



Chapitre de livre

2021

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Mise en oeuvre judiciaire du droit d'accès LPD: aspects procéduraux  
choisis

---

Benhamou, Yaniv

**How to cite**

BENHAMOU, Yaniv. Mise en oeuvre judiciaire du droit d'accès LPD: aspects procéduraux choisis. In: Le droit d'accès. Sylvain Métille (Ed.). Berne : Stämpfli, 2021. p. 77–106. (CEDIDAC)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:150694>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 16.03.2023 01:20

---

# Mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD – aspects procéduraux choisis

Yaniv BENHAMOU<sup>1</sup>

Professeur, Docteur en droit, Avocat, Université de Genève, Digital Law Center (DLC)

## Table des matières

I.	Introduction.....	77
II.	Le droit d'accès.....	79
	A. Principe.....	79
	B. Objet.....	81
III.	Les restrictions au droit d'accès.....	83
	A. Motifs.....	83
	B. Types de restrictions.....	85
IV.	Aspects procéduraux choisis.....	86
	A. Compétence.....	86
	B. Légitimation.....	88
	C. Procédure applicable au droit d'accès.....	89
	D. Formulation des conclusions.....	90
	E. Fardeau de la preuve.....	92
	F. Modalités et étendue de l'accès aux données.....	95
	G. Inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante.....	99
	H. Cumul d'actions.....	100
	I. Mesures provisionnelles.....	103
V.	Conclusion.....	104
VI.	Bibliographie.....	105
	A. Littérature.....	105
	B. Documents officiels.....	106

## I. Introduction

Le droit d'accès semblait peu utilisé par le passé dans le secteur privé<sup>2</sup>. En effet, le débiteur du droit d'accès se contentait souvent de refuser en pratique une demande d'accès en raison des faibles sanctions prévues, ce qui tendait à

<sup>1</sup> L'auteur remercie vivement Mes. Nicolas Béguin, Benjamin Vignieu et Célian Hirsch ainsi que l'éditeur pour leurs commentaires dans la finalisation de cette contribution.

<sup>2</sup> Contrairement au secteur public. À ce propos, voir HEINZMANN, p. 84 et Rapport LPD, FF 2012 p. 261.

dissuader le requérant de persévérer dans sa demande puisqu'il se voyait contraint d'introduire une procédure judiciaire avec les frais occasionnés<sup>3</sup>. Plus récemment, on constate toutefois une augmentation des litiges portant sur le droit d'accès LPD, du moins si l'on se réfère au nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral et par les tribunaux cantonaux dans ce domaine<sup>4</sup>. Cette augmentation de litiges peut s'expliquer du fait des problèmes rencontrés par les banques suisses avec le fisc américain qui ont conduit à plusieurs contentieux en matière de droit d'accès et de protection des données et de la personnalité. Cette tendance risque aussi de se poursuivre avec l'importance croissante de la protection des données et les facilités procédurales, dont la gratuité des procédures de demande d'accès LPD.

Pour exercer son droit d'accès, le titulaire peut le faire par le biais d'une demande d'accès extrajudiciaire, en envoyant sa demande directement au débiteur du droit d'accès. Le débiteur doit communiquer des informations complètes et exactes, sous peine de s'exposer à une action civile en exécution du droit d'accès (s'il refuse de communiquer les informations) et/ou à des sanctions pénales (s'il communique des informations inexacts ou incomplètes) (art. 34 al. 1 let. a LPD ; art. 60 al. 1 let. a nLPD)<sup>5</sup>. En cas de refus, de non-réponse ou de renseignements inexacts ou incomplets, le titulaire peut faire valoir son droit par une action judiciaire en exécution du droit d'accès (art. 15 al. 4 LPD ; art. 32 al. 2 nLPD).

Seul le droit d'accès LPD sera traité ici. Il faut toutefois préciser qu'il existe d'autres droits d'accès prévus par des lois spéciales<sup>6</sup> et que, en cas de procédure pendante, le droit d'accès LPD disparaît au profit des règles procédurales, en particulier le droit de consulter le dossier<sup>7</sup>. Il sera traité tant sous l'angle de la loi actuelle sur la protection des données personnelles (LPD)<sup>8</sup> que sous l'angle de la nouvelle loi (nLPD)<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> MEIER, N 1126, qui parle de rapport coût-bénéfice plaidant souvent en faveur de la résignation du titulaire du droit d'accès.

<sup>4</sup> Pour des arrêts récents, cf. TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020 et TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020 et les références citées. Cf. HEINZMANN, p. 84 et les références citées.

<sup>5</sup> MEIER, N 1027.

<sup>6</sup> Ordonnance Interpol (RS 366.1), LEI (RS 142.20), LAsi (RS 142.31), LCA (RS 221.229.1), LCC (RS 221.214.1), LTrans (RS 152.3).

<sup>7</sup> P.ex. art. 52 al. 2 CPC ; art. 97 CPP. Le droit de consultation procédural l'emporte en général puisque la LPD n'est pas applicable aux procédures pendantes à l'exception des procédures administratives de première instance (art. 2 al. 2 let. c LPD). Cf. *infra* IV.F.

<sup>8</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

<sup>9</sup> La LPD est en révision depuis le 9 décembre 2011 et a abouti à un projet de loi du 15 septembre 2017 (pLPD) et au projet final de loi fédérale du 25 septembre 2020 sur

La présente contribution se concentre par ailleurs sur la mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD. Après le rappel de quelques principes relatifs au droit d'accès LPD (II.) et de ses restrictions (III.), nous traiterons plusieurs aspects procéduraux choisis (IV.).

## II. Le droit d'accès

### A. Principe

La LPD actuelle consacre un droit d'accès qui permet à toute personne de demander au maître d'un fichier<sup>10</sup> si des données la concernant sont traitées (art. 8 al. 1 LPD). Le droit d'accès a pour but de permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits en matière de protection des données<sup>11</sup>.

Le titulaire du droit d'accès est la personne (physique ou morale) concernée par le traitement de données personnelles (art. 2 al. 1 LPD). Son droit d'accès est strictement personnel (la personne concernée ne peut pas renoncer à l'avance à son droit)<sup>12</sup>, en principe gratuit<sup>13</sup> et peut être invoqué

la protection des données (nLPD). Le projet tel qu'adopté par l'Assemblée fédérale a été publié au sein de la Feuille fédérale : FF 2020 7397.

<sup>10</sup> Le maître de fichier (*data controller*) est la personne qui a le pouvoir de contrôle sur les buts et le contenu du fichier (fixe les principes essentiels et la structure de la collecte et du traitement) (art. 3 let. i LPD). Le maître de fichier est ainsi à distinguer du sous-traitant (*data processor*), soit celui qui procède au traitement pour le maître du fichier et du participant à un fichier, soit la personne habilitée à traiter certaines données du fichier (inscription, modification, suppression par un accès direct au fichier) sans avoir le droit de déterminer le but ou la structure du fichier (ce qui en ferait un maître de fichier) ; MEIER, N 587 ss.

<sup>11</sup> ATF 138 III 425, consid. 5.3 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460 ; Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

<sup>12</sup> MEIER, N 1008, indiquant que, après décès, les proches peuvent invoquer un droit d'accès et parlant de droit *sui generis* de consultation d'un dossier hors procédure fondé sur leur propre droit de la personnalité (art. 1 al. 7 OLPD ou art. 28 CC). Un droit spécifique de consultation des proches d'une personne décédée a été proposé à l'art. 16 pLPD mais finalement retiré du projet final. Pour une analyse récente du droit d'accès aux données de la personne décédée, ROUILLER/EPINEY, dans le même ouvrage, IV.

<sup>13</sup> Les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement (art. 8 al. 5 LPD). Une participation équitable aux frais (CHF 300.– maximum) peut être exceptionnellement demandée lorsque les mêmes renseignements ont déjà été communiqués au requérant dans les douze mois précédant la demande ou lorsque la demande occasionne un volume de travail considérable (art. 2 OLPD).

indépendamment de toute atteinte aux droits de la personnalité<sup>14</sup> ou d'un quelconque intérêt<sup>15</sup>.

Le débiteur du droit d'accès est le maître du fichier. En cas de délégation de traitement à un sous-traitant (*data processor*), le débiteur du droit d'accès reste le maître de fichier, sauf si le sous-traitant ne révèle pas l'identité du maître du fichier, si le maître de fichier n'a pas de domicile en Suisse ou n'est pas capable de donner l'information (art. 8 al. 4 LPD ; art. 1 al. 6 OLPD). En cas de gestion commune de fichiers par plusieurs maîtres de fichier (p.ex. un logiciel CRM), le droit d'accès peut s'exercer auprès de chacun des maîtres de fichier (art. 1 al. 5 OLPD).

Avec la révision de la LPD, le droit d'accès reste inchangé dans ses principes. Toute personne peut demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées (art. 25 al. 1 nLPD). La nLPD détaille les informations à fournir (art. 25 al. 2 nLPD)<sup>16</sup>. Le titulaire du droit d'accès est la personne physique dont les données personnelles sont traitées (art. 5 let. b nLPD)<sup>17</sup>. Son droit d'accès est strictement personnel (la personne concernée ne peut pas renoncer à l'avance à son droit) (art. 25 al. 5 nLPD), en principe gratuit<sup>18</sup>, et peut être invoqué indépendamment de toute atteinte aux droits de la personnalité ou d'un quelconque intérêt<sup>19</sup>. Le débiteur du droit d'accès est le responsable du traitement. En cas de délégation de traitement à

<sup>14</sup> MEIER, N 968.

<sup>15</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.4. La preuve de l'intérêt du requérant peut cependant être nécessaire lorsque le maître du fichier refuse ou restreint l'accès, afin d'effectuer une pesée des intérêts en jeu ou en cas d'abus de droit. Cf. *infra* IV.D. Cf. TF 4A\_277/2020 18 novembre 2020, consid. 5.3 (« *Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, kann das Auskunftsrecht grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden. Indessen kann die nach Art. 9 DSGVO gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen erfordern, dass der um Auskunft Ersuchende seine Interessen darlegt.* »).

<sup>16</sup> Cf. *infra* II.B.

<sup>17</sup> L'abrogation de la protection des personnes morales a pour conséquence que celles-ci ne peuvent plus faire valoir un droit d'accès en vertu de la nLPD. Elles pourront toutefois faire valoir les droits procéduraux et d'autres prétentions matérielles permettant l'obtention d'information. Pour d'autres prétentions matérielles et procédurales permettant l'obtention d'informations, cf. BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1307. À propos de la LTrans permettant de consulter des documents officiels, cf. Message LPD 2017, FF 2017 p. 6633. Pour une analyse récente du droit d'accès sous l'angle de la LTrans, cf. BOILLAT/WERLY, dans le même ouvrage.

<sup>18</sup> La gratuité peut aussi faire l'objet d'exceptions qui seront précisées par le Conseil fédéral conformément à l'article 23 alinéa 6 nLPD. Celle-ci sera publiée et mise en consultation prochainement.

<sup>19</sup> Cf. *supra* note 14.

un sous-traitant, le débiteur du droit d'accès reste le responsable de traitement (art. 25 al. 4 nLPD).

## B. Objet

L'objet du droit d'accès porte sur toutes les données personnelles du requérant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (art. 8 al. 2 let. a LPD), le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (art. 8 al. 2 let. b LPD)<sup>20</sup>.

La condition de *fichier* suppose de limiter le droit d'accès aux cas présentant un tel fichier, soit un ensemble de données personnelles structurées permettant de rechercher les données par personne concernée (art. 3 let. g LPD). Le fait que cela puisse exclure les données contenues hors fichiers (p.ex. données isolées ou non classifiées) n'est aujourd'hui pas pertinent car les outils informatiques (agrégation ou traitement automatisé) permettent généralement de rechercher tout type de donnée même isolée, potentielle<sup>21</sup>.

La condition de *données personnelles* suppose que le débiteur du droit d'accès transmette toutes les données personnelles, soit toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD ; art. 5 let. a nLPD). Cela inclut toute information qui se rapporte au requérant, qu'il s'agisse de faits ou de jugements de valeur (p.ex. dans une entreprise, toutes données relatives à un collaborateur, dossiers RH, notes de supérieurs hiérarchiques, à l'exclusion de données internes à l'entreprise sans rapport avec le collaborateur), de données matérielles ou factuelles permettant de remonter à une personne par l'agrégation ou la combinaison de données (p.ex. données de géolocalisation)<sup>22</sup>. Cela exclut en revanche les données concernant des tiers.

<sup>20</sup> Vu la frontière parfois ténue entre simple participant, maître de fichier et sous-traitant, il peut être difficile de savoir pour le maître de fichier s'il peut se contenter d'indiquer au requérant les catégories de destinataires et participants à qui les données ont été transmises (art. 8 al. 2 LPD) ou doit transmettre la demande directement au tiers parce qu'il n'aurait pas été en mesure de fournir le renseignement demandé (art. 1 al. 6 LPD).

<sup>21</sup> MEIER, N 1016.

<sup>22</sup> MEIER, N 1028 ; TF 4A\_506/2014 du 13 janvier 2014 et TF 4A\_524/2014 du 3 juillet 2015 ; concernant une demande d'accès d'un créancier envers un liquidateur d'une assurance qui a été condamné à remettre par écrit les documents contractuels relatifs à la négociation et à la résiliation du contrat, des notes téléphoniques et de réunion (à l'exception de notes destinées à un usage exclusivement personnel), des documents internes concernant les données du créancier (à l'exclusion des documents à l'usage exclusivement personnel de l'assurance) et toute la correspondance (à

Il appartient ainsi au débiteur du droit d'accès de s'organiser et de prendre les mesures de sécurité nécessaires (trier les données, caviarder les noms ou d'autres données) pour éviter que le requérant n'ait accès aux données de tiers (en particulier les données de tiers couverts par le secret de fonction ou professionnel), faute de quoi il risque de porter atteinte à la personnalité de tiers<sup>23</sup>.

Avec la révision de la LPD, l'objet du droit d'accès a été précisé. Il porte sur toutes les « *informations nécessaires pour [que le requérant] puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie* » (art. 25 al. 2 nLPD) et dans tous les cas sur les informations suivantes (art. 25 al. 2 let. a-g nLPD) : «

- a. *l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;*
- b. *les données personnelles traitées en tant que telles ;*
- c. *la finalité du traitement ;*
- d. *la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière ;*
- e. *les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ;*
- f. *le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision ;*
- g. *le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que les informations prévues à l'art. 19 al. 4 »*

Cette énumération des informations à fournir fait suite aux critiques par certains experts lors des travaux parlementaires<sup>24</sup>, selon lesquelles le droit

l'exclusion de la correspondance relative au mandat entre la FINMA et le liquidateur). Cf. *supra* IV.F.

<sup>23</sup> MEIER, N 1030. Cette exigence est délicate à mettre en œuvre. Par exemple si l'information concerne plusieurs personnes à la fois et indique un rapport entre elle, les renseignements à fournir doivent indiquer l'existence de ce rapport et la nature mais exclure l'information se rapporter directement à l'autre personne. Sous l'angle de la LTrans, cette exigence de caviardage est issue du principe de proportionnalité commandant qu'un document soit partiellement divulgué, après caviardage des parties couvertes par une exception, plutôt qu'entièrement refusé, cf. JUNOD, p. 258. Cf. aussi TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020 : les informations disponibles sur l'origine des données au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LPD ne s'étendent pas aux données que les employés du maître du fichier (*in casu* une banque) auraient mémorisées.

<sup>24</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

d'accès est souvent utilisé à des fins étrangères à la protection des données, notamment en vue d'obtenir des preuves pour un procès futur sans lien avec la protection des données. Elle permettrait ainsi de savoir exactement quelles informations doivent être fournies sous l'angle d'une demande d'accès LPD et de la distinguer des autres droits d'accès<sup>25</sup>. Or, cette énumération est non exhaustive et il est envisageable de demander, subsidiairement et sur la base de la norme générale de la phrase introductive de l'article 25 alinéa 2 nLPD, toute autre information nécessaire pour faire valoir ses droits et garantir la transparence<sup>26</sup>. Ainsi, si cette énumération garantit une certaine sécurité du droit en tant qu'elle précise les informations à fournir, elle ne semble pas pour autant limiter les cas d'abus de droit ayant fait l'objet des critiques précitées.

### III. Les restrictions au droit d'accès

#### A. Motifs

Le débiteur du droit d'accès peut refuser, restreindre ou différer la communication des informations demandées en invoquant les restrictions au droit d'accès de la LPD, en particulier<sup>27</sup> :

- lorsqu'une loi au sens formel prévoit une telle restriction (p.ex. en matière de soupçons de blanchiment d'argent, l'intermédiaire financier ne doit informer ni les personnes concernées ni des tiers du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA) (art. 9 al. 1 let. a LPD ; art. 26 al. 1 let. a nLPD)<sup>28</sup>.
- lorsque des intérêts prépondérants de tiers exigent une telle restriction (art. 9 al. 1 let. b LPD ; art. 26 al. 1 let. b nLPD). Un tel intérêt existe lorsque les données à fournir sont intimement liées aux données de tiers et qu'il n'est pas possible de les séparer<sup>29</sup>. Un tel intérêt existe également lorsque l'anonymat de l'informateur est prépondérant parce que l'informateur s'est vu promettre l'anonymat ou la confidentialité, qu'il pouvait se fier de

<sup>25</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683. Cf. *supra* note 5.

<sup>26</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683, précisant que, lorsque le débiteur du droit d'accès traite une quantité importante de données, il doit pouvoir demander au requérant de préciser sur quelles données ou quelles opérations de traitement porte sa requête.

<sup>27</sup> Seules les restrictions générales au sens de l'art. 9 LPD, respectivement de l'art. 26 nLPD seront traitées ici, à l'exclusion des restrictions au droit d'accès applicables aux médias au sens de l'art. 10 LPD respectivement de l'art. 27 nLPD.

<sup>28</sup> ATF 141 III 119, consid. 5 (à propos de l'art. 47 LBA).

<sup>29</sup> MEIER, N 1145. Lorsqu'il est difficile ou impossible de séparer les données, on parle de bases de données mixtes inextricablement liées, cf. *infra* note 61.

bonne foi à cette garantie (vu la profession du débiteur du droit d'accès et la nature délicate de l'information, p.ex. accusation d'infractions pénales ou éléments de la vie familiale communiqués à un médecin) et que la levée de l'anonymat entraînerait un risque physique, psychique ou matériel pour lui ou ses proches<sup>30</sup>.

- lorsqu'un intérêt public prépondérant, en particulier la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, exige une telle restriction (art. 9 al. 2 LPD ; art. 26 al. 2 let. b nLPD).
- lorsque les intérêts prépondérants du débiteur du droit d'accès exigent une telle restriction (à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers) par exemple en cas d'intérêts économiques majeurs, lorsqu'il est rendu hautement vraisemblable que le requérant utilise le droit d'accès uniquement pour découvrir des secrets commerciaux ou industriels du débiteur du droit d'accès (espionnage économique) ou lorsque le débiteur du droit d'accès invoque son propre intérêt à garder la confidentialité de sa stratégie pour un litige passé ou futur (art. 9 al. 4 LPD ; art. 26 al. 2 let. a nLPD)<sup>31</sup>.

Enfin, le droit d'accès peut être refusé pour des raisons d'abus de droit (art. 2 CC ; art. 26 al. 1 let. c nLPD), en particulier lorsque le requérant utilise cet instrument exclusivement pour obtenir des moyens de preuve dans un procès civil qui n'a aucun lien avec la protection des données<sup>32</sup> ou exclusivement pour nuire au débiteur du droit d'accès<sup>33</sup>. Cette utilisation du droit d'accès permettrait en effet de se procurer, sous une forme que le droit de la procédure ne prévoit pas, des moyens de preuve qualifiés de données personnelles au sens de la LPD, tandis que la collecte des autres moyens de preuve qui ne sont pas des données personnelles suivrait les voies ordinaires du droit de la procédure.

Dans un arrêt du 17 avril 2012, le Tribunal fédéral a admis le bien-fondé d'une demande d'un client à sa banque tendant à la communication de toutes les données personnelles internes le concernant sur la base de la LPD, quand bien même il envisage d'introduire une action en responsabilité contre la

<sup>30</sup> MEIER, N 1147.

<sup>31</sup> MEIER, N 1157, qui parle de motif de restriction après un litige passé, soit le fait que le maître de fichier peut invoquer la confidentialité de la stratégie et des moyens de défense pour refuser à sa partie adverse qui se prévaut du droit d'accès l'accès au contenu de son dossier après la clôture de la procédure.

<sup>32</sup> TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020, résumé *in* : Célian HIRSCH, Le droit d'accès abusif, 29 décembre 2020 *in* : <[www.swissprivacy.law/45](http://www.swissprivacy.law/45)> (consulté le 04 janvier 2021) ; ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.3 ; ROSENTHAL, N 5.

<sup>33</sup> TF 4A\_36/2010 du 20 avril 2010, consid. 3.1.

banque. Selon le Tribunal fédéral, une telle possibilité existe tant qu'il n'y a pas de procédure civile pendante et sauf utilisation abusive du droit d'accès aux données<sup>34</sup>. Le risque qu'une future partie adverse n'utilise son droit d'accès aux données de manière abusive, pour une prospection répréhensible de preuves, ne suffit pas pour restreindre le champ d'application de la LPD (art. 2 al. 2 let. c LPD). Il faut plutôt tenir compte de ce risque dans chaque cas particulier pour décider d'une éventuelle utilisation abusive du droit d'accès garanti par la LPD<sup>35</sup>.

En somme, l'exercice du droit d'accès peut être considéré comme abusif s'il est exercé dans un but étranger à la protection des données, en particulier<sup>36</sup> :

- pour économiser les frais à payer normalement pour obtenir ces données ;
- exclusivement pour nuire au débiteur du droit d'accès ; ou
- exclusivement pour espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles.

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<sup>37</sup>.

## B. Types de restrictions

La demande d'accès peut être refusée, restreinte ou différée par le débiteur du droit d'accès pour les motifs invoqués. Les types de restrictions dépendent toutefois de chaque cas d'espèce. Par exemple, lorsque l'anonymisation suffit à protéger les tiers, le droit d'accès ne devrait pas faire l'objet d'une plus grande restriction<sup>38</sup>. La liste des articles 9-10 LPD respectivement des articles 26-27

<sup>34</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81 consid. 4.3. Voir également ROSENTHAL, *Entwicklungen*, pp. 731 ss.

<sup>35</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 4.3.

<sup>36</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 2 *ad* art. 9.

<sup>37</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017, N 54, qui semble plus critique et propose des solutions pour limiter les abus, en particulier refuser les demandes ne visant pas prioritairement la protection des données, ou prévoir des modalités au droit d'accès faisant barrière aux motifs étrangers à la protection des données (p.ex. permettre au débiteur du droit d'accès de choisir que les données ne soient pas communiquées au requérant mais à un tiers indépendant qui vérifierait le respect de la protection des données, comme le fait déjà aujourd'hui le préposé fédéral dans certains cas, ou encore admettre que les données soient communiquées au titulaire mais en l'empêchant de les réutiliser pour d'autres fins que la protection des données, p.ex. comme moyen de preuve).

<sup>38</sup> TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019. Pour une approche similaire sous l'angle de la LTrans, *cf. infra* note 72.

nLPD n'est pas exhaustive (p.ex. renseignement par oral uniquement, renseignement assorti d'une condition, accord de confidentialité).

#### IV. Aspects procéduraux choisis

##### A. Compétence

La compétence des tribunaux ressort au tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. d CPC).

En matière internationale, la compétence ressort aux tribunaux suisses de la résidence habituelle du débiteur du droit d'accès ou du lieu du délit (art. 129 et 130 al. 3 LDIP ; art. 130 al. 3 nLDIP ; art. 2 et 5 par. 3 CL), le délit pouvant être compris comme une entrave à l'exercice du droit d'accès, qui coïncide généralement avec le lieu de résidence du titulaire du droit d'accès<sup>39</sup>. De même, le droit applicable est en principe régi à choix par le droit de l'État de la résidence habituelle du débiteur du droit d'accès ou du lieu de l'atteinte (art. 139 al. 3 LDIP)<sup>40</sup>.

Lorsque le titulaire et le débiteur du droit d'accès sont liés par un contrat qui prévoit une clause d'élection de for et de droit, on peut se demander si la compétence des tribunaux et le droit applicable doivent être déterminés par les règles contractuelles (art. 112 ss et art. 116-117 LDIP). Or, le droit d'accès est un droit strictement personnel auquel le titulaire ne peut pas renoncer à l'avance (art. 8 al. 6 LPD ; art. 25 al. 5 nLPD). Dès lors, selon nous, toute clause d'élection de droit et de for doit être sans effet. De plus, même à supposer qu'une élection de for et de droit soit considérée comme valable, souvent les parties sont liées par un contrat de consommation. Or, les règles sur le contrat de consommation prévoient un for impératif au domicile du consommateur et excluent l'élection de droit (art. 114 al. 1 et 120 al. 1 et 2 LDIP ; art. 15-17 CL)<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cf. *infra* note 46, l'arrêt du TF parlant d'aspect financier prédominant à l'égard du droit d'accès LPD. On pourrait ainsi considérer l'entrave au droit d'accès comme un délit, en particulier lorsqu'elle est susceptible de causer une atteinte au titulaire, par exemple lorsque l'absence des renseignements demandés entrave le titulaire dans la bonne marche de ses affaires. Pour des références concernant la compétence attribuée au lieu du délit : DESSEMONTET, p. 86 ; REYMOND, pp. 175 ss ; GILLIÉRON, p. 190.

<sup>40</sup> L'atteinte pouvant être aussi comprise une entrave à l'exercice du droit d'accès, qui coïncide généralement avec le lieu de résidence du titulaire du droit d'accès. Cf. BONOMI, N 16 *ad* art. 139.

<sup>41</sup> Ce for impératif du consommateur est applicable au professionnel qui « dirige ces activités vers cet État » (art. 15 al. 1 let. c CL), ce qui sera déterminé par un faisceau

Ainsi, même lorsque le débiteur du droit d'accès est situé à l'étranger et prévoit une clause d'élection de droit et de for à l'étranger, cette clause est sans effet et il est possible d'agir en Suisse en raison du for et droit impératif du consommateur et des règles en matière d'atteinte à la personnalité. Le droit d'accès devrait ainsi pouvoir être exercé en Suisse, étant précisé qu'il faudra faire ensuite reconnaître le jugement suisse à l'étranger.

Les voies de recours cantonales sont déterminées par le droit fédéral (CPC), la compétence matérielle et fonctionnelle par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC). En matière privée, tout litige relatif au droit d'accès peut être porté devant le TF par un recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF), en tant que contestation non pécuniaire, pour laquelle la valeur litigieuse n'a pas à être atteinte (art. 74 LTF)<sup>42</sup>.

Les litiges relatifs au droit d'accès tendent à être considérés par la jurisprudence comme arbitrables<sup>43</sup>. La notion d'arbitrabilité se définit à la lumière de l'article 354 CPC (le litige doit avoir pour objet une prétention « *qui relève de la libre disposition des parties* »)<sup>44</sup> et de l'article 177 alinéa 1 LDIP pour l'arbitrage international (« *tout litige de nature patrimoniale* »). La notion de « *libre disposition* » du litige s'interprète largement et le droit de la protection des données personnelles est considéré comme une « *prétention qui relève de la libre disposition* » de son titulaire, même s'il ne peut pas renoncer par avance au droit d'accès (cf. art. 8 al. 6 LPD)<sup>45</sup>. De même, la notion de

d'indices appelés par certains le *targeting-test* par opposition à l'*accessibility-test*. Cette notion fait l'objet d'une abondante jurisprudence et littérature qui dépasse la présente contribution. Pour des références : REYMOND, pp. 175 ss.

<sup>42</sup> MEIER, N 1111.

<sup>43</sup> On peut imaginer que de tels litiges vont devenir fréquents, même lorsque la demande initiale d'accès concerne des données non-personnelles puisqu'elles pourraient être intégrées dans des bases données mixtes inextricablement liées. Vu le champ d'application large de la LPD et le phénomène d'absorption de celle-ci, c'est toute la base de données qui serait soumise à la protection des données et donc à cette question d'arbitrabilité. À propos des bases de données mixtes, cf. *infra* note 61.

<sup>44</sup> Selon la jurisprudence, il faut ainsi examiner si les parties peuvent renoncer à la prétention litigieuse ou transiger à son sujet : ATF 144 III 235, consid. 2.3.2 (« *ob die Parteien ohne Weiteres auf den fraglichen Anspruch verzichten oder sich darüber vergleichen können.* »).

<sup>45</sup> BK ZPO-PFISTERER, N 17 ad art. 354 (en référence aux droits de la personnalité). SHK DSG-BAERISWYL, N 63 ad art. 8, indiquant que, s'il n'est pas possible de renoncer « *par avance* » au droit d'accès, il est possible d'y renoncer ultérieurement ou de retirer une requête d'accès. On notera aussi que la tendance pour les litiges concernant les données personnelles est de proposer des systèmes alternatifs de résolution des litiges. Cf. OFJ, Rapport, p. 34 (en particulier procédure de conciliation et de médiation). *Contra* MEIER, N 1110.

« *nature patrimoniale* » s'interprète largement comme toute prétention qui représente pour l'une au moins des parties un intérêt pouvant être apprécié en argent<sup>46</sup> et le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2014, a considéré que le droit d'accès LPD est bien arbitral, pour autant que l'aspect financier soit prédominant<sup>47</sup>.

Cet arrêt du Tribunal fédéral doit être toutefois nuancé. Dans le cas d'espèce, le litige portait sur l'accès à des données de nature financière pertinente dans un cas de succession. En d'autres termes, la demande d'accès LPD était faite à des fins essentiellement financières, ce qui a conduit le Tribunal fédéral à retenir la « *nature patrimoniale* » du litige. Ainsi, selon nous, le caractère prédominant de l'objectif économique devra être toutefois analysé au cas par cas. Il conviendra de distinguer l'objectif « *financier* » de l'objectif « *idéal* » d'une demande d'accès LPD, les premiers étant de nature patrimoniale, les deuxièmes ne l'étant *a priori* pas. Ainsi, suivant les litiges, l'absence d'élément financier prédominant pourrait conduire le Tribunal fédéral à refuser l'arbitrabilité de certains litiges relatifs au droit d'accès.

## B. Légitimation

La légitimation active appartient à la personne dont les données sont traitées<sup>48</sup>. Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts (économiques ou idéaux) d'un groupe de personnes déterminé peuvent en leur propre nom agir en exécution du droit d'accès en relation avec une atteinte à la personnalité des membres de ce groupe (art. 89 al. 1 CPC)<sup>49</sup>.

La légitimation passive appartient au maître du fichier respectivement au responsable de traitement, que les parties soient ou non liées à un rapport contractuel. Par exemple dans le domaine des services informatiques, le titulaire du droit d'accès peut ainsi agir en exécution du droit d'accès soit contre un prestataire informatique avec qui il a contracté des services et lui a transmis ses données soit contre tout autre tiers qui détiendrait ses données à un autre titre (p.ex. sous-traitant, tel qu'un hébergeur informatique qui traite les données pour le compte du responsable de traitement). En cas de gestion commune, la

<sup>46</sup> BESSON, p. 157 et les références citées. Cf. aussi DE WERRA, p. 204, en référence aux litiges de droit moral considérés comme arbitraux même s'ils portent sur les intérêts personnels et non économiques de l'auteur de l'œuvre du droit d'auteur.

<sup>47</sup> TF 5A\_22/2013 du 30 juin 2014, consid. 2.

<sup>48</sup> À propos de l'abrogation des personnes morales dans la nLPD, cf. *supra* note 16.

<sup>49</sup> ATF 125 III 122 ; ATF 125 III 82 consid. 1a et 2.

légitimation passive appartient à chaque co-responsable de traitement. Vu le caractère personnel de l'action, une exécution par un tiers n'entre en principe pas en ligne de compte. On réservera le cas du sous-traitant, qui pourrait être contraint par le juge de s'exécuter en lieu et place du maître du fichier respectivement du responsable de traitement (art. 8 al. 4 LPD respectivement de l'art. 23 al. 4 nLPD)<sup>50</sup>.

### C. Procédure applicable au droit d'accès

L'action en exécution du droit d'accès est soumise à la procédure simplifiée. Celle-ci est simple et rapide (art. 15 al. 4 LPD et art. 243 CPC). En pratique, la juridiction saisie exigera une avance de frais (art. 98 CPC) et la partie succombante sera condamnée à payer des frais et dépens (art. 106 CPC). Avec la révision de la LPD, la procédure simplifiée est prévue sans frais. Il n'y aura pas lieu de fournir des sûretés (art. 99 al. 3 let. d nCPC), il ne sera pas non plus perçu de frais judiciaires (art. 113 al. 2 let. g nCPC, art. 114 let. f nCPC)<sup>51</sup>. Les dépens continuent en revanche d'être répartis selon les normes usuelles (*cf.* art. 104 ss CPC). Plusieurs scénarios sans réelle partie succombante peuvent être envisagés, par exemple lorsque le débiteur répond après 30 jours mais en cours d'instance ou qu'il ne répond pas mais qu'il n'a aucune donnée du titulaire. À notre avis, le juge devrait dans ces cas répartir les dépens selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC).

Lorsque l'action est exercée par un travailleur (art. 328b CO, par renvoi à la LPD), la gratuité s'appliquera aussi puisqu'il s'agira en principe d'une contestation non pécuniaire (art. 113 al. 2 let. d et 114 let. c CPC). Elle sera aussi soumise à la procédure simplifiée qui impose la maxime inquisitoire pour tout litige relatif au contrat de travail d'une valeur litigieuse inférieure à CHF 30'000.– (art. 247 al. 2 let. b CPC)<sup>52</sup>.

Lorsque l'action en exécution du droit d'accès est couplée à un autre moyen judiciaire fondé sur l'article 15 LPD respectivement l'article 32 nLPD (not. une

<sup>50</sup> MEIER, N 1114. Avec la nLPD, la précision de l'art. 8 al. 4 LPD, selon laquelle le sous-traitant peut être le débiteur du droit d'accès dans certains cas, a été supprimée. Dès lors, le sous-traitant n'est pas tenu de renseigner lui-même la personne concernée si elle lui adresse directement une demande d'accès (cas échéant il indiquera le nom du responsable du traitement ou transmettra la demande au responsable de traitement). Il ne doit toutefois pas entraver l'exercice du droit d'accès, *cf.* Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

<sup>51</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6666.

<sup>52</sup> MEIER, N 1105.

action défensive), la règle procédurale spéciale sera écartée au profit des règles ordinaires applicables au litige dans son ensemble<sup>53</sup>.

La procédure simplifiée est aménagée de manière peu compliquée et accessible aux non-juristes (« procès civils à caractère social »)<sup>54</sup>. Quant à la forme, la demande en procédure simplifiée suppose d'abord le dépôt d'une procédure de conciliation (art. 198 CPC *a contrario*). Elle peut être ensuite formée de deux manières : soit par écrit en respectant les exigences de forme usuelles (art. 130 et 131 CPC), soit oralement par dictée au procès-verbal à faire auprès du greffe du tribunal (art. 244 al. 1 CPC). Quant au contenu, la demande doit respecter les exigences de l'article 244 alinéa 1 CPC (désigner chacune des parties ; exprimer des conclusions<sup>55</sup> ; décrire l'objet du litige ; indiquer la valeur litigieuse s'il s'agit d'une affaire patrimoniale ; dater et signer). Une motivation n'est pas nécessaire (mais demeure possible) (art. 244 al. 2 CPC). L'articulation des allégués et des moyens de preuve s'y rapportant n'est pas nécessaire, seule la description de l'objet du litige suffit<sup>56</sup>. Divers documents doivent être en outre joints à la demande (procuration du représentant s'il y en a un, autorisation de procéder et titres disponibles comme moyens de preuve) (art. 244 al. 3 CPC).

Les exigences relatives à la procédure simplifiée sont donc édulcorées en comparaison à la procédure ordinaire (art. 221 CPC) : les exigences concernant l'allégation des faits et l'indication pour chaque allégué des moyens de preuve proposés (art. 221 al. 1 let. d et e CPC) disparaissent et sont remplacées par un devoir de décrire l'objet du litige<sup>57</sup>. La demande ordinaire peut se dispenser d'une motivation juridique (art. 221 al. 3 CPC), tandis que la demande simplifiée dispense de toute motivation ; l'obligation de produire un bordereau des preuves invoquées (art. 221 al. 2 let. d CPC) disparaît s'agissant d'une demande simplifiée<sup>58</sup>.

## D. Formulation des conclusions

À propos de la formulation des conclusions, on rappellera que le demandeur doit formuler des conclusions de telle manière à pouvoir être cas échéant reprises à l'identique dans la décision et permettre une exécution forcée sans

<sup>53</sup> MEIER, N 1106. Pour la problématique du cumul d'actions, *cf. infra* IV.H.

<sup>54</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6666.

<sup>55</sup> À propos de la formulation des conclusions, *cf. infra* IV.D.

<sup>56</sup> JEANDIN/PEYROT, N 592.

<sup>57</sup> JEANDIN/PEYROT, N 593.

<sup>58</sup> JEANDIN/PEYROT, N 594.

qu'il soit nécessaire de se référer aux motifs<sup>59</sup>. On peut alors envisager deux solutions : (i) solliciter l'exécution directe<sup>60</sup> ou (ii) solliciter l'exécution indirecte, en présentant une requête au tribunal d'exécution accompagnée de tous les documents utiles, y compris l'attestation du caractère exécutoire de la demande<sup>61</sup>.

On rappellera aussi qu'avec la procédure simplifiée, le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 58 al. 2 CPC). En d'autres termes, il peut se départir des conclusions prises par les plaideurs et trancher différemment<sup>62</sup>.

Ainsi, le titulaire, qui souhaite exercer son droit d'accès, pour comprendre et vérifier la licéité du traitement, pourrait prendre les conclusions suivantes<sup>63</sup> :

*« Ordonner à [débitur du droit d'accès] de communiquer à [titulaire du droit d'accès] par écrit et sous forme électronique, dans un délai de [30 jours] et gratuitement, les informations suivantes existantes [au jour de la demande d'accès extrajudiciaire] : toutes les données personnelles concernant [le titulaire] qui sont stockées ou traitées [par le débiteur], le support (disque dur, documents papiers, etc.) n'ayant aucune importance ; la finalité du traitement ; la durée de conservation des données personnelles ; les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès du [titulaire] ; le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision ; le cas échéant, les sous-traitants et tout autre destinataire, auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que le nom de l'État vers lequel elles sont*

<sup>59</sup> BOHNET, § 1, N 86.

<sup>60</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 317 avec l'exécution directe, les mesures demandées sont prises par le tribunal saisi du fond du litige : dans son dispositif, le tribunal peut d'ores et déjà sur requête de l'une des parties, ordonner l'exécution de sa décision ou en fixer les modalités (art. 236 al. 3 CPC ; art. 337 al. 1 CPC).

<sup>61</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 209 : après le dépôt de la requête en exécution, le tribunal de l'exécution examine d'office le caractère exécutoire de la décision présentée (art. 341 al. 2 CPC) et impartit un délai à la partie intimée pour se prononcer sur la requête (art. 339 al. 2 CPC) (qui peut notamment faire valoir que la condition n'est pas remplie ou que la contre-prestation n'a pas été effectuée) avant de décider d'une mesure d'exécution (indirecte) parmi celles prévues à l'art. 343 CPC.

<sup>62</sup> JEANDIN/PEYROT, N 15.

<sup>63</sup> Il ne s'agit que d'une simple proposition que tout praticien devra adapter à la situation concrète, qui est basée sur la formulation de l'art. 25 al. 2 nLPD et dont certains éléments sont inspirés du générateur de demandes de données personnelles, outil proposé dans le cadre de l'enquête « traquer son ombre » qui s'appuie sur le site : [wiki.personaldata.io <https://labs.letemps.ch/interactive/2020/demander-ses-donnees/>](https://labs.letemps.ch/interactive/2020/demander-ses-donnees/) (consulté le 20 novembre 2020).

*communiquées et, le cas échéant, les garanties prévues pour garantir un niveau de protection approprié.*

*Cette requête couvre toutes les données personnelles [du titulaire] et en particulier [p.ex. information sur le profilage ; données de géo-localisation, logs, etc.]*

*Confirmer que ces informations sont complètes et exactes et que dès réception de la requête d'accès extrajudiciaire, les informations demandées n'ont pas été modifiées ou supprimées ou, au cas où il ne devait y avoir aucunes données personnelles [du titulaire], confirmer que [le débiteur] ne stocke ou ne traite aucunes données personnelles concernant [le titulaire].*

*Au cas où [le débiteur] ne peut pas communiquer ces informations, ou seulement partiellement, ordonner [au débiteur] de motiver sa décision.*

*Le tout sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP. ».*

## **E. Fardeau de la preuve**

Avec la procédure simplifiée relative au droit d'accès, le juge établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). Cela doit aussi permettre à des particuliers d'accéder à un tribunal sans l'aide d'un avocat (maxime inquisitoire sociale)<sup>64</sup>. Cela n'oblige pas le juge à instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position ; en revanche, elle le contraint à interroger les parties et à les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Il est précisé les parties gardent l'obligation de collaborer, notamment en renseignant le juge sur les faits et en lui indiquant les moyens de preuve disponibles (art. 160 al. 1 CPC) et que le juge pourra tenir compte de l'attitude

<sup>64</sup> La maxime inquisitoire sociale doit être appliquée avec retenue lorsque la partie est accompagnée d'un avocat, cf. CR CPC-TAPPY, art. 247 CPC, N 25. Cf. aussi TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 3.1.2: rappelant que c'est au maître de fichier d'établir que les données sont correctes et complètes. Toutefois, en cas de preuve portant sur des faits négatifs (ici l'inexistence d'informations supplémentaires sur le défendeur qui n'ont pas encore été transmises), le seul de la preuve doit être fixé de manière raisonnable et le requérant doit coopérer de bonne foi, notamment en fournissant des contre-preuves ou au moins des indications concrètes de l'existence de données supplémentaires. À propos du fardeau de la preuve relative à des données pseudonymisées, cf. HIRSCH/JACOT-GUILLARMOD, p. 160, distinguant entre les faits générateurs de droit (ici l'existence de données personnelles invoquée par le demandeur) et les faits dirimants (ici la pseudonymisation des données invoquée par le défendeur).

des parties dans le cadre de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC)<sup>65</sup>. Plusieurs scénarios peuvent être envisagés, par exemple lorsqu'une personne ouvre des procédures en justice contre n'importe qui sans même rendre envisageable que des données sont traitées. Dans ces cas, le juge tiendra non seulement compte de l'attitude des parties dans l'appréciation des preuves mais aussi pour fixer les dépens (*cf.* IV.C.).

Si dans la procédure simplifiée le juge établit les faits d'office, la simple affirmation du titulaire selon laquelle les renseignements fournis sont incomplets ou inexacts ne suffira pas à admettre qu'il en est ainsi. Il devra au moins établir des soupçons concrets, qui lui permettent de nourrir des doutes quant à l'exactitude des renseignements.<sup>66</sup> De même, le débiteur du droit d'accès qui entend refuser l'accès doit indiquer le motif pour lequel il refuse, restreint ou diffère la communication des informations (art. 9 al. 5 LPD ; art. 26 al. 4 nLPD). Il ne peut se contenter d'affirmer le motif de refus. Il doit motiver sa décision de refus de manière suffisamment détaillée pour permettre au requérant de comprendre les raisons du refus et, au besoin, de les attaquer devant les tribunaux<sup>67</sup>.

Les restrictions prévues aux articles 9 et 10 LPD doivent être appliquées par le juge, lorsqu'elles sont invoquées par le débiteur du droit d'accès (art. 9 al. 5 LPD ; art. 26 al. 4 nLPD). Le juge devra alors effectuer une pesée des intérêts en jeu<sup>68</sup>.

La prépondérance de ces intérêts sera difficile à apprécier, en particulier en cas d'ensemble de données mixtes inextricablement liées et que le débiteur fait valoir ses intérêts ou ceux de tiers (p.ex. secret d'affaires)<sup>69</sup>. Le juge tiendra

<sup>65</sup> JEANDIN/PEYROT, N 594. *Cf.* aussi ATF 139 III 13, consid. 3.2.

<sup>66</sup> MEIER, citant TAF A-420/2007 du 3 septembre 2007, consid. 4.2 ; *cf.* aussi TAF A-7183/2008 du 7 mai 2009, consid. 6. Pour une décision récente dans laquelle le titulaire plaide l'existence d'informations supplémentaires que le débiteur détiendrait et n'aurait pas transmises et le débiteur plaide l'inexistence de telles informations, *cf.* TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 3.1.2, *supra* note 63.

<sup>67</sup> SHK DSG-BAERISWYL, N 42 et 44 *ad* art. 9, citant EDSK, 10 juillet 1997, VPB 62 (1998) n° 56 cons. III.b.4 (« *il appartient à l'organe fédéral qui s'oppose à la communication de données non seulement d'affirmer, mais de prouver le motif du refus* »).

<sup>68</sup> MEIER, N 1113, relevant que les restrictions des art. 9 et 10 LPD ne seront pas appliquées, lorsque l'accès repose sur l'art. 28 CC (mesure défensive de la personnalité), mais que les intérêts des tiers et du débiteur seront pris en compte dans le cadre du principe de proportionnalité de la mesure.

<sup>69</sup> Un « *ensemble de données mixtes inextricablement liées* » comporte à la fois des données à caractère personnel et des données à caractère non personnel qui sont inextricablement liées, ce qui correspond à la majorité des ensembles de données de l'économie des données (p.ex. avec l'Internet des Objets, l'intelligence artificielle et le *Big Data*). *Cf.* Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable

aussi compte des intérêts du titulaire du droit d'accès et de son intention quant à l'exercice du droit d'accès, en particulier pour évaluer s'il y a un éventuel abus de droit<sup>70</sup>.

Pour ménager les intérêts des parties, en particulier les éventuels secrets d'affaires du débiteur ou les éventuels abus de droit du côté du titulaire, il serait intéressant que le juge adapte à l'avenir les modalités d'accès de façon flexible et créative. Par exemple, il pourrait : (i) d'abord examiner de façon confidentielle toutes les informations communiquées par le débiteur pour apprécier l'existence de secrets d'affaires et la prépondérance des intérêts des parties avant de décider de l'étendue des informations à communiquer au titulaire<sup>71</sup>, (ii) permettre au débiteur de choisir que les données ne soient pas communiquées au requérant mais à un tiers indépendant qui vérifierait le respect de la protection des données, ou encore (iii) admettre que les données soient communiquées au titulaire mais en conditionnant l'accès à une interdiction de réutiliser les données pour d'autres fins que la protection des données<sup>72</sup>.

Pour illustrer cette délicate pesée des intérêts, il suffit de songer à un litige en cours entre *Uber* et des groupes de chauffeurs *Uber*. Après plusieurs plaintes auprès des autorités nationales française et britannique, des groupes de chauffeurs ont déposé une action en justice auprès du tribunal d'Amsterdam, siège européen d'*Uber*<sup>73</sup>. Les chauffeurs réclament l'accès à leurs données afin de vérifier l'utilisation de leurs données, en particulier s'ils ne sont pas discriminés en fonction de leurs caractéristiques individuelles, tandis qu'*Uber* refuse de communiquer certaines données aux motifs qu'elles porteraient atteinte aux intérêts d'autres personnes<sup>74</sup>.

au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, COM (2019) 250 final, 29 mai 2019, pp. 9-10. Pour une analyse des bases de données mixtes et des régimes légaux applicables, cf. BENHAMOU, p. 413.

<sup>70</sup> Sur la notion d'abus de droit dans le cadre d'une demande d'accès LPD, cf. *supra* III.B.

<sup>71</sup> Sur la notion de modalités et étendue du droit d'accès, cf. *supra* IV.F.

<sup>72</sup> Cf. ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017, N 54.

<sup>73</sup> Site web de l'Union britannique des chauffeurs indépendants (ADCU) : <<https://www.adcu.org.uk/news-posts/uber-drivers-take-unprecedented-international-legal-action-to-demand-their-data>> (consulté le 21 novembre 2020).

<sup>74</sup> Site web d'*Uber*, page « Que contiennent vos données téléchargées ? » : <<https://help.uber.com/lite/riders/article/que-contiennent-vos-donnees-telchargees%C2%A0?nodeId=3d476006-87a4-4404-ac1e-216825414e05>> (consulté le 21 novembre 2020). La section mentionne que : « certaines informations ne sont volontairement pas incluses dans le téléchargement de vos données. Cela peut être pour des raisons de sécurité ou parce qu'il s'agit d'informations protégées. De même, nous n'incluons pas d'informations contenant des données personnelles de tiers que nous ne pouvons pas supprimer. »

Il sera intéressant de voir comment le Tribunal d'Amsterdam tranchera, soit si *Uber* peut se contenter d'une simple explication ou s'il devra au contraire ouvrir le cœur de son algorithme. À y regarder de plus près, le mémoire de demande des chauffeurs semble toutefois porter sur l'amélioration des conditions de travail plutôt que sur la protection des données, soit pour vérifier le lien de subordination des chauffeurs créé par l'algorithme d'*Uber* et ainsi qualifier la relation d'affaires en contrat de travail avec la protection sociale du travailleur et pour mieux négocier collectivement leurs conditions de travail<sup>75</sup>. Aussi légitime qu'une telle demande soit et en raisonnant en droit suisse, *Uber* pourrait tenter de plaider l'abus de droit (p.ex. utiliser un droit à des fins étrangères à son but) du fait que les chauffeurs cherchent à obtenir des moyens de preuve dans un procès futur sans lien avec la protection des données.

S'il est souvent difficile d'établir une intention des titulaires contraire à la protection des données et si l'abus de droit reste une *ultima ratio* difficile à plaider devant les tribunaux, le praticien prendra garde de toujours invoquer la protection des données, respectivement évitera de dévoiler une intention non conforme à la protection des données en procédure (p.ex. à travers son comportement et/ou dans son mémoire de demande), s'il veut éviter que la demande d'accès LPD soit rejetée.

## F. Modalités et étendue de l'accès aux données

Le débiteur du droit d'accès doit communiquer les renseignements par écrit et dans les 30 jours suivant la demande (art. 8 al. 5 LPD et art. 1 al. 4 OLPD ; art. 25 al. 6 et 7 nLPD)<sup>76</sup>. Les renseignements doivent être par ailleurs fournis sous une forme compréhensible et prendre les mesures de sécurité nécessaires

<sup>75</sup> Cf. mémoire en demande du 20 juillet 2020 déposé par des représentants de chauffeurs *Uber* contre *Uber BV* auprès du Tribunal civil d'Amsterdam (*Rechtbank Amsterdam, Sector Civiel*) disponible à l'adresse suivante : <<https://ekker.legal/wp-content/uploads/2020/07/Court-application-Uber.pdf>> (consulté le 21 novembre 2020). Le mémoire en demande fait notamment mention que « *The interest of transparency regarding data processing by Uber is important [to define] : employment relationship between Uber and the Uber drivers ; [...] to organize and to build collective bargaining power ; [...] to better express their interests in the discussion of public transport policy decisions.* »

<sup>76</sup> Le caractère écrit des données suppose que les données soient préparées avant transmission (p.ex. les décrypte si elles sont cryptées) et les remette de manière ordonnée (« *sous une forme intelligible* » selon l'art. 8 let. b Convention 108). Cf. MEIER, N 1071 ss, indiquant que d'autres modalités sont envisageables (p.ex. par voie électronique ou consultation sur place) mais que la personne concernée conserve en tout cas le droit d'exiger une copie écrite des informations.

(trier les données et caviarder les autres données). Le débiteur reste toutefois libre de choisir le format<sup>77</sup>, ce sous réserve des cas où le juge en décide autrement et décide d'imposer le format, par exemple parce que le titulaire l'aurait précisé dans ses conclusions que le juge aurait suivies.

Reste à savoir si le droit d'accès doit être complet ou peut être partiel, par exemple s'il doit porter sur la remise des documents de support contenant les données ou uniquement sur les données en tant que telles. Plusieurs jurisprudences en matière bancaire commencent à répondre à cette question.

Dans l'ATF 141 III 119, des ex-employés d'une banque s'opposaient à la remise par la banque de leurs données aux autorités américaines et demandaient une copie de leurs données<sup>78</sup>. Le Tribunal fédéral a condamné la banque à remettre par écrit à ses ex-employés les données personnelles les concernant et qui ont été transmises aux autorités américaines, en particulier au motif que les documents étaient pour partie caviardés et qu'aucun intérêt prépondérant de tiers, tels que les clients, ou de la banque, tels que des secrets d'affaires, ne s'y opposait (art. 9 LPD). La question est laissée ouverte de savoir s'il existait d'autres motifs pour refuser la remise de document, puisque la banque n'avait pas argumenté que les documents (non-caviardés) contenaient des données de tiers autres que celles des ex-employés. Seule était traitée la question de savoir si la consultation sur place peut être imposée au lieu de la remise d'une copie par écrit des données (art. 1 al. 3 OLPD).

Dans un arrêt du 3 juillet 2015<sup>79</sup> concernant une demande d'accès d'un créancier envers un liquidateur d'une assurance, le Tribunal fédéral a condamné ce dernier à remettre par écrit au créancier les documents suivants : documents contractuels, documents relatifs à la négociation et la résiliation du contrat, notes téléphoniques et de réunion (à l'exclusion des notes destinées à un usage exclusivement personnel exclues du champ d'application de la LPD au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LPD), des documents internes concernant les données du créancier (à l'exclusion des documents à l'usage exclusivement personnel de l'assurance) et la correspondance, dont celle avec la FINMA (à l'exclusion de la correspondance relative au mandat entre FINMA et liquidateur). En revanche, le liquidateur ne devait pas remettre les états financiers annuels, états financiers consolidés et rapports d'audit, avec leurs

<sup>77</sup> Le droit à la portabilité (droit de transférer ses données numériques d'un prestataire à l'autre) et le droit à l'interopérabilité des données (droit d'exiger des formats compatibles d'un prestataire à un autre) ne sont pas prévus dans la LPD mais peuvent être éventuellement envisagés sur la base d'autres fondements, en particulier la LCart, cf. BENHAMOU/TRAN, p. 585. La nLPD prévoit dorénavant un droit à la portabilité des données sous certaines conditions sous forme d'un « *droit à la remise ou à la transmission de données personnelles* » (art. 28 nLPD).

<sup>78</sup> ATF 141 III 119.

<sup>79</sup> TF 4A\_506/2014 du 13 janvier 2014 ; TF 4A\_524/2014 du 3 juillet 2015.

annexes, car ils ne contiennent pas de données personnelles. Le liquidateur a essayé d'argumenter qu'il existait des motifs prépondérants de tiers ou du maître de fichier devant conduire à refuser ou ajourner la demande mais a été débouté.

Dans aucune jurisprudence, le débiteur du droit d'accès n'a argumenté que seules les données personnelles en tant que telles devaient être remises, à l'exclusion du reste, par exemple du fichier lui-même. Sur cette base, certaines banques répondent à des demandes d'accès LPD, en fournissant une simple liste descriptive des données personnelles traitées, compilant les données personnelles se trouvant dans les documents sous-jacents (en excluant la correspondance de la remise des données), au lieu de procéder à un tri complet entre la correspondance contenant des données personnelles de client et les autres.

La frontière reste donc encore floue entre la remise des données en tant que telles et des documents sur lesquels ces données sont enregistrées. Selon les principes mentionnés précédemment, il y a lieu de distinguer entre des documents contenant des données personnelles et des informations ne se rapportant pas directement à la personne concernée mais justifiant la remise en raison d'un test de « singularité »<sup>80</sup>.

La nLPD précise par ailleurs que le droit d'accès porte sur les « *données personnelles traitées en tant que telles* » (art. 25 al. 2 let. b nLPD). Cela pourrait être interprété comme une limitation du droit d'accès qui porterait ainsi sur « *les données en tant que telles [...], et non toute la documentation qui peut contenir ces données et qui peut être bien plus vaste, ce qui pourrait s'avérer disproportionné* »<sup>81</sup>.

À notre avis, c'est surtout l'intérêt sous-jacent à la demande d'accès LPD qui déterminera l'étendue des documents à fournir<sup>82</sup>. Par exemple, dans les

<sup>80</sup> En matière bancaire, le droit d'accès devra inclure les documents bancaires suffisamment singuliers par rapport au client (p.ex. profil de risque concernant le client), mais pas des directives internes sans lien avec les données personnelles du client, même si elles caractérisent la relation banque-client. On peut aussi se référer aux catégories de « *Client identifying data, CID* », directes (p.ex. prénom, deuxième nom, nom de famille), indirectes (p.ex. numéro de passeport) et potentiellement indirectes des clients (p.ex. combinaison de la date de naissance, de la profession, de la nationalité), cf. Circulaire FINMA 2008/21 Risques opérationnels – banques, Annexe 2, p. 32 N 10.

<sup>81</sup> HIRSCH, en référence à l'intervention du conseiller national Damien COTTIER, lors de l'élimination des divergences concernant la LPD, session du printemps 2020, 5 mars 2020, BO 2020 N 150.

<sup>82</sup> Sous l'angle du droit d'accès LTrans, le principe de proportionnalité commande qu'un document soit au moins partiellement divulgué, après caviardage des parties couvertes par une exception, plutôt qu'entièrement refusé. Cf. TAF A-3631/2009 du

litiges fiscaux entre les banques suisses et les autorités américaines, en cas d'envoi de données personnelles aux autorités américaines, le requérant fera une demande d'accès LPD afin de vérifier les garanties mises en place avant l'envoi des données à l'étranger. De même, en cas de mandat de gestion, le requérant fera une demande d'accès LPD afin de vérifier la bonne exécution du mandat. Dans ces cas, à notre avis, la remise d'une simple liste descriptive des données personnelles ne permettra pas de procéder à une pesée des intérêts entre ceux du débiteur et du titulaire du droit d'accès, de sorte que c'est bien le document comme tel qui devrait être remis, et non une simple liste décrivant des données.

En droit européen, la question s'est aussi posée de savoir si le requérant a droit à une copie du fichier original ou s'il suffit de lui communiquer un aperçu des données sous une forme intelligible. La CJUE répond à cette question à la lumière du but du droit d'accès qui permet à la personne concernée de prendre connaissance de ses données et de vérifier que ces dernières sont exactes et traitées de manière conforme au droit afin de pouvoir, le cas échéant, exercer ses droits. Selon la CJUE : *« partant, dans la mesure où l'objectif poursuivi par ce droit d'accès peut être pleinement satisfait par une autre forme de communication, la personne concernée [ne saurait inférer de la directive] le droit d'obtenir une copie du document ou du fichier original dans lequel ces données figurent. »*<sup>83</sup>. Il suffit que le demandeur soit mis en possession d'un aperçu complet de ces données sous une forme intelligible, c'est-à-dire une forme permettant à ce demandeur de prendre connaissance desdites données et de vérifier que ces dernières sont exactes et traitées de manière conforme à cette directive, afin qu'il puisse, le cas échéant, exercer les droits qui lui sont conférés par ladite directive.

15 septembre 2009 (*« Es widerspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, den Zugang vollkommen zu verweigern ; es können neben einem eventuellen Aufschub des Zugangs betreffend die jüngsten Dokumente aus dem Jahr 2008 in diesen an wenigen Stellen und mit geringem Aufwand Streichungen und Abdeckungen vorgenommen werden, soweit der Sinn des amtlichen Dokuments bewahrt werden kann »*); TAF A-3122/2014 du 24 novembre 2014 (*« Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und der Zugang zu den amtlichen Dokumenten nur soweit einzuschränken, wie die öffentliche Sicherheit gefährdet werden könnte. Aus diesem Grund sind [...] das Titelblatt und das Inhaltsverzeichnis ohne die gesamte Ziff. 3 auszuhändigen. »*).

<sup>83</sup> CJUE, affaires jointes C-141/12, C-372/12 (YS) du 17 juillet 2014, § 58.

## G. Inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante

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 » (art. 2 al. 2 let. c LPD).

Cette inapplicabilité de la LPD repose sur l'idée que la protection de la personnalité est suffisamment assurée par les règles procédurales. Une application concurrente de la LPD dans ces hypothèses contreviendrait au principe de la sécurité du droit aurait pour conséquences un conflit de lois et retarderait inutilement les procédures<sup>84</sup>. De plus, la LPD ne devrait pas améliorer l'acquisition de preuves par une partie. L'article 2 alinéa 2 lettre c LPD a ainsi pour but d'éviter un conflit de normes<sup>85</sup>.

Dans l'ATF 138 III 425, le Tribunal fédéral a jugé que l'inapplicabilité de la LPD aux procédures civiles pendantes (art. 2 al. 2 let. c LPD) ne vaut qu'à partir du moment où une instance judiciaire (y compris l'autorité de conciliation) a été saisie. La LPD reste en revanche applicable à la phase antérieure durant laquelle une partie réunit des preuves et évalue ses chances de succès<sup>86</sup>. La possibilité (théorique) de requérir une preuve à futur avant litispendance (art. 158 CPC) ne justifie pas non plus un refus du droit d'accès, l'abus de droit demeurant réservé. C'est seulement à partir de l'introduction d'une action, par exemple d'une requête de preuve à futur qu'il y a une procédure civile pendante et que la LPD disparaît au profit des règles procédurales. *In casu*, il n'y avait pas de risque concret qu'une future partie adverse n'utilise son droit d'accès aux données de manière abusive, pour une prospection répréhensible de preuves. Ainsi, le simple risque (théorique) ne suffit pas pour restreindre le champ d'application de la LPD. Il faut tenir compte du risque (concret) d'abus de droit dans chaque cas particulier. Cette interprétation extensive du droit d'accès LPD offre notamment aux avocats une possibilité supplémentaire intéressante pour évaluer les chances de succès d'un procès civil<sup>87</sup>.

Avec la révision de la LPD, le principe reste le même. La notion de « procédure pendante » est toutefois abandonnée car il n'est question de litispendance que dans la procédure civile et ce terme aurait causé parfois des problèmes de délimitation<sup>88</sup>. Par exemple, dans les procédures pénales, la

<sup>84</sup> ATF 138 III 425, consid. 4.3 ; ATF 123 III 534, consid. 2.

<sup>85</sup> TF 4A 188/2015 du 31 août 2015.

<sup>86</sup> ATF 138 III 425, consid. 4.3.

<sup>87</sup> HEINZMANN, et les nombreuses références doctrinales.

<sup>88</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6634.

notion de procédure pendante couvre également tout acte effectué par la police dans le cadre d'une enquête, dont il est parfois difficile de définir le commencement, de sorte que certains auteurs proposent d'examiner au cas par cas du critère du caractère pendant ou non de la procédure<sup>89</sup>. La LPD dispose dorénavant qu'elle ne s'applique pas aux « *traitements de données personnelles effectués dans le cadre de procédures devant des tribunaux ou dans le cadre de procédures régies par des dispositions fédérales de procédure, ainsi que les droits des personnes concernées, obéissent au droit de procédure applicable* » (art. 2 al. 3 nLPD).

Une procédure a lieu devant un tribunal lorsqu'elle a été engagée conformément au droit de procédure applicable. Le critère décisif 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 est susceptible d'avoir des effets concrets sur cette procédure ou sur son issue, ou sur les droits procéduraux des parties.* »<sup>90</sup>. Cette approche fonctionnelle semble étendre le champ d'application de l'article 2 alinéa 2 lettre c LPD car cela ne couvre pas seulement les situations où une partie veut obtenir un accès au dossier mais aussi lorsque l'article 8 LPD pourrait avoir une conséquence sur une autre procédure initiée en parallèle par le requérant.

## H. Cumul d'actions

Le droit d'accès permet d'obtenir certaines informations. Il reste toutefois limité aux seules données personnelles du requérant, à l'exclusion de renseignements concernant des tiers. Le titulaire sera ainsi tenté de fonder sa demande d'accès sur une autre prétention.

En effet, en sus de l'article 8 LPD, différentes dispositions de droit privé permettent d'accéder à des informations détenues par un tiers. On peut songer à l'obligation de reddition de comptes du mandataire (art. 400 CO), le droit de l'agent de consulter les livres et les pièces justificatives (art. 418k al. 2 CO), le droit général d'information des actionnaires (art. 697 CO), le devoir de renseigner des époux (art. 170 CC) ou encore les règles procédurales en matière de consultation du dossier<sup>91</sup>. Ces prétentions peuvent en partie se recouper avec le droit d'accès LPD. Elles permettent toutefois souvent d'obtenir davantage d'informations que le droit d'accès LPD<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> CR CPP-FANTI/ROHMER, N 7 ss *ad* art. 97.

<sup>90</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6634.

<sup>91</sup> HEINZMANN, p. 86.

<sup>92</sup> MEIER, N 981.

Par exemple, l'action en reddition de comptes (art. 400 CO) s'étend à toute la correspondance ou autre information générée par le mandat, même si elles ne contiennent pas de données personnelles ou des données personnelles de tiers. L'action en reddition de comptes (art. 400 CO) repose toutefois sur l'existence d'une relation contractuelle et l'étendue de l'obligation est limitée aux opérations concernant le rapport de mandat<sup>93</sup>. En matière bancaire par exemple, l'ayant droit économique d'un compte bancaire voulant obtenir des informations sur son compte ne pourra ainsi pas recourir à l'action en reddition de compte mais éventuellement à une demande d'accès LPD. L'action en restitution de comptes (art. 400 CO) se prescrit enfin après 10 ans et suppose que le requérant ait un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 CPC), tandis que la demande d'accès LPD a une durée de vie illimitée et peut être invoqué en l'absence de quelconque intérêt.

Ainsi, pour obtenir davantage d'information que ses seules données personnelles, le requérant aura tendance à coupler une demande d'accès LPD avec d'autres prétentions permettant l'accès à des informations, en particulier une action en reddition de comptes (art. 400 CO). Il pourrait aussi vouloir cumuler sa demande d'accès LPD avec une prétention dommages-intérêts (p.ex. résultant de l'illicéité du traitement).

Or, sur le plan procédural, cela pose la question du cumul objectif d'actions, aux termes duquel le requérant ne peut réunir dans une même action plusieurs prétentions contre le même défendeur que pour autant que « *a. le même tribunal soit compétent à raison de la matière ; b. elles soient soumises à la même procédure* » (art. 90 CPC). Le droit d'accès LPD relève de la procédure simplifiée, tandis que les autres prétentions ne relèvent que de la procédure simplifiée si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. C'est pourquoi le requérant doit bien choisir et préciser sur quelle base juridique il fonde sa demande pour que le juge puisse déterminer la procédure applicable<sup>94</sup>. Selon le Tribunal fédéral, en matière d'action en reddition de compte (art. 400 CO), la pratique est d'apprécier la valeur litigieuse en fonction des prétentions pécuniaires auxquelles les renseignements ou documents requis peuvent servir de fondement<sup>95</sup>. Il serait ainsi théoriquement possible de cumuler en procédure simplifiée une action en reddition de compte dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- avec une action en droit d'accès LPD. Une telle action pourrait toutefois se heurter à l'abus de droit (le droit d'accès LPD

<sup>93</sup> ATF 139 III 49.

<sup>94</sup> HEINZMANN, p. 86.

<sup>95</sup> TF 4A\_640/2016 du 25 septembre 2017, consid. 1 ; ATF 126 III 445 consid. 3b.

servant uniquement aux prétentions civiles) voire à l'inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante (art. 2 al. 2 let. c LPD)<sup>96</sup>.

Ainsi, dans un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève (*listings UBS*) concernant une demande d'accès LPD et en reddition de compte par des clients d'une banque<sup>97</sup>, la Cour de justice a considéré que les deux prétentions (reddition de compte et droit d'accès) étaient différentes et que la condition de soumission à une seule procédure au sens de l'article 90 CPC n'était pas remplie. Le droit d'accès était soumis à la procédure simplifiée (maxime inquisitoire), tandis que la reddition de compte était soumise à la procédure ordinaire (maxime des débats). Le cumul d'actions n'étant pas admis en l'espèce, la Cour de Justice a considéré la demande pour les deux actions comme irrecevable<sup>98</sup>.

Le requérant qui dépose une action en reddition de compte (art. 400 CO) et/ou une action en dommages-intérêts ne pourra plus ainsi souvent pas la cumuler avec une demande d'accès LPD (du fait du cumul objectif d'actions soumis à des procédures différentes) ou déposer une demande d'accès LPD séparée (du fait de la litispendance).

Lorsque le requérant vise la recherche de preuves et qu'il n'est pas admissible de cumuler une demande d'accès LPD avec une action en reddition de compte (art. 400 CO) et/ou une action en dommages-intérêts en raison des conditions exposées, il semble envisageable de faire une demande d'accès LPD et de purger cette action, avant d'intenter une action en dommages-intérêts. Cette approche risque toutefois de se heurter à l'abus de droit (le droit d'accès

<sup>96</sup> Cf. note 31.

<sup>97</sup> Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, ACJC/1223/2019 du 22 août 2019. L'affaire concernait des listings bancaires *UBS* qui s'étaient retrouvés dans la filiale de la banque en Allemagne. Les clients avaient demandé que la banque leur remette toutes leurs données et les circonstances ayant conduit à envoyer à la filiale allemande sur la base des deux actions : en exécution du droit d'accès LPD et en reddition de compte (art. 400 CO). La demande était intitulée « *Requête en droit d'accès (art. 8 et 15 LPD) et/ou en reddition de compte (art. 400 al. 1 CO) et en constatation d'une atteinte illicite aux droits de la personnalité (art. 12 et 15 LPD)* » et contenait les conclusions suivantes : « *Ordonner à la défenderesse de donner au demandeur toute précision et documentation utiles expliquant les circonstances exactes dans lesquelles les données relatives au numéro de compte n°2 (pièce 2) se sont retrouvées en 2013 chez B AG en Allemagne. Constatier l'existence d'une atteinte illicite aux droits de la personnalité du demandeur par la présence des données relatives au numéro de compte n° 2 (pièce 2), chez B AG en Allemagne.* »

<sup>98</sup> Au lieu de considérer les actions comme irrecevables, la Cour de justice du canton de Genève aurait dû disjoindre les causes. Cf. TF 4A\_522/2019 du 7 avril 2020, considérant qu'il ne doit pas y avoir d'irrecevabilité mais disjonction des causes au sens de l'art. 125 let. b CPC si le tribunal est compétent pour traiter les deux.

LPD servant uniquement aux prétentions civiles, *i.e.* à une fin étrangère à son but), comme indiqué précédemment. Alternativement, il est possible de cumuler une action en reddition de compte (art. 400 CO) avec une action en dommages-intérêts. Cette alternative à l'avantage de pouvoir tout cumuler dans une seule action et de se heurter à l'argument de l'abus de droit, d'autant que l'on ne voit pas quels documents échapperaient à la reddition de compte qui pourraient être obtenus par la demande d'accès LPD.

## I. Mesures provisionnelles

On peut imaginer faire une demande de mesures provisionnelles dans le cadre d'une demande d'accès LPD, par exemple faisant interdiction au débiteur de modifier les données. À ce propos, on rappellera que, dès réception d'une requête d'accès LPD, le débiteur n'est plus légitimé à modifier ou à supprimer les informations demandées<sup>99</sup>. Dès lors, s'il apparaît risqué que le débiteur du droit d'accès fasse disparaître les documents ou des données personnelles, le requérant peut requérir des mesures provisionnelles demandant à interdire le débiteur du droit d'accès de modifier tout document contenant ses données personnelles (art. 262 let. a CPC). Cela supposera toutefois de démontrer la vraisemblance d'une atteinte et d'un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC), par exemple que les documents requis risquent d'être modifiés ou détruits. Par ailleurs, de telles mesures provisionnelles seront difficiles à vérifier et à exécuter.

L'accès aux données par voie provisionnelle (« accès provisionnel aux données ») a aussi été discuté par certains auteurs<sup>100</sup>. À ce propos, rappelons que les conditions d'exercice du droit d'accès varient suivant qu'il est fondé sur la LPD ou d'autres fondements. En cas de demande fondée sur un cas d'atteinte à la personnalité, on peut concevoir par exemple un droit d'accès en tant qu'action liée à la cessation ou à la prévention d'un trouble illicite fondée sur l'article 28 CC (et non plus sur l'art. 8 LPD), en particulier lorsqu'il s'agit d'éviter que naisse ou ne s'aggrave un dommage illicite résultant d'une information attentatoire<sup>101</sup>. La mesure consisterait en la remise à l'intéressé de

<sup>99</sup> MEIER, N 1039 ; *cf.* aussi HK DSG-ROSENTHAL, N 13 *ad* art. 8.

<sup>100</sup> CHERPILLOD, qui y est favorable, tandis que BARRELET/WERLY, p. 407 y sont opposés.

<sup>101</sup> ATF 97 II 97 consid. 5, ordonnant la remise à la personne concernée de certaines données qui auraient été attentatoires à sa personnalité et transmises à des destinataires. Comparé au droit d'accès LPD, les mesures défensives de la personnalité ont la particularité d'élargir la légitimation passive à toute personne ayant participé à l'atteinte et de ne pas tenir compte des motifs de restrictions des art. 9-10 LPD (mais en revanche de la proportionnalité et des éventuels intérêts de tiers) ; MEIER, N 1242-1245.

documents attentatoires à la personnalité, intimes ou confidentiels. Les articles 9 et 10 LPD ne trouvent pas application à un tel accès. Mais les principes limitant l'action au fond (proportionnalité et protection des sources) viendront encore s'ajouter l'exigence de proportionnalité de la mesure provisionnelle elle-même<sup>102</sup>.

En revanche, en cas de demande fondée exclusivement sur la LPD, on conçoit difficilement un accès provisionnel puisqu'il épuiserait définitivement le sort de la procédure au fond. C'est dans cet esprit que le TF s'est exprimé dans l'ATF 141 III 564 sur la validité d'une requête de preuve à future (*i.e* procédure probatoire spéciale à laquelle les dispositions sur les mesures provisionnelles s'appliquent) déposée par le client d'une banque. Le TF a considéré qu'en ordonnant à la banque de fournir les documents requis, le juge réglait le sort de la prétention au fond qui s'épuisait avec la communication des renseignements ou des pièces. Or, le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger, comme c'est le cas de la reddition de compte au sens de l'article 400 alinéa 1 CO<sup>103</sup>. Le Tribunal fédéral considère donc que la preuve à futur n'est pas ouverte lorsqu'elle déploie *in concreto* les mêmes effets qu'une action en reddition de compte. Cette position se justifiait pleinement dans la mesure où dans la situation jugée par le TF, le client a requis l'ensemble de la documentation bancaire en mains de la banque<sup>104</sup>.

On pourrait donc considérer que l'accès provisionnel fondé exclusivement sur la LPD serait refusé lorsqu'il porte sur les mêmes renseignements que la demande au fond (afin d'éviter d'épuiser cette dernière) mais pas lorsqu'il porte sur une étendue différente de la demande au fond et que le demandeur décrit précisément quelles données il souhaite recevoir par voies provisionnelles (ce qui les distinguerait de celles requises dans la procédure au fond).

## V. Conclusion

Avec l'augmentation des litiges portant sur le droit d'accès LPD, il semble aujourd'hui plus qu'hier nécessaire de maîtriser les aspects procéduraux. Par ailleurs, si la nLPD ne modifie pas fondamentalement le droit d'accès, elle

<sup>102</sup> CHERPILLOD, en référence à l'art. 28c CC.

<sup>103</sup> ATF 141 III 564 consid. 4.2.2 ; *cf.* aussi ATF 138 III 728 consid. 2.7 ; ATF 120 II 352 consid. 2b. Pour une analyse de la décision et de l'articulation entre la preuve à future et l'action en reddition de compte, *cf.* BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1314.

<sup>104</sup> BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315.

précise certaines notions qui pourraient faire évoluer la jurisprudence (p.ex. les cas d'inapplicabilité de la LPD, l'objet du droit d'accès).

Parmi les aspects procéduraux, on relèvera en particulier les questions du fardeau de la preuve et de pesée des intérêts des parties et le fait que le praticien évitera de dévoiler une intention (exclusivement) contraire à la protection des données pour éviter le rejet de la demande au motif de l'abus de droit.

On relèvera également les questions de modalités et d'étendue du droit d'accès, en particulier de savoir si l'accès doit être complet ou peut être partiel, et que, à notre avis, c'est surtout l'intérêt sous-jacent à la demande d'accès LPD qui déterminera l'étendue des documents à fournir.

On relèvera enfin que, entre une action judiciaire en exécution du droit d'accès LPD et d'autres prétentions d'accès, le praticien devra bien choisir et préciser le fondement de sa demande. En particulier, il gardera à l'esprit que, s'il dépose une action en dommages-intérêts et/ou d'autres prétentions d'accès, il ne pourra certainement plus la cumuler avec une demande d'accès LPD (du fait du cumul objectif d'actions soumis à des procédures différentes) ou ne pourra plus déposer une demande d'accès LPD séparée (du fait de la litispendance).

## VI. Bibliographie

### A. Littérature

**Bruno BAERISWYL/Kurt PÄRLI (éds)**, Datenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, Berne 2015 (cité : SHK DSG-AUTEUR) ; **Yaniv BENHAMOU**, Big Data and the Law : a holistic analysis based on a three-step approach. Mapping property-like rights, their exceptions and licensing practices, *in* RSDA 4/2020, pp. 393 ss ; **Yaniv BENHAMOU/Laurent TRAN**, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, *in* sic ! 11/2016, pp. 571 ss ; **Yaniv BENHAMOU/Guillaume BRAIDI/Arnaud NUSSBAUMER**, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, *in* AJP 11/2017, pp. 1307 ss ; **Denis BARRELET/Stéphane WERLY**, Droit de la communication, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011 ; **Sébastien BESSON**, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, *in* Laurent HIRSCH/Christophe IMHOOS (éds), Zurich 2018, pp. 153 ss ; **François BOHNET**, Actions civiles conditions et conclusions, Bâle 2013 ; **François BOHNET/Jacques HALDY/Nicolas JEANDIN/Philippe SCHWEIZER/Denis TAPPY**, Code de procédure civile, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-AUTEUR) ; **Andrea BONOMI**, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011 ; **Christopher BOOG/Axel BUHR/Simon GABRIEL et al. (éds)**, Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Berner Kommentar, Berne 2014 (cité : BK ZPO-AUTEUR) ; **Ivan CHERPILLOD**, Information et protection des intérêts personnels : les publications des médias, *in* RDS 1999, pp. 87 ss ; **François DESSEMONTET**, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *in* : Le droit au défi d'Internet : actes du Colloque de Lausanne, Genève 1997 ; **Jacques DE WERRA**, Using

Arbitration and ADR for Disputes about Personal and Non-Personal Data : What Lessons from Recent Developments in Europe ?, *in* American Review of International Arbitration, 2019, vol. 30, n° 2, pp. 195 ss ; **Philippe GILLIÉRON**, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *in* SJ II 2001, pp. 181 ss ; **Michel HEINZMANN**, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, Zurich 2018 ; **Célian HIRSCH/Emilie JACOT-GUILLARMOD**, Les données bancaires pseudonymisées : du secret bancaire à la protection des données, *in* RSDA 2/2020, pp. 151 ss ; **Célian HIRSCH**, Quel caviardage pour un rapport bancaire, *in* <<https://cdbf.ch/1147/>>, 2 août 2020 ; **David HOFMANN/Christian LUSCHER**, Le Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2015 ; **Nicolas JEANDIN/Aude PEYROT**, Précis de procédure civile, Zurich 2015 ; **Yvan JEANNERET/André KUHN/Camille PERRIER DEPEURSINGE (éds)**, Code de procédure pénal suisse, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR) ; **Valérie JUNOD**, L'exception des secrets commerciaux dans la LTrans, *in* Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 255 ss ; **Philippe MEIER**, Protection des données, Berne 2011 ; **Michel REYMOND**, La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet, Zurich 2015 ; **David ROSENTHAL**, Entwicklungen im privaten Datenrecht, *in* La pratique de l'avocat 2013, pp. 707 ss ; **David ROSENTHAL**, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, Jusletter du 20 février 2017 (cité : ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017) ; **David ROSENTHAL/Yvonne JÖHRI**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz (DSG), Zurich 2018 (cité : HK-Rosenthal).

## B. Documents officiels

**Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II pp. 421 ss (cité : Message LPD 1988) ; **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 pp. 6565 ss (cité : Message LPD 2017) ; **Conseil fédéral**, Rapport sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011 (cité : Rapport LPD, FF 2012).