

Comentarios de CCBE sobre el informe IMCO / JURI sobre la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales

23/02/2017

El Consejo de la Abogacía Europea, CCBE, representa a las Abogacías de 32 países (incluidos los 28 Estados miembros de la UE, Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza) y 13 países asociados u observadores, y a través de ellos, a más de un millón de abogados.

CCBE acoge con satisfacción el proyecto de informe presentado por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva sobre determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales (COM (2015) 634) .

Habida cuenta de su posición adoptada en marzo de 2016, relativa a las normas contractuales para las compras en línea de bienes y contenidos digitales (COM (2015) 634 y 635)¹, el CCBE desea presentar las siguientes observaciones en relación con el proyecto de informe:

1. La inserción de "servicios digitales" en el art. 1 y en el art. 2 párrafo 1a (definición)² y, entre otros, en el considerando 11³ regulado como una nueva piedra angular, junto a la oferta de "contenidos digitales", parece ser muy adecuado para proteger mejor los intereses del consumidor en un mercado

¹ Posición de CCBE relativa a las normas contractuales para la compra en línea de bienes y contenidos digitales, marzo de 2016.

² "Servicios digitales" significa a) un servicio que permite la creación, procesamiento o almacenamiento de datos en formato digital, cuando dichos datos son descargados o creados por el consumidor, y b) un servicio que permite compartir cualquier otra interacción con datos en formato digital descargados o creados por el consumidor y / o por otros usuarios del servicio ".

³ "[...] Con el fin de garantizar la coherencia con el acervo, la noción de contenido digital debería coincidir con la utilizada en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y debería abarcar, por ejemplo, el vídeo, el audio, aplicaciones, juegos digitales y otros programas informáticos. Con el fin de atender a los rápidos avances tecnológicos y hacer que esta Directiva sea a prueba del futuro, la presente Directiva debería abarcar también los servicios digitales que permitan la creación, tratamiento o almacenamiento de datos, por ejemplo, almacenamiento en nube o servicios de alojamiento de ficheros [...]. "

en rápido crecimiento y sobretodo, en los problemas relacionados con el almacenamiento en la nube y el alojamiento de archivos. Lo mismo sucede con la inclusión de los «contratos de doble finalidad» (considerando 7 a) en el ámbito de aplicación de la Directiva. Ambas enmiendas aumentarán ciertamente el nivel de protección de los consumidores (artículo 114.3 TFUE)⁴.

2. Los problemas que se han planteado en relación con la aplicabilidad de la Directiva 2015/634/UE en los casos en que el "proveedor" ha suministrado contenidos digitales "integrados" en hardware (CD / DVD)⁵ se toman mejor en consideración sobre la base de la enmienda 34 (Artículo 3a)⁶, ya que el nuevo texto propuesto en el presente proyecto de informe ofrece más seguridad jurídica que la propuesta de la Comisión.

3. El nuevo texto del art. 3. 4⁷ causa muchos problemas y no cumple los requisitos de una protección adecuada y efectiva de los consumidores en aquellos casos en los que el consumidor proporciona datos personales en relación con la ejecución de un contrato.

3.1. Es de suma importancia, en vista de las exigencias de la protección de los consumidores, que el suministro de datos personales sea calificado como "contraprestación" y que sea equivalente al pago de un precio, según lo dispuesto en el art. 3.1 de la propuesta.⁸ Es bien sabido que el suministro de datos personales por parte de los consumidores es la espina dorsal de muchas empresas que se están expandiendo rápidamente como los nuevos gigantes del capitalismo en Internet. Sin embargo, los consumidores proporcionan sus datos personales sin ninguna remuneración adecuada. Este desequilibrio se tiene en cuenta en el art. 3.1 de la

⁴ Si bien la delegación del Reino Unido acoge favorablemente el reconocimiento de la necesidad de tener en cuenta que, en particular con los comerciantes individuales y las PYMEs, el concepto de consumidor no siempre es claro, por lo que se sugiere que una manera menos complicada de hacerlo sería simplemente cambiar la definición de consumidor, tanto en la propuesta como en la Directiva de derechos del Consumidor, en lugar de considerar un nuevo tipo de contrato. Además, podría lograrse una definición más coherente de "consumidor", modificándola de la siguiente manera: "quien actúe total o principalmente para fines ajenos a su actividad profesional, artesanal o profesional". El considerando 7a también sugiere que una persona siempre será tratada como un consumidor al negociar parcialmente para su comercio; esto es inadecuado porque permitiría que las transacciones ingresadas como parte de su negocio estén sujetas a las reglas del consumidor.

La delegación austríaca no apoya la inclusión de "contratos de doble finalidad" porque el ámbito de aplicación de la Directiva debe limitarse estrictamente a los contratos B2C. Por otra parte, la redacción propuesta es demasiado vaga, indudablemente conduciría a numerosas disputas sobre su alcance y, por lo tanto, conduciría a incertidumbres jurídicas.

⁵ 5 Art. 2.2 a) del Informe preliminar establece como definición: " *contenido digital incorporado o servicio digital* ", significa el contenido digital preinstalado que funciona como parte integrante de los productos y no puede ser fácilmente desinstalado por el consumidor o que es necesario para la conformidad del bien con el contrato.

⁶ La presente Directiva se aplicará a las mercancías en las que esté incorporado el contenido digital, a menos que el proveedor demuestre que la falta de conformidad reside en el hardware.

⁷ La presente Directiva no se aplicará cuando los datos personales u otros datos proporcionados por el consumidor sean utilizados exclusivamente por el proveedor para suministrar el contenido o servicio digital.

⁸ La presente Directiva se aplicará a todo contrato en el que el proveedor suministre contenidos digitales al consumidor o se comprometa a hacerlo y, a cambio, se pagará un precio o el consumidor proporcione activamente contraprestaciones distintas del dinero en forma de datos personales o cualquier otro dato.

propuesta de Directiva 2015/634 (así como en el artículo 3, apartado 1, en su forma enmendada en el presente Informe provisional⁹), cuando se dispone que el suministro de datos personales a cambio de contenidos digitales o servicios digitales se incluirá en el ámbito de aplicación Directiva 2015/634.

3.2. La interrelación jurídica entre la propuesta de Directiva 2015/634 y el Reglamento General de Protección de Datos (UE) nº 2016/679 (GDPR) se configura, en términos generales, de manera que el Reglamento regirá todas las cuestiones jurídicas y contractuales relativas al suministro de datos personales que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Esto también se refleja en el art. 3. 8 del proyecto de informe en el que se indica que esta "*Directiva no afecta a la protección de los datos personales prevista en la Directiva 95/46/CE y en el Reglamento 2016/679 (UE)*".

3.2.1. Al decir esto, hay que tener en cuenta que el art. 6.1b¹⁰ de dicho Reglamento no cumple adecuadamente las exigencias de la protección de los consumidores, ya que el suministro de datos personales no depende del consentimiento expreso del consumidor (artículo 7 del Reglamento 2016/679) que puede ser retirado en cualquier momento si el consumidor lo considera conveniente.

3.2.2. Por el contrario, el art. 6 Par. 1b) de dicho Reglamento establece que el tratamiento de datos personales facilitados por un consumidor se considerará "lícito", siempre que el tratamiento de estos datos personales sea "*necesario para la ejecución de un contrato del que sea titular la persona afectada*". Esto implica que, debido a la superioridad del Reglamento 2016/679 con respecto a la Directiva 2015/634, que el art. 6 Par. 1b) del presente Reglamento no exija el consentimiento explícito del consumidor para el tratamiento de los datos personales facilitados, regirá casi en todos los contratos a los que el consumidor ha suministrado sus datos personales en vista de la "ejecución de un contrato". La mera existencia de dicho "contrato", califica el tratamiento de los datos personales facilitados conforme al art. 6.1b del Reglamento 2016/679 como "legales".

3.2.3. A este respecto, no importa si dicho contrato prevé uno o incluso muchas "finalidades", respecto de las cuales se considera que el tratamiento de los datos personales proporcionados por el consumidor es "necesario" de conformidad con el art. 6.1b. En la medida en que se haya celebrado dicho contrato y el proveedor especifique los "fines" respectivos (en todos los casos dentro de las condiciones establecidas) respecto de los cuales se considera que el tratamiento de datos personales es "necesario" para el debido cumplimiento de dicho contrato, no se aplicará el régimen de protección del

⁹La presente Directiva se aplicará a todo contrato cuando el proveedor suministre o se comprometa a suministrar al consumidor un contenido digital o un servicio digital a cambio del pago de un precio y / o datos personales u otros datos proporcionados por el consumidor o recogidos por el proveedor o un tercero en interés del proveedor.

¹⁰ El tratamiento sólo será lícito en la medida en que se aplique como mínimo uno de los siguientes requisitos: a) la persona afectada haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o más fines específicos; b) que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato al que el interesado sea parte [...].

consumidor con arreglo a las disposiciones de la Directiva 2015/634. La protección del consumidor recae entonces en las disposiciones de protección de datos establecidas en el Reglamento 2016/679.

3.2.4. Se trata, en términos bastante estrictos, de la posición adoptada por el proyecto de informe en la enmienda del art. 3. 4¹¹. Sin embargo, se ponen de manifiesto algunas cuestiones prácticas sobre si la versión modificada del art. 3. 4 está mejor concebida para satisfacer las necesidades legítimas de la protección de los consumidores, en caso de que el consumidor haya suministrado sus datos personales "gratuitamente" en contraprestación a un contrato, que la versión prevista en la propuesta de Directiva 2015/634¹². Mientras que el proyecto de informe exige que los datos personales facilitados "se utilicen exclusivamente" para suministrar el contenido digital; la propuesta de la Comisión para la Directiva 2015/634 aborda esta cuestión con las palabras "estrictamente necesario para la ejecución del contrato".

3.2.5 La falta de protección adecuada del consumidor en estos casos se hace evidente si tomamos el ejemplo de un contrato a largo plazo en relación con el cual el consumidor ha suministrado sus datos personales como contraprestación de un contrato que ofrece ciertos "servicios" gratis. Tomemos como ejemplo el "contrato" ofrecido por Facebook. Esta empresa ofrece una gran variedad de "servicios" dentro del ámbito de un contrato único, todos ellos diseñados en beneficio del consumidor. Incluso nuevos "servicios" pueden ser ofrecidos por Facebook al consumidor como parte contratante durante el curso de dicho contrato. El debido desempeño de cualquiera de estos "servicios" entonces estará cubierto por el art. 3.4 en su forma enmendada en este Borrador de Informe, ya que todos estos "servicios" ("propósitos") serán "utilizados exclusivamente por el proveedor para suministrar los contenidos o servicios digitales". Por lo tanto, los requisitos de protección del consumidor se limitarán a las normas de protección de datos del Reglamento 2016/679, incluido el art. 6.1b, sin necesidad de un consentimiento explícito del consumidor para utilizar los datos personales suministrados por el consumidor.

3.3. CCBE considera que la enmienda del art. 3.4 en el proyecto de informe y su limitación va demasiado lejos (véase la exposición explicativa del proyecto de informe). Las necesidades de una protección adecuada del consumidor son mejor atendidas por la versión, algo más estricta, propuesta por la Comisión, según la cual la Directiva 2015/634 será aplicable al consumidor que proporcione sus datos personales como contraprestación, a menos que el tratamiento de dichos datos sea "*Estrictamente necesario para la ejecución de un contrato*".

3.4. Sin embargo, aparte de este argumento, CCBE considera que las necesidades de una protección adecuada del consumidor exigen que la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas

¹¹ Véase la nota de pie de página nº 4. A este respecto, también debe tenerse en cuenta la versión modificada del art. 3.8 (supra 3.2).

¹² La presente Directiva no se aplicará a los contenidos digitales proporcionados contra las contraprestaciones distintas del dinero, en la medida en que el proveedor solicite al consumidor que proporcione datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato.

abusivas en los contratos con los consumidores se amplíe a las necesidades de la digitalización. Al referirse al "contrato" ofrecido por Facebook (3.2.5 supra) como ejemplo, parece obligatorio insertar una nueva cláusula en el sentido de que cada nuevo - "servicio" ("propósito"), dentro del ámbito de un "contrato" en relación con el cual el consumidor deba suministrar sus datos personales, requiera un consentimiento contractual separado. En otras palabras: los contratos a largo plazo, que abarquen más de uno o incluso una variedad de tales "servicios", no pueden ser "creados" en virtud de condiciones contractuales estándar.

4. CCBE acuerda que la versión modificada del art. 5.2 del Proyecto de Informe está mejor diseñada¹³ para satisfacer las necesidades prácticas, ya que el suministro de contenidos digitales o servicios digitales deberá efectuarse "sin una demora exagerada, a más tardar 30 días después de la celebración del contrato". Sobre la base de este texto, el consumidor está en una posición mucho mejor para evaluar si hay un retraso del proveedor y el proveedor tiene tiempo suficiente para elaborar dicho suministro.

5. La enmienda del art. 4a¹⁴ del proyecto de informe no parece, en todos los aspectos, un paso en la dirección correcta.

5.1. En primer lugar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, podría parecer problemático el hecho de plantear las consecuencias jurídicas de la violación de las normas de un Reglamento dentro del ámbito de aplicación de una Directiva (subordinada). En segundo lugar, mientras el art. 6.1b del Reglamento 2016/679 sostenga que el tratamiento de datos personales es "lícito" en la medida en que se considere que dicho tratamiento es "necesario para la ejecución de un contrato", no hay cabida suficiente para que los términos del contrato violen el régimen de Reglamento 2016/679.

5.2. Por lo tanto, el enfoque más sólido parece ser, según lo propuesto anteriormente, que se modifique el ámbito de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores sobre la base de una lista negra a la vista de los riesgos inminentes de la digitalización, siendo en detrimento de la libertad de elección de los consumidores en general. Por ahora, hay una amplia evidencia de que existe un alto riesgo de manipulación de la libre voluntad del consumidor debido a la creciente influencia de los algoritmos de los equipos de procesamiento de los datos personales de los consumidores, siendo manipulada por el interés comercial dominante de los proveedores y/o sus clientes. Estos riesgos tienen que ser combatidos por la aplicación de la ley en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE, puesto que el Reglamento 2016/679 no ofrece una adecuada protección a dichas cláusulas abusivas.

¹³ El texto de la Comisión es: "El proveedor deberá proporcionar el contenido digital inmediatamente después de la celebración del contrato, salvo que las partes hayan acordado otra cosa-[...]".

¹⁴ Art. 4a del Proyecto de Informe dice lo siguiente: "Un contrato que se refiere al tratamiento de datos personales proporcionados por el consumidor al proveedor o recogidos por el proveedor o un tercero en interés del proveedor en el contexto de la celebración o ejecución del contrato y que vulnere cualquier derecho que el consumidor pueda tener como sujeto de datos en virtud de la Directiva 95/46/CE y del Reglamento 2016/679, incluido cualquier término que defina la funcionalidad, la interoperabilidad y otras prestaciones del contenido digital o del servicio digital, de manera que si no es conforme con la Directiva 95/46/CE y el Reglamento 2016/679 no será vinculante para el consumidor.

6. CCBE acoge con satisfacción las enmiendas del art. 15 de la propuesta de Directiva, ya que el proyecto de informe se considera más favorable al consumidor. Siempre que se haya celebrado un contrato a largo plazo entre un proveedor y un consumidor, cualquier alteración de la "funcionalidad, interoperabilidad y otras prestaciones principales del contenido digital o de los servicios digitales" sólo puede ser alterada por el proveedor, siempre que: a) "el contrato permita y justifique una tal modificación"¹⁵ y siempre que además "tal modificación pueda ser razonablemente esperada por el consumidor"¹⁶. Estas importantes consideraciones no figuraban en la propuesta de Directiva.

¹⁵ El texto propuesto por la Comisión establece que "el contrato así lo estipula".

¹⁶ El texto propuesto por la Comisión no preveía tal garantía.