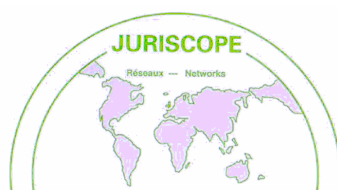


**La transposition de la Directive 95/46/CE du
Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre
1995, relative à la protection des personnes
physiques à l'égard du traitement des données à
caractère personnel et à la libre circulation de ces
données
en
Droit espagnol**

Juin 2002



SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
PARTIE I : EXISTE-IL DANS LA TRANSPOSITION ESPAGNOLE DE LA DIRECTIVE 95/46/CE DES DISPOSITIONS S'APPLIQUANT DE MANIERE SPECIFIQUE A INTERNET POUR LES REGLES DE PROTECTION DE DONNEES A CARACTERE PERSONNEL ?.....	7
PARTIE II : COMMENT LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 4 DE LA DIRECTIVE 95/46/CE, SUR L'APPLICATION DU DROIT NATIONAL ONT-ELLES ETE TRANSPOSEES ?	10
PARTIE III : L'ARTICLE 20 DE LA DIRECTIVE DEMANDE AUX ETATS DE PRECISER LES TRAITEMENTS SUSCEPTIBLES DE PRESENTER DES RISQUES PARTICULIERS AU REGARD DES DROITS ET LIBERTES DES PERSONNES. QUELS SONT LES TRAITEMENTS QUI EN DROIT NATIONAL SONT SOUMIS A UN CONTROLE PREALABLE ?	12
PARTIE IV : LES ARTICLES 25 ET 26 DE LA DIRECTIVE DEFINISSENT LES CONDITIONS DE TRANSFERT DE DONNEES PERSONNELLES VERS UN PAYS TIERS. QUELLES SONT LES DISPOSITIONS DE DROIT NATIONAL TRANSPOSANT CES DEUX ARTICLES ?	18
PARTIE V : L'ARTICLE 13 DE LA DIRECTIVE PREVOIT DES DEROGATIONS LIMITANT LA PORTEE DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DEFINIS A L'ARTICLE 6. QUELLES SONT CES DEROGATIONS EN DROIT NATIONAL ?	32
ANNEXES	38

DOCUMENTS DE REFERENCE

a) Textes législatifs, décrets, etc.

- ✓ Loi organique n° 15/1999, du 13 décembre 1999 sur la protection des données à caractère personnel
- ✓ Décret royal n° 994/1999, du 11 juin 1999 portant sur l'approbation du Règlement relatif aux mesures de sécurité sur les fichiers automatisés pouvant contenir des données à caractère personnel
- ✓ Décret royal n° 1332/1994, du 20 juin 1994 portant sur le développement de certains aspects de la Loi organique n° 5/1992, du 29 octobre 1992 relative à la réglementation du traitement automatisé des données à caractère personnel
- ✓ Instruction n° 1/2000, du 1^{er} décembre 2000 de l'Agence de protection des données, relative aux normes qui régissent les transferts internationaux de données

b) Autres.

- ✓ Recommandations de l'Agence espagnole de protection des données au secteur du commerce électronique

INTRODUCTION

La Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, est entrée en vigueur le 25 octobre 1998. Ce texte organise un cadre réglementaire dont l'objectif est de garantir un équilibre entre un niveau élevé de protection de la vie privée et la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne. En Espagne, l'article 18, al. 4 de la Constitution de 1978 dispose qu'il est de la compétence du seul législateur de "limiter l'usage de l'informatique afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens, ainsi que le plein exercice de leurs droits". Il a fallu attendre quatorze années pour voir adopter la fameuse Loi organique 5/1992 du 29 octobre 1992, portant réglementation sur le traitement automatisé des données à caractère personnel, plus connue sous le sigle de LORTAD. Cette législation est restée en vigueur pendant sept années. Son abrogation va résulter de la loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999, relative à la protection des données à caractère personnel. La nouvelle loi a pour objectif principal de transposer dans l'ordre juridique espagnol la Directive 95/46/CE qui nous intéresse. Il semble que l'Espagne comme la France s'est distinguée par l'adoption anticipée de législations sur la protection de données à caractère personnel antérieurement à la Directive européenne de 1995. Il est vraisemblable que cette antériorité explique les difficultés rencontrées par les deux pays à transposer dans leur ordre national la Directive 95/46 dans la mesure où, si étant déjà dotés d'une réglementation spécifique, ils doivent déployer des efforts importants pour adapter la législation existante. En outre, au moment de la transposition de la Directive 95/46/CE, le législateur espagnol s'est interrogé sur les modalités à suivre, c'est-à-dire si une simple réforme¹ de la Loi

¹ Il était de l'opinion d'un grand nombre de parlementaires espagnols, qu'une simple loi de réforme partielle aurait pu très bien suffire pour la transposition de la Directive 95/46/CE. Une telle position reposait sur l'idée que bien que la norme communautaire soit postérieure, cela ne pouvait signifier que la LORTAD était contraire au texte de la directive. En effet, il faut savoir que les législateurs de l'époque s'étaient imprégnés très fortement et avaient été très influencés par la proposition de

organique 5/1992 (LORTAD) pouvait suffire à adapter la législation existante aux exigences de la Directive ou au contraire, si la rédaction d'une nouvelle loi s'imposait. La réponse à cette question, sous l'influence de groupes de pression fut l'adoption d'une nouvelle loi. C'est la loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel, connue sous l'appellation de LOPD. Malgré l'adoption de cette loi et l'abrogation de l'ancienne, la LORTAD reste toujours présente dans les esprits et sert très souvent de référence.

A la différence de la précédente, la loi de 1999 ne contient pas d'exposé des motifs, ce qui laisse entendre que son application a pu et pourra engendrer de graves difficultés dans la mesure où il n'y a pas de définition des principes, de références, de précision sur les finalités et les objectifs de la loi, ni aucune explication sur les règles établies. Naguère, il ressortait de l'exposé des motifs de la LORTAD de 1992, que sa finalité était de faire face aux risques inhérents à la collecte et au traitement de données à caractère personnel par des moyens et méthodes informatiques, et qui pouvaient porter atteinte aux droits de la personne. En quelque sorte, il s'agissait de garantir les droits fondamentaux en général, dont le droit à l'intimité, face aux risques auxquels expose le recours aux nouvelles technologies de communication. L'article premier de la loi dispose qu' "*en ce qui concerne le traitement des données personnelles, la présente loi organique a pour objectif de garantir et de protéger, les libertés publiques et les droits fondamentaux des personnes physiques, spécialement dans leur honneur et intimité personnelle et familiale*".

Quant au domaine d'application de la loi, l'article 2 de la loi organique de 1999, précise que "*la loi s'applique aux données à caractère personnel enregistrées sur un support physique, qui les rend susceptibles de traitement, ainsi qu'à toute modalité d'usage postérieur de ces données par les secteurs public et privé*". Il ressort de cet article, qu'en faisant référence explicitement au

directive que la Commission européenne avait présentée au Conseil le 18 juillet 1990. De sorte qu'en 1992, la loi organique 5/1992 du 29 octobre portant réglementation sur le traitement

concept de "données à caractère personnel", le législateur espagnol a entend, une fois de plus à exclure du champs de cette législation les personnes morales. Cette législation et, par conséquent la présente étude, ne concernent que les données relatives aux personnes physiques identifiées ou identifiables.

automatisé des données à caractère personnel est entrée dans l'ordre juridique espagnol en incorporant déjà les principaux principes établis postérieurement par la Directive.

PARTIE I : EXISTE-IL DANS LA TRANSPOSITION ESPAGNOLE DE LA DIRECTIVE 95/46/CE DES DISPOSITIONS S'APPLIQUANT DE MANIERE SPECIFIQUE A INTERNET POUR LES REGLES DE PROTECTION DE DONNEES A CARACTERE PERSONNEL ?

A priori, la réponse à cette question est négative dans la mesure où il n'existe pas de normes propres s'appliquant de manière précise à Internet. Néanmoins, à la lecture du texte dans son ensemble, il ressort que les rédacteurs ont fait le choix de recourir à la terminologie la plus large possible, de manière à faire preuve d'une neutralité sans conteste du point de vue technologique. De cette manière, les normes établies par la LOPD peuvent s'appliquer à toutes les données sans distinction, quel que soit le support et indépendamment des moyens technologiques utilisés. Ce qui nous permet d'affirmer que bien que la Loi organique ne prévoit pas de dispositions spécifiques à Internet, elle s'applique dans son ensemble à ce média.

Ainsi, l'ensemble des définitions et principes contenu dans la loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel s'applique pleinement et sans restriction à Internet.

En témoignent les déclarations des responsables de l'Agence de protection des données, dont le Directeur confie qu'Internet représente l'un des secteurs où les règles de la protection des données ne sont pas appliquées et qui donne lieu à des plaintes de plus en plus nombreuses. Il ajoute que dans le cas où un citoyen a un doute et qu'il pense que la protection de ses données n'a pas été garantie, il doit saisir sans délai l'Agence de protection des données (ADP), laquelle, en tant d'organe indépendant et autonome, pourra examiner le cas, mettre en œuvre tous les moyens pour assurer la protection des dites données, et éventuellement prononcer une décision et des sanctions à l'égard de celui qui a enfreint la loi.

Cette situation a conduit l'ADP à formuler un certain nombre de recommandations² destinées aux acteurs du Net.

L'Association espagnole des Internaute (AI), auteur de nombreux rapports sur la pratique de l'Internet et les droits des internautes, fait remarquer que sur plus d'une centaine de sites visités et examinés, 67 % d'entre eux ne disposent pas de moyens techniques pour mettre en œuvre une véritable politique de protection de la vie privée des usagers. Par ailleurs, il ressort du dernier rapport de l'Association que, l'article 5 de la LOPD n'est pas respecté par 59% de sites examinés, puisque les utilisateurs ne sont pas informés de l'existence de fichiers et d'archives contenant leurs données à caractère personnel. Face à un tel constat, nous pouvons nous demander si dans le domaine de l'Internet le législateur espagnol ne devrait pas envisager une législation spécifique, comme c'est le cas dans le domaine des télécommunications avec la Directive³ 97/66/CE du 15 décembre 1997 sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications et de sa transposition par le Décret royal n° 1736/1998 du 31 juillet 1998. Bien qu'une législation spécifique à Internet et susceptible de régler tous les aspects de son fonctionnement soit dans la réalité peu envisageable (car il s'agit d'un domaine très vaste dont l'évolution est très rapide et constante), une telle possibilité dans des secteurs technologiques bien déterminés est sans doute concevable dans un futur très proche. En effet, on pense ici notamment au projet de loi espagnol sur les services de la Société de l'information et le commerce électronique⁴, qui vient d'être présenté au Parlement et dont certains aspects pourront apporter des réponses concrètes à quelques

² Recommandation de l'Agence de protection des données au secteur du commerce électronique, pour l'adaptation de son fonctionnement à la loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel (LOPD).

Voir Annexes.

³ En ce qui concerne le secteur des télécommunications et de la protection des données, il faut rappeler l'existence de la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, qui vient compléter la Directive 95/46/CE. Le législateur espagnol a transposé la Directive 97/66 à travers le Décret royal n° 1736/1998, du 31 juillet 1998 qui a pour finalité selon ses rédacteurs non seulement de déterminer les droits des usagers finaux dans la prestation de services considérés comme de caractère public, mais également de réglementer les aspects techniques de la protection de données personnelles sur les réseaux de télécommunication.

⁴ Proyecto de Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico.

problèmes posés par Internet vis-à-vis de la protection des données personnelles. Il convient de citer également la proposition de Directive relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications⁵, qui vient de faire l'objet d'un accord politique par le Conseil des Ministres de Télécommunications de l'Union européenne, et à sa transposition ultérieure dans l'ordre juridique espagnol, qui sans aucun doute contribueront à une meilleure garantie des droits des cyber-citoyens.

⁵ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

COM/2000/0385 final - COD 2000/0189 */ JOCE n° C365 E du 19/12/2000 p. 0223-0229.

PARTIE II : COMMENT LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 4 DE LA DIRECTIVE 95/46/CE, SUR L'APPLICATION DU DROIT NATIONAL ONT-ELLES ETE TRANSPOSEES ?

L'Espagne a transposé la Directive 95/46/CE à travers la loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel. A propos de l'article 4 de la Directive 95/46/CE, il faut préciser que le législateur a consacré deux articles distincts et non successifs à sa transposition : à savoir l'article 2, alinéa 1^{er} et l'article 5, alinéa 1^{er}, c).

L'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la Directive 95/46/CE est transposé dans l'ordre juridique espagnol par l'article 2, alinéa 1^{er} de la Loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel (LOPD) dans les termes suivants :

1. *"La loi s'applique aux données à caractère personnel enregistrées sur un support physique qui les rend susceptibles de traitement, ainsi qu'à toute modalité d'usage postérieur de ces données par les secteurs public et privé.*

La présente Loi organique sera applicable à tout traitement de données à caractère personnel :

- a) *Quand le traitement sera effectué sur le territoire espagnol dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement.*
- b) *Quand le responsable du traitement ne sera pas établi sur le territoire espagnol et que la législation espagnole lui sera applicable en vertu des normes du droit international public.*
- c) *Lorsque le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne et qu'il recourt pour le traitement des données à des moyens situés sur le territoire espagnol, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit".*

L'alinéa second de l'article 4 de la Directive 95/46/CE est incorporé dans le droit interne par l'article 5, alinéa 1^{er}, lettre e) in fine de la LOPD de la manière qui suit :

1. *"Les intéressés auprès de qui sont sollicités des données personnelles devront être informés préalablement et de manière expresse, précise et non équivoque :*
 - a) *Sur l'existence d'un fichier ou traitement de données à caractère personnel, de la finalité de la collecte et des destinataires de l'information.*
 - b) *Sur le caractère obligatoire ou facultatif de la réponse aux questions qui lui auraient été posées.*
 - c) *Sur les conséquences de l'obtention des données ou du refus de les fournir.*
 - d) *Sur la possibilité d'exercer les droits d'accès, de rectification, d'annulation et d'opposition.*
 - e) *Sur l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ou, le cas échéant, de son représentant.*

Quand le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne et, recourt pour le traitement des données à des moyens situés sur le territoire espagnol, il doit désigner, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit, un représentant en Espagne, sans préjudice d'actions qui pourraient être introduites contre le responsable du traitement lui-même."

Le législateur espagnol est resté dans l'esprit de la Directive, à tel point qu'il a transposé fidèlement mot à mot en deux articles distincts l'énoncé de l'article 4. Il apparaît, en outre, que l'hypothèse de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire de plusieurs Etats-membres n'a pas fait l'objet de disposition spécifique, ni n'a été mentionné à aucun moment dans le texte de la LOPD. On peut néanmoins faire une remarque positive en mentionnant que l'actuelle législation espagnole en matière de protection des données (LOPD) a le mérite d'envisager le critère de la territorialité avec fidélité par rapport à la législation communautaire, alors que la législation antérieure de 1992⁶ qui s'était fortement inspiré du projet de directive sur la protection des données personnelles de 1990, n'y avait consacré aucun développement.

⁶ Loi organique 5/1992 du 29 octobre 1992 portant réglementation sur le traitement automatisé des données à caractère personnel, plus connue sous le sigle de LORTAD.

PARTIE III : L'ARTICLE 20 DE LA DIRECTIVE DEMANDE AUX ETATS DE PRECISER LES TRAITEMENTS SUSCEPTIBLES DE PRESENTER DES RISQUES PARTICULIERS AU REGARD DES DROITS ET LIBERTES DES PERSONNES. QUELS SONT LES TRAITEMENTS QUI EN DROIT NATIONAL SONT SOUMIS A UN CONTROLE PREALABLE ?

Il convient ici de distinguer quelles sont les données à caractère personnel dont le traitement peut être susceptible de présenter des risques particuliers afin de se consacrer ensuite à la recherche de l'existence de contrôles préalables dans la législation espagnole sur la protection des données.

A. les données à caractère sensible

Les traitements susceptibles de présenter des risques sont ceux que la Directive 95/46/CE qualifie de données à caractère sensible. Les rédacteurs de la Constitution espagnole de 1978 ont prévu à travers l'article 16, al. 2 un principe fondamental qui interdit que l'on puisse obliger une personne à révéler sa religion, son idéologie ou ses croyances. Selon cette disposition fondamentale :

« "1. *La liberté idéologique, religieuse et des cultes des individus et des communautés est garantie; elle n'a pour seule limitation, dans ses manifestations, que celle qui est nécessaire au maintien de l'ordre public protégé par la loi.*
2. *Nul ne pourra être obligé à déclarer son idéologie, sa religion ou ses croyances.*
3. *Aucune confession n'aura le caractère de religion d'Etat. Les pouvoirs publics tiendront compte des croyances religieuses de la société espagnole et entretiendront de ce fait des relations de coopération avec l'église catholique et les autres confessions"*.

En ce qui concerne les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés, le législateur espagnol a transposé

l'article 20 de la Directive qui institue l'obligation faite aux Etats-membres de les préciser par l'article 7 de la Loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel (LOPD). En effet, l'article 7 de la LOPD, définit les "données spécialement protégées" ainsi que le régime applicable à ces données. Conformément à cette disposition, les données spécialement protégées se définissent comme celles relatives à l'idéologie, à l'affiliation syndicale, à la religion, aux croyances, à l'origine raciale, à la santé et à la vie sexuelle de chaque individu. Leur nature justifie l'application d'un régime spécial qui se distingue comme étant plus protecteur que celui qui s'applique aux données à caractère personnel en général. L'explication première d'un tel système de protection réside donc dans la nature même des données personnelles faisant l'objet d'un traitement. En effet, les caractéristiques de telles informations requièrent des garanties particulières afin de sauvegarder les droits fondamentaux et les libertés des citoyens, car le traitement ou la simple connaissance de telles données sont susceptibles de provoquer des comportements discriminatoires à l'égard des personnes considérées individuellement ou des groupes de personnes ayant les mêmes caractéristiques.

Le premier principe qui s'applique à des données d'une telle nature est que lorsque le consentement de l'intéressé est demandé, celui-ci doit avant tout être informé qu'il dispose de la possibilité de refuser (article 7, alinéa 1⁷ de la LOPD).

Le second principe qui se dégage est celui énoncé par l'article 7, alinéa 4⁸ de la LOPD qui pose une interdiction générale : tous les fichiers créés avec la finalité exclusive de traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion, les croyances, l'origine raciale ou ethnique ou la vie sexuelle, sont prohibés. Il convient de signaler ici que les données relatives à la santé ne sont pas mentionnées et ne figurent pas dans le cadre de l'interdiction générale posée par l'alinéa 4 de l'article 7 de la LOPD. Toutefois, nous verrons

⁷ Article 7, alinéa 1^{er} de la LOPD :

"Conformément à l'alinéa 2 de l'article 16 de la Constitution, nul ne peut être contraint à révéler son idéologie, sa religion ou ses croyances. Lorsqu' en relation avec de telles données, une procédure de demande de consentement auquel se réfère l'alinéa suivant est lancée, l'intéressé doit être informé sur le droit dont il bénéficie de refuser de donner un tel consentement".

⁸ Article 7, alinéa 4 de la LOPD :

plus loin que le traitement de ces données fait l'objet d'un régime restrictif particulier.

A propos des données sensibles, le législateur, à travers l'article 7 de la LOPD procède à une classification en 3 catégories distinctes des données spécialement protégées, le régime de protection variant en fonction de leur nature :

- ♦ Bloc A : données relatives à l'idéologie, à la religion et aux croyances;
- ♦ Bloc B : données relatives à l'origine raciale ou ethnique, à la santé et à la vie sexuelle;
- ♦ Bloc C : données relatives aux infractions administratives et aux infractions pénales.

1. Les données relatives à l'idéologie, à la religion et aux croyances

La règle générale repose sur l'article 7, alinéa 2 de la LOPD en vertu duquel " *les données à caractère personnel qui révèlent l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion et les croyances ne peuvent faire l'objet d'un traitement qu'avec le consentement exprès et écrit de l'intéressé*". Cependant, le législateur a prévu un régime d'exception selon lequel le consentement exprès et écrit de l'intéressé ne sera pas requis dans l'hypothèse de fichiers réalisés et maintenus par les partis politiques, les syndicats, les églises, confessions ou communautés religieuses et associations, les fondations et toutes autres entités non lucratives, dont la finalité est politique, philosophique, religieuse ou syndicale, dont les données concernent leurs membres ou adhérents ; la cession de telles données demeurant par contre subordonnée au consentement préalable de l'intéressé. Ce qui revient à dire, que le consentement explicite et formel de l'intéressé n'est pas requis pour le traitement de ces données dans la mesure où par l'acte d'adhésion, l'intéressé fournit lui-même des données personnelles pour devenir membre du groupe. Néanmoins, il apparaît que le consentement de l'intéressé est indispensable

"Sont interdits les fichiers créés avec la finalité exclusive de traiter des données à caractère personnel qui révèlent l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion, les croyances, l'origine raciale ou ethnique ou la vie sexuelle".

lorsque les données personnelles des adhérents ou des membres sortent du domaine de contrôle du groupe pour être transférées ensuite à des non-membres de l'organisation.

2. Les données relatives à l'origine raciale, à la santé et à la vie sexuelle

Le principe est ici celle posé par l'alinéa 4 de l'article 7 de la LOPD, est l'interdiction générale de créer des fichiers ayant comme "finalité exclusive" de recueillir et de stocker des données à caractère personnel qui dévoilent l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion, les croyances, l'origine raciale ou ethnique ou la vie sexuelle. Mais comme pour toute règle générale, il existe un régime dérogatoire autorisant le traitement de données dont la finalité exclusive n'est pas de stocker des informations susceptibles de divulguer l'origine raciale, des informations médicales ou l'orientation sexuelle d'une personne dans les seules hypothèses suivantes :

- S'il existe des raisons d'intérêt général et qu'une loi le prévoit;
- Si l'intéressé a consenti expressément au traitement de ses données.

Pour ce qui est des données relatives à la santé, le législateur propose un régime particulier présenté à l'article 7, alinéa 6 de la LOPD, en prévoyant que pourront faire l'objet d'un traitement les données à caractère personnel mentionnées aux alinéa 2 et 3 de l'article 7 de la LOPD lorsque le traitement des données est nécessaire :

- à la prévention ou à un diagnostic médical ;
- à la prestation d'une assistance sanitaire ou d'un traitement médical ;
- à la gestion des services sanitaires ;
- lorsque l'intéressé est dans une situation d'incapacité tant juridique que physique pour donner son consentement et qu'il en va de son intérêt vital.

Dans une telle situation, la seule condition qui s'impose est celle que le traitement des données soit réalisé par le personnel médical à qui s'applique le secret professionnel ou à toute autre personne à qui une telle obligation s'impose.

L'article 8 de la LOPD est quant lui spécifique aux données relatives à la santé, il précise que "*sans préjudice de ce qui est prévu par l'article 11 en ce qui concerne*

la cession, les institutions et les centres publics et privés de santé, ainsi que tous les professionnels de la santé, peuvent procéder au traitement de données à caractère personnel relatives à la santé des personnes qui ont recours à leurs prestations ou qui font l'objet d'un suivi médical" dans leur établissement.

3. Les données relatives aux infractions administratives et aux infractions pénales

Conformément à l'article 7, alinéa 5 de la LOPD, "*les données à caractère personnel relatives à la commission d'infractions pénales ou administratives, ne pourront être incluses que dans les fichiers des Administrations publiques compétentes dans les cas prévus par des dispositions réglementaires respectives*".

Il résulte de cette disposition que dans les cas d'infractions pénales ou administratives, le principe fondamental du consentement exprès de l'intéressé pour le traitement de ses données ne soit pas requis. Ceci peut s'expliquer dans la mesure où l'inclusion des données personnelles dans les fichiers relatifs aux infractions va de pair avec la procédure pénale ou administrative, où l'intéressé n'est qu'un sujet passif et où seul l'Etat a la compétence de sanctionner sans qu'à aucun moment l'intéressé n'ait la possibilité de consentir ou pas à l'enregistrement de données personnelles le concernant.

B. Le contrôle préalable

Quant à la seconde partie de la question, à savoir celle qui concerne la transposition de l'article 20 de la Directive 95/46/CE qui établit l'obligation des Etats-membres d'instituer une procédure de contrôle préalable applicable aux traitements susceptibles de présenter des risques. Des universitaires et des spécialistes espagnols interrogés par l'Agence de protection des données (ADP), considèrent qu'il n'existe aucune disposition spécifique dans la LOPD, ni ailleurs qui prévoit un tel système de contrôle. Il existe toutefois une obligation de notification et d'inscription au Registre de la protection des données pour toute création de fichier contenant des données à caractère personnelle (articles 20 et

26 de la LOPD et chapitre III du Décret royal n° 1332/1994 du 20 juillet 1994). Néanmoins, la procédure de notification et d'inscription ne peut pas être assimilée à un contrôle préalable comparable à celui institué par l'article 20 de la Directive, ou donnant lieu à une autorisation de la part de l'Agence de protection des données.

**PARTIE IV : LES ARTICLES 25 ET 26 DE LA DIRECTIVE
DEFINISSENT LES CONDITIONS DE TRANSFERT DE DONNEES
PERSONNELLES VERS UN PAYS TIERS. QUELLES SONT LES
DISPOSITIONS DE DROIT NATIONAL TRANSPOSANT CES DEUX
ARTICLES ?**

Les articles 25 et 26 de la Directive 95/46/Ce ont été transposés par le Titre V de la Loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel (LOPD). L'article 33 de la LOPD, fixe la règle applicable en la matière alors qu'un régime dérogatoire est défini par l'article 34 de la même loi.

A. Le principe général

En vertu de l'article 33 de la LOPD, la règle qui régit le transfert international des données à caractère personnel est l'interdiction globale : Il ne peut s'effectuer de transfert temporaire, ni définitif de données à caractère personnel qui ont fait l'objet ou qui ont été recueillies pour être destinées à un traitement en direction d'un pays n'offrant pas un niveau de protection comparable a celui de l'Espagne. Sauf le cas où, conformément aux dispositions de la LOPD, le demandeur obtient une autorisation préalable du Directeur de l'Agence de protection des données (ADP). Cet organisme ne pourra délivrer une telle décision que s'il obtient des garanties adéquates⁹.

⁹ **Artículo 33 de la LOPD, alinéa 1er :**

"No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías suficientes."

L'évaluation du niveau de protection du pays tiers est du seul ressort de l'Agence de protection des données (ADP). Pour cela, l'ADP doit considérer tout un ensemble de circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données, notamment :

- la nature des données ;
- la finalité du traitement ;
- la durée du traitement ;
- le pays d'origine et le pays de destination finale ;
- les règles et normes, générales et sectorielles en vigueur dans le pays tiers ;
- le contenu des rapports de la Commission européenne ;
- les normes professionnelles ;
- les mesures de sécurité en vigueur dans le ou les pays¹⁰.

Il convient de signaler qu'à aucun moment, le législateur espagnol ne mentionne ni dans la LOPD, ni dans une disposition spécifique, de règle applicables à l'acquisition ou l'importation de données à caractère personnel en provenance d'un pays tiers. Certains auteurs qualifient une telle opération de « transfert passif ».

B. Le système dérogatoire :

Un régime dérogatoire est édicté par l'article 34 de la LOPD. En effet, contrairement à l'interdiction générale de transférer de données personnelles vers des pays tiers qui ne présentent pas un niveau de protection comparable à celui en vigueur en Espagne, cette disposition autorise le transfert vers un pays tiers dans une série d'hypothèses, notamment :

¹⁰ Artículo 33 de la LOPD, alinéa 2d :

"El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países".

- lorsque le transfert international de données à caractère personnel résulte de l'application de traités ou de conventions dont l'Espagne fait partie ;
- lorsque le transfert a lieu afin de demander ou prêter une assistance judiciaire internationale ;
- lorsque le transfert est nécessaire à la prévention ou au diagnostic médical, dans le cadre d'une assistance sanitaire ou d'un traitement médical ou de l'administration de services sanitaires ;
- lorsqu'il s'agit de virements de fonds conformément à la législation spécifique ;
- lorsque l'intéressé a donné un consentement non équivoque au transfert de données ;
- lorsque le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat passé entre l'intéressé et le responsable du fichier ou pour l'adoption de mesures pré-contractuelles adoptées à la demande de l'intéressé ;
- lorsque le transfert est nécessaire à la conclusion ou l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure dans l'intérêt du titulaire des données entre le responsable du fichier et un tiers ;
- lorsque le transfert est nécessaire ou requis légalement pour la sauvegarde d'un intérêt public, par exemple lorsque le transfert est demandé par une administration fiscale ou douanière pour la réalisation de leurs missions ;
- lorsque le transfert est nécessaire à la reconnaissance, l'exercice ou la défense d'un droit lors d'un procès ;
- lorsqu'à partir d'un Registre public et conformément à sa finalité, le transfert est effectué à la demande d'une personne qui a un intérêt légitime ;
- lorsque le transfert a comme destination un Etat-membre de l'Union européenne, ou un Etat à propos duquel la Commission des Communautés européennes, dans l'exercice de ses compétences, a déclaré qu'il garantissait un niveau de protection adéquat¹¹.

¹¹ Artículo 34 de la LOPD :

Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.

b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.

c) Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.

d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

Quant à la relation entre la Commission des Communautés européennes et l'Agence de protection des données, le législateur mentionne que l'Agence peut notifier des informations à la Commission, mais il n'y a pas de disposition spécifique dans la LOPD qui prévoit une procédure particulière de communication entre les deux institutions.

C. Des spécificités introduites par l'Agence de protection des données : l'Instruction 1/2000 du 1^{er} décembre relative à la réglementation des flux internationaux de données

Il convient de préciser que, si les principes en matière de mouvement international de données ont été définis par les articles 33 et 34 de la LOPD, il existe depuis décembre 2000 une disposition spécifique, à savoir l'Instruction 1/2000 de l'Agence de protection des données dont l'objectif principal est de compléter et de préciser la norme générale, ainsi que de mettre en place une procédure unique en matière de transfert international de données. Etant donné l'importance de ce document, il convient d'en donner ci-après, la traduction intégrale.

-
- e) *Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.*
 - f) *Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.*
 - g) *Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.*
 - h) *Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.*
 - i) *Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.*
 - j) *Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro Público y aquélla sea acorde con la finalidad del mismo.*
 - k) *Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.*

D. INSTRUCTION 1/2000 du 1^{er} décembre de l'agence de protection des données, relative à la réglementation des flux internationaux de données

Le régime des flux internationaux de données à caractère personnel a constitué, depuis l'approbation de la Loi organique 5/1992, du 29 octobre (abrogée), relative à la réglementation du Traitement Automatisé des Données à Caractère Personnel (LORTAD), l'une des questions qui ont suscité le plus grand nombre d'interrogations au sein des responsables de fichiers et de la société en général.

Ces interrogations s'expliquent probablement par le fait que la réglementation en la matière et ses modalités d'application ont dû s'adapter d'une part aux dispositions des articles 25 et 26 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques en matière de traitement des données personnelles et à la libre circulation desdites données, d'autre part aux décisions adoptées par la Commission des Communautés Européennes dans le cadre de cette Directive.

L'action entreprise par l'Agence de protection des données, durant près de sept ans d'existence, a permis l'étude d'un grand nombre de cas relatifs aux transferts internationaux de données à caractère personnel. Jusqu'à aujourd'hui, ces cas n'étaient couverts, de manière systématique, par aucun texte.

Par ailleurs, l'article 37 c) de la Loi organique 15/1999 du 13 décembre sur la protection des données à caractère personnel attribue la compétence à l'Agence de protection des données pour "dicter, le cas échéant, et sous réserve des compétences d'autres organes, des instructions précises destinées à adapter le traitement des données à caractère personnel aux principes de la présente loi".

Usant de cette faculté, la présente Instruction a pour objet d'indiquer les critères d'orientation adoptés par l'Agence de protection des données pour les traitements des données personnelles qui font l'objet d'un transfert international, en même temps qu'elle met en exergue la procédure que l'Agence suit dans chaque cas concret, en vertu des compétences qui lui sont conférées par la loi.

Par conséquent, l'objectif de cette Instruction n'est pas d'introduire une quelconque innovation dans les règles de protection des données à caractère personnel mais simplement de préciser et de mettre à la disposition de toutes les personnes intéressées, dans un texte unique, la procédure suivie par l'Agence en vue du respect des dispositions prévues

par la grande diversité de réglementations régissant le transfert international de données.

Les articles 33 et 34 de la Loi organique n°15/1999 fixent le régime applicable aux flux internationaux de données. Les règles qui y sont établies, sans modifier le critère général qui devra présider aux transferts, à savoir l'exigence d'une autorisation donnée par le Directeur de l'Agence de protection des données, adaptent le régime des exceptions à cette autorisation, en ajoutant aux règles déjà visées dans la LORTAD d'autres règles découlant des dispositions des articles 25 et 26 de la Directive 95/46/CE. En particulier, l'article 34 k) de la Loi organique 15/1999 exclut du régime général d'autorisation le cas où "le transfert a pour destination un Etat membre de l'Union européenne, ou un Etat à propos duquel la Commission des Communautés Européennes, dans l'exercice de ses compétences, a déclaré qu'il garantit un niveau de protection adéquat".

En ce sens, il convient de tenir compte des récentes décisions de la Commission des Communautés Européennes, numéros 2000/518/CE, 2000/519/CE et 2000/520/CE, du 26 juillet (publiées au Journal Officiel des Communautés Européennes du 25 août 2000) qui considèrent comme adéquat le niveau de protection des données personnelles en Suisse, en Hongrie, ainsi que "celui conféré par les principes de la sphère de sécurité pour la protection de la vie privée et par les questions fréquemment posées y afférentes, publiées par le Ministère du Commerce des Etats-Unis d'Amérique".

Le régime applicable au transfert international des données est, dans tous les cas, régi par le principe général mentionné à l'article 25 alinéa 1 de la Directive selon lequel le transfert vers des entreprises ou des administrations situées sur le territoire d'Etats tiers devra s'entendre "sous réserve du respect des dispositions de droit national adoptées conformément aux dispositions de la présente directive". C'est dans le même sens que sont prises les décisions de la Commission des Communautés Européennes évoquées dans l'article 2.

Au vu de tout ce qui vient d'être exposé, la présente Instruction se divise en deux sections :

La première établit les critères applicables à la totalité des transferts internationaux de données et indique les concepts généraux à prendre en compte vis-à-vis du respect de la loi. En outre, cette section rappelle le principe général relatif au nécessaire respect de la Loi organique 15/1999 par les personnes ou entités qui souhaitent effectuer un transfert international de données. Enfin, elle indique la procédure prévue par les normes en vigueur en vue de la notification d'un tel transfert à l'Agence de protection des données.

La deuxième section concerne des cas de figure concrets de transferts. En particulier, elle envisage trois cas de figure spécifiques : deux en fonction des pays auxquels les données sont destinées et un troisième en fonction du motif à l'origine du transfert.

Ainsi, la quatrième norme se réfère aux pays non communautaires dans lesquels il a été reconnu l'existence d'un niveau de protection adéquat, avec une référence spéciale au cas de figure envisagé par la décision 2000/520/Ce de la Commission des Communautés Européennes déjà évoqué.

La cinquième norme prend en considération la solution contractuelle dans le cas de transferts soumis à autorisation du Directeur de L'Agence de protection des données, conformément aux dispositions de l'article 33 de la Loi organique 15/1999 en indiquant les critères retenus par l'Agence pour déterminer qu'un transfert offre un niveau de garantie adéquat. Dans son Rapport du 11 juillet 2000, le Parlement a considéré la solution contractuelle comme l'instrument le plus efficace pour garantir que le transfert de données offre des garanties adéquates. De même, le document du Groupe de travail sur la protection des données, créé par l'article 29 de la Directive communautaire du 24 juillet 1998 relative aux critères d'interprétation du régime des transferts internationaux, comporte des dispositions spécifiques à cette solution contractuelle.

Enfin, la sixième norme se réfère aux cas de transfert qui, indépendamment de l'Etat destinataire des données, comporte l'engagement d'un service de traitement des données pour le compte du responsable du fichier. Conformément à la loi 15/1999, le destinataire des données est celui défini comme "chargé du traitement". Dans ce cas, en vertu des dispositions de l'article 12 de la Loi et sous réserve de satisfaire aux autres conditions de la présente Instruction, il devra exister un contrat entre les entités émettrice et destinataire des données.

En vertu de quoi, conformément aux facultés qui lui sont attribuées par l'article 37 c) de la Loi organique 15/1999, l'Agence a pris les dispositions suivantes :

1. SECTION I. DISPOSITIONS GENERALES

Première norme.

Domaine d'application

La présente instruction devra s'appliquer à tout transfert international de données à caractère personnel.

A cet effet, on entend par transfert international de données toute transmission de celles-ci en dehors du territoire espagnol. Les transferts concernés sont, notamment, ceux qui constituent une cession ou une communication de données et ceux ayant pour objet la réalisation d'un traitement de données pour le compte du responsable du fichier.

Dans le cadre de la présente instruction, on entend par entité émettrice la personne physique ou morale, publique ou privée, responsable du fichier ou du traitement des données à caractère personnel faisant l'objet d'un transfert international. On entend par entité destinataire la personne physique ou morale, publique ou privée, située en dehors du territoire espagnol et qui reçoit les données transférées.

Deuxième norme.

Application des dispositions de la Loi organique 15/1999

Le transfert international de données ne déroge pas à l'application des dispositions contenues dans la loi organique 15/1999, conformément à son domaine d'application. La compétence de contrôle de son exécution est du ressort de l'Agence de protection des données.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi organique 15/1999, tout responsable d'un fichier ou du traitement des données qui envisage de transférer des données à caractère personnel en dehors du territoire espagnol devra communiquer préalablement aux personnes concernées le nom des destinataires des données ainsi que le motif de ce transfert international et l'utilisation que le destinataire envisage de faire desdites données.

Le devoir d'information auquel se réfère le paragraphe précédent ne s'appliquera pas lorsque le transfert aura pour objet la prestation d'un service au responsable du fichier, selon les termes établis par l'article 12 de la Loi organique 15/1999.

Troisième norme.

Notification des transferts prévus au Registre général de la protection des données.

1. Conformément à l'article 26.2 de la Loi organique 15/1999, toute personne ou entité qui souhaite effectuer un transfert international de

données devra le faire savoir expressément lors de la notification du fichier au Registre général de protection des données.

La notification du transfert s'effectuera selon les termes figurant dans le modèle normalisé approuvé à cet effet par le Directeur de l'Agence de protection des données avec indication expresse du pays destinataire du transfert et des motifs qui, le cas échéant, justifient un tel transfert sans la demande d'autorisation expresse du Directeur de l'Agence de protection des données, conformément aux dispositions de l'article 34 de ladite Loi organique.

Dans le cas où le transfert international concernerait les données contenues dans un fichier déjà inscrit au Registre général de protection des données et si le transfert ne figure pas dans l'inscription, le responsable du fichier devra demander une modification de cette inscription afin de notifier les éléments évoqués au paragraphe précédent. S'il s'agit de fichiers publics, le transfert devra être prévu dans la norme de création ou de modification du fichier.

2. A réception de la notification, l'Agence de protection des données pourra demander au responsable du fichier d'apporter, dans un délai de dix jours, les documents nécessaires pour compléter l'information relative au transfert en question ainsi que l'identité du destinataire dudit transfert.

A cet effet, il pourra être demandé au responsable du fichier ou du traitement d'apporter les documents prouvant que l'obligation mentionnée dans la deuxième norme de cette Instruction a été respectée. Notamment, si le responsable invoque l'existence de consentement de la personne concernée par le transfert ou dans le cas où l'existence d'une relation contractuelle serait invoquée, il pourra être exigé d'en apporter la preuve.

De même, il pourra être exigé du responsable du fichier qu'il justifie les éléments mentionnés dans la deuxième section de la présente Instruction.

Lors de la demande d'information relative à ce paragraphe, il sera rappelé au responsable du fichier qu'en l'absence de présentation de ladite information dans un délai de dix jours, on considérera que celui-ci se désiste de sa demande d'inscription ou de modification et la demande sera classée.

3. Si les documents présentés ne suffisaient pas à apporter la preuve que les conditions prévues dans la Loi organique 15/1999 ont été remplies, le Directeur de l'Agence de protection des données, dans l'exercice des compétences qui lui sont conférées par ladite loi, refusera l'inscription ou sa modification.

4. A l'encontre des décisions du Directeur de l'Agence pour la protection des données relatives à l'inscription ou, le cas échéant, à la modification d'un fichier, il sera possible d'exercer un recours préalable

gracieux ou un recours administratif devant la Chambre du Contentieux administratif de l'*Audiencia Nacional*.

2. SECTION II. DISPOSITIONS APPLICABLES A DES TRANSFERTS CONCRETS.

Quatrième norme.

Transferts vers le territoire d' Etats assurant un niveau de protection adéquat.

1. Lorsque le transfert international est destiné à une personne ou à une entité, publique ou privée, située sur le territoire d'un Etat non-membre de l'Union européenne pour lequel il a été reconnu qu'il existait un niveau adéquat de protection ou qui est membre de l'Espace Economique Européen, on pourra demander au responsable du fichier qu'il apporte les documents dont il est fait mention au deuxième paragraphe de la troisième norme de cette Instruction.

2. Sous réserve des dispositions de la deuxième norme, le Directeur de l'Agence de protection des données, usant des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 37 f) de la Loi organique 15/1999, pourra décider, après avoir entendu l'émetteur, de suspendre temporairement le transfert de données vers un destinataire situé dans un Etat tiers relevant d'un niveau adéquat de protection, en présence de l'une des circonstances ci-après, tel que prévues dans les décisions de la Commission des Communautés Européennes :

a) lorsque les autorités de protection des données de l'Etat destinataire (ou toute autre autorité dans le cas où les premières n'existeraient pas) décident que le destinataire a enfreint les normes de protection des données de son droit interne.

b) lorsqu'il existe des indices rationnels de violation des normes ou, le cas échéant, des principes de protection des données par l'entité destinataire du transfert et lorsque les autorités compétentes de l'Etat où se trouve le destinataire n'ont pas adopté ou ne vont pas adopter à l'avenir les mesures opportunes pour résoudre le cas en question, alors que celles-ci ont été averties de la situation par l'Agence de protection des données. Dans ce cas, le transfert pourra être suspendu, notamment si son maintien est susceptible d'entraîner un risque imminent de préjudice grave pour les personnes concernées.

Dans ces cas-là, la décision du Directeur de l'Agence de protection des données sera notifiée à la Commission des Communautés européennes.

3. Si le transfert se fonde sur les dispositions prévues dans la Décision 2000/520/CE de la Commission des Communautés européennes "sur l'adéquation de la protection conférée par les principes de la sphère de sécurité pour la protection de la vie privée et par les questions fréquemment posées y afférentes, publiées par le Ministère du Commerce des Etats-Unis d'Amérique", quiconque souhaite effectuer le transfert devra justifier que le destinataire fait partie des entités qui ont adhéré aux principes et qu'il est soumis à la juridiction de l'un des organismes publics des Etats-Unis figurant à l'Annexe VII de ladite décision.

4. Les dispositions indiquées au paragraphe précédent s'appliqueront à tous les cas pour lesquels le niveau de protection adéquat est reconnu par la Commission des Communautés européennes en relation avec un système d'autorégulation ou de conditions similaires à celles qui figurent dans la Décision 2000/250/CE.

5. A l'encontre des décisions du Directeur de l'Agence pour la protection des données relatives à cette norme, il sera possible d'interjeter un recours préalable gracieux ou un recours en contentieux administratif devant la Chambre des affaires de contentieux administratif de l'*Audiencia Nacional*.

Cinquième norme.

Transferts vers le territoire d'autres Etats.

1. Lorsque le transfert international a pour destinataire une personne physique ou morale, publique ou privée, située sur le territoire d'un Etat non-membre de l'Union européenne et pour lequel la Commission des Communautés européennes n'a pas reconnu qu'il y existait un niveau adéquat de protection ou qui n'appartient pas à l'Espace économique européen et lorsque l'émetteur se fonde sur l'une des hypothèses figurant aux alinéas a) à j) de l'article 34 de la Loi organique 15/1999, l'Agence de protection des données pourra exiger du responsable du fichier d'apporter les documents justifiant ses allégations.

2. Dans le cas où le transfert ne se fonderait sur aucune des hypothèses évoquées dans le paragraphe précédent, ou si la situation n'était pas dûment prouvée, il sera nécessaire d'obtenir l'autorisation du Directeur de l'Agence de protection des données, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique 15/1999.

Sous réserve des dispositions établies à l'alinéa 7 de cette norme, cette autorisation sera accordée à condition que le responsable du fichier apporte un document écrit, établi entre l'émetteur et le destinataire, qui fera état des garanties nécessaires de respect de la vie privée des personnes concernées et de leurs droits et libertés fondamentales et qui garantira l'exercice de leurs droits respectifs.

Ledit contrat devra comporter, au minimum, les mentions suivantes :

- a) l'identification de l'émetteur et du destinataire des données,
- b) l'indication du motif justifiant le transfert international ainsi que les données faisant l'objet du transfert,
- c) l'engagement de l'émetteur précisant que la collecte et le traitement des données sur le territoire espagnol respectent intégralement les normes figurant dans la Loi organique 15/1999 et que le fichier contenant les données objet du transfert est inscrit au Registre général de la protection des données ou que son inscription a été demandée,
- d) l'engagement du destinataire mentionnant que les données reçues seront traitées exclusivement aux fins qui motivent le transfert et qu'elles seront traitées conformément aux normes de protection des données du droit espagnol. De même, le destinataire devra s'engager à ne communiquer les données à aucun tiers tant qu'il n'aura pas obtenu le consentement de la personne concernée pour le faire,
- e) l'engagement du destinataire vis-à-vis des mesures de sécurité requises par les normes sur la protection des données à caractère personnel en vigueur en Espagne.
- f) l'engagement de l'émetteur et du destinataire à répondre solidairement vis-à-vis des particuliers, de l'Agence de protection des données et des organes juridictionnels espagnols dans l'éventualité d'un non-respect du contrat imputable au réceptionnaire, lorsque ce non-respect constituerait une infraction aux dispositions de la Loi organique 15/1999 ou porterait préjudice aux personnes concernées.
- g) l'engagement vis à vis de la personne lésée par suite du traitement effectué par le destinataire, de son indemnisation selon le régime de responsabilité auquel se réfère l'alinéa précédent,
- h) la garantie que la personne lésée pourra exercer les droits d'accès, de rectification, d'annulation et d'opposition tant vis-à-vis de l'émetteur que vis-à-vis du destinataire des données. De même, il faudra indiquer le droit de l'intéressé d'obtenir la tutelle de l'Agence de protection des données dans les hypothèses prévues par la loi organique 15/1999 dans le cas où ses droits ne seraient pas respectés,
- i) l'engagement du destinataire des données à autoriser l'accès à l'établissement dans lesquelles lesdites données sont traitées ainsi qu'aux documents et aux équipements matériels et logiciels aux représentants de l'Agence de protection des données ou de l'entité indépendante déléguée, lorsque l'Agence le demandera, afin de vérifier l'exécution des obligations liées au contrat,
- j) l'obligation, une fois la relation contractuelle terminée, de détruire les données à caractère personnel ou de les restituer à l'émetteur ainsi que tout support ou document comportant une quelconque donnée à caractère personnel objet du transfert,

k) le droit des personnes concernées d'exiger l'exécution des clauses figurant sur le contrat pour toutes les questions établies à leur avantage.

3. Après remise du contrat, l'Agence de protection des données pourra demander qu'il y soit introduit les modifications nécessaires pour garantir l'exécution des conditions mentionnées aux deux alinéas précédents, en concédant à cet effet un délai de dix jours.

4. Si, une fois ce délai écoulé, le contrat ne remplit toujours pas les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de cette norme, le Directeur de l'Agence de protection des données refusera le transfert demandé.

5. Dans le cas où le Directeur de l'Agence de protection des données autoriserait le transfert, il en ordonnera l'inscription au Registre général de protection des données et le communiquera à la Commission des Communautés européennes.

6. Les contrats passés à l'avenir sur la base, le cas échéant, des dispositions prévues dans les Décisions de la Commission des Communautés européennes et qui rempliraient les dispositions de l'article 26.4 de la directive 95/46/CE produiront les mêmes effets pour autant que leur exécution intégrale soit prouvée.

7. Sous réserve des dispositions prévues aux alinéas précédents de cette norme et dans la deuxième norme, le Directeur de l'Agence de protection des données pourra refuser ou, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 37 f) de la Loi organique 15/1999, suspendre temporairement le transfert, après avoir entendu l'émetteur, dans l'un des cas suivants :

a) lorsque la situation de protection des droits fondamentaux et des libertés publiques dans le pays de destination ou sa législation empêchent de garantir l'exécution intégrale du contrat et l'exercice, par les personnes concernées, des droits garantis par le contrat,

b) lorsque, par le passé, l'entité destinataire n'a pas respecté les garanties prévues dans des clauses contractuelles de ce type,

c) lorsqu'il existe des indices évidents indiquant que les garanties offertes par le contrat ne sont ou ne seront pas respectées par le destinataire,

d) lorsqu'il existe des indices évidents indiquant que les mécanismes d'application du contrat ne sont ou ne seront pas effectifs,

e) lorsque le transfert, ou la poursuite du transfert dans le cas où celui-ci aurait débuté, peut représenter un risque réel de dommage aux personnes concernées.

Les décisions du Directeur de l'Agence de protection des données refusant ou suspendant un transfert international de données en vertu des causes mentionnées dans cet alinéa seront notifiées à la Commission des Communautés européennes, le cas échéant.

8. A l'encontre des décisions du directeur de l'Agence, il sera possible d'interjeter un recours préalable gracieux ou un recours administratif devant la Chambre du Contentieux administratif de l'*Audiencia Nacional*.

Sixième norme.

Conditions spéciales des transferts ayant pour objet la réalisation d'un traitement de données pour le compte du responsable du fichier

1. Lorsque le transfert international de données a pour objet la réalisation d'un traitement de données pour le compte du responsable du fichier, la réalisation du traitement devra être réglementée par contrat, lequel contrat devra faire mention de la responsabilité directe de l'émetteur en cas de non-respect de la loi impliquant le destinataire.

Le contrat, qui devra revêtir la forme écrite, mentionnera expressément que le destinataire traitera les données exclusivement selon les instructions de l'émetteur, qu'il ne les appliquera ni ne les utilisera à des fins autres que celles figurant audit contrat. Le contrat mentionnera également que le destinataire adoptera les mesures de sécurité exigibles à l'émetteur conformément aux normes de protection des données du droit espagnol.

En outre, le contrat devra indiquer que, une fois la prestation contractuelle réalisée, les données à caractère personnel devront être détruites ou restituées à l'émetteur de même que tout support ou document faisant état d'une quelconque donnée à caractère personnel objet du traitement.

2. Le destinataire ne pourra pas communiquer les données à d'autres personnes, même pour leur conservation.

En conséquence, si l'émetteur souhaite que plusieurs entités différentes, situées hors du territoire espagnol, fournissent des services de traitement, selon les termes de l'article 12 de la loi organique 15/1999, il devra passer un contrat de services avec chacune des entités sans aucune possibilité pour le destinataire de sous-traiter cette seconde activité à une autre entreprise à moins qu'elle n'agisse au nom et pour le compte du responsable du fichier.

Dans le cas où le transfert serait adressé à un destinataire situé dans un Etat non-membre de l'Union européenne et pour lequel l'existence d'un niveau adéquat de protection n'a pas été reconnu ou un Etat n'appartenant pas à l'Espace économique européen, le contrat devra faire état de précautions similaires à celles de la cinquième norme en ce qui concerne le régime des sanctions et d'indemnisation des intéressés et en ce qui concerne les pouvoirs de l'Agence de protection des données, dans le cas où le destinataire utiliserait les données à des fins autres que

celles qui ont motivé le transfert, les communiquerait ou les utiliserait en violation des clauses du contrat.

PARTIE V : L'ARTICLE 13 DE LA DIRECTIVE PREVOIT DES DEROGATIONS LIMITANT LA PORTEE DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DEFINIS A L'ARTICLE 6. QUELLES SONT CES DEROGATIONS EN DROIT NATIONAL ?

A. Les dérogations

L'article 13 de la Directive 95/46/CE prévoit la possibilité pour les Etats-membres de mettre un œuvre un régime d'exception et de limitation à une série de dispositions de la Directive, notamment aux articles 6 paragraphe 1, 10, 11 paragraphe 1, 12 et 21.

1. Concernant la qualité des données

L'article 6 § 1 de la Directive énonce les principes qui déterminent la qualité des données à caractère personnel. Cette disposition communautaire a été transposée dans l'ordre juridique espagnol par l'article 4 de la Loi organique n° 15/1999 du 13 décembre 1999 relative à la protection des données à caractère personnel (LOPD) qui dispose de manière très précise que les données objet du traitement doivent répondre à des critères de qualité, parmi lesquels :

- les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives, explicites et légitimes ;
- les données ne pourront être utilisées pour des finalités incompatibles avec celles pour lesquelles elles ont été collectées. Le législateur précise que le traitement postérieur des données à des fins historiques, statistiques et scientifiques ne peut pas être considéré comme incompatible ;

- les données à caractère personnel doivent être exactes et mises à jour si c'est nécessaire, de manière à ce qu'elles correspondent à la situation de l'intéressé ;
- les données inexactes ou incomplètes en partie ou totalité doivent être supprimées et substituées par des informations rectifiées et complétées ;
- les données doivent être supprimées lorsqu'elles ont cessé d'être nécessaires ou pertinentes en fonction de leur finalité première. Etant donné la valeur historique, statistique ou scientifique, la conservation des données à caractère personnel est possible, la procédure à suivre dans un tel cas, doit faire l'objet d'une réglementation spécifique ;
- les données à caractère personnel doivent être conservées de manière ou sous une forme que le droit d'accès dont l'intéressé est titulaire puisse être exercé ;
- la collecte de données par des moyens frauduleux, déloyaux ou illicites est interdite.

Le législateur fixe donc les principes, mais également quelques exceptions. Au titre de ces dernières figurent notamment les fichiers de données dont la finalité est de nature historique, statistique ou scientifique pour lesquels l'obligation de suppression des données, passé un certain délai et lorsque la finalité première ou leur raison d'être a cessé, n'a pas lieu d'être appliqué. De telles données avec un tel intérêt peuvent tout à fait être conservées (article 4 alinéas 2 et 5 de la LOPD). De surcroît, cette catégorie de fichiers de données à vocation historique, statistique ou scientifique fait l'objet d'une réglementation spécifique.

Par ailleurs, il convient de mentionner l'article 2, alinéas 2 et 3 de la LOPD qui énumère des hypothèses où la LOPD ne s'applique pas :

- des fichiers élaborés par des personnes physiques dans l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques¹² ;
- des fichiers soumis à une réglementation pour la protection des matières classées¹³ ;

- des fichiers établis pour la recherche et la poursuite des infractions de terrorisme et d'autres formes graves de crime organisé. Il est nécessaire néanmoins que pour de tels fichiers, le responsable du traitement communique préalablement leur existence, leurs caractéristiques générales et leur finalité à l'Agence de protection des données.

Le législateur ajoute que seront régies par des dispositions spécifiques et par la LOPD lorsque c'est spécifiquement prévu, les traitements de données à caractère personnel suivants :

- les fichiers auxquels s'applique la réglementation sur le régime électoral ;
- les fichiers dont la finalité est exclusivement statistique ;
- les fichiers dont l'objet est la conservation de données contenues sur les rapports personnels de qualification qui sont soumis à la normative sur le régime du personnel des Forces armées ;
- les fichiers qui proviennent du Registre civil et du Registre central des condamnations ;
- les fichiers qui contiennent des images et sons résultant de l'enregistrement de caméras vidéos par les Forces armées et de sécurité, conformément à la législation afférente.

2. Concernant l'information des personnes fichées

Les articles 10 et 11 de la Directive 95/46/CE sont relatifs à l'information de la personne concernée. Ils ont été transposés par l'article 5 de la LOPD qui établit que toute personne auprès de laquelle des données sont sollicitées bénéficie du droit d'être informée préalablement et explicitement sur la collecte de données à caractère personnel qui la concernent, ainsi que sur un certain nombre d'informations connexes comme par exemple l'existence et la finalité du fichier, les destinataires de l'information, le caractère facultatif ou obligatoire de la réponse, les conséquences de la collecte ou du refus, la possibilité d'exercer un droit

¹² Il peut s'agir par exemple d'un répertoire ou agenda personnel contenant des données à caractère personnel.

d'accès, de rectification, de suppression ou d'opposition, l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ou de son représentant. Les alinéas 3, 4 et 5 de l'article 5 de la LOPD prévoient des exceptions :

- les informations relatives au caractère facultatif ou obligatoire de la réponse, aux conséquences de la collecte ou du refus de donner des informations, à la possibilité d'exercer un droit d'accès, de rectification, de suppression ou d'opposition, ne seront pas nécessaires lorsque le contenu de l'information peut se déduire clairement de la nature des données sollicitées ou des circonstances dans lesquelles les informations ont été recueillies (article 5, alinéa 3 de la LOPD).
- Lorsque les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, le principe est que cette personne doit être informée de manière expresse, précise et non équivoque par le responsable du traitement ou son représentant dans le délai de 3 mois à partir de l'enregistrement. Une telle mesure ne s'applique pas lorsque la personne concernée a été, avant l'enregistrement, informée sur un certain nombre d'éléments (article 5, alinéa 4 de la LOPD). En outre, une telle obligation d'information n'a pas lieu lorsqu'une loi en dispense expressément, et lorsque le traitement répond à des finalités historiques, statistiques ou scientifiques ou lorsque l'information de la personne concernée est impossible ou qu'elle exige des efforts disproportionnés par rapport au nombre des intéressés, à la durée des données et aux mesures possibles de compensation. Par ailleurs, l'information de l'intéressé n'est pas obligatoire lorsque les données proviennent de sources d'information accessibles au public et qu'elles sont destinées à des fins publicitaires ou de prospection commerciale. Dans un tel cas, l'intéressé doit être informé sur l'origine des données, l'identité du responsable du traitement et sur les droits dont il est bénéficiaire (article 5, alinéa 5 de la LOPD).
- Le droit d'information ne s'applique pas lorsque l'information de l'intéressé est susceptible d'empêcher ou de mettre en difficulté l'accomplissement de fonctions de contrôle et de vérification des administrations publiques ou lorsqu'une telle information est susceptible de porter atteinte à la Défense

¹³ Il s'agit notamment aux informations touchant à la défense nationale ou à la protection de l'Etat.

nationale, à la sécurité publique ou à la poursuite d'infractions pénales ou administratives (article 24, alinéa 1 de la LOPD).

3. Concernant le droit d'accès

L'article 12 de la Directive 95/46/CE est transposé par l'article 15 de la LOPD qui, parmi les droits reconnus aux titulaires des données, porte sur le droit d'accès aux données. Il résulte de cet article que la personne concernée bénéficie du droit de solliciter et d'obtenir gratuitement toute information sur ses données, sur leur origine, ainsi que sur les communications ou notifications de ses données. L'article 23 de la LOPD prévoit des situations où le droit d'accès peut être refusé :

- les responsables des fichiers qui contiennent des données qui ont été collectées et traitées à des fins policières par les Forces armées et les Corps de sécurité peuvent refuser l'accès, la rectification et la suppression en fonction des dangers qui pourraient découler pour la défense de l'Etat ou la sécurité publique, la protection des droits et libertés des tiers ou les nécessités des recherches et poursuites en cours (article 23, alinéa 1 de la LOPD) ;
- les responsables des fichiers de l'Administration fiscale disposent également de la compétence de refuser le droit d'accès aux intéressés, lorsqu'un tel accès peut être un obstacle aux opérations administratives tendant à assurer l'accomplissement des obligations fiscales et dans tous les cas, lorsque l'intéressé fait l'objet d'un contrôle (article 23, alinéa 3 de la LOPD) ;
- le droit d'accès inscrit dans l'article 15 de la LOPD ne peut être exigé lorsque après examen des intérêts en présence, il résulte que les droits de l'intéressé ne sont pas opérationnels pour des raisons d'intérêt public ou en cas de nécessité de protéger les intérêts des tiers (article 24, alinéa 2 de la LOPD).

De tels données relèvent de la Loi n° 9/1968 sur les secrets officiels.

B. Un régime spécifique aux journalistes

Contrairement au droit français, la Loi organique de 1999 sur la protection des données n'envisage pas de régime dérogatoire applicable à la profession de journaliste.

C. Définition des traitements réalisés à des fins personnelles

L'article 2, alinéa 2 de la LOPD mentionne que le régime de protection des données à caractère personnel mis en place par la LOPD ne s'applique pas aux fichiers élaborés par des personnes physiques dans l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques. Seule la simple mention des traitements de données réalisés à des fins personnelles figure dans le texte de la loi, mais sans définition ou précision du concept. Une telle absence laisse penser à certains auteurs qu'elle peut donner lieu à discussions et polémiques.

ANNEXES

Annexe n° 1

Loi organique n° 15/1999, du 13 décembre 1999 sur la protection des données à caractère personnel

Annexe n° 2

Décret royal n° 994/1999, du 11 juin 1999 portant sur l'approbation du Règlement relatif aux mesures de sécurité sur les fichiers automatisés pouvant contenir des données à caractère personnel

Annexe n° 3

Décret royal n° 1332/1994, du 20 juin 1994 portant sur le développement de certains aspects de la Loi organique n° 5/1992, du 29 octobre 1992 relative à la réglementation du traitement automatisé des données à caractère personnel

Annexe n° 4

Instruction n° 1/2000, du 1^{er} décembre 2000 de l'Agence de protection des données, relative aux normes qui régissent les transferts internationaux de données

Annexe n° 5

Recommandations de l'Agence espagnole de protection des données au secteur du commerce électronique

Annexe n° 6

Formulaire de notification des fichiers publics

Annexe n° 7

Formulaire de notification des fichiers privés