

Comité Asesor sobre Observancia

Séptima sesión

Ginebra, 30 de noviembre – 1 de diciembre de 2011

PRESENTACIÓN DE LA CARTA FRANCESA SOBRE LA LUCHA CONTRA LAS FALSIFICACIONES EN INTERNET, DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2009

*Documento preparado por el Sr. Pierre Sirinelli, Profesor de la Facultad de Derecho de la Sorbona (Universidad París 1 – Panthéon Sorbonne) y Co-director del Centro de Investigación de Derecho Inmaterial (CERDI - Universidades París 1 y París 11)**

1. Se me ha solicitado que exponga un panorama general de la Carta que fue firmada en Francia el 16 de diciembre de 2009 en el Ministerio de Economía y Finanzas por varios profesionales (más de 30) del sector (en presencia de la Sra. Lagarde, Ministra de Economía, Finanzas e Industria, y del Sr. Christian Estrosi, Ministro de Industria) al final de la misión ministerial que me habían confiado y que presidí junto con el diputado y alcalde de Cannes y presidente del CNAC (Comité nacional contra las falsificaciones), el Sr. Bernard Brochand.¹

2. Esta labor se inició después de una misión exploratoria que también me habían confiado algunos años antes, en 2005-2006, en el marco del Ministerio de Industria. Como sucede a menudo con los trabajos pioneros, la misión no se ha traducido en la adopción de soluciones concretas pero, al igual que otros ejercicios de esa clase, ha abierto caminos que otros recorren y extienden. Y es indiscutible que este primer estudio, así como los realizados en el marco del Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística (CSPLA)² algunos años más

* Las opiniones expresadas en el presente documento son las de su autor y no coinciden necesariamente con las de la Secretaría ni las de los Estados miembros de la OMPI.

¹ El texto de la Carta se encuentra disponible (en francés) en:
<http://www.minefe.gouv.fr/actus/pdf/091216charteinternet.pdf>

² El trabajo abarcó análisis en materia de derechos de autor y derecho de marcas, que condujeron a la elaboración de un informe (en francés):
<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/Rapport%20Prestataires%20de%20I%27Internet.pdf>
que ha llevado a establecer dos misiones ministeriales.

tarde, han permitido obtener los resultados satisfactorios a los que ahora voy a referirme. De todos modos, al menos debemos extraer una lección de esta primera tentativa: si no hay voluntad real de lograrlo, y no se cuenta con el apoyo de los poderes públicos, el procedimiento resulta muy complicado. Y si, en definitiva, las soluciones acordadas se basan en el consenso generalizado, y que las autoridades políticas les presten mucha atención favorece la eclosión de proyectos similares.

3. Los signatarios de la Carta del 16 de diciembre de 2009 son los derechohabientes y las plataformas de comercio electrónico que se comprometen a colaborar para defender más eficazmente los intereses de los consumidores (quienes, pese a las múltiples peticiones, no han querido, por extraño que parezca, participar más en el proceso).

4. Esta Carta tiene por objetivo frenar el flagelo de las falsificaciones en las redes digitales. Sin embargo, su alcance se limita a las ventas realizadas en las plataformas de comercio electrónico tales como *eBay* y *Price Minister*.

5. Se han descartado dos asuntos que también preocupan mucho (véase el Preámbulo de la Carta). Primero, la cuestión del programa *adwords*, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estaba tratando este tema; y segundo, la distribución selectiva dado que el Gobierno francés había decidido entablar un diálogo en ese terreno con la Unión Europea. Es cierto que se trata de una cuestión de carácter político, debido a que determinadas plataformas intentaron plantearla de forma paralela en el debate reafirmando la idea de que los propietarios de marcas respaldaban viejos modelos económicos o se preocupaban únicamente de preservar la situación actual y, por tanto, no deseaban velar por el desarrollo de nuevas formas de comercio.

6. Pese a esta doble limitación, la Carta posee interés y relevancia. Para comprender su utilidad e importancia (II), es necesario, por un momento, recordar el contexto (I) en el que se han llevado a cabo los debates.

I. EL CONTEXTO

7. Actualmente nos encontramos preocupados en responder a una pregunta sencilla: ¿por qué? Ahora bien, es posible dividir la pregunta. ¿Por qué se ha decidido intervenir? (A) y ¿por qué se ha decidido hacerlo mediante una Carta (B)?

A. ¿Por qué se ha decidido intervenir?

8. Nadie duda de que el comercio electrónico constituye uno de los retos fundamentales del siglo XXI. Se trata de uno de los factores de crecimiento poco comunes y fuente muy importante de puestos de trabajo. En la reunión del G8 que tuvo lugar en la primavera pasada en París se recordó que el comercio electrónico constituía el 7,5% de la riqueza producida en los Estados Unidos de América, y entre el 4 y el 7% de la producida en Francia y Alemania. En comparación, representaría más de la mitad de la riqueza producida en la agricultura.

[Continuación de la nota de la página anterior]

Una realizada bajo los auspicios del Ministerio de Cultura, el Ministerio de Industria y la Secretaría de Estado para la Economía Digital, y dedicada a la elaboración de normas para el comercio electrónico y el derecho de autor en relación con obras a las que se ha dado acceso en la Web 2.0. La otra, dependiente de los Ministerios de Finanzas y de Industria, está dedicada a buscar soluciones consensuadas para luchar contra el fenómeno de las falsificaciones que puede darse en determinadas plataformas de comercio electrónico. Aquí se abordarán los resultados de estos últimos trabajos.

9. Teniendo en cuenta esas circunstancias se entiende por qué los gobiernos y las diversas administraciones hacen todo lo posible por favorecer su desarrollo. Ello explica el contenido de los textos nacionales o regionales que abordan el comercio electrónico (en especial la Directiva Europea del 8 de junio de 2000) que crean los llamados focos de seguridad (*safe harbors*) dadas ciertas condiciones en relación con determinadas actividades. Estas normas fueron elaboradas con el propósito de atraer a los inversores y los proveedores técnicos, cuyas actividades propician el desarrollo de la infraestructura de las redes digitales.

10. Por consiguiente, cabe esperar que las situaciones técnicas, económicas y jurídicas se planteen con claridad para que cada persona pueda participar en esas actividades teniendo conocimiento de su condición y, por tanto, del régimen jurídico que corresponde aplicar.

11. En lo que concierne a la situación en el seno de la Unión Europea, si bien existe un texto común que armoniza las normas aplicables a esa clase de comercio, parece que sigue habiendo un gran porcentaje de imprevisibilidad. El estudio de la jurisprudencia de los Estados miembros muestra que impera una gran incertidumbre en torno a la interpretación de la Directiva del 8 de junio de 2000, fundamentalmente en lo que respecta a su aplicación a las plataformas de comercio electrónico, pese a las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

12. La jurisprudencia ha sido (y sigue siendo) fluctuante. Se ha de reconocer, sin dar lugar a defender a ninguna parte, que estamos lejos de la previsibilidad que tenemos derecho a esperar de un régimen jurídico. Y que, a este respecto, la ley francesa (ley del 20 de junio de 2004) a la que se recurre con frecuencia para resolver conflictos o elaborar una estrategia (ley para la **confianza** en la economía digital), no hace honor a su nombre. Sea cual sea la situación, las dudas que surgen en materia de jurisprudencia tienen por consecuencia un grado de imprevisibilidad que genera una cierta inseguridad que es, de todas formas, muy perjudicial para el desarrollo del comercio electrónico.

13. El reto no es, por tanto, neutral. Más allá de la simple cuestión de la responsabilidad, el análisis del mecanismo jurídico podría ser la base de la actitud de las plataformas de comercio electrónico frente a las iniciativas de determinados internautas insensibles que desean "anunciar" ofertas de ventas de productos falsificados en esas plataformas. Según un enfoque (basado en la interpretación de las normas vigentes que llevan a equiparar la actividad de la plataforma con la de un sencillo proveedor de alojamiento web) la plataforma, que no está supeditada a la obligación de control o vigilancia, sólo debe reaccionar ante un hecho, es decir limitarse a actuar rápidamente retirando la oferta de productos falsificados cuando el derechohabiente lo haya indicado. En otro análisis de las normas (que se opone a calificarlos como proveedores de alojamiento web), la plataforma debe ser dinámica y desarrollar una actividad de prevención, es decir evitar que las ofertas de productos falsificados puedan llegar al conocimiento del público y permitir que se realice la venta en detrimento de los derechos de propiedad intelectual o la seguridad del consumidor.

14. Por consiguiente, se ha considerado que conviene intervenir para intentar aclarar las cosas. Y más aún dado que existe el riesgo de que haya *competencia desleal* entre las plataformas espontáneamente éticas (que se hacen cargo de los costos de la vigilancia y pierden probablemente parte de sus beneficios) y las que se niegan a hacer ese esfuerzo (ahorrándose así los costos y obteniendo mayores beneficios). Asimismo, podría darse que los que recién ingresan en el sector se vean tentados a alinearse bajando de nivel.

15. Por lo tanto, creemos que esta Carta no ha de ser considerada como un instrumento destinado únicamente a proteger los derechos de propiedad intelectual, sino más bien como un intento de establecer condiciones que favorezcan el desarrollo de un comercio leal que beneficie a todos sin perjudicar a los consumidores.

B. ¿Por qué recurrir a una Carta y no buscar otra solución?

16. Aparentemente, se ha decidido elegir el establecimiento de un derecho indicativo no sólo por las ventajas que presenta sino también por los inconvenientes o las dificultades vinculadas a las demás soluciones. A continuación, haremos un resumen.
17. En primer lugar, es difícil legislar.
18. No es fácil determinar el margen de libertad de un legislador nacional en el seno de la Unión Europea debido a la Directiva Europea del 8 de junio de 2000. Como consecuencia de la primacía de la norma europea, el legislador sólo podrá intentar llenar las lagunas dejadas por ésta; es decir, contemplar las cuestiones que la Directiva no haya tratado expresamente o las dificultades que no puedan equipararse a las que se hayan resuelto en esta normativa europea. Esto es lo que intentaron hacer algunos senadores franceses al proponer la creación de una nueva condición de intermediario entre la del proveedor de alojamiento web y la del editor.³ Sin embargo, el proyecto todavía no ha prosperado. Es cierto que el margen de maniobra es muy estrecho y que una solución estrictamente nacional no siempre tiene gran alcance en la era del comercio mundial y dado el carácter transfronterizo de las redes digitales.
19. También existían otras razones que dificultaban una intervención a nivel europeo. Se trata por lo tanto de plantearse una modificación de la Directiva del 8 de junio de 2000, lo que es técnicamente posible gracias a su artículo 21, pero su aplicación puede resultar compleja, y conllevar el riesgo de falta de idoneidad y de obsolescencia del texto nuevo, cuya aprobación requiere tiempo. Además, no existe un verdadero deseo político de revisar ese texto, ya que reabrir el debate sobre este tema podría tener como consecuencia poner en tela de juicio ciertas cuestiones que muchas partes consideran zanjadas o que no quieren replantear directa o indirectamente.
20. En efecto, se puede esperar la toma de posición de principio sobre la interpretación de las normas por parte de los tribunales en cuestión. Pero, ¿es posible realmente esperar a que el Tribunal de Apelación (en Francia, la cuestión de la calificación de las actividades de la Web 2.0 ha sido objeto de dos respuestas diferentes en un año por parte de la Primera Cámara Civil del Tribunal Regulador) o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopte una solución determinada?
21. A la luz de estas dificultades, no podemos más que elogiar las ventajas intrínsecas que ofrece la Carta: rapidez, flexibilidad, enfoque evolutivo y carácter consensual, así como también, el hecho de que el tiempo era el propicio para la idea.
22. Procede por tanto destacar que el Plan europeo global de lucha contra la falsificación, adoptado bajo la presidencia francesa de la Unión Europea en forma de una Resolución del Consejo del 25 de septiembre de 2008, en la que se insta a *promover la asociación entre sector público y el sector privado para luchar contra la falsificación y la piratería, recomendando buenas prácticas relativas a la venta en Internet y promoviendo la colaboración entre profesionales*. La Carta pretende desarrollar un acuerdo sobre lo que se ha convenido en llamar las *buenas prácticas*, de conformidad con la comunicación de la Unión Europea de 16 de julio de 2008, que se refiere a llevar a cabo actividades que complementen las normas legislativas destinadas a promover la concertación de un acuerdo entre profesionales a nivel europeo.

³ <http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>: creación de una condición de intermediario del editor de servicios, en lo que se refiere directamente a las empresas que proponen servicios en línea. En este informe, se consideró que una empresa que «obtiene un provecho económico directo de la consulta de los contenidos almacenados» debería tener esta nueva condición, en lugar de la de proveedor de alojamiento web.

23. Por lo tanto, la prioridad de la Carta es evitar las incertidumbres mencionadas sin imponer a unos ni a otros la reglamentación de la delicada cuestión de la caracterización jurídica de sus actividades. En su preámbulo (punto 6) se proclama la neutralidad de la Carta, no sólo con respecto a la condición jurídica y, por lo tanto, al régimen de responsabilidad de las partes, sino también, a los procedimientos judiciales actuales o futuros. De esta forma, los compromisos adoptados por las partes se consideran desvinculados de la condición que se les podría otorgar.

24. En cierto modo, es un derecho todavía no definido que se ha de seguir elaborando. Se trata sobre todo de *hacer participar* a las plataformas, más que de querer comprometerlas a que asuman una responsabilidad.

25. Ahora bien, la Carta no tiene como único objetivo hacer desaparecer la incertidumbre; pretende también ir más allá de los compromisos impuestos por las normas y, de alguna manera, hacer *más y mejor* en un ambiente de consulta.

26. Esto supone el deseo de trabajar juntos y de redactar las nuevas obligaciones tras realizar consultas. Se trata de elaborar un derecho consensuado; para ello es necesario empeñarse sinceramente en lograrlo, tanto en la elaboración de las normas como en su aplicación.

27. No es posible firmar ninguna Carta en la fase de elaboración sin consultas previas o un deseo sincero de llegar a un resultado satisfactorio. Para comprobarlo, basta con recordar el fracaso del proyecto francés de carta entre titulares de derechos de autor y proveedores de la Web 2.0 en el marco de la labor del Consejo Supremo de la Propiedad Literaria y Artística del Ministerio de Cultura. El recelo nacido entre los diferentes protagonistas en otros ámbitos y respecto de otras cuestiones prevaleció sobre los verdaderos esfuerzos realizados en un primer momento.

28. Existen varios métodos de trabajo para intentar llegar a un acuerdo. Uno sería empezar con audiencias individuales, complementadas con reuniones de centros de estudios técnicos para llegar a una confrontación final de los diferentes puntos de vista. El otro método, como el utilizado por la Unión Europea en su Memorando de entendimiento, es el de celebrar directamente reuniones plenarias. Los dos métodos tienen sus ventajas y sus inconvenientes; lo ideal sería disponer de tiempo suficiente para aplicar ambas técnicas, ya sea de forma sucesiva o alternativa.

29. También deben realizarse consultas después de firmar la Carta, en su fase de aplicación. Las partes deben colaborar con el fin de permitir la mejor aplicación posible de los compromisos adoptados; deben reunirse con frecuencia para actualizar los datos útiles tanto sobre las prácticas comerciales como las consideraciones técnicas. En ello reside la otra ventaja de una Carta: nada es inamovible y cabe esperar que las buenas costumbres adquiridas al principio perduren posteriormente al aplicarla.

30. La idea prevalente es que un derecho deseado y aprobado por las diferentes partes es un derecho que se aplica mejor y de forma voluntaria. Puede que haya cierta ingenuidad en esta esperanza pero, como veremos más adelante, esta última observación no es totalmente cierta.

II. EL TEXTO

31. Es necesario ver el contenido de la Carta (A) y examinar su alcance (B).

A. Contenido de la Carta

32. El objetivo, como hemos visto, es la lucha contra las falsificaciones y la protección del consumidor en Internet. Para conseguirlo, hay que establecer un equilibrio justo entre los intereses respectivos de las partes en cuestión. Esta investigación no tiene por qué pasar por un recuento meticuloso del número de compromisos que asumen unos u otros. Es cierto que, por lo general, cada uno de los protagonistas realiza ese cálculo, pero en realidad, eso no tiene mucho sentido. La cantidad de obligaciones no es tan importante como su intensidad.

33. La Carta establece soluciones prácticas y dinámicas que respetan los intereses del conjunto de las partes; expone por tanto obligaciones recíprocas y equilibradas, la mayoría de las cuales se basa en la aplicación del deber de colaboración. Por último, y para garantizar su eficacia, elige soluciones realistas y balanceadas.

34. Es imposible analizar en detalle los compromisos recogidos en la Carta en el marco del presente documento. Su contenido detallado figura en el documento adjunto. En este resumen únicamente se pueden tratar algunos puntos.

- a) Los titulares de derechos y las plataformas de comercio electrónico se comprometen, tras realizar consultas, a:
- intentar elaborar medidas preventivas de cooperación constante⁴ entre las partes;
 - llevar a cabo un estudio de las ofertas para los internautas (palabras clave);
 - poner en marcha medidas técnicas (más detalladas, véase el párrafo b) *infra*) para la detección de ofertas relativas a productos falsificados en las plataformas;
 - o estudiar también la descripción de los vendedores (identificación de los falsificadores reincidentes);
 - adoptar procedimientos simplificados de notificación de las ofertas falsificadas por parte de los titulares de derechos;
 - establecer procedimientos de intercambio de información entre las plataformas y los titulares de derechos.

b) La principal ventaja de la Carta con relación al régimen resultante de la Directiva del 8 de junio de 2000 reside en el deseo de evitar la publicación en Internet de ofertas falsificadas, en lugar de limitarse simplemente a retirarlas tras recibir la notificación.

35. Se trata por lo tanto de esperar que las plataformas tengan una actitud más dinámica y no sólo reaccionen ante un hecho (ésta es una importante diferencia con respecto a las reglas establecidas en el marco del Memorando de entendimiento europeo).

36. Para lograrlo convendría definir algunos criterios que permitirían establecer un filtro preventivo. Una vez más, no podemos exponer aquí en detalle toda la labor que podría llevarse a cabo al respecto. Incluso sería inapropiado hacerlo, ya que se correría el riesgo de disminuir la eficacia del sistema (evitemos facilitar informaciones que permitirían a los falsificadores eludir las medidas adoptadas o hacer inútiles los esfuerzos realizados). Para retomar las características generales expuestas en el marco de la labor del Consejo Supremo

⁴ La designación de responsables afirma y estructura el principio del intercambio (confidencial) de información entre derechohabientes y plataformas (artículo 10. 1)). Su descripción se expone en el artículo 11.1) y 2). Esto concierne al análisis de las ofertas y el comportamiento de los vendedores de falsificaciones (artículos 2 a 6, y 9), la elaboración y el desarrollo de los criterios de detección de las ofertas falsificadas o los vendedores (artículo 12). El objetivo es compartir los *conocimientos* adquiridos por las distintas partes (artículos 4.4), y 11.3)) y mejorar la formación del personal de las plataformas a cargo de la lucha contra las falsificaciones (artículo 11.3)).

de la Propiedad Literaria y Artística, sólo puede afirmarse que la estructura podría ser la siguiente:

- Estudiar las palabras clave⁵ que manifiestan el carácter falsificado de productos puestos a la venta (por ejemplo: falso, imitación, *fake*, copia, clon, etc.)
- Detectar ofertas sospechosas, por ejemplo a partir de:
 - ✓ la procedencia de un producto (algunos países tienden más a ser focos de falsificaciones que otros),
 - ✓ la cantidad de productos idénticos puestos a la venta,
 - ✓ la naturaleza del producto (marca de lujo, producto de informática, etc.),
 - ✓ las modalidades de pago o de entrega,
 - ✓ los productos y envases nuevos;

Naturalmente, no son más que indicios que, una vez contrastados, revisten interés.

37. Ahora bien, el carácter falsificado de un producto no se deduce sólo del contenido de la oferta; también hay que analizar el comportamiento del vendedor.⁶ La Carta insta así a investigar a las personas asociadas a la presencia de productos pertenecientes a categorías definidas como las más falsificadas (artículos 7, 9 y 15). Y en lo que atañe a esas personas, recomienda examinar a los vendedores habituales siguiendo los criterios de la cantidad de artículos puestos a la venta, el volumen de negocio realizado y el plazo para llevar a cabo la operación (artículo 9). Se trata de una serie de indicios que sirven como llamada de atención para poner en marcha un proceso de verificación de la regularidad, información relativa a la identidad o a la dirección de los vendedores, que puede llevar a la suspensión de sus cuentas. Se podría entonces pensar en exigir la presentación de facturas. También se podría considerar la adopción de herramientas que permitan vincular varios seudónimos pertenecientes, en realidad, a un mismo vendedor a través de la similitud de los anuncios o del carácter simultáneo de sus actividades.⁷

c) A partir de la identificación de ofertas falsificadas se debe impedir que se publiquen en Internet o, *a posteriori*, asegurar su retirada así como la imposibilidad de que vuelvan a publicarse en la red.

38. Para prevenir la reincidencia de actividades infractoras, se pueden adoptar las siguientes medidas:

- la suspensión de 6 meses de las cuentas identificadas de un vendedor cuya primera oferta de falsificación haya sido detectada, o bien, de un vendedor capaz de vender falsificaciones, a la espera de elementos que puedan demostrar la autenticidad de los productos vendidos;
- el cierre durante 5 años del conjunto de las cuentas identificadas de un vendedor de falsificaciones reincidente o de un vendedor que no puede demostrar la autenticidad de los productos puestos a la venta en Internet (artículo 5.1) y 2)).

d) Para finalizar, y por sobretodo, conviene recordar que este trabajo no persigue únicamente proteger mejor a los derechohabientes o simplificar la vida de las plataformas éticas, sino también asegurar una mejor protección de los consumidores. Esta preocupación

⁵ Artículos 3.a), 4 y 5. La gestión es dinámica, no sólo mediante la adopción de medidas de detección, sino que los procedimientos de notificación permiten retirar las ofertas de productos falsificados que se hubiesen podido deslizar subrepticamente en la red.

⁶ Artículos 3.b) y 4.

⁷ En el artículo 5.3) se prevé la identificación del conjunto de las cuentas actuales o futuras de los vendedores que utilizan diferentes seudónimos.

es aún mayor dado que algunos productos falsificados pueden resultar peligrosos (herramientas, aparatos eléctricos o electrónicos, componentes...)

39. Por esta razón, la Carta prevé:

- mejorar la información de los vendedores⁸ y reforzar la sensibilización de los consumidores⁹ sobre las plataformas;
- proteger la salud y la seguridad de los consumidores mediante la retirada de ofertas de medicamentos;¹⁰
- tramitar las quejas de los consumidores víctimas¹¹ de falsificaciones en Internet.

40. Por último, y para concluir este breve resumen, procede exponer algunos rasgos fundamentales de la buena administración de esta Carta.

41. La Carta pone en marcha un proceso de experimentación; es decir, se hará una evaluación al cabo de 18 meses. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial francés tendrá que presentar un informe sobre la aplicación de la Carta en otoño de 2011, tras recopilar información sobre el terreno, especialmente procedente de las diferentes partes. Parece absolutamente necesario que las partes realicen este trabajo de evaluación global bajo el control de los poderes públicos.¹² Además, existe la posibilidad de exclusión¹³ de quienes no respeten sus compromisos.

42. La Carta pretende ser un círculo virtuoso, pero no es un grupo cerrado. Por lo tanto, se podrán admitir nuevos miembros. También puede ser sometida a revisión de forma regular para adaptarla y mejorarla, sobre todo en lo que se refiere a las herramientas de detección, con miras a aumentar su eficacia.¹⁴

43. Además, en el anexo, que es un documento técnico sujeto a un cierto grado de confidencialidad, se explican con más detalle los medios a utilizar para lograr el objetivo, y establecer los procedimientos y el *modus operandi*.

44. Esta confidencialidad es necesaria ya que, conforme al espíritu de colaboración que ha presidido la elaboración de este documento, las diferentes partes se reunirán a fin de poner en marcha juntos los mejores medios para obtener resultados.¹⁵

B. Alcance

45. ¿Cuál puede ser el alcance de la Carta? En realidad, al estudiar esta cuestión, pueden surgir los siguientes interrogantes: ¿Tiene carácter normativo? (1) y ¿Cuál es su futuro? (2).

⁸ Artículos 1 y 9.

⁹ Artículo 1.2).

¹⁰ Artículo 2.

¹¹ Los consumidores disponen de un servicio de información sobre falsificaciones, cuyas modalidades de organización se dejan a la elección de los titulares de derechos y de las plataformas (véase el artículo 10.2).

¹² Véase los artículos 3, 14 y 15.

¹³ Véase los artículos 15 y 16.

¹⁴ Véase el Preámbulo, punto 5. Anexo, el artículo 12.1) y 2) (para las medidas de detección) y el artículo 4.4) (para los procedimientos de notificación) establece los mecanismos para evaluar y aplicar estas medidas con objeto de evitar que los falsificadores puedan eludirlas (artículo 5, último párrafo).

¹⁵ Artículo 13. También para impedir que los falsificadores puedan eludir las medidas adoptadas (artículo 5, último párrafo).

1. ¿Carácter normativo?

46. Se pueden tener dudas en la medida en que la Carta no se inscribe en el febril movimiento legislativo que reina hoy en día. ¿Cómo puede imponerse una obligación que no está consagrada por ley?, ¿Se cumplirá de forma voluntaria el compromiso adoptado si no se teme ser objeto del peso de la justicia? Se deben atenuar los temores de que el derecho sea ineficaz.

47. En primer lugar, hay que entender que la sanción no es la finalidad: no se trata de hablar de responsabilidad sino del deseo de que participen los diferentes actores en esta nueva economía.

48. A continuación, hay que observar que puede existir una sanción «interna» consistente en la exclusión de la Carta. Debido a su naturaleza contractual, no se prohíbe un cierto grado de participación del Estado en el proceso de cooperación entre las partes signatarias. El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (el INPI), autoridad designada por el Ministro de Industria y Consumo, vela de esta manera por el buen funcionamiento del proceso de experimentación, preside la Asamblea General que reúne a las partes y tiene competencia, tras el alegato de una parte signataria, para presentar una demanda con ese fin en caso de que no se respeten las obligaciones previstas en la Carta.

49. En efecto, si bien estamos lejos de imponer daños, o incluso sanciones penales, procede constatar que el oprobio que cae sobre la parte expulsada del círculo virtuoso no está exento de consecuencias económicas. Además, hay que señalar que la adhesión a la Carta en sí ya ha dado lugar a algunas consecuencias y que la cifra de negocios de las plataformas signatarias va en aumento, lo que ayuda compensar los gastos que supone la aplicación de las medidas contempladas.

50. Es cierto, como ya se ha señalado, que esta Carta forma parte de lo que en los países anglosajones se llama derecho blando o indicativo (*soft law*), pero no hay que equivocarse a este respecto; no se trata de crear un ámbito de derecho ineficiente; sino lo contrario.

51. En primer lugar, debido a que la Carta es innovadora y va más allá de lo que las normas imponen hoy en día en cuanto a obligaciones. En segundo lugar, porque aspira a llevar a la práctica un derecho consensuado, es decir un derecho elaborado tras realizar consultas y, por lo tanto, un derecho que se acepta mejor, se aplica mejor, y es más eficaz y efectivo. Finalmente, porque la Carta inspirada en prácticas éticas que ya han sido aplicadas por algunos protagonistas, crea un nuevo modelo de comportamiento que será difícil pasar por alto a partir de su generalización. Las buenas prácticas utilizadas se convierten en un modelo que el juez puede consagrar al amparo del análisis del comportamiento de un “buen padre de familia”.

52. En realidad, el término “derecho blando o indicativo” no debe equipararse a un derecho ineficaz sino más bien a normas que tienen cierta flexibilidad. Hay que entender el término resaltando el deseo de flexibilidad, que permite mayor adaptación a las situaciones y mejor evolución de los comportamientos y de las normas frente a las transformaciones sociales, técnicas o económicas.

53. No se trata de normas fijas, o mejor dicho, petrificadas para la eternidad, sino de un derecho experimental que puede evolucionar para adaptarse mejor, como ya he señalado, a las novedades vinculadas a una realidad en constante evolución.

2. ¿El futuro?

54. En primer lugar, hay que observar que algunos protagonistas han firmado acuerdos bilaterales basándose en esta Carta. Se ha comprendido la necesidad de colaborar y ser flexibles. También conviene destacar que empresas que en un principio no la habían firmado se han adherido a ella posteriormente. Estos dos fenómenos contribuyen a un debate sobre su posible evolución.

55. El éxito de la Carta del 16 de diciembre de 2009 ha sido de tal magnitud que los poderes públicos han pedido que se continúe debatiendo y se exploren más vías. De esta manera, en febrero de 2011 la Ministra de Finanzas y el Ministro de Industria nos enviaron a Bernard Brochand y a mí una nueva carta de misión para estudiar la posibilidad de firmar nuevos acuerdos relacionados con las siguientes cuestiones:

- los sitios de anuncios por palabras (ya que hay que evitar que el fenómeno de las falsificaciones se desplace a otros lugares);
- los medios de pago (actuando sobre el quid de la cuestión);
- o también, los esfuerzos que podrían realizar los medios de transporte *físicos*.

56. Los debates actuales se están llevando a cabo de forma simultánea pero, en caso de que se obtengan resultados satisfactorios, conducirán como es natural a la firma de cartas distintas.

57. Las soluciones encontradas en Francia han despertado el interés de otros países. Algunas asociaciones extranjeras han manifestado a través de sus miembros su deseo de firmar la Carta adoptada en Francia. Sin embargo, esto sólo tendría sentido si se amplía el debate de forma gradual hasta abarcar todo el ámbito europeo o mundial.

58. Desde este punto de vista, la reunión de hoy es una etapa interesante en el examen de esta idea. Dado lo difícil que resulta en ocasiones buscar y encontrar una solución mundial que tome la forma de un tratado, tal vez sea posible dejar espacio para este tipo de solución alternativa.

59. El debate es, sin duda, menos delicado a escala regional. La Unión Europea, con sede en Bruselas, aunque no se ha mostrado muy inclinada a aceptar el principio de revisar la Directiva relativa al comercio electrónico, ha vuelto a examinar la idea y tras estudios realizados, se ha firmado un Memorando de entendimiento¹⁶ la primavera pasada (como resultado del Diálogo con las partes interesadas organizado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios [*DG Markt*]).

60. En esta norma se exponen soluciones que están un poco atrasadas en comparación con las que han sido adoptadas en Francia. Para decirlo sin rodeos, el Memorando de entendimiento está mucho más marcado por la lógica que sustenta el debate de ciertos actores estadounidenses. Las plataformas están más obligadas a reaccionar que a adoptar una actitud dinámica, sin embargo, sería preferible prevenir el daño y no tener que detenerlo *a posteriori*.

61. Asimismo ¿qué aporta un derecho consensuado si no es más que el reflejo (la Directiva relativa al comercio electrónico del 8 de junio del 2000)¹⁷ de una normativa que resulta difícil actualizar? Todavía podemos confiar en que esto sea únicamente la primera etapa y que, poco a poco, las posiciones de las distintas partes se vayan acercando.

[Fin del documento]

¹⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf.

¹⁷ Si bien se observa el interés que ha suscitado el procedimiento de notificación, éste no constituye un avance real para los países que ya lo conocen.