

Comité Asesor sobre Observancia

Novena sesión

Ginebra, 3 a 5 de marzo de 2014

MEDIDAS PREVENTIVAS EN CURSO DE ELABORACIÓN POR LA COMISIÓN EUROPEA PARA COMPLEMENTAR LAS MEDIDAS DE OBSERVANCIA VIGENTES A FIN DE REDUCIR LA MAGNITUD DEL MERCADO DE PRODUCTOS PIRATEADOS Y FALSIFICADOS

*Documento preparado por J. Bergevin, Jefe de la Unidad de Lucha contra la Falsificación y la Piratería, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Comisión Europea**

I. INTRODUCCIÓN

1. El principal objetivo de la Comisión Europea (en lo sucesivo, “la Comisión”) en el ámbito de la política de propiedad intelectual (P.I) es optimizar los incentivos a la innovación y, con ello, maximizar los índices de crecimiento y de creación de empleo. En lo que respecta a la política de observancia de la P.I., la Comisión cumple dicho objetivo aplicando el enfoque que “sigue la pista del dinero”. La meta de la Comisión es centrar la atención en la infracción de la P.I. a escala comercial y disuadir a quienes pudieran cometerla, pues incide negativamente en los ingresos derivados de la inversión y en los ingresos fiscales, teniendo en cuenta que esas infracciones se basan en la economía sumergida, vinculada con frecuencia a la explotación laboral, y frenan el crecimiento y la creación de empleo.

* Las opiniones expresadas en este documento son las del autor y no reflejan necesariamente las de la Secretaría o las de los Estados miembros de la OMPI.

2. A ese respecto, desde 2011 el enfoque que la Comisión aplica a la cuestión de la observancia de la P.I. en el marco del mercado interno se basa en los cinco pilares que se indican a continuación.

- Primero, la compilación de bases de datos y la elaboración de modelos y procedimientos económicos para supervisar y evaluar el coste social de las infracciones de P.I. a fin de que la política de observancia de la P.I. pueda adaptarse a cada caso y ser lo más eficaz posible.
- Segundo, los servicios de la Comisión, juntamente con los Estados miembros, se esfuerzan por que todas las partes tengan conocimiento de la envergadura del problema, alentando así a todos los sectores interesados a que contribuyan a reducir el coste social del mismo.
- Tercero, el objetivo de la Comisión es asegurar un marco de compensación social que funcione adecuadamente y sea armonizado, eficaz, proporcionado y no abusivo.
- Cuarto, la Comisión trata de fomentar el establecimiento de acuerdos dinámicos, voluntarios e inclusivos entre los distintos sectores interesados para impedir la proliferación y la difusión de los casos de infracción de la P.I. a escala comercial. Tales acuerdos se basarán en las prácticas más extendidas que la Comisión determine en su propio mercado y en otros mercados.
- Quinto, la Comisión trata de prestar asistencia a las autoridades nacionales de observancia en el intercambio de las prácticas más extendidas en los distintos países del mercado interior.

3. Tales tareas se llevan a cabo en el marco del Observatorio Europeo de Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, “el Observatorio”) de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) (marcas, dibujos y modelos). La Comisión instituyó oficialmente el Observatorio hace dos años¹ con el fin de dotarlo de los datos y el apoyo técnico necesarios para elaborar sus políticas.

4. La presente sesión del Comité Asesor sobre Observancia (ACE) de la OMPI ofrece la oportunidad de explicar con mayor profundidad las iniciativas de la Comisión, en vigor y previstas, en el marco del cuarto pilar mencionado anteriormente. No obstante, debe señalarse que los cinco pilares no son ni reemplazables ni complementarios, sino interdependientes, y para lograr los objetivos de la Comisión en materia de observancia de la P.I. deben desarrollarse simultáneamente. Los mecanismos “voluntarios”, que se describen más adelante, no serían viables si no fuera por nuestro sistema coordinado de compensación social, que establece la diligencia debida en todos los intermediarios de las cadenas de valor añadido de productos protegidos por P.I. Asimismo, a no ser que logremos que todos los sectores interesados sean conscientes del coste social real de las infracciones de P.I., éstos no participarán en las medidas preventivas que estamos elaborando. Por último, pero no menos importante, para determinar dicho coste social necesitamos datos objetivos, tarea que no está resultando sencilla por el temor que tienen las empresas del sector privado a que la aportación de tales datos pueda afectar a la evaluación de su cotización en bolsa.

5. Cabe también señalar que, en nuestra opinión, esta política no debe restringirse a la Unión Europea: Internet supera todas las fronteras y la difusión de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha permitido ampliar muchas de las cadenas de suministro de productos de P.I., si no todas, más allá de las fronteras de la UE. De ello se desprende que

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/ipenforcement/docs/observatory/20120419-ohim-regulation_en.pdf

para que nuestra política de observancia de la P.I. tenga éxito en el cumplimiento de sus objetivos, debemos convencer a nuestros socios comerciales a que contribuyan con nosotros a aplicarla y desarrollarla. Por ello, agradecemos a la OMPI que nos haya invitado a presentar nuestras políticas en este ámbito.

II. INICIATIVAS DE “DILIGENCIA DEBIDA” PREVENTIVAS Y A POSTERIORI

6. En lo que respecta al cuarto pilar, en el que se centra la presente sesión, podemos dividir este grupo de “acuerdos de cooperación” en dos subgrupos:

7. El primer subgrupo tiene por objeto impedir la entrada de los productos infractores de la P.I. en el mercado y requiere la participación de todos los actores involucrados en la parte inicial de la cadena de valor añadido de productos protegidos por P.I., esto es, desde el proveedor hasta el titular del registro de marca; desde el artista o cantautor hasta la empresa discográfica; desde el inventor hasta la empresa de comercialización, o desde el periodista *freelance* hasta el editor de noticias.

8. El segundo subgrupo tiene por objeto impedir que los infractores ganen dinero en la parte final de la cadena de valor añadido de productos protegidos por P.I. reduciendo las ganancias que pueden obtenerse de la venta de productos que infringen las leyes de P.I. o de la publicidad para su distribución.

9. En ambos enfoques voluntarios es fundamental que todos los sectores interesados, en el marco de las correspondientes partes de la cadena de valor añadido, apliquen la diligencia debida en sus contratos y acuerdos comerciales, lo que incluye a los propios titulares de derechos. El éxito de la iniciativa en la reducción del suministro y la promoción de productos infractores de la P.I. también depende fundamentalmente del grado en que los consumidores o ciudadanos se adhieran al proceso. Si éstos no están convencidos del valor social añadido de un producto basado en la P.I. en comparación con un producto homólogo que infrinja la P.I., es poco probable que tales iniciativas voluntarias, cuya aplicación conlleva un costo, se difundan y resulten satisfactorias.

III. INICIATIVAS A POSTERIORI: DIVULGACIÓN DE SISTEMAS DE CONTROL DE LA CADENA DE SUMINISTRO Y SISTEMAS DE SEGUIMIENTO Y LOCALIZACIÓN A FIN DE FRENAR EL SUMINISTRO DE PRODUCTOS INFRACTORES DE LA P.I.

10. Los servicios de la Comisión tienen previsto celebrar dos talleres, a finales de este año, sobre sistemas de seguimiento y localización y control de cadenas de suministro a fin de determinar las prácticas más extendidas en la aplicación de tales sistemas e impedir la entrada en el mercado de productos infractores de la P.I. Con ello no se pretende obligar a los titulares de derechos y a sus proveedores, empleados o contratistas a que integren tales sistemas en sus modelos de negocio, sino alentarlos a hacerlo mostrándoles las ventajas económicas que pueden obtener al hacerlo. Se invitará a los grupos de la sociedad civil y ONG a que participen desde el principio en el proceso.

11. El objeto de tal medida es asegurar que los titulares de derechos apliquen los principios: “Conozca a su proveedor, asegure unas condiciones contractuales justas” a la hora de apoyarse en un proveedor, artista, periodista, etcétera, para elaborar sus propios productos basados en la P.I. Además, queremos fomentar que dicha diligencia debida se aplique en toda la cadena de suministro, de suerte que llegue hasta lo que habitualmente se conoce como proveedores de segundo, tercero o cuarto nivel.

12. Para el encargado de elaborar las políticas, parece lógico suponer que todo titular de derechos que fomente la imagen de calidad en la Unión Europea debería, mediante la cooperación con sus proveedores y empleados, poder demostrar dicha “calidad” en todas sus operaciones comerciales. Lo cual tiene sentido en el ámbito de los negocios. La estrategia de protección de marca que aplique toda empresa que invierta en promocionar la imagen de calidad de sus productos dependerá de tales prácticas.

13. Además, creemos (y lo verificaremos mediante los trabajos del Observatorio Europeo sobre percepción de la P.I.²) que los ciudadanos europeos responden positivamente a tales controles de la cadena de suministro. Avala dicha visión optimista el continuo y creciente éxito de los productos de consumo que llevan el sello de certificación de “comercio justo” que han sido objeto de tales controles. De la positiva respuesta de los consumidores a estos productos de consumo inmediato que llevan el sello de certificación de comercio justo y que han sido objeto de control se desprende que los consumidores aplaudirán la generalización de tales controles a todos los productos con valor añadido gracias a la protección de marca y, de tal suerte, a todos los productos basados en la protección por P.I.

14. Evidentemente, todo ello entraña costos importantes, pero si: i) se determinan las prácticas más extendidas en lo que respecta al modo de distribuir tales costos de manera proporcionada entre todos los actores de la cadena de suministro; ii) se involucra desde el principio a auditores con responsabilidades sociales y éticas para asegurar la aplicación de las prácticas más extendidas y iii) se informa a los titulares de derechos y a los inversores de las oportunidades, debería ser posible desarrollar el mercado de tales servicios de modo que todos los titulares de derechos, grandes y pequeños, puedan adoptar tales prácticas. Por otra parte, creemos que al garantizar que los consumidores, ciudadanos y representantes de la sociedad civil estén claramente informados de la fuente, la calidad y el valor social de los productos a los que tienen acceso o que pueden adquirir, se reducirá la demanda de productos que infringen la P.I. disponibles en el mercado opaco, gris o negro.

15. Es importante señalar que la finalidad de estas medidas no es tanto la “protección” como la “inclusión”. Por ejemplo, en nuestra opinión, la explotación social que se produce en el ámbito de las empresas ilegales de la economía sumergida en la UE y en terceros países (con inferiores niveles de salarios mínimos obligatorios) no debería vincularse con los productos basados en la P.I. que se venden en el mercado europeo. Del mismo modo, la imposición de condiciones abusivas a los proveedores europeos o de terceros países fomenta el desarrollo del mercado de productos infractores de la P.I. Los titulares de derechos y la comunidad de P.I. tendrán poca credibilidad si sus empleados o artistas contratados denuncian abuso de sus derechos de P.I. o condiciones injustas de remuneración.

16. No cabe duda de que tales medidas, encaminadas a establecer un control sistemático de la cadena de suministro y sistemas de seguimiento y localización para impedir la entrada de productos infractores en la cadena de suministro constituyen un importante desafío que solo podrá superarse mediante la cooperación a escala internacional. En ello reside el interés de los servicios de la Comisión Europea por divulgar tales medidas entre terceros países que puedan estar interesados en el proyecto e invitarlos a que se pongan en contacto con nosotros para que podamos examinar cómo llevar a cabo en cooperación tales programas.

² El Observatorio acaba de publicar un documento en el que se exponen los resultados de un estudio paneuropeo acerca de este asunto: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContributionStudy/25-11-2013/european_public_opinion_study_web.pdf.

IV. INICIATIVAS PREVENTIVAS: MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO ENTRE LOS TITULARES DE DERECHOS Y LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE DISTRIBUCIÓN Y DE PAGO PARA FRENAR LOS INGRESOS MONETARIOS DE LOS INFRACTORES DE LA P.I. A ESCALA COMERCIAL

17. Una vez que los productos infractores de la P.I. han salido al mercado y pueden promocionarse o venderse en competencia con productos y servicios auténticos, de calidad e innovadores basados en la P.I., las empresas legítimas deben trabajar en cooperación para asegurar que la promoción y la venta de tales productos sea limitada.

18. Como ocurre en el asunto del control de la cadena de suministro, dicha medida debería estar motivada por un interés común. A los titulares de derechos les beneficiará que se reduzcan los niveles de competencia desleal como consecuencia de dicha cooperación, al tiempo que se fomentará el prestigio de los proveedores de servicios en lo que respecta a la salvaguardia de los intereses de sus consumidores. Los vendedores, por Internet o por otros medios, vinculados con la promoción de productos infractores de la P.I. acabarán perdiendo su base de clientes, y lo mismo ocurrirá con los proveedores de servicios de pago que permiten realizar los pagos sin comprobar la autenticidad del vendedor.

19. Los servicios de la Comisión están tratando de fomentar el establecimiento de memorandos de entendimiento que se asienten en claros principios a partir de los cuales los signatarios puedan poner en marcha estrategias de lucha contra la infracción de la P.I. El primero de tales acuerdos fue mediado por la Comisión en mayo de 2011. Diversas plataformas de Internet, titulares de registros de marcas y asociaciones comerciales firmaron un memorando de entendimiento sobre la venta en Internet de productos falsificados. Dicho memorando estableció un código de buenas prácticas en la lucha contra la venta en Internet de productos falsificados y sirvió para impulsar la colaboración entre sus signatarios. El memorando abarca las principales plataformas de comercio electrónico y las principales marcas en el campo de productos de consumo inmediato, dispositivos electrónicos de consumo, moda, productos de lujo, artículos deportivos, películas, programas informáticos, juegos y juguetes, tanto en el ámbito internacional como regional.

20. El memorando de entendimiento fomenta la confianza en el mercado de Internet, al establecer medidas precisas contra la oferta en Internet de productos falsificados y medidas de protección de los consumidores que compran productos falsos involuntariamente. Lamentablemente, las asociaciones de consumidores todavía no lo han firmado, lo que demuestra que los grupos de consumidores y determinadas organizaciones de la sociedad civil mantienen su escepticismo con respecto al valor de los productos basados en la P.I. en comparación con los productos infractores de la P.I.³

21. El memorando de entendimiento abarca lo siguiente: i) procedimientos de detección y retirada con respecto a la posible oferta en Internet de productos infractores; ii) medidas preventivas y dinámicas por parte de las plataformas para retirar, antes de su publicación, ofertas de productos claramente infractores; iii) acuerdos de intercambio de información para actuar contra casos repetidos de infracción.

22. El 18 de abril de 2013, la Comisión aprobó un informe (COM (2013) 209 final) sobre los efectos del memorando de entendimiento en la venta por Internet de productos falsificados con el que se muestra la eficacia de dicho memorando. Se está avanzando en la labor encaminada a alentar a las asociaciones de consumidores a que se adhieran al memorando y se establezcan indicadores de rendimiento fundamentales para poder supervisar con mayor

³ El reciente informe sobre la importancia de los sectores de la economía de la UE altamente dependientes de la P.I. supone un primer paso en la aportación de los datos objetivos que están solicitando tales grupos y organizaciones.

precisión la incidencia del mismo en las tendencias de la venta por Internet de productos falsificados.

23. En el marco del desarrollo de este primer ejercicio experimental, la Comisión ha emprendido consultas con los sectores interesados en el sector de servicios de publicidad por Internet para determinar si entre dichos intermediarios publicitarios, los titulares de derechos y los proveedores de servicios de medios de comunicación por Internet podría elaborarse un memorando de entendimiento similar. Se trataría de reducir el volumen de publicidad por Internet que se considere implicada en la distribución de servicios infractores de la P.I. de escala comercial. Pero esto constituirá un reto de primer orden, dado que la publicidad por Internet se comercializa cada vez más “a ciegas”, es decir que se centra en el consumidor antes que en los medios de comunicación.

24. Con todo, los titulares de derechos pueden ser los principales responsables del éxito o del fracaso de este proyecto, puesto que son los principales publicitarios. Todo titular de un registro de marca tendrá interés en saber en qué se está gastando el dinero que ha invertido en publicidad, y parece lógico que las principales marcas no quieran verse a sí mismas promocionando y financiando sitios web cuyo principal objetivo es obtener beneficios de la distribución de productos infractores de la P.I. Para ser claros y francos, las pruebas actualmente disponibles sobre este tipo de errores de inversión en publicidad muestran que, en este asunto, los titulares de registros de marcas están tirando piedras sobre su propio tejado.

25. Los servicios de la Comisión emprenderán asimismo consultas con los proveedores de servicios de pago sobre cómo podrían contribuir a impedir la ejecución de pagos a infractores de P.I. que utilizan este tipo de sitios web.

26. Por el momento, la Comisión ha centrado sus trabajos en el mercado en Internet, pero ulteriormente tratará de ampliar tales debates a fin de englobar a todos los sectores del mercado, tanto a los que operan por Internet como a los que no.

27. En lo que respecta a los memorandos de entendimiento relativos a Internet, puesto que a un sitio web puede accederse desde cualquier país y que los infractores a escala comercial pueden moverse muy libremente, para que tales memorandos sean eficaces deben ser de amplitud internacional. Teniéndolo en cuenta, la Comisión tiene interés en consultar tales iniciativas con nuestros socios comerciales a fin de examinar cómo podrían ampliarse y abarcar a terceros países.

V. CONCLUSIÓN

28. La Comisión Europea tiene el empeño de elaborar una política de observancia de la P.I. equilibrada y eficaz para optimizar el valor social que puede generar la cadena de valor añadido de productos protegidos por P.I. La finalidad de tal empeño es diseñar un enfoque “integrador” de observancia de la P.I. que implique a todos los sectores interesados que estén aplicando voluntariamente la “diligencia debida” contra la proliferación de casos de infracción de la P.I. a escala comercial.

29. Mediante este enfoque integrador se asegurará, en principio, el establecimiento de una política de observancia de la P.I. equilibrada y en la que se tengan plenamente en cuenta los valores sociales compartidos por todos los sectores interesados. Es además un enfoque que puede ampliarse al ámbito internacional, lo cual, teniendo en cuenta que vivimos en un mundo cada vez más interconectado, será probablemente fundamental para que tenga éxito.

30. La Comisión espera con interés examinar todas estas cuestiones con nuestros socios comerciales, tanto en el seno del ACE como en un marco bilateral.

[Fin del documento]