

# MISSATGES I MISSATGERS A INTERNET: LA RESPONSABILITAT CIVIL DELS PROVEÏDORS DE SERVEIS INTERMEDIARIS\*

Miquel Peguera Poch  
Universitat Oberta de Catalunya  
mpeguera@campus.uoc.es

I. EL DRET DE DANYS A LA SOCIETAT DE LA INFORMACIÓ.— II. EL SISTEMA D'EXEMPCIONS DE RESPONSABILITAT ESTABLERT A LA DIRECTIVA DE COMERÇ ELECTRÒNIC. 1.- L'exempció de responsabilitat del prestador de serveis en el cas de mera transmissió de dades i de provisió d'accés. 2.- L'exempció de responsabilitat en el *caching*. 3.- L'exempció de responsabilitat en el supòsit d'hostatjament de dades. 4.- L'abast de les exempcions. 5.- Les accions de cessació i/o impediment d'una infracció. 6.- Obligacions de supervisió i de comunicació.— III. LA TRANSPOSICIÓ AL DRET INTERN DEL RÈGIM D'EXEMPCIONS DE RESPONSABILITAT A L'AVANTPROJECTE DE 18 DE GENER DE 2001.— 1.- Les normes generals sobre responsabilitat. 2.- Les exempcions de responsabilitat. 2.1.- Transmissió de dades o provisió d'accés a xarxa. 2.2.- Emmagatzematge en *caching*. 2.3.- Allotjament o *hosting*. 2.4.- Hiperenllaços, directoris i motors de cerca. 3.- Límits i obligacions en la prestació de serveis. 3.1. Restriccions a la lliure prestació de serveis. 3.2. Obligacions de comunicació a les autoritats. 3.3.- Obligacions de supervisió en casos específics. 3.4. Obligació de posar fi a una infracció o d'impedir-la.

## I. EL DRET DE DANYS A LA SOCIETAT DE LA INFORMACIÓ.

L'anomenada *societat de la informació* es caracteritza per la consolidació mundial d'una nova esfera d'actuació: la de les comunicacions electròniques. Cap a aquest nou àmbit es traslladen, o s'estenen, moltes de les activitats que fins ara estaven emmarcades en un escenari físic, compartimentat i ple de barreres i distàncies. L'endinsament vertiginós dels actors socials, econòmics i jurídics en aquesta nova esfera ens situa constantment davant el dubte de si les normes que hem fet servir fins ara conservaran la seva capacitat d'ordenar i resoldre els conflictes que ja s'hi estan originant. Perquè és clar que entre les bondats del ciberespai no s'hi compta la de fer desaparèixer com per art d'encanteri els conflictes jurídics. Els subjectes que interactuen en aquest espai virtual (és a dir, que es relacionen mitjançant sistemes

---

\* El present treball constitueix un primer esborrany d'un estudi més ampli sobre el tema que serà objecte de propera publicació.

electrònics de comunicació) no perden (és clar que no poden perdre) la seva aptitud essencial per a ésser titulars de drets i d'obligacions. En totes les relacions, també en les que es vehiculen pels canals cibernètics, hi ha titularitats jurídiques actives i passives, exercici de drets i compliment (o incompliment) d'obligacions. En dues paraules: dimensió jurídica, tant estàtica com dinàmica. I per tant, hi ha possibilitat i probabilitat de patologies i conflictes. Entre d'altres, la producció de danys, que determinarà el naixement de responsabilitats.

Pensem-hi un moment: quins danys es poden produir en l'àmbit d'aquest context de relacions virtuals? Es poden produir, per exemple, danys derivats de l'incompliment de contractes en el marc del comerç electrònic, o perjudicis per l'ús fraudulent de targetes de crèdit, o pel lliurament final de productes defectuosos, o per l'ús indegut de dades personals tractades informàticament, o per atacs a la intimitat mitjançant el correu electrònic, o per pirateria de noms de domini, o per accions il·lícites en matèria de propietat intel·lectual o industrial, o bé perjudicis derivats de la multitud d'enganys i estafes que sembla que l'anonimat electrònic propicia. També podem pensar, per exemple, en els danys que ocasiona un virus informàtic que es propaga per tot el món amb velocitat vertiginosa. O en els desastres que es produeixen quan en un banc, o en qualsevol empresa, resulta de sobte que el programari no respon i el "sistema" provoca el caos i pèrdues milionàries. O bé fixem-nos en els perjudicis que poden resultar de fallades en els mecanismes de seguretat informàtica, per exemple en els sistemes d'encryptació. La llista seria inacabable. Entre d'altres raons, perquè (quasi) tothom pot accedir a la xarxa amb gran facilitat, i per desgràcia és molt senzill provocar danys de gran repercussió econòmica i també moral. De manera que si d'una banda les noves tecnologies ens ofereixen una gran quantitat d'avantatges d'altra banda també multipliquen els riscos i les possibilitats d'accidents, danys i perjudicis.

A l'aparició de riscos fins ara desconeguts s'hi suma, a més, la complexitat tècnica dels conflictes, que deriva d'un canvi radical de coordenades; ja que aquests riscos nous es plantegen en un escenari que també és nou. En un escenari en el que ja no hi ha fronteres ni llargues distàncies, i en el que sorgeix la dificultat afegida d'haver de cercar solucions jurídiques globals, atesos els greus problemes de determinació de la llei aplicable i de la jurisdicció competent.

En tots els moments històrics marcats per la innovació i el progrés industrial i tecnològic, el sistema de responsabilitat civil, o en sentit més general el dret de danys, emergeix amb un protagonisme especial, tot establint una sèrie de regles que són claus per al desenvolupament i posta en marxa de les noves activitats i tecnologies (noves fonts de perills i de potencials danys). Són les regles que determinen quins nivells i tipus de riscos seran tolerables i de quina manera i qui els haurà de suportar.

La finalitat bàsica de les regles de responsabilitat és la de rescabalar o reparar econòmicament el dany causat, cosa que és fàcilment apreciable si considerem un supòsit particular i concret en què s'ha produït un dany. Però els objectius i la incidència del dret de danys va molt més enllà, perquè mira també de donar respostes a una sèrie de qüestions essencials de política jurídica. Així, per exemple, a l'hora de construir la disciplina de la responsabilitat per danys, el legislador ha de decidir si a la vista del nou marc d'activitats i riscos caldrà redefinir amb major precisió quins seran els supòsits rescabalables, i en quina mesura, en quines condicions i amb quins requisits ho seran.

El sistema de responsabilitat civil jugarà, doncs, el difícil paper de distribuir entre els diferents subjectes implicats la càrrega dels costos associats al desplegament i a l'aplicació

dels nous progressos. Més precisament: haurà de fixar els criteris que permetin determinar a qui correspondrà el deure legal de suportar les conseqüències dels danys i perjudicis derivats dels riscos inherents a les noves activitats. O -per a dir-ho d'una altra manera- haurà de decidir amb els diners i el sofriment de qui s'haurà de pagar tot el que la flamant *societat de la informació* costarà.

I haurà d'establir també els mecanismes jurídics oportuns que incentivin els operadors a l'adopció de mesures adequades de prevenció per tal de reduir al màxim el nombre d'accidents i danys. Però ho haurà de fer conjugant adequadament els interessos en presència. En aquest sentit, per exemple, el dret danys haurà de determinar fins a quin punt una càrrega excessiva en termes de responsabilitat per danys podria posar (o no) en perill la pròpia consolidació o expansió dels operadors econòmics que han de fer realitat la nova economia. Dit en altres paraules: quins límits en termes de responsabilitat haurà de tenir (o no) el prestador d'un determinat tipus de serveis.

Estem pensant en particular en els que s'anomenen serveis intermediaris de la societat de la informació. La importància decisiva d'aquests serveis per al funcionament de la xarxa ha portat al legislador comunitari a establir una sèrie de normes bàsiques relatives a la responsabilitat de qui presta aquests serveis. L'objecte d'aquest treball és el de fer algunes consideracions al voltant de les regles que en aquest punt s'han dictat en la directiva sobre comerç electrònic<sup>1</sup> (i al voltant també dels esforços que està fent el pre-legislador intern per a transposar-les).

## **II. EL SISTEMA D'EXEMPCIONS DE RESPONSABILITAT ESTABLERT A LA DIRECTIVA DE COMERÇ ELECTRÒNIC.**

Cal dir que, d'una banda, el propòsit de la directiva és el d'evitar que les divergències entre els Drets interns de cada Estat membre en aquest camp obstaculitzin l'objectiu del mercat interior, en la mesura que aquestes divergències poden provocar distorsions de la lliure competència i dificultar els serveis transfronterers. D'altra banda, i de manera més concreta, la directiva vol servir per a establir unes bases que facilitin a les parts implicades arribar a acords voluntaris de cara a l'elaboració de mecanismes ràpids i fiables per a la retirada o bloqueig d'accés en relació als continguts il·lícits.

El fet que unes dades (missatge) il·lícites, o que causin un dany, hagin circulat per la xarxa gràcies a la intervenció d'un determinat prestador de serveis intermediaris (missatger) no implica pas que aquest n'hagi de ser responsable. En la mesura que l'actuació del prestador de serveis s'hagi limitat al desplegament d'operacions purament tècniques, passives i automàtiques, o en la mesura que observi determinats deures de diligència, la directiva estableix que restarà exempt de responsabilitat, amb els requisits i condicions que ara examinarem.

L'aplicabilitat de les exempcions establertes, que constitueixen una especialitat respecte del règim general de responsabilitat, dependrà del fet que realment es compleixin els supòsits i les condicions que per a cada cas s'assenyalen, de manera que caldrà atendre a la vertadera

---

<sup>1</sup> Directiva 2000/31/CE, de 8 de juny de 2000, (DOCE n° 178, de 17 de juliol) del Parlament Europeu i del Consell relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior (Directiva sobre el comerç electrònic). Disponible en format pdf a: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/electcomm/com31es.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/electcomm/com31es.pdf)

naturalesa dels actes que aquests operadors duguin a terme i no només a la denominació que vulguin donar a la seva activitat.

La directiva tracta separadament: a) la simple transmissió de dades i la prestació del servei d'accés; b) l'emmagatzematge automàtic i provisional de dades anomenat *caching*; i c) l'hostatjament de dades o *hosting*. (Es tracta d'activitats *intermediàries* que despleguen els anomenats *prestadors de serveis intermediaris de la societat de la informació*, els quals, presumiblement, a banda d'aquestes actuacions en duran a terme moltes altres de diferents, que restaran subjectes al règim general de responsabilitat).

La directiva de comerç electrònic no estableix pròpiament una regulació general de la responsabilitat dels prestadors de serveis intermediaris. El que fa senzillament és establir a favor d'aquests prestadors *uns àmbits concrets d'exempció de responsabilitat*. És a dir, prohibeix que quan hagin prestat un determinat servei (acomplint una sèrie de requisits subjectius i/o objectius) se'ls puguin imputar responsabilitats derivades precisament d'haver-lo prestat (amb els límits que veurem).

Tota l'activitat que es produeix al ciberespai passa necessàriament a través d'un o més d'aquests prestadors de serveis. I des de la perspectiva del dret de danys, aquesta simple consideració resulta cabdal per a construir la relació obligatòria de reparació, tant pel que fa a l'apreciació del nexce de causalitat com pel que fa a les qüestions de culpabilitat.

Quant al nexce causal, cal tenir present que efectivament qualsevol dany concret produït en o a través de la xarxa haurà tingut com a una de les concauses necessàries (o *sine qua non*) l'actuació d'un prestador de serveis intermediaris perquè, certament, si fem l'exercici d'hipòtesi consistent en eliminar mentalment l'actuació del prestador de serveis intermediaris, arribem a la conclusió que el dany concret esdevingut no s'hauria produït, ja que l'element danyós no s'hauria pogut fer present ni circular a la xarxa. Per tant, la actuació d'aquest operador haurà estat una de les causes del dany.

Si estimem, com ho fa l'anomenada *teoria de l'equivalència de les condicions*, que tots els factors causals concurrents impliquen la responsabilitat dels seus agents, llavors el servei desplegat pel prestador intermediari haurà constituït un element suficient com per a imputar-li el deure de rescabalar. Ara bé, una aplicació estricta de la teoria del valor equivalent de les condicions conduiria, com és prou conegut, a imputacions de responsabilitat exagerades, de molt difícil justificació. Hi ha infinitat d'accions i omissions que, sense que el seu autor pugui preveure-ho ni tan sols sospitar-ho, poden arribar formar part (necessària) de la conjunció de circumstàncies causals que finalment produeix el dany.

És per això que sovint s'ha entès que per a imputar responsabilitat no n'hi ha prou amb que l'actuació de l'agent hagi estat un factor causal *sine qua non* en relació a l'aparició del resultat danyós. Serà necessari, a més, que el dany fos *previsible*. És a dir, que l'agent, en el moment de dur a terme la seva acció o omissió, pogués preveure (tingués la possibilitat raonable de preveure) els resultats danyosos -considerats abstractament- que de la seva actuació se'n podien arribar a derivar. (Uns danys, és clar, que la víctima no tingui l'obligació jurídica de suportar, ja que altrament aquesta no podria pas exigir-ne el rescabament). Amb l'esmentada exigència jurisprudencial de la previsibilitat del nexce causal, l'agent no haurà de respondre dels danys que superin els límits d'allò que era raonable de preveure, malgrat que la seva actuació hagi estat un dels elements necessaris del conjunt de circumstàncies causals, és a dir, malgrat existir relació de causalitat entre la seva acció/omissió i el dany. Aquest criteri,

no obstant, sembla encara insuficient per a excloure imputacions de responsabilitat excessives. Certament pot resultar fàcil de concebre que una determinada acció és susceptible de contribuir, fins i tot de manera necessària, a la producció d'un dany; però pot ben ésser que aquesta contribució previsible sigui merament instrumental o incidental dins de tot el conjunt de circumstàncies causals.

Sembla per tant imprescindible, *als efectes d'establir satisfactòriament la imputació del deure de rescabalar*, valorar la diferent rellevància de cadascuna de les accions o omissions que han contribuït a l'aparició del dany. En aquest sentit, alguns cops es formula la distinció entre *causes pròximes*, que comportarien responsabilitat, i *causes remotes*, que no implicarien el deure de rescabalar. S'ha dit també que l'agent només podrà ésser considerat responsable quan hagi desplegat una acció o omissió que constitueixi *causa adequada* per a la producció del dany, entenent per tal aquella *acció o omissió que amb gran probabilitat produirà un dany, sense necessitat de particulars alteracions inesperades del curs causal*. D'aquesta manera, només qui ha posat en marxa una *causa adequada* haurà de respondre del dany, i no en respondran els agents d'aquelles altres concauses que, malgrat ésser *sine qua non* en el cas concret, no són abstractament i *ex ante* "adequades" per a produir el dany. És així, doncs, que no qualsevol relació de causalitat és idònia per a cobrir el requisit de nexa causal que el nostre sistema exigeix per a imputar responsabilitat, ja que en cada cas s'haurà de valorar si la causa que s'examina es prou adequada o suficient per a basar aquesta imputació. (I no cal dir que tot i havent-hi un nexa causal adequat, la manca d'altres requisits, per exemple d'ordre subjectiu, poden impedir també que finalment s'atribueixi responsabilitat a l'agent).

Dit això, cal advertir que, des de la perspectiva d'un operador econòmic que du a terme una activitat com la dels prestadors de serveis intermediaris de la societat de la informació (una activitat que, recordem-ho, sempre resultarà part integrant del conjunt de circumstàncies que conflueixen en la causació de qualsevol dany concret en l'àmbit de les comunicacions electròniques), resulta excessivament desincentivadora des del punt de vista empresarial la incertesa jurídica d'un sistema que ha de jutjar cas per cas si la seva intervenció dóna lloc o no a responsabilitat.

Hi ha diferents maneres d'evitar aquesta incertesa. Una d'elles és que la llei fixi *una exempció de caràcter objectiu per a determinades activitats*. És a dir que estableixi prèviament i amb caràcter general que certes activitats, perfectament delimitades, malgrat que materialment hagin format part del conjunt de causes necessàries per a la producció d'un dany, no es pugin considerar mai (o almenys en relació a determinats tipus de danys) com a element causal apropiat, i per tant siguin *inidònies per a cobrir el requisit de nexa causal que es necessita per a imputar responsabilitat*.

I això -sense expressar-ho d'aquesta manera- és exactament el que fa el legislador comunitari *en relació als serveis de mera transmissió de dades i als de provisió d'accés a una xarxa de comunicacions*, sempre que aquests serveis s'hagin ajustat vertaderament a les característiques materials que la pròpia directiva assenyalava.

En canvi, *en relació als altres dos serveis esmentats* (l'emmagatzematge en *caching* i l'allotjament de dades) s'estableixen, bàsicament, *exempcions de caràcter subjectiu*. L'aplicabilitat de l'exempció depèn aquí de si l'agent ha cobert o no determinats requisits de diligència en la prestació del servei. Si ha infringit algun dels deures de diligència fixats no podrà beneficiar-se de l'exempció, i per tant (sempre que concorrin la resta de requisits exigibles, com és obvi), podrà arribar a ésser obligat a rescabalar els danys. Les activitats de

*caching* i de  *hosting*, per tant, no són en elles mateixes materialment inidònies per a satisfer els requeriments de causalitat apropiada: la directiva no impedeix que pugui fundar-se en elles una imputació de responsabilitat quan no s'hagin complert els deures de diligència especificats.

La determinació legal precisa de la diligència exigible és una altra manera d'atorgar un marge de seguretat als operadors. En el sistema general subjectivista de l'article 1.902 del Codi civil, el requisit de la culpa o negligència és imprescindible per a imputar la responsabilitat a l'agent. Ara bé, la tasca d'esbrinar si aquest ha estat o no prou diligent permet un marge força gran de discreció judicial. La necessitat de concedir a determinats operadors una seguretat jurídica adequada ha portat al legislador comunitari a precisar *quina és la diligència exigible en la prestació de determinats serveis*. Coberta aquesta diligència, s'obliga als Estats membres a garantir la irresponsabilitat del prestador.

Vegem a continuació de quina manera es fixen aquestes exempcions de responsabilitat.

### **1. L'exempció de responsabilitat del prestador de serveis en el cas de mera transmissió de dades (*mere conduit*) i de provisió d'accés.**

D'entre les diferents prestacions característiques dels proveïdors de serveis intermediaris de la societat de la informació n'hi ha dues que són exemples paradigmàtics d'actuacions merament instrumentals. És el cas del servei que consisteix únicament en transmetre, en una xarxa de comunicacions, dades que un tercer subministra i demana que siguin transmeses; i també el cas del simple servei de proporcionar accés a una xarxa de comunicacions.

Cal advertir per a evitar possibles confusions en la lectura dels preceptes de la directiva, que quan es parla del servei de transmissió de dades (tant a l'article 12 com al 13) s'usa l'expressió "destinatari del servei" per a designar la persona que encarrega al prestador de serveis que transmeti unes dades, i que és per tant el client o "destinatari" *d'aquest servei*, i no s'ha de confondre amb el destinatari *de la transmissió*, que ho serà el que la rep. Quan es fa referència al servei d'accés, "destinatari del servei" es la persona que rep aquest servei, és a dir, el que obté l'accés. I en relació a l'hostatjament, d'igual manera, el "destinatari del servei" és qui sol·licita hostatjar les dades o continguts.

El legislador comunitari ha decidit establir una exempció de responsabilitat de caràcter objectiu que serà aplicable sempre que els serveis esmentats reuneixin els requisits negatius consistents en què el prestador d'aquests serveis:

- *no hagi originat ell mateix la transmissió;*
- *ni tampoc hagi seleccionat al destinatari [de la transmissió];*
- *ni tampoc hagi seleccionat ni modificat les dades de la transmissió.*

El primer d'aquests requisits [que és la lletra a) de l'article 12.1] pot sorprendre a primera vista, però sembla clar que s'ha d'entendre en el sentit que el prestador de serveis no ha de ser ni el creador del contingut de la transmissió, ni tampoc el que pren la iniciativa de dur a terme una concreta transmissió (aquesta decisió la pren el "destinatari" del servei, que és aquell que subministra les dades que demana que es transmetin). Certament el prestador *participa* en l'operació de transmissió, fins al punt que precisament està prestant el servei de transmissió,

però ho fa a sol·licitud del destinatari d'aquest servei i en aquest sentit es pot dir que no l'origina ell.<sup>2</sup>

El proveïdor que presta el servei de transmissió de dades, o el de facilitar l'accés -i per tant l'obtenció de dades- en una xarxa, i més concretament a Internet, sol realitzar una operació tècnica que facilita la transmissió. En aquesta operació, que es produeix automàticament, el que fa el proveïdor és emmagatzemar provisionalment les dades que ha de fer arribar al destinatari final de la transmissió, simplement a l'efecte de poder realitzar la transmissió (això és ja una reproducció de dades i per tant té implicacions jurídiques, particularment des del punt de vista del dret de reproducció d'obres protegides per la normativa de propietat intel·lectual). Es tracta però d'un emmagatzematge efímer, que dura només el temps raonablement necessari per a fer la transmissió, i en el que el proveïdor de serveis té una intervenció purament passiva. La directiva ha volgut deixar clar que l'exempció de responsabilitat és igualment aplicable pel que fa a les esmentades operacions tècniques i passives d'emmagatzematge automàtic, provisional i transitori de les dades transmises, sempre que aquest emmagatzematge serveixi exclusivament per a executar la transmissió a la xarxa de comunicacions i que la seva durada no superi el temps raonablement necessari per a la dita transmissió<sup>3</sup>.

Ara bé, la directiva limita l'àmbit de l'exclusió de responsabilitat que hem exposat en aquest apartat tot advertint que no afectarà a la possibilitat que els tribunals o autoritats administratives, d'acord amb els sistemes jurídics dels Estats membres, exigeixin a un prestador de serveis intermediaris que impedeixi o posi fi a una infracció (art. 12.3). Per tant, quan en un cas concret el prestador de serveis rebí aquesta ordre d'un tribunal o d'una autoritat administrativa, i l'ordre impliqui abstenir-se de seguir prestant els serveis esmentats, si els continua prestant ja no podrà fer ús de l'exempció de responsabilitat.

## 2. L'exempció de responsabilitat en el *caching*.

L'anomenat *caching* és una eina essencial per a reduir les congestions a la xarxa i la lentitud en la càrrega de les pàgines *web*. Consisteix en apropar els continguts a l'usuari final. Quan un proveïdor de serveis d'Internet detecta que els seus clients demanen amb freqüència visitar determinades pàgines *web* que es troben hostatjades en servidors geogràficament llunyans, el proveïdor fa i conserva una còpia d'aquesta pàgina en el seu propi servidor. D'aquesta manera, quan d'altres clients tornin a demanar veure la mateixa pàgina no caldrà anar a buscar les dades al lloc d'hostatjament original, sinó que n'hi haurà prou amb mostrar-li la còpia que el proveïdor té a la seva memòria *cache*.

La directiva estableix una exempció de responsabilitat específica per al *caching* (que el text castellà tradueix per "memoria tampón"). L'article 13 del text comunitari estableix que quan es presti un servei de la societat de la informació consistent a transmetre per una xarxa de comunicacions dades facilitades pel destinatari del servei, el prestador del servei no podrà ésser considerat responsable de l'emmagatzematge automàtic, provisional i temporal

---

<sup>2</sup> De fet, normalment, la sol·licitud de transmissió que cursa el destinatari del servei des del seu ordinador (client) originarà de forma automàtica que el missatge sigui transmès a la xarxa des de l'ordinador (servidor) del prestador cap al seu destí.

<sup>3</sup> És clar que aquesta descripció no cobreix els serveis habituals de correu electrònic, en els que tant els missatges que el client envia com els que rep (amb els corresponents documents adjunts) s'emmagatzemen durant mesos al servidor del prestador.

d'aquesta informació, realitzat amb l'única finalitat de fer més eficaç la transmissió ulterior de la informació a d'altres destinataris del servei, a petició d'aquests.

El prestador de serveis no serà responsable de l'emmagatzematge en *caching* sempre que, per descomptat, *no modifiqui la informació*; i sempre que compleixi cumulativament amb una sèrie de requisits de diligència, que són els següents:

- complir les condicions d'accés a la informació. Amb això es vol fer referència a les condicions per a accedir a la informació que té establertes el propietari del lloc original, i que el prestador de serveis que té la còpia en *cache* ha de fer respectar.
- complir les normes relatives a l'actualització de la informació especificades de manera àmpliament reconeguda i utilitzada pel sector. No seria acceptable que les còpies *cache* mostressin una informació significativament diferent a la que constés al lloc original, i és per això que el prestador ha de preocupar-se d'actualitzar la informació emmagatzemada, seguint les pràctiques que al respecte són habituals i acceptades al sector.
- no interferir en la utilització lícita de tecnologia àmpliament reconeguda i utilitzada pel sector amb la finalitat d'obtenir dades sobre la utilització de la informació. El titular de la *web* original està interessat, per molts motius, en saber com, quan, qui, i sobre tot quantes vegades, es consulta la seva pàgina. Atès que moltes visites no es fan a la pàgina original sinó a la còpia *cache*, el proveïdor que té la còpia ha de permetre que el titular de la informació original pugui obtenir aquestes dades mitjançant la tecnologia existent a l'efecte.
- actuar amb promptitud per a retirar la informació que hagi emmagatzemat, o fer que sigui impossible accedir-hi, tan bon punt tingui coneixement efectiu del fet que la informació ha estat retirada del lloc de la xarxa en el que es trobava inicialment, o que s'ha impossibilitat l'accés a l'esmentada informació, o que un tribunal o una autoritat administrativa ha ordenat retirar-la o impedir que s'hi accedeixi.

Ara bé, d'igual manera que en el primer grup de casos, s'estableix aquí també que aquesta exempció de responsabilitat no afectarà a la possibilitat que els tribunals o autoritats administratives, d'acord amb els sistemes jurídics dels Estats membres, exigeixin a un prestador de serveis intermediaris que impedeixi o posi fi a una infracció.

### **3. L'exempció de responsabilitat en el supòsit del servei d'hostatjament de dades.**

L'article 14 de la directiva formula i defineix els límits de l'exempció de responsabilitat per a les activitats de *hosting* o allotjament de dades, és a dir, del servei de la societat de la informació consistent en emmagatzemar dades facilitades pel destinatari del servei de manera que puguin ésser consultades a través de la xarxa de comunicacions. És el cas, per exemple, del prestador de serveis que hostatja al seu servidor una determinada pàgina *web*, a sol·licitud d'una persona, física o jurídica, que vol tenir aquesta *pàgina* a la xarxa. En aquests supòsits, s'eleva notablement els requisits subjectius que han de concórrer en l'actuació del prestador de serveis perquè no se'n pugui derivar responsabilitat.

Concretament, perquè el prestador pugui gaudir de l'exempció s'estableix el requisit negatiu de manca de coneixement efectiu de la il·licitud de l'activitat o de la informació que hostatja. I en particular, davant d'una acció de reclamació de danys i perjudicis, no haver tingut

coneixement de fets o de circumstàncies pels quals es reveli el caràcter il·lícit de l'activitat o de la informació. Aquest requisit negatiu es complementa amb l'obligació de desplegar una activitat positiva tant bon punt el prestador de serveis tingui coneixement d'aquells extrems; activitat que consisteix en actuar amb promptitud per a retirar les dades, o bé fer que l'accés a les mateixes sigui impossible.

D'altra banda, cal que hi hagi una vertadera independència entre el prestador del servei d'allotjament i el destinatari que el demana. Si aquest últim actua sota l'autoritat o el control del prestador de serveis, l'exempció de responsabilitat no serà aplicable.

D'acord amb l'article 14.3 de la directiva, aquesta exempció no afectarà a la possibilitat que un tribunal o una autoritat administrativa, de conformitat amb els sistemes jurídics dels Estats membres, exigeixi al prestador de serveis posar fi a una infracció o bé impedir-la. I tampoc no afectarà a la possibilitat que els Estats membres estableixin procediments que regeixin la retirada de les dades o el fet d'impedir-hi l'accés.

#### **4. L'abast de les exempcions.**

Hem vist fins ara com s'han formulat a la directiva els supòsits de fet als que resultarà aplicable l'exempció de responsabilitat. Cal veure ara, però, en què consisteix aquesta exempció: quin es el seu abast.

En el cas de la mera transmissió i de la provisió d'accés, l'exempció que atorga la directiva consisteix a no poder considerar al prestador d'aquest tipus de serveis "responsable *de les dades transmises*" (art. 12); en el cas del *caching*, a no poder-lo fer "responsable *de l'emmagatzematge*" descrit (art. 13); i en el cas de l'allotjament, a no poder considerar-lo "responsable *de les dades emmagatzemades*" (art. 14). Al nostre entendre, cap d'aquestes formulacions comporta una exempció absoluta de responsabilitat en el sentit de garantir al prestador del servei que no haurà de respondre *de cap resultat danyós que s'hagi derivat de la seva actuació*. No és massa difícil pensar en casos en els que el servei prestat s'haurà ajustat a la descripció i als requisits objectius i subjectius indicats als articles 12, 13 i 14, i en què no obstant podrem exigir determinades responsabilitats al prestador. Per exemple podrem exigir-li responsabilitat contractual per la prestació defectuosa del servei, amb el corresponent rescabament dels danys i perjudicis ocasionats. No serà responsable *de les dades emmagatzemades* en *hosting*, és a dir, no haurà de respondre per exemple dels danys que es derivin del fet que aquestes dades siguin il·lícites. Correcte, però sí que haurà de respondre davant del destinatari del servei si -per exemple- la manera en què fa accessibles en xarxa aquestes dades no és l'acordada contractualment. I també podrem exigir-li responsabilitat extracontractual derivada dels danys que ocasioni i que caiguin fora de l'àmbit d'immunitat que vol oferir l'exempció. Així, el prestador del servei de transmissió no serà responsable *de les dades transmises*. D'acord, però podrà ser-ho -per exemple- dels danys causats per haver fet servir en la transmissió un programari defectuós que ha ocasionat perjudicis a d'altres persones.

#### **5. Les accions de cessació i/o impediment d'una infracció.**

El considerant número 45 de la directiva assenyala que les limitacions de la responsabilitat dels prestadors de serveis intermediaris establertes a la directiva *no afecten* a la possibilitat

d'exercitar accions de cessació de diferents tipus. I que aquestes accions de cessació poden consistir en particular en “ordres dels tribunals o de les autoritats administratives per les quals s'exigeixi posar fi a qualsevol infracció o impedir que es cometi, àdhuc retirant la informació il·lícita o fent-hi impossible l'accés”.

Aquest principi es reitera en cadascun dels supòsits d'exempció considerats tot advertint que “[e]l present article no afectarà la possibilitat que un tribunal o una autoritat administrativa, de conformitat amb els sistemes jurídics dels Estats membres, exigeixi al prestador de serveis que posi fi a una infracció o que la impedeixi” (arts. 12.3 i 13.2, referits a la mera transmissió i al *caching*). En el cas de l'allotjament de dades es disposa la mateixa prescripció, tot afegint que l'article tampoc no afectarà a “la possibilitat que els Estats membres estableixin procediments pels quals es regeixi la retirada de dades o s'impedeixi l'accés a les mateixes” (art. 14.3)<sup>4</sup>.

D'aquesta manera, per a assolir l'exoneració, el prestador de serveis no només haurà de complir a) els requisits objectius (naturalesa de l'activitat); b) els subjectius negatius (manca de coneixement efectiu); i c) subjectius positius o de diligència (actuació prompta a partir d'haver tingut coneixement de la il·licitud, amb tots els problemes d'indefinició que sorgiran per a determinar si s'ha cobert o no aquesta diligència) previstos per a cada supòsit; ja que pot haver de fer front, a més, a una acció de cessació, cosa que senzillament vol dir que, en relació a un cas determinat, se li exigirà un *plus* de diligència. Si no observa aquesta diligència addicional no podrà beneficiar-se de l'exempció de responsabilitat.

Fixem-nos, però, en el caire que pot tenir aquesta diligència afegida. En tot cas respon a una ordre comunicada al prestador per part d'un tribunal o d'una autoritat administrativa. No n'hi ha prou, doncs, amb el fet que el prestador rebí un requeriment o notificació procedent d'un particular. (Alerta: no n'hi ha prou *per a quedar obligat a desplegar aquesta diligència addicional*, però pot ben ésser que el requeriment privat es consideri suficient perquè el prestador hagi de dur a terme les accions que li exigeix la pròpia directiva per als casos en què arriba a coneixement del prestador el caràcter il·lícit de la informació o de la activitat).

L'ordre del tribunal o de l'autoritat administrativa pot exigir al prestador que posi fi a una infracció o bé *que la impedeixi*. Impedir una infracció suposa posar els mitjans adequats per a evitar que s'arribi a produir una infracció *que encara no s'ha produït*. I això, es miri com es miri, vol dir (o com a mínim pot voler dir) *control previ*. Control previ ajustat al sistema jurídic de l'Estat membre, però control previ al cap i a la fi. La qual cosa, si l'ordre dictada no és prou específica i determinada, trasllada al prestador de serveis el difícil deure de discriminar què és el que ha de permetre i el que no, a fi d'evitar la consumació d'una infracció. Amb el risc d'equivocar-se tant per excés com per defecte.

Aquestes possibles obligacions de control previ no són però, obligacions establertes de manera general a l'ordenament, sinó que neixen de la concreta ordre judicial o administrativa dictada i notificada al prestador de serveis. Ara bé, la llei de l'Estat membre també pot establir, per a qualsevol prestador de serveis, deures de control previ, però només en relació a casos específics. I també (en el cas dels prestadors de serveis d'allotjament) deures de

---

<sup>4</sup> Sabem que aquesta diligència addicional només se li podrà exigir *de conformitat amb els sistemes jurídics dels Estats membres*. Però sorgeix immediatament el problema de la competència de jurisdicció i de llei aplicable (que no abordarem aquí): haurà de ser necessàriament de conformitat amb el sistema jurídic de l'Estat membre en què el prestador estigui establert? Caldrà que l'ordre l'emeti necessàriament un tribunal o una autoritat administrativa de l'Estat membre en el que el prestador de serveis està establert?

detecció i prevenció de determinats tipus d'activitats il·legals. Vegem-ho amb més detall a l'apartat següent.

## 6. Obligacions de supervisió i de comunicació.

Hem vist més amunt que *en els casos de serveis d'hostatjament de dades* l'exempció de responsabilitat del prestador del servei es mou entre dos extrems: o bé el prestador no té coneixement del caràcter il·lícit de l'activitat o de la informació, amb la qual cosa queda cobert per l'exempció; o bé, tan bon punt en té coneixement, desplega una activitat diligent de retirada de les dades o de bloqueig de l'accés, amb la qual cosa queda també cobert per l'exempció.

Ara bé: entre el coneixement i el desconeixement hi ha una zona grisa, que és la situació en què es troba el prestador que podríem dir que "ignora culpablement". La pregunta és si podem considerar que el prestador de serveis queda cobert per l'exempció en els casos en què certament no se'l pot titllar de negligir els deures de retirar o bloquejar les dades, atès que això no li era exigible, ja que justament ignorava el caràcter il·lícit d'aquelles dades. Però alhora aquesta ignorància pot semblar precisament una manca de diligència, en el sentit de no haver pres cap iniciativa per a conèixer si la informació hostatjada era o no lícita. Dit d'una altra manera: la qüestió és si el règim que estableix la directiva deixa espai perquè els Estats membres imposin al prestador, com a deure de diligència, l'obligació d'inspeccionar o examinar les dades que allotja per tal de conèixer si l'activitat o la informació és o no il·lícita.

En la resposta a aquest punt hem de distingir entre obligacions de caràcter general i obligacions específiques. D'acord amb l'article 15.1, els Estats membres no poden imposar als prestadors de serveis una obligació *general*, ja sigui de supervisar les dades que transmetin o emmagatzemin, ja sigui de realitzar cerques actives de fets o circumstàncies que indiquin activitats il·lícites en relació als serveis d'hostatjament, [i també] en els de transmissió de dades, de provisió d'accés a la xarxa i de *caching*<sup>5</sup>. Cal remarcar, però, que la directiva no

---

<sup>5</sup> Aquest article de la directiva planteja el problema de saber quina rellevància té, des del punt de vista de la responsabilitat, el fet que el prestador de serveis tingui coneixement de la il·licitud en els supòsits de serveis diferents del d'allotjament, és a dir, en els de mera transmissió de dades, de provisió d'accés a la xarxa, i d'emmagatzematge en *caching*.

Si el prestador no té una obligació *general* de supervisar la licitud o il·licitud de les dades (que ja sabem que no la pot tenir, perquè la directiva prohibeix als Estats que la imposin), és clar que no se li podrà retirar l'exempció de responsabilitat argüint que no ha desplegat la diligència exigida per a descobrir que efectivament la informació o la activitat era il·lícita. Això (prohibir l'establiment de deures generals de supervisió) té sentit respecte de l'activitat d'hostatjament, perquè en tal cas, el fet de tenir o no tenir coneixement d'aquesta il·licitud és un extrem essencial per a saber si l'exempció és o no aplicable. De fet, a la vista de l'article 15 el raonament és planer: d'una banda el prestador que coneix ha d'actuar retirant les dades o bloquejant l'accés, però d'altra banda no se'l pot obligar a que es dediqui sistemàticament a esbrinar si les dades són o no lícites: el legislador considera que això li suposaria una càrrega excessiva.

En el cas, però, de les activitats de mera transmissió, de simple provisió d'accés, i de emmagatzematge en *caching* (arts. 12 i 13) sembla clar que l'exoneració de responsabilitat és aplicable amb independència de si el prestador té o no té coneixement de la il·licitud de les dades. I per tant l'incompliment d'una eventual obligació general de supervisió no hauria de ser rellevant des del punt de vista de la responsabilitat, raó per la qual tampoc sembla necessari, *des de la perspectiva estricta de l'establiment del règim d'exempcions de la responsabilitat*, que la directiva prohibeixi als Estats l'establiment de tal obligació en relació a aquests serveis.

Potser la raó de l'article 15 en aquest punt s'ha de buscar en la voluntat del legislador de deixar ben clar que no es podrà retreure als prestadors dels serveis contemplats als articles 12 i 13 haver incorregut en negligència si no supervisen la licitud de les dades que transmeten o desen. O tal volta és una manera d'establir indirectament una limitació a l'abast de l'exempció: l'exempció no seria aplicable quan existint una obligació limitada i específica

exclou la possibilitat d'establir obligacions de supervisió *que no siguin de caràcter general* (com ara obligacions de supervisió del contingut procedent d'algun lloc determinat de la xarxa).

D'altra banda, la directiva no posa cap impediment als Estats membres per a imposar obligacions de comunicació. Concretament, preveu la possibilitat que els Estats exigeixin als prestadors de serveis de la societat de la informació que comuniquin amb promptitud a les autoritats les dades presumptament il·lícites o les activitats il·lícites dutes a terme pels destinataris dels seus serveis; o també que els imposin l'obligació de comunicar a les autoritats, a sol·licitud d'aquestes, informació que permeti identificar als destinataris dels seus serveis amb els quals hagin celebrat acords d'emmagatzematge (art. 15.2).

Són molts, doncs, els aspectes en què el legislador comunitari deixa un marge de decisió força gran als Estats. No coneixem encara quines opcions prendrà finalment el nostre legislador a l'hora de transposar la directiva. Però ja en tenim algunes pistes: les contingudes a l'avantprojecte de 18 de gener de 2001. I convé que les examinem tot seguit.

### **III. LA TRANSPOSICIÓ AL DRET INTERN DEL RÈGIM D'EXEMPCIONS DE RESPONSABILITAT A L'AVANTPROJECTE DE 18 DE GENER DE 2001.**

*L'avantprojecte de Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic*<sup>6</sup> s'encarrega de fer la transposició al Dret intern de la directiva de comerç electrònic, i alhora transposa parcialment la directiva 98/27/CE, de 19 de maig de 1998, relativa a les accions de cessació en matèria de protecció dels interessos dels consumidors, als efectes de regular aquest tipus d'accions en relació als actes dels prestadors de serveis. Com és obvi encara és un text provisional, però ja ha passat varies fases de redacció. La versió actual, i que aquí examinarem, és la de 18 de gener de 2001.

#### **1. Les normes generals sobre responsabilitat.**

L'avantprojecte inicia aquesta matèria amb un parell d'articles (13 i 14) que ens semblen força criticables per desenfocats. L'article 13 comença declarant que "els prestadors de serveis de la societat de la informació [tots ells: no només els de serveis intermediaris] estan sotmesos a les normes generals de l'ordenament jurídic sobre responsabilitat civil, penal i administrativa, amb les particularitats que deriven de l'aplicació de la legislació sobre drets dels consumidors i usuaris". Dit això, assenyala que no obstant "assumiran una responsabilitat específica [sic] pels continguts transmesos per la xarxa, que es regula per les normes establertes en aquesta secció". Aquesta declaració no es correspon en absolut amb el que disposen la resta de d'articles de la secció, que no fan altra cosa que recollir simplement un

---

de supervisió (per exemple respecte d'un *website* determinat) el prestador ha dut a terme el servei a pesar de la il·licitud de la informació (il·licitud coneguda o bé ignorada precisament per haver negligit l'obligació de supervisar). Això, però, contradiria la interpretació que a primera vista sembla més clara, i que és la ja exposada: l'exempció en aquests serveis és independent del fet que el prestador conegui o no la il·licitud (al marge sempre, és clar, dels casos en què hagi rebut una ordre d'un tribunal o autoritat competent exigint-li una determinada actuació).

<sup>6</sup> Disponible a: [http://www.setsi.mcyt.es/novedad/consulta\\_anteproyecto.htm](http://www.setsi.mcyt.es/novedad/consulta_anteproyecto.htm)

seguit de supòsits d'exempció de la responsabilitat, i referits únicament als prestadors de serveis intermediaris.

L'article següent, 14, sota la rúbrica de “[r]egla general i limitacions de responsabilitat” disposa que “[a]mb caràcter general [sic], els prestadors de serveis de la societat de la informació només seran responsables pels continguts que ells mateixos elaborin o que s’hagin elaborat per compte seu” i que “[n]o seran responsables per l’exercici de les activitats d’intermediació que impliquin la transmissió, copia, emmagatzematge o localització de continguts aliens, si respecten les normes recollides en els articles que segueixen”. Aquesta bonica declaració, tan ambigua com supèrflua, podria constar en una exposició de motius, però incloure-la com a text d’un precepte de la futura llei sembla un evident despropòsit de tècnica legislativa.

Oblidem, però, aquest mal inici i anem a veure amb detall la regulació de les exempcions de responsabilitat dels diferents serveis intermediaris que l’avantprojecte estableix a continuació (arts. 15 i següents).

## 2. Les exempcions de responsabilitat.

Seguint la mateixa sistemàtica que la directiva, l’avantprojecte distingeix tres supòsits de prestacions: a) les de transmissió de dades i de provisió d’accés; b) les d’emmagatzematge en *caching*; i c) les d’hostatjament de dades. Però, a més, n’afegeix un altre que la directiva només menciona però no disciplina: els serveis de facilitar *hyperlinks*, directoris i/o motors de cerca de continguts.

### 2.1. Transmissió de dades o provisió d’accés a xarxa.

L’avantprojecte (art. 15) defineix aquests serveis de manera pràcticament idèntica a com ho fa la directiva: “un servei de la societat de la informació que consisteixi en transmetre per una xarxa de telecomunicacions dades facilitades pel destinatari del servei, o en facilitar accés a aquesta”.

Des del punt de vista dels subjectes, enlloc de parlar de prestadors de serveis intermediaris parla d’operadors de xarxes i de proveïdors d’accés; terminologia que sembla força correcta per a aquesta mena de serveis, sempre que no s’interpreti en un sentit reduccionista: als efectes d’aquest article, “proveïdor d’accés” ho serà qualsevol prestador que doni aquest servei, encara que a més en presti d’altres i, per exemple, sigui també prestador de serveis d’allotjament.

La part dispositiva del precepte estableix directament que “no seran responsables per la informació transmesa”. I afegeix a continuació que “[n]o obstant, aquesta responsabilitat sí podrà exigir-se quan ells mateixos hagin originat la transmissió, modificat les dades o seleccionat aquestes o als seus destinataris”. Disposava també l'article que no s’entendrà per modificació la manipulació estrictament tècnica dels arxius que alberguin les dades que té lloc durant la seva transmissió (afegit d’ordre tècnic que no apareix a la directiva). I que les activitats de transmissió i provisió d’accés esmentades inclouen l’emmagatzematge automàtic, provisional i transitori de les dades, sempre que serveixi exclusivament per a permetre la seva

transmissió per la xarxa de telecomunicacions i la seva durada no superi el temps raonablement necessari (declaració pràcticament idèntica a la de la norma comunitària).

Cal que ens aturem un moment en aquesta expressió ja transcrita: “(...) *aquesta responsabilitat sí podrà exigir-se* quan ells mateixos hagin (...)”. En aquest precepte, igual que en la directiva, es determinen perfectament uns supòsits en els que el prestador del servei queda exempt de responsabilitat. Però de cap manera es fixen aquí, ni tampoc a la directiva, uns requisits necessaris específics per a que se li pugui imputar responsabilitat, malgrat que la redacció del precepte doni a primera vista aquesta impressió. Dit d'altra manera: si el prestador del servei compleix els requisits de l'exempció quedarà exempt; i si no els compleix... ja veurem si finalment se li pot o no imputar responsabilitat. Aquest últim resultat jurídic necessita la conjunció de molts altres elements, requisits, valoracions, inferències i en definitiva arbitri judicial; és a dir, serà un supòsit més al que caldrà aplicar les normes generals de responsabilitat civil i que senzillament no podrà beneficiar-se d'una exempció legal perquè no ha cobert els requeriments exigits a tal fi.

## 2.2. Emmagatzematge en *caching*.

Pel que fa al  *caching*, l'avantprojecte diu que “[e]ls prestadors d'un servei de la societat de la informació que transmetin per una xarxa de telecomunicacions dades facilitades per un destinatari del servei i, amb l'única finalitat de fer més eficaç la seva transmissió ulterior a d'altres destinataris que les sol·licitin, les emmagatzemin en els seus sistemes de forma automàtica, provisional i temporal, *no seran responsables per la reproducció temporal d'aquestes dades*, si: (...)”.

Els requisits, amb petites variacions, són els mateixos que fixa la directiva: els de no modificar; complir les condicions d'accés; actualitzar la informació; no interferir en l'obtenció de dades sobre la utilització de la informació; i retirar o impossibilitar l'accés a la informació tan bon punt conegui que s'ha retirat del lloc original o s'hi ha barrat l'accés o un tribunal o autoritat ha ordenat la seva retirada o que s'hi impedeixi l'accés.

## 2.3. Allotjament o *hosting*.

En relació als serveis d'allotjament de dades, l'avantprojecte (art. 17) recull amb poques diferències la mateixa exempció que estableix la directiva: qui presti aquest servei no serà responsable de la informació emmagatzemada a petició del destinatari si no té coneixement efectiu de la il·licitud de l'activitat o de la informació. Cas de tenir coneixement haurà d'actuar diligentment per a retirar les dades o fer-hi impossible l'accés.

La redacció s'aparta una mica de la directiva per exemple a l'hora de fixar el requisit de no coneixement. L'avantprojecte exigeix al prestador que *no tingui coneixement efectiu que l'activitat o la informació emmagatzemada és il·lícita o que pot lesionar béns o drets d'un tercer susceptibles d'indemnització*. No fa per tant la distinció que sí fa la directiva entre responsabilitat en general i responsabilitat exigida en una acció de rescabament de danys i perjudicis, on n'hi ha prou amb un coneixement indirecte o indiciari per a perdre l'exempció de responsabilitat.

Igual que en la directiva, es parla tant d'informació com *d'activitat* il·lícita. La redacció de l'avantprojecte aquí resulta una mica més precisa en el sentit que deixa clar que es tracta de la il·licitud de l'activitat del destinatari del servei (cosa que no ens diu expressament la directiva).

Reitera també l'avantprojecte el requisit d'independència del prestador respecte del destinatari del servei: no s'eximirà de responsabilitat si aquest destinatari actua sota la seva direcció, autoritat o control. I es recorda també la possibilitat que l'autoritat competent ordeni al prestador que retiri les dades o hi impossibiliti l'accés. I que si la retirada o bloqueig de dades pot afectar drets d'intimitat o de llibertat d'expressió s'hauran de respectar les normes establertes per a la seva protecció.

#### 2.4. Hiperenllaços, directoris i motors de cerca.

La Directiva de comerç electrònic no tracta directament de la responsabilitat que es pot derivar del fet de presentar *links* (enllaços directes a un altre lloc de la xarxa a través d'hipertext) o dels instruments o motors de cerca de continguts a la xarxa. Però és una qüestió que el legislador comunitari té ben present, fins al punt que en el procés de revisió de la Directiva, previst al seu article 21, s'exigeix que l'informe corresponent analitzi *la necessitat de presentar propostes relatives a la responsabilitat dels proveïdors d'hipervincles i serveis d'instruments de localització*.

L'avantprojecte estableix que “[e]ls prestadors de serveis de la societat de la informació que facilitin enllaços a d'altres continguts a la xarxa o incloguin, en els seus, directoris o instruments de cerca de continguts no seran responsables per dirigir als destinataris dels serveis a continguts il·lícits, sempre que:

- no tinguin coneixement efectiu que l'activitat o la informació a la que remeten o recomanen es il·lícita o que pot lesionar béns o drets d'un tercer susceptibles d'indemnització, o
- si el tenen, suprimeixin o inutilitzin l'enllaç”.

L'article afegeix que “[e]n la resta, serà d'aplicació el que es disposa a l'article anterior”, és a dir el règim que ja hem exposat de l'exempció de responsabilitat per als serveis d'allotjament de dades.

Ara bé: quina és l'extensió material de l'exoneració de responsabilitat que es concedeix? El que ens diu aquest precepte és que el prestador (si compleix les dues condicions expressades) no serà responsable *per dirigir als destinataris de serveis a continguts il·lícits*. Des del punt de vista del dret de danys sembla que aquesta exempció només contempla els danys que pot sofrir l'usuari del servei que activa el link i que va a parar a un contingut que és de tal manera il·lícit que el fet d'accedir-hi li provoca un perjudici. Potser ha anat a parar a un lloc en el que ha patit una ofensa o una injúria, o bé a un lloc de comerç electrònic on resulta que l'han estafat... Es pressuposa que el problema és el caràcter il·lícit del contingut o activitat cap a on el link ens encamina. Amb això es deixen fora de l'exempció els casos en què el lloc de destí és lícit, i la il·licitud està més aviat en el propi *link*. Per exemple quan mitjançant el *link* resulten infringits els drets de propietat intel·lectual del titular de la pàgina a la que l'enllaç ens porta, fent ús, per exemple, d'una part substancial d'una base de dades ubicada en la pàgina de destí a través d'enllaços “profunds”: aquells que ens condueixen directament a

elements específics del *website* de destí, saltant-se la visualització de la pàgina inicial en la que apareix la publicitat, o fins i tot aparentant, mitjançant tècniques de *framing*, que aquests continguts pertanyen al *website* que hem visitat en primer lloc.

### 3. Límits i obligacions en la prestació de serveis.

Aprofitant el marge de discreció que la norma comunitària deixa als Estats membres per a establir deures específics, l'avantprojecte preveu unes restriccions generals a la lliure prestació de serveis de la societat de la informació i, a més, una sèrie d'obligacions concretament dirigides als prestadors.

#### 3.1. Restriccions a la lliure prestació de serveis.

L'article 9 de l'avantprojecte, sota la rúbrica de "[r]estriccions a la lliure prestació de serveis per atemptar contra principis fonamentals de la convivència social", disposa que en els supòsits de serveis de la societat de la informació que atemptin o puguin atemptar greument contra els principis que a continuació enumerarem, les autoritats competents per a la protecció d'aquests principis podran adoptar les mesures necessàries per a *retirar les dades* que els vulnerin o *impedir l'accés* a les mateixes. Aquests principis són: l'ordre públic, en particular, la investigació penal, la seguretat pública i la defensa nacional; la protecció de la salut pública i dels consumidors o usuaris, fins i tot quan actuïn com a inversors en l'àmbit del mercat de valors; el respecte a la dignitat humana i al principi de no discriminació per motius de raça, sexe, religió, opinió, nacionalitat o qualsevol altra circumstància personal o social; i la protecció de la infància i la joventut.

En l'adopció i compliment d'aquestes mesures restrictives s'hauran de respectar -diu el mateix precepte- els procediments previstos a l'ordenament per a protegir els drets a la intimitat personal i familiar i la llibertat d'expressió, quan aquests drets resultin afectats. A més, s'exigeix que les mesures siguin objectives, proporcionades i no discriminatòries, i s'hauran d'adoptar de conformitat als procediments previstos a la Llei 30/1992 de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu, o bé d'acord amb la legislació processal que correspongui (art. 9.2).

Quan es tracti d'establir restriccions que afectin un servei de la societat de la informació que procedeixi d'algun dels Estats membres de la UE o del EEE diferent d'Espanya, el procediment a seguir serà el següent (9.3): l'autoritat competent demanarà a l'Estat membre en què estigui establert el prestador afectat que adopti les mesures oportunes. Si no les adoptés o resultessin insuficients, notificarà, amb caràcter previ, a la Comissió europea i a l'Estat membre, quines són les mesures que té intenció d'adoptar. En els casos d'urgència, l'autoritat competent podrà adoptar les mesures oportunes, notificant-les a l'Estat membre de procedència i a la Comissió europea en el termini de cinc dies des de l'adopció, indicant també la causa de l'urgència.

Les mesures cautelars o preliminars adoptades en el marc d'un procés judicial, que impliquin l'establiment de restriccions a la lliure prestació de serveis, podran adoptarse -diu l'art. 9.4- sense subjecció al procediment previst a l'apartat anterior.

### 3.2. Obligacions de comunicació a les autoritats.

Ja hem vist més amunt que l'article 15 de la directiva d'una banda prohibeix als Estats membres establir obligacions generals de supervisió i de cerques actives de fets o circumstàncies que indiquin activitats il·lícites, però d'altra banda permet establir *obligacions de comunicació a les autoritats*, ja sigui de presumptes dades o activitats il·lícites dels destinataris dels seus serveis, ja sigui d'informació per a identificar als destinataris del seu servei amb els que hagin celebrat acords d'allotjament de dades.

Seguint aquest marge que concedeix la directiva, i fen-t'ho extensiu a *tots* els prestadors de serveis de la societat de la informació (i no només als de serveis intermediaris) que estiguin establerts a Espanya, l'avantprojecte estableix -en relació als continguts- les obligacions de comunicació següents (art. 12.1):

- comunicar a les autoritats judicials o administratives competents, tan bon punt en tinguin coneixement, l'activitat presumptament il·lícita realitzada pel destinatari del servei.
- comunicar a les autoritats judicials o administratives competents, a sol·licitud d'aquestes, la informació que els permeti identificar als destinataris dels serveis.

### 3.3. Obligacions de supervisió en casos específics.

Hem remarcat més amunt que la prohibició d'establir d'obligacions generals de supervisió de l'article 15 de la directiva no és obstacle per a imposar obligacions de *supervisió en casos específics* (cfr. considerant 45).

L'avantprojecte fa ús d'aquesta possibilitat tot establint que l'autoritat judicial competent podrà requerir a qualsevol prestador de serveis que supervisi, o que conservi, totes les dades relatives a un determinat lloc d'Internet *durant un període màxim de sis mesos* i que les posi a la seva disposició (art.12.d).

No es diu res més però, d'acord amb les normes generals, sembla clar que quan, fruit d'aquesta supervisió, el prestador de serveis tingui coneixement de dades o activitats il·lícites haurà de desplegar tota la diligència expressada als articles 13 i 14 de la directiva per a poder gaudir de l'exempció de responsabilitat. En un intent de compatibilitzar aquestes obligacions de supervisió selectiva amb els requeriments empresarials de l'activitat del prestador de serveis, l'avantprojecte li permet generosament fer aquesta supervisió o conservació de dades de la forma que, essent eficaç per a l'objecte que es persegueixi, resulti menys gravosa per al prestador de serveis.

### 3.4. Obligació de posar fi a una infracció o d'impedir-la.

L'avantprojecte aprofita també el fet que la directiva no impedeix que un tribunal o una autoritat administrativa, de conformitat amb els sistemes jurídics dels Estats membres, exigeixi al prestador de serveis que posi fi a una infracció *o que la impedeixi*, ni tampoc prohibeix que s'estableixin procediments que regeixin la retirada de dades o que l'impediment d'accedir-hi. Ja hem tingut ocasió d'exposar el sentit de salvaguardar aquestes

possibilitats: el prestador no es podrà refugiar en l'exempció de responsabilitat per a incomplir l'ordre de posar fi a la infracció o d'impedir-la.

L'avantprojecte disposa concretament que tots els prestadors de serveis establerts a Espanya tindran l'obligació de [art. 12.c)]: “[s]uspendre la transmissió, l'allotjament de dades, l'accés a la xarxa o la prestació de qualsevol altre servei de la societat de la informació, per a posar fi a una infracció o impedir-la quan així els ho sol·liciti una autoritat judicial o administrativa competent”.