ATF 147 III 139 | TF, 10.12.2020, 4A_125/2020*

Une ordonnance de preuve ne doit pas avoir pour effet de procurer au requérant les informations visées par la demande au fond.

Les informations qui se trouvent dans la mémoire humaine ne tombent pas sous le coup du droit d’accès selon l’art. 8 LPD.

Faits

Un associé d’une étude d’avocats zurichoise est inculpé par les autorités pénales américaines de complicité à des délits fiscaux.

Quelques années plus tard, après avoir été exclu de son étude, l’ancien associé apprend que sa banque veut mettre un terme à sa relation contractuelle avec lui. L’avocat soupçonne qu’un associé de son ancienne étude a informé le *General Counsel* de la banque du fait qu’il avait été inculpé aux États-Unis. Il dépose alors une demande de droit d’accès fondée sur la protection de données.

Le *Bezirksgericht* de Zurich rend une ordonnance de preuve afin d’entendre l’associé de l’étude, un autre avocat, ainsi que le *General Counsel* de la banque au sujet d’une potentielle conversation téléphonique entre l’associé et le *General Counsel*.

L’*Obergericht* confirme l’ordonnance de preuve. Il considère en particulier que le droit de connaître l’origine des données (art. 8 al. 2 let. a LPD) comprend tant les informations structurées que les données non structurées. Ainsi, même les données qui ne sont pas dans un fichier, p.ex. si elles sont dans la mémoire humaine, tombent sous le coup du droit de connaître l’origine des données (PP190037-O/U).

Sur recours, le Tribunal fédéral est amené à préciser la portée du droit de connaître l’origine des données au sens de l’art. 8 al. 2 let. a LPD.

Droit

Dans une première partie, le Tribunal fédéral examine la recevabilité du recours contre

l'ordonnance de preuve.

Une ordonnance de preuve constitue une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF. Un recours contre une telle ordonnance est admissible si l'ordonnance peut causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF). En principe, une ordonnance de preuve ne cause pas un préjudice irréparable. Exceptionnellement, elle peut causer un tel préjudice si les mesures probatoires ont pour effet de dévoiler un secret d'affaires ou des informations dont il est contesté au fond qu'elles devraient être dévoilées. En effet, un arrêt final ne peut plus remédier à un tel préjudice.

Les moyens de preuve, tels que le témoignage ou la déposition de parties, ne peuvent pas servir à obtenir des informations, mais sont uniquement des moyens d'obtention de preuves. Si le procès au fond tend à obtenir des moyens de preuve, il existe un risque que la procédure de preuve soit utilisée abusivement pour obtenir des informations visées par la procédure au fond. Ainsi, lorsqu'une information est transmise dans le cadre de la procédure probatoire, il peut exister un préjudice irréparable.

En l'espèce, la procédure au fond vise précisément à obtenir des informations sur l'origine de données. La banque soutient que l'art. 8 al. 2 let. a LPD ne permet pas d'obtenir les informations visées par le requérant. Or, si les preuves sont récoltées selon l'ordonnance de preuve – à savoir l'audition de témoins et de la partie –, le droit d'accès litigieux atteindrait déjà son but, car le requérant aurait accès aux informations visées. Partant, l'ordonnance de preuve peut causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Le recours est ainsi recevable.

Dans une deuxième partie, le Tribunal fédéral examine la portée de l'art. 8 al. 2 let. a LPD.

Selon l'art. 8 al. 1 LPD, 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 qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données« .

L'obligation d'informer sur l'origine des données provient d'une révision de la LPD de 2006.

Dans son Message, le Conseil fédéral avait indiqué que « [l]a personne concernée peut en effet avoir un intérêt légitime à connaître l'origine des données, par exemple pour pouvoir remonter aux sources de la collecte et faire rectifier d'éventuelles erreurs. (…) [L'ajout de l'information sur l'origine des données] peut également avoir un effet préventif, dans la mesure où celui qui collecte des données doit compter avec la possibilité pour la personne concernée d'être informée des origines de la collecte » (FF 2003 1946).

Le maître du fichier n'a néanmoins aucune obligation d'enregistrer l'origine des données. Une telle obligation peut cependant provenir d'une autre loi, comme c'est le cas pour les établissements financiers selon l'art. 16 de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent.

Le Tribunal fédéral souligne que le droit d'accès (art. 8 LPD) ne porte pas sur toutes les données personnelles, mais uniquement, d'une part, sur les données qui se trouvent dans un fichier et, d'autre part, sur « les informations disponibles sur l'origine des données ».

Après avoir examiné les modalités du droit d'accès (en principe par écrit et gratuit, cf. art. 1 OLPD), le Tribunal fédéral considère que le droit d'accès ne vise que les informations qui existent sur un support, et non celles qui peuvent être extraites de la mémoire humaine. En effet, il ne pourrait pas être raisonnablement imposé au maître du fichier de procéder à une telle recherche sur l'origine des données, car l'information n'est alors pas disponible au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LPD. Par ailleurs, si le maître du fichier n'est pas tenu de conserver les informations sur l'origine des données, il ne peut pas non plus être tenu d'effectuer des recherches sur les informations qu'il n'a pas conservées.

En l'espèce, même s'il devait y avoir eu une conversation entre un associé de l'ancienne étude du requérant et le *General Counsel* de la banque, il n'y a pas forcément pour autant des « informations disponibles sur l'origine des données » au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LPD. Même si le *General Counsel* a ensuite potentiellement transmis par écrit des données à un employé suite à cette prétendue conversation, il faudrait encore que cet écrit soit conservé de manière à ce qu'un accès ciblé à celui-ci soit possible, et non qu'il en soit fait uniquement un usage temporaire.

Le requérant prétend par ailleurs que la banque aurait d'abord accepté la proposition d'ordonnance de preuve par le tribunal, afin qu'il modifie ses conclusions. Elle agirait ainsi de mauvaise foi. Le Tribunal fédéral lui rétorque que c'est plutôt lui qui agirait de mauvaise foi. En effet, ses conclusions sont très larges et sa demande viserait en réalité un but étranger à la protection des données (cf. ég. 4A_277/2020 résumé *in* LawInside.ch/1008/).

Partant, le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie la cause aux instances cantonales qui devront instruire la cause sans l'ordonnance de preuve attaquée.

Note

Le rapprochement entre l'ordonnance de preuve et la demande d'accès (au fond) ne nous convainc pas entièrement.

Un bref rappel théorique s'impose au préalable. Contrairement à la règle classique en matière de fardeau de la preuve (art. 8 CC), il appartient au responsable de traitement de prouver qu'il a répondu de manière correcte et complète à une demande d'accès fondée sur l'art. 8 LPD (4A_125/2020* c. 3.1.1 résumé ci-dessus ainsi que 1C_59/2015 c. 3.2). Cela étant, vu qu'il s'agit d'un fait négatif, le requérant doit collaborer selon les règles de la bonne foi en donnant des indices de l'existence des données recherchées. S'il respecte ce devoir de collaborer, le tribunal doit alors administrer les preuves proposées (art. 150 al. 1 et 152 al. 1 et 154 CPC). Enfin, dans une procédure de droit d'accès, le tribunal doit établir les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a *cum* art. 243 al. 2 let. d CPC ; cf. ég. BENHAMOU Yaniv, Mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD – aspects procéduraux choisis, *in* Métille Sylvain (édit.), Le droit d'accès, Lausanne 2021, p. 92 s.).

En l'espèce, le requérant alléguait que, suite à une prétendue conversation téléphonique entre le *General Counsel* de la banque et un de ses anciens associés, le *General Counsel* aurait demandé à un collaborateur de rédiger une note écrite sur cet entretien. La banque possédait ainsi des données personnelles le concernant.

Afin d'établir la vérité sur cette allégation, le *Bezirksgericht* a voulu entendre l'associé de l'étude, un autre avocat ainsi que le *General Counsel.* Le Tribunal fédéral a néanmoins

considéré que cette audition permettrait au requérant d'obtenir les données visées par sa demande au fond. Or, à notre avis, tel n'est précisément pas le cas.

Comme l'a expressément souligné l'*Obergericht* en l'espèce, « le contenu des données n'est pas l'objet de [l'ordonnance de] preuve » (traduction libre de PP190037-O/U c. 4.4.3). En effet, le *Bezirksgericht* devait précisément établir si la banque possédait des données personnelles du requérant. Il n'avait ainsi pas d'autres choix que de constater si la prétendue conversation avait effectivement eu lieu et si une note écrite avait ensuite été établie. A notre avis, le Tribunal fédéral se méprend ainsi quand il considère que cette audition aurait permis au requérant d'obtenir les données visées par sa demande au fond. L'audition n'aurait pas porté sur les données échangées lors de cet entretien ni sur le contenu des données de la note écrite. Elle aurait uniquement porté sur l'existence (ou non) de cet échange et de la prétendue note écrite (« *Das Beweisverfahren sei auf die Frage zu beschränken, ob solche Daten existierten. Deren Inhalt könne nicht erforscht werden* » PP190037-O/U c. 4.1).

Concernant le fond, le requérant alléguait que les données échangées lors de l'entretien téléphonique avaient fait l'objet d'une note écrite.

Pour que cette note écrite puisse être l'objet d'un droit d'accès, le Tribunal fédéral souligne que cet écrit devrait être conservé de manière à ce qu'un accès ciblé à celui-ci soit possible, et non qu'il en soit fait uniquement un usage temporaire.

Or, comme le Tribunal fédéral le souligne lui-même, les banques sont obligées de procéder à certaines clarifications lorsqu'une relation d'affaires présente des risques accrus (art. 6 LBA et not. art. 15 OBA-FINMA). Elles doivent ensuite consigner par écrit ces clarifications (art. 7 LBA).

Il nous paraît ainsi difficilement envisageable de refuser un droit d'accès au motif que la banque ne pourrait pas avoir « un accès ciblé » à la note écrite visée, en particulier pour un institut soumis à l'obligation légale de conserver un tel document par écrit.

En tout état de cause, on peut se demander s'il est légitime d'opposer à une demande de

droit d’accès le fait que les données ne sont pas facilement disponibles. Le manque d’organisation du responsable du traitement lui permettrait alors d’invoquer implicitement ce manquement afin de ne pas donner suite à un droit d’accès. Espérons que les tribunaux ne se laisseront pas facilement convaincre par un tel argument.

Enfin, relevons deux points qui ont, à notre avis, été déterminants dans l’admission du recours par le Tribunal fédéral .

Premièrement, l’*Obergericht* avait considéré que les données « enregistrées » dans la mémoire humaine pouvaient être visées par une demande de droit d’accès. Or, même si le texte légal du droit d’accès semble large (« les informations disponibles sur l’origine des données »), ces informations doivent nécessairement exister sur un support selon le Tribunal fédéral. Partant, si l’employé se souvient de l’origine des données, mais qu’il n’a inscrit cette origine sur aucun support, ces informations ne sont pas soumises au droit d’accès.

Secondement, cet arrêt s’inscrit dans la lignée de l’arrêt 4A_277/2020 (résumé *in* LawInside.ch/1008/) qui tend à restreindre la portée du droit d’accès. Comme nous avons eu l’occasion de le préciser dans un autre commentaire, le Parlement a également manifesté une volonté similaire de restreindre la portée du droit d’accès en le limitant aux « données en tant que telles (…), et non [à] toute la documentation qui peut contenir ces données et qui peut être bien plus vaste, ce qui pourrait s’avérer disproportionné » (BO 2020 N 150, cf. art. 25 al. 2 let. b nLPD).

Proposition de citation : Célian Hirsch, Le droit d’accès à l’origine des données, in: https://lawinside.ch/1037/