http://news.xinhuanet.com/2013lh/2013-03/10/c_114969788.htm.

⁽¹⁰⁴⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 42.

⁽¹⁰⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 69.

⁽¹⁰⁶⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 50.

⁽¹⁰⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 73.

⁽¹⁰⁸⁾ *Id.*

⁽¹⁰⁹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 54.

⁽¹¹⁰⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 70.

⁽¹¹¹⁾ *Id.*

on food producers' and traders' activities concerning food safety, the amended law still didn't speak clearly on whether some activities that may affect food safety but are not conducted by food producers and traders are regulated under this law. For instance, food storage, transportation and loading service offered by some specialized companies. In light of this concern, the Draft Amendment II explicitly says that such activities are covered¹¹² and prescribes food safety requirements for them.¹¹³

Edible agricultural product safety is the prerequisite of food safety. Because use of high-poison pesticide has seriously impacted food safety situation, it must be strictly restricted. However, it is still not feasible to completely eliminate all use of high-poison pesticide, because there are no effective low-poison substitutes and they should be reserved for explosive pest attack,¹¹⁴ thus the Draft Amendment II adopts mild words to encourage use of effective low-poison pesticide and accelerate to eliminate high-poison pesticide.¹¹⁵ To reduce pesticide's impact on food safety as far as possible, the Draft Amendment II further stipulates the way that pesticide should be used in the process of agricultural product production.¹¹⁶ In addition, in comparison to the ambiguity under the Draft Amendment I on whether circulation of edible agricultural products is regulated by the FSL, the Draft Amendment II explicitly confirms this regulation.¹¹⁷

In order to strengthen the accountability of food market participants, food traceability systems are to be established according to the Draft Amendment I.¹¹⁸ Food producers must check the licenses of suppliers and the compliance certificates of products when purchasing raw food materials, food additives, and food related products.¹¹⁹ Food producers must also establish a pur-

chase inspection and recording system for food raw materials, food additives, and food related products, and must record supplier information.¹²⁰ Food producers are required to keep inspection records for outgoing food and accurately record purchaser information.¹²¹ Similarly, food traders must also establish an inspection and recording system, and accurately record the information of suppliers and the buyers.¹²²

In response to some high-risk areas regarding food safety, the Draft further strengthens regulatory controls. In addition to stricter regulation on infant food production as discussed above, the Draft Amendment I also sets new requirements for food additives and food-related products. While the FSL had already adopted a licensing system for the production of food additives,¹²³ the Draft Amendment I specifies the application procedures for production licenses, and it also requires food additive traders to inspect licenses and record supplier information to support the traceability of food additives.¹²⁴ As for food-related products, the Draft Amendment I requires such products to meet relevant food safety standards, and high-risk, food-related products, such as food packaging materials, are subject to the licensing requirements of applicable industrial products licensing laws as well as the oversight of quality supervision authorities.¹²⁵

In addition, health food are strictly regulated under the Draft Amendment I. Raw materials for health food production must be safe and harmless to human health, only the kinds incorporated in a catalog published by the government can be used and their use cannot exceed certain levels.¹²⁶ The health function claimed by the health food producer must have a scientific basis.¹²⁷ For health food that use new materials and

⁽¹¹²⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 2.

⁽¹¹³⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 32.

⁽¹¹⁴⁾ 12th Standing Committee of National People's Congress of PRC, Explanation of Draft Amendment II of Food Safety Law (December 30, 2014), available at: http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/spaqfxd/2014-12/30/content_1892288.htm.

⁽¹¹⁵⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 11.

⁽¹¹⁶⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 48.

⁽¹¹⁷⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 2.

⁽¹¹⁸⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 45.

⁽¹¹⁹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 46.

⁽¹²⁰⁾ Id.

⁽¹²¹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 47.

⁽¹²²⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 49 & 50.

⁽¹²³⁾ Food Safety Law, art. 43.

⁽¹²⁴⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 56.

⁽¹²⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 62.

⁽¹²⁶⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 70.

⁽¹²⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 65.

health food that are imported for the first time, their producers and importers must register them with the CFDA.¹²⁸ Health food imported for the first time are subject to filing, and do not require registration if the safety and health function of the food's ingredients and materials could be assessed through general requirements (i.e. national standards and regulations) China.¹²⁹ The Draft Amendment II specifies that only health food that are used to supplement nutrients such as vitamins and minerals can be subject to filing and do have to be registered.¹³⁰ Compared to applicants for registration, applicants do not have to get permission prior to marketing for filing, which also requires submission of less information.

Remarkably, the Draft Amendment II for the first time stipulates that food producers and traders should label their GM food according to law.¹³¹ At present, GM food labeling mainly applies a State Council's rule on Agro-GMO.¹³² Because of the lack of law specialized on GM food labeling, practical situation of GM food labeling is far from satisfying. This new provision in the Draft Amendment II confirms the mandate of GM food labeling at the legislation level, and also provides for correspondent legal liability for violating this requirement.¹³³ It is likely that more detailed and specialized rules will be promulgated at the administrative level and their enforcement will be strengthened.

4.5. Establishing the strictest rules for Legal Liability

The strictest rules on legal liability refers to "the adoption of comprehensive administrative, civil, and criminal liability; the imposition of the harshest punishments on illegal producers and traders; holding incompetent local governments and regulatory department

accountable; and imposing the strictest liability on inspection institutions found to be in violation of applicable laws".¹³⁴

Liability for civil damages is strengthened under the Draft Amendment I. The FSL ambiguously stipulates that consumers can request compensation from traders or producers for harms caused by food that does not meet food safety standards.¹³⁵ In practice, difficulty in determining whether the producer or the trader is the responsible party usually leads to consumers' inability to obtain timely and adequate compensation. In light of this fact, the Draft Amendment I proposes holding producers and traders jointly and severally liable.¹³⁶ The Draft Amendment II further prescribes that who knowingly provides places or other conditions for illegal food production and operation activities shall also bear joint and several liability.¹³⁷

In addition, in order to violators from hiding assets or dissolving before a lawsuit can be brought, the Draft Amendment I explicitly permits consumers to apply for property preservation in accordance with the Civil Procedure Law.¹³⁸

The provision on punitive damage is also revised to be more effective in punishing responsible producers or traders and deterring them from violating food safety laws and standards in the future. While the FSL limits punitive damages to 10 times the product's sale price, which is widely criticized as being too lax to deter violations, the Draft Amendment I grants consumers the alternative to request a payment amounted to three times of the loss resulted from the harm.¹³⁹ The Draft Amendment II adds that if the amount of punitive damage is less than RMB 1,000, the amount shall be RMB 1,000, and exempts the food producers and traders, who use illegal food labels which has nothing to do with food safety, from taking punitive damage liability.¹⁴⁰

⁽¹²⁸⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 66.

⁽¹²⁹⁾ Id.

⁽¹³⁰⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 71.

⁽¹³¹⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 64.

⁽¹³²⁾ Agro-GMO refers to GM animals, plants, microorganisms and their products used in agricultural production or agricultural products procession. This definition is from Regulation on Agro-GMO Biosafety Management (promulgated by the State Council on May 23, 2001, effective on May 23, 2001), available at <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/slc.asp?db=chl&gid=35608>.

⁽¹³³⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 116.

⁽¹³⁴⁾ 12th Standing Committee of National People's Congress of PRC, *supra* note 81.

⁽¹³⁵⁾ Food Safety Law, art. 96.

⁽¹³⁶⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 138.

⁽¹³⁷⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 113, 114, 128, 129.

⁽¹³⁸⁾ Id.

⁽¹³⁹⁾ Id.

⁽¹⁴⁰⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 138.

The Draft Amendment I also strengthens administrative liability. It achieves this goal by three primary avenues: explicitly stipulating the circumstances under which licenses must be suspended; increasing the cap for fines; and explicitly stipulating the circumstances under which licenses for food inspection may be permanently revoked. For actions such as the production of food with non-food raw materials, chemical substances other than food additives, substances that may cause harm to human health, or recovered food, the FSL requires a finding of “serious circumstances” as a prerequisite for license suspension.¹⁴¹ The Draft Amendment I eliminates this prerequisite.¹⁴² In addition, for the above actions, the FSL stipulates a fine up to 10 times the products’ value,¹⁴³ whereas the Draft Amendment I enhances the maximum to 30 times the products’ value.¹⁴⁴ Under the FSL, any food inspection personnel issuing false inspection reports in violation of the FSL shall, if he/she has been subject to criminal prosecution or removed from office or dismissed, be prohibited from any food inspection work within ten years,¹⁴⁵ whereas such food inspection staff will be prohibited from engaging in any food inspection work for life under the Draft Amendment I.¹⁴⁶

In addition to civil liability and administrative liability for market participants, liability for food regulators and local governments is strengthened and clarified under the Draft Amendment I. While the FSL provides that local governments and food regulators must be punished for violating their responsibilities under the FSL, it does not specify what kinds of punishment may be applied to what kinds of violations.¹⁴⁷ The Draft Amendment I fills in this gap by adding five articles.¹⁴⁸ For instance, if local governments delay, conceal, or falsely report food safety incidents, both the government officials that bear responsibility and the executives directly responsible must be punished by record-

ing a special demerit against them. For serious cases, they shall be demoted or removed from office and when severe consequences occur, key persons in charge of the government must admit responsibility and resign.¹⁴⁹

Regarding criminal liability, the Draft Amendment I makes it clear that if the behavior constitutes a crime, the person, including the food producer, food trader, food inspector and food regulator, shall be prosecuted for criminal responsibility under *Criminal Law* of 1979 (Amended on Feb. 25, 2011).¹⁵⁰

4.6. Promoting Cooperative Governance between Government and Society

As set forth above, public participation in food safety regulation is enhanced by way of risk communication. In addition, other provisions are added to promote cooperative governance between government and society.

Firstly, people are incentivized to report violations to the FSL through monetary awards. Food and drug regulatory departments and quality supervision departments at the county level or above are required to publish their email or telephone numbers for inquires, complaints and reports.¹⁵¹ Awards will be granted to people whose submitted reports are verified to be true.¹⁵² In order to protect reporters from being revenged by reported companies, the Draft Amendment II further stipulates that reporters’ personal information must be kept classified, and their legitimate rights and benefits must be protected.¹⁵³

Disclosure requirements of food safety information by government is further strengthened. In addition to requiring food regulators to release food safety information in an accurate, timely and objective way,¹⁵⁴ the Draft Amendment I further mandates food regulators to pro-

⁽¹⁴¹⁾ Food Safety Law, art. 85.

⁽¹⁴²⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 124.

⁽¹⁴³⁾ Food Safety Law, art. 85.

⁽¹⁴⁴⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 124.

⁽¹⁴⁵⁾ Food Safety Law, art. 93.

⁽¹⁴⁶⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 149.

⁽¹⁴⁷⁾ Food Safety Law, art. 95.

⁽¹⁴⁸⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 141-146.

⁽¹⁴⁹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 142.

⁽¹⁵⁰⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 153.

⁽¹⁵¹⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 114.

⁽¹⁵²⁾ Id.

⁽¹⁵³⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 107.

⁽¹⁵⁴⁾ Food Safety Law, art. 82; Draft Amendment I of FSL, art. 118.

vide explanations for possible harm the may be brought by relevant food to avoid misleading the public.¹⁵⁵

While the media is encouraged to publicize food safety laws, regulations, standards and information, as well as provide public oversight of acts that violate the FSL,¹⁵⁶ the Draft Amendment I emphasizes that reporting of food safety issues must be objective, true and just.¹⁵⁷ The Draft Amendment I specifically provides that no organization or individual shall disseminate false food safety information.¹⁵⁸ To realize this objective, the Draft Amendment I stipulates that if a news media entity intends to publish food safety information and this information may have a serious impact on society or the food industry, the news media entity is first required to verify the information with the relevant food and drug regulatory departments before publishing the information.¹⁵⁹

Realizing that such requirement may compromise the timeliness of food safety information, the Draft Amendment II adopts another way to avert dissemination of untrue information. It deletes the requirement that food safety information must be verified with government departments before publishing.¹⁶⁰

Simultaneously, it adds that if a media makes up and disseminate untrue food safety information, afterwards it will be punished by relevant regulatory departments, as well as directly responsible directors and other employees.¹⁶¹ By this way, the media are compelled to keep quality of their information as long as they don't want to take punishment.

Food industry associations and consumer associations can be great powers in promoting cooperative governance on food safety. The Draft Amendment I generally requires food industry associations to strengthen industry self-discipline and guide food producers and traders to run their business according to

law.¹⁶² The Draft Amendment II further details that food industry associations must establish and improve industry norms and internal reward-and-punishment mechanism, and provides services such as food safety information and technology for their members.¹⁶³ Moreover, the Draft Amendment II requires consumer association and other consumer organizations to supervise behaviors that violate the FSL and harm consumers' legitimate rights and benefits.¹⁶⁴

Though food companies are not trusted to effectively self-regulate, the Draft Amendment I tries to mobilize them to play a more positive role in ensuring food safety. Food producers and traders are required to establish a food safety self-assessment system and regularly assess their own food safety situation.¹⁶⁵ If the production and trading conditions change and do not comply with food production and trading requirements any more, they shall immediately take rectification measures, and if the potential for food safety risks still exists, they shall immediately terminate production and trade, and report to the county level food and drug regulatory department.¹⁶⁶

The Draft Amendment I encourages the formation of a liability insurance system and food producers and traders are encouraged to participate in this system¹⁶⁷. Liability insurance plays an important social function in protecting consumers' rights and benefits when food companies are unable to compensate consumers for harms they have caused. Under Draft Amendment I, specific measures are authorized to be jointly developed by the CFDA and the China Insurance Regulatory Committee.¹⁶⁸ However, the Draft Amendment II deletes this authorization out of the concern that it may be construed to force companies to participate in the insurance, aggravating burden on companies and consumers.¹⁶⁹

⁽¹⁵⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 118.

⁽¹⁵⁶⁾ Food Safety Law, art. 8 & art. 11.

⁽¹⁵⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 11.

⁽¹⁵⁸⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 121.

⁽¹⁵⁹⁾ Id.

⁽¹⁶⁰⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 111.

⁽¹⁶¹⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 131.

⁽¹⁶²⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 10.

⁽¹⁶³⁾ Draft Amendment II of FSL, art. 9.

⁽¹⁶⁴⁾ Id.

⁽¹⁶⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 74.

⁽¹⁶⁶⁾ Id.

⁽¹⁶⁷⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 78.

⁽¹⁶⁸⁾ Id.

⁽¹⁶⁹⁾ 12th Standing Committee of National People's Congress of PRC, supra note 90.

4.7. Other new administrative instruments

Apart from the major changes discussed above, there are some other administrative instruments provided for in Draft Amendment I that may enhance administrative capacity and improve administrative efficiency, primarily the grading of risks, grading of food safety incidents, communication sessions with liable persons, and assaulting inspection.

Grading of risks can help regulatory departments allocate administrative resources to the riskiest areas and thus obtain the most cost-effective outcomes. To this end, the Draft Amendment I requires food and drug regulatory departments and quality supervision departments at the country level or above to identify key areas, approaches and frequency of regulatory work, on the basis of food safety risk monitoring, risk assessment and food safety situation.¹⁷⁰

Under the FSL, local governments are required to formulate emergency plans for food safety incidents, but the FSL does not specify what substantive elements must be included in the emergency plans.¹⁷¹ To enhance the reliability of emergency plans, the Draft Amendment I mandates that emergency plans include: the grading of incidents, a chain of command for incident response and the allocation of personnel responsibilities, a prevention and early warning system, incident handling procedures and measures to guarantee effective emergency incident handling.¹⁷² Within these requirements, the grading of incidents is particularly helpful in improving governments' emergency response capacity.

Communication sessions with liable persons are an informal but effective approach to mobilize responsible parties to fulfill their obligations in China. The Draft Amendment I adds this mechanism by stipulating that if food producers and traders do not timely eliminate safety hazards, regulatory departments can arrange a communication session with a potentially liable person. If regulatory departments fail to timely discover systematic risks in the region, local government of the same level can arrange a communication session. If local governments fail to perform their food safety

duties properly, governments of a higher level can arrange a communication session.¹⁷³ The communication session and the rectification measures will be included in the food companies' credit records, as well as in the companies' evaluation and appraisal records,¹⁷⁴ which discourages irresponsible behavior. Assaulting inspection is mainly used in the event that regulatory departments do not properly fulfill their responsibilities. If risk monitoring information or complaints indicate the existence of gravely illegal behavior or serious food safety problems, regulatory department at the higher level government may conduct an on-site inspection of a food producer or trader without notice. Such a regulatory department may also supervise the work of the lower regulatory department that shall take responsibility.¹⁷⁵ In this way, regulatory departments at different levels are mobilized to fully perform their responsibilities as long as they do not want to be found incompetent.

5.- Problems remaining to be solved

Through the substantive modification or addition of 55 articles, the Draft Amendment I has significantly strengthened the FSL's ability to handle food safety issues. In pursuance to the same principles, the Draft Amendment II adjusts about 30 articles to make the law become more comprehensive, workable and concise. With more precaution, greater oversight and broader participation, the updated system under the Draft Amendment I & II are likely to improve China's food safety situation. However, there are still changes waiting to be made. Some of them have already been mentioned generally in Draft Amendment I & II but need further clarification, such as the regulation of small workshops and street vendors, the incentivization of whistle-blowers, and the establishment of a liability insurance system. Some others have not been incorporated into the Draft Amendment I & II for various reasons, but are valuable tools for handling food safety problems.

Certain workshops and street vendors have long rep-

⁽¹⁷⁰⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 105.

⁽¹⁷¹⁾ Food Safety Law, art. 70.

⁽¹⁷²⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 98.

⁽¹⁷³⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 112.

⁽¹⁷⁴⁾ Id.

⁽¹⁷⁵⁾ Draft Amendment I of FSL, art. 113.

resented a headache for regulatory departments' due to their decentralized, mobile and concealed natures. As of June 2013, small workshops employing less than 10 persons only hold 9.3 percent food market share, but account for 60 percent of all food producer and processors.¹⁷⁶ Though the FSL tries to regulate them and delegates authority to local governments to enact their own regulations, only 10 provincial regions have done this; therefore, most workshops and street vendors are outside of the regulatory scope.¹⁷⁷ In spite of strong calls for stricter regulation, the Draft Amendment I & II maintain the original regulation. Because of the distinct nature of small workshops and street vendors, a licensing system is not useful, and a different regulatory approach should be employed. On the one hand, they should be encouraged to operate in a more formal manner, on the other hand, the grading of risks should be utilized to decrease the administrative costs of on-site inspections.

The Draft Amendment I attempt to incentive whistle-blowers by monetary awards. While supporting this change, some representatives of the NPC worry that whistle-blowers may be unwilling to accept the award for fear of retaliation, which has been proved to be highly possible in some regions. In light of this concern, one more sentence is added in the Draft Amendment II that requires preserving anonymity for reporters. But this is just the first step, more detailed rules and supporting system need to be established before this provision can effectively work, especially for company employees who are likely to acquire internal information but are usually fearful of being revenged by their powerful employers.¹⁷⁸

Regarding food safety insurance, the Draft Amendment I & II encourages the formation of such a system but does not mandate that food producers buy insurance. In light of the fact that the food safety insurance market is far from mature and that a corresponding regulatory system has not been established, a voluntary regime with government support may be an

acceptable option at the present, in order to prepare the market for this change. However, in order to fully protect consumers' interests, a mandatory system may need to be established as soon as possible.

In addition to the problems set forth above, there are some other issues that are not mentioned in the Draft Amendment I & II, but that are also of great importance in improving food safety. For instance, public interest litigation of food tort cases remains an important issue. As the new *Environmental Protection Law*, which was amended on April 2014, allows social organizations to file environmental public interest suits against polluting companies,¹⁷⁹ the FSL should be modified to include the same provision because environmental protection cases and food safety cases share many common features, such as the universality and decentralization of potential plaintiffs, the power of polluting companies, and difficulties in proving causation. Such changes will likely evolve in an increasingly advanced legal system.

6.- Conclusion

In response to the precarious food safety situation, recent revisions to the FSL are likely to initiate substantive changes. The CFDA has been established to integrate the previously scattered responsibilities of the SAIC, FDA and AQSIQ, while a new NHFPC has been established to take over MOH's responsibilities for organizing risk monitoring, risk assessment and enacting HFSSs. Built upon the principle of "establishing the strictest food safety regulation system," major changes in the Draft Amendment I & II fall into four main categories: (1) the strengthening of the prevention framework; (2) the establishment of most stringent rules for 'whole-process' regulation; (3) the establishment of strict rules for legal liability; and (4) the promotion of cooperative governance between government and society.

⁽¹⁷⁶⁾ This data comes from Yuan Li's speech on 5th Food Safety Forum. Yuan Li is a high-level staff of the Legal Council of Standing Committee of the NPC, and has taken a primary role in the draft of Draft Amendment. Written version of his speech is available at: http://www.ce.cn/cysc/ztpd/2013/food/lty/wzsp/201306/17/t20130617_513682.shtml.

⁽¹⁷⁷⁾ This data comes from Longde Wang's interview. Longde Wang is a member of the Standing Committee of the NPC and also a respected medical expert. Citation of his interview is available at: http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2014-08/20/content_1874672.htm.

⁽¹⁷⁸⁾ Jiangli, a member of the Standing Committee of the NPC, comes up with suggestion during the process of review, available at: http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2014-08/20/content_1874669.htm.

⁽¹⁷⁹⁾ Environmental Protection Law of the PRC (promulgated by the 11st Session of 7th Standing Committee of National People's Congress of the PRC on December 26, 1989, amended on April 24, 2014, effective on January 1, 2015), art. 58.

More specifically, to eliminate or at least mitigate risks before they become material, risk-based approaches such as risk monitoring, risk assessment and risk communication are used in enacting food safety standards and daily regulatory work. To cover upstream and downstream activities of the food supply chain, food production, distribution, and services are further regulated through quality controls, registration requirements, and traceability requirement. High-risk areas like health food, infant food and centralized dining places are specifically provided for, as well as emerging areas such as online food transactions. To impose harsh punishments on violators, civil liability, administrative liability and criminal liability are comprehensively utilized and strengthened. To encourage more parties to participate in food safety management, an incentivized reporting system, information disclosure system, self-assessment system, and food safety liability insurance system are promoted.

In addition, some new administrative instruments have been created to streamline the otherwise daunting task of managing and supervising food safety issues. Such instruments include the grading of risks, grading of food safety incidents, communication sessions with liable persons and assaulting inspections. By applying these methods, regulatory departments can invest less administrative resources but leverage more effective outcomes, thus improving administrative efficiency.

While many changes have been achieved, there are still some problems that remain to be solved in the following revision process. Some of them have already been mentioned in the Draft Amendment I & II but

need further clarification, such as the regulation of small workshops and street vendors, the incentivization of whistle-blowers, and the establishment of a food safety liability insurance system. Some others have not been incorporated into the Draft Amendment I & II out of various reasons yet are valuable tools for addressing food safety problems, such as public interest litigation of food safety cases. With ongoing developments in Chinese food markets, financial markets, and the legal system, these changes are likely to occur in the not so distant future.

ABSTRACT

Food safety has been a big problem in China for a long time. Since the enactment of Food Safety Law in 2009, China's food safety regulation has been tightened, however, food safety situation is still far from satisfying. In a response, from 2013 China's government began to amend the Food Safety Law, hoping it can be more effective and efficient in resolving food safety issues. The ongoing amendment aims to build up a upgraded legal framework for food safety regulation by strengthening rules on prevention priority and precaution, establishing stringent rules for 'whole-process' regulation, establishing stringent rules on legal liability and promoting cooperative governance between government and society. This article tries to give an introduction to the background, current development and remaining problems of this amendment process.



IP Erasmus GFLQ 2014

Infracción de las Denominaciones Geográficas Protegidas a través de conductas evocativas: un apunte crítico

Ángel Martínez Gutiérrez

1.- Preliminar

Las instituciones comunitarias comenzaron en la década de los noventa a ofrecer una cierta protección jurídica armonizada a las denominaciones geográficas cualificadas. De este sistema de protección se puede destacar el reconocimiento de un derecho de exclusividad que, con carácter general, se configura de forma *paralela* al derivado del registro de una marca. Esta regulación implica un avance que permite superar la tutela dispensada solo y exclusivamente a través de los mecanismos propios de la competencia desleal, para reconocer a la agrupación de empresarios que ha impulsado y obtenido el reconocimiento administrativo de la concreta Denominación de Origen (DO) o Indicación Geográfica Protegida (IGP) un monopolio de uso del nombre geográfico concreto para la identificación de un producto¹. Del mismo modo, se les dota de una serie de facultades de exclusión, que permitan reaccionar contra cualquier uso ilícito de tal nombre. De esta forma, se consigue garantizar las dos principales funciones encomendadas a estos títulos de Derecho industrial; a saber, diferenciar los productos que tienen una procedencia determinada con respecto a otros de origen geográfico diverso, por un lado; y distinguir una calidad productiva ligada a la procedencia, por otro, lo que facilita el reconocimiento y la elección racional por parte de los consumidores.

Pese a estas afirmaciones, si se realiza una compa-

ración en profundidad de los derechos que otorga el reconocimiento administrativo de una denominación geográfica protegida con aquellos que se derivan de la inscripción de una marca, se observará que los derechos de exclusividad que se reconocen en ambos casos no tienen la misma extensión ni, tampoco, gozan del mismo nivel de protección. Es por ello que hayamos empleado la expresión entrecomillada “paralela” para definir la forma en que se configuran los sistemas de protección marcario y de denominaciones geográficas protegidas; ya que consideramos que más allá del nombre y de la propia estructura, no es posible mantener un parangón entre ambas tipologías de derechos. Así, desde un plano estrictamente formal, la regulación de los derechos de exclusividad dispensados a la marca presenta un carácter técnico, que contiene una nítida definición de sus rasgos configuradores; mientras que la regulación de la exclusividad reconocida a las denominaciones geográficas protegidas resulta en todo caso más precaria. Esta disparidad normativa es la que justifica que se haga recurso permanente desde las denominaciones geográficas cualificadas a las pautas hermenéuticas que se emplean en sede de signos distintivos, toda vez que, presentando una mejor regulación jurídica y contando, desde luego, de una rica jurisprudencia que acota el alcance de las normas, permite no sólo superar las carencias de su régimen jurídico específico, sino también guiar la labor interpretativa del órgano administrativo o judicial llamado a aplicarlo. Lamentablemente, y como veremos en este trabajo, la traslación de estas pautas interpretativas no es completa y se llegan a soluciones que rompen los planteamientos jurídicos tradicionalmente sustentados en el ámbito de los signos distintivos.

Además, esta situación normativa de mayor – y mejor – protección ofrecida en el ámbito marcario es la base de que en la práctica se solicite el nombre de las denominaciones geográficas cualificadas también

(¹) Sobre estas cuestiones relativas a las denominaciones geográficas protegidas, consúltense, Gómez Segade, J.A., “Aspectos actuales en el régimen jurídico de las indicaciones geográficas”, en *XXII Jornadas de Estudio sobre Propiedad Industrial e Intelectual*, Grupo Español Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, 2007, pp. 51-72.

como marca o nombres comerciales, de tal modo que su titular o titulares puedan obtener una mayor protección jurídica. Dos motivos sustentan esta opción. De un lado, porque se añade a la protección específica de las denominaciones geográficas aquella otra derivada de los mecanismos marcarios. En efecto, a partir de este momento, la estructura de promoción, control y defensa de la denominación geográfica protegida puede activar bien las facultades de exclusión específicas, bien aquéllas de carácter marcario. De otro lado, la realidad jurisprudencial permite constatar el dato de que los órganos administrativos o judiciales que se encargan de resolver esta suerte de controversias se encuentran más familiarizados con el Derecho de marcas, sobre el cual disponen de mayores conocimientos y se encuentran más concienciados en su protección.

En estas páginas abordaremos una de las cuestiones que se derivan del régimen jurídico de las denominaciones geográficas protegidas, a saber, la exégesis del concepto “evocación” sobre el que se construye una de las conductas prohibidas autónomas consideradas por la normativa. Para ello, realizaremos una breve exposición de la protección de las denominaciones geográficas cualificadas, abordando posteriormente un análisis del precepto comunitario encargado de definir el *ius excludendi alios* de estos títulos de Derecho industrial de carácter colectivo. Tras ello, acometeremos el análisis del concepto de evocación, confrontando la interpretación ofrecida por los órganos judiciales patrios y comunitarios. Esta visión comparada nos permitirá contrastar cuál de los dos sistemas ofrece una tutela más adecuada de estas denominaciones geográficas protegidas.

2.- Consideraciones introductorias sobre la tutela comunitaria de las denominaciones geográficas protegidas

Las denominaciones geográficas reciben una enérgi-

ca protección de carácter especial de parte del legislador comunitario, que ha recibido un nuevo impulso a través del Reglamento (UE) 1151/2012, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, que supera y deroga los anteriores Reglamentos (CE) 509/2006 – sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios – y 510/2006 – sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. La protección dispensada por esta norma se sustancia en el reconocimiento de un derecho de exclusividad a favor de un colectivo de usuarios legítimos, siempre que se obtenga la válida inscripción en el Registro creado a tales efectos en el seno de la Comisión Europea² – y quedando a salvo la llamada tutela nacional transitoria³. De modo similar a cuanto ocurre en el ámbito de las marcas, el derecho de exclusividad se obtiene por la inscripción y se dispone a favor del colectivo que ha impulsado (y obtenido) el acceso al registro de la denominación geográfica. Esta exclusividad presenta una doble vertiente – positiva y negativa – y está orientada a conseguir el cumplimiento de las dos funciones en el tráfico económico que hemos mencionado anteriormente, es decir, una función distintiva y una función de garantía de calidad. Así, mientras la vertiente positiva (*ius utendi*) o monopolio de uso permite la efectividad de ambas funciones en el tráfico económico; la vertiente negativa (*ius excludendi alios*) o facultades de exclusión se orienta a evitar su vulneración a través de determinados comportamientos desleales que pueden tener lugar en el tráfico económico por parte de terceros pertenecientes o no al citado colectivo⁴.

Puesto que el *ius excludendi alios* reconocido a las denominaciones geográficas protegidas será objeto de análisis en el epígrafe siguiente, creemos interesante realizar ahora unas observaciones sobre la vertiente positiva de este derecho, contenido en el párrafo primero del artículo 12 del Reglamento (CE)

(²) Para un análisis más amplio de esta materia, consúltese, Martínez Gutiérrez, A., *Tutela comunitaria de las denominaciones geográficas protegidas en el Reglamento (CE) núm. 510/2006. Especial referencia a los conflictos con otros signos distintivos*, Barcelona, 2008.

(³) Para un estado de la cuestión a nivel nacional, nos remitimos a Gómez Lozano, M.M. - González Pérez, J.M., *Indicaciones geográficas, propiedad industrial y constitución*, RDCD, núm. 12, 2013, pp. 183 y ss.; así como Gómez Lozano, M.M., *Disposición Adicional decimonovena: Proyecto de Ley de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas*, en Bercovitz Rodríguez-Cano / García-Cruces González (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª Ed., Cizur Menor, 2008, pp. 1467-1475.

(⁴) Así lo defiende, Sarti, D., *Regolamento CE n. 510/06 sulle denominazioni d'origine* en Marchetti-Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4ª Ed., Padova, 2007, p. 1035, quien añade que la tutela de las denominaciones geográficas protegidas puede esgrimirse tanto frente a los operadores económicos que se encuentren inscritos en los registros de la denominación geográfica concreta como frente a aquellos otros que no lo estén.

núm. 1151/2012 cuando asevera que «*las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas podrán ser utilizadas por cualquier operador que comercialice productos conforme al pliego de condiciones que les sea aplicable*».

Sin embargo, aun cuando el reconocimiento del *ius utendi* se ha realizado en unos términos sumamente generosos, la lectura sosegada de la norma trascrita nos permite colegir un doble parámetro que en cierta medida restringe la amplitud inicial del precepto. Obsérvese, en este sentido, que al reconocer el monopolio de uso a favor de «*cualquier operador que comercialice productos*», se estaría vetando incomprensiblemente el uso de la denominación geográfica a aquellos agentes económicos que desarrollan su actividad económica en otras fases diferentes del proceso productivo (y anteriores, en todo caso, a la fase indicada). Tal sería el caso de la producción, la transformación y la elaboración. Se trata, pues, una restricción injustificada del ámbito de aplicación del precepto que, desde luego, no encaja con las características definitorias de las denominaciones geográficas protegidas. Es por este motivo que, en nuestra opinión, deba superarse este lamentable defecto mediante la interpretación sistemática de la citada norma con las definiciones de los títulos de protección que aparecen en los dos primeros párrafos del artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012. De este modo, la exégesis propuesta trataría de completar esta deficiencia mediante la extensión del verbo «*comercialice*» a todas las fases de producción que se encuentren contempladas en el pliego de condiciones de la denominación geográfica concreta.

Junto a estas consideraciones, la dicción del precepto revela que el uso exclusivo de la denominación geográfica reconocida e inscrita se hace pivotar sobre una condición del todo justificada; a saber, la observancia de los requisitos previstos en el concreto pliego de condiciones para la producción, elaboración y comercialización de los productos diferenciados con la denominación geográfica concreta. Y es que, al exigir que los productos agrícolas o alimenticios sean «*conformes al pliego de condiciones que les sea aplicable*», el legislador comunitario persigue que las denominaciones geográficas cumplan las dos funciones indicadas anteriormente y que, a nuestro juicio, conforman una versión adaptada de aquéllas desarrolladas por los signos distintivos en el mercado. Obsérvese, en este sentido, cómo el monopolio de uso reconocido en los términos anteriores a los usuarios legítimos de la denominación

geográfica facilita que ésta se conforme como un instrumento de diferenciación de carácter colectivo que permite identificar y distinguir unos productos, en cuanto procedentes de un determinado origen geográfico, cuyas características se manifiestan homogéneas y certificadas permanentemente a lo largo del tiempo.

3.- *Aproximación a la dimensión negativa del derecho de exclusiva*

3.1. *Redacción de la norma. Críticas*

Junto al monopolio de uso reconocido al círculo más o menos amplio de operadores económicos, el derecho de exclusiva que se reconoce a las denominaciones geográficas protegidas implica también la atribución de unas facultades de exclusión o *ius excludendi alios* que permiten hacer efectivo el indicado monopolio y garantizar las funciones jurídico-económicas de este título de Derecho Industrial. La regulación de este *ius prohibendi* ha sido incluida por el legislador comunitario en los artículos 13.1º y 14 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012.

Se trata de dos preceptos ciertamente complejos que vienen a dotar a las denominaciones geográficas protegidas de un amplio y sólido *ius prohibendi*. Así, por un lado, se cumple la misión de facilitar la estructura de control, promoción y defensa de la denominación geográfica, vetando y persiguiendo determinados comportamientos lesivos realizados por terceras personas pertenecientes o no al círculo de sujetos habilitados para el uso de la concreta denominación geográfica; por otro lado, permite dirimir los conflictos suscitados con otros signos distintivos, estableciendo la normativa los diferentes supuestos de prelación entre ellos. En efecto, si volvemos sobre el contenido de ambas normas jurídicas, podremos detectar cuál ha sido el diseño que ha realizado el legislador comunitario de la defensa de la denominación geográfica protegida. Mientras que el artículo 13, intitulado «*protección*», realiza una delimitación positiva (y negativa) de los comportamientos susceptibles de lesionar a la denominación geográfica concreta; el artículo 14, bajo la rúbrica «*relaciones entre marcas, denominaciones de origen e indicaciones geográficas*», se ocupa de disciplinar únicamente las relaciones conflictivas entre ambos títulos de Derecho industrial, estableciendo una especie de graduación de la protección concedida a

las denominaciones geográficas en cada caso⁵.

A los efectos que interesa a este trabajo, resulta imprescindible abordar el contenido del párrafo primero del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012, pues contiene una delimitación positiva de los comportamientos prohibidos, cuya comisión genera la activación de las facultades de exclusión reconocidas al colectivo de usuarios legítimos de la denominación geográfica protegida⁶.

La redacción actual que hace el Reglamento 1151/2012, implica una cierta mejora técnica respecto de la redacción que contenía el –también– artículo 13 del derogado Reglamento 510/2006, que a su vez implicaba una mínima mejora cualitativa respecto de la versión originaria incluida en el Reglamento (CE) núm. 2081/1992. Pese a ello, lo cierto es que si abordamos el examen de su contenido, podremos concluir que el alcance real de la norma se ha mantenido invariable tras las reformas, lo que permite la reproducción de cuanto manifestado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia en consideración de las normas anteriores. En este sentido, desde una estricta perspectiva técnico-jurídica, el párrafo primero del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012 manifiesta, a nuestro juicio, un carácter desafortunado, pues pretendiendo dotar a las denominaciones geográficas protegidas de un amplio *ius prohibendi*, no sólo suministra una descripción confusa y reiterativa de los comportamientos lesivos, sino que también omite el obligado tributo a los conceptos jurídicos desarrollados en el campo de los signos dis-

tintivos, lo que, en nuestra opinión, resulta sumamente grave si tenemos presente que, a la fecha de la redacción y aprobación del citado Reglamento, el régimen jurídico de las marcas constituía una importante materia de carácter comunitario⁷.

Así pues, al aceptar y reproducir la generosa formulación del supuesto de hecho de las normas precedentes, el legislador comunitario facilita la aplicación del precepto vigente a un amplio espectro de comportamientos idóneos para lesionar a las denominaciones geográficas protegidas. Obsérvese, en este sentido, cómo, de una parte, se prohíbe «*cualquier uso comercial directo o indirecto*», «*cualquier otro tipo de indicación*» o «*cualquier otra práctica*» que sean susceptibles de infringir el derecho de exclusiva de la denominación geográfica; mientras que de otra parte, se opta por la prevención como opción de política-legislativa, al activar el resorte tuitivo en un estadio previo a la producción efectiva del resultado lesivo. De este modo, las letras c) y d) del precepto vienen a vetar respectivamente no sólo las indicaciones falsas o falaces que «*que por sus características puedan crear una impresión errónea acerca de su origen*», sino también «*cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor acerca del verdadero origen del producto*», con independencia de que se genere de forma cierta y efectiva una situación de confusión en el mercado⁸.

Sin embargo, aunque se produce este efecto positivo en la tutela de las denominaciones geográficas registradas, el precepto no realiza una tipificación nítida

(⁵) Para un análisis del juego de ambos preceptos, puede consultarse nuestros trabajos, Martínez Gutiérrez, A., *La tutela comunitaria de las denominaciones geográficas protegidas ante las marcas registradas*, *NotUE*, núm. 219, 2003, pp. 27 y ss.; así como la monografía *Tutela comunitaria de las denominaciones geográficas*, cit., 52 y ss.

(⁶) Así, este artículo 13, establece que «*Los nombres registrados estarán protegidos contra:*

Cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado en productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables a los productos registrados con ese nombre o cuando el uso del nombre se aproveche de la reputación del nombre protegido, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes;

Cualquier uso indebido, imitación o evocación, incluso si se indica el verdadero origen de los productos o servicios o si el nombre protegido se traduce o se acompaña de expresiones tales como «estilo», «tipo», «método», «producido como en», «imitación» o expresiones similares, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes.

Cualquier otro tipo de indicación falsa o falaz en cuanto a la procedencia, el origen, la naturaleza o las características esenciales de los productos, que se emplee en el envase o en el embalaje, en la publicidad o en los documentos relativos a los productos de que se trate, así como la utilización de envases que por sus características puedan crear una impresión errónea acerca de su origen;

Cualquier otra práctica que pueda inducir a error al consumidor acerca del verdadero origen del producto.»

(⁷) *Vid.*, Sarti, D., *Regolamento CE n. 510/06 sulle denominazioni d'origine* en *Commentario breve*, cit., p. 1035, quien defiende el recurso de los criterios y parámetros utilizados en el ámbito de los signos distintivos; Magelli, S., *Marchio e nome geografico* en AA.VV., *Studi di Diritto Industriale in onore di Adriano Vanzetti. Proprietà intellettuale e concorrenza*, vols. I y II, Milán, 2004, pp. 916 y 917, quien afirma que la tutela de las denominaciones geográficas protegidas «*in realtà è una tutela ben poco definita*» y que los derechos reconocidos a aquéllas son «*diritti più sfumati*».

(⁸) Estas circunstancias han venido a fundamentar una tesis sobre la amplitud del *ius excludendi alios* reconocido a las denominaciones geográficas protegidas. *Vid.*, Gomez Lozano, M.M., *Denominaciones de origen y otras indicaciones geográficas*, Cizur Menor, 2004, pp. 94 y ss.; Botana Agra, M., *Las denominaciones de origen*, Madrid, 2001, pp. 204 y ss.

de las conductas lesivas como sucede, en cambio, en el ámbito de los signos distintivos, donde el ejercicio de las facultades de exclusión del titular marcario se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas que se encuentran expresamente descritas en la normativa. Muy al contrario, la configuración de su supuesto de hecho nos revela la escasa técnica jurídica invertida en la reelaboración del párrafo primero del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012, pues su activación se produce cuando se cometa alguno de los comportamientos redactados de forma imprecisa e indeterminada por el legislador comunitario. A ello hay que añadir que se trata de comportamientos que, por lo demás, suelen ser el detonante de situaciones de riesgo de confusión, aprovechamiento indebido de la reputación ajena o riesgo de error sobre determinados extremos del producto.

3.2. Comportamientos prohibidos

El párrafo primero del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012 prohíbe una serie de comportamientos con el objetivo de evitar que se produzcan ciertos efectos negativos en el tráfico económico. En su análisis aprovecharemos la mencionada conexión de este sector con el ámbito marcario, que nos permitirá el continuo recurso a los parámetros valorativos utilizados por la doctrina y la jurisprudencia patria y comparada en ese sector⁹.

En primer lugar, el *riesgo de confusión* constituye una –la primera– de las consecuencias negativas que se tratan de evitar permitiendo activar el resorte del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012. En efecto, aunque no se alude expresamente a él, creemos que se recoge en el primer inciso de la letra a) de la citada norma. Se trata, desde luego, de una previsión relevante si tenemos presente que una de las funciones que cumplen las denominaciones geo-

gráficas en el tráfico económico es la distintiva, mitigando los efectos negativos de la asimetría informativa existente en el mismo y, en consecuencia, permitiendo a los consumidores una fácil elección de los productos a través de datos claros y concisos acerca del origen, resulta evidente que la primera reacción del legislador comunitario vaya orientada a vetar aquellos comportamientos desleales que tratan de viciar el acto de compra y generar una situación próxima a la que se trata de evitar con la utilización de los signos distintivos en general y de las denominaciones geográficas en particular¹⁰. De ahí que el legislador comunitario haya adoptado esta previsión que, además de fundamentar la función distintiva, garantiza su efectividad.

Pese a ello, si nos detenemos en el análisis de este inciso y lo contrastamos con el régimen comunitario en materia de marcas podremos comprobar que se trata de una previsión deficitaria¹¹. Así, al prohibirse «cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado en productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables a los productos registrados con ese nombre», se está haciendo una referencia implícita y defectuosa a los parámetros sobre los que orbita el riesgo de confusión en el ámbito de las marcas. En efecto, omitiendo toda alusión explícita al citado efecto negativo cuya concurrencia resulta incontestable, el supuesto de hecho del precepto exige una estructura determinada del signo infractor («uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado») y una proximidad entre los productos ofertados bajo ambos signos en conflicto («productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables a los productos registrados»). Se trata, en definitiva, de dos parámetros que –como ha afirmado gráficamente GALLI en el ámbito marcario– podrían entenderse los ejes de ordenadas y abscisas de un supuesto diagrama, donde se representasen todas las posibilidades de confusión para el público de los consumidores¹², y entre los

(9) En este sentido se muestra, Botana Agra, M., *Las denominaciones de origen*, cit., pp. 207 y 208, quien afirma que con relación a la interpretación del concepto de imitación contenido en el Reglamento (CE) núm. 2081/92 que «...habrá de acudirse a las reglas o pautas que en los Estados miembros se apliquen en la solución de los conflictos relativos a la existencia o no de confundibilidad en materia de signos distintivos, particularmente los consagrados en el sector de las marcas...».

(10) Así, se pronuncia el considerando 5 del Reglamento 1151/2012, al considerar que las normas del reglamento se disponen «no sólo para identificar y promover mejor aquellos de sus productos que presenten características específicas, sino también para proteger a dichos productores de las prácticas desleales». A estos efectos, añade el considerando 18 que es necesario «ofrecer información clara sobre los productos con características específicas vinculadas a un origen geográfico, para que los consumidores hagan sus elecciones de compra con mayor conocimiento de causa».

(11) Martínez Gutiérrez, A., *Tutela comunitaria*, cit., pp. 81 y ss.

(12) Galli, C., *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milán, 1996, p. 105.

que existe una indiscutible interdependencia para la constatación del riesgo de confusión, pues como tiene afirmado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «*un bajo grado de similitud entre los productos o servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa*»¹³.

En segundo lugar, el párrafo primero del artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 1151/2012 viene reprimir aquellos comportamientos susceptibles de provocar el aprovechamiento indebido de la reputación de la denominación geográfica protegida. En efecto, de forma más explícita, el legislador comunitario se refiere a este efecto negativo en las letras a) y b) del citado precepto. Así, la letra a) veta «*cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado en productos no amparados por el registro, cuando... el uso del nombre se aproveche de la reputación del nombre protegido, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes*»; la letra b) se refiere, con carácter general, a una trilogía de supuestos en los que se produce necesariamente el efecto de aprovechamiento indebido de reputación ajena, a saber, «*cualquier uso indebido, imitación o evocación, incluso si se indica el verdadero origen de los productos o servicios o si el nombre protegido se traduce o se acompaña de expresiones tales como «estilo», «tipo», «método», «producido como en», «imitación» o expresiones similares, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes*»¹⁴. Del análisis conjunto de ambos preceptos se puede apreciar que la normativa admite que los signos distintivos tengan di-

versas configuraciones, pudiéndose presentar – aplicando los criterios hermenéuticos propios de los signos distintivos – una similitud gráfica, fonética y conceptual con la denominación geográfica protegida.

La normativa europea reguladora de las denominaciones geográficas protegidas experimenta también un notable avance en lo que respecta a la regulación del riesgo de confusión y el aprovechamiento indebido de reputación. Así, en relación al ámbito productivo en que se desarrolle la actividad, no se exige el carácter comparable de los productos respecto de aquéllos amparados por el registro de la denominación geográfica¹⁵. En consonancia con el Derecho de marcas, el aprovechamiento de la reputación ajena va más allá del principio de especialidad, siendo de aplicación la normativa a supuestos de productos no similares en todo caso. Consúltense, en este sentido, los artículos 4.4º a) de la Directiva de Marcas¹⁶ y 8.5º del Reglamento de Marca Comunitaria¹⁷, implementados en nuestro Ordenamiento jurídico por el 8.1º de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en los que se protegen los signos distintivos que gocen de notoriedad y renombre en el tráfico económico frente a signos idénticos o similares para diferenciar productos o servicios no similares que puedan aprovechar indebidamente la reputación de los primeros o lesionar su carácter distintivo¹⁸.

Pero además, y por último, el legislador comunitario ha expuesto un triple supuesto paradigmático de aprovechamiento indebido de la reputación. Y es que, además de la inclusión de cláusulas deslocalizadoras o de la traducción de la denominación geográ-

(13) Fundamentos jurídicos núm. 17 y 19 de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 1998 (C-39/97), dictada en el asunto *Canon*, y de 22 de junio de 1999 (C-342/97), dictada en el asunto *Lloyd*, respectivamente.

(14) Resulta interesante confrontar la dicción actual del precepto con la contenida en el artículo 13 del derogado Reglamento 510/2006, que mencionaba entre los ejemplos de expresiones prohibidas: género, tipo, método, estilo e imitación. Si bien el sentido de la norma se mantiene inalterado, es difícil entender el porqué del cambio de términos.

(15) Así lo afirma, Galli, C., *Globalizzazione dell'economia e tutela della denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, *Riv. Dir. Ind.*, 2004, I, p. 71, quien considera que el artículo 13.1º b) del Reglamento (CE) núm. 2081/1992 concede una protección más allá del principio de especialidad, confirmándose una aproximación entre la materia de marcas y de las denominaciones geográficas protegidas. Por su parte, Sordelli, L., voz *Denominazione di origine ed indicazioni geografiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento I, Milán, 1997, pp. 501 y 502, sostiene que la denominación geográfica se protege también frente a cualquier aprovechamiento de reputación derivada del uso de signos en el ámbito de productos comparables.

(16) *Vid.* la versión codificada de este texto normativo, aprobado mediante la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.

(17) *Vid.* la versión codificada de este texto normativo, aprobado mediante el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria.

(18) *Vid.*, por todos, Fernández-Nóvoa, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 389 y ss.; Bastian, E., *Il marchio celebre nel Diritto europeo dei marchi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, en *Studi di Diritto Industriale*, vol. I, cit., pp. 109 y ss.

fica junto a la indicación infractora¹⁹, se prohíbe también cuando la mención «*se acompaña de expresiones tales como “estilo”, “tipo”, “método”, “producido como en”, “imitación” o expresiones similares*». Se trata de un inciso que, desde luego, recuerda al párrafo segundo del artículo 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal cuando dispone que «*se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase” y similares*»²⁰. Del mismo modo, en este precepto comunitario resuena también el estándar de protección de las indicaciones geográficas en el ámbito vitivinícola. En tal sentido pueden contrastarse los artículos 23.1 del acuerdo sobre los ADPIC y 5.1.h) de nuestra Ley de Marcas, que respectivamente establecen que no podrán utilizarse indicaciones geográficas que identifiquen vinos o bebidas espirituosas que no tengan dicha procedencia «*incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como clase, tipo, estilo, imitación u otras análogos*»²¹.

4.- La evocación como conducta ilícita de carácter autónomo

4.1. En torno al concepto de “evocación”

Como hemos precisado, la evocación constituye uno de los comportamientos prohibidos por el legislador comunitario en la letra b) del artículo 13.1º del Reglamento (CE) núm. 1151/2012. Se trata de un comportamiento que, a nuestro juicio, resulta apto para provocar en el mercado cualquiera de los tres efectos

negativos a los que se ha hecho mención. Sin embargo, aun cuando existe consenso sobre este punto, lo cierto es que la ausencia de una noción normativa o una interpretación auténtica de ese concepto ocasiona la dificultad añadida de responder al siguiente interrogante: en qué consiste esta conducta, o lo que es igual, en qué casos puede afirmarse que se ha producido la evocación de una denominación geográfica protegida. Constituye, desde luego, una difícil cuestión jurídica, cuya resolución exige la utilización de diferentes instrumentos de interpretación.

En este sentido, no creemos que la ubicación del concepto en la norma resulte irrelevante en esta labor hermenéutica. Muy al contrario, su inclusión en este precepto nos ofrece una valiosa información que coadyuva a resolver el interrogante anotado. Así, su ubicación junto a otros dos términos relativos a sendas conductas ilícitas –el uso indebido y la imitación– permite inferir que el legislador comunitario ha querido realizar una suerte de gradación de los comportamientos infractores de la exclusiva de una denominación geográfica protegida, cuyo criterio ordenador ha sido precisamente la mayor o menor aproximación al nombre de la denominación geográfica protegida. En efecto, al incluirlo en este apartado de la norma jurídica tras referirse a «*cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado*» y aludir a «*cualquier uso indebido, imitación...*», podría pensarse –en buena lógica jurídica– que el redactor de la norma ha establecido una progresión en los comportamientos mencionados.

En aplicación de esta perspectiva hermenéutica, creemos que la evocación haría alusión a un comportamiento ilícito autónomo diferente del uso indebido –al que el Reglamento 510/2006 aludía como “usurpación”– y de la imitación. Así las cosas, el *uso indebido* hace alusión a aquella conducta consistente en una reproducción total del nombre de la denominación

(¹⁹) Aun cuando implica un evidente aprovechamiento de la reputación alcanzada por la denominación geográfica concreta, la inclusión de las cláusulas deslocalizadoras vienen a eliminar el riesgo de error en el público de los consumidores. Sobre esta importante función, consúltense, inter alia, Fernández-Nóvoa, C., *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Madrid, 1970, pp. 34 y ss.; Areán Lalín, M., *Definición y protección jurídica de las indicaciones geográficas*, ADI, t. XIV, 1991/92, p. 69; Buccirossi, G., *Lo stile americano dei jeans*, in *Il Diritto Industriale*, 1994, pp. 398 y 399. En contra se posiciona Marteau-Roujou De Boubée, I., *Les marques déceptives*, *Droit français, Droit communautaire, Droit comparé*, París, 1992, pp. 87 y ss., quien afirma que las cláusulas no eliminan el riesgo de error como consecuencia no sólo de su aparición en lugares escasamente visibles de la etiqueta sino también de la escasa lectura de ésta por el público de los consumidores.

(²⁰) *Vid.*, por todos, Massaguer Fuentes, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1ª edic., Madrid, 1999, pp. 373 y 374.

(²¹) Resulta interesante al respecto, en la jurisprudencia comunitaria, la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera), de 19 de abril de 2007, en el asunto C-381/05, que enfrentaba a De Landsheer Emmanuel SA y al Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne y Veuve Clicquot Ponsardin SA. También, *vid.* más recientemente, la Sentencia del mismo tribunal de 14 de julio de 2011, (acumulados C-4/10 y C-27/10), en el asunto *Cognac*.

geográfica protegida (si se utiliza además para el mismo tipo de productos, pero sin poseer las características contenidas en el pliego de condiciones), mientras que la *imitación* implica la reproducción de alguno de los términos del nombre de la denominación geográfica que presentan mayor fuerza distintiva en el mercado. Por su parte, la *evocación* se refiere a un comportamiento consistente en la provocación de unas expectativas en los consumidores sobre la vinculación de una oferta empresarial concreta con la denominación geográfica protegida, lo que podría traer causa de cualquier tipo de instrumento ya sean nombres geográficos, dibujos o mera presentación de la oferta empresarial. A estos efectos podemos pensar, por ejemplo, en la importancia de la utilización de indicaciones indirectas de procedencia²². En efecto, se puede considerar que existe evocación cuando se potencie que los destinatarios de una oferta empresarial, tras un esfuerzo intelectual mínimo, vinculen un producto con una denominación geográfica protegida (a la que no pertenecen y que quedaría, en consecuencia, lesionada), y ello con independencia de los elementos que integren tal conexión, de la presentación de la oferta empresarial o del signo distintivo que se empleen. En estos casos, aun cuando no se llega a reproducir la estructura de la denominación geográfica, lo cierto es que la conducta permite al público de los consumidores la generación de asociaciones que reconducen a aquella en todo caso. Así, lejos de hacer una referencia directa a la denominación geográfica, se presentaría una estructura diferente, que puede estar integrada por elementos de distinta naturaleza, y que permitiría a los consumidores establecer una conexión con la denominación geográfica protegida²³.

Resulta evidente la marcada diferencia que existe entre estos tres comportamientos incluidos en la letra b) del párrafo primero del artículo 13 del Reglamento 1151/2012. Y es que, frente a los comportamientos intitulados «uso indebido» e «imitación», cuya verificación en la práctica exigirían una actividad concreta del infractor consistente en la reproducción total del

nombre o de parte del mismo con mayor fuerza distintiva, el comportamiento propio de la evocación no pivota tanto sobre la actividad que desarrolle el infractor como en el resultado que se produce en el mercado (generación de una conexión con aquella por cualquier medio).

Además, esta propuesta interpretativa del precepto se muestra coherente no sólo con el inciso inicial de la letra a) del precepto, donde se alude expresamente a «*cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado*», sino también con la definición del verbo “evocar” que ofrece el diccionario de la RAE, y que lo conceptúa como «*traer algo a la memoria o a la imaginación*». En consecuencia, y desde la perspectiva de los consumidores, resulta evidente que la evocación exige de un esfuerzo intelectual de éstos que no es necesario ni en el uso indebido ni en la imitación. Así lo afirma, entre otros, Areán Lalín cuando, refiriéndose a la diferenciación entre marca descriptiva y marca sugestiva o evocativa, asevera que «*mientras las denominaciones descriptivas comunican directamente al público de los consumidores las cualidades o características del producto, las denominaciones sugestivas obligan al consumidor a hacer uso de su imaginación y de su razón para relacionar la marca con el producto*»²⁴.

4.2. La evocación y la protección de plano semántico de la denominación geográfica

A la vista de la interpretación propuesta, estamos convencidos de que la evocación se aproxima a la similitud semántica o conceptual utilizada en el ámbito de los signos distintivos. En efecto, junto a la similitud gráfica y fonética constatable entre dos signos distintivos, cabe la posibilidad -admitida por doctrina y jurisprudencia- de que exista también una similitud en un plano conceptual. Para ello, resulta imprescindible que el signo presente un determinado significado en el lenguaje común, lo que se manifiesta, por lo demás, como un auténtico presupuesto de la existencia

(²²) Vid., sobre las indicaciones geográficas indirectas, Fernández-Nóvoa, C., *La protección internacional*, cit., p. 2. Más recientemente se han ocupado de ellas, Botana Agra, M., *Las denominaciones de origen*, cit., p. 19; Gómez Lozano, M.M., *Denominaciones de origen*, cit., pp. 25 y ss.; Sena, G., *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, 5ª edic., Milán, 2007, p. 93, quien se refiere a la información geográfica derivada de la utilización de una palabra en idioma extranjero.

(²³) Vid., Fernández-Nóvoa, C., *Tratado*, cit., pp. 293 y ss.; Botana Agra, M., *La evocación conceptual de una marca denominativa y el riesgo de confusión*, ADI, t. VII, 1981, pp. 249 y ss.

(²⁴) Areán Lalín, M., *La aptitud de una denominación para convertirse en marca*, ADI, t. V, 1978, pp. 479 y ss.

de similitud en el plano conceptual. O dicho en otros términos, únicamente puede sustentarse este tipo de comparación entre dos signos distintivos en liza cuando el nombre de referencia presenta un significado en el lenguaje común con independencia de su relación con el producto o servicio concreto. Así lo defiende magistralmente el Prof. Fernández-Nóvoa, cuando afirma que *«no es posible comparar desde una perspectiva conceptual todas las marcas denominativas. La comparación conceptual será posible ciertamente en la hipótesis de las marcas consistentes en denominaciones sugestivas o arbitrarias. Pero la comparación de las denominaciones en el plano conceptual será improcedente en la hipótesis de las marcas consistentes en denominaciones caprichosas o de fantasía»*²⁵.

En este estado de la cuestión, dado que las denominaciones geográficas protegidas gozan de un significado concreto en el lenguaje común, al hacer referencia a una ubicación territorial determinada, no debería haber reparo alguno para admitir la posibilidad de una similitud conceptual con ellas, lo que se verificará cuando el signo infractor o, en su caso, la presentación de la concreta oferta empresarial haga alusión a ese mismo concepto, ya sea a través de la utilización de un topónimo concreto, ya sea a través de una indicación indirecta de procedencia²⁶.

Podemos ilustrar nuestra interpretación haciendo alusión a algunos asuntos resueltos por órganos judiciales estatales y comunitarios. Así, desde el ámbito comunitario resulta interesante analizar el conflicto entre la Denominación de Origen *“Parmigiano Reggiano”* y la utilización del término *“Parmesan”* para la diferenciación de un determinado tipo de queso, que ha sido resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 2008 (C-132/05)²⁷, en cuyos fundamentos jurídicos núms. 47 y 48 se asienta que *«con independen-*

cia de la cuestión de si la denominación “Parmesan” es o no la traducción exacta de la DOP “Parmigiano Reggiano” o del término “Parmigiano”, hay que tener igualmente en cuenta la proximidad conceptual existente entre ambos términos correspondientes a dos lenguas diferentes que reflejan los debates entre el Tribunal de Justicia» y que *«(t)al proximidad así como las similitudes fonéticas y (...) pueden provocar a que el consumidor piense, como imagen de referencia, en el queso que se beneficia de la DOP “Parmigiano Reggiano”, cuando esté en presencia de un queso duro, rallado o destinado a ser rallado, revestido de la denominación “Parmesan”»*. Igualmente es interesante la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en consideración de la Denominación de Origen queso *“feta”*²⁸, así como la relativa al Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne y *Veuve Clicquot Ponsardin SA*²⁹.

En el ámbito judicial patrio, puede ser considerado el conflicto existente entre la Denominación de Origen *“Jamón de Huelva”* y la mercantil *“Origen Jabugo”* que ha sido afrontado por las Secciones Segunda³⁰ y Tercera³¹ de la Audiencia Provincial de Huelva en las Sentencias de 8 y 20 de febrero de 2006, respectivamente. Se trata de dos pronunciamientos judiciales que, en líneas generales, contienen nuestra tesis, al entender que el topónimo *“Jabugo”*, utilizado para diferenciar productos derivados del cerdo, implica una infracción de la Denominación de Origen integrada por el nombre de la provincia y registrada exclusivamente para el jamón. En efecto, considerando que *«la litis nace fundamentalmente del desacuerdo de la actora con el modo en que emplea la demandada la expresión “Origen Jabugo”, denominación social de la misma, como medio de identificar en el tráfico ciertos productos derivados del cerdo (jamones, paletillas y otros)»*³², el primer pronunciamiento citado concluye que *«el conflicto latente entre las partes es cla-*

⁽²⁵⁾ Fernández-Nóvoa, C., *Tratado*, cit., p. 293.

⁽²⁶⁾ Interesante resulta a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 7 de septiembre de 2012, en el que se aprecia la existencia de la vulneración de una denominación de origen (Espárragos de Navarra) por inducir al público a confusión sobre el origen del producto.

⁽²⁷⁾ Disponible en la *web site* www.curia.eu.int

⁽²⁸⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2005 (asuntos acumulados C-465/02 y C-466/02), sobre la denominación *“feta”*. En ella se expone que *«las pruebas presentadas ante este Tribunal demuestran igualmente que, en los Estados miembros distintos de Grecia, el feta se comercializa normalmente con etiquetas que evocan las tradiciones culturales y la civilización griegas. Es legítimo deducir de ello que los consumidores de esos Estados miembros perciben el feta como un queso asociado a la República Helénica, aun cuando en realidad haya sido producido en otro Estado miembro»*.

⁽²⁹⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 19 de abril de 2007 (asunto C-381/05), en la que se reconoce que conforma un supuesto de publicidad desleal la evocación de una denominación de origen que el producto realmente no posee.

⁽³⁰⁾ AC 2006/1104.

⁽³¹⁾ JUR 2006/95250.

⁽³²⁾ Fundamento jurídico primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 8 de febrero de 2006.

ro, pues tratándose del comercio del mismo género de productos y siendo que la denominación de origen que administra la actora resulta ser más amplia y englobar la zona mencionada en el nombre discutido, es evidente la competitividad entre uno y otro sello de calidad; y de ello se deduce que la entidad demandada se acercó a los linderos de lo dudoso haciendo uso como signo de identificación de sus productos de una denominación social que estaba –al menos en mayor medida que otros posibles nombres– en los límites de lo admisible cuando se emplea como equivalente a una marca»³³. Por su parte, la Sentencia de la sección tercera afirma que existe una conexión susceptible de generar un riesgo de confusión entre ambos signos en conflicto, «pues en el propio nombre de la Sociedad figura ya la palabra, “Origen” que unido al título de la localidad Jabugo, Provincia de Huelva, lleva a la plena confusión a los consumidores entre ambas denominaciones social, una, de Origen, otra. Esta aseveración se fundamenta en la propia realidad social en la que diariamente nos desenvolvemos (...) pues induce al consumidor en general a un evidente error entre la actividad de esa Sociedad y una D.O. pues como hemos expuesto una D.O. es un tipo especial de indicación geográfica, que se aplica a productos que precisan una calidad específica derivada exclusivamente o esencialmente del medio geográfico en el que se elaboran. Y el público en general, los consumidores, entiende, consideran a las D.O. como parámetros expresivo del origen y de la calidad de determinados productos y estas D.O. precisan de la adecuada protección legal impidiéndose la utilización de denominaciones sociales de indicaciones geográficas que causen o generen dicha confusión»³⁴.

Esta interpretación ha sido confirmada por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo en su Auto de 13 de enero de 2009 por el cual se inadmitió el doble recurso interpuesto por la mercantil Origen de Jabugo, S.L. contra la Sentencia de 8 de febrero de 2006

dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva. El fundamento jurídico cuarto de este auto contiene el siguiente pronunciamiento al respecto: «nos encontramos con un interés casacional artificioso y, por tanto inexistente, en la medida en que la jurisprudencia de esta Sala establece la protección, en otros Estados y para aquellos nacionales de Estados miembros de la Unión de París, del nombre comercial sin depósito o registro, equiparándolos a los nacionales de estos Estados, tal y como recoge el art. 8 del Convenio de la Unión de París, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales, condiciones que entiende la Audiencia que no se cumplen en el caso concreto en la medida en que el uso del nombre comercial de la ahora recurrente se considera que incurre en un acto de competencia desleal por cuanto induce a confusión a los consumidores en lo referente a la calidad del producto, por cuanto evoca una denominación de origen inexistente, por lo que incurriría en una prohibición relativa que determinaría que no se cumplieran los requisitos legales y que, en consecuencia, no se le pueda dispensar la protección invocada».

4.3. Desafortunada exégesis inicial propuesta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su reconducción reciente a instancia de la OAMI

Esta conclusión – coherente con la amplitud presentada por la redacción del precepto – viene a contrastar con la línea interpretativa defendida por el Tribunal de Justicia de la Unión europea. En efecto, habiéndose debido enfrentar al concepto “evocación” para la resolución de diferentes asuntos sometidos a su conocimiento, el Alto Tribunal ha sustentado una exégesis restrictiva del mismo, al proponer una interpretación que reduce considerablemente el ámbito de aplicación del precepto, lo que correlativamente

⁽³³⁾ Fundamento jurídico segundo de la Sentencia citada en la nota anterior.

⁽³⁴⁾ Fundamento jurídico tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 20 de febrero de 2006.

Fallo diametralmente contrario, al ser distintos los presupuestos jurídicos, es el contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 19 de abril de 2011 (fundamentos jurídicos tercero y sexto), al analizar un presunto conflicto con la denominación de origen Idiazabal. La decisión ha de ser distinta pues «los vocablos en que consisten los nombres de los quesos “Etxegarai” y antes “Etxegarate”, que se encuentran en la zona de producción del queso Idiazabal no coinciden con el nombre de ninguno de los lugares considerados de especial protección por el Reglamento de la DO cuyo uso prohíbe (...) y que el ámbito geográfico concreto de la zona de producción y los nombres de los municipios que comprende son escasamente conocidos por los consumidores, por lo que es poco probable que el nombre de los quesos combatidos evoque en el consumidor medio los productos amparados con la DO Idiazabal».

redunda en una restricción de la protección de las denominaciones geográficas cualificadas.

Esta línea interpretativa se inicia a finales de la década de los noventa, cuando el Tribunal de Justicia tuvo que afrontar la labor de interpretar el citado concepto. En concreto, el primer pronunciamiento dictado por el Tribunal en este aspecto se contiene en la Sentencia de 4 de marzo de 1999 (C-87/97), dictada en el asunto *Gorgonzola/Cambozola*, donde se realiza una doble aseveración con – a nuestro juicio – dispar acierto. En efecto, al enfrentarse a la interpretación del artículo 13.1º b) se afirma en los fundamentos jurídicos núms. 25 y 26 que «*el concepto de evocación (...) abarca un supuesto en el que el término utilizado para designar un producto incorpora una parte de una denominación protegida, de modo que, al ver el nombre del producto, el consumidor piensa, como imagen de referencia, en la mercancía que se beneficia de la denominación*» y que «*(e)n particular, y por oposición a lo que sostienen las demandadas del litigio principal, puede haber evocación de una denominación protegida aun cuando no haya riesgo alguno de confusión entre los productos de que se trata, e incluso cuando ninguna protección comunitaria se aplique a los elementos de la denominación de referencia que recoja la terminología controvertida*».

Más recientemente, el Tribunal de Justicia se ha vuelto a ocupar de esta materia en el asunto *Parmigiano Reggiano/Parmesan*, que hemos mencionado anteriormente, donde, si bien alude a la evocación como una forma de «*proximidad conceptual*», se ratifica la línea interpretativa iniciada anteriormente. En concreto, los fundamentos jurídicos núms. 44 y 45 vienen a reproducir *ad pedem literae* el doble pasaje del primer pronunciamiento transcrito más arriba.

Ahora bien, el contenido de estos fundamentos jurídicos integrados en ambos pronunciamientos no nos merece la misma opinión. En efecto, mientras que podemos considerar acertada la separación que realiza el Tribunal entre la constatación de evocación de una denominación geográfica y la provocación de un riesgo de confusión, al poder existir la una sin el otro y, por tanto, al poder ser la evocación el detonante únicamente de un aprovechamiento de reputación ajena, creemos desafortunado la interpretación que hace del concepto “evocación”. Y es que, si realizamos una lectura detenida de los fundamentos jurídicos reproducidos, puede inferirse que este concepto descansa sobre la presencia cumulativa de dos requisitos: además del efecto asociativo entre los dos signos en conflicto por parte del consumidor medio

normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se requiere una causa apta para generar esa consecuencia nefasta, a saber, una estructura del signo infractor que incorpore parte de una denominación geográfica.

Esta segunda exigencia, al limitar la portada semántica del concepto evocación, reduce la protección de la denominación geográfica cualificada. Debemos recordar en este sentido que –según defendemos y siguiendo la línea interpretativa de nuestro Tribunal Supremo– la evocación requiere únicamente la provocación de una conexión con la denominación geográfica protegida con independencia de los elementos integrantes de su estructura. Así las cosas, no cabe duda que, de seguirse la exégesis propuesta por el Tribunal de Justicia, se impide la protección comunitaria de las denominaciones geográficas protegidas ante un comportamiento lesivo muy usual en la práctica como es la adopción como signo distintivo de un topónimo integrado dentro de la demarcación territorial de una denominación geográfica protegida para diferenciar productos idénticos o similares a los diferenciados por ésta.

Por ello, se debe valorar positivamente la – según nos consta – primera decisión dictada por la Oficina de Armonización del Mercado Interior en defensa de una denominación geográfica protegida frente al intento de registro de una marca comunitaria. Y la aplaudimos porque, ofreciendo una respuesta al supuesto anteriormente citado, permite un primer paso para reconducir la desafortunada exégesis del concepto de evocación propuesta por el Tribunal de Justicia. Nos referimos a la decisión tomada por la División de Oposición de la OAMI el día 27 de enero de 2011 en el asunto que enfrentaba al Consejo Regulador de la Indicación Geográfica Protegida “*Cítricos Valencianos*” y al solicitante de la marca “*Castellón Clementines*”. En ella, se denegó la marca controvertida con base a la argumentación de que «*la marca impugnada utiliza dos elementos denominativos protegidos por la IGP “Cítricos Valencianos” anteriormente mencionada: “Castellón” y “Clementines”, pues nos estamos refiriendo con estos vocablos, por un lado, al nombre geográfico de una de las provincias de la Comunidad Valenciana y, por otro, al cítrico protegido: clementina denominado en francés clementine. Además, la parte gráfica reproduce también la figura de un cítrico. Por otro lado, el artículo 13.1º b) RMC se aplica incluso cuando los signos en cuestión no se confunden bastando la mera evocación a la indicación del origen. Así un signo evoca a otro*

cuando logra traerlo a la memoria. Por lo que, la marca impugnada recuerda a la IGP “Cítricos Valencianos” o al menos el consumidor lo relacionará inmediatamente con dichos productos. Por lo tanto, se produce una asociación por parte del público que, al contemplar un producto piensa, como imagen de referencia en los productos designados por la indicación de origen protegida. Así en base a dicha evocación el solicitante se puede aprovechar de la reputación de que pueda gozar la IGP “Cítricos Valencianos”».

RESUMEN

Con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las dos funciones encomendadas por el Ordenamiento jurídico, el sistema comunitario de denominaciones geográficas cualificadas articula su protección en torno al reconocimiento de un derecho de exclusiva. Y es que, a través de este derecho, no sólo se conecta la calidad de un producto con su lugar de procedencia, sino también se consiente la diferenciación de unos productos de procedencia determinada con respecto a otros de origen geográfico diverso. Sin embargo, y aun cuando pueda ser comparable con el monopolio de uso reconocido a los titulares de las marcas inscritas, la regulación de la exclusiva reconocida a las denominaciones geográficas protegidas resulta en todo caso más precaria, lo que justifica que se haga un recurso permanente a las pautas hermenéuticas que se emplean en sede de signos distintivos. No obstante, la traslación de estas pautas interpretativas no es completa y se obtienen soluciones que rompen los planteamientos jurídicos tradicionalmente sustentados en el ámbito de los signos distintivos.

En este trabajo se aborda una ardua cuestión que se

deriva del régimen jurídico de las denominaciones geográficas protegidas, a saber, la exégesis del concepto “evocación” sobre el que se construye una de las conductas prohibidas de carácter autónomo en este sector normativo. Para ello, se confrontarán la doble propuesta interpretativa realizada, respectivamente, por los órganos judiciales patrios y comunitarios, lo que consentirá determinar cuál de las dos propuestas resulta más adecuada para la tutela las denominaciones geográficas protegidas.

ABSTRACT

In order to ensure the compliance with the two functions entrusted by the internal law, the Community system of PGI is based on the recognition of an exclusive right.

This system grants that a PGI is product bearing a peculiar quality which is strictly linked with its origin, but at the same time allows consumers to distinguish products that have a specific origin from others of different geographical origin.

Nevertheless the rights granted by the recognition of a PGI can be compared with the rights of a registered trademark, even if they can not be considered just alike.

This paper addresses one of the issues arising from the legal status of PGI, like the concept of “evocation”, which lies at the basis of one of the forms of forbidden behaviour that falls within the scope of the laws examined here.

To this end, the paper compares two different interpretations offered by the national and the Community courts to assess which interpretation could provide the most suitable protection for PGI.