

La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien

BENHAMOU, Yaniv, BRAIDI, Guillaume, NUSSBAUMER, Arnaud

BENHAMOU, Yaniv, BRAIDI, Guillaume, NUSSBAUMER, Arnaud. La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien. *Pratique juridique actuelle*, 2017, no. 11, p. 1302-1317

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:99768>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



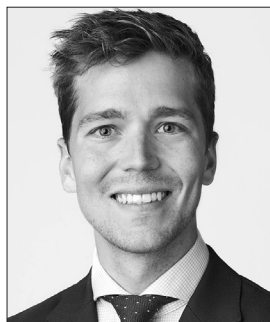


La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien

YANIV BENHAMOU*



GUILLAUME BRAIDI**



ARNAUD NUSSBAUMER***

Face à la problématique de la restitution d'informations appartenant à un client mais détenues par un tiers, le praticien dispose de plusieurs outils. Dans la majorité des cas, les rapports contractuels préexistants permettront d'exiger la restitution des données querellées en se fondant sur les actions en reddition de compte et en restitution. Toutefois, dans les situations d'urgence ou lorsque les engagements contractuels et les règles du CO ne permettent pas de récupérer les données auprès du tiers, le droit d'accès de la LPD et la preuve à futur (art. 158 CPC) sont des outils aussi intéressants qu'efficaces pour récupérer des informations auprès de tiers.

Wenn es um die Herausgabe von Informationen eines Klienten geht, die bei einem Dritten liegen, stehen dem Praktiker mehrere Instrumente zur Verfügung. In der Mehrheit der Fälle existieren vertragliche Ansprüche auf Rechenschaftsablegung oder Herausgabe der Daten. In dringenden Fällen, oder wenn sich die Forderung auf Herausgabe der Daten nicht auf einen Vertrag abstützen lässt, können das Auskunftsrecht nach DSG oder die vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO) zum Ziel führen.

Plan

- I. Introduction
- II. Une restitution d'information fondée sur un rapport d'obligations
 - A. L'obligation de restitution dans les contrats de service
 1. La distinction subtile entre le mandat et l'entreprise
 2. L'action en reddition de compte et en restitution dans les contrats d'entreprise et de mandat
 - B. Une restitution fondée sur les règles de la société simple
 - C. Des limites et des objections à l'obligation contractuelle de restitution
- III. Une restitution d'information fondée sur le droit d'accès (art. 8 LPD)
 - A. Quelques généralités sur le droit d'accès
 - B. La portée du droit d'accès
 - C. Les limites du droit d'accès
- IV. La preuve à futur (art. 158 CPC)
 - A. Quelques généralités sur la preuve à futur
 - B. La portée de la preuve à futur
 - C. Des limites de la preuve à futur ?
 - D. La récupération urgente d'informations grâce à la preuve à futur
- V. Conclusion

I. Introduction

Le praticien est souvent confronté à une même problématique : comment obtenir la restitution d'informations appartenant à un client mais détenues par un tiers en raison d'un rapport contractuel préexistant (par exemple, relation bancaire entre le client et une banque) ou en l'absence d'un tel rapport contractuel (par exemple, recherche à propos du client effectuée par une entreprise concurrente).

Par *information*, on entend ici tout type d'information quel que soit le support sur lequel l'information se trouve

* YANIV BENHAMOU, Dr en droit, avocat, Lenz & Staehelin, Genève, chargé de cours à l'Université de Genève.

** GUILLAUME BRAIDI, Dr en droit, avocat, Lenz & Staehelin, Genève.

*** ARNAUD NUSSBAUMER, Dr en droit, avocat, Lenz & Staehelin, Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg.

Nous remercions vivement Me Marie Stenger, avocate à Genève, pour sa relecture attentive et ses nombreuses suggestions et remarques, ainsi que Me Téo Genecand pour ses observations.

(support papier ou numérique, sauvegardée sur des serveurs locaux ou distants). Ainsi, peuvent être qualifiées d'information : la documentation bancaire, une liste de contacts clients d'une société, un dossier médical, les plans d'une maison, les codes sources d'un logiciel, des informations opérationnelles et commerciales sur le fonctionnement d'une société. Souvent, ces informations sont *statiques* dans le sens où elles ne font pas l'objet d'une spécification (cp. art. 726 CC) ; les informations sont auprès d'un tiers, et tant leur contenu que le support sur lequel elles reposent ne sont pas destinés à être modifié par celui-ci (absence de travail de spécification). Tel est notamment le cas lorsqu'un client remet des documents à son avocat, son médecin ou encore sa banque. Il existe cependant de plus en plus d'informations *dynamiques* qui, par l'effet du travail d'un tiers, la réorganisation ou l'agrégation, laissent la place à de nouvelles informations (spécification). Tel est notamment le cas dans le domaine de l'IT, lorsqu'un prestataire utilise différents types de données brutes et/ou personnelles fournies par le client (par exemple, texte, photo, vidéo, liste de contacts ou autres données confidentielles) pour créer de nouvelles données (par exemple, études statistiques). Tel est également le cas dans le domaine de la recherche, lorsque les prestataires utilisent des données brutes (simple enregistrement factuel du réel) pour en tirer les résultats de la recherche (*données dérivées*, ou *derived data*) ou les réorganiser sous une forme lisible afin d'obtenir un ensemble cohérent (*jeu de données*, ou *dataset*).

Lorsqu'il s'agit de récupérer des informations auprès d'un tiers, le premier réflexe du praticien est de se tourner vers les dispositions issues du droit des obligations. Le Code des obligations offre effectivement une série de prétentions en reddition de comptes et en restitution. On compte en particulier l'action en reddition de compte et en restitution des contrats de mandat et d'entreprise (art. 365 al. 2 et 400 CO) mais également le droit de contrôle issu des règles de la société simple (art. 541 CO) (*cf. infra* II.). Cependant, une restitution d'informations fondée sur ces moyens suppose l'existence d'un rapport juridique pré-existant (un contrat), condition qui ne sera pas toujours remplie. Il existe pourtant d'autres moyens permettant d'obtenir la restitution d'information, soit en particulier le droit d'accès issu de la Loi sur la protection des données¹ (*cf. infra* III.) et la procédure preuve à futur (art. 158 CPC) (*cf. infra* IV.).

II. Une restitution d'information fondée sur un rapport d'obligations

Le CO contient toute une série de dispositions relatives aux devoirs de restitution de parties engagées dans une relation contractuelle. Outre l'action en reddition de compte et en restitution issue des règles du droit du mandat (art. 400 CO), on compte l'action en reddition de compte de l'emploi de la matière fournie et en restitution dans le contrat d'entreprise (art. 365 al. 2 CO), les actions en restitution en droit du travail (art. 321b et 339a CO), celle issue du contrat d'agence (art. 418v CO), du contrat de dépôt (art. 475 CO) ou encore l'action de reddition de compte de l'associé d'une société simple (art. 541 CO). Le droit de restitution se trouve également dans de nombreuses relations contractuelles typiques de la pratique commerciale ; notamment dans les contrats de leasing², de distribution exclusive³ ou encore de franchise⁴.

Ainsi, savoir sur quel *fondement contractuel* un sujet de droit peut obtenir la restitution d'informations qui lui appartiennent suppose de qualifier les relations contractuelles auxquelles il est (ou a été) partie. Dans *les contrats de service*, cette analyse s'avère difficile. Nous nous limiterons ci-après à identifier si la restitution d'information doit s'opérer selon les règles du mandat (art. 400 CO) ou celles du contrat d'entreprise (art. 365 a. 2 CO) (*cf. infra* II.A.). Par ailleurs, le praticien ne devrait pas perdre de vue qu'aux règles issues des contrats de service peuvent se superposer celles de la société simple (*cf. infra* II.B.).

A. L'obligation de restitution dans les contrats de service

Lorsqu'une partie se prévaut d'une relation de service (par exemple, un client par rapport à une banque, une assurance, un agent immobilier, son médecin, un prestataire informatique) pour obtenir la restitution d'informations en mains de son cocontractant, il est souvent délicat de déterminer de quel fondement une telle restitution s'autorise. Le praticien aura tendance à se tourner vers l'art. 400 CO. Cependant, l'application de cet article suppose que les parties soient liées par un contrat de mandat. Or la jurisprudence montre qu'il est parfois difficile de déterminer si les parties à un contrat de service entendent être liées par un contrat de mandat, d'entreprise voire un contrat innommé (*cf. infra* II.A.1.). Cette qualification

¹ Loi du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

² PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, N 7208.

³ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 7298.

⁴ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 7432.

permet d'identifier si la restitution doit s'opérer en respect de l'art. 400 CO ou de l'art. 365 al. 2 CO, le premier fondement ayant une portée plus large que le second (*cf. infra* II.A.2.).

1. La distinction subtile entre le mandat et l'entreprise

La doctrine fait traditionnellement une distinction entre les *contrats de service de résultat et les contrats de service de moyen*⁵. Le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO) est le contrat de service de résultat par excellence⁶ alors que le contrat de mandat (art. 394 ss CO) est le contrat de service de moyen par excellence⁷.

Dans le contrat d'entreprise, le travail du débiteur de la prestation principale se traduit nécessairement par un *résultat, l'ouvrage*⁸, qui est « objectivement constatable »⁹. Le débiteur ne s'exécute valablement que lorsqu'il a livré l'ouvrage à son créancier¹⁰. Cette obligation de résultat dans le contrat d'entreprise a notamment pour corolaire que le débiteur de la prestation principale doit assumer certaines obligations de garantie (promesse d'absence de défaut ; art. 367 ss CO). Le mandat en revanche ne suppose aucune obligation de résultat¹¹.

La distinction est donc d'apparence facile. D'un côté, lorsque la qualité du travail fourni est mesurable et prend la forme d'un ouvrage, il s'agit d'un contrat d'entreprise ; de l'autre, si la qualité du travail n'est pas mesurable et donc est sujette à un aléa, il s'agit d'un contrat de mandat. Cet état de chose soulève toutefois une question. *Comment qualifier la prestation de service qui ne donne pas lieu à un ouvrage mais dont la qualité est objectivement mesurable ?* Les différents arrêts du Tribunal fédéral traitant de la distinction entre entreprise et mandat permettent de dégager une tendance.

Depuis 1983, le Tribunal fédéral considère que le contrat d'entreprise peut porter sur un *ouvrage immatériel*¹². Son raisonnement est le suivant : Le Tribunal fédé-

ral considère que le fait qu'il soit révocable en tout temps et en principe sans indemnité (art. 404 CO), le mandat se prête aux relations contractuelles présupposant une grande confiance réciproque entre les parties pendant toute leur durée au point qu'une partie ne puisse imposer à l'autre une continuation non désirée du contrat¹³. À l'inverse, le contrat d'entreprise ne peut pas être résilié en tout temps par l'entrepreneur. Il peut toutefois l'être par le maître contre indemnité (art. 377 CO) ; le Tribunal fédéral prend dès lors en considération l'intérêt légitime que peuvent avoir les contractants au respect de leurs engagements quant à l'exécution à terme d'un ouvrage¹⁴. Partant, « [s]i l'on devait exclure du contrat d'entreprise les ouvrages immatériels, en les soumettant au droit du mandat, les parties ne pourraient obtenir la protection de cet intérêt »¹⁵.

Ainsi, plutôt que de s'en tenir à des critères formels tels que l'existence d'un ouvrage ou d'un résultat, le Tribunal fédéral développe son argumentation dans cet arrêt autour de la *ratio legis* des contrats envisagés et les conséquences de la qualification juridique du contrat. Il prend en compte les conséquences de sa qualification et permet ainsi de tenir compte de l'intérêt poursuivi par chacune des parties au contrat et d'éviter que l'art. 404 CO ne s'applique là où il n'existerait aucune raison de permettre à une partie de sortir de la relation contractuelle à première demande.

Dans un arrêt de 2001 consacré à la qualification juridique du *travail d'un expert*¹⁶, le Tribunal fédéral considère que, pour qu'il y ait un contrat d'entreprise, il faut que la qualité de la prestation soit vérifiable au sens de l'art. 367 CO. Comme il l'avait fait dans son arrêt de 1983, le Tribunal fédéral fait son analyse en prenant en considération les conséquences de la qualification juridique du contrat. Si les parties sont soumises à un contrat d'entreprise, alors le maître d'ouvrage doit être en mesure de se prévaloir de la garantie en raison des défauts ce qui suppose qu'il existe une prestation livrable et qu'elle puisse faire l'objet d'une vérification conformément à l'art. 367 CO. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, une exper-

⁵ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 418 ss.

⁶ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 420 ; JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, N 1670.

⁷ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 421 ; ATF 127 III 328 c. 2a, in : JdT 2001 I 254 : « Le principal facteur qui permet de distinguer le mandat du contrat d'entreprise réside dans le fait qu'à l'inverse du mandataire, l'entrepreneur doit produire par son travail un résultat. »

⁸ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (n. 6), N 1670.

⁹ ATF 83 II 529.

¹⁰ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 3704.

¹¹ ATF 134 III 361 ; TF SJ 1991 250 c. 2.

¹² Avant tout, *cf.* ATF 109 II 34 c. 3b ; *cf.* ég. 114 II 53 c. 2b, in : JdT 1988 I 360 ; 130 III 458 c. 3.2 ; 127 III 328 c. 2a, in : JdT 2001 I

254 ; avant l'ATF 109 II 34, le Tribunal fédéral avait déjà reconnu ponctuellement que des prestations immatérielles pouvaient faire l'objet d'un contrat d'entreprise : la fourniture de l'éclairage électrique ou du chauffage (ATF 48 II 370 ss ; 83 II 529), la fourniture d'un spectacle par un organisateur (ATF 70 II 215 ; 80 II 26) ou d'une production artistique par un artiste (TF SJ 1953, 257) ou encore un orchestre (TF SJ 1961, 161).

¹³ ATF 109 II 34 c. 3b.

¹⁴ ATF 109 II 34 c. 3b.

¹⁵ ATF 109 II 34 c. 3b.

¹⁶ ATF 127 III 328, in : JdT 2001 I 254.

tise aboutissant à un résultat pouvant être vérifié selon des critères objectifs (par exemple, une expertise purement technique) constitue l'objet d'un contrat d'entreprise. Dans ce cas en effet, l'exactitude des conclusions auxquelles parvient l'expert peut être objectivement garantie et promise comme résultat¹⁷.

En 2004 enfin¹⁸, saisi d'un litige portant sur un contrat dont l'objet réside dans le bon fonctionnement d'extincteurs, le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise. Ce faisant, *il relègue au second plan la condition de l'existence d'un ouvrage*.

Ainsi, à lire la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'une partie s'engage à offrir un pur service qui ne se concrétise à aucun moment – même de façon immatérielle – et qui partant ne sera pas livré au cocontractant – comme pourrait l'être une performance artistique – mais que la qualité de ce pur service est mesurable, alors les parties sont liées par un contrat d'entreprise¹⁹.

À ce jour donc, lorsqu'un contrat de service produit un résultat mais qui ne donne pas lieu à un ouvrage, le Tribunal fédéral a tendance à le qualifier de façon pleine et entière de contrat d'entreprise²⁰. Le Tribunal fédéral penche en faveur de l'entreprise du fait que la prestation peut faire l'objet des incombances à la charge du maître (art. 367 CO) et qu'il serait inéquitable de permettre à celui-ci de sortir à première demande de la relation contractuelle (art. 404 CO).

Cette jurisprudence est en contradiction avec d'autres décisions du Tribunal fédéral. Dans une jurisprudence de 2001, le Tribunal fédéral considère à juste titre que « [s]i la relation juridique à qualifier comporte des éléments qui ne correspondent pas à la définition légale du contrat d'entreprise, au sens de l'art. 363 ss CO, ou si l'un des éléments essentiels de ce dernier fait défaut, il ne s'agit pas d'un contrat d'entreprise mais d'un contrat innommé »²¹. Or, lorsqu'un contrat de service produit un résultat mais qui ne donne pas lieu à un ouvrage (même immatériel ; par exemple, un contrat portant sur une expertise technique ou un contrat portant sur la vérification du fonctionnement d'un logiciel), l'un des éléments es-

sentuels du contrat d'entreprise fait justement défaut. Partant, le Tribunal fédéral devrait qualifier une telle relation de *contrat innommé* et non de contrat d'entreprise. Le cas échéant, le Tribunal fédéral pourrait *appliquer à chacun des éléments typiques du contrat les règles dispositives du type considéré (méthode de la combinaison)*²² ce qui lui permettrait de tenir davantage compte de l'équilibre contractuel poursuivi par les parties.

On pourrait alors imaginer qu'un contrat portant sur une expertise dont le résultat est vérifiable soit soumis aux règles de résiliation et de garantie en raison des défauts du contrat d'entreprise (art. 377 et 367), mais que la reddition de compte et la restitution s'opèrent selon l'art. 400 CO du mandat et non sur la base de l'art. 365 al. 2 CO. En effet, comme exposé ci-après, cette dernière disposition n'est pas adaptée au contrat d'expert.

Ce procédé permettrait d'éviter qu'une qualification juridique dépende des règles finalement applicables plutôt que des prestations caractéristiques. Il faudrait éviter de catégoriser définitivement une relation contractuelle dans le contrat d'entreprise uniquement pour éviter, par exemple, que l'art. 404 CO ne s'y applique²³. En effet, pareil procédé présente le risque de la soumettre à un *corpus* de disposition qui ne lui sont pas (ou peu) adaptées²⁴. D'ailleurs, en matière de contrats innommés, la méthode de complètement du contrat qui consiste à appliquer le régime dispositif complet de l'un des éléments du contrat innommé à l'ensemble de la relation contractuelle (*méthode de l'absorption*) est à juste titre critiqué en doctrine²⁵. Le Tribunal fédéral reconnaît également qu'« il ne sera que rarement possible de soumettre [le contrat] entièrement à un contrat réglé par la loi (contrat-type nommé), dès lors qu'en principe les éléments d'un contrat nommé ne l'emportent pas au point d'absorber tous les éléments qui lui sont étrangers »²⁶.

Partant, selon nous, *lorsqu'un contrat de service présente la particularité de porter sur une prestation objectivement mesurable mais qui ne se traduit pas dans*

¹⁷ ATF 127 III 328 c. 2c, in : JdT 2001 I 254.

¹⁸ ATF 130 III 458 c. 4.

¹⁹ Le Tribunal fédéral considère notamment que des travaux de nettoyage ou de vérification peuvent faire l'objet d'un contrat d'entreprise (ATF 130 III 458 c. 4) ; même constat chez FRANZ WERRO, La responsabilité contractuelle professionnelle : Entre mandat et entreprise, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds), La pratique contractuelle 5, Genève/Zurich/Bâle 2016, 7, qui se positionne non pas en faveur de critère de l'évaluation objective du résultat mais en faveur du critère de l'aléa.

²⁰ ATF 127 III 328, in : JdT 2001 I 254.

²¹ TF, 4C.387/2001, 10.9.2002, c. 3.1 (nous soulignons).

²² ATF 131 III 528 c. 7.1.1 ; sur le complètement des contrats innommés, voir PASCAL PICHONNAZ, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds), La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Genève/Zurich/Bâle 2009, 38.

²³ Les Tribunaux devraient avoir moins de peine à appliquer cet article si les modifications législatives projetées au Parlement au sujet de cette disposition venaient à aboutir. Cependant, au vu du communiqué du Conseil fédéral du 25 octobre 2017 par lequel il propose au Parlement de classer ce projet de modification législative, son aboutissement est compromis.

²⁴ Dans le même sens, TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 4343.

²⁵ PICHONNAZ (n. 22), 37.

²⁶ ATF 131 III 528 c. 7.1.1.

un ouvrage (pour reprendre les exemples ci-dessus, un contrat d'expertise technique ou encore un contrat de vérification), *il doit être qualifié de contrat innommé* et être soumis aux normes qui prennent en compte l'équilibre contractuel poursuivi par les parties selon la méthode de la combinaison.

C'est d'ailleurs précisément ce que fait le Tribunal fédéral pour *les contrats d'entreprise de durée*²⁷ (par exemple, les contrats de niveau de service [*service level agreement* ou *SLA*]²⁸, les contrats de service de marketing²⁹, les contrats de maintenance³⁰). Ceux-ci portent sur une prestation objectivement mesurable mais ne se terminent pas par la livraison d'un ouvrage mais par l'écoulement du temps ou la résiliation par une des parties. Ils ne présentent dès lors pas les caractéristiques décrites par le législateur aux art. 363 ss CO, pas plus qu'ils ne correspondent à une relation de mandat. Partant, le Tribunal fédéral les qualifie à juste titre de contrat innommés *sui generis* et leur applique les règles de la partie spéciale du CO qui se rapprochent le plus de la volonté des parties. Ainsi, *en matière de contrats d'entreprise de durée, la jurisprudence du Tribunal fédéral est claire. Il s'agit d'un contrat innommé dont le complètement se fait selon la méthode de la combinaison.*

En revanche, pour *les contrats de service de résultat qui ne se traduisent pas par un ouvrage*, le Tribunal fédéral considère d'un côté que lorsqu'un élément essentiel d'un contrat nommé manque il s'agit d'un contrat innommé³¹, mais d'un autre côté, il considère que le contrat d'expertise technique ou dont l'objet réside dans le bon fonctionnement d'extincteurs sont des contrats d'entreprise³². Il semble à ce jour davantage *pencher en faveur du contrat d'entreprise* mais sa jurisprudence permet de soutenir qu'il s'agit d'un *contrat innommé* ce qui serait préférable de retenir.

Cette tension entre contrat d'entreprise et contrat innommé ou de mandat n'est pas de nature à faciliter le

choix du praticien entre une action en reddition de compte ou en restitution fondée sur l'art. 400 CO ou sur l'art. 365 al. 2 CO. Or ces deux dispositions n'offrent pas les mêmes prétentions à la partie qui s'en prévaut.

2. L'action en reddition de compte et en restitution dans les contrats d'entreprise et de mandat

L'art. 365 al. 2 CO dispose que « [s]i la matière est fournie par le maître, l'entrepreneur est tenu [...] de rendre compte de l'emploi qu'il en a fait et de restituer ce qui en reste ». Tout comme dans le droit du mandat (art. 400 CO), cette disposition instaure *un droit à la reddition de compte et un droit à la restitution*³³. À ce jour, la doctrine considère que les principes dégagés de l'art. 400 CO peuvent être utilisés dans l'application de l'art. 365 al. 2 CO³⁴. Bien que plaisante à première vue, cette position ne tient pas suffisamment compte des différences importantes entre les deux dispositions.

- D'abord, *la portée de l'art. 365 al. 2 CO est plus réduite que celle de l'art. 400 CO*. L'art. 365 al. 2 CO ne s'applique en effet que si la matière est fournie par le maître³⁵. À ce titre, l'intitulé marginal de l'art. 365 CO (« [r]elativement à la matière fournie ») est déterminant.
- Ensuite, *le droit du maître à la restitution n'est pas général*. Contrairement au droit à la restitution de l'art. 400 CO qui porte sur tout ce qui a été remis au mandataire par le mandant et également sur ce que le mandataire a créé³⁶ ou reçu de tiers en exécution du mandat³⁷, le droit du maître se limite à *la restitution du reste de la matière* mise à disposition de l'entrepreneur.

²⁷ TF, 4A_146/2016, 18.7.2016, c. 4.3 ; 4C.231/2004, 8.10.2004, c. 2 ; 4C.387/2001, 10.9.2002, c. 3.1 ; sur le contrat d'entreprise de durée, qui ne doit pas être confondu avec le contrat de livraison successive, cf. PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011, N 322 ss.

²⁸ JACQUES DE WERRA, *Les contrats de niveau de service*, in : Internet 2005 : travaux des journées d'étude, Lausanne 2005, 133, qui qualifie ces contrats de contrats d'entreprise de durée.

²⁹ TF, 4A_146/2016, 18.7.2016, c. 4.3.

³⁰ TF, 4C.231/2004, 8.10.2004, c. 2 ; cf. ég. PIERRE-ANDRÉ MORAND, *Le contrat de maintenance : quelques développements*, in : Pascal Pichonnaz/Franz Werro (éds), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives*, Genève/Zurich/Bâle 2009, 130.

³¹ TF, 4C.387/2001, 10.9.2002, c. 3.1.

³² ATF 127 III 328, in : JdT 2001 I 254 ; 130 III 458 c. 4.

³³ THEODOR BÜHLER, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 363–379 OR, Der Werkvertrag*, 3^e éd., Zurich 1998, art. 365 CO N 45 s. ; BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, art. 365 N 15 s., in : Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (éds), *Obligationenrecht I, Basler Kommentar*, 6^e éd., Bâle 2015 (cit. BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT).

³⁴ ALFRED KOLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag*, Art. 363–366 OR, Berne 1998 (cit. BK-KOLLER), art. 365 CO N 47 ; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, 2^e éd., Zurich 1936, art. 365 CO N 4 ; dans ce sens également GEORG GAUTSCHI, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Werkvertrag*, Art. 363–379 OR, Berne 1967, art. 365 CO N 16c.

³⁵ BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT (n. 33), art. 365 N 16.

³⁶ ATF 122 IV 322 c. 3c, in : JdT 1998 IV 109 ; sous réserve des documents purement internes. Sur la définition de « documents purement internes » cf. ATF 139 III 49 c. 4.1.3, in : JdT 2014 II 217.

³⁷ ATF 139 III 49, in : JdT 2014 II 217.

Ainsi, seul « le reste » de la matière est visé par l'art. 365 al. 2 CO. La matière qui n'est pas visée par cette disposition est incluse dans l'ouvrage lui-même dont le transfert peut faire l'objet d'une action en exécution du contrat d'entreprise³⁸. Cette explication trouve sa limite lorsque le contrat d'entreprise envisagé ne se traduit pas par un ouvrage (*cf. supra* II.A.). Dans pareille situation, soit il faut reconnaître que l'art. 365 al. 2 permet de récupérer tout ce qui a été confié à l'entrepreneur ; en effet, en l'absence d'ouvrage, l'ensemble de la matière représente « le reste ». Soit il faut reconnaître que les contrats de service de résultat sans ouvrage sont des contrats innommés et non des contrats d'entreprise, et que dès lors l'art. 400 CO peut leur être appliqué par analogie, ce que nous préconisons.

Au demeurant, la façon dont le Tribunal fédéral définit l'étendue de la restitution à laquelle est tenu le mandataire s'explique notamment par le fait que celui-ci ne doit pas s'enrichir par l'exécution du mandat (en dehors de ses honoraires)³⁹. En effet, dans l'exécution du contrat, le mandataire représente le mandant et doit donc lui restituer fidèlement ce qu'il reçoit pour son compte. Or ce *rapport de représentation* n'existe pas dans le contrat d'entreprise.

- Enfin, le droit à la reddition de compte de l'art. 365 al. 2 CO a également une portée réduite par rapport au même droit issu de l'art. 400 CO. Il s'agit certes d'un droit qui peut être déduit en justice⁴⁰. Cependant il ne sert que les intérêts du maître en vue (i) soit de vérifier que le maître a bel et bien employé la matière avec soin (ii) soit de vérifier que le maître lui restitue bien la matière qui n'a pas été utilisée pour dresser l'ouvrage⁴¹. Dans la mesure où le contrat d'entreprise n'est pas un contrat de durée et qu'il prend fin à la livraison de l'ouvrage, ce droit à la reddition de compte ne peut être exercé *qu'après la livraison de l'ouvrage*. Cela ressort particulièrement bien des versions italienne et française de l'art. 365 al. 2 CO : « rendre

compte de l'emploi *qu'il en a fait* » ; « *rendegli conto dell'uso fattone* ». En revanche, le droit à la reddition de compte de l'art. 400 CO peut être exercé « en tout temps » par le mandant.

Partant, on ne saurait superposer sans aménagements la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de restitution fondée sur l'art. 400 CO aux principes applicables à la restitution de l'art. 365 al. 2 CO. Par rapport à l'art. 400 CO, la portée de l'art. 365 al. 2 CO est réduite. D'ailleurs, cette disposition n'a donné lieu qu'à très peu de contributions. L'ouvrage phare de GAUCH consacré au contrat d'entreprise⁴² n'en parle pour ainsi dire pas.

Cependant, nous l'avons vu (*cf. supra* II.A.1.), la jurisprudence du Tribunal fédéral soumet à l'ensemble des règles du contrat d'entreprise toute activité de service dont le résultat est mesurable mais qui ne se traduit pas par un ouvrage. Le Tribunal fédéral donne ainsi *une place de choix aux règles de l'entreprise* en matière de contrats de service, et donc par voie de conséquence, à l'art. 365 al. 2 CO. Or dans de nombreuses relations de service, les actions en reddition de compte et en restitution de l'art. 365 al. 2 CO ne devraient pas être adaptées au programme de prestations défini par les parties.

À cet égard, on pense notamment aux *contrats d'expertise* qui ont donné lieu à la jurisprudence précitée⁴³. Lorsque des informations sont remises à un expert afin qu'il puisse faire sa prestation d'expert, le propriétaire de ces informations devrait en tout temps être titulaire d'une prétention en reddition de compte et en restitution. Pourtant l'art. 365 al. 2 CO ne le permet pas. De même, dans la mesure où le plus souvent l'expert est rémunéré en fonction du temps qu'il travaille, la prétention en restitution et en reddition de comptes ne devrait pas uniquement porter sur ce que le cocontractant a remis à l'expert, mais sur tout ce que celui-ci a créé⁴⁴ ou reçu dans l'exécution de son expertise⁴⁵.

Cette problématique pourrait être évitée si l'on qualifiait d'innommés les contrats de service de résultat qui ne se cristallisent pas dans un ouvrage. Le cas échéant, les lacunes du contrat seraient comblées avec les règles qui s'harmonisent le mieux avec le programme de prestation poursuivi par les parties.

C'est d'ailleurs précisément le résultat auquel on arrive en matière de *contrats d'entreprise de durée*. En effet, le Tribunal fédéral les qualifie de contrats innommés

³⁸ Sous réserve du principe de l'accession, si l'entrepreneur déploie un travail qui représente davantage de valeur que la matière qui lui a été remise, il devient propriétaire de l'ouvrage ; le contrat d'entreprise se transforme alors en contrat de livraison d'ouvrage (pour tous les autres, *cf.* CR CC II-PANNATIER KESSLER, art. 726 N 6 et réf., in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet [éds], Code civil II, Commentaire Romand, Bâle 2016).

³⁹ ATF 138 III 755 c. 4.2.

⁴⁰ BK-KOLLER (n. 34), art. 365 CO N 48.

⁴¹ BK-KOLLER (n. 34), art. 365 CO N 47 ; CR CO I-CHAIX, art. 365 N 17, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Code des obligations I, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cit. CR CO I-auteur).

⁴² GAUCH (n. 27), *passim*.

⁴³ ATF 127 III 328, in : JdT 2001 I 254.

⁴⁴ ATF 122 IV 322 c. 3c, in : JdT 1998 IV 109.

⁴⁵ Cp. ATF 139 III 49, in : JdT 2014 II 217.

*sui generis*⁴⁶. Selon la méthode de la combinaison⁴⁷, pour ces contrats, l'application de l'art. 400 CO s'impose. En effet, les actions en reddition de comptes et en restitution de l'art. 365 al. 2 CO supposent que le contrat ait pris fin par la livraison de l'ouvrage. Or le caractère innommé des contrats d'entreprise de durée vient précisément du fait que le contrat prend fin non pas par la livraison d'un ouvrage mais par l'écoulement d'une certaine période. Il convient donc de s'en remettre aux principes qui découlent de l'art. 400 CO pour les contrats d'entreprise de durée. Tel sera donc le cas pour les contrats de niveau de service (*service level agreement* ou *SLA*)⁴⁸, les contrats de service de marketing⁴⁹, les contrats de maintenance⁵⁰ ou encore les contrats d'exploitation d'aéronefs.

En revanche, pour les *contrats de service de résultat qui ne se traduisent pas par un ouvrage* (pour reprendre les exemples ci-dessus, un contrat d'expertise technique ou encore un contrat de vérification), la jurisprudence du Tribunal fédéral penche en faveur du contrat d'entreprise (cf. *supra* II.A.1.). Partant, à ce stade, seul l'action de l'art. 365 al. 2 CO devrait être ouverte.

Il s'ensuit que

- lorsque le détenteur d'informations les remet à un prestataire de service pour que celui-ci lui livre *in fine un ouvrage* et que les informations font partie intégrante de l'ouvrage (spécification), il s'agit d'un contrat d'entreprise. La restitution des informations utilisées revient à réclamer la livraison de l'ouvrage selon une action en exécution. Les informations non-utilisées seront recherchées selon l'art. 365 al. 2 CO. Ces actions ne pourront être entreprises qu'une fois l'échéance fixée pour la livraison de l'ouvrage atteinte. Une restitution préalable des informations n'est possible qu'à la condition que le contrat soit résilié (cp. art. 377, 366 et 375 CO).
- Lorsque les informations ne sont *pas remises dans la perspective de la livraison d'un ouvrage*, il faut identifier si la qualité du service demandé est objectivement mesurable. Si tel n'est pas le cas, alors la restitution d'informations peut être entreprise selon les principes de l'art. 400 CO. Cette disposition s'applique également par analogie si la qualité du service est objectivement mesurable et que le service s'inscrit dans la

durée (contrat d'entreprise de durée). En revanche, en l'absence d'élément de durée, le Tribunal fédéral semble soumettre une telle relation contractuelle aux règles de l'entreprise et donc à l'art. 365 al. 2 CO, ce qui présente d'importantes difficultés pratiques.

B. Une restitution fondée sur les règles de la société simple

Le praticien ne devrait pas perdre de vue qu'en parallèle des actions en reddition de comptes et en restitution, un sujet de droit peut dans certaines circonstances obtenir la restitution d'informations en recourant aux règles de la société simple (art. 530 ss CO).

En effet, dans une décision récente mais dont la doctrine ne s'est que peu faite l'écho⁵¹, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si le client d'une banque pouvait agir en reddition de compte sur la base des articles de la société simple (art. 530 ss CO) et en particulier sur la base de l'art. 541 CO. Dans la mesure où une action fondée sur l'art. 541 CO suppose que le client et la banque soient partie à un société simple, le Tribunal fédéral a profité de cet arrêt pour identifier les conditions auxquelles des parties peuvent être considérées comme constituant une société simple au sens des art. 530 ss CO.

Dans son arrêt, il rappelle que *le contrat de société simple est un contrat de durée* qui suppose un apport (en espèce ou en nature) de chacun des associés ainsi qu'un but commun. Concernant le but commun, faisant sienne la position d'une partie de la doctrine⁵², le Tribunal fédéral considère que l'élément caractéristique du contrat de société simple réside davantage dans l'obligation de chaque associé de favoriser le but commun convenu contractuellement que dans la volonté de réaliser quelque chose en commun. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, la notion de but commun au sens de l'art. 530 al. 1 CO implique que les associés s'obligent réciproquement à favoriser ensemble l'obtention de ce but. Il y a ainsi *deux aspects* : *le but de la société*, et *le devoir contractuel commun* de favoriser celui-ci (c'est la nouveauté qu'apporte cet arrêt). Il ne suffit donc pas que les parties s'accordent à poursuivre un but déterminé ; elles doivent en même temps s'obliger à fa-

⁴⁶ TF, 4A_146/2016, 18.7.2016, c. 4.3 ; 4C.387/2001, 10.9.2002, c. 3.1.

⁴⁷ Sur cette méthode, voir PICHONNAZ (n. 22), 38.

⁴⁸ DE WERRA (n. 28), 133 qui qualifie ces contrats de contrats d'entreprise de durée.

⁴⁹ TF, 4A_146/2016, 18.7.2016, c. 4.3.

⁵⁰ TF, 4C.231/2004, 8.10.2004, c. 2 ; cf. *ég.* MORAND (n. 30), 130.

⁵¹ TF, 4A_251/2016, 13.12.2016.

⁵² WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die einfache Gesellschaft*, Art. 530–544 OR, Berne 2006, art. 530 CO, n. 65 et N 523 ; LUKAS HANDSCHIN/RETO VONZUN, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 530–551 OR, *Die einfache Gesellschaft*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (cit. ZK-HANDSCHIN/VONZUN), art. 530 CO N 27.

voriser l'atteinte de ce but par leurs efforts ou ressources mises en commun⁵³.

Cette décision appelle *deux remarques* :

- Premièrement, en considérant que la société simple suppose que les associés s'engagent contractuellement à favoriser le but commun, le Tribunal fédéral semble vouloir *limiter considérablement* les situations dans lesquelles les parties constitueraient une société simple. Un sujet de droit ne devrait ainsi plus être considéré comme l'associé d'une société simple du seul fait qu'il participe passivement à encourager la recherche d'un but commun. Un engagement contractuel en faveur de ce but – et donc un rôle actif – est désormais nécessaire pour faire partie d'une société simple.
- Secondement, quand bien même le rôle de la société simple est susceptible de se réduire à la suite de cet arrêt, il demeure de nombreuses situations où la nouvelle exigence de l'engagement contractuel est remplie. Tel est en particulier le cas dans *les consortiums de construction* où des architectes, des ingénieurs⁵⁴ mais également des banques⁵⁵ prennent des engagements contractuels en vue d'ériger ensemble ou de faire ériger par un tiers un ouvrage. Lorsqu'un des associés d'un *consortium* se charge en qualité de sous-traitant de l'ensemble des travaux confiés au *consortium* (*consortium* avec délégation interne⁵⁶), les autres associés peuvent non seulement lui réclamer des comptes sur la base de l'art. 365 al. 2 CO, mais ils devraient également être admis à se prévaloir des règles sur la société simple. De même, lorsque chaque associé d'un *consortium* s'engage à réaliser une partie de l'ouvrage convenu avec le maître (*consortium* avec communauté de parts⁵⁷), ils ont réciproquement les uns envers les autres un droit de contrôle fondé sur l'art. 541 CO. En tant qu'entrepreneurs, ils sont en revanche dépourvus du droit à la reddition de comptes de l'art. 365 al. 2 CO.

Au demeurant, lorsqu'un des associés a la qualité de gérant, ce qui représente la règle (art. 535 al. 1 CO), il

répond de sa gestion envers les autres associés également selon les règles du mandat (art. 540 al. 1 CO). Partant, il assume envers eux également les devoirs de reddition de compte et de restitution de l'art. 400 CO⁵⁸. Cependant, selon la doctrine, seuls d'autres associés gérants peuvent se prévaloir de l'art. 400 CO⁵⁹. Les associés non gérants sont uniquement au bénéfice de l'art. 541 CO⁶⁰. De l'avis de la doctrine, la différence de portée entre ces deux dispositions est ténue⁶¹.

Si elle est ténue, des différences existent tout de même. L'art. 541 CO constitue un véritable *droit de contrôle* de l'activité opérée par l'un des associés⁶². Ce droit est particulièrement étendu du fait que selon la doctrine, en intégrant la société simple, les associés restreignent leur liberté de façon importante⁶³. Ils doivent pouvoir donc avoir les outils pour s'assurer de la bonne marche de la société⁶⁴.

La doctrine considère ainsi que l'associé a un *droit de consultation très large* qui s'étend aux livres comptables de la société, aux croquis, notes ou procès-verbaux⁶⁵, pour autant qu'ils présentent un lien avec l'activité sociale⁶⁶. Le droit de contrôle de l'art. 541 CO semble donc permettre de récolter davantage d'informations que le droit de reddition de compte de l'art. 400 CO, lequel ne porte pas sur les documents purement internes⁶⁷, parmi lesquels la jurisprudence compte les études préalables, les notes, les projets, le matériel rassemblé et la comptabilité⁶⁸. *A fortiori*, ce droit de contrôle est donc également plus étendu que le droit à la reddition de compte de l'art. 365 al. 2 CO.

⁵³ TF, 4A_251/2016, 13.12.2016, c. 5.2.1.

⁵⁴ PASCAL PICHONNAZ/ARNAUD NUSSBAUMER, Garantie pour les défauts en matière de consortium de construction, in : Marc Amstutz et al. (éd.), Berne 2014, 53 ; cf. à ce sujet le règlement SIA 112/2001 ; cf. ég. PASCAL PICHONNAZ, Les règlements SIA 102/103/108, 112 révisés et leurs nouveautés, JDC 2003, 53 ss ; ANTON EGLI, Die revidierten SIA-Ordnungen : System und Merkpunkte, BRT 2003, 43 ss.

⁵⁵ PICHONNAZ/NUSSBAUMER (n. 54), 53.

⁵⁶ Sur les *consortiums* de construction avec délégation interne, cf. GAUCH (n. 27), N 253 s.

⁵⁷ GAUCH (n. 27), N 255.

⁵⁸ ZK-HANDSCHIN/VONZUN (n. 52), art. 540 CO N 35.

⁵⁹ CR CO II-CHAIX, art. 540 N 4, in : Pierre Tercier/Marc Amstutz (éds), Code des obligations II, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017 (cit. CR CO II-CHAIX) ; BSK OR II-HANDSCHIN, art. 540 N 4, in : Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter (éds), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5^e éd., Bâle 2016 (cit. BSK OR II-HANDSCHIN).

⁶⁰ CR CO II-CHAIX (n. 59), art. 540 N 4 ; BSK OR II-HANDSCHIN (n. 59), art. 540 N 4.

⁶¹ CR CO II-CHAIX (n. 59), art. 540 N 4.

⁶² CR CO II-CHAIX (n. 59), art. 541 N 2 ; BSK OR II-HANDSCHIN (n. 59), art. 541 N 3 ; ZK-HANDSCHIN/VONZUN (n. 52), art. 541 CO N 1.

⁶³ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, Berne 2015, §12 N 59 ; TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 6972.

⁶⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (n. 63), § 12 N 59.

⁶⁵ BSK OR II-HANDSCHIN (n. 59), art. 541 N 5 ; CR CO II-CHAIX, (n. 59), art. 541 N 4.

⁶⁶ ZK-HANDSCHIN/VONZUN (n. 52), art. 541 CO N 19.

⁶⁷ Sur la définition de « documents purement internes » cf. ATF 139 III 49 c. 4.1.3, in : JdT 2014 II 217.

⁶⁸ ATF 139 III 49 c. 4.1.3, in : JdT 2014 II 217 ; ATF 122 IV 322 c. 3c/aa, in : JdT 1998 IV 109.

Ainsi, quand bien même l'art. 541 CO ne confère pas de droit à la restitution, l'étendue du contrôle qu'il permet d'opérer présente un intérêt certain pour le contractant-associé qui souhaiterait contrôler le travail de son cocontractant. Ce droit, tout comme les actions en reddition de compte et en restitution de l'art. 400 CO applicable par renvoi de l'art. 540 al. 1 CO, devrait offrir au maître d'ouvrage titulaire des seules prétentions issues de l'art. 365 al. 2 CO un moyen efficace de récupérer des informations en cours d'exécution du contrat d'entreprise.

C. Des limites et des objections à l'obligation contractuelle de restitution

Le prestataire de services pourrait être tenté d'opposer à la personne qui le recherche qu'il ne consentira à la restitution d'informations que contre le paiement d'*un prix*. Il pourrait également vouloir utiliser ces informations comme moyen de *rétenion* aux fins de s'assurer le paiement de ses honoraires.

L'obligation de restitution est une obligation impérative à laquelle on ne peut renoncer valablement ; il n'est par ailleurs pas possible de renoncer à l'obligation légale (art. 364 et 398 CO) de diligence du prestataire de service⁶⁹ à laquelle se rattache l'obligation de restitution⁷⁰. Celui-ci ne peut donc objecter que la restitution d'informations est une prestation non prévue par le contrat qui pourrait donner lieu à une rémunération supplémentaire. Le prix du service doit inclure toutes les obligations, y compris l'obligation de restitution⁷¹.

S'agissant d'éventuelles *objections*, le prestataire de service ne pourra pas faire valoir les moyens de défense tels que le droit de rétenion contractuel (art. 82 CO) ou réel (art. 895 CC) lorsque les informations requises sont contenues sur un support numérique⁷². En effet, le droit de rétenion porte uniquement sur des choses réalisables par nature (art. 896 al. 1 CO), ce qui ne semble pas correspondre à des biens numériques. Il ne peut au demeurant pas porter sur l'obligation du mandant de payer les honoraires du prestataire de services en raison de l'absence de rapport d'échange au sens de l'art. 82 CO entre l'obliga-

tion (accessoire) du mandataire de redditions de comptes et de restitution et l'obligation (principale) du mandant de paiement des honoraires du mandataire⁷³.

À notre sens ainsi, le titulaire d'une action en restitution d'informations ne devrait pas pouvoir se voir opposer d'objections de son cocontractant.

III. Une restitution d'information fondée sur le droit d'accès (art. 8 LPD)

La restitution d'information peut être également envisagée sur la base du droit d'accès de la LPD. Cet outil est intéressant puisqu'il peut s'appliquer non seulement lorsqu'un tiers détient des informations concernant le client en raison d'un rapport contractuel préexistant (par exemple, relation bancaire entre le client et une banque) mais également en l'absence d'un tel rapport contractuel (par exemple, recherche effectuée par une entreprise concurrente à propos d'un tiers) et en l'absence d'un quelconque intérêt ou atteinte à la personnalité du requérant (par exemple, quand des données sont traitées de façon tout à fait licite).

Après un bref rappel de quelques généralités (*cf. infra* III.A.), nous présenterons la portée et les limites du droit d'accès, en particulier lorsqu'il est utilisé aux fins d'obtenir des preuves détenues par une partie adverse (*cf. infra* III.A. et III.B.).

A. Quelques généralités sur le droit d'accès

Le droit d'accès permet à toute personne de demander au *maître d'un fichier*⁷⁴ si des données la concernant sont traitées (art. 8 al. 1 LPD)⁷⁵.

⁶⁹ CR CO I-WERRO (n. 41), art. 400 N 6 ; JULIEN BROQUET, L'action en reddition de comptes et en restitution de l'art. 400 al. 1 CO, in : François Bohnet (éd.), *Quelques actions en exécution*, Bâle 2011, N 10 ; YANIV BENHAMOU/LANRENT TRAN, *Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité*, sic! 2016, 571 ss, 585.

⁷⁰ TERCIER/BIERI/CARRON (n. 2), N 4480.

⁷¹ BENHAMOU/TRAN (n. 69), 585.

⁷² ATF 122 IV 322 c. 3c, in : JdT 1998 IV 129 ; *cf. ég.* BENHAMOU/TRAN (n. 69), 585.

⁷³ Cf. à ce sujet BENHAMOU/TRAN (n. 69), 585 et réf.

⁷⁴ 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 (délégation de traitement, *outsourcing*), et du participant à un fichier (*Beteiligter*), 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). PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, Berne 2011, N 587 ss.

⁷⁵ Selon le législateur, le « droit d'accès est l'institution-clef de la protection des données. Sans droit d'accès, la personne concernée ne serait pas en mesure de faire valoir effectivement ses prétentions en matière de protection des données » (Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données [LPD], FF 1988 II 421 ss, 460 ; dans le même sens, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la

Seul le droit d'accès LPD sera traité ici. Il faut toutefois préciser que, en cas de *procédure pendante*, le droit d'accès disparaît au profit des *règles procédurales*, en particulier le droit de consulter le dossier (par exemple, art. 53 al. 2 CPC ; art. 97 CPP)⁷⁶. Il faut également préciser que, en cas d'*atteinte à la personnalité*, les mesures défensives de la personnalité (art. 28 CC) sont également envisageables mais qu'elles visent avant tout l'interdiction, la cessation et la réparation d'atteinte à la personnalité, et non l'accès à l'information en tant que tel⁷⁷. Il faut enfin préciser qu'il existe d'autres droits d'accès prévu par des dispositions spéciales (par exemple, Ordonnance Interpol⁷⁸, LEtr⁷⁹, LASI⁸⁰, LCA⁸¹, LCC⁸², LTrans⁸³)⁸⁴.

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)⁸⁵ et peut être invoqué indépendamment de toute atteinte aux droits de la personnalité⁸⁶ ou d'un quelconque intérêt⁸⁷.

Pour exercer son droit d'accès, le titulaire pourra le faire par le biais d'une *demande d'accès extra-judiciaire*,

en envoyant sa demande directement par écrit au débiteur et en justifiant son identité (art. 1 al. 1 OLPD⁸⁸). En cas de refus, de non-réponse ou de renseignements inexacts ou incomplets, le requérant pourra faire valoir son droit par une *action en exécution du droit d'accès* (art. 15 al. 4 LPD). La procédure devra être alors simple et rapide⁸⁹ mais pas nécessairement gratuite, contrairement à la demande d'accès extra-judiciaire⁹⁰.

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 (par exemple, CRM), le droit d'accès peut s'exercer auprès de chacun des maîtres de fichier (art. 1 al. 5 OLPD). Les renseignements doivent être fournis en principe *gratuitement*, par écrit et dans les 30 jours suivant la demande (art. 1 al. 4 OLPD ; art. 8 al. 5 LPD)⁹¹. Le maître de fichier doit communiquer des informations complètes et exactes, au risque 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)⁹².

Avec la révision de la LPD, le droit d'accès devrait rester essentiellement inchangé : le projet LPD du 15 septembre 2017 détaille les informations à fournir (incluant les pays concernés et les garanties y relatives en cas de

loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, 121).

⁷⁶ 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).

⁷⁷ 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 donc d'inclure à la fois le maître de fichier et le sous-traitant) 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. 74), N 1242–1245.

⁷⁸ Ordonnance du 21 juin 2013 concernant le Bureau central national Interpol Bern (Ordonnance Interpol ; RS 366.1).

⁷⁹ Loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20).

⁸⁰ Loi du 26 juin 1998 sur l'asil (LASI ; RS 142.31).

⁸¹ Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1).

⁸² Loi du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC ; RS 221.214.1).

⁸³ Loi du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3).

⁸⁴ Ces dispositions spéciales renvoient parfois au droit d'accès LPD, sinon elles s'appliquent cumulativement ou exclusivement à ce dernier. MEIER (n. 74), N 983 s., indiquant également que le droit d'accès peut être fondé sur d'autres droits fondamentaux (p.ex., renseignements relatifs à son ascendance).

⁸⁵ MEIER (n. 74), N 1008, indiquant que, après décès, les proches peuvent invoquer un droit d'accès (MEIER parle 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]).

⁸⁶ MEIER (n. 74), N 968.

⁸⁷ ATF 138 III 425 c. 5.4, in : SJ 2013 I 81.

⁸⁸ Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD ; RS 235.11)

⁸⁹ Elle pourra être en principe demandée sous l'angle de la procédure de cas clair (art. 257 CPC) ou de procédure simplifiée (art. 243 CC).

⁹⁰ 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).

⁹¹ La gratuité et le délai font l'objet d'exceptions prévu à l'art. 2 OLPD (qui doivent être interprétées de manière restrictive afin de ne pas entraver l'exercice du droit d'accès). Le caractère écrit des données suppose que le maître de fichier les prépare avant transmission (par exemple, les décrypte si elles sont cryptées) et les remette de manière ordonnée (« *sous une forme intelligible* » selon l'art. 8 let. b Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108 ; RS 0.235.1 ; entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998). Cf. MEIER (n. 74), N 1071 ss, indiquant que d'autres modalités sont envisageables, p.ex. par voie électronique ou consultation sur place (visionnement d'un enregistrement de vidéosurveillance, consultation de données à l'écran). La personne concernée conserve en tout cas le droit d'exiger une copie écrite des informations, MEIER (n. 74), N 1085.

⁹² MEIER (n. 74), N 1027.

transfert des données à l'étranger) mais les autres règles demeurent essentiellement les mêmes (par exemple, gratuité sous réserve de certaines exceptions, restrictions au droit d'accès)⁹³.

B. La portée du droit d'accès

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)⁹⁴.

La condition de *données personnelles* suppose que le maître de fichier transmette toutes les données personnelles, soit toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD). Cela inclut toute information qui se rapporte au requérant, qu'il s'agisse de faits ou de jugements de valeur (par exemple, 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 (par exemple, données de géolocalisation)⁹⁵. Cela exclut en revanche les données concernant des tiers. Il appartient ainsi au maître de fichier de s'organiser et de prendre les mesures de sécurité nécessaire (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 profes-

sionnel), faute de quoi il risque de porter atteinte à la personnalité de tiers⁹⁶. Le droit d'accès n'est ainsi pas conçu comme un droit à la consultation du fichier lui-même (une telle consultation soulèverait des problèmes juridiques puisqu'elle ouvrirait l'accès à des renseignements concernant des tiers), mais comme un droit de se faire communiquer directement et sous une forme compréhensible une information contenue dans le fichier⁹⁷.

La condition de *fichier* suppose de limiter les 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) et exclut ainsi les données hors fichiers. Le fait que cela puisse exclure les données contenues hors fichiers (par exemple, données isolées ou non classifiées) n'est aujourd'hui plus pertinent car les outils informatiques (agrégation ou traitement automatisé) permettent généralement de rechercher tout type de donnée, même les données isolées⁹⁸.

C. Les limites du droit d'accès

Si le droit d'accès semble être un outil intéressant permettant d'obtenir certaines informations, il reste limité pour les raisons principales suivantes. Premièrement, l'*objet* du droit d'accès est limité aux *données personnelles* du requérant contenues dans le *fichier*; à l'exclusion de renseignements concernant des tiers. Comparé au droit de consultation du dossier des règles de procédure, le droit d'accès est ainsi plus étroit car il se limite aux seules données personnelles du requérant et ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure (y compris des pièces concernant des tiers)⁹⁹.

Deuxièmement, le droit d'accès est limité par ses *modalités* : si le débiteur du droit d'accès doit communiquer les renseignements par écrit sous une forme compréhensible et prendre les mesures de sécurité nécessaires (trier les données et caviarder les autres données), il reste libre de choisir le format¹⁰⁰ et n'a aucune obligation de restituer

⁹³ Cf. Projet de 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. Le fait que les personnes morales ne seront plus protégées par la LPD (et ne pourront ainsi plus invoquer leur droit d'accès) doit être par ailleurs relativisé : les entreprises visant l'obtention d'information via le droit d'accès continueront d'agir par le biais de leur organe et employés qui pourront exercer eux le droit d'accès et obtenir le même type d'information, cf. DAVID ROSENTHAL, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, Jusletter du 20.2.2017, N 5.

⁹⁴ Pour des exemples de catégories de destinataires et de participants, cf. le formulaire officiel de déclaration des fichiers. Vu la frontière parfois tenue entre simple participant, maître de fichier et sous-traitant, il peut être difficile pour le maître de fichier de savoir 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 au contraire s'il 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).

⁹⁵ MEIER (n. 74), N 1028.

⁹⁶ MEIER (n. 74), N 1030. Cette exigence est délicate à mettre en œuvre pour le maître de fichier. 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 rapportant directement à l'autre personne.

⁹⁷ MEIER (n. 74), N 1070.

⁹⁸ MEIER (n. 74), N 1016.

⁹⁹ MEIER (n. 74), N 981.

¹⁰⁰ On se souviendra que, dans la décision CJUE, C-362/14 du 6 octobre 2015, conduisant à l'invalidation de l'ancien EU-US Safe Harbor, Max Schrems avait préalablement exercé son droit d'accès auprès de Facebook qui lui avait envoyé toutes les données le concernant sur un CD-Rom contenant 1'200 pages.

tel quel les données ni de garantir la portabilité et l'interopérabilité des données¹⁰¹.

Troisièmement, le maître de fichier se contente souvent *en pratique* de refuser une demande d'accès en raison des faibles sanctions prévues, ce qui risque de dissuader le requérant de persévérer dans sa demande puisqu'il se voit contraint d'introduire une procédure judiciaire (art. 15 al. 4 LPD), avec les frais occasionnés. Comme le formule MEIER, le rapport coût-bénéfice plaidera donc souvent en faveur de la résignation¹⁰².

Quatrièmement, le maître de fichier peut refuser, restreindre ou différer la communication des informations demandées en invoquant les *restrictions au droit d'accès* de la LPD (art. 9–10 LPD), en particulier :

- lorsqu'une *loi* au sens formel prévoit une telle restriction (art. 9 al. 1 let. a LPD) (par exemple, 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) ;
- lorsque des *intérêts prépondérants de tiers* exigent une telle restriction (art. 9 al. 1 let. b LPD). 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 séparer¹⁰³. 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 bonne foi à cette garantie (vu la profession du maître de fichier et la nature délicate de l'information, par exemple, 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 proches¹⁰⁴ ;
- lorsque les *intérêts prépondérants du maître de fichier* exigent une telle restriction (à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers) (art. 9 al. 4 LPD) 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 maître de fichier (espionnage économique) ou lorsque le maître invoque son propre intérêt à garder la confidentialité de sa stratégie pour un litige passé ou futur (éviter de révéler si, quand et sur quelle base le maître de fichier envisage déposer une action, ou éviter qu'un requérant ne formule des prétentions fasse valoir ensuite une demande d'accès visant à obtenir les échanges générés par cette menace)¹⁰⁵.

Enfin, le droit d'accès peut être refusé pour des raisons *d'abus de droit*, 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 données¹⁰⁶. 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.

L'abus de droit est admis toutefois de façon restrictive. Dans un arrêt du 17 avril 2012, le Tribunal fédéral a admis qu'un client demande à sa banque 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 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 données¹⁰⁷. 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 LPD¹⁰⁸. 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* :

¹⁰¹ 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 interopérables/compatibles d'un prestataire à un autre) ne sont pas prévus dans la LPD ni dans le projet LPD. Ces droits peuvent être éventuellement envisagés sur la base d'autres fondements, en particulier selon la LCart, cf. BENHAMOU/TRAN (n. 69), 585.

¹⁰² MEIER (n. 74), N 1126.

¹⁰³ MEIER (n. 74), N 1142 et 1145 : Il appartiendra au maître de fichier d'alléguer et de prouver l'existence de tels motifs et leur prépondérance par rapport à ceux (établie au supposé par l'existence même du droit d'accès) du requérant.

¹⁰⁴ MEIER (n. 74), N 1147 ; cf. n. 103.

¹⁰⁵ MEIER (n. 74), N 1157, qui parle d'un tel motif de restriction uniquement en lien d'un fait avec un litige passé, soit le fait que le maître de fichier puisse 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. Sur l'existence de tels motifs et leur prépondérance par rapport à ceux du requérant, cf. n. 103.

¹⁰⁶ ATF 138 III 425, in : SJ 2013 I 81 c. 5.3 ; ROSENTHAL (n. 93), N 5.

¹⁰⁷ ATF 138 III 425, in : SJ 2013 I 81 c. 4.3. Cf. aussi DAVID ROSENTHAL, Aktuelle Anwaltspraxis 2013, 731 ss.

¹⁰⁸ ATF 138 III 425, in : SJ 2013 I 81 c. 4.3.

- pour *économiser les frais* à payer normalement pour obtenir ces données¹⁰⁹ ;
- exclusivement pour *nuire au débiteur du droit d'accès*¹¹⁰ ; 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*¹¹¹.

IV. La preuve à futur (art. 158 CPC)

Les fondements juridiques permettant de récupérer des informations sont donc légion dans le droit matériel. Toutefois, *dans les contrats de service*, il peut s'avérer difficile d'identifier si la récupération d'informations s'autorise de l'art. 400 CO ou de l'art. 365 al. 2 CO. A cette difficulté s'ajoute souvent *l'urgence* de la situation puisque la valeur des informations dépend le plus souvent de leur unicité ; les risques de copie voire de totale destruction imposent donc à l'avocat d'agir avec célérité.

Par ailleurs, dans la mesure où l'action en reddition de comptes constitue le plus souvent *une étape préparatoire* à une action au fond, la partie exposée à des prétentions en reddition de comptes aura tendance à déployer toute son énergie à empêcher la partie requérante d'obtenir les informations convoitées. En cas d'échec, elle serait en effet contrainte à fournir des informations qui permettraient à sa partie adverse de fonder de manière précise d'éventuelles demandes en dommages et intérêts à son encontre.

Pour faire face à ces enjeux, le code de procédure civile offre aux parties un outil procédural souvent sous-estimé : la preuve à futur (art. 158 CPC).

Après un bref rappel de quelques généralités (*cf. infra* IV.A.), nous présenterons son étendue et ses limites (*cf. infra* IV.B. et IV.C.). Nous exposerons enfin l'une des applications concrètes de la preuve à futur qui nous a permis de récupérer des informations soustraites avant l'ouverture d'une procédure au fond et de préserver voire bloquer des informations qui présentaient une importante valeur commerciale (*cf. infra* IV.D.).

A. Quelques généralités sur la preuve à futur

La procédure de preuve à futur de l'art. 158 CPC est *une procédure probatoire spéciale* à laquelle les dispositions sur les mesures provisionnelles¹¹² et la procédure sommaire sont applicables¹¹³. La rapidité avec laquelle le juge peut donner droit au requérant d'une preuve à futur permet donc de résoudre les situations d'urgence.

Selon l'art. 158 al. 1 let. b CPC, la preuve à futur est admise lorsque *la loi confère le droit d'en faire la demande*. Tel est notamment le cas de la requête tendant à une description précise selon l'art. 77 LBI¹¹⁴ ou l'art. 367 al. 2 CO pour le contrat d'entreprise¹¹⁵. La lettre b permet aussi d'assurer la conservation de la preuve si sa mise en œuvre ultérieure devait être impossible ou même simplement plus difficile¹¹⁶, comme l'audition d'un témoin dont les jours sont comptés ou l'inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement¹¹⁷.

Enfin, la preuve à futur peut être requise lorsque le requérant rend vraisemblable *un intérêt digne de protection*. L'évaluation des chances d'obtenir gain de cause au fond ou d'apporter une preuve peut être considérée comme digne de protection. Dans ces hypothèses, le requérant doit néanmoins rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait sur la base duquel il fonde *une prétention*

¹⁰⁹ DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in : David Rosenthal/Yvonne Jöhri (éds), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2^e éd., Zurich 2008, art. 9 N 2.

¹¹⁰ TF, 4A_36/2010, 20.4.2010, c. 3.1.

¹¹¹ Cf. ROSENTHAL (n. 93), N 54, qui semble plus critique et propose des solutions pour limiter les abus, en particulier refuser les demandes qui ne visent pas *prioritairement* la protection des données, ou prévoir des *modalités* au droit d'accès qui font 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 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).

¹¹² ATC (Ie Cour de cassation civile) du 6 février 1989, X. c/ Y. (VS), in : RVJ 1990 229 c. 3a, 232 ; FRANÇOIS VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), PJA 2009, 830 ss, 835.

¹¹³ Pour quelques exceptions, voir FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, Bâle 2014, 366 ss.

¹¹⁴ Loi du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (LBI ; RS 232.14).

¹¹⁵ ATF 138 III 76 ; WALTER FELLMANN, in : Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (éds), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd. Zurich 2016, art. 158 N 10 ; d'autres dispositions octroient parfois le droit à une telle administration de preuve : art. 204 al. 2 et 3 ou encore art. 427 al. 1 CO.

¹¹⁶ FABIENNE HOHL, Procédure civile, Compétence, délais, procédures et voies de recours, Tome II, Berne 2010, N 1741, p. 318 ; PHILIPPE SCHWEIZER, Code procédure civile commenté, Bâle 2011, art. 158 CPC N 11.

¹¹⁷ VOUILLOZ (n. 112), 835 ; SCHWEIZER (n. 116), art. 158 CPC N 11.

de droit matériel. Le degré d'exigence relatif à l'intérêt digne de protection ne dépend donc en aucun cas des prétentions au fond, mais se rapporte exclusivement à la démonstration des chances de succès d'un procès subséquent¹¹⁸. En revanche, de simples allégations sur le besoin de clarifier les chances de succès d'une procédure ou d'une preuve à administrer ne sont pas suffisantes¹¹⁹.

La preuve à futur sert donc à *préserver des moyens de preuve* dont l'existence même pourrait être mise en danger (cf. *infra* III.D.) et à éviter des procès dénués de chance de succès.

L'avocat qui recourt à la preuve à futur devra toutefois prendre en compte le fait qu'en ce qui concerne *la répartition des frais* le juge n'applique pas l'art. 106 CPC, mais l'art. 107 al. 1 let. f CPC. Une fois les opérations d'administration de la preuve terminées, le juge clôt la procédure et met les frais et dépens à la charge du requérant, lequel pourra éventuellement les faire valoir ultérieurement dans le procès futur au fond. Même si la preuve à futur est un outil procédural percutant, son utilisation peut dans un premier temps générer des frais relativement importants¹²⁰.

B. La portée de la preuve à futur

Les demandes en restitution basées sur le droit matériel peuvent dans certaines situations *limiter l'objet même de la restitution* des informations. Comme vu précédemment, tel est en particulier le cas lorsqu'une demande de restitution ne peut que se fonder sur l'art. 365 al. 2 CO (cf. *supra* II.A.2.). De plus, la restitution des données fondées sur la LPD est limitée aux données purement personnelles et les sanctions prévues par la LPD sont souvent peu dissuasives (cf. *supra* III.C.).

La preuve à futur vise à administrer des moyens de preuve en lien avec une prétention matérielle. Cependant, *la qualification juridique du rapport contractuel sous-jacent ne limite pas l'objet de la preuve à futur*. Bien au contraire, les moyens de preuve à disposition du requérant ressortent exclusivement du droit procédural et sont listés aux art. 168 ss CPC. Parmi les moyens de preuve admissibles selon le CPC, on trouve notamment les « titres » (art. 168 al. 1 lit. b CPC) lesquels comprennent tous documents, tels que les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements sonores, les

fichiers électroniques et les données analogues propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC).

Partant, l'utilisation de la preuve à futur permet au requérant d'atteindre toutes informations propres à prouver des faits pertinents sans que celles-ci ne soient forcément liés au rapport contractuel sous-jacent. On constate par conséquent que la *portée de la preuve à futur est susceptible d'excéder largement celle des prétentions matérielles* et peut, dans une certaine mesure, s'y substituer. Conscient des difficultés liées à l'articulation entre droit matériel et droit procédural, le Tribunal fédéral a posé certaines limites que nous vous proposons d'exposer, puis d'examiner.

C. Des limites de la preuve à futur ?

Dans l'ATF 141 III 564, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la validité d'une requête de preuve à futur déposée par le client d'une banque. Par cette procédure probatoire spéciale, celui-ci entendait obtenir *tous* les documents lui permettant de vérifier si la banque avait fait preuve de la diligence que l'on peut attendre du mandataire. Il souhaitait démontrer (i) qu'il ne pouvait pas être tenu de rembourser à la banque les montants que celle-ci pourrait être amenée à payer dans le cadre d'un « *claw back* » et (ii) qu'il était en position de réclamer le paiement d'un montant d'au moins CHF 200'000 à titre de remise des rétrocessions perçues par la banque en relation avec les investissements effectués avec les avoirs confiés.

Le client et la banque étaient liés par un contrat de mandat si bien que la banque était exposée aux actions en restitution et en reddition de compte de l'art. 400 CO.

À juste titre, notre Haute Cour a jugé qu'en ordonnant au mandataire de fournir les documents requis, le juge *réglait définitivement le sort de la prétention*, 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'art. 400 al. 1 CO¹²¹.

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 justifie pleinement dans la mesure où dans la situation jugée par le Tribunal fédéral, le client a requis *l'ensemble de la documentation bancaire* en mains de la banque. En revanche, l'arrêt ne contient aucune indication qui infirmerait la possibilité de requérir la remise

¹¹⁸ Message du 28 juin 2006 relative au code de procédure civile Suisse, FF 2006 6841 ss, 6925.

¹¹⁹ FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, Neuchâtel 2016, art. 158 N 1 ; JACQUES HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014, N 520.

¹²⁰ ATF 140 III 30 c. 3.3–3.5, in : JdT 2016 III 314.

¹²¹ ATF 141 III 564 c. 4.2.2 ; cf. ég. ATF 138 III 728 c. 2.7 ; 120 II 352 c. 2b.

d'informations décrites de manière précise. Par ailleurs, l'examen mené par le Tribunal fédéral se limitait à l'arbitraire¹²² si bien que l'on ne devrait tirer des enseignements de cet arrêt qu'avec circonspection. En particulier, l'on ne saurait considérer que la preuve à futur devrait être exclue lorsque l'action en réédition de compte est potentiellement ouverte.

Or c'est précisément ce qu'a fait la Cour de justice de Genève¹²³. Alors que dans un arrêt rendu le 20 février 2015¹²⁴, la Cour de Justice avait laissé subsister la possibilité de requérir la remise de documents à des conditions strictes, il semble qu'elle ait définitivement fermé la porte à toute remise de documents bancaires à un client sur la base d'une requête de preuve à futur¹²⁵. Tout en concédant que l'arrêt du Tribunal fédéral portait sur la production d'un nombre indéterminé de pièces, décrites de manière générale, la Cour de justice considère à tort que l'ATF 141 III 564 empêche dorénavant d'obtenir grâce à la preuve à futur des documents pouvant faire l'objet d'une action en reddition de compte.

A notre avis, cette lecture de l'ATF 141 III 564 n'est pas correcte. Elle a en particulier pour effet d'exiger *un intérêt digne de protection plus élevé* pour les requêtes de preuve à futur précédant un procès en réédition de compte que pour celles déposées en amont de toutes autres prétentions de droit matériel. Or tel ne semble pas être la position soutenue par le Tribunal fédéral dans son ATF 141 III 564.

D'abord, notre Haute Cour ne s'est prononcée que sur le cas où les prétentions de droit procédural *épuisent définitivement le sort* des prétentions matérielles¹²⁶. Elle n'exprime nulle part la volonté d'exclure *ipso facto* tout droit de nature procédurale lorsque lesdits droits pourraient potentiellement faire l'objet d'une action au fond. La solution apportée à l'ATF 141 III 564 aurait été différente si le client n'avait requis qu'une portion de cette documentation puisque sa requête de preuve à futur ne se serait alors pas confondue avec une éventuelle demande de reddition de compte. De plus, un juge devrait considérer qu'il existe un intérêt digne de protection et par conséquent donner suite à une requête de preuve à futur lorsque le requérant cherche à obtenir *un nombre déterminé de documents, décrits de manière précise* afin de fonder subséquemment

une éventuelle action en réédition de compte. Il n'existe en effet aucune raison d'exiger un intérêt digne de protection plus élevé pour les requêtes de preuve à futur visant à évaluer les chances de succès d'un procès en réédition de compte que pour celles déposées en amont de toutes autres prétentions de droit matériel ; le critère déterminant étant que *le sort de la réédition de compte ne soit pas « épuisé » par la preuve à futur*.

En somme, les limites posées par le Tribunal fédéral *restent toutes relatives*. L'avocat avisé s'assurera de cibler aussi précisément que possible les documents qu'il juge pertinent afin d'obtenir les informations qui lui sont nécessaires sans devoir s'acquitter dans l'immédiat d'un procès long et coûteux.

D. La récupération urgente d'informations grâce à la preuve à futur

Dans notre pratique quotidienne, nous avons constaté qu'il était possible de soustraire à un tiers des informations qui se trouvaient de façon indue entre ses mains et ce, dans de très brefs délais.

Il peut arriver que malgré son départ de la société auprès de laquelle il travaillait, *un employé se trouve – consciemment ou inconsciemment – en possession d'informations appartenant à son ancien employeur*. Tel sera le cas lorsque durant son emploi ou au moment de son départ, l'ancien employé a fait des sauvegardes des informations de la société pour laquelle il travaillait sur des supports lui appartenant.

Lorsque ces informations forment *un secret* – tel est souvent le cas lorsqu'elles forment une base de données de clients, lorsqu'elles portent sur un secret de fabrication ou d'affaire – elles sont le plus souvent protégées par le droit de fond. Premièrement, parce que lorsqu'il y a un secret à protéger, les employés sont communément soumis à *une clause contractuelle* de confidentialité. Et secondement, parce que la Loi fédérale contre la concurrence déloyale¹²⁷ prohibe le comportement par lequel un sujet de droit exploite des secrets d'affaire qu'il a surpris ou dont il a eu connaissance d'une autre manière (art. 6 LCD) ; par ailleurs, l'art. 5 LCD dispose que celui qui exploite de façon indue le résultat d'un travail qui lui a été confié agit de façon déloyale.

Dans pareille situation, l'utilisation des informations par l'ancien employé pourrait entraîner pour l'ancien employeur *un préjudice irréparable*. On imagine le cas où l'ancien employé utilise au bénéfice de son nouvel

¹²² En effet, les dispositions sur les mesures provisionnelles sont applicables à la décision portant sur l'administration de preuves à futur. Par conséquent, seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée dans le recours en matière civile (art. 98 LTF).

¹²³ ACJC/885/2016, 24.6.2016.

¹²⁴ ACJC/185/2015, 20.2.2015.

¹²⁵ ACJC/885/2016, 24.6.2016.

¹²⁶ Cf. en part. ATF 141 III 564 c. 4.2.1 et 4.2.2.

¹²⁷ Loi du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD) ; RS 241).

employeur une base de données clients appartenant à son ancien employeur. Une telle utilisation constituera le plus souvent une violation contractuelle voire un acte de concurrence déloyale. En revanche, la preuve du dommage et du lien de causalité sera le plus souvent difficile à apporter. Par ailleurs, *la copie* de telles informations rendrait inutile toute restitution subséquente à l'ancien employeur.

Compte tenu du risque de copie, de telles situations présentes souvent *un caractère extrêmement urgent*. L'ancien employeur peut d'abord requérir sur mesures superprovisionnelles l'interdiction à l'ancien employé d'exploiter, modifier, consulter, communiquer ou d'utiliser de quelques manières que ce soit les données de la société, le tout sous peine prévues par l'art. 292 CP. Toutefois, cette démarche ne permet pas encore à l'ancien employeur de soustraire les informations indument en mains de l'ancien employé ni de se protéger contre la transmission desdites informations à des tiers.

En revanche, une requête de preuve à futur par voie superprovisionnelle permet à l'ancien employeur d'obtenir du tribunal qu'il ordonne à l'ancien employé de remettre immédiatement à un huissier mandaté les supports sur lesquels les informations appartenant à l'ancien employeur sont enregistrées.

Une telle démarche permet à l'ancien employeur de soustraire les informations en mains de son ancien employé et de vérifier ultérieurement – par l'entremise d'une expertise judiciaire – si les informations contenues sur les supports saisis ont été copiées ou transmises à un tiers.

L'intérêt digne de protection de l'ancien employeur existe du fait que, dans la perspective d'un procès fondé sur une violation contractuelle ou une violation de la LCD, une administration des preuves basée sur l'art. 158 CPC s'avère nécessaire puisqu'il est impossible de déterminer exactement quelles informations ont été transférées depuis l'ordinateur appartenant à l'ancien employé. De plus, l'écoulement du temps ne fait qu'augmenter le risque que l'ancien employé copie les informations sur un nouveau support, puis formate les données de base, rendant dès lors l'administration des preuves difficile voire impossible.

Par la requête de preuve à futur par voie superprovisionnelle, l'ancien employeur opère *de facto une saisie sur les disques* durs et protège ainsi les données qui lui avaient été volées quelques jours auparavant.

Le praticien dispose de plusieurs outils. Dans la majorité des cas, les rapports contractuels préexistants permettront d'exiger la restitution des données querellées en se fondant sur les actions en reddition de compte et en restitution. Toutefois, dans les situations d'urgence ou lorsque les engagements contractuels et les règles du CO ne permettent pas de récupérer les données auprès du tiers, le droit d'accès de la LPD et la preuve à futur (art. 158 CPC) sont des outils aussi intéressants qu'efficaces pour récupérer des informations auprès de tiers.

V. Conclusion

Face à la problématique de la restitution d'informations appartenant à un client mais détenues par un tiers, le prati-