

Célian Hirsch

L'accès aux données d'une procédure au regard de la LPD

Une tentative abusive de Pre-Trial Discovery ?

À travers une analyse de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, Célian Hirsch analyse diverses questions relatives au droit d'accès aux données en lien avec une procédure. Il délimite notamment l'application de la LPD lorsqu'une procédure est pendante et mentionne certaines restrictions du droit d'accès au regard de l'abus de droit et des notes internes. Enfin, l'auteur se penche sur l'actuelle révision de la LPD pendante devant les Chambres fédérales, avant de conclure avec quelques conseils généraux aux praticiens.

Catégories d'articles: Commentaires d'arrêts
Domaines juridiques: Protection des données

Proposition de citation: Célian Hirsch, L'accès aux données d'une procédure au regard de la LPD, in : Jusletter 17 septembre 2018

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018
 - 1. La clôture de la procédure pénale SV.13.1374 par le Ministère public de la Confédération
 - 2. La requête de consultation de dossier par la République démocratique du Congo
 - 3. Le recours au Tribunal administratif fédéral
 - 4. Le raisonnement retenu par le Tribunal administratif fédéral
 - a. Le champ d'application de la LPD dans le cadre de procédures judiciaires
 - b. L'objet du droit d'accès prévu par la LPD
 - i. L'art. 8 LPD : droit d'accès
 - ii. L'art. 19 LPD : communication de données personnelles
 - c. Le droit procédural de consulter le dossier (Akteneinsichtsrecht)
- III. Une analyse de la jurisprudence récente en lien avec le droit d'accès prévu par la LPD
 - 1. Le Pre-Trial Discovery et l'abus de droit dans la LPD
 - a. Introduction: la recherche d'éléments de preuve en droit suisse
 - b. L'ATF 138 III 425
 - c. Les suites de l'ATF 138 III 425
 - i. L'abus de droit admis restrictivement
 - ii. L'exclusion des notes internes du droit d'accès
 - d. L'application de la LPD en lien avec une procédure pendante, mais en dehors de celle-ci
 - i. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015
 - ii. Un bref commentaire de cet arrêt
 - 2. L'accès aux données d'une procédure pendante par un tiers non impliqué dans la procédure
 - a. Introduction
 - b. L'ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016
 - c. Un bref commentaire de cette jurisprudence
 - i. Une doctrine unanime reconnue par le Tribunal fédéral
 - ii. L'actuelle révision de la LPD ne modifie pas cette jurisprudence
 - 3. La communication par l'organe fédéral des données personnelles de tiers (art. 19 al. 1 let. d LPD)
 - a. En général
 - b. Les prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques
 - c. Une pesée des intérêts?
- IV. La révision de la LPD
 - 1. Le champ d'application de la LPD en lien avec des procédures devant des tribunaux
 - 2. La communication par un organe fédéral de données de tiers
 - 3. La personne morale exclue du P-LPD
- V. Conclusions

I. Introduction

[Rz 1] Le 14 octobre 2016, la République démocratique du Congo (RDC) a interjeté recours devant le Tribunal administratif fédéral afin d'obtenir l'accès au dossier d'une procédure pénale clôturée. La RDC, qui n'avait pas été partie à la procédure, a soutenu avoir le droit de consulter le dossier en application du droit d'accès prévu par la loi fédérale sur la protection des données (LPD) afin de pouvoir, par la suite, actionner civilement les prévenus. Le Tribunal administratif fédéral a

ainsi été amené à préciser (i) l'application de la LPD en lien avec une procédure judiciaire et (ii) le contenu du droit d'accès à un dossier judiciaire au regard de la LPD¹.

[Rz 2] À partir de l'arrêt susmentionné, ainsi que de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral², la présente contribution a pour but de préciser l'application du droit d'accès prévu par la LPD en lien avec la consultation d'un dossier d'une procédure.

[Rz 3] Nous commencerons par présenter l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018 (*infra* II). Nous en examinerons trois aspects distincts : (a) le champ d'application de la LPD en lien avec une procédure, (b) l'objet du droit d'accès prévu par la LPD et, brièvement, (c) le droit procédural de consulter un dossier clôturé.

[Rz 4] Nous couvrirons ensuite trois différents domaines en lien avec l'accès au dossier d'une procédure au regard de la jurisprudence actuelle (*infra* III): (1) le *Pre-Trial Discovery* et l'abus de droit dans la LPD, (2) l'accès aux données d'une procédure pendante par un tiers non impliqué dans la procédure et (3) la communication par l'organe fédéral des données personnelles de tiers (art. 19 al. 1 let. d LPD).

[Rz 5] Dans un troisième temps, nous aborderons les contours de l'actuelle révision de la loi sur la protection des données (*infra* IV). Nous examinerons en premier lieu 1) le champ d'application du projet de révision de la LPD (P-LPD) en relation avec les procédures judiciaires, puis nous mentionnerons brièvement (2) la question de la communication par un organe fédéral de données de tiers dans le P-LPD et, enfin, (3) nous critiquerons le projet d'exclure la personne morale du champ d'application de la future LPD.

[Rz 6] Enfin, nous terminerons avec un résumé des différentes conclusions auxquelles nous sommes parvenus tout au long de cette contribution. Nous soulignerons également l'aspect pratique de la LPD, dont le droit d'accès, lequel peut être exercé utilement avant d'entamer toute procédure judiciaire (*infra* V).

II. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018³

1. La clôture de la procédure pénale SV.13.1374 par le Ministère public de la Confédération

[Rz 7] Le 2 juin 2015, TRIAL International⁴ publie un article qui indique que le Ministère public de la Confédération a clôturé une procédure ouverte à l'encontre d'une société suisse, laquelle aurait raffiné de l'or pillé en République démocratique du Congo (RDC)⁵. Selon cet article, le

¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018.

² ATF 138 III 425 (cf. *infra* III.1.b) ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015 (cf. *infra* III. 1.d.i).

³ Cf. aussi HIRSCH CÉLIAN, L'accès au dossier d'une procédure pénale clôturée, in : LawInside.ch/610/ (tous les liens internet dans la présente contribution ont été consultés pour la dernière fois le 9 août 2018).

⁴ TRIAL International est une organisation non-gouvernementale qui lutte contre l'impunité des crimes internationaux et soutient les victimes dans leur quête de justice [<https://trialinternational.org/fr/qui-sommes-nous/>].

⁵ TRIAL International, Classement de l'affaire Argor: un encouragement à la politique de l'autruche.

in : TRIAL International, Communiqué de presse, 2 juin 2015 (modifié le 12 juillet 2017)

[<https://trialinternational.org/fr/latest-post/classement-de-laffaire-argor-un-encouragement-a-la-politique->

Ministère public de la Confédération aurait constaté que la société avait bien « raffiné près de trois tonnes d'or pillé par des rebelles congolais », mais qu'elle ne devait pas être tenue responsable car « il ne ressort[ait] pas (...) que les prévenus nourrissaient des doutes ou avaient décelé des indices de la provenance délictueuse de l'or »⁶.

2. La requête de consultation de dossier par la République démocratique du Congo

[Rz 8] Le 11 février 2016, la République démocratique du Congo requiert du Ministère public de la Confédération la consultation du dossier de la procédure pénale clôturée. Elle indique n'avoir pas été informée de cette procédure et n'avait donc pas pu se porter partie plaignante⁷; elle entend toutefois agir civilement afin d'obtenir une réparation du dommage subi⁸.

[Rz 9] Le 13 septembre 2016, le Ministère public de la Confédération refuse de donner suite à la requête de la République démocratique du Congo au motif qu'elle constitue un abus de droit. En effet, selon le Ministère public de la Confédération, le fait de se renseigner sur sa future partie adverse et, ainsi, se procurer des preuves qui n'auraient pas pu être obtenues autrement, c'est-à-dire une *fishing expedition*, est contraire au but de la LPD et constitue donc une utilisation abusive du droit d'accès prévu par la LPD⁹.

3. Le recours au Tribunal administratif fédéral

[Rz 10] Le 14 octobre 2016, la République démocratique du Congo dépose un recours auprès du Tribunal administratif fédéral en soutenant que, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰, une demande d'accès ne peut être considérée abusive uniquement en raison du fait qu'elle viserait une possible procédure civile contre des auteurs d'actes illicites¹¹.

[Rz 11] Dans sa réponse, le Ministère public de la Confédération soutient que le droit d'accès prévu à l'art. 8 LPD vise seulement les données personnelles de la requérante et non à celles des tiers sans leur accord. Or, l'accord de la société fait en l'espèce défaut. L'exception qui permet la communication des données de tiers sans leur consentement (art. 19 al. 1 let. d LPD) ne serait pas applicable puisque la République démocratique du Congo n'a pas rendu vraisemblable l'existence de prétentions juridiques à l'égard de la société¹².

de-lautruche] ; Ministère public de la Confédération, *Einstellungsverfügung* du 10 mars 2015 dans la procédure SV.13.1374-MUA.

⁶ *Ibidem.* ; pour une analyse critique de l'Ordonnance de classement du Ministère public de la Confédération du 10 mars 2015 dans la procédure SV.13.1374-MUA, cf. BUENO NICOLAS, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, État de la pratique suisse, in : PJA 2017 p. 1015 ss.

⁷ Concernant l'accès au dossier d'une procédure pénale par un État tiers au regard du CPP et de l'EIMP, cf. ATF 127 II 108 et, plus récemment, arrêt du Tribunal fédéral 1B_521/2017 du 14 mars 2018 ; cf. également LUDWICZAK MARIA, À la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, in : RPS 105 p. 295 ss.

⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, partie en fait A.

⁹ *Ibidem*, consid. B.

¹⁰ ATF 138 III 425 (cf. *infra* III.1.b).

¹¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. C.

¹² *Ibidem*.

4. Le raisonnement retenu par le Tribunal administratif fédéral

a. Le champ d'application de la LPD dans le cadre de procédures judiciaires

[Rz 12] L'art. 1 LPD prévoit que la LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. L'art. 2 al. 2 let. c LPD (champ d'application) dispose que la LPD ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance. Une procédure est dite « pendante » dès son introduction jusqu'à sa clôture. Cette exception à l'application de la LPD provient du fait qu'il existe un droit procédural qui permet aux parties de consulter le dossier (*Akteni-nischtsrecht*), lequel est par ailleurs distinct du droit d'accès prévu par la LPD (*Auskunftsrecht*). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral¹³, une application concurrente de la LPD aux droits procéduraux « contreviendrait au principe de la sécurité du droit, aurait pour conséquence un conflit de lois et retarderait inutilement les procédures »¹⁴.

[Rz 13] En procédure pénale, l'art. 99 al. 1 du Code de procédure pénale (CPP) prévoit expressément que, après la clôture de la procédure, le traitement des données, la procédure et les voies de droit sont régis par les dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données. Une procédure close par une ordonnance de classement peut toutefois être reprise aux conditions prévues par l'art. 323 CPP jusqu'à la prescription de l'infraction en cause ; est-elle pour autant encore pendante? Le Tribunal administratif fédéral répond par la négative et considère que l'accès au dossier pénal s'effectue selon la LPD dès que la procédure a abouti à une conclusion juridiquement contraignante, ce qui est le cas pour une ordonnance de classement¹⁵. Dès lors, la procédure pénale n'est plus pendante et l'exception prévue par l'art. 2 al. 2 let. c LPD ne s'applique pas.

[Rz 14] Dans un *obiter dictum*, le Tribunal administratif fédéral rappelle que, selon sa jurisprudence, le tiers non impliqué dans une procédure peut, en tout état, se prévaloir de l'art. 8 LPD pour accéder à ses propres données personnelles « dans le cadre d'une procédure *pendante* non-obstant la disposition dérogatoire de l'art. 2 al. 2 let. c LPD »¹⁶. Nous y reviendrons par la suite¹⁷.

[Rz 15] Dès lors que le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que la LPD trouve application, il convient d'examiner le droit d'accès invoqué par la RDC.

b. L'objet du droit d'accès prévu par la LPD

i. L'art. 8 LPD : droit d'accès

[Rz 16] L'art. 8 al. 1 LPD, traitant du droit d'accès, prévoit que toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. L'art. 8 al. 2 let. a LPD précise que le maître du fichier doit communiquer à la requérante toutes les données la concernant. Cela exclut donc les données concernant les tiers. Ainsi, l'*Auskunftsrecht* prévu par la LPD est plus étroit que

¹³ ATF 138 III 425 (cf. *infra* III.1.b).

¹⁴ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.1.2.

¹⁵ *Ibidem*, consid. 3.1.3.

¹⁶ *Ibidem*, consid. 3.1.4.

¹⁷ Cf. *infra* III.2.

l'*Akteneinischtsrecht* puisque le premier ne permet pas de consulter toutes les pièces du dossier, mais seulement d'avoir accès à ses propres données¹⁸.

[Rz 17] Bien que le droit d'accès prévu à l'art. 8 LPD ne soit pas conditionné à l'existence d'un intérêt particulier, il peut toutefois être refusé lorsqu'il constitue un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 du Code civil (CC). Un tel abus de droit est notamment reconnu lorsqu'un droit est utilisé dans un but contraire au but légal, notamment « dans le but exclusif d'espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles à une partie »¹⁹. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'accès de l'art. 8 LPD n'est pas destiné à faciliter les preuves ou à interférer dans le droit de la procédure civile²⁰. Après avoir rappelé la teneur de l'ATF 138 III 425 (cf. *infra* III.1. b), le Tribunal administratif fédéral souligne que l'abus de droit en lien avec le droit d'accès prévu avec la LPD ne doit être admis « qu'avec beaucoup de retenue »²¹. Nous y reviendrons également²².

[Rz 18] En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral ne tranche pas explicitement la question de l'abus de droit invoqué par le Ministère public de la Confédération. En effet, il considère que, en tout état, le droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD ne permet à la RDC d'accéder qu'à ses propres données et non de consulter le dossier pénal qui contient des données de tiers²³.

[Rz 19] Dès lors que le droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD ne permet pas à la RDC de consulter le dossier pénal, le Tribunal administratif fédéral examine l'application de l'art. 19 LPD afin de déterminer si la RDC peut avoir accès à des données de tiers.

ii. L'art. 19 LPD : communication de données personnelles

[Rz 20] L'art. 19 al. 1 let. d LPD (communication de données personnelles) prévoit que les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que si le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer.

[Rz 21] Selon la RDC, cette disposition s'applique au cas d'espèce : elle serait en effet « destinataire » puisqu'elle s'adresse à un organe fédéral (le Ministère public de la Confédération) afin d'avoir accès à des données au sujet d'une « personne concernée » (les prévenus) qui s'oppose à la communication uniquement dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques.

[Rz 22] Le Tribunal administratif fédéral se réfère au Message du Conseil fédéral, lequel souligne que l'organe fédéral peut renoncer à prendre l'avis de la personne concernée lorsque « des inté-

¹⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.2.2.

¹⁹ *Ibidem.* consid. 3.3.2.

²⁰ ATF 138 III 425, consid. 5.5 (cf. *infra* III. 1.b); arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.3.2.

²¹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.3.3.

²² Cf. *infra* III.1.

²³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 4.1.2.

rêts légitimes de tiers risquent d'être compromis »²⁴. Il faudra dès lors procéder à une pesée des intérêts en présence afin de prendre en compte les intérêts de la personne concernée²⁵.

[Rz 23] De plus, s'il s'agit de données sensibles, dont font partie les données personnelles sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 let. c LPD), l'art. 12 al. 2 let. c LPD soumet leur communication à l'existence de motifs justificatifs, à savoir le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou la loi (art. 13 al. 1 LPD).

[Rz 24] En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral souligne qu'il est délicat de déterminer si la requête constitue effectivement une *fishing expedition*, ce que prétend le Ministère public de la Confédération; il ne tranche toutefois pas cette question. En effet, selon le Tribunal administratif fédéral, la RDC « n'a rendu vraisemblable ni le fait qu'elle dispose de prétentions juridiques à [l'égard des personnes prévenues] ni celui qu'elles ne refuseraient leur consentement ou ne s'opposeraient à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de ces éventuelles prétentions juridiques »²⁶.

[Rz 25] De plus, selon le Tribunal administratif fédéral, les informations que la RDC cherche à connaître « constituent visiblement des données sensibles (...) si bien que leur communication est soumise (sic) à des conditions strictes »²⁷.

[Rz 26] Dès lors, le Tribunal administratif fédéral confirme la décision attaquée quant au rejet de la consultation du dossier pénal par le biais de la LPD. Dans un second temps, il se penche sur le droit procédural de consulter le dossier (*Akteneinsichtsrecht*) découlant de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.) Nous examinerons brièvement cet aspect ci-dessous.

c. Le droit procédural de consulter le dossier (*Akteneinsichtsrecht*)

[Rz 27] La jurisprudence découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. a reconnu que le droit de consulter le dossier pouvait également être invoqué en dehors d'une procédure pendante lorsque le requérant rend vraisemblable un intérêt digne de protection; tel est le cas si le requérant peut justifier d'une proximité particulière avec la cause, notamment s'il s'agit de clarifier les chances de succès d'un procès en dommages-intérêts²⁸. En tout état de cause, l'autorité devra toutefois procéder à une pesée des intérêts en présence²⁹.

[Rz 28] En l'espèce, la RDC a manifestement un lien particulier avec la cause et peut donc se prévaloir de l'art. 29 al. 2 Cst., pour autant que d'autres intérêts prépondérants ne s'y opposent pas. Étant donné que le Ministère public de la Confédération ne s'est pas prononcé sur l'application de cette disposition, le Tribunal administratif fédéral admet le recours et lui renvoie la cause³⁰.

²⁴ Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 412, p. 477 (cité ci-après : « Message 1988 »).

²⁵ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.4.3.

²⁶ *Ibidem*, consid.4.2.2.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, consid. 5.2.1.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, consid. 5.3.

[Rz 29] Cet aspect sortant du champ de la présente contribution, nous n'y reviendrons pas par la suite³¹.

III. Une analyse de la jurisprudence récente en lien avec le droit d'accès prévu par la LPD

[Rz 30] L'arrêt commenté ci-dessus³² soulève plusieurs questions délicates quant à l'application de la LPD en lien avec une procédure, pendante ou close, lorsque le requérant veut introduire, par la suite, une nouvelle procédure. Nous commencerons par rappeler la jurisprudence quant au droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD ainsi que ses limites en raison de l'interdiction de l'abus de droit (*infra* 1). Nous développerons ensuite la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral selon laquelle le tiers non impliqué dans une procédure peut se prévaloir de l'art. 8 LPD pour accéder à ses propres données personnelles « dans le cadre d'une procédure *pendante* nonobstant la disposition dérogatoire de l'art. 2 al. 2 let. c LPD »³³ (*infra* 2). Enfin, nous nous pencherons sur la portée de la communication par l'organe fédéral des données personnelles de tiers (art. 19 al. 1 let. d LPD) afin de préciser les limites de son application (*infra* 3).

1. Le Pre-Trial Discovery et l'abus de droit dans la LPD

a. Introduction: la recherche d'éléments de preuve en droit suisse

[Rz 31] Avant d'intenter un procès civil contre une partie adverse, le demandeur doit s'être procuré diverses preuves afin de pouvoir prouver ses allégations. Cette recherche de preuve peut s'avérer particulièrement difficile, notamment lorsqu'il existe une asymétrie d'information entre les parties.

[Rz 32] Pour parer à ce problème, il existe, dans les ordres juridiques appliquant la *Common Law*, une procédure dite de « *Pre-Trial Discovery* » dans laquelle chaque partie a l'obligation de communiquer à son adversaire toute information pertinente pour le litige³⁴. Cette procédure n'existe toutefois pas en droit suisse bien que certaines dispositions légales (notamment l'art. 400 du Code des obligations (CO) et l'art. 8 LPD) permettent dans les faits d'approcher du même résultat que dans la procédure de « *Pre-Trial Discovery* »³⁵.

[Rz 33] Dans un contrat de mandat, l'art. 400 al. 1 CO oblige le mandataire à restituer au mandant « tout ce qu'il a reçu de ce chef [sa gestion], à quelque titre que ce soit ». Le devoir de restituer vise

³¹ Nous pouvons toutefois renvoyer nos lecteurs vers l'arrêt mentionné par le Tribunal administratif fédéral : ATF 129 I 249.

³² Cf. *supra* II.

³³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.1.4.

³⁴ FISCHER PHILIPP/RICHA ALEXANDRE, U.S. pretrial discovery on Swiss soil, *Bibliothek zur Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Beiheft 49, Bâle 2010 ; VON BURG JOHANNA, L'exécution fidèle: le devoir de discrétion/le secret bancaire du négociant, *in* : Bizzozero et al. (édit), *Le mandat de gestion de fortune*, 2^e éd., Zurich 2017, p. 341.

³⁵ REINLE MICHAEL, « Auskunft über WEKO-Sanktionsverfügung » - Bundesverwaltungsgericht vom 30. November 2016, *in* : *sic!* 2017 p. 380 ; PHILIPP FISCHER précise que « même si les dispositions de la LPD (ainsi que l'article 400 CO) permettent la recherche de moyens de preuves en amont d'une procédure civile, le cadre légal suisse est heureusement encore loin de prévoir un système aussi invasif que la *pretrial discovery* d'inspiration anglo-saxonne » (FISCHER PHILIPP, *Action en reddition de compte : Une nouvelle arme, la LPD?*, publié le 20 juin 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/821/>) ».

notamment les documents concernant les actes en lien avec l'exécution du mandat (par exemple la correspondance)³⁶. Cette norme permet dès lors d'obtenir de nombreux documents de la part de sa future partie adverse.

[Rz 34] En l'absence d'un contrat de mandat, par exemple dans le cas d'un ayant droit économique qui n'est pas titulaire du compte bancaire³⁷, le droit d'accès prévu par la LPD permet à tout requérant d'obtenir de la part d'un détenteur les documents qui contiennent ses données personnelles. Dans l'ATF 138 III 425, analysé ci-dessous, deux clients d'une banque ont précisément invoqué la LPD afin d'avoir accès à toutes leurs données personnelles détenues par la banque. Le Tribunal fédéral a ainsi été amené à préciser l'application de la LPD lorsqu'une partie tente d'obtenir des renseignements de la part d'une autre partie, ainsi que l'application de l'interdiction d'abus de droit en lien avec l'exercice du droit d'accès prévu par la LPD. Cet arrêt mérite d'être développé ci-dessous (*infra* b). Nous analyserons ensuite la portée de l'ATF 138 III 425 (*infra* c), à savoir l'application restrictive de l'abus de droit quant au droit d'accès (*infra* c.i), ainsi que la portée du droit d'accès quant aux notes internes (*infra* c.ii).

[Rz 35] Des éléments de preuves peuvent également se trouver en possession de tiers, et non de la (future) partie adverse. Bien que ces tiers puissent être soumis à l'obligation de collaborer et doivent ainsi témoigner ou produire les titres requis (art. 160 du Code de procédure civile [CPC]), il est préférable pour une partie d'avoir accès à ces éléments de preuve en amont de tout procès. Il est ainsi opportun d'exercer son droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD avant d'entamer toute procédure. Si le requérant dépose d'abord une action au fond avant de déposer une requête fondée sur la LPD, l'exception prévue par l'art. 2 al. 2 let. c LPD peut trouver application. Nous présenterons un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel ce sujet précis a été examiné (*infra* d).

b. L'ATF 138 III 425

[Rz 36] Deux clients déposent une action contre leur banque auprès du *Bezirksgericht* de Zurich afin que cette dernière soit obligée de leur communiquer toutes les données personnelles qu'elle détient à leur sujet en application de l'art. 8 LPD³⁸.

[Rz 37] Le *Bezirksgericht* rejette l'action au motif que les demandeurs invoquent la LPD ; ceci non pas au titre d'une violation de leur droit de la personnalité, mais en raison de leur intérêt à récolter des preuves en vue d'une procédure civile. Or, selon le *Bezirksgericht*, cette requête contreviendrait au but poursuivi par l'art. 8 LPD³⁹.

[Rz 38] Suite à l'appel des demandeurs, l'*Obergericht* de Zurich admet la requête à l'exception des notes internes à usage personnel du conseiller de la banque. L'*Obergericht* considère en effet que le droit d'accès prévu par la LPD n'a pas besoin d'être motivé par des raisons de protection des données. La banque n'ayant pas d'intérêt propre prépondérant, sauf pour les notes internes, l'*Obergericht* admet la requête des clients⁴⁰.

³⁶ MEREGALLI DO DUC SAMANTHA, L'obligation de restituer, in : Bizzozero et al. (édit), Le mandat de gestion de fortune, 2^e éd., Zurich 2017, p. 373.

³⁷ MEREGALLI DO DUC SAMANTHA souligne que, en matière bancaire, « l'importance de l'art. 8 LPD n'est pas à sous-estimer » (*Ibidem*, p. 372).

³⁸ ATF 138 III 425, consid. A.

³⁹ *Ibidem*, consid. B.

⁴⁰ *Ibidem* ; arrêt du 1^{er} octobre 2011 de l'*Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer*, LB100078.

[Rz 39] Sur recours de la banque, le Tribunal fédéral rejette en premier lieu l'argument de la banque qui affirme que la LPD n'est pas applicable car il s'agirait d'une « procédure pendante » aux termes de l'art. 2 al. 2 let. c LPD⁴¹. En effet, aucune autre procédure civile n'est encore pendante à ce stade et cette notion ne doit pas non plus être interprétée de manière extensive⁴².

[Rz 40] Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral se penche sur l'argument de la banque qui soutient que l'exercice par ses clients du droit d'accès prévu par la LPD constituerait un abus de droit. Selon la banque, la demande vise exclusivement un accès à des preuves afin de soutenir une action en dommage-intérêts et serait donc étrangère à la protection des données⁴³.

[Rz 41] L'art. 2 al. 2 CC prévoit que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce. Un abus de droit est notamment retenu lorsqu'un droit est utilisé dans un but contraire au but légal, pour protéger des intérêts que la loi ne veut pas protéger⁴⁴. Il convient dès lors de se pencher sur le but de la LPD et plus particulièrement du droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD.

[Rz 42] Le droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD est en premier lieu une institution qui met en œuvre la protection de la personnalité. Ce droit permet au requérant de contrôler la collecte des données effectuée par un tiers afin de vérifier si les dispositions sur la protection des données sont respectées⁴⁵.

[Rz 43] En principe, le droit d'accès peut être exercé sans qu'une preuve d'un quelconque intérêt doive être apportée. Toutefois, la motivation de la demande d'accès peut jouer un rôle pour décider d'un éventuel abus de droit⁴⁶.

[Rz 44] Le Tribunal fédéral donne ainsi les exemples d'abus de droit suivants:

1. lorsque le droit d'accès a pour but d'économiser des frais qui doivent en principe être payés pour obtenir les données visées;
2. lorsque la demande est dépourvue de tout intérêt véritable aux données, le droit d'accès n'étant utilisé que pour nuire au débiteur du droit d'accès;
3. lorsque le droit d'accès vise le but exclusif d'espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles⁴⁷.

[Rz 45] Le Tribunal fédéral justifie ce dernier exemple au motif que le droit d'accès de l'art. 8 LPD n'est pas destiné à faciliter la récolte de preuves ou à interférer dans le droit de procédure civile⁴⁸. C'est précisément cet argument que la banque a invoqué dans le cas d'espèce⁴⁹.

[Rz 46] En l'espèce, il n'a pas été constaté que les clients ont requis des documents qu'ils ne pouvaient pas se procurer dans une procédure civile. Même si le droit d'accès avait pour but de préparer un procès en dommages-intérêts, une telle requête ne serait pas encore en soi abusive.

⁴¹ Cf. art. 2 al. 3 P-LPD, analysé ci-dessous, lequel abandonne la notion de procédure « pendante » (cf. *infra* IV.1).

⁴² ATF 138 III 425, consid. 4.3.

⁴³ *Ibidem*, consid. 5.1.

⁴⁴ *Ibidem*, consid. 5.2.

⁴⁵ *Ibidem*, consid. 5.3.

⁴⁶ *Ibidem*, consid. 5.5.

⁴⁷ *Ibidem*, consid. 5.5 ; cf. art. 160 ss du Code de procédure civile (CPC; RS 272) du 19 décembre 2008 sur l'obligation et le droit de refuser de collaborer des parties en procédure civile.

⁴⁸ ATF 138 III 425, consid. 5.5.

⁴⁹ *Ibidem*, consid. 5.6.

Or, il appartenait à la banque de prouver les faits relatifs à l'abus de droit, ce qu'elle n'a pas fait. Dès lors, le Tribunal fédéral en conclut que la requête des clients n'est pas abusive⁵⁰.

[Rz 47] Dans un troisième temps, le Tribunal fédéral analyse la question de la restriction du droit d'accès au sens de l'art. 9 LPD. En l'espèce, la banque n'a pas démontré que les clients voulaient se procurer un avantage qui n'est pas prévu par la procédure civile, ni qu'ils ont intenté une *fishing expedition* interdite. Dès lors, la banque ne dispose pas d'intérêt prépondérant qui s'oppose à la communication des données personnelles⁵¹. Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours de la banque.

c. Les suites de l'ATF 138 III 425

i. L'abus de droit admis restrictivement

[Rz 48] Selon FUHRER, l'argumentation du Tribunal fédéral est convaincante, mais cette jurisprudence a pour effet de restreindre l'application de l'abus de droit lors d'une requête d'accès aux données au sens de la LPD. En effet, il suffira que le requérant invoque le fait de vouloir vérifier l'exactitude de ses données personnelles et la partie adverse ne pourra que difficilement prouver l'abus de droit⁵². MAJOR constate également que « l'abus de droit n'est pas aisément admis par le Tribunal fédéral et qu'une partie peut demander l'accès à des documents constituant de futures preuves en vue d'une éventuelle action »⁵³.

[Rz 49] Le Tribunal administratif fédéral a également repris cette jurisprudence pour en conclure « qu'une situation d'abus de droit au titre de l'art. 8 LPD ne peut être retenue qu'avec beaucoup de retenue »⁵⁴.

[Rz 50] Dès lors, étant donné l'application restrictive de l'abus de droit en matière de droit d'accès prévu par la LPD, « le droit d'accès reste donc *envisageable même pour obtenir des moyens de preuve* pour un potentiel litige à venir, *sauf* s'il s'agit d'un *abus manifeste* parce que la demande vise un *but exclusivement étranger à la LPD* »⁵⁵.

[Rz 51] Dans un arrêt postérieur, soit l'ATF 141 III 119⁵⁶, le Tribunal fédéral a pu confirmer sa jurisprudence rendue dans l'ATF 138 III 425. Contrairement au premier arrêt, il s'agissait cette fois d'employés d'une banque, et non de clients. Le Tribunal fédéral a ainsi pu préciser que « la requête de l'employé visant à obtenir les données le concernant en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts contre le maître du fichier n'est (...), en soi, pas abusive »⁵⁷.

[Rz 52] Partant, cette jurisprudence, qui nie l'existence d'un abus de droit lorsque le requérant veut tenter par la suite une action contre le débiteur du droit d'accès, semble désormais bien

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, consid. 6.4.

⁵² FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, in : REAS 2013, p. 141.

⁵³ MAJOR MARIE, Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel, in : Panorama III en droit du travail, Recueil d'études réalisées par les praticiens, Wyler Rémi (édit.), Berne 2017, p. 839.

⁵⁴ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.3.3.

⁵⁵ BENHAMOU YANIV/BRAIDI GUILLAUME/NUSSBAUMER ARNAUD, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, PJA 2017 1302, p. 1314.

⁵⁶ Pour un résumé de cet arrêt, cf. SCHÜRCH SIMONE, Les données d'employés d'une banque transmises aux autorités américaines, in : LawInside.ch/14/.

⁵⁷ ATF 141 III 119, consid. 7.1.1.

ancrée dans la pratique judiciaire. Il sera dès lors particulièrement difficile aux débiteurs du droit d'accès de refuser une requête en réussissant à prouver l'existence d'un abus de droit de la part du requérant.

ii. L'exclusion des notes internes du droit d'accès

[Rz 53] La question de l'exclusion des notes internes du droit d'accès prévu par la LPD est d'une grande importance pratique. En effet, les notes purement internes ne tombent pas sous l'action en reddition de compte de l'art. 400 CO⁵⁸. Se pose dès lors la question de savoir si ces notes purement internes qui ne peuvent être obtenues à l'aide de l'action en reddition de compte tombent sous le coup du droit d'accès prévu par la LPD. Étant donné que le but de l'art. 400 CO diffère de celui de la LPD, il n'est pas inconcevable, selon nous, que certains documents doivent être remis en vertu de l'art. 8 LPD quand bien même ils sont exclus du champ d'application de l'art. 400 CO. Dès lors que cette question dépasse largement le but et le champ de la présente contribution, nous n'y consacrons que quelques lignes.

[Rz 54] L'art. 2 al. 2 let. a LPD prévoit que la LPD ne s'applique pas aux données personnelles qu'une personne physique traite pour un usage exclusivement personnel et qu'elle ne communique pas à des tiers. Afin de délimiter les limites du droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD, il convient de bien distinguer les deux étapes du raisonnement:

1. l'objet du droit d'accès du requérant comprend-il les notes internes ou l'exception prévue par l'art. 2 al. 2 let. a LPD (données pour un usage exclusivement personnel) trouve-t-elle application? Le cas échéant, dans quelle mesure?
2. le droit d'accès peut-il être restreint au sens de l'art. 9 LPD ?

[Rz 55] La seconde question étant trop large pour être développée dans la présente contribution, nous évoquerons ci-dessous uniquement la première question susmentionnée.

[Rz 56] MATTHEY, en se référant au Message du Conseil fédéral de 1988, semble retenir une notion large des notes internes soumises à l'art. 8 LPD en affirmant que « seules les notes internes établies par le gestionnaire et réservées à son usage personnel ne sont pas soumises au droit d'accès »⁵⁹. Le Conseil fédéral a en effet précisé, dans son Message de 1988, que « ne tombent pas non plus sous le coup de cette loi [la LPD] les notes que tout un chacun est amené à prendre dans l'exercice de sa profession à titre de pense-bête, du moment qu'il n'en fait qu'un usage personnel »⁶⁰.

[Rz 57] Dans l'ATF 138 III 425 analysé ci-dessus⁶¹, le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur la limitation du droit d'accès retenue par le Tribunal cantonal qui a exclu les notes internes à

⁵⁸ Selon MEREGALLI DO DUC, ne fait en principe pas objet d'une reddition de compte « tout document interne à la banque, comme les notes personnelles d'un collaborateur, procès-verbaux relatifs aux entretiens, conférences téléphoniques, ou réunions, les directives internes » (MEREGALLI DO DUC SAMANTHA, L'obligation de rendre compte, *in* : Bizzozero et al. (édit), Le mandat de gestion de fortune, 2^e éd., Zurich 2017, p. 360) ; MEREGALLI DO DUC semble admettre que cette liste peut être en réalité trop large en raison de l'ATF 139 III 49 dans lequel le Tribunal fédéral opère une distinction entre les « documents purement internes », par exemple des projets de contrat qui n'ont jamais été envoyés, et les « autres documents internes » (ATF 139 III 49, consid. 4.1.3 ; *in* : JdT 2014 II 217). Le Tribunal fédéral considère notamment que « les relevés et les protocoles de conversations téléphoniques ne constituent pas des documents internes comme des notes dans un dossier qui contient des opinions exprimées ou des idées en vue d'un dialogue » (ATF 139 III 49, consid. 4.2.2 ; *in* : JdT 2014 II 217).

⁵⁹ MATTHEY SYLVAIN, Know Your Customer: Quo Vadis?, *in* : RSDA 2016 p. 134.

⁶⁰ Conseil fédéral, Message 1988, note 24, FF 1988 II 412, p. 449.

⁶¹ Cf. *infra* III.1.b.

usage personnel du conseiller de la banque⁶², faute de recours des clients⁶³. FUHRER semble tout de même critiquer cette limitation au motif que ces notes ne se limitent probablement pas à un usage exclusivement personnel du conseiller au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LPD mais qu'il les partage probablement avec ses collègues⁶⁴.

[Rz 58] Cette dernière critique ne nous semble pas convaincante. En effet, le Tribunal fédéral ne se réfère pas dans son arrêt à l'art. 2 al. 2 let. a LPD lorsqu'il invoque la question des notes internes, mais aux intérêts prépondérants de la banque⁶⁵. De plus, il n'est pas évident qu'à l'art. 2 al. 2 let. a LPD puisse s'appliquer en faveur d'une banque puisque cette disposition ne vise que les personnes physiques⁶⁶.

[Rz 59] Dans l'arrêt cantonal, l'*Obergericht* de Zurich n'avait pas non plus procédé à une analyse approfondie de cette question puisque les demandeurs ont reconnu qu'ils n'avaient pas droit aux notes destinées à un usage exclusivement personnel⁶⁷. L'*Obergericht* n'est toutefois, selon nous, pas clair dans son raisonnement lorsqu'il exclut les notes internes du droit d'accès puisqu'il se réfère expressément aux intérêts prépondérants de la banque⁶⁸. Le raisonnement en deux étapes susmentionné semble n'avoir pas été respecté par l'*Obergericht* : les notes internes étaient-elles exclues du droit d'accès en raison de l'art. 2 al. 2 let. a LPD ou bien les intérêts prépondérants de la banque s'opposaient-ils à leur communication? Tant l'arrêt cantonal que l'arrêt fédéral ne permettent pas, selon nous, de répondre clairement à cette question.

[Rz 60] Partant, il convient, selon nous, de bien distinguer les deux étapes du raisonnement susmentionné afin de pouvoir défendre au mieux les intérêts de son client, qu'il soit créancier ou débiteur du droit d'accès.

d. L'application de la LPD en lien avec une procédure pendante, mais en dehors de celle-ci

[Rz 61] Dans l'arrêt 4A_188/2015 du 31 août 2015, le Tribunal fédéral s'est penché sur le droit de rectification invoqué par un assuré contre un tiers alors qu'une procédure civile connexe était pendante. Nous présenterons d'abord l'arrêt (*infra* i) avant de brièvement le commenter (*infra* ii).

⁶² Arrêt du 1^{er} octobre 2011 de l'*Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer*, LB100078, consid. 4.c.ée.

⁶³ FUHRER STEPHAN, note 52, p. 141.

⁶⁴ FUHRER STEPHAN, note 52, p. 141.

⁶⁵ ATF 138 III 425, consid. 6.2.

⁶⁶ Art. 2 al. 2 let. a LPD *in fine* ; cf. également MAJOR MARIE, note 53, p. 296, selon laquelle « les documents pouvant être qualifiés d'internes » à une personne morale ou de « confidentiels » (p. ex. un échange d'emails au sujet d'un collaborateur entre un supérieur hiérarchique et le responsable des ressources humaines), ne sont pas concernés par cette disposition mais peuvent faire l'objet d'un refus d'accès selon l'article 9 LPD » ; cf. également GNEHM qui soutient une interprétation restrictive de cette disposition dans le domaine professionnel (GNEHM OLIVIER, *Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, in : Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes / La mise en oeuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, Epiney Astrid/Nüesch Daniel (édit.), Zurich 2015, p. 89 s.) ; *contra* arrêt du *Bezirksgericht* de Zurich du 2 février 2015 (arrêt non publié et entré en force) cité et commenté par ROSENTHAL DAVID, *Droit privé / Entwicklungen im privaten Datenschutrecht* (April 2013 bis März 2015), *in : Aktuelle Anwaltspraxis - La pratique de l'avocat 2015*, Hari Olivier/Riske Olivier (édit.), Berne 2015, p. 603 ss ; selon l'exposé de ROSENTHAL DAVID, le *Bezirksgericht* retient que la banque a refusé à juste titre de donner accès à ses notes internes, tant en application de l'art. 2 al. 2 let. a LPD qu'en raison de l'existence de ses intérêts prépondérants : le conseiller de la banque doit être libre de produire sans peur des notes pour une utilisation exclusivement personnelle ; de plus, la banque a un intérêt prépondérant à exclure du droit d'accès les documents qui lui ont servi à se forger son opinion (ROSENTHAL DAVID, note 66, p. 604).

⁶⁷ Arrêt du 1^{er} octobre 2011 de l'*Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer*, LB100078, consid. 4.c.ée.

⁶⁸ *Ibidem*, consid. 4.c. ff.

i. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015

[Rz 62] Un assuré est observé par un tiers sous mandat de l'Administration de sécurité sociale du canton d'Argovie. Suite au rapport d'observation rendu par ce tiers⁶⁹, l'Office AI abroge la rente AI de l'assuré, décision qui est confirmée par l'instance judiciaire cantonale et par le Tribunal fédéral⁷⁰.

[Rz 63] L'assuré actionne alors le tiers qui a rédigé le rapport d'observation afin de faire rectifier ses données figurant dans le rapport d'observation (art. 15 al. 1 LPD) et, subsidiairement, de mentionner leur caractère litigieux (art. 15 al. 2 LPD). Quelques jours plus tard, l'assuré dépose une action partielle contre l'assurance en faisant valoir des prétentions à hauteur de CHF 30'000.-⁷¹.

[Rz 64] En première instance, l'action en rectification contre le tiers est déclarée irrecevable. Suite au rejet de son appel, l'assuré saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile. La procédure au fond contre l'assurance est encore pendante lorsque le Tribunal fédéral rend son arrêt⁷².

[Rz 65] Le Tribunal fédéral est ainsi amené à clarifier si la LPD trouve application lorsqu'une procédure est pendante mais en dehors de celle-ci (art. 2 al. 2 let. c LPD)⁷³. En effet, bien qu'il n'y ait pas de procédure pendante entre l'assuré et le tiers, une procédure est alors bel et bien pendante entre l'assuré et l'assurance.

[Rz 66] Le Tribunal fédéral souligne l'importance du but de la loi afin de trancher cette question et rappelle que la LPD ne devrait pas améliorer l'acquisition de preuves par une partie⁷⁴. L'art. 2 al. 2 let. c LPD a pour but d'éviter un conflit de normes : la LPD ne doit ainsi pas avoir pour effet d'influencer le déroulement d'une procédure judiciaire. Dès lors, l'application de la LPD en dehors d'une procédure pendante, mais en relation avec une appréciation des moyens de preuves dans une procédure, aurait comme conséquence un conflit de norme, ce que le législateur a précisément voulu éviter à l'aide de l'art. 2 al. 2 let. c LPD⁷⁵.

[Rz 67] En l'espèce, l'assuré a comme objectif, à l'aide de cette procédure contre le tiers, de modifier le rapport d'observation afin que certains passages soient formulés différemment (sous une forme diluée), subsidiairement qu'il soit mentionné leur caractère litigieux. L'assuré vise ainsi à modifier l'appréciation de cette preuve dans sa procédure contre l'assurance. Le Tribunal fédéral en conclut que l'assuré ne dispose pas de prétention indépendante à faire rectifier ses données ou à inscrire leur caractère litigieux selon l'art. 15 LPD. Partant, le recours est rejeté⁷⁶.

[Rz 68] Le Tribunal fédéral ne s'arrête toutefois pas à cette étape de son raisonnement et considère que, même si la LPD devait être applicable, le recours de l'assuré serait tout de même rejeté. En effet, l'assuré peut contester le contenu du rapport d'observation dans la procédure contre

⁶⁹ Pour une analyse de la licéité et de l'exploitabilité des observations effectuées par les assurances, cf. HIRSCH CÉLIAN, Les observations illicites sont-elles exploitables ?, in : Jusletter 19 février 2018 ; cf. également les nouveaux art. 43a et 43b LPGA adoptés en mars 2018 par le Parlement (FF 2018 1469) et combattus par référendum (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-71651.html>).

⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015, consid. A.a.

⁷¹ *Ibidem*, consid. A.b.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, consid. 3.

⁷⁴ *Ibidem*, consid. 3.2.1.

⁷⁵ *Ibidem*, consid. 3.2.2.

⁷⁶ *Ibidem*.

l'assurance. Il peut également proposer le témoignage du tiers, lequel sera effectué sous la menace pénale du faux témoignage (art. 307 du Code pénal [CP]). Dès lors, l'assuré ne dispose pas d'intérêt supplémentaire à faire rectifier ses données à l'aide d'une procédure fondée sur la LPD. Il n'a donc pas d'intérêt à agir⁷⁷.

ii. Un bref commentaire de cet arrêt

[Rz 69] Cette jurisprudence selon laquelle la LPD ne s'applique pas en dehors d'une procédure qui est en lien avec une procédure pendante, lorsque la procédure LPD vise à modifier une preuve dans la procédure au fond, doit être approuvée. L'interprétation de l'art. 2 al. 2 let. c LPD ne doit en effet pas se limiter au texte, même s'il peut sembler clair, mais le pluralisme pragmatique⁷⁸ doit s'imposer. En l'espèce, le Tribunal fédéral a mis à juste titre l'accent sur le but de la loi et de l'art. 2 al. 2 let. c LPD.

[Rz 70] Si le Tribunal fédéral s'était arrêté à la première étape de son raisonnement, c'est-à-dire que la LPD n'est pas applicable en raison de la procédure pendante contre l'assurance, nous aurions pu en conclure que l'assuré aurait dû attendre la fin de la procédure en rectification contre le tiers avant d'actionner l'assurance. Toutefois, le Tribunal fédéral en a profité pour préciser la question de l'intérêt à agir lorsque le requérant veut modifier un document qui sera utilisé comme preuve dans une procédure connexe. Dès lors, selon le Tribunal fédéral, même si l'assuré n'avait pas entamé de procédure contre l'assurance, il aurait été débouté au fond dans la procédure de rectification car son action tendait précisément à modifier le rapport d'observation en vue de la procédure contre l'assurance. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, l'assuré ne disposait en aucun cas d'un intérêt à agir.

[Rz 71] D'un point de vue dogmatique, il est intéressant que le Tribunal fédéral se réfère ici à l'absence de qualité pour agir afin de bloquer la voie de la procédure en rectification lorsque le but de cette action n'est qu'une modification de la preuve dans une procédure civile pendante ou subséquente. Ainsi, la LPD n'a pas pour but de permettre à un requérant d'influencer une autre procédure, mais doit permettre au requérant de faire valoir des prétentions indépendantes.

[Rz 72] D'un point de vue pratique, l'avocat ne pourra pas simplement conseiller à son client d'agir d'abord en rectification (art. 15 LPD) avant d'entamer une procédure au fond afin de déjouer l'art. 2 al. 2 let. c LPD. Si une procédure en rectification semble toutefois utile dans un cas concret, il faudra dès lors bien préciser, dans la requête en rectification, l'intérêt du requérant à agir par la voie de cette procédure afin que l'intérêt à agir ne lui soit pas dénié.

⁷⁷ *Ibidem*, consid. 4.

⁷⁸ D'après la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). On peut cependant s'écarter de cette interprétation s'il y a des raisons sérieuses de penser que le texte de la loi ne reflète pas la volonté réelle du législateur ; de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions; le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique (ATF 136 III 283, consid. 2.3.1) ; cf. également PICHONNAZ PASCAL/VOGENAUER STEFAN, Le « pluralisme pragmatique » du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode? : (réflexions sur l'ATF 123 III 292), in : PJA 1999 417 et, plus récemment, LAWINSIDE, Interview avec le Professeur Pascal Pichonnaz, in : <http://www.LawInside.ch/interviews/interview-pascal-pichonnaz/>.

2. L'accès aux données d'une procédure pendante par un tiers non impliqué dans la procédure

a. Introduction

[Rz 73] Dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 analysé ci-dessus (cf. *supra* II), le Tribunal administratif fédéral s'est d'abord penché sur la notion de procédure pendante afin de trancher la question de l'application de la LPD⁷⁹. En effet, l'art. 2 al. 2 let. c LPD prévoit que la LPD ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance.

[Rz 74] Même si le Tribunal administratif fédéral arrive à la conclusion que cette exception ne s'applique pas dans cette affaire, il ajoute, dans un *obiter dictum*, que « les tiers non impliqués dans une procédure ne peuvent invoquer les droits procéduraux correspondants, lesquels sont réservés aux parties. En conséquence, ils peuvent se prévaloir de l'art. 8 LPD pour accéder à leurs propres données personnelles dans le cadre d'une procédure *pendante* nonobstant la disposition dérogatoire de l'art. 2 al. 2 let. c LPD »⁸⁰.

[Rz 75] Afin de soutenir cette affirmation, laquelle semble être une interprétation qui ne correspond pas au texte de la loi, le Tribunal administratif fédéral se réfère à l'ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016 que nous allons présenter ci-dessous.

b. L'ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016

[Rz 76] Dans l'ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016, le Tribunal administratif fédéral a tranché la question du droit accès à une décision de la COMCO, pas encore publiée, requis par une personne qui n'était pas partie à la procédure mais qui était active dans le domaine visé par la décision de la COMCO. Ce tiers voulait en effet s'assurer que la décision ne faisait pas référence à elle de manière directe ou indirecte. La question de la publication de la décision de la COMCO étant litigieuse⁸¹, la COMCO a informé la requérante qu'elle ne pouvait pas, à ce stade, donner suite à sa requête. Non satisfaite de devoir patienter, la requérante a déposé un recours au Tribunal administratif fédéral contre le refus de la COMCO de lui donner accès à la décision.

[Rz 77] L'art. 2 al. 2 let. c LPD prévoit que la LPD ne s'applique pas aux procédures pendantes. Il convient donc en premier lieu de vérifier l'application de la LPD⁸².

[Rz 78] Afin de trancher cette question, le Tribunal administratif fédéral procède à une interprétation téléologique de l'art. 2 al. 2 let. c LPD. Il constate que cette norme, laquelle exclut l'application de la LPD, a été adoptée en raison du fait que les dispositions spéciales du droit procédural protègent suffisamment les droits de la personnalité des parties. Ainsi, cette norme

⁷⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.

⁸⁰ *Ibidem*, consid. 3.1.4.

⁸¹ La cause a depuis lors été tranchée par le Tribunal administratif fédéral : B-5936/2014, B-5869/2014, B-5920/2014, B-5911/2014, B-5903/2014, B-5858/2014, B-5927/2014, B-5896/2014, B-5943/2014 ; cf. également *sic!* 2018 p. 256 et Cartels 2018 | Switzerland, Global Legal Insights, Cartels 2018, Switzerland, 21 février 2018, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels-laws-and-regulations/switzerland>.

⁸² ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016, consid. 2.2.

s'applique à condition que le droit procédural offre une protection équivalente à celle prévue par la LPD⁸³.

[Rz 79] Le Tribunal administratif fédéral rappelle ensuite que les titulaires des droits visés par le droit procédural et par la LPD sont distincts⁸⁴. Alors que l'*Auskunftsrecht* vise chaque « personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées » (art. 3 let. b LPD), l'*Akteneinsichtsrecht* n'appartient qu'aux parties à la procédure⁸⁵.

[Rz 80] Le Tribunal administratif fédéral en conclut que l'art. 2 al. 2 let. c LPD ne limite pas seulement l'application de la LPD sur un plan temporel (« procédure pendante »), mais également sur un plan personnel. En effet, étant donné que les tiers non impliqués dans la procédure ne peuvent pas invoquer les droits procéduraux, le droit d'accès prévu par la LPD doit leur être reconnu. L'exception prévue par l'art. 2 al. 2 let. c LPD doit ainsi demeurer inapplicable pour ces tiers⁸⁶. En l'espèce, étant donné que la requérante n'est pas partie à la procédure pendante, elle doit pouvoir disposer des droits prévus par la LPD. Cette loi est donc applicable⁸⁷.

[Rz 81] Dans son analyse, le Tribunal administratif fédéral ne mentionne aucun auteur de doctrine qui a pris position par rapport à la question précise du droit d'accès du tiers non impliqué. Il ne fait pas non plus référence à une quelconque jurisprudence. Dès lors, il convient de vérifier si la doctrine et le Tribunal fédéral se rallient à l'approche retenue par le Tribunal administratif fédéral.

c. Un bref commentaire de cette jurisprudence

i. Une doctrine unanime reconnue par le Tribunal fédéral

[Rz 82] Moins d'une année avant la publication de l'ATAF2016/28 du 30 novembre 2016 développé ci-dessus, le Tribunal fédéral a également pris position, dans un *obiter dictum*, sur la question de l'application de la LPD lorsqu'un tiers non impliqué dans une procédure exerce son droit d'accès⁸⁸. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral retient que la doctrine⁸⁹, de manière unanime, reconnaît que la LPD est applicable sans aucune restriction au tiers qui n'est en aucun cas impliqué dans une procédure pendante et dont les droits ne sont pas régis par le droit procédural⁹⁰.

[Rz 83] Cette analyse doit être approuvée. Nous rejoignons cette doctrine ainsi que l'approche du Tribunal administratif fédéral qui a fixé la primauté sur le but et le sens de l'art. 2 al. 2 let. c LPD au détriment du texte qui aurait pu sembler *a priori* clair. Dès lors qu'une personne exerçant son droit d'accès ne dispose pas du statut de partie, elle doit être protégée par la LPD puisqu'elle ne

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Sur la distinction entre l'*Auskunftsrecht* et l'*Akteneinsichtsrecht*, voir également l'arrêt du Tribunal administratif fédéral analysé ci-dessus (cf. *supra* Rz 16).

⁸⁵ ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016, consid. 2.2.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, consid. 2.3.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015, consid. 3.2.1, pour une présentation et un commentaire de cet arrêt, cf. *supra* III.1.d.

⁸⁹ WIGET LUKAS/SCHOCH DANIEL, Das Auskunftsrecht nach DSGVO - eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, in : PJA 2010 999, p. 1007 ; RUDIN BEAT, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt [édit.], Datenschutzgesetz, 2015, N 27 ad Art. 2 LPD ; le Tribunal fédéral fait également référence à ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zurich 2008, N 32 ad Art. 2 LPD, lesquels ne semblent toutefois pas évoquer la question du droit d'accès du tiers.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015, consid. 3.2.1.

peut invoquer les droits procéduraux qui lui auraient permis d'avoir accès au dossier. À noter que l'accès peut ensuite être restreint aux conditions mentionnées à l'art. 9 LPD, ce que le Tribunal administratif fédéral a analysé dans son arrêt après avoir conclu à l'application de la LPD⁹¹. De plus, la LPD ne permet que d'obtenir l'accès à ses données personnelles, et non d'avoir un accès à l'intégralité du dossier de la procédure. Ainsi, même si la LPD trouve application, l'étendue du droit d'accès peut être restreinte.

ii. L'actuelle révision de la LPD ne modifie pas cette jurisprudence

[Rz 84] Se pose la question suivante : la révision de la LPD aura-t-elle pour conséquence de modifier cette récente jurisprudence?

[Rz 85] Le Message du Conseil fédéral précise que « sur le fond, la règle du P-LPD [prévue à l'art. 2 al. 3 P-LPD] correspond au droit en vigueur »⁹², à savoir l'actuel art. 2 al. 2 let. c LPD. Le Conseil fédéral ne fait toutefois aucune référence à cette récente jurisprudence et ne mentionne le droit des tiers à consulter le dossier selon la LPD que lorsque la procédure est clôturée⁹³.

[Rz 86] Selon le Message, le critère décisif de l'application du P-LPD en lien avec une procédure est « l'existence ou non, au point de vue fonctionnel, d'un lien immédiat avec une procédure (devant un tribunal). Un tel lien existe lorsque le traitement des données personnelles en question est susceptible d'avoir des effets concrets sur cette procédure ou sur son issue, ou sur les droits procéduraux des parties »⁹⁴.

[Rz 87] Le tribunal devra dès lors examiner si la requête d'accès du tiers non impliqué dans la procédure aura des effets concrets sur la procédure. Dans la négative, un lien immédiat et fonctionnel avec la procédure devra être nié. Ainsi, le tiers non impliqué pourra se prévaloir du droit d'accès prévu par la LPD.

[Rz 88] À notre avis, cette analyse du « lien immédiat avec une procédure » d'un point de vue fonctionnel ne devrait pas avoir pour conséquence de modifier la jurisprudence susmentionnée du Tribunal fédéral, laquelle est également suivie, même si elle n'est pas expressément mentionnée, par le Tribunal administratif fédéral. De plus, la doctrine semble aussi unanime⁹⁵.

[Rz 89] Dès lors, et à condition que le Parlement ne modifie pas l'art. 2 al. 3 P-LPD, la révision actuelle de la LPD ne modifiera pas le droit du tiers non impliqué dans la procédure à exercer son droit d'accès prévu par la LPD.

⁹¹ *Ibidem*, consid. 5.

⁹² Conseil fédéral, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6634 (cité ci-après : « CONSEIL FÉDÉRAL, Message 2017 »).

⁹³ *Ibidem*, p. 6635 ; cf. *infra* IV.1.

⁹⁴ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6634.

⁹⁵ Cf. note de bas de page 89.

3. La communication par l'organe fédéral des données personnelles de tiers (art. 19 al. 1 let. d LPD)

a. En général

[Rz 90] L'art. 19 al. 1 let. d LPD (communication de données personnelles) prévoit que les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que si le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer.

[Rz 91] Cette disposition s'applique ainsi lorsqu'un « destinataire », à savoir le requérant (la RDC dans l'arrêt commenté ci-dessus⁹⁶) s'adresse à un organe fédéral (le Ministère public de la Confédération) afin d'avoir accès à des données au sujet d'une « personne concernée » (en principe, le prétendu débiteur de prétentions juridiques).

[Rz 92] L'art. 19 al. 1 LPD constitue une exception au principe prévu par l'art. 17 al. 1 LPD selon lequel les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale. Ainsi, l'art. 19 al. 1 let. d LPD permet exceptionnellement une communication de données personnelles en l'absence d'une telle base légale⁹⁷.

[Rz 93] Le droit d'accès prévu par l'art. 19 al. 1 let. d LPD trouve application si le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes. Dès lors, non seulement le requérant doit prouver qu'il a des prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques, mais il doit également rendre vraisemblable l'existence du comportement abusif de la personne concernée. Nous nous pencherons ci-dessous sur la première condition avant de confirmer le raisonnement retenu par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt commenté ci-dessus⁹⁸.

b. Les prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques

[Rz 94] Afin de déterminer l'application de l'art. 19 al. 1 let. d LPD, il faut en premier lieu déterminer ce qu'entend le législateur par « des prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques ». Cette démarche sera accomplie à la lumière de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral commenté ci-dessus⁹⁹.

[Rz 95] En premier lieu, une interprétation littérale peut nous mener à une application assez large de cette disposition. En effet, nous pourrions aisément considérer que, dans l'arrêt commenté ci-dessus¹⁰⁰, la RDC a des prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques à l'égard des prévenus: elle a non seulement invoqué, à l'appui de sa requête, que le Ministère public de la Confédération avait retenu que l'intégralité des éléments objectifs constitutifs de complicité de

⁹⁶ Cf. *supra* II ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018.

⁹⁷ ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zurich 2008, N 19 ad art. 19 LPD.

⁹⁸ Cf. *supra* II ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

pillage était réalisée par la société prévenue¹⁰¹, mais elle a en plus explicitement exposé qu'elle entendait agir civilement contre cette société afin de se faire rembourser le dommage subi¹⁰².

[Rz 96] Dès lors, selon une interprétation littérale, et donc large, de l'art. 19 al. 1 let. d LPD, nous pourrions conclure que RDC avait bel et bien des prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques à l'égard des prévenus, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal administratif fédéral¹⁰³.

[Rz 97] Toutefois, une interprétation historique plaide en faveur d'une interprétation restrictive. En effet, le Message du Conseil fédéral souligne que l'art. 19 al. 1 let. d LPD « devrait trouver son application pratique surtout dans le domaine des prétentions découlant du droit de la famille ». Le Conseil fédéral cite l'exemple du bénéficiaire d'une pension alimentaire devant connaître l'adresse du débiteur, ou encore d'un employé voulant savoir si son employeur a versé ses cotisations¹⁰⁴. La doctrine en déduit ainsi que le champ d'application de cette disposition s'avère limité en pratique¹⁰⁵.

[Rz 98] On remarque déjà que la requête de la RDC fondée sur l'art. 19 al. 1 let. d LPD, à savoir l'accès à un dossier d'une procédure, n'était manifestement envisagée ni par le législateur ni par la doctrine.

[Rz 99] De plus, selon un auteur, l'organe fédéral devrait vérifier si la raison invoquée par la personne concernée existe effectivement et refuser la divulgation si le tiers destinataire ne produit pas un titre juridique clair¹⁰⁶, ce qui est critiqué par un autre auteur qui souligne que le texte légal mentionne la vraisemblance¹⁰⁷. Le Tribunal administratif fédéral, quant à lui, mentionne le premier auteur, sans toutefois prendre position¹⁰⁸. Il précise toutefois que l'argument du requérant selon lequel la mise en œuvre de ses droits serait facilitée si l'organe fédéral publie les données sans le consentement de la personne concernée n'est pas suffisant¹⁰⁹.

[Rz 100] Enfin, une interprétation téléologique nous permet de confirmer l'interprétation historique: la LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1 LPD). Ainsi, si l'on devait facilement admettre l'existence de « prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques », la LPD faciliterait la communication de données personnelles détenues par des organes fédéraux, au détriment de la protection de ces données. Dès lors, une interprétation téléologique plaide également en faveur d'une interprétation restrictive des termes « prétentions juridiques » et « autres intérêts juridiques ».

¹⁰¹ Ce qui semble être effectivement le cas selon l'Ordonnance de classement du Ministère public de la Confédération du 10 mars 2015 dans la procédure SV.13.1374-MUA, consid. 5.2., p. 10.

¹⁰² Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. A.

¹⁰³ *Ibidem*, consid.4.2.2.

¹⁰⁴ Message 1988, note 24, FF 1988 II 412, p. 476.

¹⁰⁵ BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011, N 90 ad § 12, p. 703.

¹⁰⁶ BSK DSG [1^{ère} éd.]-WALTER, N 26 ad art. 19 LPD.

¹⁰⁷ WERMELINGER AMÉDÉO, *Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts*, in : ZBI 105/2004 173, p. 196, note de bas de page 139.

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.4.2.

¹⁰⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.4.2, lequel cite MUND CLAUDIA, in : Baeriswyl/Pärli, *Handkommentar zum DSG*, N 19 ad art. 19 LPD.

[Rz 101] Partant, le requérant voulant se prévaloir de l'art. 19 al. 1 let. d LPD afin d'avoir accès à des données de tiers devra prouver qu'il dispose effectivement d'une prétention juridique, si possible à l'aide d'un titre juridique clair. Dans le doute, l'organe fédéral devra dénier l'existence de « prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques » et rejeter la requête.

[Rz 102] C'est ainsi à juste titre que le Tribunal administratif fédéral considère que la RDC « n'a [pas] rendu vraisemblable (...) le fait qu'elle dispose de prétentions juridiques à [l'égard des personnes concernées] »¹¹⁰.

c. Une pesée des intérêts?

[Rz 103] Si le requérant prouve qu'il dispose de « prétentions juridiques ou d'autres intérêts juridiques » à l'encontre de la personne concernée, se pose en second lieu la question de l'abus de droit. Afin de pouvoir juger de l'existence d'un abus de droit, l'organe fédéral doit entendre la personne concernée « dans la mesure du possible » (art. 19 al. 1 let. d LPD).

[Rz 104] Dans l'arrêt commenté ci-dessus¹¹¹, le Ministère public de la Confédération semble n'avoir pas pris l'avis des prévenus. Le Tribunal administratif fédéral justifie cette absence en citant le Message du Conseil fédéral selon lequel l'organe fédéral peut renoncer à prendre l'avis de la personne concernée lorsque « des intérêts légitimes de tiers risquent d'être compromis »¹¹². Le Tribunal administratif fédéral en conclut qu'il convient de procéder à une pesée des intérêts en présence « car il n'est pas possible de faire abstraction des propres intérêts de la personne concernée »¹¹³.

[Rz 105] Bien que la conclusion qu'en tire le Tribunal administratif fédéral, à savoir procéder à une pesée des intérêts, puisse sembler être une bonne solution, le raisonnement ne nous semble pas convaincant.

[Rz 106] En effet, il convient de lire les explications du Conseil fédéral citées par le Tribunal administratif fédéral dans leur ensemble: « [p]ar analogie avec le droit d'être entendu, la personne concernée sera, dans la mesure du possible, invitée à se prononcer préalablement à la communication. Ce « droit d'être entendu » n'a cependant aucun caractère absolu; l'organe fédéral peut renoncer à prendre l'avis de la personne concernée dans deux cas; premièrement, lorsque des prétentions juridiques ou des intérêts légitimes de tiers risquent d'être compromis; deuxièmement, lorsque la personne concernée n'est pas atteignable ou ne s'est pas prononcée dans le délai imparti »¹¹⁴.

[Rz 107] Ainsi, à la lecture du Message du Conseil fédéral, on comprend que les deux exceptions au droit d'être entendu visent une admission de la requête en défaveur de la personne concernée, et non un rejet en sa faveur, comme l'a retenu le Tribunal administratif fédéral.

[Rz 108] Dès lors, la loi ne prévoit pas une pesée des intérêts en présence. Les différents intérêts existants pourront éventuellement être pris en compte lors de l'analyse de l'existence d'un abus de droit.

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid.4.2.2.

¹¹¹ Cf. *supra* II ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018.

¹¹² Conseil fédéral, Message 1988, note 24, FF 1988 II 412, p. 477.

¹¹³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.4.3.

¹¹⁴ Message 1988, note 24, FF 1988 II 412, p. 476 s.

IV. La révision de la LPD

[Rz 109] L'actuelle loi sur la protection des données date du 19 juin 1992. Durant les années 2010 à 2011, la LPD a fait l'objet d'une évaluation qui a débouché sur la conclusion suivante: cette loi ne suffit plus à garantir une protection suffisante des données¹¹⁵. Un groupe de travail composé de représentants de l'administration fédérale, des cantons, des milieux économiques, des associations de protection des consommateurs ainsi que d'experts a rendu le 29 octobre 2014 un rapport dont le Conseil fédéral s'est inspiré pour présenter un avant-projet de loi, lequel a été mis en consultation le 21 décembre 2016¹¹⁶.

[Rz 110] Le 15 septembre 2017, le Conseil fédéral a adopté le Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales¹¹⁷ et a publié le projet de la nouvelle loi sur la protection des données (P-LPD)¹¹⁸.

[Rz 111] Le 12 juin 2018, le Conseil national a décidé de scinder le projet en deux afin que le volet concernant la reprise d'une directive liée à Schengen entre en vigueur plus rapidement¹¹⁹. Le 22 juin 2018, la Commission des institutions politiques du Conseil des États a approuvé la décision du Conseil national et a indiqué qu'elle espérait pouvoir se pencher sur la révision totale de la LPD au début de l'année 2019¹²⁰. Une entrée en vigueur de la nouvelle LPD n'aura dès lors probablement pas lieu avant 2020.

[Rz 112] Dans ce chapitre, nous procéderons à une analyse de ce nouveau projet de loi en lien avec les différents thèmes analysés ci-dessus *de lege lata* (cf. *supra* III).

[Rz 113] Nous examinerons en premier lieu les potentiels changements du droit d'accès prévu par la LPD aux procédures judiciaires (*infra* 1). Dans un deuxième temps, nous pourrions constater que la communication par un organe fédéral de données de tiers reste limitée (*infra* 2). Enfin, nous critiquerons le projet d'exclure les personnes morales du champ d'application de la LPD (*infra* 3).

1. Le champ d'application de la LPD en lien avec des procédures devant des tribunaux

[Rz 114] L'art. 2 al. 3 P-LPD prévoit que les traitements de données personnelles effectués dans le cadre de procédures devant des tribunaux ou dans le cadre de procédures régies par les dispositions de la procédure fédérale, ainsi que les droits des personnes concernées, obéissent au droit de procédure applicable. Le P-LPD s'applique aux procédures administratives de première instance.

[Rz 115] Selon le Conseil fédéral, cette norme « règle le rapport entre la LPD et le droit de procédure, et fixe comme principe général que seul le droit de procédure applicable détermine d'une part la manière dont les données personnelles sont traitées dans les procédures et d'autre part

¹¹⁵ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6565, p. 6578.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ FF 2017 6803.

¹¹⁹ Délibérations au Conseil national du 12 juin 2018 relatives à l'objet 17.059.

¹²⁰ Communiqué de presse de la commission des institutions politiques du Conseil des États du 22. juin 2018 relatif à l'objet 17.059.

les droits des personnes concernées »¹²¹. Ainsi, le Message précise que « sur le fond, la règle du P-LPD correspond au droit en vigueur »¹²².

[Rz 116] Toutefois, la notion de « procédure pendante » est abandonnée en raison du fait que ce terme a causé « parfois des problèmes de délimitation »¹²³. Le Conseil fédéral précise ainsi que « les parties ne peuvent pas faire valoir de droit d'accès au sens de la LPD afin de consulter le dossier au tribunal ou de fournir des preuves à d'autres parties »¹²⁴. À noter que les tiers peuvent tout de même invoquer la LPD, applicable par analogie semble-t-il, après la clôture de la procédure si le droit procédural ne prévoit rien à ce sujet¹²⁵. De plus, comme le prévoit l'art. 99 CPP, le droit de procédure peut expressément déclarer la LPD applicable après la clôture de la procédure¹²⁶.

[Rz 117] Étant donné que l'actuelle révision ne prévoit pas de modifier l'art. 99 CPP, l'abandon de la notion de « procédure pendante » ne devrait pas avoir un quelconque impact en procédure pénale. De plus, comme nous l'avons vu ci-dessus (cf. *supra* Rz 27), même si le droit de procédure ne prévoit pas expressément un droit pour les parties de consulter le dossier, ce dernier découle de l'art. 29 al. 2 Cst. qui s'applique également en dehors d'une procédure pendante¹²⁷.

[Rz 118] Quant au droit des tiers non impliqués dans la procédure, nous renvoyons à l'analyse développée ci-dessus¹²⁸.

2. La communication par un organe fédéral de données de tiers

[Rz 119] L'art. 32 al. 2 let. e P-LPD prévoit que les organes fédéraux peuvent, dans un cas d'espèce, communiquer des données personnelles si le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son consentement ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes; à moins que cela ne s'avère impossible ou ne nécessite des efforts disproportionnés, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer.

[Rz 120] Tant le Message¹²⁹ que le Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales¹³⁰ restent muets sur cette disposition. Une seule petite modification est prévue par l'art. 32 al. 2 let. e P-LPD: « à moins que cela ne s'avère impossible ou ne nécessite des efforts disproportionnés » remplace « dans la mesure du possible ».

¹²¹ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6633.

¹²² *Ibidem*, p. 6634.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 6635.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 6634

¹²⁷ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 5.2.1.

¹²⁸ Cf. *supra* Rz 73 ss.

¹²⁹ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6697.

¹³⁰ Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 21 décembre 2016, par. 8.1.6.4, p. 69.

[Rz 121] Dès lors, le contenu de l'actuel art. 19 al. 1 let. d LPD qui permet au requérant d'avoir accès à des données personnelles détenues par un organe fédéral lorsqu'il détient des prétentions juridiques ou qu'il dispose d'autres intérêts légitimes, n'est pas modifié par le P-LPD et ne sera probablement pas non plus modifié par le Parlement.

[Rz 122] Partant, l'interprétation restrictive de cette disposition, telle qu'exposée ci-dessus¹³¹, demeurera applicable.

3. La personne morale exclue du P-LPD

[Rz 123] À titre liminaire, il convient de rappeler que, le Conseil fédéral, dans son message de 1988, évoquait déjà la question du champ d'application de la LPD aux personnes morales; il concluait ainsi: « une exclusion même partielle des personnes morales du champ de protection de la présente loi romprait avec la tradition juridique suisse »¹³². De plus, « une discrimination des personnes morales aurait dans les faits des conséquences néfastes »¹³³.

[Rz 124] La doctrine semble suivre cette approche: MEIER souligne également que « l'extension de la protection aux personnes morales est logique dans la conception du droit suisse »¹³⁴. Une doctrine plus récente se veut toutefois plus critique quant à la protection des personnes morales en soulignant les problèmes pratiques qui s'ensuivent¹³⁵; GEORGE¹³⁶ félicite donc le choix du Conseil fédéral de proposer une exclusion de la protection accordée aux personnes morales pour la future LPD¹³⁷.

[Rz 125] En effet, l'art. 2 al. 1 P-LPD restreint son champ d'application aux personnes physiques, excluant ainsi toute protection des personnes morales. Dès lors, si l'art. 2 al. 1 P-LPD n'est pas modifié par le Parlement, ce qui semble très probable, les personnes morales ne pourront plus bénéficier du droit d'accès prévu par la LPD¹³⁸.

[Rz 126] Le Conseil fédéral justifie cette suppression de protection pour diverses raisons:

1. tant l'Union européenne que la Convention révisée du Conseil de l'Europe sur la protection des données STE 108¹³⁹ ne prévoient pas une protection des personnes morales¹⁴⁰;
2. le Parlement a refusé une motion qui demandait que la protection des personnes morales soit maintenue¹⁴¹;

¹³¹ Cf. *supra* Rz 94 ss.

¹³² Message 1988, note 24, FF 1988 II 447.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ MEIER PHILIPPE, Protection des données: fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 351, p. 178.

¹³⁵ GEORGE DAMIAN, Juristische Personen als Subjekte der Datenschutzgesetzgebung, in : Jusletter 5 septembre 2016 ; DRECHSLER CHRISTIAN, Plädoyer für die Abschaffung des Datenschutzes für juristische Personen, AJP 2016, p. 80 ss.

¹³⁶ GEORGE, note 135, N 57.

¹³⁷ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6632.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6633.

¹³⁹ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (RS 0.235.1).

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 6632.

¹⁴¹ Motion BÉGLÉ 16.3379 « Promouvoir la Suisse en tant que coffre-fort numérique universel » ; cf. également Interpellation BÉGLÉ 16.3963 « Coffre-fort numérique suisse. Maintenir le niveau de protection des entreprises tel qu'il est dans la loi sur la protection des données ».

3. la protection des personnes morales n'a que « peu de portée pratique »¹⁴²;
4. les personnes morales sont protégées à l'aide d'autres dispositions légales (art. 28 ss CC, loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA), secrets professionnels, art. 13 Cst.)¹⁴³;
5. les flux transfrontières seront facilités puisque la communication de données de personnes morales ne sera plus soumise aux conditions prévues par la LPD (niveau de protection adéquat)¹⁴⁴.

[Rz 127] Si les deux premières raisons nous semblent convaincantes, il n'en va pas de même des suivantes.

[Rz 128] En effet, le Conseil fédéral semble restreindre, à tort, l'importance pratique de la LPD pour les personnes morales¹⁴⁵, tout en admettant que les flux transfrontières soient facilités. Si la protection n'avait en effet que « peu de portée pratique » et que d'autres dispositions légales protégeaient aussi bien les personnes morales, l'exclusion des personnes morales du champ d'application de la LPD ne pourrait avoir comme avantage la facilitation de flux transfrontières.

[Rz 129] Le Conseil fédéral se rend par ailleurs compte que cette exclusion des personnes morales est manifestement problématique et propose donc de modifier la loi sur la transparence (LTrans) afin que les personnes morales restent protégées par cette loi et que leur droit d'être entendu soit respecté¹⁴⁶.

[Rz 130] Il est ainsi regrettable que les personnes morales ne puissent, selon ce projet, notamment plus bénéficier du droit d'accès prévu par la LPD, lequel est tout de même « une institution centrale du droit de la protection des données »¹⁴⁷. Toute entreprise privée pourra ainsi accumuler des données sur des personnes morales sans se soucier de devoir respecter les dispositions de la LPD, notamment le devoir de donner suite à une éventuelle requête d'accès de la part d'une personne morale.

[Rz 131] Dès lors, cette exclusion semble ainsi aller à l'encontre du premier et essentiel but de la révision de la LPD: « renforcer les dispositions légales de protection des données pour faire face au développement fulgurant des nouvelles technologies »¹⁴⁸.

[Rz 132] Il appartiendra dès lors aux tribunaux d'examiner si d'autres normes générales, telles que celles mentionnées par le Conseil fédéral (on pense notamment aux droits de la personnalité), pourront tout de même protéger les personnes morales et leur permettre notamment d'avoir accès à leurs données personnelles détenues par des tiers.

[Rz 133] De plus, il conviendra, à notre avis, de considérer qu'un droit d'accès aux personnes morales reste applicable dans certains cas, notamment lorsque d'autres dispositions légales renvoient aux dispositions légales sur la protection des données sans que les personnes morales soient ex-

¹⁴² Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6632.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ REINLE MICHAEL est également très critique quant à l'exclusion des personnes morales de la protection offerte par la LPD. Il souligne notamment que « *diese Änderung [l'exclusion de la personne morale] wird mehrheitlich begrüsst, wobei unklar ist, ob sich alle Interessierten der Auswirkungen vollständig bewusst sind* » et affirme que « *Konsequent und systematisch korrekt ist diese Streichung allerdings nicht* » afin d'en conclure « *der Wegfall lässt sich daher dogmatisch nur schwer erklären* » (REINLE MICHAEL, note 35, p. 380).

¹⁴⁶ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6727.

¹⁴⁷ MEIER, note 1343, N 961, p. 361 ; cf. également ATF 138 II 425 consid. 5.3.

¹⁴⁸ Conseil fédéral, Message 2017, note 92, FF 2017 6567.

pressément exclues (p. ex. art. 99 al. 1 CPP¹⁴⁹). Une solution inverse en procédure pénale aurait pour conséquence de priver de manière injustifiée les personnes morales de leur droit d'accès par rapport aux personnes physiques lorsqu'une procédure pénale fédérale est clôturée. Cette solution, qui discrimine les personnes morales, ne peut donc être retenue et la personne morale devra pouvoir invoquer l'art. 99 al. 1 CPP malgré son exclusion du champ d'application de la future LPD.

V. Conclusions

[Rz 134] Les différents arrêts analysés dans la présente contribution¹⁵⁰ ont permis au lecteur de mieux cerner la portée de l'art. 2 al. 2 let. c LPD qui exclut l'application de la loi sur la protection des données aux procédures pendantes. Succinctement, nous pouvons retenir les conclusions suivantes :

1. la LPD trouve application lorsqu'une procédure est terminée, que la loi renvoie expressément à la LPD ou non. Le P-LPD prévoit matériellement la même solution, bien que la notion de « procédure pendante » soit abandonnée.
2. la LPD ne s'applique toutefois pas en lien avec une procédure pendante mais en dehors de celle-ci, lorsque l'action déposée en vertu de la LPD vise à modifier une preuve pertinente dans la procédure pendante. De plus, même si l'action LPD est déposée avant l'introduction de l'autre procédure au fond, le requérant peut voir sa requête déclarée irrecevable au motif qu'il ne dispose pas d'intérêt à agir.
3. le tiers non impliqué dans la procédure peut, pour sa part, se prévaloir de la LPD même si la procédure est pendante puisqu'il ne bénéficie pas des droits procéduraux garantis aux parties. Cette exception devrait également s'appliquer suite à la révision actuelle de la LPD encore pendante devant les Chambres fédérales.

[Rz 135] Une fois la question de l'application de la LPD réglée, il convient de vérifier si le requérant abuse de son droit lorsqu'il invoque le droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD. Un tel abus de droit n'est reconnu que de manière très restrictive et il sera ainsi compliqué, pour le débiteur du droit d'accès, de s'y opposer en alléguant et en prouvant l'abus manifeste de droit commis par le requérant. Afin d'éviter un rejet de la requête au motif d'un abus de droit, le requérant pourrait simplement invoquer vouloir vérifier l'exactitude de ses données personnelles. Partant, le requérant pourra se procurer des moyens de preuve à l'aide du droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD avant d'intenter toute procédure judiciaire.

[Rz 136] Dès lors que la LPD est applicable et que le requérant ne commet aucun abus manifeste d'un droit en se prévalant du droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD, il reste à examiner la portée de ce droit, lequel ne concerne que les données personnelles. Cette question est essentielle quant au droit d'accès aux notes internes, lesquelles peuvent être décisives pour l'issue d'un procès. Afin de déterminer l'étendue de ce droit, il convient en premier lieu de déterminer si l'exception prévue par l'art. 2 al. 2 let. a LPD, lequel exclut les notes destinées à un usage exclusivement personnel,

¹⁴⁹ Cf. *supra* Rz 13.

¹⁵⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6356/2016 du 19 avril 2018 (cf. *supra* II) ; ATF 138 III 425 (cf. *supra* III.1.b) ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_188/2015 du 31 août 2015 (cf. *supra* III.1. d.i) ; ATAF 2016/28 du 30 novembre 2016 (cf. *supra* III.2.b).

trouve application. Ainsi, certains documents sont exclus du champ d'application de la LPD et ne sont pas soumis au droit d'accès prévu par la LPD. Dans un second temps, le droit d'accès peut être restreint si des intérêts prépondérants s'y opposent, conformément à l'art. 9 LPD. Le débiteur du droit d'accès peut également invoquer ses propres intérêts afin de restreindre le droit d'accès du requérant.

[Rz 137] Si les données sont en mains d'un organe fédéral, l'art. 19 al. 1 let. d LPD pourrait trouver application. C'est précisément cette norme qui a été invoquée par la République démocratique du Congo afin d'avoir accès au dossier d'une procédure pénale menée par le Ministère public de la Confédération. Toutefois, cette norme ne s'applique que de manière restrictive, soit lorsque le requérant dispose de prétentions juridiques. Le simple fait d'alléguer vouloir actionner un tiers n'est amplement pas suffisant. Le requérant devrait disposer d'un titre clair qui permet à l'organe fédéral de constater que le requérant dispose effectivement de prétentions à l'égard du tiers visé par la requête. Partant, cette norme ne sera que rarement utile à un requérant désirant obtenir des informations sur un tiers détenues par un organe fédéral.

[Rz 138] Enfin, les personnes morales ne seront probablement plus protégées par la future LPD, ce qui est regrettable. Elles devraient, dès lors, entamer toute procédure judiciaire, notamment afin d'avoir accès à leurs données détenues par un tiers, avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi.

[Rz 139] Alors que la LPD est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, son importance pratique ne cesse de croître et des nouvelles possibilités d'application semblent encore émerger. Ainsi, avant d'entamer toute procédure judiciaire, il nous semble judicieux d'examiner si une action préalable fondée sur la LPD serait pertinente. En effet, même si le CPC prévoit une obligation de collaborer à la charge des parties et des tiers (art. 160 CPC), il peut être opportun de disposer de certains éléments de preuves, et cela, à l'aide du droit d'accès prévu par l'art. 8 LPD, avant de déposer une action au fond.

HIRSCH CÉLIAN est doctorant-assistant au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève et titulaire du brevet d'avocat. Il est également co-fondateur du site LawInside.ch et membre de la Commission de formation permanente de l'Ordre des avocats de Genève. L'auteur remercie Gabriel Jaccard, doctorant, de sa relecture assidue ainsi que de ses commentaires critiques sur la présente contribution.