

R E V I S T A

C A T A L A N A

DE

DRET PRIVAT

Volum 27, 2023

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2023

Amb la col·laboració de:



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

Aquesta revista és accessible en línia des de la pàgina <http://publicacions.iec.cat>.

© dels autors

Editat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics,
filial de l'Institut d'Estudis Catalans
Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Primera edició: desembre de 2023

Compost per T.G.A., SL
Impressa a T.G.A., SL

ISSN (ed. impresa): 1695-5633
ISSN (ed. digital): 2013-9993
Dipòsit legal: B 47896-2002



Els continguts de la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text, en les fotografies o en altres il·lustracions— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>. Així, doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci ús comercial ni cap obra derivada.

LA CONCLUSIÓN DE CONTRATOS AMB CONSUMIDORS EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Esther Arroyo Amayuelas
*Universitat de Barcelona*¹

Resum

A més d'ocupar-se de la protecció dels drets fonamentals dels ciutadans a l'entorn de les plataformes en línia, el Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell, del 19 d'octubre de 2022, relatiu a un mercat únic de serveis digitals (*Digital Services Act*, DSA), també aborda la protecció dels consumidors en les seves relacions contractuals amb les empreses. És raonable imposar responsabilitat a les plataformes que tenen un paper predominant quan el comerciant ofereix béns o serveis que no són conformes al contracte i és prudent proporcionar als consumidors els mateixos recursos que tenen contra el comerciant en un contracte d'empresa a consumidor (*business to consumer*, B2C). Tot i això, l'article 6.3 del Reglament continua depenent massa de com els estats membres decideixen imposar aquesta responsabilitat en la seva legislació nacional.

Paraules clau: responsabilitat de les plataformes, *Digital Services Act* (DSA), protecció del consumidor, contractes B2C.

LA CONCLUSIÓN DE CONTRATOS DE CONSUMO EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Resumen

Además de ocuparse de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el entorno de las plataformas en línea, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, también aborda la protección de los consumidores en sus relaciones contractuales con las empresas. Es razonable imponer responsabilidad a las plataformas que tienen un papel

1. La contribució forma part de la investigació duta a terme en el si de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu i del Grup Consolidat de Recerca 2021 SGR 00347 de la Universitat de Barcelona. S'actualitza aquí el text de la conferència pronunciada el passat 16 d'abril de 2023 en un acte organitzat pel Centre d'Investigació Jurídica de la Facultat de Dret de la Universitat de Porto.

predominante cuando el comerciante ofrece bienes o servicios que no son conformes con el contrato y es prudente proporcionar a los consumidores los mismos recursos que tienen contra el comerciante en un contrato B2C. Sin embargo, el artículo 6.3 del Reglamento sigue dependiendo demasiado de cómo los estados miembros deciden imponer dicha responsabilidad en su legislación nacional.

Palabras clave: responsabilidad de las plataformas, *Digital Services Act* (DSA), protección del consumidor, contratos B2C.

THE CONCLUSION OF CONSUMER CONTRACTS IN THE DIGITAL SERVICES ACT

Abstract

In addition to dealing with the protection of citizens' fundamental rights in the online platform environment, Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022, on a Single Market for Digital Services, also addresses consumers protection in their contractual relationships with businesses. It is reasonable to impose liability on platforms that have a predominant role when the trader offers goods or services that are not in conformity with the contract and it is wise to provide consumers with the same remedies they have against the trader in a B2C contract. However, Art. 6.3 DSA is still too dependent on how Member States decide to impose such liability in their domestic legislation.

Keywords: platform liability, Digital Services Act (DSA), consumer protection, B2C contracts.

1. INTRODUCCIÓ

El Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell, del 19 d'octubre de 2022, sobre un mercat únic de serveis digitals (*Digital Services Act*, DSA),² regula fonamentalment l'activitat de les plataformes que actuen com a xarxes socials, però també dedica alguns preceptes als mercats en línia, entre els quals destaquen els articles 6.3 (a propòsit de la pèrdua d'exempció de responsabilitat), 14 (transparència de les clàusules contractuals), 30 (traçabilitat dels venedors) i els concordants de la secció 4 del capítol III.³ Aquí interessa posar l'accent en la responsabilitat de les plataformes a partir de l'anàlisi de l'article 6.3 DSA, que té per finalitat protegir els consumidors que contracten a través de plataformes quan el venedor o comerciant incompleix el contracte i sempre que es donin determinats requisits. En les pàgines següents analitzarem si la norma compleix aquest propòsit.

2. PLATAFORMES DE COMERÇ EN LÍNIA I INTERMEDIACIÓ

Per a analitzar l'article 6.3 DSA és clau determinar el rol que exerceix la plataforma d'intermediació i les conseqüències que es vinculen a la seva intervenció en la conclusió del contracte.

2.1. CONTROL I APARENÇA SÓN INDICIS DE NO-NEUTRALITAT

A l'hora d'analitzar el rol de la plataforma col·laborativa, la Comissió Europea va tenir en compte alguns indicis que podrien indicar que aquesta exercia un gran nivell de control i d'influència sobre la prestació del servei subjacent i va concloure que això podia voler dir que, a més d'un servei de la societat de la informació, ella mateixa també oferia aquella prestació. Podia ser així, per exemple, si la plataforma fixava el preu, donava instruccions obligatòries, sotmetia el prestador de serveis a una relació laboral, posseïa actius que eren clau per a prestar el servei subjacent, o sufragava les despeses i assumia els riscos relacionats amb la prestació del proveïdor.⁴

D'acord amb aquest plantejament, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va considerar que Uber era una empresa de transports, i no un simple inter-

2. *Official Journal of the European Union* (OJ), núm. L 277 (27 octubre 2022).

3. Vegeu-ne una breu perspectiva a Hans SCHULTE-NÖLKE, «The EU Digital Services Act and EU Consumer Law», a Alberto DE FRANCESCHI i Reiner SCHULZE (ed.), *Harmonizing digital contract law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2023, p. 705-713.

4. COM(2016) 356 final, p. 6-7.

mediari i/o prestador de serveis de la societat de la informació.⁵ Per contra, va admetre que en els serveis accessoris oferts per Airbnb (servei de cobrament, valoració del servei, garantia per danys i, opcionalment, assegurança de responsabilitat civil) no és possible apreciar el mateix nivell de control empresarial.⁶ Efectivament, Airbnb no fixa ni directament ni indirecta el preu del lloguer, ni selecciona els arrendataris o els allotjaments oferts en la plataforma.⁷ Per tant, com més gran sigui el nivell de gestió i organització en la selecció dels proveïdors i/o els continguts per part de la plataforma (per exemple, si en verifica la qualitat i/o en fixa el preu), més obvi serà que ella mateixa també es pot considerar un proveïdor de continguts i, en conseqüència, que no mereix la qualificació d'intermediari i/o de prestador de serveis de la societat de la informació.⁸

5. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:981), ap. 39-40; STJUE C-320/16, assumpte Uber France (EU:C:2018:221), ap. 20-26.

6. STJUE C-390/18, assumpte Airbnb Ireland (EU:C:2019:1112), ap. 56-64. Poc abans, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) del 13 de desembre de 2019 (ES:TSJCAT:2019:8266) tampoc no va negar el paper d'Airbnb com a intermediari, però va sostenir que era responsable d'haver allotjat anuncis de lloguer turístic d'habitatges que no tenien el certificat requerit, perquè, tot referint-se a l'article 14 de la Directiva 2000/31, del 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic (OJ, núm. L 178 [17 juliol 2000]), va entendre que Airbnb podia tenir coneixement de quins habitatges podien oferir-se en lloguer turístic (només els registrats) i quins no (tots els altres). En canvi, sobre Homeaway (actualment, Vrbo Espanya), vegeu la STS del 30 de desembre de 2020 (ES:TS:2020:4484), contra la STJC del 5 d'octubre de 2018 (amb crítiques, M. Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, Madrid, Reus, 2021, p. 256-263), i, més recentment, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 7 de gener de 2022 (ES:TS:2022:6). Sobre el portal d'habitatges El Idealista, vegeu la Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Barcelona de l'11 d'octubre de 2022 (*La Ley*, 236209/2022). Sobre el rol de les plataformes en els serveis de lloguer de curta durada, vegeu la Proposta de reglament COM(2022) 571 final, Brussel·les, del 7 de novembre de 2022.

7. STJUE C-390/18, assumpte Airbnb Ireland (EU:C:2019:1112), ap. 66-68. Per al sector del transport, vegeu la STJUE C-62/19, assumpte Star Taxi App (EU:C:2020:980), ap. 55, que sosté que l'operador de la plataforma no selecciona els taxistes, ni fixa o cobra el preu del trajecte, ni exerceix cap control sobre la qualitat dels vehicles o dels seus conductors, ni sobre el comportament d'aquests darrers. Es dedueix, doncs, que aquest servei no és part d'un servei global l'element principal del qual és la prestació de transport. Això no obstant, si aquest fos el cas, el servei d'intermediació continuaria estant subjecte a les normes de la DSA, segons l'article 2.2 DSA (ap. 6 EM). Vegeu Pedro de MIGUEL ASENSIO, «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales», *La Ley Unión Europea*, núm. 109 (desembre 2022), p. 1-47, esp. p. 3.

8. Vegeu *Commission Staff Working Document* (2020) 348 final, part 2/2, p. 160. Així, la STS del 25 de gener de 2018 (ES:TS:2018:120) considera que Uber és un servei de transport i, en canvi, la SAP de Madrid del 18 de febrer de 2019 (ES:APM:2019:1255) percep BlaBlaCar com un prestador de serveis d'intermediació. En el servei que consisteix a connectar persones per a un desplaçament urbà mitjançant una aplicació per a telèfons intel·ligents, el fet que el conductor utilitzi el seu propi vehicle no és determinant per a considerar que el servei és un servei d'intermediació. Vegeu la STJUE C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:981), ap. 37.

No obstant això, una altra manera de veure les coses és entendre que, encara que es donin aquelles circumstàncies, l'intermediari no perd aquest paper, tot i que és evident que «intermediació + control» és una cosa fonamentalment diferent de la *simple* o *mera* intermediació.⁹ Així doncs, la manca de neutralitat és un criteri d'imputació de responsabilitat a la plataforma, tal com també han tingut ocasió d'afirmar els tribunals nord-americans en el context de la responsabilitat per productes defectuosos.¹⁰

Hi ha un altre element que cal tenir en compte a l'hora d'analitzar el rol de l'intermediari i que inicialment va ésser assenyalat per l'advocat general del TJUE, Maciej Szpunar. L'advocat general no només va tenir en compte les funcions o els serveis prestats per la plataforma, sinó també l'aparença amb què els usuaris percebien aquesta prestació. Així ho va assenyalar:

[...] la actividad de Uber consiste en una única prestación de transporte a bordo de un vehículo encontrado y reservado con la ayuda de la aplicación para teléfonos inteligentes, y que [...] este servicio se presta bien por Uber, bien en su nombre. Ese servicio también se presenta a los usuarios de este modo, y ellos así lo perciben. Los usuarios, al decidir recurrir a los servicios de Uber, buscan un servicio de transporte que posea determinadas funcionalidades y cierta calidad, que garantiza Uber.¹¹

Abans, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) C-149/15, del 9 de novembre de 2016, assumpte Wathelet, havia conclòs també, en un supòsit que no tenia res a veure amb les plataformes, que era necessari protegir l'aparença. En aquell cas es tractava de protegir amb les normes pròpies del dret de consum

9. Philipp HACKER, «UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the Association Professional Elite Taxi Judgment of the CJEU», *European Review of Contract Law*, vol. 14, núm. 1 (2018), p. 80-96, esp. p. 85-86 i 93; Christoph BÜSCH, «Rethinking product liability rules for online marketplaces: a comparative perspective» (10 febrer 2021), a *Consumer Law Scholars Conference in Boston (March 4-5, 2021)* (en línia), Berkeley (CA), Center for Consumer Law & Economic Justice, 2021, p. 1-43, esp. p. 38, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784466>> (consulta: 13 setembre 2023).

10. Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung im Zivilrecht zwischen Wissenschaft und Gesetzgebung: Die ELI Model Rules on Online Platform», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 2 (2022), p. 244-272, esp. p. 262; Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los e-marketplaces», a Fernando GÓMEZ POMAR i Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN (ed.), *Estudios de derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 665-763, esp. p. 711-718; Tomàs GARCÍA-MICÓ, «La responsabilidad de Amazon por los daños sufridos por consumidores como consecuencia de los productos defectuosos ofrecidos por usuarios profesionales», a Lúdia ARNAU RAVENTÓS (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 213-238, esp. p. 218-223.

11. Opinió de l'advocat general del TJUE en el cas C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:364), ap. 53.

el comprador/consumidor que creia que contractava amb un empresari perquè res no li havia permès entendre que la contrapart actuava per compte d'un particular que no tenia aquella condició.¹² Si s'amplia la doctrina d'aquesta sentència a les plataformes, llavors el que importa saber és com es presenta la plataforma al comprador. És a dir, que, malgrat que la plataforma no sigui un agent del comerciant o venedor, tal com passava en aquesta darrera sentència, l'atribució a la primera de responsabilitat per l'incompliment contractual del segon deriva del fet que la plataforma va crear al consumidor la impressió que aquest conclouia el contracte amb ella i que, per tant, li corresponia a ella executar-lo.¹³

2.2. UN MODEL DE DRET *TOU* (*SOFT LAW*) DE LA RESPONSABILITAT

Sota els auspicis de l'European Law Institute (ELI), un grup d'acadèmics van redactar uns principis o unes normes model que tenien en compte totes aquestes reflexions i proporcionaven alguns exemples per a conèixer quan s'ha d'entendre que la plataforma té influència o control sobre el prestador de serveis i quines conseqüències cal derivar del fet que les plataformes presentin la informació relativa a la transacció de tal manera que facin creure als consumidors que són elles mateixes les que la proporcionen, o bé els comerciants que actuen sota la seva autoritat o control.¹⁴ Aquestes normes de *soft law* opten clarament per imposar responsabilitat a la plataforma per l'incompliment del proveïdor, sempre que no reveli el seu paper de simple intermediari o quan indueixi el consumidor a confiar raonablement en la seva influència predominant sobre el proveïdor, sens perjudici de poder reclamar després davant del veritable incomplidor. A més, naturalment, la plataforma és responsable dels danys que causi la informació enganyosa que proporcioni, en particular si incompleix el deure d'informar sobre la qualitat amb què actua el proveïdor o el deure d'advertir que la legislació en matèria de consum no s'aplica al contracte entre el proveïdor i el client, quan aquest sigui el cas.¹⁵

12. STJUE C-149/15, assumpte Wathelet (EU:C:2016:840).

13. Sobre la possible ampliació d'aquesta sentència a les plataformes, vegeu la *Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores* (OJ, núm. C 525 [29 desembre 2021], p. 27-28.

14. Christoph BUSCH, Gerhard DANNEMANN, Hans SCHULTE-NÖLKE, Aneta WIEWIÓROWSKA i Fryderyk ZOLL, «The ELI model rules on online platforms», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2 (2020), p. 61-70; Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung», p. 259-263; Cemre POLAT i Ş. Barış ÖZÇELİK, «Locating online platforms in the right place: between the Digital Services Act and the Liability Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4 (2023), p. 168-172, esp. p. 171. Les regles estan disponibles a: <www.europeanlawinstitute.eu> (consulta: 3 setembre 2023).

15. Vegeu, en particular, els articles 13-14 i 19-25 de les normes model de l'ELI.

3. LES PLATAFORMES D'INTERMEDIACIÓ QUE PERMETEN CONCLOURE CONTRACTES A DISTÀNCIA AMB CONSUMIDORS EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

L'article 6.3 DSA és una norma específica per a les plataformes que actuen com a mercats en línia i que el precepte defineix com un servei d'intermediació per a la conclusió d'un contracte entre un comerciant i un consumidor. Només es consideren els contractes entre empreses i consumidors (B2C), de manera que queden exclosos els contractes entre iguals (B2B o C2C). La norma regula la pèrdua de l'exempció de responsabilitat del prestador de serveis d'intermediació si es donen determinats requisits.

3.1. QUÈ ESTABLEIX L'ARTICLE 6.3 DE LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Segons l'article 6.3 DSA, els mercats en línia no poden gaudir del privilegi de l'exempció de responsabilitat quan presentin la informació concreta o permetin la transacció específica de què es tracti de tal manera que indueixin els consumidors a creure que la informació —o el producte o servei que és objecte de la transacció— és subministrada per la mateixa plataforma en línia o per un destinatari del servei que actua sota el seu control. S'ha de determinar objectivament, sobre la base de totes les circumstàncies escaients, si la informació rellevant relativa a les transaccions pot donar lloc que un consumidor mitjà així ho cregui.¹⁶

Es tracta d'una regla benintencionada que, tanmateix, segurament no proporciona suficient protecció als consumidors. En primer lloc, perquè el criteri del «consumidor mitjà» al·ludeix al consumidor que és capaç de comprendre i està informat raonablement, cosa que obre la porta a discutir com s'ha d'interpretar això i, per tant, a la inseguretat jurídica. En segon lloc, perquè la norma és poc precisa, tal com es tindrà ocasió d'explicar tot seguit.

3.2. QUÈ OMET REGULAR L'ARTICLE 6.3 DE LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Què vol dir actuar sota l'autoritat o el control de la plataforma? Només l'exposició de motius (EM) de la norma pot ajudar a comprendre la redacció indefinida

16. Ap. 24 de l'EM de la DSA. Vegeu els comentaris al precedent article 5.3 de la Proposta de DSA, a Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual», p. 737-742; Caroline CAUFFMAN i Catalina GOANTA, «A new order: the Digital Services Act and Consumer Protection», *ResearchGate* (en línia), 2021, p. 9, <www.researchgate.net/publication/348787835> (consulta: 5 setembre 2023).

de l'article 6.3 DSA. Així, d'una banda, l'apartat 23 de l'EM fa referència a la fixació del preu dels béns o serveis oferts pel proveïdor, com a signe d'influència predominant de la plataforma sobre els elements essencials de les transaccions econòmiques. D'altra banda, l'apartat 24 de l'EM descriu altres comportaments significatius que poden portar els consumidors a suposicions errònies sobre la identitat del proveïdor: per exemple, que una plataforma en línia no mostri clarament la identitat del comerciant,¹⁷ retengui la seva identitat o dades de contacte fins després de la conclusió del contracte entre el comerciant i el consumidor,¹⁸ o comercialitzi el producte o servei en nom propi.¹⁹

3.3. VALORACIÓ PROVISIONAL

Una primera valoració de l'article 6.3 DSA exigeix tenir en compte que aquestes plataformes conserven la seva condició d'intermediàries encara que no exerceixin una funció de *simple* intermediació. Caldria, doncs, distingir entre plataformes proveïdores de béns i serveis que actuen com a part contractual, en el sentit definit per l'apartat 18 de l'EM de la Directiva (UE) 2019/770, del 20 de maig de 2019, sobre continguts digitals; altres plataformes que són meres intermediàries, que no intervenen en la relació contractual entre client i proveïdor; i, finalment, plataformes d'intermediació a les quals també s'atribueix un control del negoci subjacent.²⁰ La DSA s'aplica a aquestes dues darreres categories de plataformes.

17. Vegeu la *Comunicación de la Comisión sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales* (OJ, núm. C 526 [29 desembre 2021], p. 89: «De hecho, si el mercado no informa sobre la identidad del comerciante real y se crea la impresión de que el mercado es el comerciante real, esto puede derivar en que el mercado tenga que asumir la responsabilidad por las obligaciones del comerciante». En relació amb l'obligació de mostrar aquesta informació, vegeu l'article 30.1 DSA i els articles 3.4 (a) (ii) i 4.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, del 27 de novembre de 2019, sobre la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió (OJ, núm. L 328 [18 desembre 2019] (en endavant, Directiva de modernització), per la qual s'insereix un nou article 7.4f en la Directiva 2005/29/CE i un nou article 6 *bis* en la Directiva 2011/83, del 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors, respectivament. Vegeu també els articles 30.7 DSA i 3.5 del Reglament (UE) 2019/1150, del 20 de juny, sobre el foment de l'equitat i la transparència per als usuaris professionals de serveis d'intermediació en línia (OJ, núm. L 186 [11 juliol 2019], en relació amb la visibilitat de la identitat de l'usuari professional que ofereix béns o serveis. En la doctrina, vegeu Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual», p. 683-690.

18. Art. 20.2b de les normes model de l'ELI.

19. Art. 20.2f de les normes model de l'ELI.

20. Carlos M. Díez Soto, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», a Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA i M. Carmen PLANA ARNALDOS (ed.), *Contratación en el entorno digital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 159-220, esp. p. 203-206 i 210; Raquel

Efectivament, l'article 2.2 DSA estableix clarament que la DSA només té per objecte les plataformes que actuen amb una funció d'intermediació. Això vol dir que, encara que el servei d'intermediació formi part d'un servei global l'element principal del qual és la prestació d'un servei que no és a distància (per exemple, el transport), el servei d'intermediació sí que roman subjecte a les normes de la DSA (ap. 6 EM i art. 2.2 DSA). Això canvia l'orientació anterior de la jurisprudència europea.

Adicionalment, la DSA desmunta la idea que un rol actiu de la plataforma equival a tenir el control del negoci o a presumir el coneixement de la il·licitud. L'apartat 18 de l'EM segueix referint-se a serveis que tenen un rol actiu, però aquest concepte més aviat es construeix sobre nocions com ara «funcions editorials», «coneixement» i «control (intel·lectual)».²¹ L'important, en el context dels mercats en línia, no és observar si tenen o no un rol actiu, sinó analitzar com les plataformes dissenyen els seus serveis de la societat de la informació i esbrinar, així, si, efectivament, actuen com a veritables intermediàries d'allotjament d'informació (*hosting*). Efectivament, avui dia totes les plataformes, com a regla general, tenen un cert grau d'activitat, a còpia d'optimitzar la presentació dels continguts per als usuaris, promocionar-los, etiquetar-los o indexar-los, o bé a còpia de proporcionar funcions de cerca, entre d'altres. Per tant, si es vol identificar l'activitat de «control» amb el «rol actiu» de la plataforma, cal referir-se al control intel·lectual de l'activitat,²² així com establir indicadors pertinents per a determinar quan s'entén que existeix aquest control sobre el negoci subjacent. En la DSA no hi ha indicadors clars. Com queda dit, els apartats 23 i 24 de l'EM donen algunes pistes, però no són prou i, adicionalment, no és segur que un únic paràmetre basti per a entendre que la plataforma té un paper que va més enllà de la mera o simple intermediació.

GUIMARÃES, «As plataformas “colaborativas” enquanto “prestadoras de serviços da sociedade de informação”: reflexões à luz da Lei do comércio eletrônico e desenvolvimentos recentes», a MARIA MIGUEL CARVALHO i ANABELA GONÇALVES (COORD.), *Economía colaborativa*, Braga, UMinho, 2023, p. 467-498, esp. p. 474 i seg. (disponible a: <<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.19>>; consulta: 8 setembre 2023).

21. És significatiu que les sentències del TJUE C-682/18, del 22 de juny de 2021, assumpte Frank Peterson contra Youtube, i C-683/18, assumpte Elsevier contra Cyando, ap. 79-80, 105-106, 108, 114-115 i 117, hagin descartat que un paper actiu del proveïdor equivalgui al control de l'activitat o a una presumpció de coneixement d'aquesta.

22. Opinió de l'advocat general del TJUE Saugmandsgaard Øe, del 16 de juliol de 2020, en els casos C-682/18, assumpte Frank Peterson contra Youtube, i C-683/18, assumpte Elsevier contra Cyando (ECLI: EU:C:2020:586), ap. 152. Vegeu JÖRG WIMMERS, «The out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act: a disservice to its own goals», *Journal of Intellectual Property Information, Technology and E-commerce Law*, núm. 12 (2022), p. 381-401, esp. p. 384.

4. L'EFFECTE DEL PORT SEGUR EN LES PLATAFORMES QUE TENEN UN ROL D'INTERMEDIACIÓ

I què passa quan una plataforma no és simplement intermediària, sinó que, a més, té el control i/o, altrament, proporciona al consumidor la impressió que és l'altra part del contracte? Arribats a aquest punt, cal referir-se a una altra de les novetats de la DSA: manté els ports segurs, regulats prèviament en la Directiva 2000/31/CE, del 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic,²³ a canvi d'imposar deures de diligència als intermediaris (independentment de si són qualificats o no com a plataformes). La DSA instaura un escenari amb deures de diligència diferenciats i adaptats a la naturalesa i el volum de les empreses intermediàries, incloent-hi les empreses d'allotjament de dades (*hosting*) i les plataformes de distribució de continguts i motors de cerca, sobretot les plataformes de volum molt gran (*very large online platforms*) i els motors de cerca de volum molt gran (*very large search engines*).²⁴

La DSA continua fent pivotar l'exempció de responsabilitat sobre la il·licitud (de continguts, productes, serveis, activitats), que es defineix de conformitat amb el dret europeu o amb el dret nacional conforme al dret europeu (art. 3*b* DSA). El concepte es refereix a allò que, en virtut de la legislació aplicable, és il·legal en si mateix o està relacionat amb activitats que són il·legals. L'apartat 12 de l'EM ofereix exemples il·lustratius que reflecteixen àmpliament les normes existents en el context *off line*. En el cas dels mercats en línia, les possibles il·licituds serien les infraccions de deures d'informació, el subministrament d'informació enganyosa i la creació de comerços falsos, així com la falsa qualificació d'un comerciant com a consumidor.²⁵

Un cop perdut el port segur, l'intermediari només és responsable de la infracció si es compleixen les condicions previstes en l'estat membre respectiu. Per tant, no quedar exonerat de responsabilitat (segons el dret de la Unió Europea) no implica una imputació de responsabilitat correlativa i automàtica (que s'ha de determinar segons el dret nacional).²⁶ No obstant això, el fet de perdre la immunitat pot ésser considerat un indicatiu a partir del qual es pot deduir que el prestador tenia coneixement de l'il·lícit o la infracció, o va contribuir-hi d'alguna manera, la qual cosa és, alhora, un indicatiu que

23. OJ, núm. L 178 (17 juliol 2000).

24. Vegeu-ne una perspectiva general a Carlos M. Díez Soto, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 159-220. Vegeu un comentari exegetíc dels preceptes referits al port segur a Esther Arroyo Amayuelas, «Arts. 4-8 DSA», a Reiner Schulze i Dirk Staudenmayer (ed.), *EU Digital Law*, 2a ed., Baden-Baden, Beck, Hart i Nomos (en premsa).

25. Peter Rott, «New liability of online marketplaces under the Digital Services Act», *European Review of Private Law*, núm. 6 (2022), p. 1039-1058, esp. p. 1047.

26. Vegeu l'obra recent de Cemre Polat i Ş. Barış Özçelik, «Locating online platforms in the right place», p. 168-169, esp. p. 171.

no va existir la diligència deguda a l'hora de fer-la desaparèixer i, per tant, permetria imputar-li responsabilitat per aquesta causa.²⁷

Tot i això, l'apartat 44 de l'EM estableix que les obligacions de diligència deguda són independents de la qüestió de l'exempció de responsabilitat dels prestadors de serveis d'intermediació, segurament perquè ja l'article 54 DSA preveu la possibilitat de respondre dels danys i perjudicis soferts pels usuaris com a conseqüència de l'incompliment o la infracció de les obligacions que la mateixa DSA els imposa (per exemple, la de seguir la traçabilitat dels comerciants o la d'informar de l'existència de continguts il·legals).²⁸ Ara bé, cal suposar que sí que es perd el benefici de l'exempció de responsabilitat si resulta que l'intermediari hauria hagut de tenir coneixement que el contingut que allotja és il·lícit però, en canvi, no el té perquè ha incomplert els seus deures de diligència, com ara establir punts de contacte, disposar d'un mecanisme de notificació i acció, o explicar clarament com ha de fer-se la notificació.²⁹

Hom diria, d'altra banda, que l'article 6.3 DSA parteix precisament de la premissa que l'exempció de responsabilitat no s'aplica quan la plataforma infringeix determinats deures, com ara el de procurar la identitat del comerciant (art. 30.1a DSA). En aquest cas, no sembla correcte recórrer a la pèrdua del port segur perquè la plataforma infringeix obligacions que només ella ha de complir.³⁰ Les plataformes sempre han de respondre per l'incompliment dels serveis auxiliars o accessoris que puguin oferir (per exemple, assegurança de lloguer de cotxes o trasllat de l'aeroport als hotels) i/o per l'incompliment dels seus propis deures de transparència (per exemple, facilitar informació enganyosa o incomplir de qualsevol altra manera els seus deures d'informació d'acord amb la legislació nacional i de la Unió Europea).³¹ La responsabilitat també apareix si s'incompleixen les obligacions relatives al contracte que comparteixen amb el proveïdor del mercat en línia.³² Si les plataformes infringeixen aquests

27. Esther ARROYO AMAYUELAS, «¿Puertos seguros a prueba de futuro?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1 (2020), p. 808-837, esp. p. 809-810.

28. Vegeu *infra* l'epígraf 5.1.

29. Pedro de MIGUEL ASENSIO, «Obligaciones de diligencia», p. 16. Des de la perspectiva de la indemnització dels danys a què té dret el consumidor per la infracció de la plataforma dels seus deures, vegeu Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1055.

30. Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1045-1046.

31. Articles 6 i 7 de la Directiva 2005/29 i 37 de la Directiva de modernització, per la qual es modifica l'annex I de la Directiva 2005/29. Vegeu la *Comunicación de la Comisión sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales* (OJ, núm. C 526 [29 desembre 2021]), p. 87-89.

32. Segons l'article 6 *bis* de la Directiva 2011/83, modificat per l'article 4.5 de la Directiva de modernització, les obligacions relacionades amb el contracte poden ser compartides entre el tercer que ofereix els béns, serveis o continguts digitals i el proveïdor del mercat en línia. Segons la STJUE C-536/20, del 24 de febrer de 2022, assumpte *Tiketa*, ap. 53, la informació esmentada en l'apartat 1 de l'article 6 de la Directiva 2011/83 només es pot facilitar al consumidor, abans de la celebració del contracte, en les condicions

deures, mai no podrà dir-se que no poden acollir-se al port segur, perquè aquest privilegi només té per objecte eximir-les de responsabilitat pels continguts il·lícits i/o les conductes infractores de tercers. La responsabilitat derivada d'aquelles infraccions és directa i no pot venir determinada pel fet d'haver perdut un port segur que s'aplica en escenaris distints.³³

Per tant, correspon als estats membres establir quan i en quines condicions les plataformes no neutrals (les que tenen el control o les que creen una aparença de ser elles el proveïdor) han de ser responsables de l'incompliment de les obligacions del venedor. L'article 6.3 DSA només preveu que no poden gaudir de l'exempció condicional de responsabilitat de què gaudeixen altres plataformes (intermediàries de *hosting*, en general) davant de les infraccions comeses per tercers que utilitzen els seus serveis.³⁴

5. QUINA ÉS LA RESPONSABILITAT DE LES PLATAFORMES D'INTERMEDIACIÓ?

La DSA preveu els deures de les plataformes en línia de seguir la traçabilitat dels comerciants i d'informar els consumidors situats a la Unió Europea de l'existència de continguts il·legals. La infracció d'aquests deures pot comportar la seva responsabilitat per danys (art. 54 DSA).

5.1. A PROPÒSIT DE LA TRAÇABILITAT DEL VENEDOR

La DSA procura que els proveïdors de plataformes en línia a què fa referència la secció 4 del capítol II (en són excloses les microempreses i les petites empreses) millorin el compliment de la legislació de consum. En particular, l'article 30.1 DSA els obliga a vetllar perquè els comerciants que ofereixen als consumidors concloure contractes a través dels seus serveis només puguin servir-se'n si abans proporcionen la següent informació seva: *a*) nom, adreça, telèfon i correu electrònic; *b*) una còpia del document d'identificació o qualsevol altra identificació electrònica; *c*) les dades del compte de pagament; *d*) les dades del registre mercantil o el registre públic similar en què estigui inscrit el comerciant, si és el cas, així com el número del registre o mitjà

generals de prestació de serveis del lloc web de l'intermediari, que aquest consumidor accepta activament marcant la casella prevista a aquest efecte, sempre que aquesta informació es posi en coneixement del consumidor de manera clara i comprensible.

33. Cfr. Hans SCHULTE-NÖLKE, «The EU Digital Services Act and EU Consumer Law», p. 707-708.

34. Vegeu una crítica de la insuficiència del precepte per a imposar responsabilitat a les plataformes en el comerç en línia a Cemre POLAT i Ş. Barış ÖZÇELİK, «Locating online platforms in the right place», p. 171.

d'identificació equivalent; e) una autocertificació en virtut de la qual el comerciant, sobre el qual recau la responsabilitat de la informació que facilita, es compromet a oferir únicament productes o serveis que compleixin les normes aplicables en matèria de dret dels consumidors i seguretat dels productes.

Les plataformes han de fer tot el possible per a avaluar si aquesta informació és fiable, completa i exacta, per a la qual cosa, en particular, poden utilitzar les bases de dades en línia i interfícies en línia oficials de lliure disponibilitat, com ara els registres mercantils nacionals i el sistema d'intercanvi d'informació sobre l'impost sobre el valor afegit (IVA), poden sol·licitar documents justificatius fiables als comerciants afectats o bé poden recórrer a altres fonts.

Imposar a la plataforma el deure de facilitar informació sobre el comerciant i garantir que el disseny de la interfície en línia li permeti complir amb aquest deure (art. 31 DSA) pretén deixar clar amb qui contracta el consumidor, garantir la traçabilitat i/o suspendre la prestació del seu servei a determinats comerciants que no atenen la sol·licitud de proporcionar informació fiable, completa i actualitzada (art. 30.3 i 31.3 DSA). Tot i això, els prestadors de plataformes en línia no estan obligats a fer activitats de cerca excessives o costoses, ni a fer comprovacions desproporcionades (ap. 73 EM i art. 30.2 DSA),³⁵ de manera que la seva responsabilitat per la infracció d'aquest deure no és evident. Addicionalment, la informació no és pública i cal que la llei reconegui el dret a obtenir-la.³⁶ En tot cas, fins i tot encara que una ordre judicial autoritzi accedir-hi a petició del consumidor perjudicat (art. 9 DSA), tampoc no serà d'utilitat si resulta que els consumidors no poden demandar els comerciants perquè, per exemple, resideixen en un altre país o no són solvents.

5.2. A PROPÒSIT DE LA IL·LICITUD DELS PRODUCTES O SERVEIS

D'altra banda, les plataformes només han de comprovar aleatòriament si els productes oferts per tercers han estat considerats il·legals (art. 31.3 DSA). L'article 32 DSA crida especialment l'atenció perquè, encara que obliga la plataforma a explicar individualment als consumidors afectats —o, si no té el contacte, públicament en la

35. Les normes sobre seguretat dels productes promulgades recentment segueixen aquest mateix plantejament. Vegeu ara l'apartat 58 de l'EM i els articles 18, 19 i 22 del Reglament (UE) 2023/988 del Parlament Europeu i del Consell, del 10 de maig de 2023, relatiu a la seguretat general dels productes (OJ, núm. L 135 [23 maig 2023]). L'article 20.10b del Reglament recalca que és l'autocertificació dels comerciants la que els compromet a oferir únicament productes que compleixin el que disposa el Reglament i la informació addicional d'identificació, de conformitat amb l'article 30.1 DSA.

36. L'apartat 18.4 de l'Österreichisches E-Commerce-Gesetz sí que admet el dret del consumidor a conèixer si ha contractat amb un establiment fals, per exemple. Sobre això, vegeu Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1049-1051.

interfície en línia— la detecció dels productes o serveis il·lícits oferts a través dels seus serveis. Aquest deure es limita als productes adquirits en els darrers sis mesos des del moment en què la plataforma té coneixement de la dita il·licitud. La plataforma no és responsable d'haver fet possible la il·legalitat i simplement ha d'advertir els consumidors enganyats de la identitat del comerciant i dels recursos de què disposen contra aquest. En tot cas, el consumidor pot adreçar una reclamació per danys si la plataforma no compleix el seu deure i pot demostrar que hauria pogut obtenir la reparació del dany si la plataforma li hagués proporcionat la informació.³⁷

5.3. A PROPÒSIT DE L'INCOMPLIMENT DEL CONTRACTE PER PART DEL VENEDOR

5.3.1. *L'exemple portuguès*

Fins on tinc coneixement, Portugal és l'únic país que ha regulat la responsabilitat de les plataformes no neutrals d'acord amb la regulació proposada per les normes model sobre plataformes en línia de l'ELI.³⁸ Així, si es donen els requisits previstos en l'article 44 del Decret llei 84/2021, els mercats en línia són responsables solidaris amb els comerciants per manca de conformitat. El precepte estableix el següent:³⁹

1. El proveïdor de mercat en línia que, actuant per a fins relacionats amb la seva activitat, sigui part contractual del professional que posa a disposició el bé, contingut o servei digital, és responsable solidàriament davant del consumidor per manca de conformitat en els termes d'aquest decret llei.
2. Als efectes del que disposa el número anterior, el proveïdor del mercat en línia serà considerat part contractual del professional sempre que exerceixi una influència predominant en la conclusió del contracte, cosa que succeirà en els supòsits següents:
 - a) El contracte es conclou exclusivament a través dels mitjans que posa a disposició el proveïdor del mercat en línia.
 - b) El pagament s'executa exclusivament a través dels mitjans que posa a disposició el proveïdor del mercat en línia.

37. Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1052.

38. Sobre aquest particular, vegeu Jorge MORAIS CARVALHO, «Portugal», a Alberto DE FRANCESCHI i Reiner SCHULZE (ed.), *Harmonising Digital Contract Law*, Baden-Baden, Hart, Beck i Nomos, 2023, p. 533-545, esp. p. 541-542.

39. La traducció és nostra.

c) Les condicions del contracte conclòs amb el consumidor estan establertes principalment pel proveïdor del mercat en línia, o el preu que ha de pagar el consumidor pot estar influït per aquest darrer.

d) La publicitat associada se centra en el proveïdor del mercat en línia, i no en els professionals.

3. Sens perjudici del que preveu l'apartat anterior, a l'efecte d'apreciar l'existència d'influència predominant en la conclusió del contracte, podran prendre's en consideració qualssevol fets que puguin generar en el consumidor la confiança que el proveïdor del mercat en línia exerceix una influència dominant sobre el professional que subministra el bé, contingut o servei digital.

5.3.2. *I a Espanya/Catalunya?*

La responsabilitat de la plataforma per l'incompliment d'un contracte que no ha conclòs i del qual per a ella no es deriva cap obligació és una qüestió complexa. Certament, atribuir-li responsabilitat és contrari al principi de relativitat dels contractes i, tanmateix, si el legislador europeu decidís fer-ho tampoc no seria la primera vegada que això passa.⁴⁰ Sense referir-se específicament a les plataformes, el Codi de consum de Catalunya (CcoCat) ja havia previst, amb caràcter general i no necessàriament en un context d'actuació representativa, la responsabilitat solidària de l'empresari i l'intermediari que presenta o ofereix la possibilitat d'adquirir béns o serveis als consumidors (art. 231-1 i 231-5.2 CcoCat), pels incompliments d'aquest darrer, si bé les conseqüències van més enllà del dret privat. Segons aquesta regla, l'empresari també ha de respondre davant del consumidor per l'incompliment de deures que únicament corresponen a l'intermediari, amb qui el primer manté una relació contractual. No és exactament el que aquí es discuteix, però l'exemple il·lustra molt bé que el principi de relativitat dels contractes no és absolut i que el legislador en pot prescindir sempre que així ho exigeixi la protecció dels consumidors.

És raonable imposar responsabilitat a les plataformes quan aquestes no són neutrals i exerceixen un rol predominant de control, atès que aquestes no es limiten a facilitar les transaccions, sinó que, més enllà, influeixen en els contractes dels seus usuaris i transformen les relacions de mercat. A més, hi ha una vinculació econòmica

40. Vegeu l'apartat 46 i els articles 13 i 23 de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats (OJ, núm. L 326 [11 desembre 2015]); a més, Carlos M. Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 211 i seg., i Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung», p. 261. A propòsit de les plataformes de compravenda d'entrades, vegeu Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Productores, proveedores plataformas, intermediarios, guardianes de acceso», a Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho del consumo: Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 459-486, esp. p. 473-474.

entre els diferents contractes que es conclouen en i amb les plataformes que també hauria de ser tinguda en compte. En darrer terme, si el consumidor contracta amb el proveïdor de béns i serveis a través de la plataforma, és precisament per la confiança que aquesta última li ofereix. A Espanya, la confiança o bona fe que els adquirents dipositen en tercers és un argument que ha estat tingut en compte especialment en les sentències sobre el Dieselgate. És per això que la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de l'11 de març de 2020⁴¹ permet al consumidor reclamar danys al fabricant. La Sentència considera que aquest és un dret bàsic del consumidor que podria quedar frustrat si el venedor fos insolvent, o que podria veure's afectat si el venedor fos de bona fe però, en canvi, el fabricant fos dolós (art. 1107 del Codi civil espanyol). Així doncs, si l'automòbil no és conforme, respecte del comprador final no existeix només un incompliment directe del venedor, sinó també un incompliment del fabricant que el va posar en el mercat i en va fer publicitat; i el dany patit pel comprador es correspon directament amb l'incompliment atribuït al fabricant. Per tant, si aquesta acció (contractual) directa és possible davant del fabricant, amb una amplitud que va més enllà del que preveu l'article 125 del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, per què s'hauria de descartar que també pogués exercir-se davant de la plataforma quan sigui aquesta la que, en definitiva, creï el risc de contractar amb ella? Aquests riscos —quan existeixin— haurien de ser suportats per la plataforma, de manera solidària amb el venedor, sens perjudici de l'acció de regrés que aquesta pugui exercir contra aquest últim, atès que la plataforma és qui està en millor posició per a exigir responsabilitats al proveïdor incomplidor.⁴²

Per tant, és raonable que aquestes plataformes hagin de respondre contractualment no només de l'incompliment dels seus propis deures —perquè així ho han assumit en el contracte amb el venedor o perquè així ho imposa la diligència professional—, sinó també quan qui infringeix les seves obligacions és el tercer, és a dir, el venedor (que no compleix, compleix amb retard o compleix malament). A Espanya, fins ara, les plataformes han estat considerades responsables solidàries només quan s'ha pogut entendre que implícitament havien assumit el paper de garant del compliment de les obligacions contractuals dels proveïdors; per exemple, quan han proporcionat informació enganyosa sobre les normes de qualitat del servei subjacent. En particular, ho creu així la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Conca del 8

41. RJ 2020\752. Vegeu també la STS del 23 de febrer de 2021 (RJ 2021\3583).

42. Caroline CAUFFMAN i Catalina GOANTA, «A new order: the Digital Services Act and Consumer Protection», p. 10. Vegeu la Resolució del Parlament Europeu sobre la millora del funcionament del mercat únic (secció VI) i el Projecte d'informe IMCO I (2020/0361 (COD); en concret, d'aquest darrer, l'esmena 73, amb una proposta de nou art. 5a.

de maig de 2018.⁴³ Amb tot, alguns arguments utilitzats en aquesta sentència no són lògics, ja que no es pot afirmar seriosament que la plataforma hauria d'haver informat el consumidor que el prestador del servei no era legal i que no disposava de la preceptiva assegurança de responsabilitat civil o d'accidents. Si la plataforma hagués tingut coneixement d'aquesta situació, la responsabilitat no derivaria aleshores de la manca d'informació al consumidor, sinó de la no retirada immediata de l'oferta dels serveis allotjats.

6. CONCLUSIONS

Han de ser benvingudes les novetats que incorpora la DSA a propòsit de la responsabilitat de les plataformes que actuen com a mercats en línia. Amb tot, la regulació encara depèn massa de com els estats decideixin regular aquesta responsabilitat. De moment caldrà estar amatents a l'evolució del règim portuguès i a la jurisprudència nacional, que tal vegada obrirà el camí al legislador en el nostre i en altres països.

43. Vegeu referències ulteriors a aquesta sentència a M. Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, p. 208-210, i a Carlos M. Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 191-192.