

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **C.J.C.E., 6 novembre 2003. Protection des données à caractère personnel - champs d'application de la directive 95/46 - Internet - Transfert de données vers des pays tiers - Liberté d'expression**

de Terwangne , Cécile

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

de Terwangne , C 2004, 'C.J.C.E., 6 novembre 2003. Protection des données à caractère personnel - champs d'application de la directive 95/46 - Internet - Transfert de données vers des pays tiers - Liberté d'expression', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 19, pp. 67-99.

#### **General rights**

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

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

#### **Take down policy**

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

# C.J.C.E., 6 novembre 2003

Note d'observations de Cécile de Terwangne<sup>1</sup>

## PROTECTION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL – CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 95/46 – INTERNET – TRANSFERT DE DONNÉES VERS DES PAYS TIERS – LIBERTÉ D'EXPRESSION

*Faire référence, sur une page internet, à des personnes identifiées constitue un traitement de données à caractère personnel automatisé, au sens de la directive 95/46.*

*L'exception prévue pour les traitements de données mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du droit communautaire ne vaut que pour les activités mentionnées à titre d'exemple dans la disposition de la directive 95/46 et non pour des activités bénévoles et religieuses exercées par des particuliers.*

*La publication de données sur internet ne peut être considérée comme un traitement de données effectué dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques.*

*Il n'existe pas de « transfert de données vers un pays tiers » lorsqu'une personne qui se trouve dans un Etat membre inscrit sur une page internet, stockée auprès d'une personne qui héberge le site internet sur lequel la page peut être consultée, qui est établie dans ce même Etat ou un autre Etat membre, des données à caractère personnel, les rendant ainsi accessibles à toute personne qui se connecte à internet, y compris les personnes se trouvant dans des pays tiers.*

*Les dispositions de la directive 95/46 ne comportent pas, en elles-mêmes, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression.*

Dans l'affaire C-101/01, ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par le Göta hovrätt (Suède) et tendant à obtenir, dans la procédure pénale poursuivie devant cette juridiction contre Bodil Lindqvist, une décision à titre préjudiciel sur, notamment, l'interprétation 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 (JO L 281, p. 31),

[...]

11. Personuppgiftslag, SFS 1998,

n° 204 (loi suédoise sur les données à caractère personnel, ci-après la «PUL»).

### **L'affaire au principal et les questions préjudicielles**

12. Outre qu'elle occupait un emploi salarié d'agent d'entretien, Mme Lindqvist exerçait la fonction de formatrice de communicants dans la paroisse d'Alseda (Suède). Elle a suivi un cours d'informatique dans le cadre duquel elle devait notamment créer une page d'accueil sur Internet. À la fin de l'année 1998, Mme Lindqvist a créé, à son domicile et avec son ordinateur personnel, des pages Internet dans le but de permettre aux paroissiens préparant leur confirmation d'obtenir facilement les informations dont ils

1. Chargée de cours aux F.U.N.D.P.

pouvaient avoir besoin. À sa demande, l'administrateur du site Internet de l'Église de Suède a établi un lien entre ces pages et ledit site.

13. Les pages visées contenaient des informations sur Mme Lindqvist et dix-huit de ses collègues de la paroisse, y compris leur nom complet ou parfois seulement leur prénom. Mme Lindqvist a en outre décrit les fonctions occupées par ses collègues et leurs loisirs en termes légèrement humoristiques. Dans plusieurs cas, leur situation familiale, leur numéro de téléphone et d'autres informations ont été mentionnés. Par ailleurs, elle a indiqué qu'une de ses collègues s'était blessée au pied et qu'elle était en congé de maladie partiel.

14. Mme Lindqvist n'avait ni informé ses collègues de l'existence de ces pages, ni recueilli leur consentement, ni déclaré sa démarche à la Datainspektion (organisme public pour la protection des données transmises par voie informatique). Elle a supprimé les pages visées dès qu'elle a appris que celles-ci n'étaient pas appréciées par certains de ses collègues.

15. Le ministère public a engagé des poursuites à l'encontre de Mme Lindqvist pour infraction à la PUL et a conclu à sa condamnation, au motif qu'elle avait :

- traité des données à caractère personnel, dans le cadre d'un traitement automatisé, sans faire de déclaration écrite préalable auprès de la Datainspektion (article 36 de la PUL);

- traité sans autorisation des données à caractère personnel sensibles, à savoir celles relatives à une blessure au pied et à un congé de maladie partiel (article 13 de la PUL);

- transféré vers des pays tiers des données à caractère personnel traitées sans autorisation (article 33 de la PUL).

16. Mme Lindqvist a reconnu les faits, mais a nié avoir commis une infraction. Condamnée par l'Eksjö tingsrätt (Suède) au paiement d'une amende, Mme Lindqvist a

interjeté appel de cette décision devant la juridiction de renvoi.

[...]

18. Éprouvant des doutes sur l'interprétation du droit communautaire applicable en la matière, notamment de la directive 95/46, le Göta hovrätt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes : «1) La mention d'une personne – par son nom ou par son nom et son numéro de téléphone – sur une page d'accueil sur Internet est-elle une opération qui relève du champ d'application de la directive 95/46? Le fait de faire figurer, sur une page d'accueil sur Internet que l'on a soi-même construite, un certain nombre de personnes, ainsi que des affirmations et des déclarations sur les conditions de travail et les passe-temps de ces personnes, constitue-t-il un traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie? 2) Au cas où la question précédente appellerait une réponse négative, le fait de créer, sur une page d'accueil sur Internet, des pages spécifiques pour une bonne quinzaine de personnes, avec des liens entre les pages qui permettent une recherche par prénom, peut-il être considéré comme constituant un traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un "fichier" au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>?

Si l'une des questions précédentes appelle une réponse affirmative, le hovrätt pose en outre les questions suivantes : 3) Le fait d'insérer des données de ce type sur des collègues de travail sur une page d'accueil privée, qui est cependant accessible à tous ceux qui connaissent l'adresse de la page, peut-il être considéré comme échappant au champ d'application de la directive 95/46 en vertu de l'une des exceptions figurant à l'article 3, § 2? 4) L'indication, sur une page d'accueil, qu'un collègue de travail mentionné par son nom s'est blessé au pied et est en congé de maladie partiel est-elle une donnée à caractère personnel relative à la santé qui, aux termes de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, ne

peut faire l'objet d'un traitement? 5) Le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers est interdit dans certains cas en vertu de la directive 95/46. Si une personne insère, en Suède, à l'aide d'un ordinateur, des données à caractère personnel sur une page d'accueil qui est stockée sur un serveur en Suède – de sorte que les données à caractère personnel deviennent accessibles à des ressortissants de pays tiers –, cela constitue-t-il un transfert de données vers des pays tiers au sens de la directive 95/46? La réponse reste-t-elle la même si, selon les informations dont nous disposons, aucun ressortissant d'un pays tiers n'a en fait pris connaissance des données ou si le serveur en question se trouve, d'un point de vue purement physique, dans un pays tiers? 6) Les dispositions de la directive 95/46 peuvent-elles, dans un cas tel que celui de l'espèce, être considérées comme impliquant une restriction contraire aux principes généraux de liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et qui correspondent notamment à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales?

Enfin, le hovrätt pose la question suivante : 7) Un État membre peut-il, dans les domaines visés par les questions qui précèdent, disposer d'une protection plus forte des données à caractère personnel ou d'un champ d'application plus large que celui qui résulte de la directive 95/46, même lorsque l'on ne se trouve pas en présence de l'un des intérêts mentionnés à l'article 13?».

### Sur la première question

19. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si l'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps, constitue

un « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, » au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46.

### *Observations soumises à la Cour*

20. Selon Mme Lindqvist, il n'est pas raisonnable de considérer que la simple mention du nom d'une personne ou de données à caractère personnel dans un texte contenu sur une page Internet constitue un traitement automatisé de données. En revanche, la mention de telles données dans un mot clé des « balises méta » (« métatags ») d'une page Internet, qui permet de procéder à une indexation et de trouver cette page par un moteur de recherche, pourrait constituer un tel traitement.

21. Le gouvernement suédois soutient que la notion de « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie », telle que visée à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46, inclut tout traitement sous un format informatique, c'est-à-dire en format binaire. Par conséquent, dès lors qu'une donnée à caractère personnel est traitée au moyen d'un ordinateur, que ce soit par exemple au moyen d'un programme de traitement de texte ou afin de l'insérer sur une page Internet, elle ferait l'objet d'un traitement couvert par la directive 95/46.

22. Le gouvernement néerlandais fait valoir que l'insertion de données à caractère personnel sur une page Internet se fait à l'aide d'un ordinateur et d'un serveur, ce qui constituerait une caractéristique importante de l'automatisation, de sorte qu'il faudrait considérer que ces données font l'objet d'un traitement automatisé.

23. La Commission soutient que la directive 95/46 s'applique à tout traitement de données à caractère personnel visé à l'article 3 de celle-ci, indépendamment des moyens techniques utilisés. La mise à disposition de données à caractère personnel sur Internet constituerait par conséquent un

traitement automatisé, en tout ou en partie, à condition qu'il n'existe pas de limitations techniques qui restreignent le traitement à une opération exclusivement manuelle. Une page Internet relèverait donc, par sa nature même, du champ d'application de la directive 95/46.

#### *Réponse de la Cour*

24. La notion de «données à caractère personnel» employée à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46 englobe, conformément à la définition figurant à l'article 2, a, de celle-ci, «toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable». Cette notion comprend assurément le nom d'une personne joint à ses coordonnées téléphoniques ou à des informations relatives à ses conditions de travail ou à ses passe-temps.

25. Quant à la notion de «traitement» de telles données employée à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46, elle comprend, conformément à la définition figurant à l'article 2, b, de celle-ci, « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel ». Cette dernière disposition mentionne plusieurs exemples de telles opérations, parmi lesquels figurent la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition de données. Il s'ensuit que l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un tel traitement.

26. Reste à déterminer si ce traitement est « automatisé en tout ou en partie ». À cet égard, il convient de relever que faire apparaître des informations sur une page Internet implique, selon les procédures techniques et informatiques appliquées actuellement, de réaliser une opération de chargement de cette page sur un serveur ainsi que les opérations nécessaires pour rendre cette page accessible aux personnes qui se sont connectées à Internet. Ces opé-

rations sont effectuées, au moins en partie, de manière automatisée.

27. Il convient donc de répondre à la première question que l'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps, constitue un « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, » au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46.

#### **Sur la deuxième question**

28. La première question ayant reçu une réponse affirmative, il n'y a pas lieu de répondre à la deuxième question, qui n'a été posée que pour le cas où la première question appellerait une réponse négative.

#### **Sur la troisième question**

29. Par sa troisième question, la juridiction nationale cherche en substance à savoir si un traitement de données à caractère personnel tel que celui visé par la première question relève de l'une des exceptions figurant à l'article 3, § 2, de la directive 95/46.

#### *Observations soumises à la Cour*

30. Mme Lindqvist soutient qu'une personne privée qui, usant de sa liberté d'expression, crée des pages Internet dans le cadre d'une activité à but non lucratif ou de ses loisirs n'exerce pas une activité économique et échappe donc à l'application du droit communautaire. Si la Cour devait juger le contraire, se poserait alors la question de la validité de la directive 95/46, car, en l'adoptant, le législateur communautaire aurait outrepassé les compétences qui lui ont été conférées par l'article 100 A du Traité C.E. (devenu, après modification, article 95 CE). En effet, le rapprochement des législations, qui aurait pour objet l'éta-

blissement et le fonctionnement du marché intérieur, ne saurait servir de base légale pour des mesures communautaires qui réglementent le droit des personnes privées à la liberté d'expression sur Internet.

31. Le gouvernement suédois fait valoir que, lors de la transposition de la directive 95/46 en droit interne, le législateur suédois a considéré que le traitement de données à caractère personnel par une personne physique consistant à transmettre ces données à un nombre indéterminé de destinataires, par exemple au moyen d'Internet, ne pouvait être qualifié d'« activité exclusivement personnelle ou domestique » au sens de l'article 3, § 2, second tiret, de la directive 95/46. En revanche, ce gouvernement n'exclut pas que l'exception prévue au premier tiret de ce paragraphe vise les cas où une personne physique publie des données à caractère personnel sur une page Internet dans le seul cadre de l'exercice de sa liberté d'expression et sans aucun lien avec une activité professionnelle ou commerciale.

32. Selon le gouvernement néerlandais, un traitement automatisé de données tel que celui en cause au principal ne relève d'aucune des exceptions visées à l'article 3, § 2, de la directive 95/46. S'agissant plus particulièrement de l'exception prévue au second tiret de ce paragraphe, il relève que le créateur d'une page Internet porte les données qui y ont été introduites à la connaissance d'un groupe de personnes qui est, en principe, indéterminé.

33. La Commission fait valoir qu'une page Internet telle que celle en cause au principal ne peut pas être considérée comme échappant au champ d'application de la directive 95/46 en vertu de l'article 3, § 2, de celle-ci, mais constitue, compte tenu des finalités de la page Internet en cause au principal, une création artistique et littéraire au sens de l'article 9 de ladite directive.

34. Elle considère que l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive 95/46 se prête

à deux interprétations différentes. L'une consisterait à limiter la portée de cette disposition aux domaines cités comme exemples, à savoir des activités qui relèvent essentiellement de ce qu'il est convenu d'appeler les deuxième et troisième piliers. L'autre interprétation consisterait à exclure du champ d'application de la directive 95/46 l'exercice de toute activité qui ne relève pas du droit communautaire.

35. La Commission soutient que le droit communautaire ne se limite pas aux seules activités économiques liées aux quatre libertés fondamentales. Se référant à la base juridique de la directive 95/46, à son objectif, à l'article 6 UE, à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 18 décembre 2000 (*J.O. C 364*, p. 1), et à la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, elle conclut que cette directive vise à réglementer la libre circulation de données à caractère personnel comme l'exercice non seulement d'une activité économique, mais également d'une activité sociale dans le cadre de l'intégration et du fonctionnement du marché intérieur.

36. Elle ajoute qu'exclure d'une manière générale du champ d'application de la directive 95/46 les pages Internet qui ne contiennent aucun élément commercial ou de prestation de services pourrait entraîner de graves problèmes de délimitation. Un grand nombre de pages Internet contenant des données à caractère personnel, destinées à stigmatiser certaines personnes dans des buts particuliers, pourraient alors se trouver exclues du champ d'application de cette directive.

#### *Réponse de la Cour*

37. L'article 3, § 2, de la directive 95/46 prévoit deux exceptions au champ d'application de celle-ci.

38. La première exception concerne les traitements de données à caractère personnel mis en oeuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, les traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris le bien-être économique de l'État lorsque ces traitements sont liés à des questions de sûreté de l'État) et les activités de l'État relatives à des domaines du droit pénal.

39. Les activités de Mme Lindqvist en cause au principal étant essentiellement non pas économiques mais bénévoles ainsi que religieuses, il convient d'examiner si elles constituent des traitements de données à caractère personnel « mis en oeuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire » au sens de l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive 95/46.

40. La Cour a déjà jugé à propos de la directive 95/46, fondée sur l'article 100 A du Traité, que le recours à cette base juridique ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre États membres dans chacune des situations visées par l'acte fondé sur une telle base (voy., arrêt du 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, C465/00, C138/01 et C139/01, point 41 et jurisprudence citée).

41. Une interprétation contraire risquerait de rendre les limites du domaine d'application de ladite directive particulièrement incertaines et aléatoires, ce qui serait contraire à l'objectif essentiel de celle-ci, qui est de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur découlant précisément des disparités entre les législations nationales (arrêt *Österreichischer Rundfunk e.a.*, précité, point 42).

42. Dans ces conditions, il ne serait pas approprié d'interpréter l'expression « activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire » comme ayant une portée telle qu'il serait nécessaire de vérifier, au cas par cas, si l'activité spécifique en cause affecte directement la libre circulation entre États membres.

43. Les activités mentionnées à titre d'exemples à l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive 95/46 (à savoir les activités prévues aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne ainsi que les traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État et les activités relatives à des domaines du droit pénal) sont, dans tous les cas, des activités propres aux États ou aux autorités étatiques et étrangères aux domaines d'activité des particuliers.

44. Il y a donc lieu de considérer que les activités mentionnées en tant qu'exemples à l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive 95/46 sont destinées à définir la portée de l'exception y prévue, de sorte que cette exception ne s'applique qu'aux activités qui y sont ainsi expressément mentionnées ou qui peuvent être rangées dans la même catégorie (*eiusdem generis*).

45. Or, des activités bénévoles ou religieuses, telles que celles exercées par Mme Lindqvist, ne sont pas assimilables aux activités mentionnées à l'article 3, § 2, premier tiret, de la directive 95/46 et ne sont donc pas couvertes par cette exception.

46. S'agissant de l'exception prévue à l'article 3, § 2, second tiret, de la directive 95/46, le douzième considérant de celle-ci, relatif à cette exception, mentionne en tant qu'exemples de traitement de données effectué par une personne physique dans l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques la correspondance et la tenue de répertoires d'adresses.

47. Cette exception doit donc être interprétée comme visant uniquement les activités qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers, ce qui n'est manifestement pas le cas du traitement de données à caractère personnel consistant dans leur publication sur Internet de sorte que ces données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes.

48. Il convient donc de répondre à la troisième question qu'un traitement de données à caractère personnel tel que celui mentionné dans la réponse à la première question ne relève d'aucune des exceptions figurant à l'article 3, § 2, de la directive 95/46.

#### **Sur la quatrième question**

49. Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande si l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46.

50. Eu égard à l'objet de cette directive, il convient de donner à l'expression « données relatives à la santé » employée à son article 8, § 1<sup>er</sup>, une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne.

51. Il convient donc de répondre à la quatrième question que l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46.

#### **Sur la cinquième question**

52. Par sa cinquième question, la juridiction de renvoi cherche en substance à savoir s'il existe un « transfert vers un pays tiers de données » au sens de l'article 25 de

la directive 95/46 lorsqu'une personne qui se trouve dans un État membre inscrit sur une page Internet, stockée auprès d'une personne physique ou morale qui héberge le site Internet sur lequel la page peut être consultée (ci-après le « fournisseur de services d'hébergement ») et qui est établie dans ce même État ou un autre État membre, des données à caractère personnel, les rendant ainsi accessibles à toute personne qui se connecte à Internet, y compris des personnes se trouvant dans des pays tiers. La juridiction de renvoi demande en outre si la réponse à cette question est identique lorsqu'il apparaît que, en fait, aucun ressortissant d'un pays tiers n'a pris connaissance de ces données ou que le serveur où la page est stockée se trouve, d'un point de vue purement physique, dans un pays tiers.

#### *Observations soumises à la Cour*

53. La Commission et le gouvernement suédois considèrent que l'insertion, à l'aide d'un ordinateur, de données à caractère personnel sur une page Internet, de sorte que celles-ci deviennent accessibles à des ressortissants de pays tiers, constitue un transfert de données vers des pays tiers au sens de la directive 95/46. La réponse serait identique si aucun ressortissant d'un pays tiers ne prenait effectivement connaissance desdites données ou si le serveur où celles-ci sont stockées se trouvait, d'un point de vue purement physique, dans un pays tiers.

54. Le gouvernement néerlandais rappelle que la notion de « transfert » n'est pas définie par la directive 95/46. Il considère, d'une part, que cette notion doit être entendue comme visant un acte tendant délibérément à transférer des données à caractère personnel du territoire d'un État membre vers un pays tiers et, d'autre part, qu'une distinction ne peut être établie entre les différentes formes sous lesquelles des données sont rendues accessibles à des tiers. Il en conclut que l'introduction de données à caractère personnel sur une page Internet au moyen d'un ordinateur ne peut pas être

considérée comme un transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel au sens de l'article 25 de la directive 95/46.

55. Le gouvernement du Royaume-Uni fait valoir que l'article 25 de la directive 95/46 vise les transferts de données vers des pays tiers et non leur accessibilité à partir de pays tiers. La notion de «transfert» impliquerait la transmission d'une donnée par une personne située dans un lieu précis à une tierce personne située dans un autre lieu. Ce ne serait que dans l'hypothèse d'un tel transfert que l'article 25 de la directive 95/46 impose aux États membres de veiller au caractère adéquat du niveau de protection des données à caractère personnel dans un pays tiers.

#### *Réponse de la Cour*

56. La directive 95/46 ne définit ni à son article 25 ni dans aucune autre disposition, notamment pas à son article 2, la notion de «transfert vers un pays tiers».

57. Afin de déterminer si l'inscription sur une page Internet de données à caractère personnel, du seul fait qu'elle les rend accessibles aux personnes se trouvant dans un pays tiers, constitue un «transfert» de ces données vers un pays tiers au sens de l'article 25 de la directive 95/46, il est nécessaire de tenir compte, d'une part, de la nature technique des opérations ainsi effectuées et, d'autre part, de l'objectif ainsi que de l'économie du chapitre IV de ladite directive, où figure son article 25.

58. Les informations qui se trouvent sur Internet peuvent être consultées par un nombre indéfini de personnes résidant dans des lieux multiples et presque à tout moment. Le caractère ubiquitaire de ces informations résulte notamment du fait que les moyens techniques utilisés dans le cadre d'Internet sont relativement simples et de moins en moins coûteux.

59. Selon les modalités d'utilisation d'Internet, telles qu'elles sont devenues dis-

ponibles à des particuliers comme Mme Lindqvist au cours des années 1990, l'auteur d'une page destinée à être publiée sur Internet transmet les données qui constituent cette page à son fournisseur de services d'hébergement. Celui-ci gère l'infrastructure informatique nécessaire pour assurer le stockage de ces données et la connexion du serveur qui héberge le site Internet. Cela permet la transmission ultérieure de ces données à toute personne qui s'est connectée à Internet et demande à les obtenir. Les ordinateurs qui constituent cette infrastructure informatique peuvent être situés, et même sont souvent situés, dans un ou plusieurs pays autres que celui du lieu d'établissement du fournisseur de services d'hébergement, sans que la clientèle de celui-ci en ait ou puisse raisonnablement en prendre connaissance.

60. Il ressort du dossier que, pour obtenir les informations figurant sur les pages Internet dans lesquelles Mme Lindqvist avait inséré des données relatives à ses collègues, un utilisateur d'Internet devait non seulement se connecter à celui-ci mais aussi effectuer, par une démarche personnelle, les actions nécessaires pour consulter lesdites pages. En d'autres termes, les pages Internet de Mme Lindqvist ne comportaient pas les mécanismes techniques qui auraient permis l'envoi automatique de ces informations à des personnes qui n'avaient pas délibérément cherché à accéder à ces pages.

61. Il s'ensuit que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce au principal, les données à caractère personnel qui arrivent sur l'ordinateur d'une personne située dans un pays tiers, en provenance d'une personne qui les a chargées sur un site Internet, n'ont pas été transférées directement entre ces deux personnes mais au travers de l'infrastructure informatique du fournisseur de services d'hébergement où la page est stockée.

62. C'est dans ce contexte qu'il est nécessaire d'examiner si le législateur com-

munautaire avait l'intention, aux fins de l'application du chapitre IV de la directive 95/46, d'inclure dans la notion de «transfert vers un pays tiers de données» au sens de l'article 25 de cette directive des opérations telles que celles effectuées par Mme Lindqvist. Il faut souligner que la cinquième question posée par la juridiction de renvoi ne concerne que ces opérations, à l'exclusion de celles effectuées par les fournisseurs de services d'hébergement.

63. Le chapitre IV de la directive 95/46, dans lequel figure l'article 25, met en place un régime spécial, comportant des règles spécifiques, qui vise à assurer un contrôle par les États membres des transferts de données à caractère personnel vers les pays tiers. Ce chapitre institue un régime complémentaire au régime général mis en place par le chapitre II de ladite directive concernant la licéité de traitements de données à caractère personnel.

64. L'objectif du chapitre IV est défini aux cinquante-sixième à soixantième considérants de la directive 95/46, lesquels énoncent notamment que, si la protection des personnes garantie dans la Communauté par cette directive ne s'oppose pas aux transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers assurant un niveau de protection adéquat, ce caractère adéquat doit s'apprécier au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts. Lorsqu'un pays tiers n'offre pas un niveau de protection adéquat, le transfert de données à caractère personnel vers ce pays doit être interdit.

65. L'article 25 de la directive 95/46 impose pour sa part une série d'obligations aux États membres et à la Commission visant à contrôler les transferts de données à caractère personnel vers les pays tiers compte tenu du niveau de protection accordé à de telles données dans chacun de ces pays.

66. En particulier, l'article 25, § 4, de la directive 95/46 prévoit que, lorsque la Commission constate qu'un pays tiers n'assure pas un niveau de protection adéquat, les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'empêcher tout transfert de données à caractère personnel vers le pays tiers en cause.

67. Le chapitre IV de la directive 95/46 ne contient aucune disposition concernant l'utilisation d'Internet. Il ne précise notamment pas les critères permettant de déterminer si, en ce qui concerne les opérations effectuées par l'intermédiaire de fournisseurs de services d'hébergement, il convient de se fonder sur le lieu de l'établissement du fournisseur ou son domicile professionnel ou bien sur le ou les lieux où sont situés les ordinateurs qui constituent l'infrastructure informatique du fournisseur.

68. Eu égard, d'une part, à l'état du développement d'Internet à l'époque de l'élaboration de la directive 95/46 et, d'autre part, à l'absence, dans son chapitre IV, de critères applicables à l'utilisation d'Internet, on ne saurait présumer que le législateur communautaire avait l'intention d'inclure prospectivement dans la notion de « transfert vers un pays tiers de données » l'inscription, par une personne se trouvant dans la situation de Mme Lindqvist, de données sur une page Internet, même si celles-ci sont ainsi rendues accessibles aux personnes de pays tiers possédant les moyens techniques d'y accéder.

69. Si l'article 25 de la directive 95/46 était interprété en ce sens qu'il existe un « transfert vers un pays tiers de données » chaque fois que des données à caractère personnel sont chargées sur une page Internet, ce transfert serait nécessairement un transfert vers tous les pays tiers où existent les moyens techniques nécessaires pour accéder à Internet. Le régime spécial prévu par le chapitre IV de ladite directive deviendrait donc nécessairement, en ce qui concerne les opérations sur Internet, un régime d'application générale. En effet, dès

que la Commission constaterait, en application de l'article 25, § 4, de la directive 95/46, qu'un seul pays tiers n'assure pas un niveau de protection adéquat, les États membres seraient obligés d'empêcher toute mise sur Internet de données à caractère personnel.

70. Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que l'article 25 de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que des opérations telles que celles effectuées par Mme Lindqvist ne constituent pas en elles-mêmes un « transfert vers un pays tiers de données ». Il n'est donc pas nécessaire de rechercher si une personne d'un pays tiers a eu accès à la page Internet concernée ou si le serveur de ce fournisseur est physiquement situé dans un pays tiers.

71. Il convient donc de répondre à la cinquième question qu'il n'existe pas de « transfert vers un pays tiers de données » au sens de l'article 25 de la directive 95/46 lorsqu'une personne qui se trouve dans un État membre inscrit sur une page Internet, stockée auprès de son fournisseur de services d'hébergement qui est établi dans ce même État ou un autre État membre, des données à caractère personnel, les rendant ainsi accessibles à toute personne qui se connecte à Internet, y compris des personnes se trouvant dans des pays tiers.

#### Sur la sixième question

72. Par sa sixième question, la juridiction de renvoi demande s'il faut considérer que les dispositions de la directive 95/46 comportent, dans un cas comme celui de l'espèce au principal, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment au droit prévu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

#### Observations soumises à la Cour

73. Se référant, notamment, à l'arrêt du 6 mars 2001 (*Connolly c. Commission*, C274/99 P, Rec., p. I1611), Mme Lindqvist fait valoir que la directive 95/46 et la PUL, en ce qu'elles prévoient des conditions de consentement préalable et de notification préalable à une autorité de contrôle ainsi qu'un principe d'interdiction du traitement des données à caractère personnel de nature sensible, sont contraires au principe général de la liberté d'expression reconnu en droit communautaire. Plus particulièrement, elle soutient que la définition du « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, » ne satisfait pas aux critères de prévisibilité et de précision.

74. En outre, selon elle, le simple fait de citer nominativement une personne physique, de révéler ses coordonnées téléphoniques et ses conditions de travail ainsi que de donner des informations sur son état de santé et ses loisirs, informations qui seraient publiques, notoirement connues ou triviales, n'est pas constitutif d'une violation substantielle du droit au respect de la vie privée. Mme Lindqvist considère que, en tout état de cause, les contraintes imposées par la directive 95/46 sont disproportionnées au regard de l'objectif recherché de protection de la réputation et de la vie privée d'autrui.

75. Le gouvernement suédois considère que la directive 95/46 permet de mettre en balance les intérêts en cause et, ainsi, de sauvegarder la liberté d'expression et la protection de la vie privée. Il ajoute que seul le juge national peut, compte tenu des circonstances de chaque cas particulier, apprécier la proportionnalité de la restriction à l'exercice du droit à la liberté d'expression qu'entraîne l'application de règles visant à la protection des droits d'autrui.

76. Le gouvernement néerlandais rappelle que tant la liberté d'expression que le droit au respect de la vie privée font partie

des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que la Convention européenne des droits de l'homme n'établit aucune hiérarchie entre les différents droits fondamentaux. Il considère dès lors que la juridiction nationale doit s'efforcer de concilier les différents droits fondamentaux en cause en prenant en considération les circonstances du cas d'espèce.

77. Le gouvernement du Royaume-Uni note que sa proposition de réponse à la cinquième question, exposée au point 55 du présent arrêt, s'accorde parfaitement avec les droits fondamentaux et permet d'éviter de porter atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'expression. Il ajoute qu'une interprétation qui aurait pour effet qu'une publication de données à caractère personnel sous une forme particulière, à savoir sur une page Internet, soit sujette à des restrictions beaucoup plus sévères que celles applicables aux publications réalisées sous d'autres formes de publication, telles que le papier, serait difficile à justifier.

78. La Commission soutient également que la directive 95/46 n'implique pas une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment au droit prévu à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

#### *Réponse de la Cour*

79. Il ressort du septième considérant de la directive 95/46 que l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur sont susceptibles d'être sérieusement affectés par les différences entre les régimes nationaux applicables au traitement des données à caractère personnel. Selon le troisième considérant de la même directive, l'harmonisation de ces régimes nationaux doit avoir pour objectifs non seulement la libre circulation de ces données entre États membres, mais également la sauvegarde des droits fondamentaux des personnes.

Ces objectifs peuvent évidemment entrer en conflit.

80. D'une part, l'intégration économique et sociale résultant de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur entraînera nécessairement une augmentation sensible des flux de données à caractère personnel entre tous les acteurs de la vie économique et sociale des États membres, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'administrations des États membres. Lesdits acteurs ont, dans une certaine mesure, besoin de disposer de données à caractère personnel pour effectuer leurs transactions ou pour accomplir leur mission dans le cadre de l'espace sans frontières que constitue le marché intérieur.

81. D'autre part, les personnes concernées par le traitement de données à caractère personnel demandent à juste titre que ces données soient protégées de manière efficace.

82. Les mécanismes permettant de mettre en balance ces différents droits et intérêts sont inscrits, d'une part, dans la directive 95/46 elle-même, en ce qu'elle prévoit des règles qui déterminent dans quelles situations et dans quelle mesure le traitement des données à caractère personnel est licite et quelles sauvegardes doivent être prévues. D'autre part, ils résultent de l'adoption, par les États membres, de dispositions nationales assurant la transposition de cette directive et de l'éventuelle application de celles-ci par les autorités nationales.

83. Quant à la directive 95/46 elle-même, ses dispositions sont nécessairement relativement générales vu qu'elle doit s'appliquer à un grand nombre de situations très diverses. Contrairement à ce que prétend Mme Lindqvist, c'est donc à juste titre que cette directive comporte des règles caractérisées par une certaine souplesse et qu'elle laisse dans de nombreux cas aux États membres le soin d'arrêter les détails ou de choisir parmi des options.

84. Il est vrai que les États membres disposent à maints égards d'une marge de manoeuvre en vue de la transposition de la directive 95/46. Toutefois, rien ne permet de considérer que le régime que celle-ci prévoit manque de prévisibilité ou que ses dispositions sont, en tant que telles, contraires aux principes généraux du droit communautaire et, notamment, aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire.

85. C'est donc plutôt au stade de la mise en oeuvre sur le plan national de la réglementation transposant la directive 95/46 dans des cas d'espèce particuliers que doit être trouvé un juste équilibre des droits et intérêts visés.

86. Dans ce contexte, les droits fondamentaux revêtent une importance particulière, ainsi que le démontre l'affaire au principal où il est en substance nécessaire de mettre en balance, d'une part, la liberté d'expression de Mme Lindqvist dans le cadre de son travail comme formatrice de communiantes ainsi que la liberté d'exercer des activités contribuant à la vie religieuse et, d'autre part, la protection de la vie privée des personnes à propos desquelles Mme Lindqvist a fait figurer des données sur son site Internet.

87. Par conséquent, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité.

88. S'il est vrai que la protection de la vie privée requiert l'application de sanctions efficaces à l'encontre des personnes traitant des données à caractère personnel d'une manière non conforme à la directive 95/

46, de telles sanctions doivent toujours respecter le principe de proportionnalité. Il en va d'autant plus ainsi que le champ d'application de la directive 95/46 apparaît très large et que les obligations des personnes qui procèdent à des traitements de données à caractère personnel sont nombreuses et importantes.

89. En application du principe de proportionnalité, il incombe à la juridiction de renvoi de prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire dont elle est saisie, notamment la durée de la violation des règles mettant en oeuvre la directive 95/46 ainsi que l'importance, pour les intéressés, de la protection des données divulguées.

90. Il convient donc de répondre à la sixième question que les dispositions de la directive 95/46 ne comportent pas, en elles-mêmes, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il appartient aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la directive 95/46 d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire.

### Sur la septième question

91. Par sa septième question, la juridiction de renvoi demande en substance s'il est loisible aux États membres de prévoir une protection des données à caractère personnel plus forte ou un champ d'application plus large que ceux résultant de la directive 95/46.

### Observations soumises à la Cour

92. Le gouvernement suédois affirme que la directive 95/46 ne se contente pas de fixer des conditions minimales de pro-

tection des données à caractère personnel. Les États membres seraient, dans le cadre de la transposition de cette directive, obligés de réaliser le niveau de protection fixé par celle-ci et ils ne seraient pas habilités à prévoir une protection plus forte ou plus faible. Toutefois, il conviendrait de tenir compte de la marge d'appréciation dont disposent les États membres lors de ladite transposition pour préciser dans leur droit interne les conditions générales de licéité du traitement des données à caractère personnel.

93. Le gouvernement néerlandais soutient que la directive 95/46 ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient une protection plus forte dans certains domaines. Il ressortirait par exemple des articles 10, 11, § 1<sup>er</sup>, 14, premier alinéa, a, 17, § 3, 18, § 5, et 19, § 1<sup>er</sup>, de ladite directive que les États membres peuvent prévoir une protection plus large. En outre, les États membres seraient libres d'appliquer les principes de la directive 95/46 également à des activités qui ne relèvent pas du champ d'application de celle-ci.

94. La Commission fait valoir que la directive 95/46 est fondée sur l'article 100 A du Traité et que, si un État membre souhaite maintenir ou instaurer une législation qui déroge à une telle directive d'harmonisation, il est tenu de la notifier à la Commission conformément au paragraphe 4 ou au paragraphe 5 de l'article 95 CE. La Commission soutient en conséquence qu'un État membre ne saurait prévoir une protection des données à caractère personnel plus étendue ou un champ d'application plus large que ceux qui résultent de ladite directive.

#### *Réponse de la Cour*

95. La directive 95/46 vise, ainsi qu'il ressort notamment de son huitième considérant, à rendre équivalent dans tous les États membres le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de données à caractère person-

nel. Son dixième considérant ajoute que le rapprochement des législations nationales applicables en la matière ne doit pas conduire à affaiblir la protection qu'elles assurent, mais doit, au contraire, avoir pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans la Communauté.

96. L'harmonisation desdites législations nationales ne se limite donc pas à une harmonisation minimale, mais aboutit à une harmonisation qui est, en principe, complète. C'est dans cette optique que la directive 95/46 entend assurer la libre circulation des données à caractère personnel, tout en garantissant un haut niveau de protection des droits et des intérêts des personnes visées par ces données.

97. Il est vrai que la directive 95/46 reconnaît aux États membres une marge de manoeuvre dans certains domaines et qu'elle les autorise à maintenir ou à introduire des régimes particuliers pour des situations spécifiques ainsi qu'en témoignent un grand nombre de ses dispositions. Toutefois, de telles possibilités doivent être utilisées de la manière prévue par la directive 95/46 et conformément à son objectif consistant à maintenir un équilibre entre la libre circulation des données à caractère personnel et la protection de la vie privée.

98. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'un État membre étende la portée de la législation nationale transposant les dispositions de la directive 95/46 à des domaines non inclus dans le champ d'application de cette dernière, pour autant qu'aucune autre disposition du droit communautaire n'y fasse obstacle.

99. Au vu de ces considérations, il convient de répondre à la septième question que les mesures prises par les États membres pour assurer la protection des données à caractère personnel doivent être conformes tant aux dispositions de la directive 95/46 qu'à son objectif consistant à maintenir un équilibre entre la libre circulation des données à caractère personnel et la protec-

tion de la vie privée. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'un État membre étende la portée de la législation nationale transposant les dispositions de la directive 95/46 à des domaines non inclus dans le champ d'application de cette dernière, pour autant qu'aucune autre disposition du droit communautaire n'y fasse obstacle.

[...]

### **Par ces motifs,**

La Cour,

Statuant sur les questions à elle soumises par le Göta hovrätt, par ordonnance du 23 février 2001, dit pour droit :

1) L'opération consistant à faire référence, sur une page Internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens, par exemple leur numéro de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps, constitue un « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, » au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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.

2) Un tel traitement de données à caractère personnel ne relève d'aucune des exceptions figurant à l'article 3, § 2, de la directive 95/46.

3) L'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, de la directive 95/46.

4) Il n'existe pas de « transfert vers un pays tiers de données » au sens de l'article 25 de la directive 95/46 lorsqu'une personne qui se trouve dans un État membre inscrit sur une page Internet, stockée auprès d'une personne physique ou morale qui héberge le site Internet sur lequel la page peut être consultée et qui est établie dans ce même État ou un autre État membre, des données à caractère personnel, les rendant ainsi accessibles à toute personne qui se connecte à Internet, y compris des personnes se trouvant dans des pays tiers.

5) Les dispositions de la directive 95/46 ne comportent pas, en elles-mêmes, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950. Il appartient aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la directive 95/46 d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire.

6) Les mesures prises par les États membres pour assurer la protection des données à caractère personnel doivent être conformes tant aux dispositions de la directive 95/46 qu'à son objectif consistant à maintenir un équilibre entre la libre circulation des données à caractère personnel et la protection de la vie privée. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'un État membre étende la portée de la législation nationale transposant les dispositions de la directive 95/46 à des domaines non inclus dans le champ d'application de cette dernière, pour autant qu'aucune autre disposition du droit communautaire n'y fasse obstacle.

### **Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles**

L'affaire *Lindqvist* est inattendue.

La protection des données à caractère personnel est à la croisée entre droits de l'homme et nécessités de la vie économique, sociale et administrative. Les équilibres atteints pour résoudre cette confrontation ont été inscrits dans des législations adoptées par la plupart des États membres de l'Union européenne avant d'être harmonisés par une directive votée en 1995<sup>2</sup>. Si le respect de ces textes s'impose à tout le monde, certains acteurs de la société sont sans doute davantage concernés car leurs activités risquent de porter directement et parfois gravement atteinte aux droits d'individus si elles ne se conforment pas aux règles protectrices édictées. Il s'agit des administrations publiques, des banques, des assurances, des sociétés de marketing direct, des sociétés pharmaceutiques, des employeurs, etc. Ces acteurs basent en effet leurs activités sur la collecte et une utilisation intensive de données se rapportant à des individus, que ceux-ci soient administrés, clients, cibles, malades, employés, etc. Les données traitées sont parfois particulièrement sensibles (état de santé, montant du salaire, appartenance syndicale, mutualiste,...). Dans de nombreux cas, les données servent à la prise de décisions à l'encontre des personnes auxquelles elles se rapportent. Elles mettent donc

en jeu des droits et intérêts de ces individus, tels le droit à la vie privée, le droit au crédit, l'espoir de progression professionnelle, l'obtention d'une couverture d'assurance, la non-agression publicitaire...

On se serait donc plus naturellement attendu à ce que les premiers litiges soumis à la Cour de justice européenne mettent en cause une atteinte à l'un ou l'autre de ces intérêts dans le contexte de telles activités.

Or, Mme Lindqvist n'est ni banquière, ni directrice d'une compagnie d'assurance, ni à la tête d'un réseau de collecte des données enregistrées par les pharmacies, ni ministre désireuse de fusionner un ensemble de bases de données publiques, ni responsable de *mailings* accumulant un maximum de données pour établir des profils et déterminer de futures cibles, ni même « patronne ». Pour cette deuxième occasion qu'a la Cour européenne de se prononcer en matière de protection des données<sup>3</sup>, ce sont les activités d'une catéchiste suédoise qui sont soumises à son jugement...

Mme Lindqvist est effectivement formatrice bénévole de communiantes dans une paroisse en Suède. Afin de permettre aux paroissiens préparant leur confirmation de trouver facilement certaines informations utiles, elle prit l'initiative de créer des pages internet présentant des informations sur elle-même et dix-huit de ses collègues de la paroisse. Ces informations reprenaient les noms, parfois les seuls prénoms, les fonctions occu-

2. 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, *J.O.* du 23 novembre 1995, n° L 281, pp. 31 et s.
3. *Voy.*, le premier arrêt en matière de protection des données à caractère personnel rendu quelques mois plus tôt : C.J.C.E., arrêt du 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, C-465/00, C-138/01 et C-139/01. Cette affaire mettait en cause l'obligation légale incombant à un organe de contrôle étatique de publier les salaires perçus par divers agents d'organismes publics autrichiens. *Voy. infra*, point 1.3.1.

pées, les loisirs (décrits « en termes légèrement humoristiques »), dans certains cas, les situations familiales et les numéros de téléphone des collègues en question. Il était par ailleurs indiqué qu'une collègue s'était blessée au pied et était en conséquence en congé de maladie. A la demande de Mme Lindqvist, un hyperlien fut inséré sur le site de l'Église de Suède, permettant d'accéder à ses pages internet à partir de ce site.

L'existence des pages internet en question fut brève. Dès qu'elle apprit que certains de ses collègues n'appréciaient pas sa réalisation, la catéchiste les supprima.

Elle fut toutefois poursuivie par le ministère public pour infraction à la loi suédoise de protection des données. Elle n'avait en effet pas informé ses collègues de son initiative, pas déclaré préalablement par écrit son traitement de données à la Datainspektion, pas demandé l'autorisation de sa collègue accidentée pour révéler une donnée sensible la concernant, et transféré des données vers l'étranger sans autorisation. Condamnée en première instance, Bodil Lindqvist interjeta appel de la décision.

La juridiction de renvoi souhaite recevoir, avant de se prononcer, quelques éclaircissements sur la législation communautaire applicable en la matière, à savoir la directive 95/46 de 1995 déjà évoquée plus haut. Elle formula à l'adresse de la Cour de justice une série de questions préjudicielles.

Les réponses données par la Cour

apportent des lumières sur plusieurs points importants, certains concernant le texte même de la directive tandis que d'autres portent sur l'application de ce texte à internet. La directive, fruit d'un long processus législatif ayant abouti en 1995, a été élaborée dans un contexte dans lequel internet n'avait pas encore quitté les sphères restreintes militaro-universitaires dans lesquelles il était cantonné au départ. C'est plus ou moins à l'époque de la vulgarisation d'internet et de son expansion à travers toute la société que fut adoptée la version définitive du texte. Les auteurs de la directive n'avaient donc pas intégré la dimension des réseaux, et singulièrement d'internet, dans le système de protection mis en place. Même si la directive affichait une vocation à perdurer au-delà des changements technologiques dont on avait tenté de l'affranchir par une rédaction technologiquement neutre, il faut avouer que, très vite, la question de l'adaptation de ses dispositions au phénomène internet a suscité les interrogations, voire même certaine perplexité des analystes<sup>4</sup>. Voir la Cour de justice des Communautés européennes prendre position sur plusieurs questions précisément liées à l'application de la directive à internet présente dès lors un grand intérêt.

On s'attachera, dans les pages qui suivent, à tirer les leçons de l'arrêt prononcé par la Cour le 6 novembre 2003, en structurant le commentaire autour de trois axes : la question de l'applicabilité de la directive (point 1), celle de l'assimilation d'une publication sur internet à un transfert de données

4. Voy. M.-H. BOULANGER et C. DE TERWANGNE, « Internet et le respect de la vie privée », in *Internet face au droit*, Cahiers du C.R.I.D. n° 12, Namur, Story-Scientia, 1997, pp. 189-213; L. BERGKAMP et J. DHONT, « Data Protection in Europe and the Internet : an Analysis of the European Community's Privacy Legislation in the Context of the World Wide Web », *EDI Law Review*, 2000, n° 7, pp. 71-114; C. DE TERWANGNE et S. LOUVEAUX, « Data Protection and Online Networks », *M.M.R.*, 1998, pp. 451 et s.; P. DE HERT, « De bescherming van persoonlijke gegevens op het internet in België », in *Internet et le droit*, série Vakgroep economisch recht V.U.B., n° 6, Anvers, Maklu, 2001; groupe institué par l'article 29 de la directive 95/46, « Le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne », document de travail n° 37 adopté le 20 novembre 2000, disponible sur le site de la Commission européenne, à l'adresse [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy); Y. POULLET, « Internet et vie privée: entre risques et espoirs », *J.T.*, pp. 155 et s.

hors du territoire européen (point 2) et celle de la conciliation de la protection des données personnelles avec la liberté d'expression (point 3).

## 1. Applicabilité de la directive

### 1.1. Application de la directive à la publication de données sur Internet

La Cour a tout d'abord été invitée à se prononcer sur l'applicabilité de la directive à la publication sur un site web d'informations sur des personnes physiques. Cela l'amenait, en d'autres mots, à considérer si le fait de faire référence sur une page internet à des individus identifiés par différents éléments (leur nom, leur numéro de téléphone...) devait être assimilé à un traitement automatisé de données à caractère personnel au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive.

Même si Mme Lindqvist estimait qu'il « n'est pas raisonnable de considérer que la simple mention du nom d'une personne ou de données à caractère personnel dans un texte contenu sur une page internet constitue un traitement automatisé de données », il suffit à la Cour de s'en tenir aux définitions données par la directive aux notions de « données à caractère personnel » et de « traitement », et d'observer l'intervention de procédures automatisées pour conclure à l'application de la directive à l'hypothèse<sup>5</sup>.

Il n'est donc pas nécessaire, même si cela paraît déraisonnable à Mme Lindqvist, que les données en

question se retrouvent dans les mots clefs des « balises méta » (métatags) d'une page internet permettant l'indexation et le repérage par les moteurs de recherche.

Il ne faut pas non plus que les données à caractère personnel soient rassemblées sous forme de fichier, c'est-à-dire de façon structurée permettant d'accéder aux données selon tel ou tel critère (classement par ordre alphabétique, par exemple). Cette exigence ne vaut que quand on est en présence d'un traitement de données totalement manuel.

Enfin, que les informations soient « publiques, notoirement connues ou triviales », comme le souligne la catéchiste<sup>6</sup>, ne dispense pas de respecter la législation de protection des données. Celle-ci vaut en effet à l'égard de toute donnée pourvu seulement qu'elle se rapporte à un individu identifié ou identifiable. Que les données soient de nature publique permettra simplement de considérer plus facilement leur diffusion comme légitime (et encore, on n'estimera pas légitime la diffusion de l'adresse privée d'individus à leur insu sur internet). Il faudra toutefois se plier aux obligations imposées par la loi (informer les personnes, déclarer le traitement de données à l'organe de contrôle...).

En conclusion, la seule mention de n'importe quelles données à caractère personnel sur un site internet, même de manière éparse, impose de respecter les dispositions des lois nationales prises en application de la directive 95/46<sup>7</sup>.

5. Points 24 à 27 de l'arrêt.

6. Point 74 de l'arrêt.

7. Cela signifie en Belgique, comme en Suède, que le responsable du site est tenu de déclarer le traitement des données à l'organe de contrôle (la Commission de la protection de la vie privée, en Belgique), qu'il doit informer les personnes mentionnées sur le site, voire obtenir leur consentement (voy. *infra*). Si la publication peut être considérée comme réalisée à des fins d'expression artistique ou littéraire, son responsable pourra s'affranchir du respect de plusieurs obligations mais pas de toutes et à certaines conditions (voy. *infra*, point 3).

## 1.2. Détermination des données sensibles

Le ministère public, suivi par le juge suédois qui prononça la condamnation, a reproché à Mme Lindqvist d'avoir traité sans autorisation des données à caractère personnel sensibles, « à savoir celles relatives à une blessure au pied et à un congé de maladie »<sup>8</sup>. La juridiction d'appel voulut obtenir la confirmation que l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue bien une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'article 8 de la directive. Les données énumérées par cette disposition bénéficient d'une protection renforcée, leur traitement étant par principe interdit. Ce n'est que dans les hypothèses énoncées à titre d'exceptions que l'on admet que des données sensibles soient traitées.

La Cour de Luxembourg ne tergiversa pas sur cette question de détermination de cette catégorie particulière de données. Elle répondit qu'il convient de réserver une interprétation large à l'expression « données relatives à la santé ». Cela conduit à faire entrer dans cette catégorie les informations portant sur « tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne »<sup>9</sup>. Et la Cour de conclure que la mention du pied blessé et du congé de maladie subséquent relève effectivement de cette catégorie. Cela a pour conséquence que le juge d'appel suédois pourra considérer que Mme Lindqvist n'a pas répondu à l'une des hypothèses d'exceptions (la seule hypothèse applicable au cas litigieux aurait été l'obtention du consentement exprès de la personne blessée, ce que Mme Lindqvist n'a pas sollicité).

Le paradoxe de ce point de l'affaire est que l'on a reproché à la catéchiste d'avoir publié l'information concernant la collègue éclopée, qu'on l'a condamnée pour avoir diffusé cette information « sensible », mais que, au vu de ce qui est dit concernant la procédure suédoise, personne ne semble avoir relevé que par son initiative, Mme Lindqvist avait révélé à un public indéfini les convictions religieuses de dix-huit personnes, affichées comme participant activement à la vie religieuse de leur paroisse. Or, il s'agit là de données également qualifiées de sensibles au sens de l'article 8 de la directive. Et lorsque l'on sait qu'une protection accrue est accordée aux données énumérées dans cette disposition en raison du plus grand risque de discrimination que ces données font courir aux personnes concernées, on imagine aisément que l'information sur les convictions religieuses est davantage susceptible d'être à la base de discriminations que celle sur le pied blessé. On ne peut donc que s'étonner que l'émoi face au traitement de données sensibles se soit focalisé sur cette dernière information et non sur la révélation des activités religieuses prestées.

## 1.3. Tracé des limites du champ d'application de la directive

La Cour a été invitée de façon explicite à se prononcer sur la portée exacte qu'il faut donner aux deux exceptions au champ d'application *ratione materiae* de la directive énoncées à l'article 3, § 2 de celle-ci.

La première exception (qui fera l'objet du point 1.3.1.) vaut pour les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du

8. Point 15 de l'arrêt.

9. Point 50 de l'arrêt.

champ d'application du droit communautaire. Il est à noter que dans la première affaire confiée à la C.J.C.E. en matière de protection des données à caractère personnel, dans laquelle la Cour était également invitée à répondre à des questions préjudicielles posées par des juridictions nationales en quête d'interprétation de la directive 95/46, les juridictions autrichiennes en question présupposaient l'applicabilité de la directive aux situations litigieuses qui leur étaient soumises. Les questions adressées à la Cour ne portaient pas, en conséquence, sur les exceptions délimitant le champ d'application du texte. C'est parce que les plaideurs et l'avocat général ont contesté cette applicabilité au nom d'une des exceptions que la Cour a dû trancher la question en prélude de sa décision<sup>10</sup>.

La seconde exception (qui fera l'objet du point 1.3.2.) sort du champ de la directive les traitements effectués par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques.

### 1.3.1. Les traitements de données dans le cadre d'activités qui ne relèvent pas du champ communautaire

Tant dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk* que dans l'affaire *Lindqvist*, la Cour a dû cerner les limites de la première catégorie de situations exclues du champ de la directive.

Quelques mois avant de se prononcer dans l'affaire suédoise, la Cour répondit à la sollicitation de deux juridictions autrichiennes saisies de différends opposant la Cour des comptes à diverses entités publiques (des collectivités territoriales, la Banque centrale autrichienne, une entreprise publique, l'Aus-

trian Airlines...). La Cour des comptes autrichienne a pour mission légale de publier un rapport contenant l'indication des revenus de certains salariés de ces entités, accompagnée de l'identité des intéressés. Les entités en cause ont refusé de communiquer les montants demandés ou les ont transmis sous forme anonyme. Elles estiment en effet que la communication des données demandées par la Cour des comptes est contraire à la directive 95/46 ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le *Verfassungsgerichtshof*, chargé de trancher toute question concernant la compétence de la Cour des comptes, s'est tourné vers la Cour de justice européenne pour infirmer ou confirmer l'incompatibilité soulevée. Il fut imité par une juridiction de renvoi (*Oberster Gerichtshof*) saisie, elle, par deux salariés d'une des entités publiques visées, également opposés à la transmission de leurs données salariales sous forme nominative.

Dans cette affaire, la collecte des données personnelles s'inscrit donc dans le cadre d'une activité étatique de contrôle poursuivant des finalités d'intérêt général en matière de comptabilité publique. La publicité donnée aux salaires élevés versés par les organismes à certains de leurs agents doit en effet conduire à prévenir les abus, à assurer la transparence et la bonne gestion des ressources publiques<sup>11</sup>. D'après la Cour des comptes et les gouvernements autrichien et italien, la directive 95/46 n'est pas applicable à ce genre d'activités de contrôle. Les entités publiques en cause font valoir, quant à elles, que cette activité a une incidence sur la libre circulation des travailleurs et qu'elle relève en conséquence du droit communautaire.

10. Arrêt *Österreichischer Rundfunk e.a.*, précité, point 31.

11. Point 50 de l'arrêt.

Dans l'affaire de la catéchiste suédoise, celle-ci plaida qu'elle n'avait fait qu'exercer sa liberté d'expression dans le cadre d'une activité à but non lucratif, de ses loisirs. Qu'il ne s'agissait donc pas d'une activité économique et que dès lors cela échappe à l'application du droit communautaire.

Dans les deux cas, l'avocat général appelé à conclure devant la Cour européenne a estimé que la directive n'était pas applicable. Pour lui, l'activité publique de contrôle exercée par la Cour des comptes autrichienne n'est pas effectuée « pour satisfaire à une obligation communautaire », elle « ne fait l'objet d'aucune réglementation communautaire spécifique » et relève totalement de la compétence des États membres<sup>12</sup>. La publication des pages internet de Mme Lindqvist constitue une activité à caractère non économique, qui ne présente aucun lien, à tout le moins direct, avec l'exercice des libertés communautaires garanties par le Traité C.E. et ne fait, elle non plus, l'objet d'aucune réglementation spécifique sur le plan communautaire<sup>13</sup>. On est donc en présence de traitements de données mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire.

L'avocat général appuie encore sa conclusion sur la base légale de la directive. Cette dernière a été adoptée en vertu de l'article 100 A (actuellement 95) du Traité C.E. Elle a donc officiellement pour objectif d'œuvrer à l'établis-

sement et au fonctionnement du marché intérieur. Inclure dans le champ d'application de cette directive les activités dont question dans les deux affaires soumises à la Cour, reviendrait de manière « incongrue »<sup>14</sup>, d'après l'avocat général, à faire relever dudit champ d'application des traitements effectués pour l'exercice d'activités ne présentant aucun rapport avec l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur<sup>15</sup>. Cela mettrait en cause la validité de la directive étant donné que la base juridique serait manifestement inappropriée.

La Cour ne suivra pas son avocat général. Elle affirma et répéta que le recours à la base juridique de l'article 100 A ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre États membres dans chaque situation concrète<sup>16</sup>. Une interprétation contraire « risquerait de rendre les limites du domaine d'application de ladite directive particulièrement incertaines et aléatoires, ce qui serait contraire à l'objectif essentiel de celle-ci qui est de rapprocher les dispositions législatives [...] des États membres afin d'éliminer les obstacles au fonctionnement du marché intérieur découlant précisément des disparités entre les législations nationales »<sup>17</sup>.

Par ailleurs, la Cour divergera aussi sur la lecture à faire de l'exception formulée au premier tiret du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive 95/46. L'avocat général avait arrêté sa lecture à la première partie de la phrase (« la présente directive ne s'applique pas au

12. Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 14 novembre 2002, aff. C-465/00, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, point 43.

13. Conclusions de l'avocat général Antonio Tizzano présentées le 19 septembre 2002, aff. C-101/01, *Lindqvist*, point 36.

14. Concl. dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk e.a.*, point 53 et concl. dans l'affaire *Lindqvist*, point 41.

15. *Ibidem*.

16. En se référant à l'arrêt *Allemagne/Parlement et Conseil* du 5 octobre 2000 (C-376/98, Rec., p. I-8419, point 85) et à l'arrêt *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco* du 10 décembre 2002 (C-491/01, point 60), la Cour a relevé que ce qui importe pour justifier le recours à la base juridique de l'article 100 A du Traité c'est que l'acte adopté sur ce fondement ait effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur (arrêt *Österreichischer Rundfunk*, point 41).

17. C.J.C.E., arrêt *Österreichischer Rundfunk e.a.*, points 41-42 et arrêt *Lindqvist*, points 40-41.

traitement de données à caractère personnel mis en œuvre pour l'exercice d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire... »), le reste ne correspondant selon lui qu'à une illustration partielle de cette première partie (« ...telles que celles prévues aux titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique... »). Dans la logique de cette interprétation, tout ce qui n'entre pas dans le champ communautaire n'est pas couvert par la directive. Pour la Cour, l'exception du premier tiret doit être lue en entier pour prendre tout son sens : les exemples mentionnés définissent la portée et tracent la limite de l'exception. En conséquence, seules des activités entrant dans la même catégorie que ces exemples sont exemptées. C'est-à-dire que pour la Cour, seules les activités des deuxième et troisième piliers et celles relatives à la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État et au droit pénal tombent en dehors du champ d'application de la directive. La Cour fait remarquer qu'il s'agit d'« activités propres aux États ou aux autorités étatiques et étrangères aux domaines d'activité des particuliers »<sup>18</sup>. C'est une vision beaucoup plus restrictive de l'exception et, partant, beaucoup plus large du champ d'application de la directive.

En résumé, la directive est applicable à la communication de données salariales nominatives prévue par une réglementation de contrôle comptable, de même qu'à la publication de données personnelles sur une page web créée dans le cadre d'une activité bénévole et religieuse.

Dans son arrêt *Lindqvist*, la Cour n'a pas repris une précision apportée tant

par la Commission européenne que par le gouvernement suédois. Ces deux intervenants à la cause ont mis très justement en exergue que si la création des pages internet en question tombait bien sous le coup de la directive 95/46, elle était toutefois à considérer comme l'exercice de la liberté d'expression de l'auteur des pages. En tant que tel, le traitement de données à caractère personnel lié à la création des pages bénéficie du régime « allégé » mis en place par chaque État membre sur la base de l'article 9 de la directive, pour préserver l'équilibre entre la liberté d'expression et les droits protégés par la directive. Pour juste qu'elle soit, cette précision allait au-delà de ce qui était demandé à ce stade à la Cour.

### 1.3.2. Les traitements de données dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques

Dans l'affaire *Lindqvist*, il fallait vérifier si le traitement de données en cause ne rentrait pas dans la deuxième catégorie d'exceptions au champ d'application de la directive.

Pour délimiter l'exception accordée aux traitements effectués dans le cadre d'activités exclusivement personnelles ou domestiques, la Cour s'est appuyée sur le douzième considérant de la directive. Celui-ci énonce à titre d'exemples de tels traitements la correspondance et la tenue de répertoires d'adresses. Cela implique, pour la Cour, que l'exception doit être interprétée comme « visant uniquement les activités qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers »<sup>19</sup>. L'avocat général l'avait exprimé en des termes proches : « cette catégorie recouvre uniquement des activités [...] manifestement privées et con-

18. C.J.C.E., arrêt *Lindqvist*, point 43.

19. C.J.C.E., arrêt *Lindqvist*, point 47.

fidentielles, destinées à ne pas sortir de la sphère personnelle ou domestique des intéressés »<sup>20</sup>.

De par ses caractéristiques, la diffusion de données à caractère personnel sur internet ne peut entrer dans cette catégorie. Par ce média, les données sont en effet rendues accessibles à un nombre indéterminé et illimité de personnes<sup>21,22</sup>.

Cela signifie qu'aucune publication de données personnelles sur internet ne bénéficiera jamais de cette exception au nom des activités personnelles ou domestiques. La pratique qui se répand, par exemple, de créer une page internet pour faire partager aux proches branchés les photos des premiers sourires d'un nouveau-né doit donc respecter les obligations découlant de la législation de protection des données (prévenir la grand-mère qu'on souhaite mettre sur la page en question la photo où elle porte le bébé; déclarer la publication à la Commission de la protection de la vie privée...). Il en est de même pour les *weblogs*, journaux personnels qui se répandent peu à peu sur la toile, dès qu'ils comportent des données sur des personnes autres que leurs concepteurs.

Il convient de signaler que s'ils n'échappent pas à la législation de protection des données, de nombreux sites peuvent toutefois bénéficier d'un régime « allégé » au nom de la protection de la liberté d'expression. Leurs

responsables sont en ce cas dispensés de respecter plusieurs voire l'ensemble des obligations inscrites dans la loi de protection des données. Ce sont les États membres qui ont été invités, dans le cadre de la transposition de la directive 95/46, à établir les dispenses qu'ils estimaient devoir accorder pour atteindre un équilibre entre les différents droits et libertés concurrents. On observe de grandes divergences entre les législations nationales sur ce point, tant sur le plan des dispenses accordées que sur le plan des bénéficiaires de ces dispenses<sup>23</sup>.

## 2. La diffusion de données sur internet, constitutive de flux transfrontières de données?

La question la plus importante soumise à la Cour de Luxembourg sur l'application de la directive au phénomène internet fut malheureusement celle où les juges européens rejoignirent la perplexité des auteurs de doctrine plutôt qu'ils ne les éclairèrent.

La juridiction suédoise leur demandait en substance si l'insertion sur une page d'accueil stockée sur un serveur de données à caractère personnel dès lors accessibles depuis des pays tiers constituait un « transfert de données vers des pays tiers » au sens de la directive. Un régime spécifique est en effet réservé à de tels transferts par le chapitre IV de la directive.

20. Concl. dans l'affaire *Lindqvist*, point 34.

21. Cette assertion est émise par la Cour à la suite des gouvernements suédois et néerlandais et de la Commission européenne, points 47, 31, 32 et 33 de l'arrêt.

22. En matière de répression de la calomnie et de la diffamation, le caractère public s'attachant à une publication sur internet a déjà été établi, voy. en Belgique : « Un site web accessible à de nombreux internautes ou des messages diffusés dans le cadre d'une *mailing list* remplissent [...] cette condition de publicité [énoncée par l'article 444 du Code pénal réprimant la calomnie et la diffamation]. » (H. JACQUEMIN, note sous Bruxelles, 27 juin 2000, *Observatoire des droits de l'internet*, <http://www.internet-observatory.be>); Également Corr. Bruxelles, 22 décembre 1999, A&M, 2000, p. 134, note D. VOORHOOF.

23. Voy. *infra*.

## 2.1. Le raisonnement et la réponse de la Cour

### 2.1.1. Le silence du texte

Les juges constatèrent d'abord ce que l'on a dit plus haut à propos de la non-prise en compte du contexte du réseau mondial par les concepteurs de la directive : « Eu égard, d'une part, à l'état du développement d'Internet à l'époque de l'élaboration de la directive 95/46 et, d'autre part, à l'absence, dans son chapitre [relatif au transfert de données vers des pays tiers], de critères applicables à l'utilisation d'Internet, [...] »<sup>24</sup>. Ils en tirent avec perspicacité la déduction que l'on ne peut présumer une intention « visionnaire » du législateur communautaire, qui l'aurait amené à faire entrer dans les transferts hors Union européenne des opérations dont la réalité lui échappait encore (l'inscription de données à caractère personnel sur une page internet)<sup>25</sup>.

Condamnés dès lors à effectuer eux-mêmes l'exercice d'application du texte de la directive au monde d'internet, les juges semblent effrayés par les conséquences d'une réponse affirmative qui verrait dans la mise à disposition d'informations par la voie d'un site internet un transfert de données vers un pays tiers.

### 2.1.2. Le principe d'interdiction des transferts vers les pays n'offrant pas de protection adéquate appliqué à internet

Les transferts de données à caractère personnel depuis l'Union européenne vers des pays non membres ne peuvent avoir lieu qu'à destination de pays qui assurent une protection adéquate aux données<sup>26</sup>. Pour apprécier le caractère adéquat du niveau de protection offert par un pays destinataire, il convient de tenir compte de toutes les circonstances entourant le transfert ou une catégorie de transferts. On prend ainsi en considération notamment la nature des données à transférer, le but du transfert envisagé, les règles de droit ou règles professionnelles applicables dans le pays destinataire, les mesures de sécurité prises, etc<sup>27</sup>. Si l'on constate que la protection garantie aux données n'est pas adéquate au vu des exigences européennes, le ou les flux de données ne peuvent avoir lieu, à moins de se trouver dans une des hypothèses d'exception admises à l'article 26 de la directive.

Dans le cas de diffusion d'informations par le biais de pages internet, les informations « peuvent être consultées par un nombre indéfini de personnes résidant dans des lieux multiples », comme le souligne la Cour<sup>28</sup>. Des personnes localisées dans tout pays où le raccordement à internet est possible sont théoriquement en mesure de prendre connaissance de ces informations, d'éventuellement les télécharger, les recopier, les imprimer. Si l'on considère

24. Point 68 de l'arrêt.

25. *Ibidem*.

26. Article 25, § 1<sup>er</sup> de la directive 95/46.

27. Article 25, § 2 de la directive 95/46. Pour une indication de la méthodologie à appliquer pour arriver à évaluer le caractère adéquat ou non du niveau de protection assuré par un État tiers, voy. Groupe de protection des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46, « Transferts de données vers des pays tiers : application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données », document de travail n° 12, adopté le 24 juillet 1998, disponible sur le site de la Commission, à l'adresse [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy).

28. Point 58 de l'arrêt.

que cette mise à disposition mondiale correspond à des transferts potentiels vers autant de pays tiers qu'il y a de pays raccordés à internet, il est clair qu'il se trouvera sans doute, parmi ces pays, plus d'un pays qui n'offre pas un niveau adéquat de protection aux données. Pour la Cour, « le régime spécial prévu par le chapitre IV [...] deviendrait donc nécessairement, en ce qui concerne les opérations sur Internet, un régime d'application générale »<sup>29</sup>. En effet, si la Commission devait faire le constat officiel, comme elle en a le pouvoir aux termes du paragraphe 4 de l'article 25 de la directive, qu'un État tiers, même unique, n'assure pas un niveau de protection adéquat, cela obligerait normalement les États membres à empêcher les flux de données vers cet État<sup>30</sup>. Appliqué au contexte d'internet, cela veut dire, selon la Cour de justice, que le moindre constat négatif de la Commission entraînerait l'interdiction de mettre des données à caractère personnel à disposition sur un site internet (à moins de trouver le moyen d'empêcher l'accès aux données à partir du pays pointé par la Commission). Il faut dire que même en l'absence de prise de position officielle de la Commission, les transferts vers les pays n'offrant pas de protection adéquate sont interdits, la seule différence étant que l'évaluation du caractère adéquat ou non est laissée aux acteurs de terrain ou aux autorités nationales. Le caractère géographique non discriminé d'internet conduit inévitablement à l'interdiction de diffusion dès lors qu'on estime qu'un État raccordé à ce média ne répond pas aux exigences européennes de protection.

29. Point 69 de l'arrêt.

30. Article 25, § 4, de la directive 95/46.

31. Point 55 de l'arrêt.

32. Point 54 de l'arrêt.

### 2.1.3. La notion de « transfert »

Sans doute semblablement réticents au nom du pragmatisme que les juges européens, les gouvernements néerlandais et britannique ont argumenté à partir de la notion de « transfert ». Arguant que cette notion n'était pas définie par la directive, ils ont, chacun respectivement, développé une définition permettant de distinguer les opérations de transferts de la simple accessibilité des données.

Selon le gouvernement du Royaume-Uni, les exigences posées par l'article 25 quant au niveau de protection du pays destinataire d'un transfert de données ne valent que pour la « transmission d'une donnée par une personne située dans un lieu précis à une tierce personne située dans un autre lieu »<sup>31</sup>. Il n'est pas question pour cet intervenant devant la Cour de faire entrer l'accessibilité de données à partir de pays tiers dans le champ de l'article 25. Le gouvernement néerlandais va dans le même sens puisqu'il estime que la notion de « transfert » doit être entendue « comme un acte visant délibérément à transférer des données à caractère personnel du territoire d'un État membre vers un pays tiers »<sup>32</sup>. Cela exclut, à son sens, l'assimilation de l'introduction de données sur une page internet à un transfert.

Il n'est pas si évident d'établir une distinction nette entre l'accès et la transmission délibérée. Dans bien des cas, l'accès à des informations peut prendre la forme d'une consultation mais également d'un transfert, sans que l'on doive raisonner différemment sur les conditions de l'accessibilité des informations. Ainsi, concernant les registres publics il

est bien question de données rendues accessibles au public. Or, l'accès à ces registres s'effectue classiquement soit par une consultation sur place soit par l'envoi de copies. Donc, pour permettre à un demandeur de prendre connaissance des données souhaitées, soit on aura réalisé un transfert délibéré (l'envoi de copies) soit on aura laissé accéder aux données (consultation sur place). Pourtant, les conditions légales auront été celles de l'accessibilité des données et n'auront pas tenu compte de la voie par laquelle l'accès est réalisé<sup>33</sup>. Par ailleurs, depuis l'avènement de la technologie des réseaux, l'accès peut également, de plus en plus souvent, se réaliser par une interrogation des registres à distance, en ligne. Ce qui pourrait à première vue être assimilé à une consultation, même si à distance plutôt que sur place, correspond techniquement à un envoi de données. La Cour d'ailleurs elle-même fait cette observation technique puisqu'elle énonce que pour qu'un internaute puisse accéder à des données mises à disposition sur un site internet, il faut que, suite à la démarche de cet internaute, les données en question arrivent sur son ordinateur, en provenance de l'hébergeur du site<sup>34</sup>. Ce n'est pas l'internaute qui se rend virtuellement sur le site souhaité, ce sont des copies du site qui sont envoyées sur son ordinateur.

En outre, il est interpellant de noter que les seuls États membres qui ont jugé bon de préciser dans leur loi nationale de protection des données à caractère

personnel la notion de « transfert », ont expressément intégré dans cette notion l'accessibilité des données. Ainsi, la loi allemande spécifie que par « transfert » il faut entendre « la communication à un tiers des données à caractère personnel [...] (a) soit par communication des données à un tiers, (b) soit par inspection ou consultation par un tiers des données tenues à disposition pour l'inspection ou la consultation »<sup>35</sup>. Selon la loi autrichienne, le terme couvre « le transfert de données [...] à des destinataires autres que la personne concernée, le responsable du traitement ou le sous-traitant, en particulier *par la publication de ces données* [...] »<sup>36</sup>.

Pour la Commission européenne et le gouvernement suédois appelés à se prononcer dans l'affaire *Lindqvist*, il n'y a pas lieu de développer une vision restrictive de la notion de « transfert ». En conséquence, à l'inverse des gouvernements néerlandais et britannique, tous deux considèrent que l'insertion de données sur une page internet, « de sorte que celles-ci deviennent accessibles à des ressortissants de pays tiers, constitue un transfert de données vers des pays tiers au sens de la directive »<sup>37</sup>.

La Cour européenne ne prendra pas position sur les arguments avancés à propos de la notion de transfert. Elle préférera procéder au découpage des opérations effectuées lors de la réalisation d'un site internet.

33. Si ce n'est parfois au niveau du tarif réclamé au demandeur. L'accessibilité par la voie électronique peut nécessiter dans certains cas des mesures de protection particulières tenant compte du risque induit par l'utilisation du support électronique par rapport au support traditionnel (par exemple, certains États ont considéré que la diffusion de base de données jurisprudentielles sur internet ne pouvait se faire que moyennant l'anonymisation des parties), mais cela ne prend en compte que les caractéristiques de l'outil électronique et non une différence entre accès et transmission active.

34. Points 59 à 61 de l'arrêt.

35. Article 3, § 3 de la Bundesdatenschutzgesetz.

36. Article 4, § 12 de la Datenschutzgesetz 2000.

37. Point 53 de l'arrêt.

#### 2.1.4. Le découpage des opérations

Les juges européens ont scrupuleusement découpé les opérations ayant conduit à la situation litigieuse qui leur était confiée. Sans que leur raisonnement soit parfaitement limpide, ils indiquent que ce que la catéchiste a fait consistait à s'adresser à un fournisseur de services d'hébergement afin que celui-ci rende lui-même les données disponibles sur internet via son matériel informatique et sa connexion. La Cour insiste sur le fait que c'est par l'intermédiaire de l'infrastructure informatique du fournisseur de services d'hébergement où la page est stockée que les données sont transférées de Mme Lindqvist à une éventuelle personne d'un pays tiers. Ce n'est pas la catéchiste créatrice des pages internet qui a effectué elle-même directement un transfert. Ces précisions permettent à la Cour de dire que ce qui lui est demandé c'est de se prononcer sur des opérations telles celles effectuées par Mme Lindqvist (inscrire des données sur des pages internet et confier ces pages à un hébergeur) et non sur celles réalisées par les hébergeurs<sup>38</sup>.

Le raisonnement de la Cour est pour le moins étonnant. Si Mme Lindqvist s'est adressée à un fournisseur de service d'hébergement, c'est pour utiliser ses services afin de mettre le contenu des pages réalisées à disposition de la communauté paroissiale intéressée. Ce n'est certes pas dans le but de communiquer ce contenu au seul hébergeur. Ce dernier doit être considéré comme sous-traitant au sens de la directive, c'est-à-dire comme agissant pour le compte de la catéchiste. En tant que responsable du traitement de données consistant à fournir des informations aux membres de la paroisse, Mme Lindqvist a déterminé non seulement l'ob-

jectif de son initiative mais également les moyens pour le réaliser : emprunter la voie d'internet. Pour ce faire, elle a recouru aux services indispensables d'un hébergeur. Celui-ci ne peut être considéré comme responsable d'un traitement indépendant. Il ne fait que réaliser les desiderata de la catéchiste ; à ce titre, il agit comme sous-traitant de cette dernière. Il est donc assez fallacieux de ne prendre en considération, ainsi que le fait la Cour, que les opérations effectuées par Mme Lindqvist elle-même et de les arrêter à la porte du bureau de l'hébergeur tout en laissant sous-entendre que l'on pourrait envisager de façon indépendante les opérations effectuées par ce dernier.

Cela étant, la Cour poursuit ses développements pour aboutir au constat alarmé déjà évoqué *supra* (cf. point 2.1.2.) que si l'on doit considérer qu'il existe un transfert hors Union européenne chaque fois que des données sont chargées sur une page internet, on arrive à une interdiction généralisée de diffusion de données à caractère personnel via internet. A ce stade de leur raisonnement, les juges européens ne font plus de lien avec ce qu'ils venaient de dire concernant la limite de leur saisine aux seules opérations de Mme Lindqvist, à l'exclusion de celles de l'hébergeur. Comme ils concluent que « Dans ces conditions, » l'article 25 doit être interprété en ce sens que « des opérations telles que celles effectuées par Mme Lindqvist » ne constituent pas un transfert vers un pays tiers<sup>39</sup>, on ne parvient pas clairement à savoir si la conclusion finale opérationnelle de la Cour est que ce qu'a fait la catéchiste tel que limité par la Cour n'est pas un transfert ou que pour éviter une interdiction généralisée, il faut considérer que publier des données sur internet ne revient pas à effectuer un transfert de ces

38. Point 62 de l'arrêt.

39. Point 70 de l'arrêt.

données. D'autant que dans sa formulation récapitulative de réponse, la Cour dit qu'il n'existe pas de transfert hors Union européenne lorsque quelqu'un inscrit sur une page internet stockée auprès d'un hébergeur des données « les rendant ainsi accessibles à toute personne qui se connecte à internet, y compris des personnes se trouvant dans des pays tiers »<sup>40</sup>. Elle semble donc avoir tout de même pris en considération l'effet d'accessibilité mondiale découlant des opérations conjuguées de Mme Lindqvist et de l'hébergeur.

## **2.2. En fait, qu'aurait-il fallu dire?**

### **2.2.1. Concernant la distinction transfert – accessibilité**

Il convient de mettre en exergue la *ratio legis* du régime spécifique mis en place concernant les flux transfrontières de données. Ce que les auteurs de la directive ont voulu, c'est empêcher qu'une fois hors de la forteresse Europe, les données connaissent un sort peu enviable car ne bénéficiant plus d'aucune protection. Ils ont donc instauré un régime n'admettant que les données sortent de l'Union européenne que pour aller vers les zones sûres. Il serait paradoxal de vouloir qu'en dehors de l'Europe les données « européennes » jouissent d'une certaine protection et de mettre en place un système qui ne protégerait que les données que l'on fait sortir et non les données que l'on laisse sortir. En réponse au débat sur la distinction entre transfert délibéré et accessibilité des données, au-delà des considérations déjà émises plus haut, il s'indique de conclure qu'il n'est pas rationnel de distinguer faire sortir et laisser sortir.

### **2.2.2. Concernant la crainte d'une interdiction généralisée de diffuser des données à caractère personnel sur internet**

Il s'impose de poursuivre le raisonnement tenu par la Cour au point 69 de l'arrêt. Dans le contexte d'internet, d'après la Cour, le constat officiel fait par la Commission de ce qu'un seul pays tiers ne présente pas un niveau de protection suffisant obligerait les États membres à empêcher « toute mise sur internet de données à caractère personnel ».

Tout d'abord, le niveau de protection offert par un pays tiers s'évalue en tenant compte des circonstances propres à un transfert ou à une catégorie de transferts. Pour arriver au constat alarmé de la Cour, la Commission devrait constater que le transfert de n'importe quelle donnée par la voie d'internet vers l'État en question ne trouve pas de protection adéquate dans cet État. Or, certaines catégories de données, du fait de leur nature manifestement publique ou liées au caractère public des personnes concernées et ayant vocation à être diffusées, peuvent être considérées comme ne présentant pas de risque et n'appelant pas de protection particulière. Ainsi, si l'on diffuse le nom du pape et quelques éléments de sa biographie publique, que l'on fait de même pour l'ensemble des chefs d'État actuels, on imagine mal que la diffusion de ces données appelle une protection particulière du fait du recours à la voie d'internet pour assurer la diffusion, par rapport à ce qui est admis pour la publication de dictionnaires « des noms propres » ou d'encyclopédies qui ne voient pas leur vente interdite dans certains pays au nom de la protection des

40. Point 71 de l'arrêt.

données<sup>41</sup>. Cela signifie qu'au moins pour cette catégorie de données publiques, la Commission ne devrait pas être amenée à constater un défaut de protection dans un quelconque pays. Elle ne devrait donc normalement pas inscrire de façon globale un pays sur la « liste noire » des États n'offrant pas de protection adéquate<sup>42</sup>.

Mais imaginons même que la Commission – ou un acteur de terrain ou un organe de contrôle national – en arrive à estimer globalement qu'un pays n'assure pas de protection adéquate à l'égard de tout transfert de données effectué par internet. La Cour a arrêté son raisonnement à l'article 25. Or cette disposition doit indéniablement se lire en combinaison avec l'article 26. Ce dernier article prévoit un certain nombre de possibilités de déroger à l'interdiction d'envoyer des données personnelles dans des États n'offrant pas de protection adéquate. La Cour ne semble pas avoir pris cette disposition en considération puisqu'elle imagine les

États tenus d'empêcher toute mise sur internet de données à caractère personnel. Elle n'envisage pas d'hypothèses où ils pourraient outrepasser l'interdiction liée au constat d'inadéquation. Elle paraît déplorer que le régime spécial prévu par le chapitre IV devienne, en ce qui concerne les opérations sur internet, un régime d'application générale<sup>43</sup>.

En fait, le régime du chapitre IV, incluant donc l'article 26 de la directive, correspond presque au régime général. En effet, à l'exception d'une, toutes les hypothèses dans lesquelles le régime général admet le traitement de données se retrouvent plus ou moins dans l'article 26, § 1<sup>er</sup><sup>44</sup>. Seule l'hypothèse de la balance d'intérêts effectuée *a priori* par le responsable du traitement estimant que l'atteinte aux droits et intérêts de la personne concernée n'est à ses yeux pas supérieure à l'intérêt de traiter les données de celle-ci, n'est pas reprise à l'article 26<sup>45</sup>. La réticence des juges européens à soumet-

41. Le raisonnement tenu ici vaut pour les données publiques dont la publicité n'est pas liée à une finalité particulière. La publicité doit viser à l'information du public, de manière générale. Si la publicité est liée à une fin spécifique (permettre de trouver le numéro d'un interlocuteur, dans le cas de l'annuaire téléphonique; informer la communauté avoisinante d'un projet touchant à l'aménagement du territoire ou à l'environnement, dans le cas de la publicité en matière d'urbanisme;...), on ne peut estimer que ces données n'appellent plus de protection. Les réutilisations de ces données à des fins qui ne sont pas compatibles avec la finalité poursuivie par la publicité ne sont pas admissibles. Il faut donc pouvoir s'assurer du respect de cette exigence là où les données sont exportées.

42. D'ailleurs, l'écriture de l'article 25, § 4, *in fine*, établit bien que lorsque la Commission se prononce, c'est à l'égard d'un voire d'une catégorie de transferts pour le(s)quel(s) la protection d'un État est inadéquate et non à l'égard d'un État qui n'offrirait pas de protection adéquate à n'importe quel transfert : cette disposition stipule que « les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'empêcher tout transfert de même nature vers les pays tiers en cause » (c'est nous qui soulignons). La transposition de cette disposition en droit belge est également éclairante : aux termes de l'article 21, § 2 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, modifiée par la loi du 11 décembre 1998, « [...] conformément à l'article 25 de la directive [...], le Roi détermine pour quelles catégories de traitements de données à caractère personnel et dans quelles circonstances la transmission de données à caractère personnel vers des pays non-membres de la Communauté européenne n'est pas autorisée » (c'est nous qui soulignons). La loi portugaise, pour citer un autre exemple particulièrement clair, énonce que « le transfert de données à caractère personnel identiques à celles qui ne bénéficient pas, à l'estime de la Commission européenne, d'une protection adéquate dans le pays vers lequel on souhaite les envoyer, est interdit » (article 19, § 5, de la loi n° 67/98 du 26 octobre 1998 sur la protection des données à caractère personnel; c'est nous qui soulignons).

43. Point 69 de l'arrêt.

44. Il s'agit des hypothèses du consentement indubitable de la personne concernée au traitement (transfert) des données, de la nécessité du traitement (transfert) des données pour l'exécution d'un contrat, et de la nécessité du traitement (transfert) des données pour la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée (article 7, a, b et d – article 26 a, b et e, de la directive). L'article 7, d et e (traitement nécessaire au respect d'une obligation légale ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public) se retrouve approximativement dans l'article 26, d (transfert nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice), certes selon une formulation plus exigeante et, partant, plus restrictive.

45. Mais on permet au responsable du traitement d'offrir lui-même des garanties que l'on pourra éventuellement juger comme suffisantes pour autoriser un flux, en sus des hypothèses admises à l'article 26, § 1<sup>er</sup> (article 26, § 2).

tre la diffusion de données à caractère personnel sur internet au régime spécifique de l'article 26 plutôt qu'au régime général relatif à la licéité des traitements de données (établi au chapitre II de la directive) n'est pas justifiée. Le régime spécifique mis en place par l'article 26 représente en tout état de cause un régime plus souple que le régime spécial réservé aux données sensibles. Or, les données sensibles bénéficient d'un régime plus protecteur au vu des risques liés à leur nature (risques de discrimination pour l'essentiel). Dans le même sens, internet est un média qui présente des risques particuliers tenant notamment à son accessibilité mondiale et à la perte de contrôle qu'il engendre sur les données mises à disposition. Il est donc normal que l'utilisation de ce média soit soumise à un régime (légèrement) plus strict que le régime général.

Ce n'est en somme pas une solution hérétique que de soumettre les mises à disposition de données personnelles sur internet au régime spécifique de l'article 26 de la directive. Cela signifie, dans les hypothèses sans doute les plus répandues, que l'on ne peut mettre des données à caractère personnel sur un site internet qu'avec le consentement de la personne concernée, ou que si la mise sur Internet est nécessaire à l'exécution d'un contrat (par exemple un contrat de travail), ou encore que si c'est nécessaire au nom d'un intérêt public important (la transparence de l'administration, par exemple, impose de communiquer le nom des élus locaux ainsi que leurs fonctions et attributions, sur le site internet communal ou régional), ou enfin si les données proviennent d'un registre public destiné à l'information du public. Un tel régime qui fait la part belle à l'exigence du con-

sentement des personnes concernées n'est assurément pas excessif car il n'est pas anodin de diffuser des informations sur des personnes via internet. Il est primordial que les personnes concernées aient connaissance de l'intention de pareille diffusion, qu'elles prennent la mesure de la perte de contrôle liée à cette diffusion (comment aller faire respecter ses droits au bout du monde, dans une langue inaccessible? Dans certains États, il n'y a même plus de droits à faire respecter...) et qu'elles puissent décider sereinement (sans pression) si elles acceptent la diffusion au vu de la balance atteinte/intérêt que cette diffusion représente pour elles<sup>46</sup>.

Si les solutions de l'article 26, § 1<sup>er</sup> sont trop étroites pour répondre à une hypothèse concrète de publication de données à caractère personnel sur internet, il reste deux possibilités pour la personne désireuse d'effectuer la publication :

- soit elle offre elle-même des garanties jugées adéquates, par exemple au travers de clauses contractuelles la liant à la personne sur laquelle elle désire publier des informations, afin que la diffusion de ces informations soit affranchie de l'évaluation de niveau de protection des États potentiellement destinataires<sup>47</sup>;
- soit elle tente de satisfaire à l'exigence de protection adéquate de l'article 25 en jouant sur un élément réduisant sensiblement le facteur risque lié à la publication de données envisagée, ce qui aura pour effet de réduire parallèlement le niveau de protection exigé : elle peut jouer sur la nature des données en optant pour une diffusion de seules don-

46. Dans le cas évoqué dans une note de bas de page antérieure de la mise sur internet des annuaires téléphoniques, par exemple, il convient d'obtenir le consentement des abonnés.

47. Solution de l'article 26, § 2.

nées relatives au caractère public des personnes concernées (ainsi que mentionné plus haut, c'est la solution des encyclopédies et dictionnaires des noms propres : même pas de protection offerte par un pays c'est une protection adéquate étant donné les informations contenues; en conséquence, la vente de ces « fichiers », sur papier ou cédérom, peut se faire partout dans le monde, sans restriction liée à la protection des données).

Il reste que dans nombre de cas, le régime spécifique des articles 25 et 26 de la directive cèdera le pas devant la protection de la liberté d'expression. Les personnes désireuses de communiquer des données à caractère personnel par la voie d'internet pourront le faire sans prendre en considération les exigences que l'on vient d'énoncer pourvu :

- que leur expression sur l'hypertoile corresponde aux discours protégés par la législation nationale transposant la directive
- et que la législation nationale en question ait dispensé les traitements de données effectués dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression du respect des dispositions relatives aux transferts de données vers des pays tiers.

Étant donné la large latitude donnée par le texte européen aux États membres concernant l'équilibre à réaliser entre protection des données et protection de la liberté d'expression, on observe de grandes divergences entre les États tant à propos des personnes bénéficiant du régime d'exception qu'à propos de l'étendue de ce régime « allégé ».

### 3. La directive porte-t-elle atteinte de façon inadmissible à la liberté d'expression?

Mme Lindqvist estime que les contraintes imposées par la directive à celui qui désire s'exprimer comme elle par la voie d'internet sont disproportionnées et constituent une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression<sup>48</sup>.

Pour la Cour, la directive est l'expression d'une mise en balance des différents droits et intérêts concurrents. Les États membres ont par ailleurs inscrit dans leur loi transposant la directive les mécanismes permettant de mettre en balance ces droits et intérêts. La Cour estime que c'est au niveau de l'application à des cas d'espèce que doit être trouvé le juste équilibre des droits et intérêts en cause. A son sens, il incombe aux autorités et aux juridictions chargées de la mise en oeuvre de la directive d'interpréter leur législation nationale conformément à la directive mais en veillant « à ne pas se fonder sur une interprétation de la directive qui entraînerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés [...] ou avec [...] le principe de proportionnalité »<sup>49</sup>. C'est notamment au niveau de l'application des sanctions que la Cour invite les autorités des États à respecter le principe de proportionnalité (en tenant compte du champ d'application très large de la directive, du nombre élevé d'obligations imposées et des circonstances du cas d'espèce, telles la durée de la violation des règles nationales et l'importance, pour les intéressés, des données divulguées)<sup>50</sup>.

Il est intéressant de relever ici que, aux termes de l'article 9 de la directive,

48. Points 73 et 74 de l'arrêt.

49. Point 87 de l'arrêt.

50. Points 88 et 89 de l'arrêt.

les États doivent prévoir un régime dérogatoire pour les traitements de données effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique et littéraire, afin de concilier le droit à la vie privée<sup>51</sup> avec les règles régissant la liberté d'expression. Les législations nationales transposant la directive doivent donc offrir des dérogations et des limitations au régime général de protection des données, qui réalisent la pondération entre les droits fondamentaux. Le considérant 37 convie spécifiquement les États membres à prévoir des dérogations en ce qui concerne les mesures relatives au transfert des données vers des pays tiers. Les auteurs de la directive, sans vouloir préjuger des choix des États membres, intuitionnaient que le régime des flux transfrontières de données tel qu'établi aux articles 25 et 26 de la directive, pouvait conduire à une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Si le régime dérogatoire n'est à accorder d'après le texte de l'article 9 qu'aux traitements effectués à des fins de journalisme ou d'expression littéraire ou artistique, le considérant 37 présente un libellé plus large puisqu'il évoque la conciliation à effectuer « avec la liberté d'expression, et notamment la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, telle que garantie notamment à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Même si l'on ne parvient pas à cerner de manière nette ce qu'il faut entendre par des

« fins de journalisme ou d'expression littéraire ou artistique », on devine que ce qui est visé ne devrait pas couvrir toute expression. Il semblerait, au vu du considérant 37 que l'on soit invité à interpréter de manière large cette formule, allant jusqu'à la confondre avec l'exercice de la liberté d'expression. D'ailleurs, l'article 9, *in fine*, spécifie que l'objectif de cette disposition c'est de « concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ».

Cela étant, on observe, à l'instar de la Commission européenne<sup>52</sup>, que les États ont très diversement réalisé la pondération des droits contradictoires et que, partant, les régimes dérogatoires mis en place sont sensiblement différents d'un pays de l'Union à l'autre. Cela va de l'affirmation de la primauté généralisée de la liberté d'expression, à l'admission de quelques dérogations limitées et conditionnées, en passant par de larges ou moindres exemptions. Les bénéficiaires sont, dans les cas les plus restrictifs, exclusivement des journalistes ou « gens de presse » et, dans les cas les plus ouverts, quiconque publie ou diffuse une œuvre intellectuelle<sup>53</sup>.

Selon leur portée, ces régimes dérogatoires peuvent avoir une incidence majeure sur la diffusion de données à caractère personnel via internet. Si elle rentre dans les catégories d'expression protégées par la législation nationale, une telle diffusion bénéficiera d'exemptions à l'égard des obligations impo-

51. Si l'article 9 énonce le seul droit à la vie privée à concilier avec la liberté d'expression, le considérant 37 évoque plus justement « la conciliation des droits fondamentaux de la personne avec la liberté d'expression » (c'est nous qui soulignons).

52. Commission européenne, « Premier rapport sur la mise en oeuvre de la directive relative à la protection des données (95/46/CE) », 15 mai 2003, COM(2003) 265 final, annexe technique : « Analysis and Impact Study on the Implementation of Directive EC 95/46 in Member States », p. 17.

53. Voy. notamment l'article 25, § 4bis, de la loi italienne n° 675 du 31 décembre 1996 relative à la protection des personnes et des organismes publics et privés à l'égard du traitement des données à caractère personnel; par ailleurs la Cour suprême suédoise « held that the "journalistic exemption" in the directive should be read broadly, so as to encompass all cases in which the controller exercised his right to freedom of expression » (Commission européenne, « Analysis and Impact Study on the Implementation of Directive EC 95/46 in Member States », précité, p. 17).

sées par le régime général. Dans de nombreux États membres, ainsi que suggéré au considérant 37, ces exemptions portent notamment sur les exigences en matière de transferts de données vers des pays tiers<sup>54</sup>. Le responsable d'une publication de données sur un site internet ne devra pas, dans ces circonstances, rentrer dans une des hypothèses de l'article 26 (obtenir le consentement des personnes concernées, par exemple) pour être autorisé à mettre les données à disposition.

## Conclusion

Grâce à la catéchiste suédoise au centre de l'affaire qui a abouti à la Cour de justice des Communautés européennes, cette dernière a eu l'occasion de se prononcer sur de délicates questions d'interprétation de la directive 95/46 relative à la protection des données à caractère personnel. Si l'arrêt prononcé le 6 novembre 2003 objet du présent commentaire apporte des réponses claires à certaines interrogations, il ne tranche pas de façon convaincante sur d'autres.

En toutes circonstances, hormis lorsqu'elle entre dans des activités liées à la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État et aux domaines du droit pénal<sup>55</sup>, la diffusion sur internet de toutes données se rapportant à des individus identifiables doit respecter la législation de protection des données à caractère personnel.

Concernant les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers, il faut à notre sens considérer que la mise à disposition de données sur un site internet représente des

flux potentiels vers tous les pays du monde où l'on peut se connecter à l'hypermoteur. Une telle mise à disposition crée des risques non négligeables pour les personnes concernées, tenant principalement dans la perte de maîtrise sur les données diffusées, dès lors que l'on ne peut contrôler qui y accède, depuis où, ni ce qui va être fait par la suite avec les données. L'exercice et la défense de droits à l'égard des données en question est rendu difficile et hasardeux si ce n'est utopique, étant donné l'obstacle de la distance et la barrière de la langue qui risquent de se présenter pour la personne concernée.

Dans ces circonstances, le régime de protection doit être à la mesure du risque créé. A moins d'être en présence de données ne nécessitant aucune sorte de protection, c'est le régime de l'article 26 de la directive 95/46 qui encadre les mises à disposition de données sur internet. Cela signifie que ce seront pour l'essentiel le consentement spécifique des personnes concernées, les exigences d'un contrat, la protection d'un intérêt public ou la provenance des données de registres publics, qui permettront de diffuser des informations personnelles sur internet (article 26, § 1<sup>er</sup>). Hors de ces hypothèses, le responsable peut présenter lui-même des garanties jugées suffisantes qui lui permettront également de procéder à la mise à disposition de données à caractère personnel via internet (article 26, § 2).

Il faut par ailleurs tenir compte de ce que la diffusion pourra, selon les circonstances (d'après la loi nationale en jeu et son application respectueuse du principe de proportionnalité), bénéficier du régime dérogatoire concédé

54. Il en est ainsi notamment en Belgique où l'article 3, § 3, d, de la loi du 8 décembre 1992 modifiée le 11 décembre 1998 affranchit du respect des dispositions relatives aux transferts vers des pays non membres de la Communauté européenne les traitements de données effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire.

55. A moins que les législations nationales de protection des données n'aient inclus de telles activités dans leur champ d'application.

pour concilier la protection des données personnelles avec la liberté d'expression. Le responsable ne doit pas, dans ce cas, répondre aux exigences de l'article 26. Il devra, au demeurant,

bien évidemment, respecter les règles régissant l'exercice de la liberté d'expression et sera dès lors peut-être limité par d'autres dispositions que celles tenant à la protection des données.