

LA DIRECTIVA DE PATENTS DE PROGRAMARI: UN INTENT FALLIT DE POSAR FI –DISSIMULADAMENT– A LA INNOVACIÓ INFORMÀTICA A EUROPA

Xavier Drudis Ferran, Rafael Carreras Guillén, Eduard Fabra i Bori, Francesc Genové Muñoz, Orestes Mas i Casals i Leopold Palomo-Avellaneda*

La societat de la informació pot esdevenir una infraestructura eficient per a l'economia, el diàleg i el progrés o un règim feudal elitista i que compliqui les interaccions i llasti l'economia. En bona part depèn de la legislació que s'aprovi. Les patents de programari obstaculitzen la innovació, interfereixen en el mercat i atempten contra els drets dels ciutadans. El segon intent de legalitzar les patents de programari a Europa, amb la directiva sobre la «patentabilitat d'invençions implementades en ordinador», ha fracassat malgrat fosques maniobres legislatives, però l'Oficina Europea de Patents continua sense prou control democràtic per garantir que deixi de concedir patents de programari invàlides. L'article explica què són les patents de programari, per què són perjudicials i per què no n'hi ha prou amb bones paraules per evitar-les, sinó que calen criteris clars i perseguir les males interpretacions.

* Xavier Drudis Ferran és enginyer informàtic, Rafael Carreras Guillén és tècnic de laboratori al Laboratori General d'Assaigs i Investigacions de la Generalitat de Catalunya, Eduard Fabra i Bori és programador informàtic, Francesc Genové Muñoz és tècnic informàtic, Orestes Mas és doctor enginyer de telecomunicació i professor titular de la Universitat Politècnica de Catalunya (UPC), i Leopold Palomo-Avellaneda és enginyer industrial i tècnic de suport a la recerca de la UPC. Tots ells són membres de l'associació Caliu: Eduard Fabra n'és el president; Francesc Genové, el vicepresident i portaveu, i Xavier Drudis ha estat coordinador de la campanya contra les patents de programari d'aquesta associació.

Sumari

1. Introducció
 2. Què és una patent?
 3. Què és el programari?
 4. Què són les patents de programari?
 5. Les patents de programari posen fi a la innovació
 6. La situació a Europa. Pràctiques de l'OEP
 7. Aventures i desventures d'una directiva a Brussel·les
 8. Conclusions i situació actual
-

1. Introducció

És innegable que la informàtica és cada vegada més present a les nostres vides, atès que és la base de molts dels aparells o sistemes d'ús quotidià, tant per als individus com en les empreses i les administracions. Alguns d'aquests sistemes s'han anat introduint subtilment i en àmbits reduïts, però altres com ara la telefonia mòbil, Internet, la banca electrònica, etc., s'han convertit en autèntics fenòmens sociològics, de tal manera que avui en dia seria inconcebible la societat moderna sense aquests sistemes.

Malgrat que aquests sistemes són prou diferents entre si, tenen generalment una característica comuna: el seu nucli intern és un sistema informàtic i, per tant, incorporen un cert conjunt d'instruccions o programa que els fa funcionar. En conseqüència, qualsevol canvi legislatiu que afecti el programari també afecta seriosament la societat, tot i que sovint els usua-

ris no acostumen a pensar en les conseqüències quotidianes de canvis en entorns especialitzats.

Qualsevol canvi legislatiu que afecti el programari també afecta seriosament la societat, tot i que sovint els usuaris no acostumen a pensar en les conseqüències quotidianes de canvis en entorns especialitzats.

En el tema concret de les patents de programari, el desconeixement dels usuaris és gairebé absolut. És difícil que els mitjans de comunicació generalistes se'n facin ressò i, quan ho fan, molt probablement passi desapercebut. Tanmateix, és un tema essencial i cal fer-ne pedagogia. Aquest

article és un intent de divulgar a un públic no especialitzat un problema molt específic però que pot afectar greument la competitivitat (o àdhuc l'existència) del sector informàtic europeu (que forneix una infraestructura vital per a la resta de sectors econòmics) i fins i tot els drets fonamentals dels ciutadans.

2. Què és una patent?

Una patent és un privilegi que un govern atorga a una persona física o jurídica pel qual li confereix el monopoli de l'explotació comercial de l'objecte de la patent (una invenció) per un temps determinat. A canvi, cal que reveli la invenció, és a dir, que aporti una descripció, gràfiques, esquemes, etc., que permetin que qualsevol especialista la pugui reproduir.

No tot és patentable. Per tal de poder-se patentar, una innovació ha de satisfer les condicions següents:

- Ha de tenir un ús pràctic aplicable industrialment.
- Ha de presentar un element de novetat, és a dir, una característica nova que sigui desconeguda en la seva àrea de coneixement.
- Cal avenç d'inventiva (no obvi per a un especialista).
- Cal que la seva temàtica sigui declarada «patentable». En nombrosos països, les teories científiques, els mètodes matemàtics, les obtencions de varietats vegetals o animals, els descobriments de substàncies naturals, els mètodes comercials i els mètodes per al tractament mèdic (no pas els productes mèdics i medicaments) no són patentables en general. Les innovacions en camps patentables s'anomenen *invencions*, en dret de patents.

Per obtenir una patent cal que el sol·licitant i l'inventor presentin una sol·licitud a una oficina de patents. Si el sol·licitant vol monopolitzar la invenció en més d'un territori pot demanar patents a les oficines de patents de cada territori. El temps i els diners necessaris per al tràmit varien molt segons els casos, però per a una patent europea, per exemple, es podria considerar típica una despesa d'uns 30.000 euros i uns tres anys de paperassa. Si l'oficina comprova que la sol·licitud compleix les condicions, aleshores cobra les taxes corresponents i concedeix la patent, que és el mateix document de sol·licitud, possiblement modificat durant la tramitació. Aquest document conté una fitxa administrativa (número de patent, dates, dades del sol·licitant i l'inventor, resum, etc.), una descripció que permeti als especialistes reproduir la invenció (possiblement amb diagrames o dibuixos), una referència a l'estat de la tècnica per explicar què aporta de nou la patent (amb cites a articles, llibres o altres patents, etc.) i un apartat de reivindicacions que defineixen el monopoli (el que es reivindica ha d'estar caracteritzat per la invenció descrita).

Qualsevol persona o empresa que, en el territori que cobreix una patent en vigor, faci, emmagatzemi, vengui, ofereixi o importi les coses que el sol·licitant ha descrit a les reivindicacions necessita permís del posseïdor de la patent. Hom pot violar una patent sense ni tan sols saber que existeix. No importa si es pot provar que s'ha tingut la idea independentment i que no es tenia coneixement de la patent. La llei considera reu de violació de patents qui hagi fet qualsevol d'aquestes accions. Si us hi trobeu, us poden fer tancar el negoci, els danys i perjudicis que cal pagar poden ser molts diners i, en el pitjor dels casos, podeu anar a presó per aquesta raó.

Cal aclarir que sovint es confon les patents amb els drets d'autor, tot i que són dues coses com-

pletament diferents i deslligades. Els drets d'autor es gaudeixen automàticament i de franc pel fet de crear una obra; en canvi, les patents necessiten un tràmit car i llarg i en realitat no cal haver creat la invenció, només cal descriure-la per evitar que altres la creïn. Els drets d'autor protegeixen l'original de la còpia no autoritzada. Les patents prohibeixen crear de manera independent invencions originals que facin el mateix que reivindica la patent.

Un símil amb el món editorial és molt aclaridor: el semiòleg italià Umberto Eco va saltar a la fama internacional en publicar, el 1980, la novel·la *El nom de la rosa*, que combinava hàbilment història, religió i una trama detectivesca. Els drets d'autor d'Umberto Eco impedeixen a qualsevol fer còpies no autoritzades d'aquesta novel·la, o atribuir-se'n l'autoria, però no impedeixen a ningú provar d'escriure una novel·la amb ingredients semblants. En canvi, si Umberto Eco hagués patentat els aspectes clau de la novel·la (tema, estructura, trama, personatges, etc.), alguns autors posteriors com ara el nord-americà Dan Brown haurien vist seriosament compromesa la publicació dels seus títols més emblemàtics perquè es basen en temàtiques similars.

És important destacar que les patents representen excepcions a principis generals que regeixen en una societat com la nostra: en primer lloc, els privilegis són contraris als principis d'una democràcia, en la qual tothom ha de tenir els mateixos drets. En segon lloc, els monopolis atempten contra la lliure competència, que és la base de l'economia de mercat.

Les patents en general tenen avantatges i inconvenients. Entre els avantatges es poden comptar els següents:

- Fomenten la innovació en aquelles àrees en les quals no és rendible innovar sense patents. El monopoli permet preus que retornin la inversió en innovació.
- Fomenten la publicació de coneixement tècnic. Les oficines de patents haurien de ser biblioteques tecnològiques on tothom podria aprendre per fer noves invencions.
- Faciliten la transferència de tecnologia. Una empresa es pot dedicar a invertir en recerca i desenvolupament i vendre o llicenciar les seves patents a altres empreses especialitzades en fabricació.

I entre els inconvenients cal destacar els següents:

- Dificulten la utilització de les invencions que queden monopolitzades. Això no tan sols fa menys útils, sinó que, a més a més, pot desincentivar la innovació subsegüent.
- Fomenten monopolis. Debilita el lliure mercat i dificulta la competència, que entre altres coses incentiva la innovació.
- Requereixen burocràcia. Concedir patents correctament és car i lent. Les oficines de patents esdevenen reguladors crítics dels mercats. Els interessos que això genera afegixen complexitat a la ja no gens fàcil tasca de decidir quines innovacions aporten prou a la humanitat per concedir un monopoli.

És, doncs, una qüestió delicada de política econòmica decidir en quins camps els avantatges superen els inconvenients i justifiquen l'excepció als principis de llibertat que implica la patent. Per exemple, en el sector farmacèutic les recerques són molt cares i ningú no gastaria centenars de milions en la creació d'un sol producte sense una protecció de llarg abast (una qüestió a banda és si els criteris econòmics han de ser els únics que cal tenir en compte en temes de salut).

3. Què és el programari?

Amb el mot programari es designa el conjunt dels programes que serveixen per a aplicacions informàtiques determinades. I un programa no és més que «un conjunt d'instruccions codificades i de dades que són l'expressió completa d'un procediment executable per un sistema informàtic».¹ És a dir, un programa és essencialment informació sobre com es pot resoldre un problema, desglossada en passos (instruccions) que conformen l'algorisme de solució i en esquemes d'organització d'informació que constitueixen les estructures de dades.

En l'economia del coneixement, l'activitat rendible és aportar nou coneixement o aplicar-lo, la innovació és l'activitat rendible i, per tant, l'incentiu a la innovació és la mateixa competència.

Dit això, convé posar en evidència algunes característiques pròpies del programari i que el fan essencialment diferent de les invencions materials com ara mecanismes, medicaments, etc.

- Pel fet de ser informació, el programari es pot copiar, distribuir i modificar amb uns costos menyspreables. Els objectes físics tenen un cost en matèries primeres i fabricació, igual que els processos físics tenen un cost en energia i

maquinària, però la informació no el té. Per això, Microsoft va poder regalar totes les còpies que va voler del seu navegador web Internet Explorer per desbancar Netscape del mercat.² Per això també, els autors d'Apache van poder posar a la disposició de tothom el seu servidor web, i rebre millores de tot el món, fins a esdevenir el majoritari a Internet.³ La lògica no és diferent de la que fa que un negoci tan car com un canal de televisió es pugui sostenir sense subscripcions dels usuaris, o que els diaris gratuïts puguin prosperar. La reproducció d'informació és pràcticament de franc, i això permet models de negoci diferents dels que són possibles amb béns materials.

- El fet que la reproducció i la distribució d'informació sigui tan barata fa que sigui difícil competir en programari a base de capacitat de producció i logística, com passa en altres negocis. Igual que ningú no compra el diari d'ahir, ningú no encarrega programar una aplicació que faci el mateix que una que ja existeix. Sempre serà més barat obtenir permís per copiar-la. Per competir en informàtica no hi ha més remei que innovar. I l'única manera de sobreviure sense innovar és tenir un monopoli. En l'economia industrial l'activitat rendible és produir béns (cotxes, rentadores o gasolina) o serveis físics (transport de viatgers, bugaderia, tallers) i la innovació esdevé un valor afegit que a vegades pot ser rendible per si mateix, però que sovint pot necessitar incentius per ser-ho. En l'economia del coneixement, l'activitat rendible és aportar nou coneixement o aplicar-lo, la innovació és l'activitat rendible i, per tant, l'incentiu a la innovació és la mateixa competència.

¹ Segons la definició del TERMCAT.

² Sobre la predominança de diferents navegadors al llarg dels anys recents, vegeu: http://en.wikipedia.org/wiki/Browser_wars

³ Vegeu les estadístiques d'ús de servidors web a: http://news.netcraft.com/archives/web_server_survey.html

- No cal cap mena d'experimentació, ni fabricar prototipus, ni fer assaigs en laboratoris per crear un programa d'ordinador. Els ordinadors, que són els aparells que executen els programes, es comporten sempre (excepte avaries) segons un model matemàtic precís. Mai no es dubta de si una idea es podrà realitzar o no amb un ordinador, perquè les capacitats dels ordinadors són perfectament conegudes. Estan dissenyats precisament per tal que això sigui així. El que pot arribar a ser llarg és crear el programa que implementa la idea, perquè és una tasca subjecta a errors, però totes les idees es poden arribar a implementar. Per tant, mai no cal comprovar si el teu model de solució és vàlid o no, que és el que cal que faci qui dissenya un medicament. Com a màxim cal provar el programa, com qui comprova que no s'hagi equivocat en sumar.
- Com a conseqüència d'això, el procés creatiu i innovador en el camp del programari és més senzill i econòmic. L'únic que cal és l'accés a un ordinador i talent suficient. Per això, a mesura que el preu dels ordinadors s'ha anat reduint, s'ha anat incrementant el nombre d'innovacions procedents de països en vies de desenvolupament o d'empreses «de garatge» començades amb pocs recursos. Al mateix temps, això permet la creació de sistemes més complexos en programari que en altres sectors. Un programa típic combinarà moltes idees diferents fins al límit de la comprensió dels programadors, sense limitacions físiques.

4. Què són les patents de programari?

Després d'haver vist amb detall què són les patents i què és el programari, no resulta difícil definir les patents de programari: són patents que cobreixen conceptes de programació. Qualsevol patent que impedeixi crear, usar, distribuir o tenir programes d'ordinador és una patent de programari. Un programa complet és una combinació complexa d'algorismes, protocols i estructures de dades, i això es considera una «expressió», una «obra», com ara un llibre o una cançó. Per això, els programes complets estan subjectes als drets d'autor. Els drets d'autor són més barats, són menys burocràtics i duren molt més que les patents. Per això, ningú no demana una patent per un programa en concret. Les patents de programari que es demanen són sobre conceptes més generals, que cobreixen molts programes. L'altra cara d'aquesta moneda és que qualsevol programa infringeix moltes patents, perquè combina molts conceptes, cadascun dels quals pot estar potencialment patentat.

Com a exemples de patents de programari atorgades actualment a Europa es poden esmentar les següents⁴ (algunes, com la de l'exemple del requadre, poden ferir la intel·ligència del lector):

- EP193933: un ordinador que en controla un altre (RPC, telnet, etc.)⁵
- EP747840: pàgines web dinàmiques segons dades de formularis (CGI, *servlets*, etc.)⁶

⁴ Podeu trobar altres exemples escollits de patents de programari a <http://webshop.ffii.org> (versions alemanya, anglesa, francesa, italiana i polonesa) o a <http://swpat.ffii.org/pikta/mupli/index.ca.html> (versions alemanya, anglesa, catalana i francesa), com també una base de dades que intenta aplegar patents de programari europees a <http://gauss.ffii.org>. A partir d'un número de patent que conegueu, podeu fer cerques a l'Oficina Europea de Patents mateixa, a les adreces <http://ep.espacenet.com/> o http://ep.espacenet.com/search97cgi/s97_cgi.exe?Action=FormGen&Template=ep/en/number.hts (versions alemanya, anglesa i francesa en tots dos casos).

⁵ <http://gauss.ffii.org/PatentView/EP193933>

⁶ <http://gauss.ffii.org/PatentView/EP747840>

- EP807891: carret de la compra a una botiga al web⁷
- EP129439: algorisme de compressió LZW (usat en fitxers .ZIP, .GIF, .JAR, etc.)⁸
- EP0394160: barra de desplaçament per indicar el percentatge que s'ha completat d'una tasca⁹

Exemple de reivindicació de patent de programari (EP0394160)

En un sistema informàtic, un mètode de modificar dinàmicament una icona que conté una pluralitat de símbols, mètode que comprèn els passos de:

- quantificar la quantitat de feina necessària per acabar una tasca;
- dividir aquesta feina quantificada entre una pluralitat d'unitats de feina substancialment equivalents, de manera que cada una de les unitats de feina correspongui a un [símbol] de la pluralitat de símbols de la icona;
- monitorar el progrés de la tasca;
- substituir un [símbol] de la pluralitat de símbols amb un caràcter de substitució quan ha acabat una unitat de feina; i
- repetir el pas de substitució a mesura que progressa la tasca fins que de la pluralitat de símbols tots s'han substituït, amb la qual cosa s'indica la compleció de la tasca.

El que cobreix exactament cada patent cal buscar-ho a les reivindicacions. L'exemple del requadre mostra només la primera reivindicació d'u-

na patent. Típicament hi ha més reivindicacions que especifiquen variacions que també quedaran cobertes per la patent. En aquest exemple es reivindica un mètode per a un sistema informàtic, de manera que els infractors directes seran els responsables de l'execució del programari, els usuaris. És el que s'anomena *reivindicació de procés informàtic* o de programa en execució. És típic que a la mateixa patent hi hagi una altra reivindicació per a qualsevol ordinador (o aparell o xarxa) programat amb aquest mètode, de manera que els qui instal·lin el programari o venguin ordinadors amb programari instal·lat que faci això seran infractors directes. Se'n diu *reivindicació d'ordinador programat*. Finalment, hi pot haver reivindicacions directament pels programes d'ordinador (transmesos per xarxa o enregistrats en algun suport) que implementin la innovació quan són executats. Llavors són infractors directes els distribuïdors del programari (botigues, revistes, webs, ISP). Se'n diu *reivindicacions de programa*. La diferència entre tots tres tipus de reivindicacions que es poden trobar en una patent de programari no rau en quins programes es veuen afectats per la patent, sinó en quin grup d'actors són més fàcils de perseguir (els desenvolupadors probablement es poden perseguir sempre).

En tot cas, la característica comuna en les reivindicacions de patents de programari és que descriuen funcionalitats en els termes més generals possibles. Hi ha altres maneres d'indicar progrés d'un procés (per exemple, un número de percentatge completat que vagi canviant), però no es pot programar una barra de progrés sense fer essencialment el que diu la reivindicació. Per tant, la patent cobreix qualsevol barra de progrés que

⁷ <http://gauss.ffii.org/PatentView/EP807891>

⁸ <http://gauss.ffii.org/PatentView/EP129439>

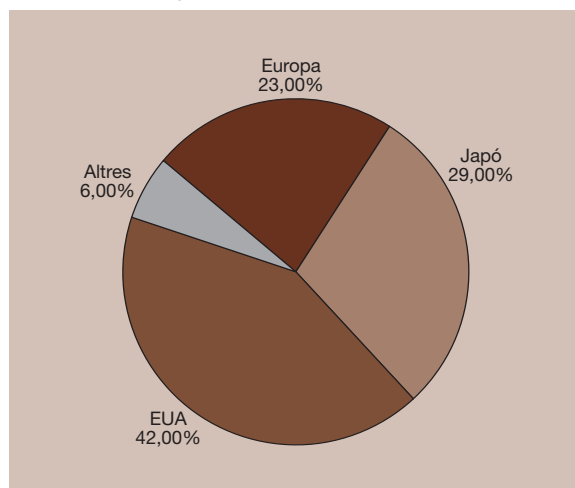
⁹ <http://gauss.ffii.org/PatentView/EP394160?action=show&redirect=PatentView%2FEP0394160>

algú programari, no tan sols les que va programar el titular de la patent (per això n'hi hauria prou amb els drets d'autor). El fet que la innovació coberta sigui més o menys trivial no afecta aquesta amplitud de les patents de programari, que ve donada per la naturalesa abstracta del programari i per l'existència de drets d'autor per cobrir programes en concret.

5. Les patents de programari posen fi a la innovació

El balanç entre els avantatges i els inconvenients de les patents s'ha d'avaluar en cada camp per veure si realment surt a compte permetre patents, i aquesta qüestió de quin és el sistema de patents òptim és diferent de la de si sota un sistema de patents determinat una empresa ha de patentar o no. Per decidir sobre la legislació escaient cal tenir en compte els efectes sobre el conjunt de la societat i l'economia i no tan sols sobre alguns actors, i cal plantejar la posició dels actors no solament com a possibles posseïdors de patents, sinó també com a possibles infractors.¹⁰ En el cas del programari, les patents frenen la innovació i la divulgació de coneixement, malmeten l'economia i atempten contra drets dels ciutadans. Aquest debat ha estat la part més estudiada¹¹ i debatuda,¹² fins al punt que, a Europa, els partidaris de les patents de programari més actius no defensen obertament la patentabilitat del programari,

Figura 1
Distribució geogràfica dels «inventors» amb patents europees de programari (en tants per cent)



sinó que comenten els beneficis de les patents en general i proposen criteris que permetin patents de programari mentre diuen que no les admeten. Tanmateix, val la pena fer unes pinzellades sobre els principals arguments.

Tal com mostra la figura 1, la majoria de patents europees de programari pertanyen a empreses dels Estats Units i del Japó.

Les patents de programari són impopulars: els programadors no volen haver de pagar drets de patents per programes que han escrit de mane-

¹⁰ Trobareu nombrosos exemples dels efectes negatius de les patents de programari a l'adreça <http://swpat.ffii.org/patents/effects/index.ca.html>. L'adreça <http://wiki.ffii.org/Swpikxrani> en conté un recull de notícies sobre patents de programari.

¹¹ Vegeu en particular les anàlisis i els resums sobre els informes de la *Federal Trade Commission* (FTC) a EUA i el *National Research Council* fets per la FFII (*Foundation for a Free Information Infrastructure*): <http://www.ffii.org.uk/swpat/ftc/ftc.html> i <http://swpat.ffii.org/papers/ftc03/index.en.html> (referents a l'informe 2003 de la FTC sobre patents i competència), <http://swpat.ffii.org/papers/ftc02/index.en.html> (referent a diferents esmenes al projecte de directiva europea sobre patentabilitat del programari), <http://swpat.ffii.org/papri/digidilem00/index.en.html>. Vegeu també les adreces <http://swpat.ffii.org/vreji/minra/sisku.en.html> i <http://swpat.ffii.org/archive/mirror/impact/index.en.html> (que contenen bibliografia sobre els efectes macroeconòmics de les patents de programari) o <http://pauillac.inria.fr/~lang/reperes/patents/> (que conté múltiples fonts d'informació sobre patents i propietat intel·lectual).

¹² Vegeu una anàlisi del debat a: <http://caliu.info/?p=380> (en particular a la nota 14, en la qual es recullen alguns dels posicionaments al llarg d'aquest debat).

ra independent sense ni saber que alguns dels molts conceptes utilitzats estaven patentats, i els consumidors no volen que una multinacional amb un departament legal prou fort pugui monopolitzar el mercat informàtic amb patents de programari i imposar els preus que vulguin. En els camps on cal experimentació empírica, laboratoris i assaigs per arribar als conceptes patentats, la inversió podria ser difícil (per difícil d'amortitzar) sense patents per monopolitzar el resultat obtingut. En el camp de la programació o les matemàtiques no es necessita tanta infraestructura: persones i hores. Normalment, és més car portar els conceptes a la pràctica que tenir la idea, i la implementació d'aquesta idea queda coberta per drets d'autor. Jurídicament, aplicar patents als programes d'ordinador, a més dels drets d'autor que ja s'hi apliquen amb èxit des de fa temps, comporta interaccions complicades.¹³

En el cas del programari, les patents frenen la innovació i la divulgació de coneixement, malden l'economia i atempten contra drets dels ciutadans.

Els partidaris de les patents de programari intenten relacionar innovació amb patents, amb l'argument que «hi ha més patents; per tant, més

innovació». Aquest raonament, clarament simplista, queda convenientment refutat en alguns estudis com ara els de Galli¹⁴ i de Bessen i Hunt,¹⁵ però també per la mateixa història: les innovacions més notables en programari s'han produït en unes èpoques en què el programari no era patentable. En aquest aspecte, és particularment interessant l'estudi de Wheeler,¹⁶ on l'autor explica que les patents de programari i la innovació estan inversament relacionades. No tan sols les patents de programari no encoratgen la innovació, sinó que, a més a més, la retarden activament. Com a exemple, entre el 1987 i el 1994 la concessió de patents de programari als EUA es va incrementar el 195 %, mentre que la despesa en R+D queia el 21 % en les empreses del sector informàtic, però augmentava el 25 % en la indústria en general.

Les patents fomenten la inversió en recerca i la divulgació (per exemple, en farmàcia i metal·lúrgia), però només la fomenten quan en el seu mercat no és rendible innovar sense aquest incentiu. En canvi, en programari l'incentiu per innovar és la competència. No es pot competir en reproducció o distribució perquè és massa barat, i l'única manera de sobreviure sense innovar és tenir un monopoli, com ara el d'una patent.

El programari té tendència a la monopolització, perquè un programa és més útil quan el fa servir molta gent. Atorgar monopolis de vint anys per idees en programari només faria reforçar els oligopolis actuals i perjudicar els consumidors, la qualitat i la innovació.¹⁷

¹³ Alguns comentaris sobre la interacció entre patents de programari, drets d'autor i tractats internacionals a: <http://www.codeliberty.org/softpats.php>

¹⁴ GALLI, 2003.

¹⁵ BESSEN I HUNT, 2004.

¹⁶ WHEELER, 2003.

¹⁷ KRYSZTOV, R. *et al.*, 2003.

Les patents de programari signifiquen un cop dur, una prohibició a la pràctica, al desenvolupament i a l'ús del programari lliure. Tal com explicaven alguns dels autors d'aquest article en un de precedent,¹⁸ aquest ús de les patents de programari en contra del programari lliure és un gran greuge al sector informàtic europeu i a la seva societat en general i, a més a més, comporta a la pràctica un fre important a les economies dels països en vies de desenvolupament.¹⁹

La possibilitat de patentar algorismes i estructures de dades donaria a les empreses control sobre massa recursos de la societat de la informació. Gràcies a patents sobre formats de dades, les multinacionals podrien impedir als autors crear o distribuir art digital de tota mena. A hores d'ara, als EUA, hi ha patents que afecten els dos formats d'imatges més usats a la web (JPEG i GIF)²⁰ i les empreses poden posar un preu per poder usar aquests formats i, d'aquesta manera, limitar la creació gràfica.²¹ El mateix succeeix amb formats d'àudio i vídeo.

El desenvolupament de programari és incremental i combina moltes idees prèvies en cada projecte. Per tant, patentar el programari eliminaria la disponibilitat de matèries primeres i bloquejaria la creativitat.²² És impossible que un programador o PIME comprovi que el seu programari no viola cap patent. Tant és així que molts organismes d'estandardització no requereixen als seus participants que informin de les patents que te-

nen que puguin impedir l'ús de l'estàndard, perquè els sembla que les empreses no voldrien fer la despesa que comporta buscar en la seva pròpia cartera de patents. És impensable, doncs, que cap empresa dediqui esforços a fer cerca de possibles patents infringides en poder d'altres empreses.

Voler aplicar les patents al programari és extrapolat un sistema dissenyat per a una indústria de fabricació de béns a una comunitat de persones que intercanvien coneixements més efectivament que mai: una societat de la informació.

Ja s'ha precisat que el programari és informació i, consegüentment, patentar un algorisme equival a patentar informació sobre com es resol un problema. Això és absurd i contradiu la filosofia original de les patents. Un enginyer automobilístic podrà patentar un motor, però no patentarà els plànols del motor, que només són informació, per més detallats que siguin. La patent no imposarà cap restricció sobre els plànols (ans al contrari, l'objectiu del sistema de patents és la publicació i la difusió de coneixement industrial, que altrament podria quedar secret); només hi ha límits sobre la comercialització de motors fets com des-

¹⁸ MAS *et al.*, 2004.

¹⁹ El prestigiós *Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology* (MERIT) ha fet una sèrie d'estudis accessibles per web on es tracten en profunditat aquestes qüestions. Vegeu: <http://flossworld.org/>

²⁰ Sobre patents referents a JPEG i GIF, vegeu:

²¹ O intentant censurar veus crítiques directament. Vegeu: <http://patents.caliiu.info/nota20040504.html>

²² Vegeu les referències a estudis que tracten aquest tema, com el ja citat de Bessen i Hunt, el de Bessen i Maskin i altres estudis dels mateixos autors i d'altres autors a: <http://www.researchoninnovation.org>

criuen els plànols. Els programes, en canvi, són els seus propis plànols, i el fet de pretendre difondre els plànols i monopolitzar els programes és essencialment contradictori. El fet que siguin informació canvia el seu comportament en el mercat i la societat. Voler aplicar les patents al programari és extrapolar un sistema dissenyat per a una indústria de fabricació de béns a un negoci de distribució d'informació o, encara pitjor, a una comunitat de persones (equipades amb ordinadors i xarxes) que intercanvien coneixements més efectivament que mai: una societat de la informació.

6. La situació a Europa. Pràctiques de l'Oficina Europea de Patents (OEP)

La Convenció sobre la Patent Europea (CPE),²³ signada a Munic el 1973, institueix l'Oficina Europea de Patents (OEP)²⁴ com una administració intergovernamental que concedeix patents que afecten el subconjunt d'estats que designi cada patent, d'entre la trentena que han subscrit la convenció fins ara (els vint-i-cinc de la Unió Europea i alguns més). Com que és un organisme internacional no està sotmès a la jurisdicció dels estats (ni de la UE), sinó només a la Convenció de Munic i a les normatives que es dona ella mateixa, per exemple, el reglament d'avaluació de sol·licituds de patents. Hi ha tribunals interns a l'OEP per dirimir apel·lacions (a denegacions de patents) i oposicions (a patents concedides). Un cop les patents són concedides (també en concedeixen les oficines de patents i marques de cada Estat), els judicis per infracció sí que són competència

dels tribunals de cada Estat (i la UE no té encara legislació sobre patents; per tant, els casos no arriben als tribunals propis de la UE). Els tribunals que jutgen les infraccions han de determinar si les patents concedides són vàlides i, per fer-ho, apliquen la legislació dels estats respectius (que ha de seguir la mateixa CPE que regeix l'OEP). Si decideixen que la patent no és vàlida, el posseïdor ja no la pot fer servir ni en aquell judici ni en cap més.

Article 52 de la Convenció sobre la Patent Europea: invencions patentables.

1. Les patents europees han de ser concedides a totes les invencions, sempre que aquestes invencions siguin noves, impliquin un avenç d'inventiva i siguin susceptibles d'aplicació industrial.
2. En particular, els elements següents no poden ser reconeguts com a invencions dins del significat del paràgraf 1:
 - descobriments, teories científiques i mètodes matemàtics;
 - creacions estètiques;
 - esquemes, normes i mètodes per realitzar actes mentals, jugar a jocs o fer negocis i programes per a ordinadors;
 - presentacions d'informació.
3. Les directrius del paràgraf 2 han d'excloure la patentabilitat de les matèries o les activitats referides en la disposició només en la mesura en què una sol·licitud de patent europea o patent europea es relaciona amb aquesta matèria o activitat com a tal.
4. Els mètodes per al tractament del cos humà o

²³ EUROPEAN PATENT OFFICE, 2002. Vegeu la versió més actualitzada de la Convenció sobre la patent europea a: <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/>

²⁴ Vegeu el web de l'Oficina de la Patent Europea a: <http://www.european-patent-office.org/>

animal per cirurgia o teràpia i els mètodes diagnòstics practicats al cos humà o animal no poden ésser considerats com a invencions que siguin susceptibles d'aplicació industrial, en el sentit del paràgraf 1. Aquesta disposició no pot ésser aplicada ni a productes ni a substàncies o compostos per usar en cap d'aquests mètodes.

Aquesta CPE especifica que les patents es concediran per invencions noves, inventives i susceptibles d'aplicació industrial. L'article 52.2 diu que els programes d'ordinador (entre altres conceptes) no són invencions i l'apartat següent diu que els conceptes llistats en aquest article 52.2 no es poden patentar com a tal. Per tant, la legislació europea no permet patents de programari.

Un altre tractat internacional, l'ADPIC (l'Acord sobre els aspectes dels drets de propietat intel·lectual relatiu al comerç de l'Organització Mundial del Comerç, TRIPS en anglès),²⁵ estableix que els estats que el van signar han de concedir patents en tots els camps de la tècnica. El tractat no defineix *tècnica*, però hi ha força tradició i jurisprudència que considera que la tècnica, en el sentit de drets de patents, és el control de forces de la natura per obtenir resultats planificats.²⁶ És a dir, que hi ha una distinció entre innovacions empíriques (que són tècniques i s'anomenen *invencions*) i innovacions intel·lec-

tuals. Totes dues tenen mèrit, però la infraestructura necessària per desenvolupar les invencions (laboratoris, prototipus, experiments) no és necessària per a les innovacions intel·lectuals i, per tant, calen règims jurídics diferents per fomentar tots dos tipus diferents d'innovació (patents per innovació tècnica i drets d'autor per innovació intel·lectual). Això és coherent amb la convenció de Munic (CPE), perquè cap de les innovacions excloses de patentabilitat a l'article 52 no és tècnica.

Els programes d'ordinador, doncs, no són tècnics i no són invencions i, per tant, no es poden patentar com a tal. Això no vol dir que qualsevol invenció deixi de ser patentable simplement perquè porti programari. Si algú inventa un teler que fa girar el fil d'una manera nova i inventiva amb la qual cosa s'evita que es trenqui tan sovint, no és important si els motors del teler els controla un ordinador, una molla o un termòstat. El que es pot patentar és el teler (o el procés de confecció) i, encara que el programari hi participi, no es pot patentar com a tal. El programa no queda monopolitzat per la patent del teler i es pot fer servir pel que sigui, però per vendre, fabricar, etc., aquells telers cal llicenciar la patent.

Aquesta interpretació és la que el sentit comú i força experts jurídics i jutges consideren justa²⁷ i, de fet, és el que feia l'OEP els primers anys. Per exemple, la normativa de l'OEP per avaluar patents del 1978²⁸ deia:

²⁵ Sobre els acords ADPIC (TRIPS), vegeu la pàgina d'acords del web de l'Organització Mundial de Comerç (WTO en les seves sigles angleses) a: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#TRIPs. Hi ha versió anglesa, castellana i francesa.

²⁶ Sobre jurisprudència en relació amb la tecnicitat, vegeu: <http://swpat.ffii.org/stidi/korcu/index.en.html>

²⁷ Karl Friedrich Lenz, professor de dret alemany i europeu a la Universitat Aoyama Gakuin, de Tòquio, explica la interpretació de «com a tal» a: <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/exeg/>. Més comentaris i referències sobre «com a tal» i l'article 52 de la CPE a: <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/index.en.html>

²⁸ Vegeu el reglament de l'OEP del 1978 a: <http://swpat.ffii.org/papers/epo-g178/index.en.html>

«Un programa d'ordinador pot prendre diverses formes, com, per exemple, un algorisme, un diagrama de flux o una sèrie d'instruccions codificades, que es poden enregistrar en una cinta o un altre suport informàtic, i es pot considerar com un cas particular d'un mètode matemàtic o una presentació d'informació. Si la contribució a l'estat de la tècnica rau únicament en un programa d'ordinador, aleshores la matèria no és patentable en qualsevol manera que es presenti a les reivindicacions. Per exemple, una reivindicació d'un ordinador caracteritzat per tenir el programa en particular emmagatzemat a la seva memòria, o d'un procés per fer anar un ordinador sota el control del programa, seria tan criticable com una reivindicació del programa *per se* o del programa quan està enregistrarat en cinta magnètica.»

Aquest reglament reflectia el que s'anomenava *core theory*, que és una tradició legal tan senzilla com dir que els requeriments que s'exigeixen a una sol·licitud de patent s'han d'avaluar sobre la invenció i no pas sobre la reivindicació. Perquè el contracte social d'una patent tingui sentit cal que el sol·licitant només monopolitzi el que ha inventat i no qualsevol altra cosa, però és molt difícil que una aplicació amb interès comercial no faci servir res de conegut; per tant, en la reivindicació es poden incloure coses ja conegudes per monopolitzar aplicacions pràctiques del que s'ha inventat. Però els requeriments de matèria patentable, novetat, inventiva i aplicació industrial s'han d'aplicar al que s'ha inventat, no a tot el que es reivindica, perquè si s'apliquessin a tot el que es reivindica seria fàcil complir alguns requeriments amb coses ja conegudes, i també pot passar que el que realment aporta la patent a la societat no els compleixi tots.

Per exemple, seria fàcil reivindicar la combinació d'un ordinador conegut (sense especificar, o sia, qualsevol ordinador) i un programa nou. El programa és nou però no és tècnic (no és una invenció), i l'ordinador és tècnic però no és nou. Si apliques els requeriments a la combinació permetes patentar qualsevol ordinador amb el programa i, per tant, et saltes la prohibició de patentar programes, perquè els programes es fan servir en combinació amb ordinadors i no patentes el programa sol sinó amb un ordinador qualsevol.

Aquesta *core theory* es va anar perdent progressivament en l'avaluació de patents, i es van anar introduint altres criteris permissius, de manera que, sense que hagi canviat la legislació que no permet patentar programes d'ordinador, s'han concedit dotzenes de milers de patents de programari, com ara els exemples que s'han vist abans. Aparentment, totes aquestes patents europees cobreixen programes d'ordinador que no són «com a tal» i el conveni no diria que estigui prohibit patentar «programes d'ordinador no com a tal». Ara bé, què passaria si un usuari anés a una botiga d'informàtica i preguntés quins dels programes que tenen són «com a tal» i quins «com a qual»? Què li dirien?

Malauradament, l'OEP aplica una definició de tècnica gens restrictiva, com va aclarir el veredict del cas Hitachi T258/03.²⁹

«El tribunal és conscient que la seva interpretació comparativament ampla del terme *invenció* a l'article 52(1) de la CPE inclourà activitats que són tan familiars que el seu caràcter tècnic tendeix a passar desapercbut, com ara l'acte d'escriure usant llapis i paper.»

²⁹ Sobre el cas Hitachi T258/03, vegeu: <http://kwiki.ffii.org/EpoT030258En>

El problema no és que el paper i el llapis no siguin tècnics, o que no s'hagin de patentar invencions relatives a llapis o a fabricació de paper. El problema és que el fet que el llapis i el paper siguin tècnics no hauria de servir d'excusa per patentar l'escriptura, perquè escriure no és tècnic i patentar-ho no fomenta la innovació literària. El cas es referia a un esquema per fer subhastes en xarxa, on tota la novetat estava en el mètode de subhasta i no en cap nou ordinador o maquinari de xarxa. El tribunal d'apel·lació de l'OEP va decidir que el mètode de negoci informatitzat era una invenció, però que era massa òbvia per rebre la patent, cosa que equival a desestimar l'exclusió de matèries patentables o tecnicitat.

A partir de mitjan anys vuitanta, a mesura que la informàtica anava esdevenint més lucrativa, i a mesura que empreses que abans innovaven en maquinari començaven a vendre aparells on la innovació estava cada cop més en el programari, l'Oficina va anar rebent progressivament més sol·licituds discutibles i va anar relaxant la seva pràctica. Cal tenir en compte que les oficines de patents es financen amb les taxes de patents que paguen els sol·licitants de patents quan les sol·liciten i amb les renovacions periòdiques. Les oficines no acostumen a tractar amb els consumidors o empreses competidores que es veuen perjudicades per concessió de patents contràries a la llei i a l'interès públic, sinó amb els sol·licitants, que consideren els seus clients i miren de satisfer. Denegar una patent comporta una certa feina de justificar la denegació, en especial si el sol·licitant recorre la decisió. Concedir-la, en canvi, aporta més ingressos a la institució. En el cas especialment de l'Oficina Europea de Patents, a aquest desequilibri d'interessos s'afegeix un dèficit de control democràtic sobre la institució.

El cas és que hi ha hagut una deriva de la pràctica de l'Oficina Europea de Patents cap a patents més i més clarament contràries al seu conveni, fins al punt que el reglament actual, del 2001,³⁰ diu coses com ara:

«[...] Mentre que “programes per a ordinador” estan inclosos entre els objectes detallats en les disposicions de l'article 52(2), si la matèria reivindicada té caràcter tècnic, no queda exclosa de patentabilitat per les disposicions de l'article 52(2) i (3). [...]»

«Però si un programa d'ordinador és capaç de provocar, quan s'executa en un ordinador, un efecte tècnic més enllà del normal, que superi a aquests efectes físics normals, no queda exclòs de patentabilitat, sense importar si es reivindica sol o com un enregistrament en un suport. Aquest efecte tècnic més enllà del normal pot ser conegut amb anterioritat [...]»

«[...] D'altra banda, un sistema informàtic convenientment programat per al seu ús en un camp particular [...] té el caràcter d'un aparell concret, en el sentit d'una entitat física o producte, i és per això una invenció en el sentit de l'article 52(1) [...]»

«[...] En la pràctica d'examinar invencions implementades en ordinador, tanmateix, pot ser més escaient per a l'examinador passar directament a les qüestions de novetat i avenç d'inventiva, sense considerar abans la qüestió de caràcter tècnic. [...]»

Si algú no entén això d'«efecte tècnic més enllà del normal» que no s'alarmi. Els programes d'or-

³⁰ Vegeu el reglament de l'OEP de 2001 a: http://www.european-patent-office.org/legal/gui_lines/e/c_iv_2_3_6.htm

dinador són només informació sobre com es resol un problema amb un ordinador. No tenen entitat física. I no tenen efectes físics. El programa és independent dels detalls físics de l'ordinador que el pugui executar (com demostren els emuladors) i no té res de paranormal. Igual que un poema és el mateix tant si està en una làpida com si el llegim d'un web o el sentim d'un CD, perquè les paraules no són ni pedra ni electrons ni fotons, un programa d'ordinador no és un objecte físic. I igual que una recepta de cuina no interactua físicament amb els ingredients, ni el Kamasutra interactua físicament amb la parella de qui el llegeix, un programa d'ordinador no interactua físicament amb un ordinador. Davant d'aquest reglament tan sorprenent, no és estrany que hagin calgut decisions dels tribunals interns de l'OEP per ajudar a definir què vol dir això d'*efecte tècnic més enllà del normal*, i no és sorprenent que n'hi hagi de tots colors.

L'OEP ha considerat que hi ha un «efecte tècnic més enllà del normal» si escriure el programa requereix «consideracions tècniques» sobre com funcionen els ordinadors,³¹ o si les dades que el programa manega es refereixen al món real, o si amb el programa s'obté més eficiència o seguretat que sense (diferents casos i nou reglament). Com que qualsevol programa es pot presentar com satisfent aquestes condicions, el procés d'avaluació de sol·licituds de patents europees ha esdevingut una mena de jocs florals on es comprova que la sol·licitud estigui redactada amb la retòrica justa, no pas que hi hagi una invenció segons el que diu la Convenció.

És un criteri tan absurd que la mateixa Oficina va haver de confessar³² que només servia per saltar-se l'article 52 de la CPE.

«No cal considerar el concepte d'*efecte tècnic més enllà del normal* en l'examen i és preferible no fer-ho per les raons següents: primer, és confús tant per als examinadors com per als sol·licitants; segon, l'única raó aparent per distingir *efecte tècnic d'efecte tècnic més enllà del normal* a la decisió va ser la presència de "programes d'ordinador" a la llista d'exclusions sota l'article 52(2) de la CPE. Si, tal com cal anticipar, la Conferència Diplomàtica elimina aquest element de la llista, ja no hi haurà cap base per a tal distinció. Cal inferir que el Tribunal d'Apel·lació hauria preferit dir que no hi ha cap invenció implementada per ordinador exclosa de patentabilitat per les disposicions dels articles 52(2) i (3) de la CPE.»

Però, lamentablement, aquesta confessió escrita el 2000, quan era imminent una conferència diplomàtica de l'OEP per canviar l'article 52 de la CPE, no va resultar prou clarivident, perquè la conferència no va canviar l'article (gràcies, entre altres, a campanyes com ara la d'Eurolinux).³³

7. Aventures i desventures d'una directiva a Brussel·les

Com que l'Oficina Europea de Patents estava actuant de manera contrària a la llei (però tampoc

³¹ Vegeu, com a exemple, la decisió del tribunal d'apel·lació de l'OEP sobre el cas Sohei T769/92: <http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t920769ep1.htm>

³² Vegeu, al web de la Trilateral (web conjunt de les oficines de patents europea, japonesa i nord-americana), el text de l'apèndix 6 (*Examination of «business method» applications*) del *Report on Concurrent Search Program using PCT Applications for Business Method-related Inventions* de la Trilateral. Accessible a l'adreça: <http://www.european-patent-office.org/tws/appendix6.pdf>

³³ Sobre la campanya d'Eurolinux, vegeu: <http://petition.eurolinux.org>

d'una manera consistent; també hi havia decisions més respectuoses amb la Convenció, era una jurisprudència força capriciosa) i els relativament pocs casos d'infracció de patents de programari en tribunals s'estaven resolent amb criteris diferents segons els estats i a vegades, fins i tot dins del mateix Estat, segons els tribunals, la Comissió Europea va creure oportú intervenir.

El 1997, la Comissió va llançar la idea d'una directiva sobre patents de programari.³⁴ A finals del 1999 va obrir una consulta pública en la qual convidava tothom a contestar unes quantes preguntes sobre la legislació desitjable.³⁵ Probablement, esperava que opinessin experts i intermediaris en patents, inclosos els dels departaments de patents de les multinacionals, però, vés per on, van participar força informàtics i al final va resultar que el 94 % de les respostes eren contràries a patentar programari. En l'anàlisi de les respostes,³⁶ es considera, però, que el 6 % era una «majoria econòmica» (que a més de poc democràtic és fals, com la iniciativa www.economic-majority.com mira de demostrar, perquè la majoria de riquesa i treball en informàtica rau en PIME i no en multinacionals). També havia encarregat un estudi d'impacte³⁷ a una consultora especialitzada en patents (i, per tant, amb certs interessos a ampliar patentabilitat). Malgrat intentar justificar les patents de programari, a les conclusions de l'estudi es troba que «cap extensió de la patentabilitat no podria pretendre basar-se en raonaments econòmics».

Hi havia, doncs, dues opcions:

- Política d'interès públic: fer cas als professionals del sector, als economistes, a la tradició jurídica i a part de les sentències judicials i fer una directiva que imposés una interpretació clara de la Convenció de Munic als estats de la UE, i/o buscar la manera que l'OEP fes cas a la seva pròpia convenció.
- Política de fets consumats: fer una directiva que legalitzés els criteris que aplicava l'OEP perquè els tribunals dels estats haguessin de convergir cap a la pràctica de l'OEP (i els tribunals de la Unió Europea ho asseguressin). Això eliminava la incertesa jurídica present per als posseïdors de patents de programari, però accentuava la inseguretats jurídica per als desenvolupadors i els usuaris de programari.

Els estudis i les consultes desaconsellaven la segona opció, i l'estructura de l'OEP, unida a la proximitat dels grups de pressió pro patents a àmbits de decisió a la UE, dificultava la primera. Per tant, la Direcció General de Mercat Interior de la Comissió va optar per una política de fets consumats encoberta per un discurs d'interès públic. El 20 de febrer de 2002 van presentar una directiva³⁸ que imposava criteris vagues i en la línia de l'Oficina Europea de Patents, amb resums i justificacions amb vista al públic contradictòries amb el contingut de la directiva.

³⁴ Vegeu un resum del Llibre Verd (*Green Paper*) de la Comissió Europea del 1997 sobre la patent comunitària i les patents de programari a: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26051.htm>

³⁵ Vegeu un recull i un estudi independent de les respostes a la consulta de la Comissió a: <http://swpat.ffii.org/vreji/papri/eukonsult00/>.

³⁶ Vegeu una anàlisi de les respostes encarregada a PbT Consultants per la Comissió a: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/softpatanalyse.htm. Una de les respostes ignorades per aquesta anàlisi (d'un dels autors d'aquest article) és accessible, en versió catalana i anglesa, a: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/ferran.pdf

³⁷ HART *et al.*, 2002. Un resum i les conclusions de l'estudi sobre l'impacte econòmic de la patentabilitat del programari accessibles a: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/studyintro.htm

³⁸ Vegeu la proposta de directiva de la Comissió al Parlament i el Consell de les Comunitats Europees a: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/com02-92en.pdf

Taula 1
Comparació de versions de la directiva

	Comissió	Parlament	Consell
Definició de tècnica	No	Sí	No
Definició d'indústria	No	Sí	No
Definició de contribució tècnica = invenció	No	Sí	No
Contribució tècnica inclou característiques no tècniques	Sí	No	Sí
Conceptes confusos sobre programes	Sí	Sí	Sí
Processament de dades és tècnica	Sí	No	Sí?
Crítica l'OEP	No	Sí	No
Llibertat de publicació	No	Sí	No
Llibertat d'interoperació	No	Sí	No
Monopolització d'ordinadors programats	Sí	Depèn	Sí
Monopolització de processos	Sí	Depèn	Sí
Monopolització de programes per si mateixos o en un suport	No	No	Sí
Requeriments s'apliquen a	Monopoli	Invenció	Monopoli
Patentabilitat depèn del	Problema?	Solució	Problema
Patentar efectes per comptes d'aportacions al coneixement tècnic	No?	Sí	Sí
Barreja de criteris (tecnicitat amb pas d'inventiva, etc.)	Sí	Sí	Sí
Revelació de codi font	No	Sí	No

Les explicacions que donava la Comissió eren, d'una banda, que les patents fomenten la innovació en general, sense particularitzar en quins camps això és veritat, i, de l'altra, que la directiva no permetia patentar programes d'ordinador «com a tal» ni mètodes de negoci, sinó que simplement aclaria i harmonitzava l'*statu quo* (sense precisar que el problema és que hi havia dos *statu quo*, el de la llei que prohibia patents de programari i el de l'OEP que en concedia, i l'*statu quo* que harmonitzava era justament el segon).

Els continguts de la directiva, en canvi, no definien conceptes centrals com ara *indústria*, *invenció* o *tècnica*, tot i que explicitava que el processament de dades era un camp de la tècnica,

per fer-lo patentable, i introduïen un concepte de *contribució tècnica* que no figurava anteriorment en la llei (però sí en la pràctica de l'OEP i la literatura legal). Allunyant-se de la *core theory* cap a l'enfocament holístic de l'OEP, admetien característiques no tècniques a la contribució tècnica. Barrejaven criteris (com ara el de tecnicitat amb pas d'inventiva) i es fixaven en si el problema era tècnic per comptes de fixar-se en si ho era la solució aportada (la societat no vol més problemes, sinó més solucions, i només les solucions tècniques necessiten patents com a incentiu). També introduïen incorreccions, com ara efectes físics entre un programa i un ordinador.

Fins i tot el títol de la directiva era enganyós. La directiva era «sobre la patentabilitat d'invençions im-

plementades en ordinador».³⁹ La propaganda deia que això es referia a telèfons mòbils, rentadores, tomografia axial computada (escàners hospitalaris), etc. Naturalment, cap d'aquestes coses no són patentables sense més ni més perquè ja estan inventades, i totes poden incorporar novetats patentables, com, per exemple, una millor antena, un mecanisme per permetre la càrrega vertical o horitzontal de la rentadora, o un detector més sensible per disminuir la dosi de radiació necessària. I totes poden incorporar innovacions no tècniques com ara un diagrama d'ús més entenedor pintat vora els comandaments, un programa més fàcil de fer servir (com ara l'escriptura amb T9 als mòbils),⁴⁰ o una base de dades amb coneixement útil per a l'usuari. Les invencions no són, doncs, ni la rentadora ni el mòbil ni l'escàner, sinó allò que en cada cas s'aporti com a novetat a la societat, i aquestes aportacions poden ser tècniques o no. Si es permet patentar les aportacions no tècniques només perquè s'apliquen a dispositius tècnics convencionals, s'arriba a l'absurd de dir que un programa que suma els litres de benzina que es posen a un dipòsit és tècnic i es pot patentar, però si el que suma són els euros que s'ingressen en un compte bancari no ho és i no es pot patentar. Com se suposa que això ha de fer avançar la informàtica o la tècnica si el programa que fa totes dues coses és exactament el mateix, costa el mateix de desenvolupar i es pot aprofitar per a més d'una aplicació?

«Invenció implementada en ordinador» és una expressió desconeguda en la pràctica normal de la

informàtica, «inventada» per l'OEP aquest nou mil·lenni per anar buidant de contingut la Convenció de Munic. En un ordinador només s'hi pot implementar programari, i el programari no és cap invenció. Per tant, l'expressió «invenció implementada en ordinador» l'únic que fa és negar la CPE, i tot i això van aconseguir posar-la al títol d'una proposta de directiva.

Aquesta directiva havia de seguir el procediment de codecisó i, per tant, després que la Comissió la presentés havia d'opinar el Parlament Europeu; després, el Consell de Ministres i, si no es posaven d'acord, es preveia una segona i una tercera lectures. A més a més, calia una opinió del Consell Econòmic i Social Europeu (no vinculant). El Consell Econòmic i Social Europeu aplega representants socials d'organitzacions, sindicats, patronals, etc., i va emetre una opinió el setembre del 2002 que criticava l'intent de patentar programari i recomanava una reforma de l'OEP.⁴¹

La primera lectura d'aquesta directiva al Parlament Europeu va ser bastant llarga (dinou mesos). Els parlamentaris en van encarregar un estudi que va resultar crític,⁴² van convidar experts a audiències i conferències i van rebre l'opinió d'associacions de consumidors, professionals, empreses i acadèmics. Abans que la directiva arribés al Ple del Parlament en van opinar el Comitè Parlamentari de Cultura, Joventut, Educació, Mitjans de Comunicació i Esport,⁴³ el d'Indústria, Comerç Exterior, Recerca i Energia⁴⁴ i el d'Afers Legals i

³⁹ Vegeu comentaris sobre com n'és d'enganyós el terme *invenció implementada en ordinador* a: <http://www.ffii.org/~jmaebe/swpat/cii.html>

⁴⁰ Vegeu la patent EP0842463 sobre el sistema T9 per escriure amb una sola pulsació per lletra als mòbils gràcies a diccionaris incorporats, una patent de programari que difícilment afectarà el programari per a ordinadors «normals» de sobretaula, però igual de perjudicial, a: <http://v3.espacenet.com/textdoc?DB=EPODOC&IDX=EP0842463&F=0>

⁴¹ Vegeu l'opinió CES1031-2002 del Comitè Econòmic i Social de la Unió Europea en contra de la directiva de patentabilitat de programari a: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/c_061/c_06120030314en01540163.pdf

⁴² BAKELS i HUGENHOLTZ, 2002. Vegeu també alguns comentaris a aquest estudi a: <http://patents.caliu.info/dgiv.ca.html>

⁴³ Vegeu l'opinió del Comitè de Cultura, Joventut, Educació, Mitjans de Comunicació i Esport a: <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20030219/487019en.pdf>. I també un comentari interessant accessible a: <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/cult0212/>

⁴⁴ Vegeu l'opinió del Comitè d'Indústria, Comerç Exterior, Recerca i Energia a: <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20030317/490455en.pdf>. I també un comentari interessant accessible a: <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/itre0212/index.en.html>

Mercat Interior.⁴⁵ Els informes dels dos primers van ser força constructius i van mirar de tancar alguns dels forats pels quals es podien esmunyir patents de programari, malgrat la intenció declarada de la directiva. El Comitè d'Afers Legals i Mercat Interior va ser més partidari de la Comissió i va tendir a obrir encara més forats. El Ple del Parlament va aprovar finalment unes quaranta-cinc esmenes⁴⁶ (per a una directiva amb només onze articles i dinou considerants).

El Consell de Ministres va proposar un text radicalment partidari de les patents de programari que ignorava totes les esmenes significatives del Parlament Europeu.

Esmenar una directiva en plenari, amb 130 esmenes presentades i més de 600 eurodiputats, no és una feina fàcil, en especial partint d'un text tan contradictori i poc clar com el que havia proposat la Comissió, i el resultat va incloure certes contradiccions, però a grans trets el Parlament Europeu va mirar de girar la directiva per establir criteris que impedissin les patents de programari i de mètodes de negoci. No va canviar el títol de la directiva, però va aportar una definició d'*invenció implementada en ordinador* que evitava la interpretació més intuïtiva en contra de la CPE. També va definir *tècnica* i *indústria*, va fer *contribució tècnica* sinònim d'*invenció* i va negar que el processament de dades fos un camp de la tècnica.

Va criticar la pràctica de l'OEP, va mirar que els requeriments de patentabilitat s'apliquessin a la invenció i no pas a la reivindicació i que la solució aportada fos tècnica, no tan sols el problema. A més a més, va afegir algunes salvaguardes addicionals per garantir la llibertat de publicació d'informació (el propòsit del sistema de patents és fomentar la divulgació de coneixement tècnic; per tant, no s'ha d'utilitzar mai per prevenir la publicació, la creació o el processament d'informació en cap de les seves formes, inclosos els programes d'ordinador), va garantir la interoperabilitat (que les patents no poguessin evitar als consumidors triar programes alternatius per interactuar amb un cert sistema) i va obligar a revelar el codi font dels programes que intervinguessin en patents (per evitar que es patentés res que tingui a veure amb programes, ni que sigui com a accessori a una invenció, sense que el sol·licitant de la patent hagi ni tan sols escrit un programa com els que esmenta). Tanmateix, mantenia algunes incorreccions com ara parlar d'interaccions físiques entre programa i ordinador o donar a entendre que hi ha programes amb efectes tècnics (que serien patentables) i n'hi ha que no (quan, en realitat, els programes no tenen efectes tècnics i els efectes tècnics dels ordinadors que els executen i els perifèrics connectats poden ser perfectament coneguts encara que el programa sigui nou; per tant, no són un criteri útil per concedir patents).

El pas següent era la primera lectura al Consell de Ministres (que havia emès una primera posició prematura no oficial el novembre del 2002 per fer pressió). Les negociacions van tenir lloc en un grup de treball format per representants dels mi-

⁴⁵ Vegeu l'informe del Comitè d'Afers Legals i Mercat Interior a: <http://swpat.ffii.org/news/03/juri0617/juri030617.pdf>. I també un comentari a: <http://patents.calu.info/juri.html>

⁴⁶ Vegeu la versió de la directiva esmenada pel Ple del Parlament Europeu en primera lectura a: http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/pv2?PRG=CALDOC&FILE=20030924&LANGUE=EN&TPV=DEF&LASTCHAP=31&SDOCTA=2&TXTLST=2&Type_Doc=ANNEX&POS=1

nisteris pertinents dels estats membres i les seves oficines de patents i marques. Eren, per tant, gent del col·lectiu d'intermediaris de patents els qui decidien si mantenir o eixamplar les matèries legalment patentables. Les negociacions van transcórrer a porta tancada i el Consell es va negar a subministrar informació sobre el contingut de les propostes, al·legant que l'interès del públic a conèixer el que debatien era superat per l'interès que les negociacions diplomàtiques es fessin amb comoditat.⁴⁷ Finalment, es va proposar un text radicalment partidari de les patents de programari, que ignorava totes les esmenes significatives del Parlament Europeu, imposava els mateixos criteris laxos que havia proposat la Comissió i afegia alguns problemes nous (com ara les reivindicacions de programa).

Aquesta proposta es va votar en un Consell de Ministres de la UE de Competitivitat el maig del 2004.⁴⁸ En un primer moment no hi va haver prou estats que consideressin acceptable la proposta, però, després d'una pausa, la Comissió va proposar uns quants canvis d'última hora i, finalment, Alemanya i altres estats reticents van acceptar-ho. Dinamarca estava representada per un càrrec inferior a l'habitual en el moment de la votació, i la presidència irlandesa del Consell li va arrencar un sí en un diàleg lamentable. Els canvis introduïts sobre la marxa consistien bàsicament a repetir coses que ja estaven en la llei i que, per tant, no canvien pas res,⁴⁹ excepte potser un que podia tenir l'efecte de buidar de contingut l'article 52.2 de la CPE, perquè repetia que els programes d'ordinador com a tal no són patentables i, després, es referia al codi font o objecte d'un programa, com si les patents

que prohibeix la CPE fossin només aquelles que ningú no voldria demanar de totes maneres perquè per un programa en concret són més interessants els drets d'autor.

El Parlament neerlandès va queixar-se al seu representant per haver desinformat i desobeït el mandat del Parlament i li va exigir un canvi de posició. El Govern neerlandès es va excusar en un error d'un processador de textos. El Govern hongarès va esmentar un problema amb un terminal de fax per explicar que el seu representant no hagués seguit les instruccions del gabinet del primer ministre. El Govern polonès va explicar que ell no va opinar després d'haver-se abstenint, però el van comptar com a sí per comptes d'abstenció (les abstencions feien el mateix efecte que votar que no).

El cas és que d'aquesta reunió del maig del 2004 en va sortir un acord polític. Legalment, els acords polítics no «van a missa». Abans que la directiva surti del Consell cal adoptar una posició comuna. Això dona temps als Parlaments dels estats a reaccionar si no hi estan d'acord, i evita precipitacions quan, com en aquest cas, hi ha canvis anunciats a la mateixa reunió que ningú no ha pogut estudiar amb calma. Tot i això, el costum és que els acords polítics esdevinguin posicions comunes sense modificació.

En aquest cas, l'adopció de la posició comuna es va anar allargant i, el novembre del 2004, va entrar en vigor el tractat de Niça, que canviava el nombre de vots de cada Estat. Amb aquest nou esquema, comptant l'abstenció de Polònia que no

⁴⁷ Vegeu una denegació per part del Consell, l'abril del 2004, a accedir als documents més recents sobre la directiva a: <http://elis.ugent.be/~jmaebe/swpat/council20040423.html>

⁴⁸ Sobre les irregularitats de la reunió del maig del 2004 del Consell, vegeu: <http://swpat.ffii.org/letters/cons0406/repr/index.en.html>

⁴⁹ Sobre els canvis improvisats el maig del 2004 al Consell, vegeu: <http://patents.caliiu.info/nota20040518.html>

havien comptat, i les d'Itàlia, Bèlgica i Àustria amb el vot negatiu espanyol (aquests sí que els havien comptat bé al maig) ja no hi havia la majoria necessària per adoptar la posició comuna. Va estar a punt d'aprovar-se la posició comuna en dos consells de ministres d'Agricultura i Pesca sense tornar-la a votar, però Polònia va demanar dos ajornaments perquè volia tornar-ne a parlar. Els posicionaments de parlaments estatals en contra del text acordat el maig s'acumulaven. El *Bundestag* alemany i el Senat espanyol van aprovar unànimement mocions contràries al text, i els parlaments polonès, neerlandès i danès també s'hi van mostrar contraris. A més a més, els governs de Dinamarca, Xipre, Polònia, Països Baixos, Letònia, Hongria, França i Bèlgica van emetre declaracions unilaterals crítiques en diferent grau envers l'acord de maig. Finalment, el març del 2005 es va posar la directiva a l'ordre del dia d'un Consell de Ministres de Competitivitat, per aprovar-la sense tornar-la a votar. El president luxemburguès va anunciar que tres estats que figuraven com a favorables (Dinamarca, Polònia i Portugal) havien demanat tornar-ho a debatre i votar, però va rebutjar unilateralment aquesta petició, malgrat que els Països Baixos hi hauria donat suport. Encara no s'ha aclarit com ho va poder fer, perquè el reglament no permet que la presidència ho decideixi sola, i caldria imaginar una votació que no es va produir on els estats que no havien donat suport a l'acord s'haurien negat a tornar-lo a discutir. Tant si el reglament es va aplicar correctament com si no, el cas és que el maig el Consell va anunciar

que havia adoptat la posició comuna. En aquell moment, jutjant per les mocions dels parlaments estatals, les declaracions unilaterals dels estats, les peticions de rediscutir-ho i els vots en contra i les abstencions anteriors, no hi havia la majoria qualificada de vots necessària per adoptar la posició comuna, ni tan sols hi havia d'haver una majoria simple de vots o d'estats a favor.⁵⁰

El nou Parlament Europeu (elegit a l'estiu del 2004) va decidir no fixar-se en si l'adopció de la posició comuna havia estat legal, i va començar la segona lectura.⁵¹ Abans, havia demanat pràcticament per unanimitat que la Comissió tornés a remetre un nou text al Parlament i que el procés legislatiu tornés a començar.⁵² La Comissió no en va fer gens de cas.⁵³

El procés de codecisió definit als tractats de la UE marca que les segones lectures tenen un termini de tres mesos (les vacances d'estiu impedièien l'opció a prorroga per un mes).

Aquesta segona lectura al Parlament Europeu va estar caracteritzada per una campanya de propaganda política a favor de la versió del Consell. Les empreses partidàries de les patents de programari van enviar dotzenes d'influenciadors professionals al Parlament Europeu a parlar amb els eurodiputats, alguns d'ells advocats dels més cars. Van llogar edificis davant del Parlament per fer exposicions de propaganda, van noliejar un iot per portar una pancarta,⁵⁴ i fins i tot van regalar

⁵⁰ Més detalls i referències sobre les irregularitats de la reunió del Consell del maig del 2005 a: <http://www.softcatala.org/articles/article55.htm>

⁵¹ Sobre com el Comitè d'Afers Legals i Mercat Interior (JURI) del Parlament Europeu va fer la vista grossa en relació amb l'acord del Consell, vegeu: <http://www.zdnet.com.au/news/software/0,2000061733,39186729,00.htm>. I també: <http://www.heise.de/english/newsticker/news/58240>.

⁵² Sobre la petició per part del Parlament d'una nova remissió de la Directiva de patents de programari (el Comitè d'Afers Legals i Mercat Interior per dinou vots contra dos; la Conferència de Presidents, per unanimitat, i el Ple, per assentiment), vegeu: <http://wiki.ffii.org/Restart050202En>, <http://wiki.ffii.org/index.cgi?Restart050217En>, <http://wiki.ffii.org/Europar050224En> i <http://patents.calui.info/nota20050203.txt>

⁵³ Sobre el rebuig per part de la Comissió Europea de la petició del Parlament Europeu de refer la directiva, vegeu: <http://wiki.ffii.org/Com050228Ca>. I també: <http://wiki.ffii.org/Com050228En>

⁵⁴ Sobre la «batalla naval de les patents», vegeu: <http://calui.info/?p=379>

gelats als eurodiputats que votessin a favor del Consell (per distreure l'atenció d'una conferència simultània contrària a les patents de programari). Aquestes empreses eren majoritàriament d'electrònica, les quals, després d'haver comprovat que innovar en programari és més barat que innovar en maquinari, no van voler renunciar a les patents de què gaudien quan innovaven en maquinari, i van fer els possibles per poder estalviar en innovació i alhora estalviar-se la competència (Phillips, Nokia, Ericsson, HP, etc.). Però també hi havia algunes empreses de programari que volien defensar les seves posicions dominants (com ara Microsoft o SAP), i algunes altres en què el departament de patents mirava d'expandir al màxim possible el seu reialme. Però no van ser les úniques a fer pressió a favor de les patents de programari. S'hi van afegir actes de propaganda de la mateixa Oficina de la Patent Europea,⁵⁵ que hom podia esperar que es limités a seguir el que decidissin els legisladors electes com a bona administració pública, però que va optar per intentar obtenir la legalització de la seva pràctica. Fins i tot el grup de treball del Consell, amb els seus representants d'oficines de patents dels estats, es va reunir amb la Comissió i el ponent del Parlament per deixar clar que no acceptarien pràcticament cap esmena que impedís patentar programari quan la directiva sortís del Parlament.⁵⁶ I també hi ha hagut comentaris sobre el conflicte d'interessos d'alguns eurodiputats, com ara Klaus-Heiner Lehne, soci i treballador d'una empresa alemanya de consultoria legal que treballa amb patents i que té Microsoft com a client.⁵⁷ L'eurodiputat alemany era el coordinador del Partit Po-

pular Europeu (PPE) al Comitè d'Afers Legals i Política Interior, i va aconseguir atreure la majoria de membres al seu bàndol per obtenir un informe favorable a les patents de programari, malgrat que la responsable del PPE per a la directiva, l'eurodiputada finlandesa Piiia Nora Kauppi, i el ponent del Parlament Europeu per a la directiva, el socialista francès Michel Rocard, eren clarament contraris a patentar programari.

La campanya a favor de les patents de programari es va caracteritzar per inundar el parlament amb desinformació, no solament sobre les conseqüències de les esmenes (seguien la línia de la Comissió i el Consell dient que no volien patents de programari però proposant criteris que les permetien), sinó fins i tot sobre els interessos involucrats. Per exemple, van portar PIME al Parlament Europeu que no eren representatives de les PIME afectades, o bé perquè les seves patents eren de camps que continuarien sent patentables sota qualsevol de les versions, o bé perquè eren empreses propietat de multinacionals o la direcció hi tenia relació. Organitzacions de drets civils com ara LobbyControl o Corporate Europe i que no estan particularment involucrades ni a favor ni en contra de les patents de programari han denunciat la campanya de propaganda enganyosa d'aquestes multinacionals.⁵⁸

El cas és que, malgrat el soroll que van patir els eurodiputats aquests tres mesos, els perjudicats per les patents de programari també van procurar fer-se sentir, amb menys mitjans i menys experiència però amb més honestat i millors ar-

⁵⁵ Sobre les accions de propaganda de l'OEP al Parlament Europeu, vegeu: <http://wiki.ffii.org/EpoEp050310En>

⁵⁶ Sobre les pressions del Consell al Parlament durant la segona lectura, vegeu: <http://wiki.ffii.org/Trilog050606En>

⁵⁷ Sobre les informacions aparegudes a la primera pàgina del *Wall Street Journal Europe* del 5 de juliol de 2005 referents als conflictes d'interès de Lehne i altres eurodiputats, vegeu: <http://wiki.ffii.org/WsjLehne050705En>

⁵⁸ Vegeu algunes opinions sobre les campanyes a favor de les patents de programari a: <http://www.corporateeurope.org/lobbycracy/prc4c.html>, <http://www.corporateeurope.org/lobbycracy/C4Cbackground2.html>, <http://wiki.ffii.org/CampaignForCreativityEn> i <http://wiki.ffii.org/SwpateictaEn>

guments. Després del vot al Comitè d'Affers Legals del Parlament Europeu el 20 de juny de 2005, que va aprovar esmenes que canviaven poc respecte a la versió del Consell,⁵⁹ no quedaven ni tres setmanes fins al vot al Ple del Parlament, que fou el 6 de juliol de 2005. Les posicions estaven molt igualades, però, a mesura que el bloc inicialment més favorable a les patents de programari (populars i lliberals) anava rebent informació dels afectats directament per la directiva, anaven creixent els dubtes sobre la coherència i l'exactitud de la propaganda pro patents i s'anava debilitant el suport de les posicions més favorables a les patents de programari. Fins a sis iniciatives paral·leles, tant de grups parlamentaris com d'altres agrupacions puntuals d'europarlamentaris van presentar les mateixes vint-i-una esmenes de compromís,⁶⁰ que van anar aplegant suport. Les esmenes haurien tapat la majoria dels forats que permetien patentar programari si s'haguessin aprovat totes, però no quedava clar si seria possible assegurar que s'aprovessin totes exactament i que totes les esmenes perjudicials fossin rebutjades.

Al final, el resultat de la incertesa de tots dos bàndols sobre si podrien imposar els seus criteris o si al final quedarien algunes esmenes en un sentit i algunes en l'altre va fer decantar tots dos bàndols per rebutjar la directiva i, d'aquesta manera, evitar mals majors. Per als detractors de les patents de programari això era més acceptable perquè la llei actual ja les prohibeix; als partidaris, segurament no els va quedar més remei que evitar arriscar-se a un nou triomf de la llibertat d'innovació al

Parlament Europeu. En el debat al Ple, molts eurodiputats i eurodiputades amb una «còlera col·lectiva, unànime» es van queixar de la manera com la Comissió i el Consell havien menystingut el Parlament Europeu durant la tramitació de la directiva.⁶¹ D'aquesta manera, es va rebutjar una directiva al Parlament Europeu en segona lectura, per primera vegada a la història (pel 89 % dels escons i el 95 % dels vots emesos).

El Parlament hauria pogut intentar aprovar les vint-i-una esmenes, i segurament se n'hauria sortit (malgrat que les absències i les abstencions comptaven a favor del Consell i, per tant, els detractors de les patents de programari necessitaven més majoria que els partidaris). Però igualment, el Consell i la Comissió l'haurien pogut menystenir novament en la tramitació posterior de la directiva. El fet de rebutjar la directiva en segona lectura en comptes de fer-ho en la tercera lectura (on tenia la seva darrera oportunitat) es pot interpretar, d'una banda, com una ferma decisió d'una majoria oposada a les patents de programari a no permetre que sortís del Parlament una directiva amb forats que permetessin patentar programari i, posteriorment, el Consell l'acceptés sense arribar a tercera lectura i, d'altra banda, en una reafirmació institucional que mira d'assegurar a les altres institucions que el Parlament farà servir el seu dret a veto quan s'ignori flagrantment la seva posició, per mirar que en el futur el Consell i la Comissió s'ho pensin dues vegades abans de fer del procés de codecisió un procés de confrontació.

⁵⁹ Sobre la votació en segona lectura al Comitè d'Affers Legals i Política Interior (JURI), vegeu: <http://caliu.info/?p=374>

⁶⁰ Sobre les esmenes de compromís presentades al Ple en segona lectura, vegeu: http://swpat.ffii.org/papers/euoparl0309/amends05/plen0507/am_text.pdf (les vint-i-una esmenes de consens), <http://wiki.ffii.org/Plen05En> (altres esmenes) i http://sourceforge.net/mailarchive/message.php?msg_id=12242845 (l'opinió de Caliu).

⁶¹ Vegeu el debat i la votació de la directiva al Ple del Parlament Europeu els dies 5 i 6 de juliol de 2005 a: <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=ES&PUBREF=-//EP//TEXT+CRE+20050705+ITEMS+DOC+XML+V0//ES&LEVEL=3&NAV=X#creitem6> (el dia 5 de juliol, vigília de la votació) i <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=ES&PUBREF=-//EP//TEXT+CRE+20050706+ITEM-007+DOC+XML+V0//ES&LEVEL=3&NAV=X> (el dia 6, just abans de la votació i després).

Molts dels passos del viacrucis d'aquesta directiva no tenen precedent a la història de la UE. Potser mai abans no s'havien ignorat tan pregonament com en aquest cas les consultes i els estudis previs a la redacció d'una directiva, però segur que mai abans no s'havien adoptat posicions comunes al Consell sense majoria i sense seguir el reglament clarament, ni el Parlament no havia demanat el reinici del procés legislatiu unànimement després de l'acord polític del Consell, ni la Comissió no havia ignorat la petició d'aquesta manera, ni el Parlament no havia rebutjat una directiva en segona lectura. En tots els casos, els conflictes van sortir d'una inèrcia per legislar en contra de l'interès públic, motivada per la confiança en una certa apatia pública tradicional vers el que fa Brussel·les, oposada a un fenomen relativament nou a la UE d'oposició popular suficientment argumentat i vehiculat per assolir objectius polítics sense el suport de grans grups econòmics o mediàtics.

8. Conclusions i situació actual

Després del rebuig per part del Parlament Europeu de la directiva, es corre el perill de perllongar una situació d'incertesa. L'Oficina Europea de Patents (OEP) ha concedit, des de l'any 1986, prop de 30.000 patents de programari, malgrat la llei que ho continua prohibint.

Els partidaris de les patents de programari han anunciat que en continuaran sol·licitant, i l'OEP ha anunciat que continuarà concedint patents per «invencions implementades per ordinador» com

abans. És a dir, es dona de nou una situació en la qual es poden reproduir les pràctiques il·lícites que l'OEP ha dut a terme fins ara.

La directiva rebutjada pel Parlament, tant si la redacció final hagués desautoritzat els malabarismes interpretatius de l'OEP com si els hagués imposat, no hauria obligat a res l'OEP, perquè l'OEP no pertany a la UE (malgrat algunes esmenes que intentaven obligar els estats a controlar-la), però sí que podria haver aconseguit que els tribunals de la UE i els estats invalidessin consistentment les patents de programari que anessin a judici, cosa que faria menys perillosa la concessió per l'OEP i reduiria la demanda i l'especulació en patents de programari.

La bona notícia és que la llei actual no tan sols ja permet invalidar-les en judicis, sinó que, a més a més, aquesta és la interpretació més assenyada, amb el suport de juristes, diverses sentències judicials⁶² i la mateixa actitud dels qui volen patents de programari. És precisament perquè la llei actual no permet patentar programari que han intentat dues vegades canviar-la (i han fracassat). El mateix fet que tinguessin necessitat de canviar la llei per legalitzar l'actitud de l'OEP justifica que l'actitud és il·lícita amb la llei actual.

Veient com han evolucionat els posicionaments de l'EICTA (una altra organització defensora de les patents de programari) que ha passat d'anunciar una hecatombe de l'economia europea si es rebutjava la directiva de patents⁶³ a dir que el rebuig és bo,⁶⁴ queda clar que, davant d'aquest segon fracàs le-

⁶² Vegeu referències de sentències a: <http://swpat.ffii.org/stidi/korcu/index.en.html>. Fins i tot els tribunals britànics, tradicionalment molt laxos pel que fa a les patents de programari, comencen a reaccionar: <http://wiki.ffii.org/Cpfh0507En>. Vegeu també: <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/exeg/>

⁶³ Propaganda pro patents abans del rebuig de la directiva dient que la directiva era necessària a: <http://www.iam-magazine.com/articles/CRAIG%20OPPERMAN%20ISSUE%209.pdf>. Resposta d'EICTA a la Comissió abans que es presentés la directiva on no tan sols justifica que és necessària, sinó que també explica que el que vol són patents de programari, a: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/eicta.pdf. Posició d'EICTA l'abril del 2005 ressaltant la necessitat de la directiva [«Sense protecció consistent, les PIME europees són presa

gislatiu dels partidaris de les patents de programari, ara intenten una escapatòria mediàtica. Es tracta, d'una banda, de crear por, incertesa i dubte (FUD) sobre la legislació actual (per inflar el valor de les seves carteres de patents de programari i que es percebi com a superior al paper mullat) i, de l'altra banda, de desacreditar els opositors a les patents de programari (per facilitar sentències o futura legislació). S'han presentat alguns estudis, finançats principalment per la mateixa Microsoft, defensants les patents de programari; en alguns d'aquests estudis s'arriba a anomenar «antiamericans» o «anticapitalistes» els defensors de la no-patentabilitat del programari.⁶⁵ El primer (des)qualificatiu demostra el grau de surrealisme al qual han arribat els defensors de les patents de programari, mancats de cap argument sòlid al seu favor. Del segon només cal dir que la majoria de les empreses de tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) han expressat la seva opinió contrària a les patents de programari.⁶⁶

És fa difícil pensar que, després de la quantitat enorme de diners que han rebut per part de diferents multinacionals partidàries de les patents de programari, es donin per vençuts. És per això que el problema és lluny de resoldre's. De moment s'ha aturat un parell d'investides, força greus, que haurien comportat la legalització de les patents de programari, un autèntic desastre per al

sector de les empreses europees de noves tecnologies. Però cal emprendre accions més decidides. Lluny de considerar aquest rebuig com una victòria definitiva, els diferents grups de pressió que han actuat contra aquesta directiva han decidit continuar endavant i resoldre la confusió creada per la pràctica irregular de l'OEP. S'han proposat dues mesures:

- La creació d'un organisme, dependent de les institucions europees, que reguli i controli d'una manera efectiva les activitats de l'OEP. Per tal d'evitar que torni a caure en pràctiques com a mínim «alegals», com ara la concessió de patents no vàlides d'acord amb la legislació actual. El reguitzell de queixes i el poc control democràtic sobre l'OEP així ho aconsellen.
- La preparació de nova legislació, que d'una manera encara més clara i definitiva delimiti clarament que el programari no pot ésser patentat i que rebutgi les interpretacions esbiaixades de l'OEP.

Fins i tot, a més llarg termini, seria útil continuar el debat sobre eventuales reformes més ambicioses del sistema de patents que evitin el desequilibri d'incentius actual.⁶⁷ Això sense comptar les tasques de sensibilització, divulgació i vigilància de les pràctiques i la legislació en preparació, que continuen sent necessàries.

d'empreses que copien deslleialment, o fan plagis, d'invençions europees. (...) La directiva assegurarà la posició d'Europa com un innovador global, tot i consolidant llocs de treball, i estimulant la transferència de tecnologia i el compartir coneixement-], a: <http://www.eicta.org/press.asp?level0=1&level1=6&level2=24&year=2005&docid=367>.

⁶⁴ El juliol del 2005, EICTA declara que el rebuig de la directiva és «assenyat». «Aquesta decisió assegurarà que totes les empreses d'alta tecnologia a Europa continuïn gaudint d'un alt nivell de protecció per patents». Vegeu: http://w3.cantos.com/05/eicta-504-yt3yd/documents/press_release_060705_english.pdf i http://europa.eu.int/comm/research/headlines/news/article_05_07_20_en.html.

⁶⁵ Una mica de recerca sobre els autors d'articles favorables a les patents de programari descobreix d'on vénen els prejudicis, a: <http://wiki.ffii.org/CampVald05En>. Vegeu també com el comissari de Mercat Interior i Serveis, l'irlandès Charlie McCreevy, fa un exercici de dispersió en relacionar la directiva, que no té arguments per defensar, amb qualsevol altra cosa a l'abast: <http://www.eupolitiX.com/EN/News/200507/5d049d10-690a-4977-b116-4295c1a42937.htm>.

⁶⁶ Sobre l'actitud contrària a les patents de programari de diferents associacions de PIME, vegeu: <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/ceapme0309>, <http://www.eubusiness.com/press/ueapme.2005-02-08> i <http://www.economicmajority.com>.

⁶⁷ Vegeu una discussió oberta sobre possibles reformes del sistema de patents per buscar un millor equilibri d'interessos a: <http://wiki.ffii.org/PatexamReformEn>.

Els grups pro patents podrien començar a dur les seves propostes als diferents parlaments nacionals o provar d'introduir-les en tractats internacionals, buscant el propi benefici per sobre del benefici del conjunt de la societat, si la societat no els ho impedeix. Es tracta, doncs, d'un moment d'*impasse*; s'ha assolit una altra victòria en-

front dels partidaris de la patentabilitat del programari, però no és pas definitiva. Els ara victoriosos han d'estar amatents per defensar el desenvolupament de programari a Europa, ja que, tal com manifesten els mateixos partidaris de la patentabilitat, ja estan preparant el seu pròxim moviment.⁶⁸

Referències

- BAKELS, R. i B. HUGENHOLTZ. *The patentability of computer programs. Discussion of European-level legislation in the fields of patents for software*. Luxemburg: Parlament Europeu. 2002. Accessible a: <http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/juri/20020619/SoftwarePatent.pub.pdf>.
- BESSEN, J. i R. M. HUNT. «An Empirical Look at Software Patents». *Federal Reserve Bank of Philadelphia Working Paper*, núm. 03-17/R. Disponible a: <http://researchoninnovation.org/online.htm#sw>
- EUROPEAN PATENT OFFICE (EPO). *Europäisches Patentübereinkommen – European Patent Convention – Convention sur le Brevet Européen*. Munich: EPO, 2002. La versió més actualitzada accessible, en format HTML, a: <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/>.
- GALLI, R. *El informe NERA analizado*, setembre del 2003. Disponible a: <http://mmn.uib.es/~gallir/critica.pdf>. Versió HTML a: <http://bulma.net/body.phtml?nldNoticia=1861>.
- HART, R., P. HOLMES i J. REID. *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs. Report to the European Commission*. Londres: Intellectual Property Institute, 2001. Disponible a: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/study.pdf.
- KRYSZTOV, R. *et al.* «Petition to the European Parliament on the Proposal for a Directive on the Patentability of Computer-implemented inventions». *Upgrade. The European Journal for the Informatics Professional*, vol. 4, núm. 3 (2003), p. 24-26. Accessible a: <http://www.upgrade-cepis.org/issues/2003/3/up4-3Petition.pdf>.
- MAS, O.; L. PALOMO; R. CARRERAS; E. FABRA i F. GENOVÉ. «El programari lliure a debat: El programari lliure, l'últim tren de l'emancipació tecnològica». *Coneixement i Societat*, 5 (2004), p. 36-59. Accessible a: http://www10.gencat.net/dursi/generados/catala/departament/recurs/doc/cis05_mas.pdf. Versió anglesa («Free software under debate: Free software, the last opportunity for technological emancipation») accessible a: http://www10.gencat.net/dursi/generados/angles/departament/recurs/doc/cis_05_uk_mas.pdf.
- WHEELER, D. A. *The Most Important Software Innovations*. Web de l'autor, 2003. Disponible a: <http://www.dwheeler.com/innovation/innovation.html>
-

⁶⁸ Vegeu la tergiversació, el dia mateix de la votació del Ple del Parlament Europeu, del sentit del resultat, publicat al *blog* de «*Campaign for Creativity*»: <http://europeansoftwarepatents.blogspot.com/>. Especialment absurda resulta la frase «*And as a result were clearly not going to support the Rocard/Green vision of a patent-free Europe. At that point the momentum for rejection of the Directive began to grow*». Si les esmenes que temia l'autor no haguessin tingut suport, per què havia de buscar el rebuig? Doncs perquè sí que en tenien, és clar, i es va veure forçat a una «retirada tàctica».