

Johann Kindl/Tatiana Arroyo Vendrell/Beate Gsell (Hrsg.)

Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen



Nomos

Europäisches Privatrecht

Sektion B: Gemeinsame Rechtsprinzipien

herausgegeben von
Prof. Dr. Reiner Schulze

in Gemeinschaft mit

Prof. Dr. Jürgen Basedow
Prof. Dr. Franco Ferrari
Prof. Dr. Willibald Posch
Prof. Dr. Anton K. Schnyder

Band 54

Johann Kindl/Tatiana Arroyo Vendrell/Beate Gsell (Hrsg.)

Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4817-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8962-5 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Prólogo

El 19 y 20 de octubre de 2017 se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid, las III Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Privado. Siguiendo el modelo de las jornadas anteriores el objeto de las mismas se centró en el Derecho europeo y en particular, en los contratos de contenido digital, temática actual llamada a cobrar cada vez más relevancia tanto desde el plano de la ciencia jurídica, como en la práctica. Juristas alemanes y españoles centraron el debate en los retos que plantean estos contratos, tanto su naturaleza jurídica, como las obligaciones y los remedios. Además, se analizó la problemática en torno a la transmisión mortis causa de los datos y contenidos digitales, así como la protección de los datos personales y los aspectos relacionados con la propiedad intelectual. La presente obra contiene el resultado de dichos debates en español o en alemán, acompañadas en cada caso de un resumen en el otro idioma.

El agradecimiento más sincero merece cada uno de los ponentes por la remisión de sus valiosas aportaciones para su publicación en esta obra. Igualmente, merece nuestro reconocimiento la editorial, por su siempre grato y constructivo trabajo que ha permitido que estas actas vean la luz. La gratitud por el apoyo económico se extiende a la Asociación hispano-alemana de juristas, a la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, al Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid y al Moot Madrid. Finalmente, no podemos dejar de agradecer a Jule Dunkel y a Ilay Izmir, estudiantes de la Universidad de Münster y becarios en la misma, por su inestimable colaboración en la labor de formatear y preparar los textos de cara a su publicación.

Madrid y Münster, en febrero 2018

Tatiana Arroyo Vendrell
Beate Gsell
Johann Kindl

Vorwort

Am 19. und 20. Oktober 2017 fanden an der Universidad Carlos III de Madrid die dritten Jornadas Hispano-Alemanas des Privatrechts statt. Nach mittlerweile schon bewährtem Muster war die Tagung thematisch im Bereich des Europäischen Rechts angesiedelt: Es ging um Verträge über digitale Inhalte – ein Thema, das nicht nur brandaktuell, ja zukunftsweisend, sondern auch wissenschaftlich reizvoll und von steigender praktischer Bedeutung ist. Spanische und deutsche Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler erörterten grundlegende Fragen des Vertragsrechts wie die Frage nach der Vertragsnatur, nach dem Inhalt der geschuldeten Leistung sowie nach Leistungsstörungen und Rechtsbehelfen. Darüber hinaus wurde über die Rechtsnachfolge in digitale Güter sowie über datenschutz- und urheberrechtliche Probleme referiert. Die Vorträge in spanischer und deutscher Sprache sind in diesem Band versammelt, jeweils ergänzt um eine Zusammenfassung in der anderen Sprache.

Allen Referentinnen und Referenten gebührt herzlicher Dank dafür, dass sie ihre Manuskripte zum Abdruck zur Verfügung gestellt haben. Zu danken haben wir ferner dem Verlag für die stets angenehme und durchweg reibungslose Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung dieses Tagungsbandes. Besonderer Dank für ihre großzügige finanzielle Unterstützung gilt der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung, dem Moot Madrid, der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universidad Carlos III de Madrid sowie dem Vizektorat für Wissenschaftspolitik der Universidad Carlos III de Madrid. Herzlich bedanken möchten wir uns schließlich bei Frau Jule Dunkel und Frau Ilay Izmir, die als studentische Mitarbeiterinnen an der Universität Münster tätig sind und die für die Veröffentlichung erforderlichen aufwändigen Formatierungsarbeiten durchgeführt haben.

Madrid und Münster, im Februar 2018

Tatiana Arroyo Vendrell
Beate Gsell
Johann Kindl

Inhaltsverzeichnis

<i>Reiner Schulze & Tatiana Arroyo Vendrell</i>	
Contratos de contenidos digitales: Introducción	11
<i>Reiner Schulze & Tatiana Arroyo Vendrell</i>	
Verträge über digitale Inhalte: Einführung	21
<i>Tatiana Arroyo Vendrell</i>	
Aproximaciones a la propuesta de directiva europea sobre los contratos de contenido y de servicios digitales	37
<i>Johann Kindl</i>	
Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung	63
<i>Beate Gsell</i>	
Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RL-Vorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts	85
<i>Susana Navas Navarro</i>	
El valor de los datos personales en el mercado	101
<i>Reiner Schulze</i>	
Datenschutz und Verträge über digitale Inhalte	123
<i>María José Santos Morón</i>	
La transmisibilidad “mortis causa” de los bienes digitales	143

Inhaltsverzeichnis

Markus Artz

Das Schicksal eines Facebook-Accounts – Gedanken zum Umgang mit
höchstpersönlichen Daten nach dem Tod eines Facebook-Nutzers 161

Sara Martín Salamanca

La comunicación pública en el entorno europeo: crónica y debate 173

Eva Inés Oberfell

Lizenzverträge über digitale Inhalte 193

Autorenverzeichnis 211

Contratos de contenidos digitales: Introducción*

Tatiana Arroyo Vendrell & Reiner Schulze

I. Contexto

Las nuevas tecnologías han dado paso a una nueva era, donde las fronteras se disipan todavía si cabe más a través del uso de internet. Sólo en Europa el uso de internet en el 2017 ronda una media del 80% de su población¹ y en la última década el número de europeos que adquieren bienes y servicios en el entorno electrónico casi se ha duplicado (del 29,7 % en 2007 al 55 % en 2017)².

Hoy en día celebramos contratos y nos interrelacionamos por medios electrónicos desde múltiples tipos de dispositivos y desde cualquier parte del mundo, adquiriendo no sólo bienes materiales, sino por todos datos de contenido digital (películas, vídeos, libros, apps...) y generando y almacenando (en la nube) datos (archivos, vídeos...) de igual naturaleza y de manera casi constante; en definitiva, no sólo somos receptores, sino también emisores de contenidos digitales.

Esta es una realidad imparables como revelan las estadísticas³, que genera a su vez nuevos retos de los que se ha hecho eco la UE y en la actualidad, a través de la “Estrategia para el Mercado Único Digital⁴” intenta hacer frente a esta transformación, que afecta a las múltiples facetas del *e-commerce*, entre las que se encuentra el objeto de debate de las III. Jornadas hispano-

* El presente trabajo se enmarca dentro de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER-2013-48401-P) y (DER-2016-78572-P).

1 Vid. <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> (visitada por última vez, el 30.12.2017).

2 Vid. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2109_es.htm (visitada por última vez, el 30.12.2017).

3 Además de las fuentes citadas en las notas anteriores vid. también la edición de 2017 del Cuadro de Indicadores de las Condiciones de los Consumidores (http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=117250, visitada por última vez, el 30.12.2017).

4 COM (2015) 192 final <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/>. Adoptada por la Comisión el 6 de mayo de 2015.

alemanas de Derecho Privado, celebradas el 19 y 20 de noviembre de 2017 en la Universidad Carlos III de Madrid sobre los contratos de contenido digital.

II. La revisión de las fórmulas clásicas en el nuevo entorno electrónico

El punto de partida de las Jornadas citadas se ubicaba así en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales⁵, presentada por la Comisión el 9 de diciembre de 2015⁶: una iniciativa que ostenta como objetivo ofrecer un régimen jurídico a una de las facetas más relevantes del *e-commerce*, como son los datos y servicios generados e intercambiados en el propio entorno electrónico (libros, audios, vídeos, archivos, todos ellos, en soporte electrónico, desde su generación, almacenamiento, descarga y transmisión...). en el marco de las relaciones B2C. Abarca, por tanto, desde las plataformas de descarga de música, películas y cualquier tipo de software, hasta las redes sociales, las nubes o los sistemas de comunicación interpersonal y mensajería de transmisión libre, entre otros. Se puede observar, que su ámbito de aplicación objetivo es amplio, de hecho, salvo

5 COM (2015) 634 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:0634:FIN>.

6 Junto a ella, se presentó una segunda Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, de igual fecha. Por su propio título puede observarse, que su ámbito se ciñe a los contratos compraventa online, así como cualquier otro celebrado entre ausentes, cuyo objeto del contrato sean bienes materiales y tangibles. Vid. COM (2015) 635 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A635%3AFIN>.

Con la presentación de estas dos propuestas de Directivas se abandona definitivamente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (conocida, como CESL), COM/2011/0635 final. <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/commonsaleslaw/regulationsaleslawen.pdf>.

Estas dos nuevas propuestas traen consigo gran parte de las cuestiones de fondo del CESL, si bien, restringidas a las relaciones B2C y en forma ahora de Directiva, abandonando así el Reglamento opcional como instrumento para su futura incorporación a los Derechos de los Estados Miembro.

por algunas pocas excepciones, el legislador⁷ ha dejado abierto su radio de aplicación para así dar cabida a los futuros avances tecnológicos.

En esta faceta del *e-commerce*, y en particular, los contenidos digitales, nos obliga a enfrentarnos a la revisión de los postulados clásicos del Derecho en diferentes áreas del mismo y a estar al tanto de los múltiples y a veces contrapuestos intereses afectos entre los cuales y por su especial relevancia bajo este punto de partida pueden identificarse cuatro; en primer lugar, la faceta contractual objeto principal de la Propuesta de Directiva; en segundo lugar, el valor de los datos generados por los usuarios en este entorno en estrecha relación con el derecho de protección de datos personales; en tercer lugar, y la transmisión mortis causa de los datos o bienes generados por medios electrónicos; y por último, en cuarto lugar, la propiedad intelectual en el marco de los contenidos digitales.

1. La faceta contractual de la Propuesta de Directiva sobre contratos de contenido digital: ¿un nuevo tipo de contrato? ¿un nuevo régimen jurídico?

La Propuesta de Directiva recién indicada regula según su título los “contratos de suministro de contenido digital”⁸. Si bien, con ocasión de las modificaciones introducidas por la Presidencia del Consejo, el 8 de junio de 2017, la nueva propuesta transaccional⁹ incluye bajo igual régimen los contenidos y ahora expresamente los servicios digitales (todavía no recogido en el título, solo en el enunciado de sus artículos, aunque es de esperar su modificación)¹⁰.

De un lado, el concepto de “contenido digital¹¹” abarca los datos producidos y suministrados en formato digital¹². De otro lado, el concepto de “servicio digital” se circunscribe todo aquél servicio, que permita al consumidor la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, o el acceso a los mismos; así como el servicio que permita compartir

7 Vid. nota a pie número 2 del texto de la Propuesta transaccional n° doc.: 9641/17 + ADD 1, de 1 de junio de 2017.

8 Vid. MANKO, Rafał, “Towards new rules on sales and digital content: analysis of the key issues”, en *European Parliament*, 2017, 38 p.

9 N° doc.: 9641/17 + ADD 1, de 1 de junio de 2017.

10 Sobre la naturaleza, las obligaciones contractuales y los remedios de la Propuesta de Directiva sobre los contratos de contenido digital véanse las aportaciones a esta obra del Prof. Dr. Kindl, de la Prof. Dra. Gsell y de la Prof. Dra. Arroyo Vendrell.

11 El concepto de contenido digital no es nuevo vid. la Directiva 2011/83/UE.

12 Art. 2.1 de la propuesta transaccional

datos o interactuar con datos en formato digital, cargados o creados por el consumidor y otros usuarios de ese servicio.¹³

Por expresa declaración del legislador europeo aboga por la neutralidad¹⁴ ante la categorización o identificación de la naturaleza jurídica de los contratos objeto de regulación de la misma. De hecho, deja en manos de los derechos nacionales su determinación. Si bien, este enfoque funcional e independiente de las categorías contractuales existentes no evita que al establecer en la Propuesta de Directiva un régimen jurídico autónomo, no se hace sino crear un tipo contractual al margen de los hasta ahora regulados y calificado por la doctrina como un contrato *tertium genus*¹⁵ o *sui generis*¹⁶ y en definitiva, *un contrato típico*¹⁷ nuevo y único, que se aplica sin distinción tanto en el caso de contenidos, como de servicios digitales, lo que puede llevar a disfunciones en cuanto a las dudas que planean ante el amplio ámbito de aplicación objetivo, que incluye entre otros, los contratos cuya contraprestación, no sea dinero, sino datos personales suministrados por el usuario/consumidor, como se verá en el siguiente apartado.

Además, es complejo e incierto atisbar, si el nuevo régimen jurídico, que aborda: desde las obligaciones esenciales, principalmente, del proveedor, y teniendo su eje en la conformidad delimitada por criterios objetivos o contractuales, así como subjetivos; los remedios ante el incumplimiento y; la terminación del contrato, creará la esperada certeza y previsibilidad jurídica¹⁸.

13 At. 2.1.bis de la propuesta transaccional.

14 Vid los considerandos de la Propuesta de la Directiva.

15 Vid. entre otros, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 11/2014*, p. 92 y 93.

16 APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 3/2016, p. 9; SPINDLER Gerald, “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, en *InDret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 3/2016, p. 6; SPINDLER Gerald, “Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte”, en *MultiMedia und Recht (MMR)*, 2016, 147.

17 Vid. entre otros, CASTILLO PARRILLA, Jose Antonio, “El contrato de desarrollo de software y creación web en el derecho de consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE, a la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 17/2016*, p. 54

18 Vid. la declaración del ELI, *Statement of the European Law Institute on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Con-*

2. Los datos personales como contraprestación

La Propuesta de Directiva se enfrenta a una realidad cierta, en internet múltiples servicios son gratuitos a primera vista para el usuario. Mas a través de su empleo (por ej. de las redes sociales) el usuario/consumidor genera datos personales que son fuente económica valiosa para los proveedores de dichos servicios¹⁹.

Por este motivo, la Propuesta de Directiva extiende el ámbito de aplicación objetivo también a aquellos casos en los que no existe una contraprestación directa basada en dinero y para ello, califica como contraprestación aquellos casos en los que los usuarios aportan datos personales, a los que ofrece igual protección jurídica. La extensión a estos casos, genera si bien incertidumbre, así como nuevas preguntas, que pueden poner en peligro el objetivo buscado²⁰.

sumers COM (2015) 634, p. 1 y ss. Vid. También en especial sobre los remedios ZOLL, Fryderyk, “The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content”, en *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2016*, 250; STAUDENMAYER, Dirk, “Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2016*, 801. SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER Dirk; LOHSSE Sebastian, “Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction”, en Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer/Sebastian Lohsse (Hrsg.): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, p. 11 y ss; COLOMBI CIACCHI, Aurelia; VAN SCHAGEN, Esther, “Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps”, en Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer/ Sebastian Lohsse (Hrsg.): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, p. 99 y ss; BEHAR-TOUCHAIS, Martine, “Remedies in the Proposed Digital Content Directive: An Overview”, en Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer/ Sebastian Lohsse (Hrsg.): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, p. 129 y ss; BEALE, Hugh, “Conclusion and Performance of Contracts: An Overview”, en Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer/Sebastian Lohsse (Hrsg.): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, p. 33 y ss, entre otros.

19 Esto no es algo nuevo, por el contrario, ya previsto en el CESL.

20 SPINDLER Gerald, “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *op. cit.*, p. 11, al tiempo que observa problemas en la delimitación, se muestra favorable a extender la aplicación a estos casos, al considerar que deben estar amparados por las normas de protección del consumidor. Vid. ZOLL, Fryderyk, “Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content”, en

En primer lugar, la doctrina²¹ plantea dudas sobre el alcance y el criterio de delimitación empleado derivado por una falta de claridad en el criterio delimitador. En este sentido, el legislador europeo entiende que estarían excluidos aquellos casos en los que el proveedor únicamente recabe metadatos, la dirección IP u otra información generada automáticamente, así por ej. la información recogida y transmitida por cookies y aquellas situaciones, en las que igualmente sin mediar un contrato, el usuario acepte a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a los contenidos o servicios digitales²².

En segundo lugar, parece que el legislador, quiere ceñir su objeto a los supuestos en los que en su opinión media una voluntad negocial, una aceptación de unas condiciones, y en definitiva, cuando media en opinión del legislador europeo un contrato, que ahora pasaría a considerarse de contenido y de servicio digital. Si bien, de nuevo una parte de la doctrina²³ se muestra también reacia a dicha extensión.

Dejando de lado los interrogantes que planean en cuanto a su alcance y justificación de su incorporación, se atisban otras preguntas en cuanto a sus consecuencias. Así en tercer lugar, resulta obvio preguntarse, sobre el alcance de la obligación de suministrar datos y la consecuencia de su incumplimiento, por ej. si se transmite información falsa.

Estas cuestiones deben, además, necesariamente ponerse en relación con las normas de protección de datos. El valor de los datos generados por los

Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer/Sebastian Lohsse (Hrsg.): *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, p. 179 y ss. SCHMIDT-KESSEL Martin, “Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalte gegen personenbezogene Daten”, en *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)* 2017, 84.

- 21 NARCISO, Magdalena, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, en *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)* 2017, 198; TORRUBIA CHALMETA, Blanca, “Mercado único digital y concepto de consumidor”, en *Revista de Internet, Derecho y Política, IDP*, N° 22, junio 2016, p. 23 y ss.
- 22 Dejando si bien, en manos de los Estados, que extiendan la aplicación de la propuesta Directiva a tales supuestos o que las regulen como consideren. Vid. el nuevo considerando de la propuesta transaccional en la nota a pie número 15.
- 23 Vid. las declaraciones del Supervisor Europeo de Protección de Datos en el Dictamen 4/2017, on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (14.03.2017), contrario a su incorporación en la Propuesta de Directiva; TORRUBIA CHALMETA, Blanca, “Mercado único digital y concepto de consumidor”, *op. cit.*, p. 23 y ss.

usuarios en este entorno guarda una estrecha relación con los derechos de protección de datos personales²⁴. De una parte, el derecho a revocar libremente el consentimiento del tratamiento de los datos y sus efectos (los datos deben dejar de tratarse, incluso eliminarse) parece entrar en colisión ahora con la existencia de un contrato y la transmisión de los datos como contraprestación. Chocan así dos instrumentos con postulados a priori contradictorios. La Propuesta de la Directiva no hace sino conceder “valor económico” a los datos personales o información personal y topa de frente con la consideración de dichos datos como un derecho fundamental de la dignidad de la persona, en principio ajenos al comercio. Ahora, sin embargo, los datos personales, son reconocidos económicamente. Se confronta así el derecho a la privacidad con los derechos de propiedad sobre los datos personales. Si la balanza se acaba inclinando hacia lo segundo debemos preguntarnos antes o después, qué valen dichos datos y qué criterios deben emplearse para su valoración, incluso si el usuario además del contenido o servicio digital suministrado por el proveedor, debería obtener una contraprestación económica, pues no puede negarse que el valor económico que reporta a los proveedores dichos datos, puede ser incluso superior a los contenidos y a los servicios que ofrece al usuario (por ej. los datos empleados para convertirlos en Big Data).

3. La transmisión mortis causa de los “bienes digitales”

Los contenidos digitales generados por los usuarios en el mundo electrónico perduran incluso después de la muerte de su titular. Cabe entonces preguntarse: ¿qué debe suceder con dichos contenidos tras la muerte?, ¿cómo se aplica el derecho sucesorio en este marco? ¿si es posible su aplicación? ¿son suficientes las normas del derecho sucesorio?²⁵

Conforme a los postulados clásicos, sólo los bienes de naturaleza patrimonial forman parte de la herencia, mientras que derechos de la personalidad del individuo, el derecho a la intimidad, al honor, a la imagen,

24 Sobre el valor de los datos generados por los usuarios en el entorno electrónico y los derechos de protección de dichos datos véanse las aportaciones en esta obra del Prof. Dr. Schulze y de la Prof. Dra. Navas Navarro.

25 Sobre la transmisión mortis causa de los bienes digitales véanse las aportaciones en esta obra de la Prof. Dra. Santos Morón y del Prof. Dr. Artz.

los derechos morales etc, no, salvo las consecuencias patrimoniales derivadas dichos derechos, por ej. el derecho a una indemnización por su infracción.

Por su parte, en el entorno electrónico y en el marco específico del derecho sucesorio, se emplea el término “bienes digitales” o “*digital assets*” (y no el de contenidos digitales) para referirse a cualquier dato, archivo, comunicación o información en soporte electrónico (ya sean cuentas de correo electrónico, redes sociales, banca online, ya esté almacenado en un ordenador o en una nube...); un concepto amplio que engloba desde bienes patrimoniales (salvos, bitcoins) y no patrimoniales (mensajes privados, las fotografías...), generalmente, información de carácter personal.

El interrogante de base, es si la información de carácter personal (datos personales) puede tener un valor económico y en consecuencia, representar un derecho de la propiedad, transmisible a los herederos o si al contrario, si cuando estamos ante derechos de la personalidad, éstos se extinguen con la muerte. Una solución intermedia sería dejar en manos de su titular la capacidad de decidir en vida sobre los mismos a través de una regulación específica²⁶, como ya prevén algunos países²⁷. Pero en caso de regularse, debe adoptarse decisiones legislativas de no fácil solución; por ej. qué sucede si el titular en vida no hace declaración expresa al respecto, debe presumirse su deseo a un “derecho a la muerte digital” para proteger su derecho a la privacidad o lo contrario.

Parece cierto, que una solución legislativa podría resolver además, otras vicisitudes del mundo electrónico, tales como el derecho de los herederos a solicitar de los proveedores de servicios electrónicos (de nubes, de redes sociales...) el acceso a los mismos, especialmente, además, cuando estos sean de naturaleza patrimonial, máxime, cuando no puede obviarse la posible colisión con otros derechos, tales como el derecho al secreto a y la derivada obligación de su cumplimiento por parte de los proveedores de servicios para hacer frente una práctica extendida a través de las condiciones generales de los proveedores tendente a excluir dicho acceso contractualmente.

26 MORATALLA ESCUDERO, José Ramón, “La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital”, en *Revista de Derecho Actual*, Vol. I (2016), p. 6 se muestra a favor de la creación de un registro oficial especial de bienes digitales accesible a los herederos y demás sujetos con interés legítimo en la herencia.

27 Por ej. EEUU y Francia. En España, se tramita actualmente el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales, http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF.

4. La propiedad intelectual en el marco de los contratos digitales

La Propuesta de Directiva de contenidos digitales se encuentra directamente relacionada con la propiedad intelectual y los derechos de autor de las obras protegidas. En esta propuesta se regulan las relaciones exclusivamente entre el proveedor de contenidos y servicios digitales y sus usuarios/consumidores. Quedan al margen los titulares de los derechos de autor regulados por su normativa específica. Si bien, es clara la relación y los conflictos de intereses que emanan, los del proveedor de tales contenidos digitales, que ofrece (a cambio de precio u otra contraprestación) bienes sujetos a los derechos de autor²⁸, los usuarios destinatarios de los mismos y los titulares de los derechos de autor²⁹.

En este marco se enfrenta el clásico modelo de explotación mediante la distribución de las obras en soporte papel (los ejemplares) y las nuevas realidades del entorno electrónico: la comunicación pública mediante internet, distinta de la tradicional comunicación pública.

La distribución de ejemplares bajo la fórmula tradicional se define como la puesta a disposición del público, ya sea del original, de las copias en soporte físico y tangible, ya sea a través de la venta, alquiler o préstamo....

Las obras protegidas clásicamente y según su naturaleza son objeto de explotación también mediante su “comunicación pública”, esto es una pluralidad de personas tienen acceso a la obra sin distribución de ejemplares. por ej. la representación de una obra teatral.

Una de las principales diferencias entre estas dos formas tradicionales de explotación³⁰ radica en que en el caso de la segunda el acto de comunicación o puesta a disposición al público no agota el derecho de exclusiva del titular o autor de la misma³¹, a diferencia de lo que sucede con la distribución de

28 Conforme a la Propuesta de Directiva no todos los contenidos digitales serán objeto de protección de las normas relativas a la propiedad intelectual, pero sí una gran parte de ellos.

29 Vid. Vid. CUIJPERS, C., "The influence of ICT on consumer protection; empowerment or impairment of the consumer?", *TILT Law & Technology Working Paper*, 2009, 15, p. 1 y ss.; STAZI, A., MULA, D., "Intellectual Property and Consumer Law", en RAMAHLÖ, A., ANGELOPOULOS, C. (Dirs.), *Cross-roads of intellectual property: intersection of intellectual property and other fields of law*, Nova Publishers, New York, 2012, p. 1 y ss.

30 Vid. LÓPEZ MAZA, Sebastián, *Limites del derecho de reproducción en el entorno digital*, Comares, Granada, 2009.

31 Art. 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los

ejemplares (en soporte físico). Esta comunicación pública clásica o tradicional, la exhibición de la obra, es distinta de la comunicación pública realizada en línea, en soporte electrónico. Esta nueva realidad del entorno electrónico, como son los nuevos modelos de negocio de internet, traen consigo la necesidad de la revisión de los derechos de exclusiva del titular conforme a los postulados clásicos y en caso fallido, la incorporación de nuevas normas como medio para reajustarse a las nuevas fórmulas.

En este camino, la reinterpretación de las normas preexistentes llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha supuesto la incorporación de criterios no claramente previstos en la normativa vigente, además de cambiantes, e incluso a generar diferencias respecto en los contenidos digitales (softwares y el resto)³² afectando directamente al concepto de “comunicación pública” de manera además no clara³³, lo que no hace sino generar falta de certidumbre sobre el concepto de “comunicación pública”.

derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

- 32 Vid NICHOLSON, Andrew, “Old habits die hard? UsedSoft v Oracle”, *Scripted*, vol. 10, i. 3, oct. 2013, p. 389 y ss; APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales”, en *Indret (Revista para el Análisis del Derecho)*, 3/2016; HEADDON Toby, “An epilogue to Svensson: the same old new public and the worms that didn’t turn”, en *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2014, 9, 8, p. 662 y ss.
- 33 Sobre la propiedad intelectual en relación con la Propuesta de Directiva véanse las aportaciones en esta obra de la Prof. Dra Obergfell y de la Prof. Dra. Martín Salamanca.

Verträge über digitale Inhalte: Einführung*

Tatiana Arroyo Vendrell & Reiner Schulze

I. Kontext

Die modernen Technologien haben den Weg bereitet für eine neue Ära, in der die Landesgrenze angesichts der Bedeutung des Internets mehr und mehr an Bedeutung verlieren. Allein in Europa nutzt im Jahr 2017 mittlerweile 80 % der Bevölkerung das Internet¹ und im letzten Jahrzehnt hat sich die Anzahl der Europäer, die Güter oder Dienstleistungen auf elektronischem Wege beziehen, fast verdoppelt (von 29,7 % im Jahr 2007 auf 55 % im Jahr 2017)².

Heute kommen Verträge und Verbindungen auf elektronischem Wege zustande, und zwar von Endgeräten unterschiedlichster Art aus jedem Teil der Welt. Dabei werden nicht nur körperliche Gegenstände erworben, sondern auch digitale Inhalte (Filme, Videos, Bücher, Apps, ...) und Daten generiert und in unveränderter Art und nahezu dauerhaft gespeichert (in *clouds*); tatsächlich sind wir somit nicht lediglich Empfänger, sondern auch Ersteller von digitalen Inhalten.

Dies ist, wie die Statistiken³ zeigen, eine unaufhaltbare Realität, die ihrerseits neue Herausforderungen mit sich bringt. Dieser Herausforderungen hat sich die EU angenommen, und mit ihrer „Strategie für den Digitalen Binnenmarkt“⁴ sucht sie Antworten auf diesen Wandel zu finden, der sich auf die vielfältigen Facetten des *e-commerce* erstreckt und damit auch auf die Verträge über digitale Inhalte als Gegenstand auf der III. Spanisch-Deutschen

* El presente trabajo se enmarca dentro de los Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER-2013-48401-P) y (DER-2016-78572-P).

1 <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> (zuletzt abgerufen am 30.12.2017).

2 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2109_de.htm (zuletzt abgerufen am 30.12.2017).

3 Siehe zusätzlich zu den Quellen der vorherigen Fußnoten die Ausgabe des Consumer Conditions Scoreboards 2017 (http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=117250, zuletzt abgerufen am 30.12.2017).

4 COM (2015) 192 final. <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/>, verabschiedet von der Kommission am 06.05.2015.

Zivilrechtstagung am 19. und 20. November 2017 in der Universidad Carlos III in Madrid.

II. Die Überprüfung klassischer Vorstellungen im neuen elektronischen Umfeld

Den Ausgangspunkt der Spanisch-Deutschen Zivilrechtstagung bildete dementsprechend der Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats zu bestimmten Aspekten der Verträge über digitale Inhalte⁵, den am 9.12.2015⁶ die Kommission vorgelegt hat: eine Initiative unter dem erklärten Ziel, einen rechtlichen Rahmen für einen der wichtigsten Bereiche des *e-commerce* zu bieten, nämlich für die Daten und Dienstleistungen, die in diesem elektronischen Umfeld im Rahmen von B2C-Beziehungen generiert und ausgetauscht werden (Bücher, Audios, Videos und Dateien; all dies jeweils auf Datenträgern und von der Entstehung über die Speicherung bis zum Herunterladen und der Übertragung ...). Dies erstreckt sich unter anderem von den Plattformen zum Herunterladen von Musik, Filmen und jeglicher Art von Software bis hin zu sozialen Netzwerken, den *clouds* oder privaten Kommunikationssystemen und kostenlosen *Messenger*-Diensten. Es lässt sich beobachten, dass der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie sehr

5 COM (2015) 634 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:0634:FIN>.

6 Das Europäische Parlament und der Rat haben in Verbindung mit diesem Vorschlag und am selben Datum einen weiteren Richtlinienvorschlag veröffentlicht, welcher bestimmte Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes regelt. Schon der Titel zeigt, dass ihr Anwendungsbereich sich auf Kaufverträge beschränkt, die online oder anderweitig unter Abwesenden geschlossen werden und die materielle Kaufgüter zum Gegenstand haben. COM (2015) 635 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A635%3AFIN>. Durch das Einbringen dieser beiden Richtlinienvorschläge wurde der der Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (bekannt als GEK) endgültig aufgegeben, COM (2011) 0635 final. <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/commonsaleslaw/regulationsaleslawen.pdf>. Diese beiden neuen Vorschläge beinhalten einen großen Teil der Kernthemen des GEK, wenn auch beschränkt auf die Geschäftsbeziehungen B2C und nun in Richtlinienform, unter Aufgabe der optionalen Verordnung als Instrument für die zukünftige Aufnahme in die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten.