

Presentació

Raquel Xalabarder

Resum

Amb el desenvolupament tecnològic, la propietat intel·lectual ha anat adquirint un paper central en la nostra societat. El temps que ha transcorregut des de l'inici de la revolució digital ens proporciona ja una certa perspectiva. L'especulació ha anat deixant pas a respostes jurídiques concretes, legislatives i jurisprudencials, que, tot i que són de caràcter nacional, se situen en un marc global. El seminari té l'objectiu d'examinar-les, prenent com a referència l'experiència dels Estats Units d'Amèrica i dels països de la Comunitat Europea, en particular Espanya, que encara no ha incorporat la Directiva 2001/29/CE, de 22 maig 2001, sobre dret d'autor en la societat de la informació.

Paraules clau

dret d'autor, *copyright*

Tema

Propietat intel·lectual

El camí cap al seminari que avui ens reuneix va començar fa un any, quan els professors Ginsburg i Strowel van venir a Barcelona per participar en una sessió de treball a la UOC, amb el títol «*Copyright's Bad Name: causes and cures?*». No ens vam posar d'acord sobre les causes (i menys encara, les cures) d'aquesta tendència recent que ens concerneix a tots, però sí que vam estar d'acord en una cosa: Barcelona mereix una segona visita. Així doncs, deixa-

* Aquest monogràfic té el seu origen en el Seminari organitzat els dies 26 i 27 de juny de 2003 a Barcelona. D'aquest seminari es van transcriure i es publiquen una de les ponències presentades i les dues taules rodones que hi van tenir lloc.

Abstract

Thanks to the technological development, the intellectual property has increasingly acquired a central role in our society. The time passed since the beginning of the digital revolution gives us some perspective. Initial speculation has evolved into concrete legal and jurisprudential answers that can be placed in a global context, though they have a national character. The seminar examined these answers, taking as a reference the experience of USA and the European Community Member States, especially Spain, which has still to incorporate the 2001/29/CE Directive, of 22nd May 2001, on author's rights in the information society.

Keywords

intellectual property, copyright

Topic

Intellectual property

rem enrere el «mal nom» i ens dedicarem a un altre tema igual d'interessant: la convergència internacional.

En els últims vint o vint-i-cinc anys, els sistemes del *copyright* i del *droit d'auteur* s'han anat aproximant a poc a poc, mitjançant concessions fetes per ambdues parts, sota el paraigua dels instruments de l'OMPI i de l'OMC. Ens va semblar un bon tema per a desenvolupar en un

seminari internacional, especialment en un moment en què tots dos sistemes –el del *copyright* i el del *droit d'auteur*– comparteixen un repte comú: la tecnologia digital.

El 1993, el Prof. Strowel va publicar una obra fonamental, *Droit d'auteur et Copyright*, en la qual explorava amb profunditat les diferències entre tots dos sistemes: formalitats, el concepte d'autoria, el concepte d'originalitat, els drets morals, el termini de protecció i les llicències obligatòries. És interessant «revisitar» aquests temes avui –és a dir, després de deu anys–, per a veure si aquestes diferències han sobreviscut i preveure si sobreviuran en el món digital.

A l'altra banda de l'Atlàntic, en un article titulat «A Tale of Two-Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America», publicat en la RIDA el 1991, la Prof. Ginsburg va demostrar que alguns dels «mites» sobre els quals s'han construït les diferències entre *copyright* i *droit d'auteur* i que han sobreviscut fins als nostres dies no són més que això: mites! Perpetuats a través dels segles, potser per a fer més excitant el treball d'acadèmics i investigadors de la propietat intel·lectual?

Tenim el luxe de tenir-los tots dos avui, a més d'altres experts en la matèria: el Prof. Ramón Casas, Agustín González, el Prof. Juan José Marín, María Martín-Prat, Marta Malmierca i Javier Ramírez.

Juntament amb aquesta audiència, començarem el que confio que serà un seminari atractiu que ens remunti al viatge dels sistemes del *copyright* i del *droit d'auteur* cap al «mil·lenni digital». Veurem les qüestions i les solucions adoptades tant als EUA com a la UE per a adaptar el dret d'autor a un món en constant canvi i com reaccionen tots dos al repte de la tecnologia digital.

Amb una mica de sort, podem concloure que amb independència del romanticisme que envolta el binomi *copyright / droit d'auteur*, ha arribat el moment de deixar-

lo enrere i mirar cap a un futur comú que amplii la protecció de la propietat intel·lectual més enllà del món de les còpies tangibles i de les fronteres nacionals, per evitar, en paraules del professor Ginsburg, un «cibercaptiveri del dret d'autor».

Però tornem al tema de la convergència. El dret d'autor sempre ha estat un dret territorial, és a dir, atorgat per cada país dins de les seves fronteres. A mesura que les obres van ser venudes, van ser distribuïdes i van ser infringides més enllà dels seus respectius països d'origen, l'aproximació territorial es va demostrar insuficient per a protegir les obres a casa. Els tractats bilaterals aviat van deixar pas als multilaterals, i fins i tot l'ALAI de Victor Hugo es va atrevir a promoure una fallida «Llei internacional del dret d'autor». Aviat ens vam adonar que un acord (per petit que fos) era millor que cap, i el Conveni de Berna va veure la llum el 1886. Lluny de ser una llei supranacional per a la protecció de la propietat intel·lectual a escala internacional, tal com es va pretendre inicialment, el Conveni de Berna descansa en un mínim de protecció i un conjunt de principis i regles generals que assegurin la protecció de les obres estrangeres sota la llei nacional de cada país membre de la Unió de Berna.

Fins al 1989, els EUA van rebutjar ratificar el Conveni de Berna, adduint que això els obligaria a donar drets morals als autors, a renunciar a les formalitats de registre i notícia, i també a la renovació del dret, i a estendre el termini de protecció fins al mínim convencional. El mateix va fer l'antiga URSS –encara que per altres raons– fins a la caiguda del règim soviètic. Des de llavors, els diversos estats de l'ex-URSS han anat ratificant el Conveni de Berna. Fins avui, ha estat ratificat per més de cent cinquanta països i s'ha convertit en «el» Conveni internacional de protecció de la propietat intel·lectual.

Un conveni internacional que, a més d'assegurar la protecció de les obres en l'àmbit internacional, té un precíoc

efecte col·lateral (derivat de la combinació del tracte nacional i el mínim de protecció): el d'harmonitzar les lleis nacionals al mínim convencional, per a evitar donar als autors nacionals un nivell de protecció més baix que als autors estrangers.

Des de la ratificació del Conveni de Berna, els EUA han atorgat expressament (per primera vegada) protecció dels drets morals dins de la Copyright Act (encara que no sigui aplicable a tot tipus d'obres, amb la qual cosa encara és necessari acudir al *common law* i a la Llei de marques per a assegurar la protecció dels interessos morals dels autors). Recentment, els EUA van adoptar el termini de protecció europeu de setanta anys *postmortem auctoris* (vegeu *Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*), que ha estat ratificat per la Cort Suprema (vegeu *Eldred v. Ahscroft*, 537 US 186, 2003).

En aquesta banda de l'Atlàntic, també s'han fet algunes concessions. Diverses directives han forçat països del sistema *droit d'auteur* (com França i Espanya) a acceptar un criteri d'originalitat «menor» (desplaçant, en certa manera, el criteri de la impremta de la personalitat de l'autor) per protegir els programes d'ordinador, les bases de dades i les fotografies, i també una aproximació més flexible del concepte d'autoria (que fins i tot arriba a acceptar –en alguns casos– que una persona jurídica sigui autora –vegeu l'article 97(2) TRLPI).

En conjunt, tot això ens fa reflexionar sobre quantes de les diferències entre *copyright* i *droit d'auteur* que el professor Strowel examinava en la seva obra sobreviuen en l'actualitat?

Tanmateix, aquesta «successiva» convergència de les lleis nacionals (i el paper predominant del Conveni de Berna) s'ha demostrat insuficient amb l'arribada de les tecnologies digitals a l'explotació i la infracció de les obres. Les regles del Conveni de Berna necessiten ser actualitzades per a fer

front al repte digital: el desembre de 1996, el Tractat de l'OMPI sobre dret d'autor (WCT) i el Tractat de l'OMPI sobre interpretació o execució i fonogrames (WPPT) van ser adoptats per a completar –respectivament– el Conveni de Berna i el Conveni de Roma de 1961 (sobre drets afins).

Alhora, va sorgir un nou fòrum per a la protecció de la propietat intel·lectual en l'àmbit internacional: l'Organització Mundial del Comerç. El 1994, la Ronda Uruguai del GATT va produir –sota el lideratge dels EUA– un Acord sobre aspectes dels drets de la propietat intel·lectual relacionats amb el comerç (TRIP/ADPIC), que no solament cobria el dret d'autor sinó també les patents, les marques, els dissenys industrials, les indicacions geogràfiques, etc. L'Acord ADPIC de 1994 i els tractats Internet de l'OMPI de 1996 van assegurar la protecció dels programes d'ordinador (una cosa que la UE ja havia acceptat en una directiva de 1991 –encara que en l'actualitat s'estigui reconsiderant la bondat de les patents per a donar protecció addicional als programes d'ordinador–) i les bases de dades (directiva de 1996). El WCT i el WPPT de 1996 també van obligar a la protecció de les mesures tecnològiques, obligació que va ser recollida tant per la Digital Millennium Copyright Act de 1998 nord-americana com per la Directiva InfoSoc (Directiva 2001/29/EC, de 22 de maig de 2001, sobre l'harmonització d'alguns aspectes del dret d'autor i drets afins en la societat de la informació, DOCE [L 167/10] de 22 de juny de 2001).

El que inicialment semblava que era un pas innocent per assegurar la protecció del dret d'autor en un entorn digital està demostrant ser tot un repte, tant per als sistemes del *copyright*, com del *droit d'auteur* per dos motius:

1. La reformulació dels drets d'explotació «tradicionalment» atorgats als autors (reproducció, distribució, comunicació pública i transformació). En altres paraules, hi ha un «dret d'accés» emparat per les mesures

tecnològiques que permeti a l'autor controlar no solament l'explotació, sinó també l'«ús» de les obres? I si és així, existia aquest dret abans de la protecció de les mesures tecnològiques? Com definim i distingim entre accés, ús i explotació?

2. La dificultat de redefinir el «balanç» entre la protecció de les mesures tecnològiques i els límits a la propietat intel·lectual. Si les mesures tecnològiques permeten al titular controlar l'accés a les seves obres, hi ha (o hi hauria d'haver) cap espai per a la supervivència de les excepcions en un entorn digital? Hauríem de distingir entre les excepcions tenint en compte l'interès públic (o dret constitucional) que les justifiqui i permetre que només les «feres» –en paraules del professor Hugenholtz– sobrevisquessin en el món digital? En cas de ser així, una excepció fonamental per a l'entorn digital es podria veure desproveïda de justificació per a assegurar la seva subsistència en aquest entorn. Aquest serà el tema de debat de la taula rodona de demà.

Tot això ens condueix a una altra qüestió fonamental: les excepcions. Les diferències existents en les excepcions al dret d'autor no tenen cabuda en el món digital. L'usuari a Internet no pot actuar a l'empara d'una excepció que potser no existeix als restants tres-cents cinquanta països des d'on es podrà accedir a l'obra. I, tanmateix, la Directiva InfoSoc va demostrar que n'és de difícil arribar a un consens en aquest tema: que n'és de difícil «renunciar» a les tradicions nacionals, als interessos i a les indústries nacionals. I això només era en l'àmbit de la UE, per la qual cosa és impensable imaginar cap solució a escala mundial!

De moment, l'únic acord al qual s'ha arribat en el Conveni de Berna i en els tractats Internet de l'OMPI en matèria d'excepcions és l'anomenat *test de les tres eta-*

pes, que no és cap novetat: ha estat en l'article 9(2) del Conveni de Berna des de la revisió d'Estocolm de 1967. Per aquest motiu, podem concloure que no hem avançat massa en l'harmonització de les excepcions. És cert que l'article 9(2) del Conveni de Berna només es refereix al dret de reproducció, i que l'article 13 de l'ADPIC i l'article 10 del WCT estenen l'aplicació del test de les tres etapes a tots els drets d'explotació i a totes les noves excepcions que els estats membres poguessin implementar en el futur. Tanmateix, l'acceptació «mundial» del test de les tres etapes no garanteix cap uniformitat en la interpretació que en poden fer els diversos tribunals i legisladors nacionals. Per aquest motiu, esperem que el Tribunal de Justícia de la UE tingui aviat l'oportunitat de tractar aquest tema i aportar alguna guia d'interpretació per als estats membres.

L'OMC ja ha tingut l'oportunitat d'examinar el test de les tres etapes per mitjà del sistema de solució de controvèrsies que estableix l'ADPIC (i que no tenen ni el Conveni de Berna, ni l'OMPI en general). Estic segur que tots tenim al pensament la decisió del panel de l'OMC de 15 de juny de 2000 sobre l'excepció de comunicació pública prevista en la secció 110(5) de la *Copyright Act*¹ nord-americana, i que serà objecte d'examen en la taula rodona d'aquesta primera sessió. Encara que pugui servir de guia per a examinar el test de les tres etapes, queda per veure si tindrà cap efecte en la interpretació «oficial» del test en el Conveni de Berna o en el WCT, i menys encara en la Directiva InfoSoc.

Així doncs, si els convenis internacionals no ofereixen una llei supranacional de propietat intel·lectual, hem de recórrer a diferents lleis nacionals i al dret internacional privat per ajudar-nos a establir quin tribunal i quina llei decidiran la protecció de la propietat intel·lectual en l'àmbit internacional.

1. Vegeu l'informe *Panel OMC (WT/DS160/R)* de 15 de juny de 2000 (<http://www.wto.org>).

El Conveni de Berna va ser dissenyat per a l'explotació (i la infracció) d'obres mitjançant còpies tangibles al llarg del temps i de l'espai (territori). La tecnologia digital permet una infracció simultània i ubiqa del dret d'autor; les normes de conflicte recollides en aquest conveni, basades en la territorialitat, es demostren ineficaces per a garantir la protecció del dret d'autor a Internet. D'acord amb l'article 5(2) del Conveni de Berna, «[...] l'extensió de la protecció [...] es regiran exclusivament per la legislació del país en el qual es reclama la protecció». En un entorn digital, aquesta norma de conflicte condueix a l'aplicació de tantes lleis nacionals com possibles països d'accés (de baixada) de l'obra infringida hi hagi. Demà, la Prof. Ginsburg compartirà amb nosaltres el seu treball dels últims anys en matèria de jurisdicció i llei aplicable per a la protecció del dret d'autor en entorns digitals.

En resum, la convergència del *copyright* i *droit d'auteur* sota el paraigua del Conveni de Berna ha accelerat el ritme en els darrers anys. La tecnologia digital i Internet demostren que la necessitat de convergència és ara major que mai.

Les diferències nacionals es converteixen en insignificants a mesura que les fronteres nacionals desapareixen i les lleis nacionals es fan més difícils (i impossibles)

d'aplicar de manera efectiva. Per això, la nostra obligació és concentrar-nos en el que ens aproxima, en lloc de concentrar-nos en el que ens separa. Potser ha arribat el moment de fer un salt des del territorialisme nacional cap a normes uniformes internacionals. Estem preparats?

Els tres ponents de la primera sessió examinaran els esdeveniments més recents als EUA (Prof. Ginsburg), la UE (Prof. Strowel) i Espanya (Agustín González). A la tarda, la taula rodona se centrarà en un tema que continua obert: l'excepció de comunicació pública en espais públics. Una sentència recent del Tribunal Suprem espanyol ha reobert el debat en aquest país, debat que ha de tenir en compte tant el silenci de la Directiva InfoSoc, com la interessant decisió del panel de l'OMC sobre la secció 110(5) de l'USCA.

Demà, els ponents se centraran en l'agenda digital. Primer, la Prof. Ginsburg examinarà els temes de jurisdicció i llei aplicable per protegir el dret d'autor en un entorn digital. Després, amb els professors Strowel i Casas ens endinsarem en l'estudi de la Directiva InfoSoc i de com es preveu la seva incorporació a la normativa espanyola. Finalment, la taula rodona de demà es dedicarà a un tema fonamental: la còpia privada digital. Hauria d'existir o no? I en cas afirmatiu, en quines condicions?

Citació recomanada

XALABARDER, Raquel (2005). «Seminari *Copyright* i dret d'autor: convergència internacional en un món digital? Presentació». A: «*Copyright* i dret d'autor: convergència internacional en un món digital?» [monogràfic en línia]. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*. Núm. 1. UOC. [Data de consulta: dd/mm/aa].
<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/cat/xalabarder02.pdf>
ISSN 1699-8154

Raquel Xalabarder

Professora dels Estudis de Dret i Ciència Política de la UOC. Especialista en propietat intel·lectual.