

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Facebook y la directiva 95/46

Moïny, Jean-Philippe

Published in:

Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Moïny, J-P 2011, Facebook y la directiva 95/46: algunas reflexiones. in *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*. La Ley, Las Rosas, pp. 275-318.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CAPÍTULO X
FACEBOOK Y LA DIRECTIVA 95/46:
ALGUNAS REFLEXIONES^(*)

Jean-Philippe MOINY^(**)

Aspirante del F.R.S. - FNRS, CRID. Universidad de Namur

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. UNA RED SOCIAL

- 1. Facebook: un servicio y una sociedad
 - 1.1. Un servicio de la sociedad de la información
 - 1.2. Un servicio de «carácter personal»
 - 1.2.1. Datos de carácter personal
 - 1.2.2. Tratamientos
 - 1.3. Una sociedad que dirige sus actividades al mundo

(*) Traducción de María Rosa LLÁCER MATAÇAS.

(**) El autor expresa su cordial agradecimiento a Cécile TERWANGNE, Yves POULLET y Jean HERVEG por sus segundas lecturas y comentarios, asimismo a Karen ROSIER y Bertel DE GROOTE por sus juiciosos consejos. El autor también agradece vivamente a la Dra. María Rosa LLÁCER MATAÇAS por la traducción de la versión francesa original de la presente contribution, publicada en *REDC*, 2010, págs. 235-271. Esta contribución se cerró en junio de 2009.

- 1.3.1. Una sociedad americana que dispone de «offices» europeos
- 1.3.2. Una sociedad americana que dirige sus actividades hacia el mercado mundial

- 2. Los usuarios: amigos verdaderos, pero también falsos
- 3. Facebook y sus usuarios: unos cocontratantes

III. LOS RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO

- 1. Los conceptos de responsable del tratamiento y de encargado
- 2. La sociedad Facebook
- 3. Los usuarios
 - 3.1. El usuario de base
 - 3.1.1. Sujeción al campo de aplicación de la Directiva 95/46
 - 3.1.2. Necesidad de ponderar los derechos y libertades concurrentes
 - 3.2. Los otros usuarios

IV. DERECHO APLICABLE A LA SOCIEDAD FACEBOOK

- 1. Artículo 4: aplicación íntegra de la Directiva 95/46
 - 1.1. Alcance del art. 4 de la Directiva 95/46
 - 1.2. Un establecimiento sobre el territorio de la Comunidad
 - 1.2.1. En teoría
 - 1.2.2. En el caso de Facebook
- 2. La utilización de medios situados en el territorio de la Comunidad
 - 2.1. En teoría
 - 2.2. En el caso de Facebook
- 3. ¿Aplicación acumulada de los puntos a) y c) del art. 4?
 - 3.1. Artículos 25 y 26: flujo transfronterizo de datos
 - 3.2. Derecho nacional y extraterritorialidad de la Directiva 95/46

V. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. La red social Facebook⁽¹⁾ pone a prueba los límites de aplicación territorial de la Directiva 95/46, relativa a la protección de los datos de carácter personal⁽²⁾ y presenta una situación tan específica que conduce incluso a replantearlos (Título III). Frente a un tratamiento de datos, será necesario determinar quién es su responsable, persona a quien incumben las obligaciones consagradas en las legislaciones nacionales que transponen la Directiva 95/46 (Título II). Con este objetivo, ante todo será útil identificar los componentes de la red social objeto de estudio: Facebook y sus usuarios (Título I). Esta etapa —determinante en cuanto a las conclusiones relativas al derecho aplicable a la sociedad Facebook— pone en evidencia que las condiciones de aplicación material de la Directiva 95/46 se hallan en el centro mismo del servicio —y del contrato— ofrecido por dicha sociedad.

El presente estudio se limita a estas reflexiones y ciertamente no pretende agotar la suma de preguntas que plantea la aplicación de la Directiva 95/46 en el contexto de la red social Facebook.

II. UNA RED SOCIAL

§ 2. La red social analizada está constituida por Facebook —una sociedad que ofrece un servicio determinado— (2.1) y de sus usuarios —verdaderos o falsos amigos— (2.2). Ambos son, además, cocontratantes (2.3).

1. Facebook: un servicio y una sociedad

§ 3. Facebook es un servicio de la sociedad de la información (1), «de carácter personal» (2), ofrecido por una sociedad americana que dirige sus actividades hacia el mundo entero (3).

(1) Desde un punto de vista fáctico, este estudio está actualizado a fecha de 1 de junio 2009, salvo estipulación contraria.

(2) Dir. (CE) núm. 95/46 del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos («Directiva 95/46»), DO, L 281, de 23 de noviembre de 1995.

1.1. Un servicio de la sociedad de la información

§4. La red social⁽³⁾ Facebook «can be defined as [a] website whose main purpose is to act as a connector among users»⁽⁴⁾, a través de la cual los usuarios intercambian todo tipo de informaciones, a partir de perfiles⁽⁵⁾ personalizados. Con este objeto permite definir relaciones sociales determinando quien puede acceder a estas informaciones, con quien se puede comunicar y cómo⁽⁶⁾. Además puede contemplarse como una «red de redes» desde el momento en que múltiples contextos (el deporte, la universidad, el trabajo, la música, la sexualidad, etc.) coexisten y se interconectan a través del perfil único⁽⁷⁾ del usuario.

§ 5. El proveedor de la red social almacena y administra estos perfiles, compuestos por aquello que depositan los usuarios. De vez en cuando pueden añadirse aplicaciones⁽⁸⁾ o bien *links* que conducen a diversos sitios web, etc. Se trata de su principal actividad: el almacenamiento de las diversas informaciones y su puesta a disposición a otros miembros del sitio⁽⁹⁾, según las reglas definidas en parte por los usuarios pero también por Facebook. Todas estas posibilidades constituyen servicios a distancia, concretamente servicios de comunicación y de gestión de los perfiles que van más allá del simple almacenamiento. Estos servicios se prestan bajo solicitud de

los usuarios cuyas inscripciones son totalmente voluntarias, por vía electrónica, a través de internet.

§ 6. Las características de estos servicios corresponden a los criterios constitutivos de un «servicio de la sociedad de la información»⁽¹⁰⁾. En particular, la actividad de Facebook debe prestarse «normalmente bajo remuneración». Basta para ello que constituya una «actividad económica», importando poco que sea o no remunerada directamente por el destinatario del servicio⁽¹¹⁾. Sin embargo «[Online Social Networks] are usually for-profit businesses»⁽¹²⁾. En este caso, la aplicación de publicidad personalizada *Social Ads*⁽¹³⁾ —de pago, ofrecida vía Facebook e insertada en la red social— permite a la sociedad Facebook conseguir una contrapartida económica. Toda empresa puede así mandar publicidad personalizada, según los criterios escogidos a partir de un panel definido por Facebook, que difunde a los usuarios de la red⁽¹⁴⁾. La aplicación *Polls*, que permite efectuar sondeos a través de la red social, es igualmente de pago. Finalmente, al utilizar Facebook los usuarios le conceden una licencia que le permite explotar comercialmente los contenidos dispuestos en el sitio, protegidos por la propiedad intelectual⁽¹⁵⁾. Lo que también podría constituir una contrapartida a su actividad.

(3) Sobre este concepto, véanse not. los trabajos de D. BOYD, disponibles en <http://www.danah.org/papers/>, en particular BOYD, D. M. y ELISON, N. B., «Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship», octubre de 2007, disponible en <http://www.danah.org/papers/>, pág. 2. Véase también Grupo de trabajo «art. 29», «Opinion 5/2009 on online social networking» («WP 163»), de 12 de junio de 2009, págs. 4-5.

(4) LEVIN, A. y SÁNCHEZ ABRIL, P., «Two Notions of Privacy Online», *Vanderbilt J. of Ent. And Tech. Law*, 2009, pág. 1017.

(5) La noción es dual. Por un lado, está el perfil que el usuario completa con información que coloca voluntariamente en la página del sitio Facebook. Y por otra parte, este perfil aumenta también con otras informaciones recogidas por la sociedad Facebook y registradas en sus bases de datos, pero a las que el usuario, en principio, no tiene acceso. En principio nos referimos a la primera acepción.

(6) European Network and Information Security Agency, HOGBEN, G. (ed.): «Position Paper No. 1 – Security Issues and Recommendations for Online Social Networks» («ENISA Position Paper»), octubre de 2007, pág. 5, disponible en <http://www.enisa.europa.eu>.

(7) Véase. *infra* núm. 8.

(8) En principio, Facebook solo hospeda las aplicaciones que ha desarrollado.

(9) En relación con las características comunes de las redes sociales, véase *ENISA Position Paper*, *op. cit.*, pág. 5.

(10) «[T]odo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios», art. 1.2.a) de la Directiva (CE) núm. 98/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre la modificación de la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, *DO*, L 217, de 5 de agosto de 1998. Véanse también los arts. 2.a) y 14 de la Directiva (CE) núm. 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular, del comercio electrónico en el mercado interior («Directiva 2000/31»), *DO*, L 178, de 17 de julio de 2000.

(11) Véase el Considerando núm. 18 de la Directiva 2000/31.

(12) LEVIN, A. y SÁNCHEZ ABRIL, P., *op. cit.*, pág. 1019.

(13) E *Insights*, que permite valorar la eficacia de la publicidad dirigida de forma personalizada.

(14) La edad, el país, las palabras clave, los centros escolares que frecuenta el usuario o los usuarios que son «fans» de ciertas *Facebook Pages*, véase <http://www.facebook.com/help.php?page=863>. Una vez seleccionados por quien encarga la publicidad, son identificados por Facebook en campos específicos de perfiles para determinar si se les debe la publicidad encargada.

(15) Así, «you grant us a non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license to use any IP content that you post on or in connection with Facebook (*IP Li-

1.2. Un servicio de «carácter personal»

§ 7. Un servicio de la sociedad de la información como Facebook es lo que podría llamarse un servicio de «carácter personal.» De una parte, esto significa que los datos de carácter personal son uno de sus componentes (a) y que son tratados constantemente (b). Y de otra, estos datos y su tratamiento son un elemento esencial del objeto del servicio ofrecido y, asimismo, del contrato concluido con el usuario⁽¹⁶⁾. En otras palabras, la economía de este contrato se reduce al consentimiento para la explotación comercial —en sentido amplio— de datos a carácter personal en contrapartida del servicio ofrecido.

1.2.1. Datos de carácter personal

§ 8. En el entorno de Facebook, está presente gran cantidad de información «sobre una persona física identificada o identificable»⁽¹⁷⁾. Ante todo, el usuario queda contractualmente obligado —si es que existe un contrato válido—⁽¹⁸⁾ a suministrar informaciones reales sobre sí mismo; debe identificarse y solo debe utilizar una única cuenta⁽¹⁹⁾.

Luego, pese a no estar contractualmente obligado a ello, si quiere encontrar sus «amigos» o amigos en general en Facebook, le interesa presentarse en modo de permitir su identificación «[p]osting truthful information is consistent with an intent to socialize»⁽²⁰⁾.

cense")», estipula el *Statement of Rights and Responsibilities* —antiguamente *Terms of Use*— es decir, las condiciones de uso del sitio o el contrato celebrado con Facebook, véase *infra* núm. 20-22.

(16) Véase *infra* núm. 20-22.

(17) Es decir, datos de carácter personal, art. 2.a) de la Directiva 95/46.

(18) Véase *infra* núm. 20 y ss. No profundizamos sobre estas cuestiones por limitación de espacio.

(19) En efecto, en el momento de inscribirse en Facebook, se le preguntan su nombre y fecha de nacimiento. Y según el *Statement of Rights: «Facebook users provide their real names and information, and we need your help to keep it that way», «You will not provide any false personal information on Facebook, or create an account for anyone other than yourself without permission»*. Por otro lado, «*You will keep your contact information accurate and up-to-date*».

(20) LEVIN, A. y SÁNCHEZ ABRIL, P., *op. cit.*, pág. 1025. Véanse también las estadísticas referidas por los autores.

Y por añadidura, aunque un usuario desee permanecer anónimo⁽²¹⁾, numerosos «identificadores»⁽²²⁾ contribuyen por lo general a hacerlo identificable. De una parte, se trata de su comportamiento a través de la red social, de las informaciones —como las fotos⁽²³⁾— que comunica y produce —registradas por Facebook⁽²⁴⁾— incluso de datos provenientes de otros sitios web⁽²⁵⁾ o de perfiles de otros miembros de la red⁽²⁶⁾. En efecto, estas informaciones son susceptibles de revelar diversas facetas de su identidad⁽²⁷⁾. Y, de otra, también los *cookies* situados en su terminal⁽²⁸⁾, así como el registro sistemático de su dirección IP⁽²⁹⁾ por Facebook⁽³⁰⁾ contribuyen a su identificación, ya sea de forma independiente, ya de forma combinada, o aún por su interconexión total o parcial con las informaciones mencionadas. En suma, estos datos se cruzan y permiten de establecer el «perfil» del usuario,

(21) A lo que puede aspirar legítimamente en internet. En este sentido, véase en particular la Declaración sobre la libertad de la comunicación en internet, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de mayo de 2003, Principio 7, disponible en <https://wcd.coe.int/>.

(22) Este término es retomado por el Grupo de Trabajo «art. 29», véase Grupo de Trabajo «art. 29», Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales («WP 136»), de 20 de junio de 2007, pág. 15.

(23) Véase por ejemplo GROSS, R. y ACQUISTI, A., *Pre-proceedings version, ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society (WPES)*, 2005, págs. 6-7, disponible en <http://www.heinz.cmu.edu/>.

(24) La política de confidencialidad del sitio (*privacy policy*) (a 28 de julio de 2009), revela que «*When you visit Facebook you provide us with two types of information: personal information you knowingly choose to disclose that is collected by us and Web Site use information collected by us as you interact with our Web Site*».

(25) Según la política de confidencialidad: «*Facebook may also collect information about you from other sources, such as newspapers, blogs, instant messaging services, and other users of the Facebook service through the operation of the service (e.g., photo tags)*».

(26) Las informaciones de un perfil no se limitan generalmente a su titular, véase GRIMMELMANN, J., «*Facebook and the Social Dynamics of Privacy*», a 25 de agosto de 2008, disponible en <http://www/ssrn.com>, pág. 26.

(27) Véase art. 2.a), *in fine*, de la Directiva 95/46.

(28) Sobre las direcciones IP, las *cookies* y sus efectos combinados, véase Grupo de Trabajo «art. 29», Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda» (WP 148), de 4 de abril de 2008. Sobre las *cookies* y sus consecuencias en relación con el derecho aplicable, véase *infra* núm. 60-61.

(29) La dirección IP puede considerarse a menudo como un dato personal, véase WP 136, pág. 18.

(30) Según la política de confidencialidad: «*When you enter Facebook, we collect your browser type and IP address. (...) In addition, we store certain information from your browser using "cookies"*».

espacio personificado e individualizado de la red social a partir del cual es identificable.

§ 9. Notemos por fin en la red social Facebook se hallan igualmente numerosos datos referentes a terceras personas ajenas a la misma. Entonces, llegado el caso, estas pueden ser identificadas o son identificables sin su conocimiento⁽³¹⁾.

1.2.2. Tratamientos

§ 10. Las informaciones mencionadas se someten a tratamiento permanentemente⁽³²⁾. Se registran y organizan en los servidores de Facebook, se difunden a otros usuarios de la red —incluso a terceros⁽³³⁾— se extraen de la *Platform* por aplicaciones y sus desarrolladores, se consultan para fines de publicidad personalizada, se exportan a otros sitios web⁽³⁴⁾, etc., dentro de los límites de las opciones que realizan los usuarios a través de los parámetros de seguridad —*privacy settings*—⁽³⁵⁾, concebidos y ofrecidos por Facebook. Y estos tratamientos son automatizados, desde el momento en que se realizan siempre a través del sitio Facebook⁽³⁶⁾.

1.3. Una sociedad que dirige sus actividades al mundo

§ 11. No hay nada demasiado original en el sector de actividad de las redes sociales, Facebook es también una sociedad americana establecida

(31) Lo que aún es más problemático en relación con la licitud del tratamiento de los datos.

(32) Véase art. 2.b) de la Directiva 95/46.

(33) Tal es el caso, por ejemplo, de la existencia de un perfil que aparece a los ojos de todos cuando es indexado por los motores de búsqueda, lo que el usuario puede impedir. La política de confidencialidad prevé por otro lado otras hipótesis de divulgación de información a terceros, especialmente por razones de protección de los intereses de Facebook.

(34) Por ejemplo con motivo del funcionamiento de Facebook Connect, que permite a un usuario conectarse a un sitio asociado con Facebook con su *login* de Facebook y encontrar a sus «amigos».

(35) Es decir, los parámetros de accesibilidad a la información que difunde a través de su perfil Facebook. Los límites de elección puestos por el usuario (qué datos son accesibles a quién), los determina Facebook. Por ejemplo, el usuario puede restringir el acceso a su *Wall* a un grupo de amigos (lista) previamente definido, etc. Cabe aún hacer referencia a las *Application settings* referentes a las aplicaciones y a la *Facebook Platform* (véase *infra* núm. 18).

(36) Véase, en este sentido, C.J.C.E., de 6 de noviembre de 2003 (Procedimiento Penal BOBIT LINDQVIST, C.) («Lindqvist»), C-101/01, *Rec.*, 2003, p. I-12971, punto 26.

en California (Palo Contralto), como YouTube, SecondLife, DailyMotion, Twitter, MySpace, etc. Esta sociedad «posee»⁽³⁷⁾ también varios «offices» (despachos) entre los cuales «*International offices: Dublin, Ireland; London; Paris*»⁽³⁸⁾. El papel de estos «despachos europeos» pueden enfocarse (a) desde la perspectiva de su incidencia en materia de derecho internacional privado, tanto en relación con la protección de datos⁽³⁹⁾ como con los contratos concluidos por los consumidores. Respecto a estos últimos, importa el direccionamiento de las actividades de Facebook hacia el territorio comunitario (b).

1.3.1. Una sociedad americana que dispone de «offices» europeos

§ 12. Cabe destacar tres despachos. El de Londres tiene la función —según Facebook— de «*help support the growing advertising needs*» del mercado que representa el *U-K network*. Lo que *podría* consistir en servir de intermediario a los socios comerciales de Facebook deseosos de explotar la aplicación *Ads* adquiriendo *targeted ads* dirigidos a esta red geográfica o a partir de Reino Unido. Este *office* podría estar directamente implicado en la venta de publicidad dirigida a los residentes en el territorio comunitario; ¿no le incumbiría la función de asesoramiento que Facebook ofrece a través de la página «*Integrated Solutions: Contact Us*»⁽⁴⁰⁾ que, sobre demanda, pretende ayudar a la realización de la «solución ideal de publicidad a través de Facebook»⁽⁴¹⁾?

§ 13. Parece que el despacho de París se sitúa en la misma óptica⁽⁴²⁾. Se trata de «*(...) building a sales team in Paris in recognition of the increasing desire by companies in France and nearby countries to make advertising on*

(37) En el momento de llevar a cabo la investigación que ha conducido al presente artículo, la forma jurídica de estos despachos no ha sido identificada.

(38) Véase <http://www.facebook.com/facebook?ref=pf#/press/info.php?factsheet>.

(39) Cuestión analizada con mayor profundidad más adelante, véase *infra* núm. 52-55.

(40) Véase <http://www.facebook.com/advertising/?src=pf#/business/contact.php>.

(41) «*We can help you develop the ideal Facebook advertising solution. To determine the most relevant opportunities for you, please click below, and a Facebook sales representative will be in contact with you within two business days. We look forward to working with you...*», <http://www.facebook.com/business/contact.php>.

(42) Véase <http://www.paidcontent.org/entry/419-facebook-opens-paris-sales-office-as-part-of-european-expansion/>. Véase también <http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39383999,00.htm>.

Facebook a part of their growth strategy» ha afirmado B. Chandlee, director comercial de Facebook para Europa⁽⁴³⁾.

§ 14. Finalmente, el papel del despacho de Dublín sería más importante: Según Facebook: «Dublin will be the centre for Facebook's international operations and will provide a range of online technical, sales and operations support to Facebook's users and customers across Europe, the Middle East and Africa... Facebook Chief Operating Officer Sheryl Sandberg explained, "[...] Ireland was the best place to establish our new headquarters. As we grow and strive to make Facebook into a place for people around the world to connect and share information, we need local operations to better advance our efforts. The talent pool in Dublin is world-class and recruiting local talent will help us better understand the needs of local users and the regional dynamics that, in turn, can give us better insight into what features matter most"»⁽⁴⁴⁾. Estos «cuarteles generales» consolidan la presencia de Facebook en el territorio europeo, pero ¿quid sobre sus actividades?

1.3.2. Una sociedad americana que dirige sus actividades hacia el mercado mundial

§ 15. Estos *offices* constituyen otros tantos indicios de una estrategia comercial dirigida, especialmente, hacia el territorio comunitario. Y no son las únicas señales de esta intención: la arquitectura de la red Facebook constituye otra señal relevante. En efecto, la red social está subdividida en redes geográficas (*Region*) referentes a países o a ciudades⁽⁴⁵⁾, que pueden definirse como *primary network*, es decir, como la red con la que el usuario tiene mayor afinidad. Además el sitio está traducido a más de cincuenta lenguas (chino, francés, etc.). Y «*anyone can join*»; salvo una excepción⁽⁴⁶⁾—según nuestros conocimientos— la sociedad Facebook no manifiesta en ningún sitio su deseo de restringir su clientela en ningún país—al contrario—. En fin, *Ads* permite dirigir la publicidad en función de los países.

(43) Véase <http://www.insidefacebook.com/2008/12/10/>.

(44) Véase <http://www.facebook.com/press/releases.php?p=59042>.

(45) Existen también redes relativas a universidades, escuelas y los lugares de trabajo.

(46) El *Statement of Rights* estipula que: «*You will not use Facebook if you are located in a country embargoed by the U.S., or are on the U.S. Treasury Department's list of Specially Designated Nationals*».

§ 16. Esta voluntad de dirigir sus actividades hacia el mundo tiene repercusiones de derecho internacional privado. Así, en materia civil y comercial, en ocasión de contratos concluidos por los consumidores, y en cuanto a la competencia internacional de un parte⁽⁴⁷⁾, este comportamiento permite basar la competencia del Juez del Estado de una persona domiciliada en un Estado de la Comunidad en la medida que este es el Estado enfocado⁽⁴⁸⁾. Y en cuanto al derecho aplicable⁽⁴⁹⁾, por otra parte, ello podría conllevar la aplicación del derecho de este mismo Estado, si es el de la residencia habitual de la persona en cuestión. Dicho de otra forma, podría detectarse el criterio de la dirección de las actividades⁽⁵⁰⁾ consagrado en los reglamentos «Bruselas I» y «Roma I» para permitir cierta protección del usuario de la red social. Sin embargo, en este caso aún sería preciso que estos instrumentos de derecho comunitario resultaran aplicables⁽⁵¹⁾ y que concurrieran

(47) Reglamento (CE) núm. /44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, referente a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial («Reglamento "Bruselas I"»), *DO*, L. 12, de 16 de enero de 2001, en adelante Reglamento «Bruselas I».

(48) Véase art. 15 del Reglamento «Bruselas I».

(49) Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales («Reglamento "Roma I"»), *DO*, L. 177, de 4 de julio de 2008. Reemplaza la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DO*, L. 266, de 9 de octubre de 1980. Véase art. 24, § 1 del Reglamento «Roma I» y art. 6 del Reglamento «Roma I» en relación con los contratos celebrados por los consumidores.

(50) Respecto a esta noción, véase especialmente VASILJEVA, K., «1968 Brussels Convention and EU Council Regulation núm. 44/2001: Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online», *E.L.J.*, 2004, págs. 132-135; KENFACK, H., «Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles («Rome I»), navire stable aux instruments efficaces de navigation», *J.D.I.*, 2009, pág. 32; BRUNEAU, C., «Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale» —Règl. Cons. CE núm. 44/2001, 22 déc. 2000 *J.CP*—, *La semaine Juridique Edition Générale*, 2001, pág. 538; y HESS, B., PFEIFFER, T. y SCHLOSSER, P., «Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States» («rapport «Hess Pfeiffer Schlosser»»), septiembre de 2007, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home, págs. 144 y ss.

(51) En cuanto a la competencia internacional, el caso Facebook no satisface en principio la condición de conflicto comunitario que requiere el art. 4 del Reglamento «Bruselas I» que el art. 15 solo derogaría en lo concerniente los *offices* de Facebook, y solo en cuanto a los litigios que afectan a sus actividades, véase art. 15, § 2 del Reglamento «Bruselas I». En materia de derecho aplicable, el Reglamento «Roma I», presenta en cambio, como el Convenio de Roma, un carácter universal, véase art. 2 del Reglamento «Roma I».

también las condiciones requeridas por las disposiciones protectoras de los consumidores⁽⁵²⁾.

2. Los usuarios: amigos verdaderos, pero también falsos

§ 17. *A priori* los usuarios de base de la red social —que no desarrollan aplicaciones, ni mandan publicidad, ni son administradores de una *Facebook Page*⁽⁵³⁾— pueden enfocarse de forma binaria: o son amigos o no lo son. Aunque concretamente, eso no cambia nada. En efecto, un amigo de Facebook puede pertenecer a contextos totalmente diferentes: puede ser un miembro de mi familia, un colega de trabajo, un miembro de mi mismo club de tenis, un desconocido, etc. La noción de «amigo» es pues muy relativa, si es que no queda subvertida.

Ya se han subrayado estas realidades de «*misleading notion[s] of “community”*» y de «*friends*»⁽⁵⁴⁾; «*OSNs have loosened traditional notions of intimacy and friendship and their respective nomenclature*»⁽⁵⁵⁾. Ser un contacto (un «amigo» según Facebook) tiene un significado ambiguo: los vínculos entre contactos a veces serán fuertes («*strong ties*»), a veces débiles («*weak ties*»), pero necesarios para el «*networking*»⁽⁵⁶⁾. En síntesis, «*[a] “friend” on Facebook is anyone who has given you permission to join their online network of “friends”, whether or not they have ever met you*»⁽⁵⁷⁾. A riesgo de permitir el acceso de extranjeros a una parte de nuestra vida privada cuando quizá no le prestarán ninguna consideración, incluso nos difamarán o, incluso, se dedicarán a un «*identity theft*» al que puede contribuir una red social⁽⁵⁸⁾.

(52) Como, por ejemplo, la exigencia de un contrato concluido entre un consumidor y un profesional.

(53) Véase *infra* núms. 18-19.

(54) Véase International Working Group on Data Protection in Telecommunications, «Report and Guidance on Privacy in Social Network Services, “Rome memorandum”», Roma, 3-4 de marzo de 2008, disponible en <http://www.datenschutz-berlin.de/>, pág. 2.

(55) LEVIN, A. y SÁNCHEZ ABRIL, P., *op. cit.*, pág. 1018.

(56) GRIMMELMANN, J., *op. cit.*, págs. 28-29.

(57) LIPTON, J. D., «We, the Paparazzi: Developing a Privacy Paradigm for Digital Video», 2009 (en prensa en *Iowa Law Review*), disponible en <http://www.ssrn.com>, págs. 17-18.

(58) Véase WONG, R., «Social Networking: Anybody is a Data Controller!», octubre de 2008, disponible en <http://papers.ssrn.com/>, pág. 3. Véase también ENISA Position Paper, págs. 12-1; «Resolution on Privacy Protection in Social Network Services», *30th International*

Por consiguiente, la relación que se establece en el marco de la red no está necesariamente vinculada a un contexto de amistad sino, más bien, tal como hemos relatado, a una multitud de contextos entrecortados. Esto puede multiplicar las rupturas de «integridad contextual»⁽⁵⁹⁾. Sobre todo porque los usuarios no se limitan a estos «amigos».

§ 18. En efecto, Facebook reúne aún otros tipos de usuarios, como los desarrolladores de aplicaciones, es decir de programas muy diversos⁽⁶⁰⁾ que los usuarios injertan a su perfil. Cualquiera que abra una cuenta de desarrollo puede programar aplicaciones capaces de utilizar y de extraer datos relativos a los miembros de la red social, a partir del *Facebook Platform*⁽⁶¹⁾, y de beneficiarse de los derechos de acceso de estos miembros a los perfiles de sus «amigos», si estos últimos no se cuidan de encauzar esta posibilidad.

§ 19. En fin, es todo un conjunto de usuarios de Facebook el que comercia. Se trata en particular de empresas que envían publicidad dirigida vía *Ads*, o que gestionan «*Pages*» que permiten interactuar con otros miembros de la red, abriendo un *business account*. De esta forma, estos usuarios combinan las funcionalidades «amicales» y comerciales de Facebook.

3. Facebook y sus usuarios: unos cocontratantes

§ 20. Parece que usuarios y Facebook concluyen un contrato⁽⁶²⁾ cuyos términos Facebook dicta unilateralmente: «*By clicking Sign Up, you are indicating that you have read and agree to the Terms of Use and Privacy*

Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Estrasburgo, 17 de octubre de 2008, disponible en <http://www.edps.europa.eu/>, consultado el 03/04/09.

(59) Véase NISSENBAUM, H., «Privacy as Contextual Integrity», *Washington L. Rev.*, vol. 79, 2004, págs. 119-157.

(60) Actualmente existen más de 350.000 aplicaciones de todo tipo accesibles a través de Facebook. (<http://www.facebook.com/press/info.php?statistics>). Una aplicación puede servir de calendario que permite ser avisado el día del cumpleaños de los «amigos», suministrar un juego incorporado al perfil o, llegado el caso, interactuar con otros usuarios, saber quién visita nuestro perfil, etc.

(61) Facebook ofrece la posibilidad de parametrizar, en cierta medida, el reparto de información a través de esta plataforma a través de los *Application settings* y los *privacy settings*.

(62) Sobre las redes sociales y la formación del contrato, véase J. P. MOINY: «Contracter dans les réseaux sociaux: un geste inadéquat pour contracter sa vie privée, Quelques réflexions en droits belge et américain», en *Rev. Dr. ULg.*, 2010, págs. 5-96.

Policy», lee el internauta al inscribirse. Y «*By using or accessing Facebook*», según el *Statement of Rights*, usted acepta este último⁽⁶³⁾. Para determinar si existe un contrato, es preciso referirse al derecho que sería aplicable en el caso de haberse perfeccionado⁽⁶⁴⁾. Que es, en principio, el derecho que las partes escogen o que una de ellas «impone» a la otra; el derecho de California en el caso de Facebook. A pesar de que este principio conozca algunas excepciones, en particular en materia de contratos celebrados con consumidores —excepción susceptible de aplicarse en este caso concreto⁽⁶⁵⁾—.

§ 21. En derecho californiano ya se ha juzgado válido un contrato celebrado con el proveedor de una red social —*SecondLife*—⁽⁶⁶⁾. Esta cuestión conduce a la problemática de los «*wrap*» *agreements*, más concretamente de los «*clickwrap*» o «*browsewrap*» *agreements*. Los «*clickwrap agreements*» son acuerdos formados por el clic del internauta sobre el botón previsto al efecto y por el que manifiesta su consentimiento —«acepto»—, generalmente después de haber tenido la posibilidad de consultar el contenido del acuerdo propuesto. En cambio, los «*browsewrap agreements*»⁽⁶⁷⁾ se concluirían por la simple utilización del sitio web, sin necesidad de pulsar ningún botón en particular (o demarcar una casilla, etc.) manifestando el consentimiento expreso del internauta, sin exposición automática del

(63) Este contenido puede variar. Por ejemplo, hay *terms* adicionales para los desarrolladores de aplicaciones, etc.

(64) Véase art. 10 § 1 del Reglamento «Roma I».

(65) En cuanto a los contratos concluidos con consumidores, véase *supra* núm. 16. Para otros límites a la elección de la Ley por las partes, véase en particular arts. 9, 10, § 2, y 3, §§ 3 y 4 del Reglamento «Roma I».

(66) Véase U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 30 de mayo de 2007 (*Marc Bragg v. Linden Research, Inc., and Philip Rosedale*), disponible en <http://www.paed.uscourts.gov/>.

(67) Véanse especialmente los casos siguientes: U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 1 de octubre de 2002 (Christopher Specht, et al. v. Netscape Communications Corporation and America Online, Inc.) («*Specht v. Netscape*»); U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 28 de marzo de 2007 (Lawrence Feldman v. Google, Inc.); U.S. District Court for the Northern District of California, 30 de agosto de 2002 (Craig Comb and Roberta Toher, Jeffrey Resnick, v. Paypal, Inc.); y U.S. District Court for the Northern District of Ohio, 22 de agosto de 2007 (John Doe v. SexSearch.com, et al.). Estos casos están disponibles en <http://www.internetlibrary.com/>. Entre la doctrina, véase en particular KUNZ, C. L., THAYER, H., DE DUCA, M. F. y DEBROW, J., «Click-Through agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent», disponible en <http://www.steptoe.com/assets/attachments/2353.pdf>; TRAKMAN, L. E., «Adhesion Contracts and the Twenty First Century Consumer», 2007, disponible en <http://www.ssrn.com>, págs. 54-55.

contenido del contrato en formación, al que se accede pulsando sobre un hipervínculo⁽⁶⁸⁾.

En cualquier caso, para poder constituir los términos de un contrato, las condiciones de utilización del sitio en cuestión deben ser objeto de una *reasonable notice*, importando poco que se hayan leído. Así, desde el momento en que el usuario acepta de manera general la transacción propuesta, existe por su parte un «*blanket assent*», o consentimiento presunto, por lo que respecta a las condiciones⁽⁶⁹⁾.

§ 22. Facebook presenta un caso de *browsewrap agreement*; el usuario que se registra clica sobre «inscripción» y las condiciones de utilización y la política de confidencialidad solo se pueden consultar a través de hipervínculos. En relación con este tema, si en el asunto sobre *SecondLife* que mencionábamos se discutía sobre la existencia de un *clickwrap agreement*, la jurisprudencia americana ya ha reconocido la validez de un *browsewrap agreement* similar al propuesto por Facebook, al considerar que ofrece una *reasonable notice* al internauta⁽⁷⁰⁾. Podría considerarse, pues, que se ha concluido un contrato entre el usuario de Facebook y esta sociedad.

§ 23. Si el internauta contrata válidamente con el proveedor de la red social⁽⁷¹⁾, las incidencias en materia de protección de los datos no son des-

(68) En relación con los conceptos de *clickwrap* y de *browsewrap agreements* así como sus diferencias, KUNZ, C. L., THAYER, H., DE DUCA, M. F. y DEBROW, J., *op. cit.*; TRAKMAN, L. E., *op. cit.*, págs. 5 y 54-55; CUNNINGHAM, P. B. y WITKOW, E. C., «Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements, Click with Caution: Liability for Breach of Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements», *The Computer and Internet Lawyer*, vol. 13, núm. 6, junio de 2006, pág. 1.

(69) En relación con este tema y a la cuestión de la formación de los contratos en internet en derecho americano, véase especialmente HILLMAN, R. A. y RACHLINSKI, J. J., «Standard-Form Contracting in the Electronic Age», 2001, disponible en <http://www.ssrn.com>; N. S. KIM, «Clicking and Cringing», *Oregon L. Rev.*, vol. 86, 2007, págs. 797 y ss.

(70) Véase Court of Appeal of the State of California, 31 de julio de 2007 (Michael Cohn v. Truebeginnings, LLC et al.), disponible en <http://www.thelen.com/tlu/CohnVTruebeginnings.pdf>. Sin embargo, el *browsewrap agreement* a sido invalidado en otros dos casos, en que no había inscripción en el sitio en cuestión, véase *Specht v. Netscape* y U.S. District Court for the Central District of California, 27 de marzo de 2000 (Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.com, Inc.), disponible en <http://www.internetlibrary.com/>.

(71) Es lo que parece desear a este proveedor. Sin embargo, ¿*quid* sobre la validez de la convención? ¿El objeto es determinado, el consentimiento válido? ¿Quiénes son las partes, *quid* sobre eventuales estipulaciones en favor de tercero?

deñables: este contrato puede legitimar un tratamiento⁽⁷²⁾ y puede aún, llegado el caso, justificar una derogación de la prohibición de los flujos transfronterizos de datos hacia países no pertenecientes al espacio económico europeo que no ofrecen una protección adecuada⁽⁷³⁾. Las soluciones de derecho internacional privado⁽⁷⁴⁾ tampoco son ajenas a la existencia de este contrato.

III. LOS RESPONSABLES DEL TRATAMIENTO

¿Quiénes son los responsables del tratamiento en el marco de Facebook? ¿La sociedad Facebook (3.2) o sus usuarios (3.3)? Previamente tendremos que distinguir entre los conceptos de responsable y de encargado del tratamiento (3.1).

1. Los conceptos de responsable del tratamiento y de encargado

§ 24. Un responsable del tratamiento es una persona moral o física «que solo o conjuntamente con otros determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales»⁽⁷⁵⁾; es el «responsable de las elecciones que determinan la definición y la utilización del tratamiento» y se predicen de las finalidades y de los medios utilizados⁽⁷⁶⁾, aunque no disponga materialmente de los datos en cuestión⁽⁷⁷⁾. Sin embargo, «parece que la determinación de la finalidad será suficiente para determinar el responsable del tratamiento», mientras que la única determinación de los medios no sería

(72) Art. 7 b) de la Directiva 95/46.

(73) Art. 26, § 1, b) de la Directiva 95/46. Véase *infra* núm. 68 referente a Facebook y los *Safe Harbor Principles*.

(74) Véase *supra* núm. 16 e *infra* núm. 15 y 75.

(75) Art. 2 d) de la Directiva 95/46.

(76) AMASAR, M.-H., C., DE TERWANGNE, LÉONARD, T., LOUVEAUX, S., MOREAUX, D., POULLET, Y., «La protection des données à caractère personnel en droit communautaire», *J.T.D.E.*, 1997, pág. 126.

(77) WALRAVE, M., «Privacy Gescand? Direct marketing en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer», Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1999, pág. 224.

suficiente⁽⁷⁸⁾. La doctrina se pregunta incluso si no convendría abandonar el criterio de la determinación de los medios del tratamiento⁽⁷⁹⁾.

En cualquier caso, en el estado actual del derecho, deben tomarse en consideración los objetivos del tratamiento y los medios materiales o humanos utilizados, los cuales deben ser objeto del poder del responsable o de los corresponsables⁽⁸⁰⁾ del tratamiento; «[l]o importante es que el responsable del tratamiento sea la persona, la instancia administrativa, la sociedad, la asociación, etc., que dispone del *poder de decisión* sobre el tratamiento efectuado»⁽⁸¹⁾ (la cursiva es mía).

§ 25. El responsable del tratamiento debe diferenciarse del encargado, «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo, o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento»⁽⁸²⁾, únicamente «cuando se lo encargue el responsable del tratamiento o en virtud de un imperativo legal»⁽⁸³⁾. Queda sometido a dicho poder. Los encargados serán «las sociedades encargadas de la conservación de los datos y otros *hosters*, sociedades de servicios de mantenimiento, sociedades encargadas de efectuar operaciones de tratamiento sobre los datos (selecciones, clasificaciones, análisis, etc.)»⁽⁸⁴⁾, etc.

§ 26. Este poder decisional con respecto a lo que ocurra con los datos es pues esencial en la distinción entre responsables del tratamiento y encar-

(78) BENSOUSSAN, A., *Informatique et libertés*, Levallois, éditions Francis Lefebvre, 2008, pág. 41. Véase también en este sentido LUCAS, A., DEVÈZE, J. y FRAYSSINET, J., «Droit de l'informatique et de l'Internet», Paris, P. U. F., 2001, pág. 91: «le critère essentiel est celui de la détermination des finalités».

(79) LÉONARD, T. y MENTION, A., «Transferts transfrontaliers de données: quelques considérations théoriques et pratiques», en *Actualités du droit de la vie privée*, DocQUIR, B. y PUTTEMANS, A. (bajo la dir. de), Bruselas, Bruylant, 2008, págs. 108-109.

(80) En efecto, el texto de la Directiva permite entender que varias personas sean corresponsables de un mismo tratamiento de datos. Véase, por lo que respecta a la Ley belga, el proyecto de ley que transpone la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, exposición de los motivos, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1997-1998, núm. 1566/1, pág. 15.

(81) *Ibidem*.

(82) Art. 2, e) de la Directiva 95/46.

(83) Art. 16 de la Directiva 95/46.

(84) LAFFAIRE, M.-L., *Protection des données à caractère personnel*, Paris, Editions d'Organisation, 2005, pág. 87.

gados. T. LÉONARD y A. MENTION subrayan además que «convendría quizás enfocar el criterio de distinción del responsable identificando a quien se beneficia de la utilización de los datos y decide así, realmente, sobre el fin de su utilización...», mientras que el encargado «no saca provecho, en esta calidad, de la utilización misma de los datos por la información que contienen»⁽⁸⁵⁾.

§ 27. Notemos por fin que «no es raro que una misma entidad pueda acumular, en el marco de una operación de conjunto, varios roles y muchas calidades jurídicas; estas diferentes situaciones deben ciertamente diferenciarse las unas de las otras y analizarse individualmente»⁽⁸⁶⁾. Dos personas pueden ser igualmente corresponsables de un mismo tratamiento⁽⁸⁷⁾. Estos corresponsables son entonces conjuntamente responsables de la ejecución de las obligaciones con respecto a la persona afectada⁽⁸⁸⁾, sin perjuicio de aplicar a cada uno su derecho nacional diferente en el contexto de un mismo tratamiento de datos de carácter personal⁽⁸⁹⁾.

2. La sociedad Facebook

§ 28. La sociedad Facebook determina las finalidades y los medios de numerosos tratamientos de datos que se producen con el funcionamiento de la red social⁽⁹⁰⁾. En particular esto se produce cuando obliga contractualmente al usuario a identificarse a través de la red, organiza la utilización de sus datos personales con fines de publicidad personalizada⁽⁹¹⁾, conserva sus datos en los *back up copies* más allá de la supresión de éstos por aquél, registra su dirección IP, colecta informaciones mediante los *cookies*⁽⁹²⁾ a partir de otras fuentes. También cuando transmite datos a terceros, por ejemplo

(85) LÉONARD, T. y MENTION, A., *op. cit.*, pág. 109.

(86) LAFFAIRE, M.-L., *op. cit.*, pág. 91.

(87) Véase art. 2 d) de la Directiva 95/46.

(88) KUNER, C., «European Data Protección Law Corporate Compliance and Regulation», Oxford, Oxford University Press, 2007, pág. 72.

(89) Véase en este sentido BYGRAVE, L. A., «European Data Protección, Determining Applicable Law Pursuant to European Data Protección Legislation», *Computer Law & Security Review*, 2000, págs. 254-255.

(90) En cuanto a la opinión del Grupo de trabajo «art. 29», véase W. P. 163, pág. 5.

(91) Véase *supra* núm. 6.

(92) Véase *infra* núm. 61.

para defender o promover sus intereses económicos o para toda otra finalidad declarada en la política de confidencialidad.

De manera general, la sociedad Facebook define técnica y contractualmente la gama de finalidades y de herramientas informáticas de tratamiento de datos que predispone con su servicio. Fija y modifica las condiciones de uso (y en particular la política de confidencialidad), que pueden limitar el comportamiento del usuario.

§ 29. Dicho esto, a menos que se ensanche *a priori* el concepto de tratamiento, es imposible llegar a conclusiones inequívocas sobre la calidad con la que actúa Facebook con respecto a todos los tratamientos de datos que realiza mediante su servicio⁽⁹³⁾. Un análisis más fino podría echar alguna luz. En efecto, en caso de considerar que el usuario es responsable de ciertos tratamientos⁽⁹⁴⁾ ¿podría Facebook ser su encargado al actuar en función de sus «clic» y definir entre otros los parámetros de difusión de los datos contenidos en su perfil? Solo cuando el tratamiento de la información sobrepasase los estrictos límites de la voluntad del usuario —quizá para poder expresarse en el marco ofrecido por Facebook— recuperaría esta última su condición de responsable único del tratamiento. En principio, el poder decisorio del usuario sobre estos tratamientos, a los cuales suministra un objeto —los datos transferidos— sería nulo⁽⁹⁵⁾. Para la sociedad Facebook solo sería una fuente de acceso a la información⁽⁹⁶⁾.

§ 30. La misma pregunta se plantearía si la empresa que envía publicidad personalizada se considerase responsable de tratamiento —lo cual no es evidente⁽⁹⁷⁾—. En este caso Facebook sería más bien corresponsable, desde el momento en que su poder de decisión es determinante en la aplicación *Ads* (en cuanto a los fines y los medios, así como a su evolución).

(93) Véase *infra* núm. 64.

(94) Véase *infra* núm. 31 y ss.

(95) A menos quizás que estos tratamientos no cesen automáticamente desde el momento en que el usuario suprime los datos por su cuenta, en cuyo caso tendría además el poder de ponerles término.

(96) La persona afectada podría siempre reclamar la responsabilidad del usuario en caso de transferencia ilícita.

(97) Véase *infra* núm. 40.

3. Los usuarios

En relación con los usuarios, conviene establecer una distinción en función de su naturaleza. En efecto, la sumisión del usuario de base⁽⁹⁸⁾ a la Directiva 95/46 es discutible (1), mientras que en principio la cosa cambiaría para los demás usuarios (2)⁽⁹⁹⁾.

3.1. El usuario de base

§ 31. Tomemos una hipótesis de partida: un usuario de Facebook —persona física— acude a una fiesta de cumpleaños, fotografía y filma a los participantes y difunde luego estas informaciones a través de su perfil. Puede quedar sometido a la Directiva 95/46 (a) y, por lo tanto, ser responsable del tratamiento, sin perjuicio no obstante de su libertad de expresión (b).

3.1.1. Sujeción al campo de aplicación de la Directiva 95/46

§ 32. El art. 3, §2 de la Directiva 95/46, única limitación al ámbito de aplicación de esta Directiva que el art. 13 no permite derogar⁽¹⁰⁰⁾, conduce a preguntarnos si esta actividad y los tratamientos subsiguientes no consisten, exclusivamente, en «el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas»⁽¹⁰¹⁾.

§ 33. La Corte de justicia interpreta estrictamente esta excepción⁽¹⁰²⁾ y ha juzgado —en el caso *Lindqvist*— que afectaba «únicamente a las actividades que se incluyen en el marco de la vida privada o familiar de los particulares, lo que manifiestamente no constituye un caso de tratamiento de datos

personales consistente en publicarlos en internet y hacerlos accesibles a un número indeterminado de personas»⁽¹⁰³⁾ (la cursiva es mía). El abogado general Tizzano había concluido en este sentido que la excepción se refería solo a las «actividades manifiestamente particulares y confidenciales, destinadas a no salir de la esfera personal o doméstica de los interesados»⁽¹⁰⁴⁾.

El «Grupo 29»⁽¹⁰⁵⁾ precisa por otro lado que «*If an SNS user acts on behalf of a company or association, or uses the SNS mainly as a platform to advance commercial, political or charitable goals, the exception does not apply*»⁽¹⁰⁶⁾. En el mismo sentido —siempre para excluir el juego de la excepción— el abogado general Tizzano había tomado en consideración la «fuerte connotación social» de una actividad como el catecismo⁽¹⁰⁷⁾.

§ 34. En síntesis, deben tomarse en consideración dos criterios: la naturaleza de la actividad examinada y el «grado de accesibilidad de la información»⁽¹⁰⁸⁾. Consideremos —no siempre será el caso— que la naturaleza de la actividad del usuario de base carezca de una «fuerte connotación social»⁽¹⁰⁹⁾.

§ 35. Queda entonces por determinar si el número de personas que tienen acceso a los datos del perfil del usuario queda definido, o —si estando definido— no es tan amplio como para desnaturalizar la excepción estudiada. Inevitablemente, los *privacy settings* elegidos por este usuario son relevantes. Si los datos de su perfil quedan accesibles, por lo menos a una de sus redes, en el sentido de los *networks* a los que Facebook permite pertenecer, la excepción no puede funcionar porque este tipo de red se compone normalmente de un número indefinido de personas⁽¹¹⁰⁾.

(98) Véase *supra* núm. 17. Es decir, el usuario que se limita a utilizar las aplicaciones de base del sitio Facebook. Así, si añade aplicaciones, no las desarrolla, si es el blanco de publicidad, no las compra, etc.

(99) El usuario persona física de Facebook a menudo también es, evidentemente, una «persona afectada».

(100) C.J.C.E., de 16 de diciembre de 2008 (*Tietosuojavaluutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*) («*Satamedia*»), C-73/07, Rec., 2008, puntos 45-46.

(101) Art. 3, § 2, segundo apartado de la Directiva 95/46. El primer apartado no es pertinente al caso.

(102) Véase en este sentido WONG, R. y SAVIRIMUTHU, J., «All or nothing: this is the question?: The application of Art. 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet», en *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 2008, págs. 241-266, versión electrónica disponible en <http://ssrn.com>, pág. 8.

(103) Caso *Lindqvist*, puntos 46-47.

(104) Conclusiones del fiscal Tizzano, en el caso *Bodil Lindqvist*, punto 34.

(105) Establecido en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46. Está compuesto por un representante de la autoridad o de las autoridades de control designadas por cada Estado miembro, de un representante de la autoridad o de las autoridades creadas para las instituciones y organismos comunitarios y de un representante de la Comisión, y se encarga especialmente de contribuir a la aplicación homogénea de la Directiva 95/46 (art. 30).

(106) W. P. 163, pág. 6.

(107) Conclusiones del abogado general Tizzano, *op. cit.*

(108) Véase el discurso del *Berlin Data Protection Commissioner* reproducido por WONG, R. «*Social...*», *op. cit.*

(109) Puede utilizar fácilmente Facebook para organizar actividades deportivas, salidas, etc.

(110) Algunos tipos de redes (ciudad, universidad, país) son públicamente accesibles.

Cuando el usuario limita a sus «amigos» el acceso a su perfil, es decir, a un círculo cerrado de personas determinadas que acepta como «amigos», puede actuar con fines estrictamente personales. Entonces es factible el juego de la excepción y la persona afectada por estos datos siempre puede ampararse en otras protecciones ofrecidas por el derecho (respeto de la vida privada, sobre la base del efecto horizontal del art. 8 CEDH, derecho a la imagen, prohibición de la calumnia y de la difamación, etc.).

Sin embargo, subsisten dos dificultades. Por un lado, estos «amigos» presentan naturaleza diversa. Esto puede conducir a la «descontextualización»⁽¹¹¹⁾ de la información y a su reutilización para fines incompatibles con su difusión originaria. Y la compartimentalización de los «amigos» tiene una incidencia relativa⁽¹¹²⁾. Además, los desarrolladores de aplicaciones también podrían acceder a las informaciones del perfil⁽¹¹³⁾.

Y por otra parte, no debe perderse de vista que los datos se transfieren a Facebook, establecida en un tercer país, que en virtud de una política de confidencialidad relativamente indeterminada y potencialmente, casi unilateralmente fluctuante⁽¹¹⁴⁾, también pretende tratar los datos recibidos para sus propios fines⁽¹¹⁵⁾. Entonces, aún cabría interrogarse sobre la licitud de la práctica de Facebook consistente en tratar, para estos fines, los datos

(111) Véase *supra* núm. 17.

(112) Esta posibilidad de establecer listas de amigos está limitada en cuanto a la determinación de las informaciones a las que pueden acceder. Por ejemplo, se trataría de prohibir el acceso a la integridad de un *Wall* a tales personas, y no a ciertas informaciones de este *Wall*. Lo mismo cabe decir de las imágenes y los vídeos.

(113) Este reparto se hace a través de la plataforma Facebook. Se debería observar si la aplicación accede entonces a informaciones relativas a personas distintas del usuario, dentro del perfil de este último.

(114) La eficacia del proceso de modificación de la política de confidencialidad es discutible: «We reserve the right to change our Privacy Policy and our Terms of Use at any time. Non-material changes and clarifications will take effect immediately, and material changes will take effect within 30 days of their posting on this site. If we make changes, we will post them and will indicate at the top of this page the policy's new effective date. If we make material changes to this policy, we will notify you here, by email or through notice on our home page».

(115) Si el usuario no se somete al campo de aplicación de la Directiva 95/46, no está obligado a respetar el régimen de los flujos transfronterizos de datos. Podría pues transferir legalmente respecto a la protección de datos los datos al responsable de un tratamiento (proveedor de una red social, de un sitio Web, etc.) establecido en un tercer país que no garantiza una protección adecuada, véase *infra* núm. 67.

relativos a personas no-usuarias del sitio o a usuarios distintos de los que transfieren los datos⁽¹¹⁶⁾.

§ 36. Así pues, el usuario de base tanto puede quedar sometido a la Directiva 95/46 como no y solo es posible llegar a una conclusión mediante un análisis concreto de cada caso.

3.1.2. Necesidad de ponderar los derechos y libertades concurrentes

§ 37. En la medida que un usuario determina la finalidad (comunicar a otras personas) y los medios (Facebook) del tratamiento de publicación de los datos, puede resultar responsable del tratamiento. Aunque lo será con matices. La protección de los datos no puede acabar restringiendo indebidamente la libertad de expresión que garantiza —entre otros— el art. 10 CEDH. Es «a nivel de la aplicación nacional de la normativa de transposición de la Directiva 95/46 en los casos particulares, que debe buscarse el justo equilibrio entre los derechos e intereses afectados»⁽¹¹⁷⁾; las disposiciones de la Directiva 95/46 no violan en sí mismas la libertad de expresión⁽¹¹⁸⁾. Y esta normativa debe interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad⁽¹¹⁹⁾.

§ 38. De una parte, los Estados miembros disponen de suficiente margen de maniobra, en el marco de la Directiva 95/46, para adoptar medidas específicas⁽¹²⁰⁾ para «conciliar» la libertad de expresión y el derecho fundamental a la vida privada —al que se añade el derecho fundamental a la

(116) En tal hipótesis, ¿quid sobre el respeto de los principios fundamentales de la protección de los datos como es la información de la persona afectada? ¿Quid por ejemplo respeto de los principios de *notice* y de *choice* de los *Safe Harbor Principles*? En relación con los *Safe Harbor Principles*, véase *infra* núm. 68.

(117) En este sentido, caso *Lindqvist*, punto 85.

(118) Caso *Lindqvist*, punto 90.

(119) Caso *Lindqvist*, punto 87.

(120) Véanse arts. 9, 13 y Considerando núm. 37 de la Directiva 95/46. La Corte de justicia ha juzgado que las nociones relacionadas con la libertad de expresión, luego la de periodismo, debían interpretarse ampliamente, y que las derogaciones adoptadas debían limitarse a lo estrictamente necesario, caso *Satamedia*, punto 56. Véase también núm. 61, donde la Corte define de forma muy amplia la actividad de periodismo.

protección de datos⁽¹²¹⁾— y obtener una «ponderación equilibrada⁽¹²²⁾». De otra, las sanciones en caso de violación de la Directiva deben ser proporcionadas y deben aplicarse teniendo especialmente en cuenta la duración de la violación y «la importancia, para los interesados, de la protección de los datos divulgados»⁽¹²³⁾.

Corresponde pues a las autoridades nacionales intervenir en nombre de otros derechos y libertades fundamentales —entre los que se cuentan igualmente el secreto de las comunicaciones electrónicas y de la correspondencia⁽¹²⁴⁾—, en los casos en que la protección de datos aparece como un factor reductor de otras libertades que en el caso concreto se consideran más esenciales⁽¹²⁵⁾.

3.2. Los otros usuarios

§ 39. Los desarrolladores de aplicaciones que, a través de sus aplicaciones, pueden tratar y extraer información de carácter personal a partir de la *Facebook Platform* para las finalidades que ellos determinen⁽¹²⁶⁾, pueden

considerarse responsables de tratamiento. Los administradores de *Facebook Pages* también pueden recoger datos de carácter personal y perseguir sus propios fines. Los medios escogidos son las funcionalidades de Facebook.

§ 40. ¿*Quid* en relación con la empresa que fija los parámetros y encarga una publicidad personalizada a través de Facebook? ¿No determina las finalidades —vender el producto o servicio que ofrece lo mejor posible— de un conjunto de tratamientos de datos determinado —el necesario para realizar su campaña publicitaria— y el medio utilizado para tal fin —*Ads* y las bases de datos de Facebook—? Facebook es responsable de dicho conjunto de tratamientos. Sin embargo, en principio no hace publicidad personalizada por cuenta e iniciativa propia a través de *Ads*. Dicho de otra forma, es preciso un encargo; la voluntad de la empresa en cuestión también es decisiva en cuanto a la existencia —el comienzo y final— de los pertinentes tratamientos de datos. Además, ¿no es esta la empresa que se «beneficia de los datos (...) por la información que encierran»⁽¹²⁷⁾? Así, aún sin poseer los datos personales⁽¹²⁸⁾, y sin tener ninguna influencia sobre los mismos, ¿no podría considerarse que esta empresa es corresponsable del tratamiento?

IV. DERECHO APLICABLE A LA SOCIEDAD FACEBOOK

§ 41. Dado que la sociedad Facebook, bajo algunas reservas, es responsable de tratamiento, debemos estudiar la cuestión del derecho aplicable⁽¹²⁹⁾. El tema se enfoca sobre Facebook por dos motivos. De una parte,

(127) Véase *supra* núm. 26.

(128) Véase *supra* núm. 24. Pero en realidad la empresa en cuestión no decide totalmente lo que ocurre con los datos.

(129) Si un litigio se somete a la jurisdicción belga, la violación de la Ley belga que transpone la Directiva 95/46 (L. de 8 de diciembre de 1992 relativa a la protección de la vida privada con respecto al tratamiento de datos de carácter personal, *M. B.*, de 18 de marzo de 1993, «L.V.P.») constituiría una falta en el sentido del art. 1382 C. Civ. Pero para determinar si esta violación puede invocarse como tal, y si puede jugar el régimen de responsabilidad del art. 15 bis del L.V.P., es preciso saber si el L.V.P. vincula a Facebook. Para los otros aspectos del litigio (evaluación del daño, formación del contrato, etc.), sería preciso, a mi parecer, referirse a otras reglas —internacionales, comunitarias o nacionales— de derecho internacional privado. Aunque se haya defendido otra interpretación del art. 4, extendida a todos los aspectos del litigio, véase PÉREZ ASINARI, M. V., «International Aspects of Personal Data Protection *Quo Vadis EU?*», en *Défis du droit à la protection de la vie privée*, M. PÉREZ ASINARI, V. y PALAZZI, P. (eds.), Coll. Cahiers du C.R.I.D., Bruselas, Bruylant, 2008, págs. 405-407.

(121) Art. 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (*D.O.*, C. 364, de 18 de diciembre de 2000); ROUVROY, A. y Poullet, Y., «The right to informational self-determination and the value of self-development, Reassessing the importance of privacy for democracy», in *Reinventing Data Protection*, GUTWIRTH, S., DE HERT, P., C. DE TERWANGNE y Poullet, Y. (eds), Springer, 2009, págs. 45 y s.; RODOTÀ, S., «Data Protection as a Fundamental Right», en *Reinventing Data Protection*, *op. cit.*, págs. 77 y s.

(122) Véase el caso *Satamedia*, puntos 52-56. Para una ilustración en cuanto a la proporcionalidad entre la libertad de expresión y la vida privada, véase WONG, R. y SAVIRIMUTHU, J., *op. cit.*, págs. 29-31. Véase aún C. DE TERWANGNE, «Affaire *Lindqvist* ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles», obs. C.J.C.E., 6 de noviembre de 2003, *R.D.T.I.*, 2004, págs. 96-98.

(123) Caso *Lindqvist*, puntos 88-89.

(124) Susceptibles de aplicarse frecuentemente en el contexto de Facebook. Véase not. art. 8 CEDH, art. 29 de la Constitución y art. 5 de la Directiva (CE) núm. 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de julio de 2002, referente al tratamiento de datos de carácter personal y la protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas, *DO*, L 201, de 31 de julio de 2002.

(125) Si es excesivo de exigir al usuario de base de Facebook que declare su tratamiento a la autoridad nacional de protección de los datos, que los Jueces o legisladores nacionales pueden descartar esta exigencia considerándola como un atentado injustificado a la libertad de expresión.

(126) Facebook advierte al usuario que puede ser llevado a consentir su política de confidencialidad.

controla a todos los intervinientes en la red en sus más mínimos detalles. Y de otra, su caso permite comprobar los límites de aplicabilidad territorial de la Directiva 95/46. Evidentemente, los desarrollos siguientes valen, *mutatis mutandis*, para el conjunto de los responsables identificables del tratamiento.

El art. 4 de la Directiva 95/46 determina su campo de aplicación territorial. El análisis se centrará en un tratamiento de datos⁽¹³⁰⁾ y, a partir de ahí, caben dos situaciones: o bien se realiza bajo la hipótesis del art. 4 (4.1) en cuyo caso el régimen de protección de los datos que ordena se aplica íntegramente, o bien fuera de este caso se aplica el régimen de los flujos transfronterizos de datos (4.2). Ciertamente, *in fine* es una disposición de derecho nacional aplicada por la jurisdicción nacional la que determinará, en su caso, la aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46 (4.3).

1. Artículo 4: aplicación íntegra de la Directiva 95/46

§ 42. Según el art. 4 de la Directiva 95/46, cuyo alcance se discute en primer lugar (1), un Estado miembro aplica su reglamentación nacional de transposición de la Directiva 95/46 en dos hipótesis, con arreglo al lugar de establecimiento del responsable del tratamiento (2) y al lugar en que se hallan situados los medios para el tratamiento (3). Su redacción se presta sin embargo a confusión en cuanto a la posible acumulación de estas hipótesis en un mismo responsable del tratamiento (4).

1.1. Alcance del art. 4 de la Directiva 95/46

§ 43. ¿Qué papel juega el art. 4 en derecho internacional privado? La flexión es similar —si no idéntica⁽¹³¹⁾— a la relativa a la cláusula llamada de

(130) De conformidad con la redacción del art. 4 de la Directiva 95/46. Véase en este sentido KORFF, D., *Data Protection Laws in the European Union*, Richard Hagle, Federation of European Direct and Interactive Marketing and The Direct Marketing Association, 2005, pág. 26. Por otra parte, es respecto a un tratamiento de datos que puede ser identificado el responsable del tratamiento.

(131) Por otra parte, la Directiva 95/46 ya se ha clasificado entre las regulaciones sectoriales que contienen dicha cláusula de «mercado interior», véase WILDERSPIN, M. y LEWIS, X., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, pág. 298.

«mercado interior», contenida especialmente en la Directiva 2000/31, así como a los principios de «reconocimiento mutuo» y del «país de origen»⁽¹³²⁾. ¿Puede considerarse que el art. 4 es una regla de conflicto tradicional, «bilateral», que comporta una «regla de conflicto», propia de la «categoría de conflicto» que constituiría la protección de datos que garantiza la Directiva 95/46⁽¹³³⁾? Así lo darían a entender⁽¹³⁴⁾ la redacción de los Considerandos 18 y 20, el objetivo de la Directiva de evitar los conflictos de leyes⁽¹³⁵⁾, así como los trabajos preparatorios de transposición de la Ley belga —a pesar de su redacción⁽¹³⁶⁾—, en todo caso para los supuestos que implican el territorio de un Estado miembro según alguno de los dos puntos de conflicto del art. 4⁽¹³⁷⁾.

(132) A propósito de esta cláusula y de estos principios, véase not. FALLON, M. y MEUSEN, J., «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2002, págs. 480-488 y 472-476; WILDERSPIN, M. y LEWIS, X., *op. cit.*, págs. 298-312 y 16-18; JOBARD-BACHELLIER, M.-N., «La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel», en *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges offerts en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005; HEUZÉ, V., «De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen», en *Le droit international privé: esprit et méthodes*, precitado; STEENNOT, R., «Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middels internet gesloten (consumenten) overeenkomsten», *D.A.O.R.*, 2000, págs. 199-200; BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *Droit international privé*, t.1, Paris, P. U. F., 2007, págs. 534-538 y 542-543; RIGAU, F. y FALLON, M., *Droit international privé*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, págs. 164-165; CRUCQUENAIRE, A., con la colab. de LAZARO, C., «La clause de marché intérieur: clef de voûte de la directive sur le commerce électronique», en *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Coll. Cahiers du C.R.I.D., Bruselas, Bruylant, 2001, págs. 42-94.

(133) Sobre las nociones de «regla de conflicto» y «categoría de conflicto», véase RIGAU, F. y FALLON, M., *Droit international privé*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005, págs. 106 y s. Sobre las nociones de regla o método «multilaterales» o «bilaterales», véase BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1993, págs. 423-425; BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *op. cit.*, págs. 332-339.

(134) Véase proyecto de ley..., *op. cit.*, pág. 26.

(135) Véase KUNER, C., refiriéndose a DAMMANN, U. y SIMITIS, S., *op. cit.*, pág. 111.

(136) Véase *infra* núm. 45.

(137) Véase *infra* núm. 70 en el caso en que el responsable del tratamiento estuviera establecido en un tercer Estado y no empleara medios con fines de tratamiento en el territorio de la Comunidad. Una etapa suplementaria y bastante contestable sería la de considerar que la regla de conflicto de leyes bilateral que impondría la Directiva 95/46 se extendería, en su caso, a la designación del derecho de un tercer Estado. Sin embargo, los Estados miembros podrían adoptar una regla bilateral de conflicto de leyes.

§ 44. Sin embargo, cabría seguir otra vía, adoptando dos ángulos de reflexión⁽¹³⁸⁾. En primer lugar, en un caso determinado, cuando se acude a la jurisdicción del Estado contemplado por el art. 4 («Estado A»), el derecho de este Estado debe por lo menos prever su aplicación en la medida que transpone la Directiva 95/46; así lo obliga el art. 4. La regulación nacional que transpone la Directiva aparecería entonces como una «ley de aplicabilidad inmediata» —o «de policía»—, así pues como una regla de conflicto «unilateral», siendo la transposición del art. 4 una «regla de aplicabilidad directa» con diversos «factores de aplicabilidad»⁽¹³⁹⁾.

§ 45. Por ejemplo, la Ley belga —art. 3 bis—, se corresponde con esta concepción cuando se aplica retomando casi de forma idéntica, *mutatis mutandis*, el texto del art. 4 de la Directiva 95/46, sin precisar otro derecho aplicable que no sea ella misma. Una aplicación «bilateral» de aquella norma, basada en los principios de «reconocimiento mutuo» y del «país de origen», los elementos mencionados⁽¹⁴⁰⁾ y sobre los trabajos preparatorios, conferiría a este artículo el efecto de una regla de conflicto⁽¹⁴¹⁾ que designa el derecho de los Estados miembros que resulta aplicable.

§ 46. En segundo lugar, cuando se aplica la jurisdicción de otro Estado («Estado B»), la regla podría verse desde otro ángulo. El art. 4 de la Directiva 95/46 no impondría, en cualquier caso explícitamente, la aplicabilidad del

derecho del «Estado A» o de un cualquier otro «Estado C». En este contexto, el «Estado B», encontraría cierto margen de maniobra. Así, las reglas de conflicto de leyes —de aplicabilidad directa o de conflicto— podrían designar la aplicación —parcial si fuera el caso— del derecho de este «Estado B», incluso de otro «Estado C»⁽¹⁴²⁾. Pero eso sería, entonces, únicamente en la estricta medida en que, en el caso mencionado, la «aplicación»⁽¹⁴³⁾ del derecho designado no condujera, por un lado, a «restringir» o a «prohibir» «la libre circulación de datos personales»⁽¹⁴⁴⁾, y, por otro, a violar el derecho comunitario primario⁽¹⁴⁵⁾. En el caso contrario, este derecho debería apartarse en aplicación de una «excepción de reconocimiento mutuo»⁽¹⁴⁶⁾. Esta solución no es indiferente desde el momento en que los Estados miembros disponen de cierto margen de maniobra para transponer las disposiciones materiales de la Directiva 95/46⁽¹⁴⁷⁾, pudiendo dar lugar a disparidades que pueden influir sobre la libre circulación de los datos personales.

§ 47. En síntesis, caben dos interpretaciones. O bien el art. 4 debe transponerse, *mutatis mutandis*, como una regla de conflicto que designa la aplicabilidad del derecho de los Estados miembros, especialmente por razón del principio de reconocimiento mutuo. O bien, por poco que el derecho de un Estado miembro se aplique cuando este artículo así lo prescribe, las autoridades de este Estado disponen de un margen de maniobra residual —llegado el caso, muy reducida— que pueden explotar: afinando el criterio de aplicabilidad que consagra el art. 4, adoptando una regla de conflic-

(138) La reflexión se inspira en este caso en los argumentos de M. FALLON y J. MEEUSEN respecto a la cláusula «mercado interior» de la Directiva 2000/31, véase FALLON, M. y MEEUSEN, J., *op. cit.*, págs. 480-486.

(139) Sobre las nociones de «ley de aplicabilidad (o de aplicación) inmediata», o «de policía», y de «regla de aplicabilidad directa», así como de «criterio de aplicabilidad», véase RIGAU, F. y FALLON, M., *op. cit.*, págs. 138-140 y 129-134. Respecto al art. 4 de la Directiva 95/46, S. FRANCO y M. FALLON subrayan que esta disposición se presenta como una «regla de aplicabilidad», véase FALLON, M. y FRANCO, S., «La coopération judiciaire civile et le droit international privé, Vers un droit proprement communautaire des conflits de loi ou de juridiction», en *Une Constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, DE SCHUTTER, O. y NIHOUL, P. (COORD.), pág. 247. Véase igualmente RIGAU, F. y FALLON, M., *op. cit.*, págs. 162-164. En este sentido igualmente, en mi opinión, KREUZER, K., «La communautarisation du droit international privé: les acquis et les perspectives», en *Droit Global Law, Unifier le droit: le rêve impossible*, VOGEL, L. (bajo la dir. de), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2001, pág. 122 y nota núm. 117).

(140) Véase *supra* núm. 43 *in fine*.

(141) Sobre este tipo de aplicación de una regla unilateral, véase BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *op. cit.*, pág. 425.

(142) Evidentemente, en derecho nacional, solo la regla de conflicto podría tener este alcance.

(143) El alcance no resultaría de la regla de conflicto sino de la aplicación de la regla de derecho material designada, véase en este sentido WILDERSPIN, M. y LEWIS, X., *op. cit.*, págs. 24 y 302.

(144) Véase art. 1, § 2 de la Directiva 95/46.

(145) A saber, por ejemplo, la libre prestación de servicio y la no discriminación por razón de nacionalidad. Véase WILDERSPIN, M. y LEWIS, X., *op. cit.*, págs. 6-37; BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *op. cit.*; JOBARD-BACHELLIER, M.-N. y BERGE, J.-S., «La réception du droit communautaire en droit des conflits de lois», en *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X —Nanterre, 28 de enero— 1 de febrero de 2003, Bruselas, Bruylant, 2003, pág. 200 y nota núm. 47.

(146) Véase BUREAU, D. y MUIR WATT, H., *op. cit.*, pág. 534, y FALLON, M., y MEEUSEN, J., *op. cit.*, págs. 486-488.

(147) Véase, a este respecto, el Considerando núm. 9 de la Directiva 95/46 y M. - H. AMASAR y otros., *op. cit.*, pág. 213.

to específica para la protección de datos, refiriéndose a sus reglas generales de conflicto de leyes —del origen que fueran—, o aun combinando una u otra posibilidad. Cabe hacer notar que ciertas transposiciones del art. 4 de la Directiva 95/46 se apartan⁽¹⁴⁸⁾ y parecen expresar un cierto desapego respecto al artículo, cuya a conformidad con la Directiva resultaría discutible según ambas interpretaciones. Por fin, la primera de ellas parece más conforme a la lógica del mercado interior y al principio de reconocimiento mutuo, así como al espíritu de la Directiva 95/46, mientras que la segunda es más cercana al texto e incluso, a la percepción que ciertos Estados miembros tiene del art. 4 de la Directiva 95/46.

1.2. Un establecimiento sobre el territorio de la Comunidad

§ 48. Cualquiera que sea el alcance del art. 4 de la Directiva 95/46, conviene interrogarse sobre su sentido. Según su § 1º a), un Estado miembro aplica su regulación nacional si el responsable del tratamiento dispone en él de un establecimiento, y si el tratamiento se produce en el marco de las actividades de este establecimiento. Estos elementos se discutirán primero en sentido teórico (a) para ser confrontados luego al caso de Facebook (b).

1.2.1. En teoría

§ 49. La noción de establecimiento requiere, según la jurisprudencia de la Corte de justicia, «la reunión permanente de los medios humanos y las técnicas necesarias para prestar el servicio»⁽¹⁴⁹⁾, y «conlleva el ejercicio efectivo [—y real, añade el Considerando n.º 19 de la Directiva 95/46—] de una actividad económica mediante una instalación estable en otro Estado miembro por un tiempo indeterminado»⁽¹⁵⁰⁾, importando poco su forma jurídica⁽¹⁵¹⁾ y bastando «un simple despacho, gestionado por el propio per-

(148) Véase *infra* núm. 73.

(149) HAVELANGE, B. y LACOSTE, A.-C., «Les flux transfrontaliers de données à caractère personnel en droit européen», *J.T.D.E.*, 2001, pág. 243 y nota 22, en referencia a C.J.C.E., 7 de mayo de 1998 (Léase Plan Luxembourg SA c. Belgische Staat), C-390/1996, *Rec.*, 1998, p. I-02553, en particular puntos 25 a 27.

(150) C.J.C.E., 25 de julio de 1991 (The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres), C-221/1989, *Rec.*, 1991, p. I-03905, punto 20.

(151) Véase Considerando núm. 19 de la Directiva 95/46.

sonal de la empresa»⁽¹⁵²⁾. El artículo contemplaría, en cuanto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, «*de plaats waar het centrum (of de centra) van economische activiteit van de provider is*»⁽¹⁵³⁾.

§ 50. En este contexto, puede considerarse que un responsable del tratamiento establecido en un tercer Estado (la sociedad Facebook) está establecido sobre el territorio de la Comunidad si dispone de un establecimiento en el sentido expuesto⁽¹⁵⁴⁾.

§ 51. Para cumplir aún mejor las condiciones del art. 4, § 1, a), sería necesario que el tratamiento de datos se efectuara «en el marco de las actividades» de este establecimiento. Un indicio de cumplimiento de esta exigencia sería la «disponibilidad» de los datos tratados a partir del establecimiento en cuestión⁽¹⁵⁵⁾. C. KUNER sostiene que esto no se cumpliría si, por ejemplo, los internautas europeos enviaran directamente sus datos con fines de tratamiento a una sociedad madre, vía internet, aunque esta sociedad dispusiera de una filial sobre el territorio comunitario⁽¹⁵⁶⁾.

El «Grupo 29» ha desarrollado este punto en su Opinión sobre los motores de búsqueda, aplicable a las redes sociales⁽¹⁵⁷⁾. Según esta Opinión, el establecimiento debería jugar «un papel significativo en la operación de tratamiento en cuestión»⁽¹⁵⁸⁾; así ocurre en tres casos, uno de los cuales nos llama particularmente la atención: aquel en que «un proveedor de una [red social] establece un despacho [office] en un Estado miembro (EEE) que interviene en la venta de publicidad dirigida a habitantes de este Estado»⁽¹⁵⁹⁾⁽¹⁶⁰⁾.

(152) Ha precisado la Corte de justicia en relación con la libertad de establecimiento, véase C.J.C.E., 4 de diciembre de 1986 (Comisión c. República Federal de Alemania), 205/1984, *Rec.*, 1986, p. 03755, punto 21.

(153) BLOK, P. H., «Privacybescherming in alle staten, Internationaal privacyrecht en IPR onder de Europese Privacyrichtlijn», *Computerr.*, 2005, pág. 299. El autor se refiere a «*een bedrijf dat online diensten aanbiedt*».

(154) Véase KORFF, D., *op. cit.*, págs. 27 y 29-30.

(155) BLOK, P. H., *op. cit.*, pág. 299.

(156) KUNER, C., *op. cit.*, pág. 72.

(157) Véase W. P. 163, pág. 5.

(158) W. P. 148, p.11.

(159) ¿Y por qué no a los habitantes de otros Estados miembros?

(160) En relación con un caso que implica a Google y los foros Usenet, véase T.G.I. París, ord. ref., 14 de abril de 2008, disponible en http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2311, donde el Juez concluye que no se ha demostrado

1.2.2. En el caso de Facebook

§ 52. Facebook ha empezado por traducir su sitio en lenguas cada vez más variadas y dispone finalmente de despachos en el territorio comunitario⁽¹⁶¹⁾. Estos constituyen establecimientos sobre el territorio de la Comunidad⁽¹⁶²⁾; su implantación es duradera, como lo atestigua por lo menos el papel del despacho de Dublín, y todo conduce a creer que se aportan medios humanos y materiales al ejercicio de una actividad efectiva y real.

§ 53. Esta actividad, en todo caso para el despacho de Londres y probablemente el de París, parece integrada —de una forma u otra— a la venta de las publicidad dirigida. Así, de conformidad con la opinión del «Grupo 29», los tratamientos de datos generados por *Ads* que implica a estos despachos podrían quedar sometidos íntegramente a la Directiva.

§ 54. Es más complicado tratar el caso del despacho de Dublín. ¿Hasta dónde llegan —y llegarán— sus actividades? ¿Se extenderán a la administración de los tratamientos de datos realizados en el marco del funcionamiento de la «rama comunitaria» de la red social Facebook? Esto puede ser determinante en cuanto al derecho aplicable a Facebook.

§ 55. Quedaría finalmente por identificar qué tratamientos de datos concretamente afectados. Esto no es evidente desde el momento que los despachos de Facebook no son fácilmente identificables. Y las pocas informaciones de que dispongo no me permiten responder definitivamente a las preguntas planteadas.

que Google Francia (sociedad de responsabilidad limitada) intervenga en el proceso de tratamiento de datos personales que implica el funcionamiento del servicio de archivo considerado —el servicio considerado depende de la actividad de Google Inc. (California)—, a pesar del hecho de que el objeto de la sociedad Google France, «la prestación de todos los servicios y/o consejos relativos a las aplicaciones, a la red internet, a las redes telemáticas o en línea «conlleva en particular la promoción directa de productos y servicios y la puesta en marcha de centros de tratamiento de la información».

(161) Véase *supra* núm. 12-14.

(162) Véase *supra* núm. 15-16.

2. La utilización de medios situados en el territorio de la Comunidad

§ 56. En virtud del art. 4, § 1, c), cuando el responsable del tratamiento no está establecido en el territorio de la Comunidad⁽¹⁶³⁾, un Estado miembro aplica su reglamentación nacional si dicho responsable «recurre, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea»⁽¹⁶⁴⁾. Después de haber aclarado esta disposición en teoría (a), debe aplicarse en la práctica (b).

2.1. En teoría

§ 57. La finalidad originaria de esta disposición consiste en evitar que el responsable del tratamiento eluda las obligaciones de la Directiva, estableciéndose en un tercer país⁽¹⁶⁵⁾. Para aplicarla es preciso interpretar la noción de «medio» («*equipment*»).

§ 58. T. LÉONARD y A. MENTION ha sintetizado —en la doctrina belga— las posiciones defendidas al respecto⁽¹⁶⁶⁾. Por un lado, esta noción puede interpretarse «literalmente» y recibir así un alcance muy amplio. Por otro, cabe defender otras dos interpretaciones más restrictivas —que reúnen la doctrina belga mayoritaria—: una es «semántica»⁽¹⁶⁷⁾ y la otra «teleológica». Es la interpretación teleológica la que los autores consideran «más convincente». Según esta, deberían contemplarse dos hipótesis: la que elude deliberadamente mediante la deslocalización del establecimiento del responsable de tratamiento, y aquella en que «el responsable del tratamiento organiza activamente, por medios propios que elige, situados en territorio

(163) La noción de «Comunidad» alcanza a los Estados miembros y a los del espacio económico europeo.

(164) Además, en virtud del art. 4, § 2 de la Directiva 95/46, «el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento».

(165) Véase a este respecto KUNER, C., *op. cit.*, pág. 119, y BLOK, P. H., *op. cit.*, págs. 297-298.

(166) LÉONARD, T. y MENTION, A., *op. cit.*, págs. 115-118.

(167) Fundada sobre el concepto de medio y de la utilización que debe hacer el responsable del tratamiento (posesión, alquiler, utilización directa o indirecta).

europeo, un flujo de los datos "europeos" hacia el terceros países para tratar ulteriormente estos datos fuera del EEE»⁽¹⁶⁸⁾.

En ambos casos, la noción debe concretarse. Constituyen ejemplos de equipos «los PC, terminales y servidores [—"*servers that store, modify, or otherwise process the data other than just sending it on its way*"⁽¹⁶⁹⁾—] que se pueden utilizar para casi todos los tipos de tratamiento de datos»⁽¹⁷⁰⁾. El establecimiento del responsable del tratamiento también debería poder considerarse un «medio»⁽¹⁷¹⁾. El término «medio» sugiere un concepto más amplio que «*any physical apparatus*»⁽¹⁷²⁾. En todo caso, estos medios no deben ser de «tránsito»⁽¹⁷³⁾.

§ 59. Todavía será necesario que el responsable de trato «recurra» («*makes use*») a tales medios, «con el fin de realizar un tratamiento de datos personales», importando poco que sea su propietario o su poseedor⁽¹⁷⁴⁾; los medios citados deben estar a su disposición⁽¹⁷⁵⁾, sin que ejerza necesariamente un control total sobre ellos. Este control es suficiente cuando el res-

(168) LÉONARD, T. y MENTION, A., *op. cit.*, pág. 118. En este sentido, véase TERWANGNE, C. DE Y LOUVEAUX, S., «Data Protection – Data protection and online networks», *Computer Law & Security Review*, 1997, pág. 238. Pero a menudo, como en el caso de Facebook, la localización del responsable de tratamiento fuera de la Comunidad «*est logique et ne résulte pas d'une volonté de contourner les dispositions de la directive*», HAVELANGE, B. y LACOSTE, A.-C., *op. cit.*, pág. 244.

(169) KUNER, C., *op. cit.*, pág. 122.

(170) Grupo 29, «Documento de trabajo: Aplicación internacional del derecho de la UE en materia de protección de los datos al tratamiento de datos de carácter personal en internet por sitios web establecidos fuera de la UE», a partir de ahora: «W. P. 56», 30 de mayo de 2002, pág. 9.

(171) Véanse los matices de KUNER, C., *op. cit.*, págs. 122-123.

(172) KORFF, D., *op. cit.*, nota 31, pág. 33. L. A. BYGRAVE pone de relieve que el Considerando núm. 40 de la Directiva utiliza sin embargo el término «*means*». L. KORFF, D., *op. cit.*, nota 31, pág. 33. L. A. BYGRAVE pone de relieve que el Considerando núm. 40 de la Directiva utiliza sin embargo el término «*means*». BYGRAVE, L. A., «European Data Protection – Determining...», *op. cit.*, pág. 254.

(173) «Siendo los medios utilizados exclusivamente para el tránsito son las redes de telecomunicaciones (ejes centrales, cables, etc.) que forman parte de internet y por las cuales pasan las comunicaciones internet desde el punto de expedición hasta el punto de destino», W. P. 56, pág. 9.

(174) En este sentido, W. P. 56, pág. 10. Véase sin embargo SWIRE, P. P., «Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet», 23 de agosto de 1998, disponible en <http://ssrn.com>, pág. 18.

(175) W. P. 56, págs. 9-10.

ponsable del tratamiento «determina qué datos registra, almacena, traslada, modifica, etc., de qué manera y con qué finalidad»⁽¹⁷⁶⁾.

§ 60. De conformidad con las consideraciones anteriores, el ordenador de un internauta⁽¹⁷⁷⁾ constituirá un «medio» si, por un lado, un *software* —*virus, trojan horse*, etc.— permite tomar su control, o permite registrar datos a partir de él y trasladarlos al responsable de tratamiento, como en el caso del uso de «*cookies*», «*banners*», «*JavaScripts* y aplicaciones similares»⁽¹⁷⁸⁾. Y si, por otra parte, está implicado en el tratamiento de datos personales realizado por el responsable de tratamiento.

2.2. En el caso de Facebook

§ 61. Facebook utiliza al menos dos tipos de «medios» situados en el territorio de la Comunidad⁽¹⁷⁹⁾. Por un lado, registra datos mediante *cookies*, como precisa en su política de confidencialidad⁽¹⁸⁰⁾. En este caso, los terminales de los usuarios son los medios situados en el territorio de la Comunidad. Y por otro, Facebook dispone también de despachos. De nuevo, subsiste una dificultad substancial: ¿cómo determinar, en la práctica, a qué fines de tratamiento destina Facebook estos medios?

§ 62. Por otra parte, la sociedad Facebook podría utilizar otros medios si, registrando información «a partir de otras fuentes», accede directamente a las bases de datos situadas en el territorio comunitario⁽¹⁸¹⁾, para fines de tratamiento. Lo que no obstante resulta bastante hipotético, habida cuenta la falta de precisiones al respecto.

(176) *Ibidem*.

(177) Véase especialmente a este respecto W. P. 148, págs. 11-12.

(178) Véase W. P. 56, págs. 10-13. En cuanto a las *cookies*, véase sin embargo, de forma más matizada, KUNER, C., *op. cit.*, págs. 123-127.

(179) Ampliando el discurso a otros intervinientes, más allá de la sociedad Facebook, el caso del desarrollador de una aplicación que trata datos personales caer por ejemplo bajo el art. 4, § 1, c) si su aplicación se hospedara en servidores situados en el territorio de la Comunidad.

(180) Facebook coloca diecisiete *cookies* en el ordenador del usuario.

(181) Véase AMASAR, M.-H. y otros, *op. cit.*, pág. 175.

3. ¿Aplicación acumulada de los puntos a) y c) del art. 4?

§ 63. Según los términos del art. 4, o bien el responsable del tratamiento está establecido en el territorio de la Comunidad y se aplica entonces únicamente el § 1 a), o bien no es éste el caso, y entra en juego el § 1 c). Así pues, con respecto a un mismo responsable, cabe considerar que estas dos disposiciones no pueden aplicarse cumulativamente⁽¹⁸²⁾.

§ 64. Pero el análisis debe referirse sistemáticamente a un tratamiento de datos personales, y no versar sobre un responsable de tratamiento en general. Esto puede tener una incidencia determinante sobre el derecho aplicable según el «grado de descomposición —por el juez— (en función de las operaciones técnicas y de las finalidades)» de una operación de tratamiento conjunta en una suma de tratamientos diferentes⁽¹⁸³⁾.

§ 65. Cabe proponer una interpretación específica. Así, los puntos a) y c) del art. 4 deberían poder aplicarse cumulativamente a un *tratamiento particular* —por ejemplo, mediante *cookies*— realizado por el responsable de un tratamiento en el marco de las actividades de su establecimiento en un tercer país —y no las de un establecimiento comunitario— pero en el que se utilizan medios situados en el territorio de la Comunidad. Para este *tratamiento*, el responsable se consideraría no establecido en el territorio de la Comunidad⁽¹⁸⁴⁾ y las disposiciones se aplicarían de forma concomitante⁽¹⁸⁵⁾.

(182) Sobre este tema, véase BLOK, P. H., *op. cit.*, págs. 301-302.

(183) En efecto, una operación puede constituir un tratamiento y un conjunto de operaciones también pueden constituir un solo tratamiento (art. 2 b) de la Directiva 95/46). La Corte de justicia, en el caso *Satamedia* (punto 37), parece tener una concepción «globalizante» del tratamiento de datos, reduciendo un conjunto de operaciones a un solo tratamiento. Lo que parece lógico desde el momento en que la operación global perseguía una sola finalidad (véase asimismo el art. 18 § 1 de la Directiva 95/46). De forma bastante lógica, el «grado de recorte» de la operación dependería de las finalidades perseguidas. En este caso, importaría determinar entonces cuando suspendo una finalidad para que empiece otro. En el caso de Facebook, las finalidades comerciales y —digamos— de «red social» —deben distinguirse o bien son dos vertientes de una misma finalidad comercial— y por lo tanto de una misma operación global de tratamiento?

(184) Véase en este sentido KORFF, D., *op. cit.*, pág. 33, nota 30.

(185) Este razonamiento debería matizarse si se transpusiera a un caso en que el responsable del tratamiento solo estuviera establecido en el territorio de la Comunidad, véase *supra* núm. 43 y s.

3.1. Artículos 25 y 26: flujo transfronterizo de datos

§ 66. La hipótesis de partida consiste en la inaplicabilidad del art. 4 a un tratamiento de datos: el responsable del tratamiento no se considera establecido en el territorio de la Comunidad y no utiliza medios localizados sobre el territorio europeo. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando Facebook trata los datos de los usuarios para personalizar el funcionamiento de la red social⁽¹⁸⁶⁾ o cuando los conserva después de que estos los cancelen. Así ocurriría si los tratamientos de datos implicados en la aplicación *Social Ads* no pudieran incluirse en las hipótesis del art. 4 según los argumentos precedentes⁽¹⁸⁷⁾. Entonces se aplicaría el régimen de los flujos transfronterizos de datos personales⁽¹⁸⁸⁾ consagrado en los arts. 25 y 26 de la Directiva; los usuarios comunitarios envían sus datos personales a los Estados Unidos desde la Comunidad⁽¹⁸⁹⁾, con fines de tratamiento, habiendo velado previamente a la licitud del tratamiento en que consiste esta transferencia⁽¹⁹⁰⁾.

§ 67. Este régimen obliga a los Estados miembros a impedir los flujos de los datos hacia terceros Estados que no aseguren una protección adecuada, salvo que resulten aplicables las excepciones establecidas en el art. 26. La Comisión puede decidir, por otra parte, si un tercer país asegura o no una protección adecuada, decisión a la que deben conformarse los Estados miembros⁽¹⁹¹⁾.

(186) Por ejemplo, proponiendo a un usuario de convertirse en «amigo» de personas que podría conocer o de convertirse en «fan» de una *Facebook Page*, como algunos «amigos» suyos (en esta última hipótesis, se trata concretamente de una posibilidad ofrecida por *Ads* que permite añadir *Social Actions* a una publicidad).

(187) Véase *supra*, núm. 52-55.

(188) Según el art. 25 de la Directiva 95/46, el régimen de «transferencia» de datos personales «que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia», hacia un país tercero.

(189) La política de confidencialidad los advierte de esta transferencia. Además, por un lado, considero que la difusión de informaciones a través de un sitio web, por un internauta, constituye un flujo transfronterizo de datos. Véase, en este sentido, LÉONARD, T. y MENTION, A., *op. cit.*, págs. 96-98, y TERWANGNE, C. DE, *op. cit.*, págs. 93-96. Por contra, la Corte de justicia, en el caso *Lindqvist*, se ha posicionado en sentido contrario, véanse puntos 60-71. Y por otra parte, en este caso concreto, los usuarios envían de todos modos la información a la sociedad Facebook como tal.

(190) De ahí el interés de su sujeción a la Directiva 95/46.

(191) Arts. 25 §§ 4 y 6 de la Directiva 95/46.

§ 68. En los Estados Unidos, la sociedad Facebook se ha adherido a los *Safe Harbor Principles*⁽¹⁹²⁾, así como al *TRUSTe Privacy Seal Program*⁽¹⁹³⁾. Y la Comisión Europea ha decidido que la protección ofrecida por estos principios era adecuada⁽¹⁹⁴⁾. Los Estados miembros deben conformarse con esta decisión.

§ 69. *A priori* y a tenor del art. 25 de la Directiva 95/46, una decisión de adecuación por parte de la Comisión solo debería tener, para los Estados miembros, el efecto de levantar la obligación de impedir los flujos de los datos hacia el tercer país afectado. Sin embargo, la lógica del sistema conduce a pensar que ya no podrían impedir estos flujos a causa de la falta de adecuación de la protección ofrecida por este país. Esto es lo que se desprende a *contrario* de la decisión de la Comisión relativa a los *Safe Harbor Principles*, que precisa *algunos* casos en que las autoridades competentes de un Estado miembro pueden «suspender los flujos de datos hacia una organización que se haya adherido a los principios»⁽¹⁹⁵⁾.

§ 70. ¿No querría la lógica, igualmente, que el derecho aplicable al tratamiento ulterior al flujo sea el de este Estado? Una interpretación del art. 4 a la luz de los arts. 25 y 26 conduciría a ello, imponiendo una regla de conflicto de leyes bilateral también para casos «más» internacionales; se le podría reconocer un carácter universal, especialmente de conformidad con el Reglamento «Roma I». Sin embargo, el texto de la Directiva 95/46

(192) Para una presentación de los *Safe Harbor Principles*, véase PÉREZ ASINARI, M. V. y POULLET, Y., «Privacy, personal data protection and the Safe Harbour decision. From euphoria to policy: from policy to regulation...?», en *The future of transatlantic economic relations: continuity amid discord*, Florence, European University Institute, 2005, págs. 101-134; KORFF, D., *op. cit.*, págs. 248-296; MOAL-NUYTS, C., «Le transfert de données à caractère personnel vers les Etats-Unis conformément au droit européen», *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 2002, págs. 451-470; KEMNER, J., «De Safe Harbor Principles», *Computerr.*, 2001, págs. 73-77.

(193) Véase <http://www.truste.org/ivalidate.php?url=www.facebook.com&sealid=101>.

(194) Decisión (CE) núm. 2000/520 de la Comisión de 26 de julio de 2000 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la pertinencia de la protección dispensada por los principios de la «esfera de seguridad» y por las preguntas planteadas y pertinentes, publicadas por el ministerio de comercio de los Estados Unidos de América, *DO*, L 215, de 25 de agosto de 2000.

(195) Véase art. 3, § 1 de la Decisión (CE) núm. 2000/520, *op. cit.* Eso es sin embargo «sin perjuicio de sus poderes de tomar medidas que se dirigen a asegurar el respeto de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de disposiciones distintas a las del art. 25 de la Directiva 95/46/CE». De donde la utilización del artículo «las».

no se refiere claramente a la aplicabilidad del derecho de un tercer Estado⁽¹⁹⁶⁾. Además, la argumentación propuesta, considerando el art. 4 como una regla de conflicto bilateral en cuanto definiría la aplicabilidad del derecho de los Estados miembros, no valdría para este caso⁽¹⁹⁷⁾.

§ 71. Si la Directiva no impone tal regla pero los Estados no pueden prohibir los mencionados flujos transfronterizos de datos ¿no podrían «encontrar» estos flujos mediante medidas particulares, «frenándolos» en su caso e incluso, en los casos marginales, llegando a exigir la aplicación de su derecho al responsable del tratamiento establecido en el tercer país? Una medida nacional particular consistiría en prever la aplicación del derecho nacional al derecho de acceso de la persona afectada⁽¹⁹⁸⁾, o someter al responsable del tratamiento a una obligación de información reforzada. El derecho aplicable podría determinarse, llegado el caso, aplicando las reglas de conflicto de leyes en materia de lesión a la vida privada⁽¹⁹⁹⁾.

En contraste con las «relaciones intracomunitarias», el margen de manobra de los Estados miembros sería esta vez mayor, aunque de todos modos limitado por las reglas de la OMC⁽²⁰⁰⁾.

(196) La Directiva 95/46 no se presta a esta interpretación; solo atañe a los derechos de los Estados miembros, véase sobre ciertas reglas de aplicabilidad comunitaria en general, FALLON, M., y FRANQ, S., «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts», en *Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2000, págs. 166-167. Ahora bien ¿quid si, en el caso de que un responsable del tratamiento establecido en un «tercer Estado A» instala sus medios de tratamiento en los Estados Unidos y se adhiere a los *Safe Harbor Principles* para tratar datos comunitarios y burlar la legislación del «tercer Estado A», la persona afectada entiende que debe beneficiarse del derecho de este «tercer Estado A» porque el responsable del tratamiento está establecido en él? La Directiva 95/46 no aporta solución.

(197) Véase *supra* núm. 43 y s. Notemos que aquí ya no se aplicaría el principio de reconocimiento mutuo.

(198) Lo que podría garantizar al proveedor de la red social. Basta con tomar la hipótesis de la sociedad Dailymotion que garantiza un derecho de acceso sobre la base del derecho francés, véase <http://www.dailymotion.com/register>.

(199) Señalemos de entrada que el Reglamento «Roma II» no trata sobre el derecho aplicable a las «obligaciones no contractuales derivadas de atentados a la vida privada y a los derechos de la personalidad», véase art. 1, § 2, g) del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DO*, L 199, de 31 de julio de 2007. Deberíamos referirnos al art. 99, § 2, 1.º del C.D.I.P.

(200) Sobre este tema, véase POULLET, Y., «Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne 95/46/CE en matière de flux transfrontières et de protection des

3.2. Derecho nacional y extraterritorialidad de la Directiva 95/46

§ 72. El Derecho nacional de los Estados miembros, transponiendo las citadas disposiciones de la Directiva 95/46 e interpretado de conformidad con la Directiva, sería aplicable en caso de litigio⁽²⁰¹⁾. Y las legislaciones nacionales no son uniformes⁽²⁰²⁾. Si Bélgica ha adoptado una disposición semejante al art. 4 de la Directiva 95/46, otros Estados se han apartado del mismo de forma «más original» —irregularmente llegado el caso—.

§ 73. Por ejemplo, en relación con el establecimiento del responsable del tratamiento, los Derechos finlandés, sueco y griego no hacen referencia al criterio del «contexto de las actividades»⁽²⁰³⁾. La Ley alemana es bastante vaga y se aplica a un responsable del tratamiento no establecido en un Estado miembro de la Unión (o del EEE) que registra, trata o utiliza datos personales en Alemania, sin definir estas nociones ni remitirse a la utilización de equipos⁽²⁰⁴⁾. En cuanto a la Ley danesa, se aplica especialmente al responsable de un tratamiento establecido en un tercer Estado si, a los fines del tratamiento, la colecta de los datos tiene lugar en Dinamarca⁽²⁰⁵⁾. Por fin, la regulación griega anteriormente vinculaba a los responsables del

tratamiento no establecidos en Grecia desde el momento en que el tratamiento se refiere a personas establecidas en territorio griego⁽²⁰⁶⁾.

En estos casos, contrariamente a lo que se desprende de la interpretación expuesta de la Directiva 95/46 —la Comisión afirma que «varios Estados miembros deberán modificar su legislación»⁽²⁰⁷⁾—, parece plausible la aplicación integral de esta Directiva a numerosos tratamientos de datos por Facebook.

§ 74. En un caso como Facebook, ya se trate de defender una interpretación amplia del art. 4, ya de adoptar disposiciones adicionales a los arts. 25 y 26, ya aún de seguir una interpretación «globalizante» de la noción de tratamiento de datos, se plantea la cuestión de la extraterritorialidad de la Directiva 95/46 y de la tensión a la que se enfrentan legisladores y jueces en el ámbito del «cibespacio y del comercio electrónico»⁽²⁰⁸⁾.

§ 75. Esta extraterritorialidad⁽²⁰⁹⁾, íntegra o parcial⁽²¹⁰⁾, de conformidad con las reglas de la OMC, podría justificarse en este caso por tres razones. En primer lugar, no estamos hablando solo de prestaciones de servicio, sino también de derechos fundamentales —vida privada y protección de los datos— y de regulación del orden público; la Unión Europea y los Estados miembros tienen «el derecho y el deber» «de velar por el respeto de la protección de datos en el comercio mundial»⁽²¹¹⁾. Pongamos de relieve que cuando se trata de la aplicación de la Convención Europea de los Derechos

données», *Comm. Com. Elec.*, 2003, págs. 11-15; PÉREZ ASINARI, M. V., «Is there any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules?», *The Electronic Communications Law Review*, 2002, págs. 249-280. Véase por contra BERGKAMP, L., «EU Data Protection Policy, The Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe's Data Protection Policy in an Information-Driven Economy», *Computer Law and Security Review*, 2002, págs. 39-40.

(201) C.J.C.E., de 13 de noviembre de 1990 (*Marleasing, S.A. c. La Comercial Internacional de Alimentación, S.A.*), C-106/1989, *Rec.* 1990, p. I-04135, punto 8.

(202) Sobre el tema, véase Comisión, «Primer informe sobre la aplicación de la Directiva relativa a la protección de datos (95/46/CE)», de 15 de mayo de 2003, C.O.M. (265) final, y el estudio que lo acompaña, titulado «Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States», disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/, en particular págs. 6-7 y págs. 31-35.

(203) «Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States», *op. cit.*, pág. 6.

(204) Véase § 1 (5) *Bundesdatenschutzgesetz (stand: 15 November 2006)*, disponible en inglés a partir de http://www.bfdi.bund.de/cln_111/EN/DataProtectionActs/DataProtectionActs_node.html.

(205) Véase § 4 (3), 2 del «Act on Processing of Personal Data (as amended)», disponible en inglés a partir de <http://www.datatilsynet.dk/english/>.

(206) KUNER, C., *op. cit.*, págs. 114 y 116. Otros autores habían subrayado esta especificidad, véase LUCAS, A., DEVÈZE, J. Y FRAYSSINET, J., *op. cit.*, p. 94. No obstante, la Ley griega ha sido modificada y se refiere al uso de equipos, véase art. 3, § 3, b) de la *Law 2472/1997 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (as amended)*, disponible a partir de <http://www.dpa.gr/>.

(207) *Primer informe...* *cit.*, pág. 19. Lo que han hecho los griegos.

(208) SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne – Une approche critique*, Coll. Cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2005, págs. 64-65. Véase también W. P. 56 pág. 3.

(209) A veces también con alcance al otro lado del Atlántico, véase la *Children's Online Privacy Protection Act* de 1998.

(210) Pero sobrepasando en todo caso el régimen de los flujos transfronterizos de datos tal como está previsto actualmente.

(211) POULLET, Y., «Pour une justification...», *op. cit.*, pág. 15.

del Hombre (CEDH), el derecho designado por la regla de conflicto debe apartarse, si viola los derechos garantizados por la Convención⁽²¹²⁾.

En segundo lugar, cabe sostenerse que la Comisión no ha estado acertada al proclamar adecuada la protección que garantizan los *Safe Harbor Principles*⁽²¹³⁾ —política y economía obligan—, en particular desde el momento en que su aplicación deja que desear⁽²¹⁴⁾. De este modo se debilita la efectividad de la protección ofrecida por los arts. 25 y 26 de la Directiva, aunque el Derecho americano siempre puede evolucionar y cambiar de planteamientos⁽²¹⁵⁾.

Finalmente, en tercer lugar, debe tomarse en consideración la naturaleza de este servicio: un servicio de la sociedad de la información «de carácter personal» dirigido hacia el mercado comunitario y cuyo suministro contrata el usuario con la sociedad Facebook⁽²¹⁶⁾. Además, este usuario a menudo será residente habitual de la Comunidad y todo conduce a pensar que ocurrirá al servicio desde la Comunidad.

§ 76. Estas consideraciones abogan por una aplicación extraterritorial más amplia de la Directiva 95/46 —satisfaciendo un criterio de aplicación complejo pero que garantiza un «vínculo estrecho»⁽²¹⁷⁾ con la Comunidad— a un responsable de tratamiento como es Facebook y, finalmente, a todos los tratamientos de datos de los que sea responsable e impliquen a los residentes en la Comunidad que recurran a sus servicios⁽²¹⁸⁾. La aplicación de la Ley nacional de protección de los datos de un Estado miembro —o de algunas de sus disposiciones— resultaría del juego de reglas específicas de conflicto o de aplicabilidad, e incluso, si fuera el caso, de la cláusula de excepción de orden público⁽²¹⁹⁾. Y cabe señalar que someterse a este derecho no infligiría una tarea imposible al proveedor de la red

(212) Recordemos que los Estados miembros de la CEDH «reconocen a toda persona sometida a su jurisdicción los derechos y libertades que define al Título I de esta Convención». Lo que puede influir sobre el derecho internacional privado y la eventual evicción del derecho de un Estado ajeno a la Convención, véase not. GANNAGÉ, L., «À propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux», en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, págs. 265-284. Sin entrar en la reflexión que requiere este asunto, pongamos de relieve que la conexión con el ordenamiento jurídico comunitario mencionada en el caso justificaría por lo menos que la protección de los datos releva —en la medida en que estaría fundada por la Corte Europea de Derechos del Hombre en el art. 8 del CEDH— de cierto «orden público de proximidad», pág. 274. Véase igualmente art. 1.º del Conv. núm. 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado datos personales, firmada en Estrasburgo, el 28 de enero de 1981.

(213) Para un comentario sobre los mismos, véase not. la posición del Parlamento Europeo relatada por ALONSO BLAS, D., «Universal Effects of the European Data Protection Directive», en *A Decade of Research @ the Crossroads of Law and ICT*, DUMORTIER, J., ROBBEN, F. y TAEYMANS, M. (eds.), Bruselas, De Boeck & Larcier, 2001, págs. 27-28; FRAYSSINET, J., «La protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet?», en *Le droit international de l'internet*, CHATILLON, G. (bajo la dir. de), Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, Bruselas, Bruylant, 2002, pág. 439; Grupo 29, Opinión 4/2000 sobre el nivel adecuado de protección asegurado por los «principios de *Safe Harbour*», de 16 de mayo de 2000; POULLET, Y., «Les Safe Harbor Principles – Une protection adéquate?», *Juris-com.net*, 17 de junio de 2000; ZINSER, A., «International data transfers between the United States and the European Union: are the procedural provisions of the Safe Harbor solution adequate?», *Computer Law & Security Report*, 2004, págs. 182-184.

(214) DHONT, V. J., PÉREZ ASINARI, M. V. y POULLET, Y., con la colaboración de REIDENBERG, J. R. y BYGRAVE, L. A., «Safe Harbour Decision Implementation Study», 19 de abril de 2004, disponible en http://ec.europa.eu/justice_home/; DHONT, J., «De safe harbor-beginselen. De stand van zaken één jaar na de veiligheidsstudie», *Computerr.*, 2006, págs. 150-158; GRANT, J., «International data protection regulation, Data transfer – safe harbor», *Computer Law & Security Review*, 2005, pág. 258.

(215) Véase por ejemplo el *Personal Data and Privacy Security Act* de 2009 introducido actualmente en el Senado americano, disponible en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:S.1490>.

(216) Véase *supra* núm. 7-9, 15 y 20-22.

(217) Véase por ejemplo art. 6, § 2 de la Dir. (CEE) núm. 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, relativo a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores, DO, L 95, de 21 de abril de 1993.

(218) Quedarían dificultades sin embargo en cuanto a la determinación del derecho nacional aplicable. Una solución concreta —impracticable en derecho positivo— consistiría en permitir al proveedor de un servicio como el contemplado en este trabajo de quedar sometido solo a el(los) derecho(s) del (o de los) Estado(s), miembro(s) con el(los) que mantendría las relaciones más estrechas. Véase también la eventual utilidad de un principio de «*home country control*» referido por P. H. BLOK en relación con otro tema, en BLOK, P. H., *op. cit.*, pág. 45, y las referencias citadas en la nota 25.

(219) Cuando se ha determinado —sea cual sea el método utilizado— que resulta aplicable el derecho de un tercer Estado, podría aplicarse el derecho de un Estado miembro mediante el juego de la excepción de orden público internacional a través del concepto de «orden público de proximidad»; véase sobre esta noción y su vinculación en particular con la citada Directiva 93/13, VAREILLES-SOMMIÈRES, P. DE: «La communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats», en *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges offerts en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, págs. 798-800. Sin embargo es preciso reconocer que la Directiva 95/46 no está redactada del mismo modo que las Directivas sobre las que escribe el autor.

social; la conformidad de una red social a la Directiva 95/46 ha sido ya constatada⁽²²⁰⁾.

Sin embargo, aún debe reconocerse que el estado actual del Derecho comunitario solo lo permitiría parcialmente y acaso a resultas de dificultades prácticas y de interpretación sustanciales y dificultosas. Así pues, la reflexión alrededor de este caso debe proseguir⁽²²¹⁾.

V. CONCLUSIÓN

§ 77. La presentación que propone la propia red social Facebook —servicio de la sociedad de la información «de carácter personal»— permite identificar una sociedad americana que dispone de establecimientos en el territorio de la Comunidad, que dirige sus actividades hacia esta y que persigue un fin comercial. El servicio ofrecido reúne, por otra parte, una multitud de usuarios de naturaleza muy variada, que puede considerarse cocontratantes de Facebook, y que revisten potencialmente la calidad de responsables del tratamiento.

§ 78. Hemos ilustrado los límites de la aplicación territorial de la Directiva 95/46. Es discutible su aplicación íntegra a los tratamientos de datos personales de los que Facebook es responsable. De manera general, esta sociedad parece someterse principalmente al régimen de los flujos transfronterizos de datos, mientras que sería deseable una aplicación más amplia de los principios de la Directiva 95/46.

§ 79. En conclusión, en un contexto como el de Facebook y de las redes sociales que presentan sus características, las Autoridades comunitarias y nacionales, ya que estas últimas disponen de cierto margen de maniobra, se enfrentan al menos a un doble desafío: osar la extraterritorialidad de su regulación cuando se perciba su necesidad, aunque velando por que esta aplicación no comprometa ilegítimamente las reglas del comercio internacional y los derechos y libertades fundamentales concurrentes.

(220) Véase Grupo 29, «11.ª Relación anual sobre el estado de la protección de las personas con respecto al tratamiento de los datos personales en la Unión Europea y los terceros países, relativa al año 2007», de 24 de junio de 2008, pág. 88.

(221) La Comisión Europea ha subrayado que era preciso proseguir con la reflexión sobre el art. 4 de la Directiva, véase *Primera relación*, cit., pág. 20.