

## I/ MONDIALISATION, INTERNET ET LES DROITS DE LES INDIVIDUS

L'activité en internet est réglée en Espagne: **1)** Par la LO 15/1999 de Protection des Données à Caractère Personnelle (LOPD) –et le Règlement qui la développe (RLOPD, RD 1720/2007- qui règle le recueil et traitement de données personnelles, pourvu qu'ils sont dans un «fichier» (c'est-à-dire, un ensemble structuré des données de caractère personnelle, art 3 b) LOPD). Cette loi a pour objet la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques (art. 1 LOPD). **2)** Par la Loi 34/2002 des Services de la Société de l'Information et du Commerce Electronique (LSSI) qui transpose la Directive 2000/31 CE. Cette loi règle les contrats par voie électronique et établit les obligations et responsabilités des prestataires des services qui réalisent des activités d'intermédiation, comme la transmission ou l'hébergement des données en internet; (la facilitation de liaisons/fournir un accès) aux contenus ou instruments de recherche (la LSSI est aussi applicable aux services qui ne sont pas rémunérés s'ils constituent une activité économique pour le fournisseur des services, -section a) Annexe-).

Actuellement, le plus grand problème c'est l'adaptation de ces normes (pensées pour un scénario précédent) à la réalité des réseaux sociaux. Alors: a) les entreprises qui offrent et gèrent les plateformes d'appui des réseaux sociaux sont soumis à la LSSI comme «prestataires des services d'intermediation». b) l'opérateur des réseaux social est aussi soumis à la LOPD (il fournit les moyens pour le traitement des données des utilisateurs qui utilisent les réseaux sociaux, il décide sur les possibilités de leur utilisation, etc.) et doit être considéré come «responsable du fichier» -art. 3,d LOPD- et doit pourtant accomplir les obligations établies pour lui. c) les usagers qui utilisent les réseaux sociaux avec une fin privée ou domestique ne sont pas soumis à la LSSI. Il ne sont non plus soumis à la LOPD même s'ils publient des données personnelles parce que l'article 2 LOPD (et 3,a RLOPD) excluent de leur champ d'application les «fichiers tenus par des personnes physiques dans l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques» (bien que «l'exception domestique» est seulement applicable quand l'espace dans le réseaux est visible pour un groupe d'amis expressément autorisé et non pas dans un autre cas [par exemple s'il conserve un profil ouvert]).

D'autre part, il existe en Espagne un organisme crée pour veiller à ce que la législation de protection des données et la tutelle des droits reconnus dans la loi soit respectés (arts. 18, 35 et suiv. LOPD et 117 et suiv. RLOPD). C'est l'**Agence Espagnole de Protection des Données** (AEPD). La AEPD est un organisme public doté de personnalité morale propre qui agit indépendamment dans l'exercice de ses fonctions. Elle a des pouvoirs de sanction pour punir les violations de la réglementation (v.gr.

sanction de la AEPD de 900.000 Euros à Google en 2013 à cause des traitements illégaux des données personnelles après lesquels la compagnie a incorporé des modifications en matière d'information, de consentement et d'exercice des droits). Contre les décisions de l'Agence il est possible de former un recours contentieux administratif.

### **A/Protection des données personnelles.**

**Définition.-** La LOPD définit les données à caractère personnel comme toute information concernant des personnes physiques identifiées ou identifiables (art 3.a). L'art. 5.f) RLOPD clarifie que les données à caractère personnel sont «toute information numérique, alphabétique, graphique, photographique, acoustique ou d'une quelconque autre nature concernant des personnes physiques identifiées ou identifiables».

**Consentement.-** Pour obtenir les données personnelles d'un tiers il est nécessaire de l'informer préalablement sur les extrêmes figurant à l'art. 5 LOPD. Il doit notamment être informé de l'existence du fichier, de la finalité de la collecte des données et des destinataires de l'information. Il doit être aussi informé être informé sur les droits (accès, rectification, annulation, opposition) qu'il peut exercer (art.5 LOPD). Pour le traitement de ses données le consentement préalable et sans équivoque de l'intéressé est nécessaire, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 6.1 LOPD). Le consentement peut être révoqué lorsqu'il existe un juste motif et que des effets rétroactifs ne lui sont pas attribués (art. 6.3 LOPD).

Les utilisateurs des réseaux sociaux publient volontairement ses propres données personnelles. Cependant, dans la mesure où le gestionnaire du réseau est considéré le «responsable du fichier» et est pourtant soumis à la LOPD, il est entendu qu'il obtient le consentement des utilisateurs pour le traitement de leurs données lorsque le client accepte entrer dans le réseau. Il est toutefois nécessaire qu'il soit préalablement informé des extrêmes figurant à l'art. 5 LOPD. Selon l'AEPD (Rapport juridique 0197/2013) pour l'accréditer il est suffisant s'il existe une politique de confidentialité facilement accessible par l'utilisateur, que celui-ci doit nécessairement accepter pour avancer dans le procès d'enregistrement dans le réseau.

Quand l'utilisateur publie des données mais pas les siennes sinon celles d'un tiers, il peut devenir «responsable du traitement» (quoique jusqu'à présent la responsabilité de l'utilisateur n'a pas été établie en ces cas-là mais la responsabilité du réseau pour ne pas avoir adopté les mesures de sécurité nécessaires exigées par l'art. 9 LOPD [ST. AN. 20-1-2013]).

D'autre part, l'art. 6.2 LOPD prévoit une série de cas dont le consentement de l'intéressé n'est pas nécessaire pour le traitement de leurs données: (i) quand les données à caractère personnel sont collectées pour l'exercice des fonctions propres aux Administrations Publiques dans les domaines de sa compétence; (ii) se réfèrent aux parties d'un contrat ou précontrat d'une relation d'affaires, du travail ou administratif et sont nécessaires au maintien ou à l'exécution de ladite relation; (iii) le traitement des

données a pour finalité de protéger un intérêt vital de l'intéressé; ou (iv) les données figurent dans des sources accessibles au public et leur traitement est nécessaire pour répondre à l'intérêt légitime visé par le responsable du fichier ou celui du tiers a qui sont communiqués les données, sous réserve de la sauvegarde des droits et des libertés fondamentaux de l'intéressé.

**Données sensibles.**- En Espagne la loi prévoit l'existence de données plus sensibles qui sont spécialement protégées. L'art. 7 LOPD note que personne ne peut être contraint de déclarer son idéologie, sa religion ou ses croyances. Dans le cas où ce type d'informations est recueilli l'intéressé doit être averti de son droit de ne pas l'accorder. En outre, le consentement exprès et par écrit est nécessaire pour le traitement des données révélant l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion et les croyances (à l'exception des fichiers des partis politiques, syndicats, églises, confessions, fondations et associations pour ce qui concerne les données relatives à leurs associés ou membres, sans préjudice de la nécessité du consentement de l'intéressé pour la cession desdites données). Les données qui font référence à l'origine raciale, à la santé et à la vie sexuelle peuvent uniquement être collectées, traitées et cédées lorsque pour des raisons d'intérêt général une loi en dispose ainsi ou l'intéressé y consent expressément. En outre, les fichiers créés avec la seule finalité de stocker des données à caractère personnel révélant l'idéologie, l'affiliation syndicale, la religion, croyances, origine raciale, santé et vie sexuelle sont interdits (art. 7.4 LOPD).

**Droits de l'internaute.**- Le sujet qui cède des données personnelles à un tiers pour son traitement (le responsable du fichier et/ou traitement de données) est considéré comme «titulaire» de ces données (art. 5.1,a RLOPD) et a, à leur égard, les droits que la LOPD lui reconnaît. La LOPD établit aussi les procédures pour sa protection: (i) le droit de consultation pour connaître les traitements qui existent, leurs finalités et l'identité du responsable du traitement (art. 14 LOPD) pour exercer lequel le Registre General de Protection des Données est créé; (ii) le droit d'accès pour demander et obtenir gratuitement information concernant ses données à caractère personnelle objet de traitement, leur origine et les communications faites ou prévues (art. 15 LOPD); (iii) les droits de rectification et d'annulation dans le cas des données inexactes ou incomplètes ou pas conformes aux dispositions de la loi (art. 16 LOPD); (iv) le droit d'opposition pour s'opposer au traitement de ses données ou pour obtenir la cessation mais avec une portée limitée (*v. gr.* fichiers pour activités de publicité ou prospection commerciale) (art. 34 RLOPD).

Les intéressés qui ont subi un préjudice à leurs biens ou leurs droits comme conséquence de l'inexécution de la LOPD par le responsable ou la personne chargée du traitement des données ont droit à une indemnisation (art. 19 LOPD), étant donné que l'action de réclamation doit s'exercer devant la juridiction ordinaire (et non la AEPD).

D'autre part, si la publication et utilisation des données personnelles d'un sujet (*v.gr.* publication de la photo d'une personne par un autre utilisateur d'un réseau social sans

son consentement<sup>1</sup>) atteinte à ses droits à l'honneur, l'intimité ou l'image, la personne concernée aura aussi la protection de la LO 1/82 de protection civil à l'honneur, l'intimité et l'image, qui règle les intrusions illégitimes dans tels droits et la responsabilité que y dérive (vid. alinéa C).

**Communication des données.**- Les sujets responsables des fichiers ont l'obligation au secret et pourtant le consentement préalable de l'intéressé est nécessaire pour leur transmission (art. 11 LOPD). Lorsque une cession est consentie c'est pour un cessionnaire spécifique et avec une finalité particulière et l'intéressé doit être informé de cela (art. 12 RLOPD). Un tel consentement ne sera pas exigible dans les cas établis à l'art. 11.2 LOPD (lorsque elle est autorisée par la loi; lorsqu'il s'agit des données obtenues à partir de sources accessibles au public [*v.gr.* répertoires téléphoniques, listes des professionnels, bulletins officiels,...]).

En ce que concerne les **transferts internationaux** des données la LOPD seulement le permet lorsque les pays de destination des données assurent un niveau de protection comparable à l'espagnol (art. 33 LOPD). L'autorisation préalable du Directeur de l'AEPD est nécessaire. Cette entité doit juger si le niveau de protection du pays de destination est approprié en évaluant des critères comme la nature des données, la finalité et durée du traitement ou les normes de droit en vigueur dans le pays de destination. L'art. 34 LOPD prévoit des exceptions à cette règle. Par exemple, l'autorisation ne sera pas nécessaire lorsqu'il existe un traité ou convention internationale, lorsque le transfert a lieu pour prêter une aide judiciaire internationale ou lorsque le transfert est destiné à un état à l'égard duquel la Commission Européenne a déclaré qu'il assurait un niveau de protection approprié.

**Droit à l'oubli.**- En Espagne l'AEPD et les Tribunaux de justice ont été les institutions qui, dans la mesure du possible, ont adapté la régulation aux nouvelles circonstances faisant effective la protection en internet. Le cas paradigmatique c'est celle du dit «droit à l'oubli» (ou plus exactement «droit de suppression») qui n'est pas réglé comme tel (bien que le droit d'annulation existe dans l'art. 16 LOPD) qui se pose lorsque un moteur de recherche en internet fournit des données pour transférer l'utilisateur à une page web qui contient des données à caractère personnel. Après le bien connu cas Google vs AEPD le gestionnaire d'un moteur de recherche est obligé d'éliminer de la liste des résultats obtenus d'une recherche à partir du nom d'une personne tout lien aux pages web qui contiennent des données relatives à cette personne, même si ces données ne sont pas effacées des pages web et même si la publication dans lesdites pages était licite. Mais le droit à l'oubli a des limites; il est nécessaire que le titulaire a un intérêt à l'opposition demandé, dont des certains critères seront évalués (*v.gr.* la nature et exactitude de l'information, l'intérêt du public d'avoir cette information, le rôle du titulaire dans la vie publique ou l'importance pour la vie privé du titulaire). Après la décision des centaines de pétitions ont été faites aux grands moteurs de recherche en demandant l'effacement des données particuliers en internet. Si le moteur de recherche

---

<sup>1</sup> Rappelons que, en principe, l'utilisateur des réseaux sociaux qui les utilise avec une fin privée n'est pas soumis à la LOPD.

ne répond pas ou ne le fait pas correctement à l'avis du demandeur, il peut recourir à l'AEPD demandant la protection de son droit à l'oubli. Des sources de l'AEPD informent que, à ce jour, ils ont estimé environ un 40% de ces dossiers<sup>2</sup>.

**Cloud computing.**- En ce qui concerne le cloud computing il n'existe pas de régulation en Espagne sur ce service, mais il devrait respecter les règles de protection des données parce que le fournisseur des services de cloud computing est une personne «chargée du traitement» aux effets de la LOPD<sup>3</sup>; vid. Arts 20 à 22 RLOPD. Ils existent, si, des recommandations de l'AEPD pour les utilisateurs de ces services. Pour informer les utilisateurs du cloud computing des problèmes de transparence (où, quand et qui enregistre ses données et dans quels conditions de sécurité) et control (possibilité de disposer de données ou les récupérer dans un format valable) la AEPD recommande lorsqu'on engage ces services: (i) d'évaluer les traitements et le niveau de protection des données en nuage pour déterminer quels données sont susceptibles d'être transférés (parce que le client qui contrat de services de cloud computing est «responsable du traitement» des données personnelles); (ii) de vérifier les conditions dont le service est fourni (v.gr. information donnée, emplacement du traitement, politique de sécurité, droits de l'utilisateur,...); (iii) de s'informer si des tiers interviennent dans le service; (iv) de l'emplacement des données pour savoir si c'est un pays qui offre un niveau de protection équivalent à l'espagnol; (v) d'exiger un compromis de fidélité au fournisseur du service; (vi) d'exiger des garanties sur la portabilité des données (en s'obligeant le fournisseur lorsque le contrat est fini ou le service terminé à livrer toute l'information au client ou à un autre fournisseur de cloud); et (vii) de prévoir des mécanismes pour garantir l'efface de données lorsque le client le demande ou le contrat termine.

### **B/Liberté d'expression sur internet**

**Atteintes à la liberté d'expression.**- À notre connaissance il y n'a pas des cas dont, bien un operateur des réseaux sociaux bien un moteur de recherche, aient été condamnés pour avoir limité l'accès à certains contenus publiés par des tiers.

**Abus de la liberté d'expression.**- Les abus de ce type peuvent donner lieu à un délit d'injures (art. 208 Cp.) ou calomnies (art. 205 Cp) et il y a des cas auxquels la personne qui a commis ces délits dans un réseau social a été condamnée (v.gr. SAP Madrid, 17<sup>a</sup>, 8-1-2013; SAP Pontevedra, 2<sup>a</sup>, 9-10-2014; SAP La Coruña, 1<sup>a</sup>, 18-7-2014). Mais il est plus habituel que ces comportements n'aient pas un caractère criminel et constituent une intromission illégitime dans le cadre de la LO 1/82 de protection civil à l'honneur, l'intimité et l'image. Dans ce cas là la personne lésée peut exiger la cessation immédiate

---

<sup>2</sup> Parallèlement à la finalisation de ce rapport, le TS a décrété la nullité d'une de ces résolutions de la AEPD contre Google Spain, S.L. dans un cas de droit à l'oubli pour considérer que la légitimation passive correspond à Google Inc. et non à Google Spain, S.L. parce que Google Inc. est l'opérateur du moteur de recherche et, pourtant, le «responsable du traitement» (STS 14-3-2016).

<sup>3</sup> Selon l'art. 5.1,i) RLOPD la personne «chargée du traitement» est la personne physique ou morale qui traite les données personnelles pour le compte du responsable du fichier à conséquence de l'existence d'une relation juridique qui le lie a celui-ci.

de l'intromission et la prévention des intromissions futures; la diffusion de la décision dans le moyen qui avait fait l'intromission (seulement le dispositif de l'arrêt lorsque qu'il doit se faire en Twitter -SJPI n° 5 Pamplona, 15-12-2012; SJPI n° 22 Sevilla, 24-11-2014-) et la condamnation au paiement des dommages causés (art.9).

Par rapport à la publication dans le profil de Facebook des expressions et commentaires qui attentent contre l'honneur d'un tiers, en outre: SAP Madrid, 9<sup>a</sup>, 17-5-2013; SAP Sevilla, 5<sup>a</sup>, 17-1-2014. Lorsque l'intromission dans le droit à l'honneur est conséquence d'une nouvelle où un article publiée dans un media de presse digital l'art 65,2 de la Loi de Presse est aussi applicable. Elle établie que l'éditeur et le directeur du media sont solidairement responsables avec l'auteur. Cet article n'est pas applicable lorsque l'expression offensive est versée par un tiers étranger à l'organe de presse dans un forum où espace mise en place pour que les lecteurs expriment leurs opinions (dans ce cas le journal digital seulement agit comme "intermédiaire", et peut être qualifié comme un "service d'intermédiation" aux effets de la LSSI qui établie des certaines causes d'exonération).

**Moyens pour faire cesser l'attentat.-** En cas d'attentat contre le droit à l'honneur les moyens pour le faire cesser ont été déjà mentionnées: exercice de l'action pénale où civile contre le sujet qui a publié les contenus offensifs en internet. Cependant les fournisseurs des services de la société de l'information (*v.gr.* la plateforme qui héberge le web où le blog dans lequel les injures sont versés, l'opérateur du réseau social,...) en conformité avec l'art. 11 LSSI, sont soumis à une obligation de coopération par laquelle ils peuvent être contraints d'interrompre un service déterminé (*v.gr.* désactivation du profil d'un utilisateur du réseau) où retirer certains contenus si l'autorité compétente le juge nécessaire. Il faut aussi prendre en compte que, selon la LSSI (arts 16-17) les fournisseurs de services d'hébergement de données et les moteurs de recherche peuvent être tenus responsables pour les contenus illicites publiés par des tiers s'ils ont eu connaissance effective<sup>4</sup> de l'infraction, n'agissent pas avec diligence pour retirer les contenus où font impossible l'accès a lesdits contenus (*v.gr.* SSTS 10-2-2011; 26-2-2013, 4-3-2013).

### **C/Autres droits**

**Protection du droit au respect de la vie privée et moyens pour faire cesser les attentats.-** comme dans le cas antérieur le droit à l'intimité bénéficie de protection pénale (par ex. délit de découverte et révélation de secrets –art. 197 C.p.- applicable aux cas d'accès indu à comptes e-mail et réseaux sociaux, SAP Madrid, 3<sup>a</sup>, 4-5-2012) et civil. La LO1/82 permet au lésé par la divulgation des données intimes sans son consentement – *v.gr.* exiger a l'auteur la correspondante indemnisation en plus d'autres mesures comme la cessation de l'intromission –art.9-. Lorsque le contenu illicite a été

---

<sup>4</sup> La notion de "connaissance effective" a été interprété largement par la jurisprudence (SSTS 9-12-2009; 18-5-2010). Ainsi, tant que règle, il suffit que la personne concerné annonce au fournisseur de services de la société de l'information de l'atteinte à ses droits pour qu'une telle connaissance existe.

publié par un media de presse digitale l'art. 65,2 de la Loi de Presse déjà mentionné est aussi applicable.

D'autre part, pour éviter des possibles lésions au droit de l'intimité dans le domaine des réseaux sociaux la AEPD a publié guides et recommandations sur l'utilisation de ceci et sur la façon de configurer convenablement le degré de confidentialité dans le profil de l'utilisateur.

**Responsabilité des plateformes et services d'hébergement.** L'article 16 LSSI exonère de responsabilité aux fournisseurs de ce type de services lorsqu'ils n'ont pas effectivement connaissance du caractère illicite de l'information transmis ou stocké ou s'ils ont connaissance, ils agissent avec diligence pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. La jurisprudence a fait une interprétation large de la notion de connaissance effective (vid. note 3).

**Droit de propriété intellectuelle.-** Internet a affaibli le système de protection de la propriété intellectuelle dans tous les pays, et aussi en Espagne, parce qu'il a fait insuffisant le système classique de protection de la propriété intellectuelle, ancré dans des limitations territoriales nationales. On a cherché des solutions à ce problème dans le champ européenne (v.gr. STJUE 4/10/2011, *as. Premier League, as. Sportradar*, STJUE 18-10-2012, *as. C-173/11*; Directives 2001/29/CE; 2012/28/UE; 2014/26/UE) mais ils restent encore nombreux problèmes à résoudre.

L'entourage digital a favorisé l'apparition de nouvelles possibilités technologiques de création et, surtout d'utilisation des œuvres protégées. En particulier, internet, a révolutionné le concept de communication au public, comme moyen d'exploitation d'une œuvre (aux autres) et ses limites. Et c'est dans la réglementation de ce nouveau scénario que l'on trouve les plus grandes difficultés. Notamment: 1) dans le traitement de cas dont l'infraction d'un droit de propriété intellectuelle se vérifie pour la collaboration des divers intermédiaires (SAN 22-07-2014, *cas Qué de libros*); et 2) dans l'effet du lien sur l'exploitation normale de l'œuvre.

Par rapport à ce dernier point ils existent déjà quelques décisions nationales, par ex. STS 3-04-2012 (cas Megakini) selon laquelle lorsque Google montre partialement (dans ses résumés de pré-lien) le contenu des pages qui apparaissent dans son index et qui donne accès à versions précédentes desdites pages grâce à la «mémoire caché» ne viole pas la propriété intellectuelle s'agissant d'une «utilisation juste ou loyal» (fair play); STS, S 2<sup>a</sup>, 27-10-2015, (*cas Youkioske*) dans laquelle le TS a établi que pour que la publication des liens dans une page web qui dirigent vers des contenus protégés (ce qui constitue communication au public) soit considéré licite, l'autorisation préalable que l'auteur du contenu a donné pour la libre accessibilité (antérieure à la publication des liens ) est nécessaire. La publication des liens qui dirigent vers des contenus dont l'auteur n'a pas autorisé la libre diffusion constitue «communication au public» aux effets de l'art. 270.1 C.p.

D'autre part, un des objectifs principaux de la récente réforme de la LPI (Loi 21/2014) a été d'habiliter de nouveaux instruments et concepts pour mettre fin aux infractions du droit exclusif de propriété intellectuelle sur internet. Quelques-unes des plus notables réformes concernent les agrégateurs de contenu qui opèrent online (art. 32), l'utilisation, sur des champs virtuels des œuvres d'autres, avec une finalité éducative (art. 32) et le procès administrative de poursuite d'infractions aux droits de propriété intellectuelle sur internet (art. 158 ter).

#### **D/ Aspects de Droit international privé**

**Compétence pénale internationale.**- Il n'y a pas une règle spécifique de compétence pénale pour les cyber-délits. La compétence des tribunaux pénaux espagnols est régie par l'art. 23 LOPJ qui part du principe de territorialité. Le problème en cas de délits commis sur l'internet c'est qu'il est difficile de déterminer le lieu de commission du délit. En Espagne on a suivi la «théorie de l'ubiquité» qui permet de doter de compétence aux tribunaux espagnols lorsque l'action typique ou le résultat se produit en Espagne. Ainsi, selon l'accord du plein non-juridictionnel du TS de 3-2-2005 le délit est commis dans toutes les juridictions dans lesquelles un élément type a été fait. Cela permet de poursuivre en Espagne les cyber-délits, mais ne solutionne que la compétence du tribunal espagnol sur le plan interne. Il ne solutionne pas les possibles conflits de juridiction.

**Loi applicable à la responsabilité civile découlant de délit.**- Si le délit est jugé en Espagne, la responsabilité civile est régie par l'art. 116 C.p. (sauf si la victime se réserve l'action civile pour recourir à la juridiction civile) qui prévoit que toute personne responsable d'un délit est aussi civilement responsable si le fait a entraîné des dommages ou des préjudices.

#### **II/ MONDIALISATION, INTERNET ET LA PUISSANCE DES ACTEURS**

**Prétendue gratuité.**- Dans le Droit espagnol ce qui importe, ce n'est pas que le fournisseur de services d'internet obtient une rémunération, sinon s'il s'agit d'un service qui constitue une activité économique habituelle. En fait, la LSSI (Section a) Annexe) considère comme onéreux aux termes de la loi les services non-rémunérés par le destinataire qui constituent une activité économique pour le fournisseur du service.

**Jeux avec différents systèmes juridiques.**- En Espagne les clauses d'élection de for attributives à une juridiction différente à celle du domicile de l'utilisateur et les clauses qui soumettent à une loi étrangère inclus dans des *contrats d'adhésion célébrés avec consommateurs* sont abusives et, pourtant, nulles (art. 90 TRLC). Cependant, dans le cas de contrats électroniques internationaux (comme le sont habituellement les conclus avec les «géants» d'internet) il faut être à ce que les règles de Droit international privé établit. L'art. 6,2 du Règlement UE 593/2009 –Roma I- permet de choisir la loi dans contrats avec consommateurs seulement quand la loi choisi n'offre au consommateur une protection inférieure à celle de son domicile habituel. Pourtant, la possible clause de soumission à une loi étrangère – destiné à exclure la loi du pays de résidence

habituelle du consommateur, règle général art. 6,1- n'empêcherai pas l'application des règles impératives contenues dans la LSSI ou dans la LOPD<sup>5</sup>, plus favorables à l'internaute qui réside en Espagne<sup>6</sup>. En ce qui concerne la clause de soumission à une juridiction étrangère, la compétence judiciaire internationale, lorsqu'il s'agit des contrats avec consommateurs, se règle par les arts. 17 à 19 Règlement 1215/2012 UE (Brussels I bis) qui impose des restrictions aux conventions d'attribution de la compétence judiciaire<sup>7</sup> (Brussels I bis).

**Situation fiscale.-** Selon l'art 7 Loi 27/2014 d'Impôt sur les Sociétés les personnes morales sont obligés à payer les impôts en Espagne s'ils ont sa résidence ici. On comprend ainsi lorsqu'elle a été constituée conformément à la loi espagnole, à son siège social en territoire espagnol ou a le siège de sa direction effective sur territoire espagnol (art. 8). Toutefois, afin d'éviter la fraude fiscale, le paragraphe 2° art. 8 prévoit que l'administration peut présumer qu'une entité basée à un «paradis fiscale» a sa résidence en Espagne lorsque ses actifs principaux se trouvent en Espagne ou son activité principale est exercé ici.

**Abus de position dominante.-** En Espagne des plaintes ont été déposées contre Google devant la Commission Nationale des Marchés et de Concurrence motivées parce que cette entreprise avait refusé injustement de prêter des services de publicité online et que cela constitué un abus de position dominante (art. 2 Loi de Défense de la Concurrence 2007). Mais lesdites plaintes ont été classées parce que les conditions pour l'abus de position dominante n'étaient pas remplies (Dossiers S/0431/12 Google Adwords; S/0346/11 Google).

**Contrats d'adhésion.-** Les règles générales du Texte Refondu de la Loi des Consommateurs (TRLR) est applicable aux contrats d'adhésion conclus entre les fournisseurs des services d'internet et les internautes qui ont la condition de «consommateur» (droits du consommateur, clauses abusives, etc.) à condition que la loi espagnole soit applicable conformément aux règles de Droit international privé (art. 6 Règlement 593/2009 –Rome I-). Dans ce cas les règles spécifiques de la LSSI à propos des contrats électroniques seront aussi applicables; elles imposent certaines obligations d'information avant et après la conclusion du contrat (arts. 27 et 28). L'application du TRLR n'exige pas que le contrat soit onéreux. Il suffit qu'il soit conclu par un professionnel et un consommateur. Et on considère entrepreneur toute personne

---

<sup>5</sup> Il faudra par ailleurs que ces règles soient applicables conformément à son domaine territorial, déterminé, respectivement dans l'art. 2 LSSI et 2 LOPD.

<sup>6</sup> Lorsqu'il s'agit de contrats électroniques entre entrepreneurs le Règlement Rome I, permet aux parties de choisir la loi applicable au contrat (art. 3). En outre le Règlement Brussels I bis admet les conventions expresses attributives de juridiction à un autre for s'ils respectent certain exigences de forme (art. 25).

<sup>7</sup> Ces préceptes sont aussi applicables lorsque l'autre partie contractante n'est pas domiciliée dans un Etat Membre, *s'il exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur à son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats membres, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* (art. 17,1,c Règlement).

physique ou morale qui agit «avec un fin liée à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale» (art. 4).

### **III/ MONDIALISATION, INTERNET ET LES DIFFICULTÉS DE LA REPRESSION DES PRATIQUES ILLICITES**

**Lutte contre la pédopornographie et propos racistes.-** La nouvelle LO 1/2015 a modifié le C.p. dans le but d'augmenter la protection contre ces délits (typifiés aux arts. 189 et 510 C.p.) lorsque commis par un moyen d'internet. On sanctionne les personnes qui accèdent sciemment à pornographie infantile par le canal des technologies de l'information (art. 189 C.p.) et on habilite les tribunaux pour qu'ils puissent ordonner le retrait des pages web qui contiennent pornographie infantile ou bloquer l'accès à lesdites pages (art 189,6 C.p.). On a aussi typifié le comportement de la personne que contacte avec un mineur sur des moyens électroniques pour le convaincre a fin de lui fournir des images pornographiques (art. 183 ter C.p.). En ce qui concerne le délit d'incitation à la haine (racisme, xénophobie, etc.) la loi prévoit une aggravation de la peine s'ils sont commis sur internet (art. 510,3 C.p.).

**Possibilité de transfert de données aux autorités nationales.-** Dans le Droit espagnol cette possibilité existe. La LOPD (art. 11,2,d) prévoit que les données personnelles peuvent être communiquées sans le consentement de l'intéressé lorsqu'ils ont pour destinataire le Médiateur, le Ministère Public ou les Cours et les Tribunaux dans l'exercice des fonctions qui leur sont attribuées. En outre le transfert international est permet sans autorisation de la AEPD lorsqu'il est fait pour prêter ou demander une aide judiciaire (art. 34,b).

### **IV/MONDIALISATION, INTERNET ET LES NOUVELLES OPPORTUNITÉS**

**Jeux en ligne.-** La Loi 13/2011 de Réglementation des Jeux (LRJ) a réglementé en Espagne les jeux en ligne. La loi a établi un nouveau cadre juridique pour les activités d'exploitation et gestion des jeux en ligne au niveau de l'Etat et, particulièrement, pour les jeux pratiqués sur moyens électroniques, informatiques, télématiques et interactifs.

**Autorité compétente.-** La LRJ a crée un organisme de réglementation dépendant du Ministère de Finances (aujourd'hui la Direction Générale de Réglementation des Jeux, DGRJ) avec des pouvoirs au niveau des sanctions (sans préjudice des disputes entre joueurs et operateurs soumis aux tribunaux civils). La DGOJ a toutes les compétences nécessaires pour garantir l'intégrité, sécurité, fiabilité et transparence des opérations de jeux, aussi que pour le respect de la réglementation et des conditions fixées pour l'exploitation.

**Cadre.-** La LRJ ne règle pas les jeux présents ni ceux avec des fin uniquement publicitaires. Les loteries au niveau de l'Etat sont réservées pour certains operateurs désignés par la loi (Société de Loteries et Paries de L'Etat et Organisation Nationale des Aveugles Espagnols (ONCE); art.4).

Control.- La LRJ prévoit un système de licences pour pouvoir commercialiser des jeux en ligne sur le territoire espagnol; une licence général et une autre spéciale pour chaque type de jeux inclus dans la licence générale (arts. 9 à 11). Les opérateurs qui obtiennent une licence doivent fournir une garantie et mettre en place un site web avec un nom de domaine “es” pour la commercialisation des jeux (art. 10.4).

Droits des joueurs.- L’art 15.1 LRJ établie un catalogue des droits pour protéger les joueurs (*v.gr.* recevoir information vrai et claire sur les règles des jeux; percevoir les prix en temps et forme; connaître l’identité de l’opérateur et le montant qu’il a joué ou parié et, éventuellement, le solde de son compte; s’identifier d’une façon sûr; avoir un système sûr et claire des payements,...).

Jouer en toute sécurité.- Les opérateurs doivent promouvoir activités de jeux sûr et responsable (art. 8 LRJ). Ils ne peuvent pas accorder des prêts ni aucune autre forme de crédit ou assistance financière aux participants (art. 8.2). La LRJ prévoit qui ne peut pas participer aux jeux (*v.gr.* mineurs, incapacités en accord avec les règles civiles, personnes qui ont demandé de les interdire l’accès; sportifs et entraîneurs participant à l’activité dont les pariés sont faites,...; art. 6.2), ainsi que les exigences minimales des jeux et sa publicité (art. 7).

Prescriptions techniques.- Des prescriptions techniques minimales sont établies pour les équipes et systèmes des opérateurs (développées d’avantage dans le RD 1613/2011 et Annexe III Ordre 1995/2014). L’homologation des systèmes techniques est faite par la DGOJ (vid. Résolutions 6-10-2014).

Dans le secteur des jeux en ligne il est entendue que la LRJ a amélioré le panorama en établissant les standards de qualité et sécurité, mais opérateurs et joueurs se plaignent du fait qu’elle a fermé le marché (ils demandent au réglementaire un système de liquidités internationales surtout en ce qui concerne le poker) et qu’il soit soumis à une forte taxation.

**Crowdfunding**.- Il y a n’a pas en Espagne une réglementation générale de l’économie de collaboration qu’internet permet. Mais, il existe nonobstant une récente régulation du financement en masse pour obtenir des fonds pour un projet concret à travers d’une plateforme d’internet (Loi 5/2015 de Promotion du Financement des Entreprises; LFFE). Cette loi ne régule pas tous les types de crowdfunding mais seulement celles dont le participant espère obtenir une rémunération en numéraire de sa participation (prêts ou crowdlending et investissements dans des projets d’entreprise ou crowdinvesting). En dehors du cadre de la loi reste le crowdfunding sous forme de vente, donation et prêts sans intérêt (art. 46.2 LFFE).

PFP.- Le système s’articule à travers des plateformes de financement participatives (PFP) pour lesquelles des conditions d’autorisation et enregistrement auprès de la CNMV sont établis (art. 48) au même temps qui leur sont demandées les conditions de solvabilité (art. 56), organisation, honorabilité, compétences de ses gérants (art. 57) et sont obligés à contrôler ses comptes (art. 61). Pour assurer la neutralité des PFP des

normes de conduite sont prévus pour le cas de conflits d'intérêt (arts. 62 à 64). La LFFE interdit la possibilité d'offrir services comme le conseil financier (art. 52) qui rapprocherait les PFP à un autre type d'organes déjà réglementés et supervisés.

Atténuation des risques.- Lorsque l'investissement dans ces projets est risqué la loi établit des mesures pour atténuer ces risques. Par exemple, chaque promoteur ne peut avoir qu'un seul projet dans chaque PFP ; des limites à l'investissement maximal qu'un investisseur non accrédité (non professionnel) peut faire; obligations de renseignement (sur le fonctionnement des PFP, conditions financières, risques,...) pour que toute décision d'investissement soit volontaire, consciente et raisonnée. En ce qui concerne les prêts et, tenant compte que le promoteur (emprunteur) peut être un consommateur, la loi les protège en considérant la PFP un intermédiaire financier (art. 86).

Portée territoriale.- Les plateformes qui exercent leur activité sur le territoire espagnol sont soumis à la LFFE, ainsi que la participation à celles-ci des investisseurs et promoteurs (art.47). Un service ne sera pas considéré comme ayant lieu sur territoire espagnol lorsqu'un résident en Espagne participe de sa propre initiative, comme investisseur ou promoteur, dans une plateforme avec siège social à l'étranger.

**«Uberisation» de l'économie.-** Si, en Espagne on a réagi face à l'uberisation de l'économie généralement par des raisons de caractère administratif. Par exemple, en ce qui concerne le cas concret d'UBER, la Cour Commerciale n°2 de Madrid (9-12-2014) a estimé un écrit de l'Association des Taxis de Madrid que demandait l'adoption de mesures provisoires pour la cessation et interdiction de son service de transport de voyageurs en Espagne. La loi en Espagne demande une licence pour prêter un service de transport de voyageurs avec un véhicule personnelle et les conducteurs d'Uber ne l'avaient pas. Pour faire la mesure effective, la Cour (i) ordonnait la cessation et prohibition de la page web de support du service et tout autre support technologique pour prêter le service en Espagne; et (ii) demandait aux fournisseurs des services de l'information de suspendre la transmission, l'hébergement des données et l'accès aux réseaux de télécommunications du service et aux établissements de paiement de suspendre toute opération de paiement concernant ce service. L'adoption de ces mesures était justifié par la «fluidité du marché sur l'internet, la vélocité de communication de le système d'Uber, son emplacement dans un paradis fiscale et la difficulté d'y comparaitre» dont une action de concurrence déloyale pourrait prospérer (pour l'infraction des règles qui régulent une activité concurrentiel; art. 15.2 LCD). Alors, Uber s'est adaptée et le 30 mars 2016 a commencé à prêter à Madrid un nouveau service à travers la plateforme UberX connectant les usagers avec des conducteurs qui possèdent licences de transport de voyageurs.

En ce qui concerne le secteur hôtelier il y a n'a pas en Espagne une réglementation spécifique sur les agences de voyage on line (OTAs), ni sur relation avec le client (les règles générales de la LSSI, LDP, LDCU [contrats avec consommateurs, contrats à distance, voyage à forfait,...],...), ni sur le contrat entre les hôtels et les OTAs non plus. Bien que les affaires des OTAs aient été florissantes en Espagne, mais il y a eu

également des difficultés. Le fait de la non-disponibilité de chambres lorsque cette absence de disponibilité ne concerne que ce site web en particulier n'est pas arrivé aux tribunaux en Espagne (si en France) mais pourrait être sanctionné par la Loi sur la Concurrence Déloyale (arts. 7, 5.1.b), 27.3 et 23.4).

On a si réagit en ce qui concerne les locations on line, surtout d'ordre touristique, au détriment de l'activité des hôtels qui doivent supporter plus des exigences et des couts. Les locations de logements et de saison sont régis par la Loi de Locations Urbains et le CC; ces d'utilisation touristique par les régulations des Communautés Autonomes. Par exemple, à Madrid en 2014 on a régulé les appartements et logements d'utilisation touristique. Même si cette régulation ne porte pas sur les locations en ligne elle est motivée par le boom des contrats en ligne. Elle a l'avantage de régler les conditions d'utilisation et sécurité des logements et finir avec l'exercice illégal et la concurrence déloyale. Mais, de l'autre côté, elle a beaucoup touché le secteur en établissant (probablement à cause de la pression du secteur hôtelier) dans l'art. 17.3 une période minimale de 5 jours pour le louage des logements touristiques mettant ainsi fin aux locations de weekend.