



Arrêt du 19 avril 2018

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Claudia Pasqualetto Péquignot, Kathrin Dietrich, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

République Démocratique du Congo,
Ministère de la Justice et Droits Humains,
représentée par Maître Pierre Bayenet,
recourante,

contre

Ministère public de la Confédération,
Taubenstrasse 16, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Protection des données (demande de consultation
d'un dossier pénal).

Faits :**A.**

La République démocratique du Congo a, par son mandataire suisse, requis du Ministère public de la Confédération la consultation du dossier pénal de la procédure (...).

A l'appui de sa requête du 11 février 2016, complétée le 8 juin 2016, la République démocratique du Congo a prétendu qu'elle n'avait pas été informée, et n'avait donc pas pu se porter partie plaignante, de ladite procédure pénale ouverte par le Ministère public de la Confédération contre le directeur de A. _____ SA, subsidiairement contre A. _____ SA, pour complicité de pillage et blanchiment, sur dénonciation pénale formée le 30 octobre 2013 par l'ONG B. _____. Elle a précisé que, selon la dénonciation pénale dont elle avait pu se procurer une copie, A. _____ SA aurait raffiné, fondu et écoulé sur le marché, en connaissance de cause, de l'or extrait du sol congolais, en violation du droit national et international, pour être transporté vers l'Ouganda où il était acheté par D. _____, qui elle-même le revendait à C. _____ Ltd qui le faisait raffiner par A. _____ SA en Suisse ; que cette procédure pénale avait été classée par décision du Ministère public de la Confédération du 10 mars 2015, contre laquelle aucun recours n'avait été déposé faute de partie plaignante ; et que, dans son ordonnance de classement, le Ministère public de la Confédération avait retenu que les faits allégués par l'ONG B. _____ étaient exacts, en ce sens que l'intégralité des éléments objectifs constitutifs de l'infraction de complicité de pillage était réalisée par A. _____ SA, mais que l'élément subjectif n'était pas réalisé, faute d'avoir pu prouver que les organes de dite société avaient conscience et volonté de ces éléments objectifs.

La République démocratique du Congo, se prévalant des dispositions de l'art. 19 al. 1 d de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1) à l'appui de sa demande de consultation du dossier pénal SV.13.1374 précité et d'en tirer copie, a exposé qu'elle entendait agir civilement contre A. _____ SA, C. _____ Ltd et D. _____, en application de l'art. 41 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220), aux fins de faire condamner ces trois sociétés à rembourser à l'Etat congolais, ou au titulaire des concessions provisoirement évincées, tout ou partie du dommage qu'ils avaient subi. Elle a invoqué, à ce titre, qu'il apparaissait que les actes d'enquêtes effectués sur mandat du Ministère public de la Confédération pourraient lui permettre de renforcer sa position dans le cadre de la procédure civile, en ajoutant que, de toute évidence, A. _____ SA n'avait aucun intérêt à ce que la République démocratique

du Congo bénéficie de telles informations, qui pourraient lui permettre de faire valoir des prétentions juridiques à son encontre.

B.

Le Ministère public de la Confédération a, par lettre du 13 septembre 2016, répondu à la République démocratique du Congo que, s'il était possible selon l'art. 19 al. 1 let. d LPD – applicable conformément à l'art. 99 al. 1 du Code procédure pénal du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0) – de communiquer des données personnelles après la clôture de la procédure pénale si la personne concernée refusait de manière abusive de fournir des données qui la concernaient, le droit d'accès prévu par la LPD était lui-même soumis à l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS, RS 210) ; qu'une utilisation du droit d'accès à des données protégées était contraire à son but et, partant, constitutive d'un abus de droit, lorsqu'une requête constituait – comme en l'espèce – une pêche aux renseignements (« fishing expedition »), à savoir était déposée dans le seul but de se renseigner sur une (future) partie adverse et de se procurer des preuves qu'une partie n'aurait sans cela pas pu obtenir, la LPD n'ayant pas pour vocation de faciliter la recherche de preuves ou d'intervenir dans le droit de la procédure civile ; que la requête de la République démocratique du Congo relevait d'un tel abus de droit dans la mesure où, de son propre aveu, elle ne visait que l'obtention d'informations utiles en vue de l'ouverture d'un procès civil qui s'annonçait ardu.

C.

C.a Par mémoire du 14 octobre 2016, la République démocratique du Congo (la recourante) interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral à l'encontre du rejet de sa requête, en concluant à ce qu'elle soit autorisée à accéder au dossier de la dénonciation pénale dirigée contre la société A. _____ SA. A l'appui de ses conclusions, elle précise en substance avoir appris par les médias, tardivement, l'existence de la décision de classement de l'autorité inférieure, de sorte qu'elle n'a pas pu recourir. Sur le fond, elle conteste l'argumentation juridique du Ministère public de la Confédération (l'autorité inférieure), dans la mesure où, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, une demande d'accès ne serait pas abusive du fait qu'elle interviendrait aussi en vue d'une possible procédure en dommages-intérêts.

C.b Dans sa réponse au recours du 15 décembre 2016, rédigée en langue allemande, l'autorité inférieure donne des précisions quant à la procédure pénale qui fait l'objet de la demande d'accès. Quant au fond, elle conclut au rejet du recours sous suite de frais. Elle est d'avis que, conformément

à l'art. 8 LPD, le droit d'accès n'est pas soumis à la justification d'un intérêt, sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit. Or, en l'espèce, la demande d'accès aurait pour seul but d'obtenir des preuves qu'il ne serait pas possible d'obtenir autrement, ce qui serait constitutif d'un abus de droit. Ensuite, elle retient que le droit des parties à une procédure civile, auparavant parties à une procédure pénale, à accéder, sur le fondement de l'art. 8 LPD, au dossier d'une procédure pénale close ne s'étendrait qu'à leurs propres données personnelles, et non à celles de tiers sans l'accord de ces derniers, et que, conformément aux articles 17 al. 2 let. c et 19 al. 1 let. b LPD, des données sensibles ou des profils de personnalité ne peuvent être communiquées sans l'accord exprès de la personne concernée, un tel accord d'A. _____ SA faisant défaut en l'espèce. Enfin, l'exception de l'art. 19 al. 1 let. d LPD, qui permet de faire abstraction du refus de la personne concernée, ne pourrait pas être invoqué par la recourante car elle n'a pas rendu vraisemblable l'existence de prétentions juridiques à l'égard d'A. _____ SA ou d'autres parties à la procédure. Selon l'autorité inférieure, l'unique but de la requête est d'enquêter sur A. _____ SA.

D.

D.a Par réplique du 20 février 2017, la recourante relève que les données contenues dans le dossier pénal en cause la concernent, dans la mesure où il porte sur des soupçons de blanchiment et de complicité de pillage pour trois tonnes d'or extraites illégalement par des rebelles du sol congolais, exactions illégales dont elle est la victime. Ainsi, en tant que lésée par une infraction pénale contre son patrimoine, il est légitime qu'elle cherche à en identifier les auteurs et les complices afin d'obtenir l'indemnisation du dommage qu'elle a subi.

Pour le surplus, la recourante conteste l'abus de droit qui lui est opposé. D'une part, tel ne serait pas le cas lorsque celui qui souhaite obtenir des informations les demande dans le but de récolter des preuves et d'évaluer les chances de succès d'une future action judiciaire. D'autre part, l'autorité inférieure retiendrait à tort qu'une action en responsabilité civile n'entre pas dans la catégorie des exceptions pour lesquelles s'applique l'art. 19 al. 1 let. d LPD. Or l'accès au dossier pénal lui permettrait, malgré le classement dont il a fait l'objet, d'identifier les autres acteurs du crime de pillage et leurs éventuels complices, ainsi que d'entreprendre des actions civiles ou pénales à leur encontre.

D.b Par duplique du 21 mars 2017, l'autorité inférieure se réfère à ses écritures précédentes et précise que l'objet de la procédure de recours était la

demande d'accès au sens de l'art. 19 al. 1 let. d LPD, et non le droit d'accès au sens des articles 8 ss LPD.

D.c Dans ses observations finales du 24 avril 2017, la requérante a précisé que sa première demande de consultation du dossier, le 11 février 2016, ne mentionnait aucune base légale. Ultérieurement, elle a invoqué certaines dispositions de la LPD en une argumentation qui n'était toutefois pas exhaustive et n'excluait ni l'invocation d'autres dispositions de la même loi, ni même l'invocation ultérieure d'autres lois. Elle n'est en aucun cas forclosée à invoquer de nouveaux arguments juridiques et l'autorité inférieure ne peut lui opposer le fait que sa demande d'accès aux données soit fondée uniquement sur l'art. 19 al. 1 let. d LPD. Cela d'autant que le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office.

D.d Le Tribunal a ensuite annoncé aux parties que la cause était gardée à juger.

E.

Les autres faits et arguments des parties seront repris au besoin dans les considérants en droit qui suivent.

Droit :

1.

1.1 La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (cf. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (cf. art. 7 PA) et la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît – sous réserve des exceptions de l'art. 32 LTAF, non réalisées en l'espèce – des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En l'occurrence, le Ministère public de la Confédération – qui intervient à titre d'autorité administrative dans ce cadre – (cf. ATF 136 I 80 consid. 1.1, arrêt du Tribunal fédéral 1 C_13/2016 du 18 avril 2016 consid. 1) – peut être qualifié d'unité décentralisée rattachée administrativement au Département fédéral de justice et police (cf. ATF 136 II 23 consid. 4.3.2 et les références ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7161/2009 du 22 août 2011 consid. 1.1). Il constitue ainsi une autorité précédente au sens de l'art. 33 let. d LTAF et est également un organe fédéral au sens des articles 2 al. 1 let b et 3 let. h LPD.

1.3 La nature décisionnelle au sens de l'art. 5 PA de la communication du 13 septembre 2016, acte unilatéral par laquelle l'autorité inférieure rejette la demande de consultation au sens de la LPD, n'est pas contestée par les parties. A juste titre, car, même sans être désignée formellement comme telle, elle en remplit les conditions matérielles, posées par l'art. 5 al. 1 let. c PA qui sont déterminantes (cf. ATAF 2016/28 consid. 1.4.1 et les références), dans la mesure où elle est fondée sur le droit public fédéral et a pour objet de rejeter une demande tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations.

1.4 Interjeté dans le délai légal (cf. art. 50 al. 1 PA) et dans les formes prescrites (cf. art. 52 al. 1 PA) par le destinataire de la décision litigieuse qui a participé à la procédure devant l'autorité inférieure et a un intérêt digne de protection à l'attaquer (cf. art. 48 al. 1 PA), le recours est recevable, sous réserve du considérant 2.2 ci-après, et il convient d'entrer en matière sur ses mérites.

2.

2.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation des faits et l'opportunité de la décision attaquée (cf. art. 49 PA). Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATAF 2014/24 consid. 2.2).

2.2 Le présent litige porte sur la question de savoir si la recourante peut avoir accès au dossier pénal (...). A cet égard, outre les dispositions de la LPD, elle invoque également, à l'appui de ses conclusions finales, « toute autre législation », arguant que sa demande initiale de consultation ne se référait pas à la LPD. Le Tribunal observe toutefois, qu'invitée par l'autorité inférieure à préciser le fondement légal de sa demande lors de son dépôt, la recourante s'est référée uniquement à la LPD et que la décision dont est recours – qui fixe l'objet de la contestation (cf. ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1) – ne tranche le litige que sous l'angle de la protection des données. De même, dans son recours et ses écritures subséquentes, le débat a porté uniquement sur la LPD.

Cela étant, quand bien même la recourante ne le prétend pas dans son écriture en recours, l'on doit se demander s'il ne revenait pas à l'autorité inférieure de se saisir d'office de cette question en examinant la demande de consultation du dossier également sous l'angle du droit de procédure. En effet, saisie d'une demande d'accès du dossier, elle ne pouvait se contenter d'interpeller la recourante au sujet de la base légale fondant sa requête. Il faut ainsi considérer que l'autorité inférieure a failli en limitant son examen à la LPD, ce qui doit lui être opposé.

2.3 En conséquence, le Tribunal examinera également l'objet du droit procédural de consulter un dossier – dans la mesure en particulier où il peut aussi concerner un dossier archivé (*Akteneinsichtsrecht*) –, lequel a un champ d'application propre et distinct du droit d'accès déduit de la LPD (*Auskunftsrecht*), loi sur laquelle repose le refus de l'autorité inférieure (cf. *infra* consid. 5). Avant cet examen, le Tribunal rappellera le droit pertinent en matière de protection des données (cf. *infra* consid. 3), pour se demander ensuite s'il y a lieu de faire droit aux conclusions de la recourante fondées sur la LPD (cf. *infra* consid. 4).

3.

Afin de déterminer l'objet du droit d'accès déduit de la LPD (*Auskunftsrecht*), il sied tout d'abord de définir le champ d'application de celle-ci.

3.1

3.1.1 La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (cf. art. 1 LPD ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_88/2017 du 29 novembre 2017 consid. 5.2.3). Elle régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées (cf. art. 2 al. 1 let. a LPD) ou des organes fédéraux (cf. art. 2 al. 1 let. b LPD). 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 (cf. art. 2 al. 2 let. c LPD). Ceci vaut depuis l'introduction de ces procédures jusqu'à leur clôture, laquelle intervient lorsque plus aucun moyen de droit, même extraordinaire, ne peut être interjeté contre la décision (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5430/2013 du 28 janvier 2015 consid. 1.3.2.9, A-4202/2007 du 30 novembre 2007 consid. 4.2.1 ; cf. RALPH GRAMIGNA/URS MAURER-LAMBROU, in: Maurer-Lambrou/Blechta, *Datenschutzgesetz -Öffentlichkeitsgesetz*, Basler Kommentar [BSK-DSG/BGÖ], 3ème éd., Bâle 2014, art. 2 LPD n° 26).

3.1.2 Cette exception repose sur l'idée que la protection de la personnalité est réglée et assurée de façon suffisante par les normes spéciales des procédures en question (cf. ATAF 2016/28 consid. 2.2). C'est le cas notamment des dispositions sur le droit d'être entendu, le droit d'accéder au dossier (cf. *infra* consid. 5) et le droit de participer à l'administration des preuves (cf. Message du Conseil fédéral du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données [MCF-LPD], in: FF 1988 II 421, 450). Une application concurrente de la LPD dans ces hypothèses contreviendrait au principe de la sécurité du droit, aurait pour conséquence un conflit de lois et retarderait inutilement les procédures (cf. ATF 138 III 425 consid. 4.3, ATF 123 III 534 consid. 2e). L'art. 99 al. 1 CPP, qui dispose précisément qu'*après* la clôture de la procédure, le traitement des données, la procédure et les voies de droit sont régis par les dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données, constitue en quelque sorte le pendant de l'art. 2 al. 2 let. c LPD.

3.1.3 Cela étant, pour exclure l'application de la LPD, il faut qu'une procédure soit pendante de manière à déclencher l'application des normes de procédure applicables, comme il résulte de la teneur littérale de son texte et du but de la norme (cf. ATF 138 III 425 consid. 4.3).

Une procédure civile est donc « pendante », au sens de l'art. 2 al. 2 let. c LPD, lorsqu'une instance judiciaire en a été saisie, et au plus tard au moment de la litispendance au sens du droit de procédure civile (cf. art. 62 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC, RS 272]). La notion de « procédure civile pendante » ne concerne pas *la phase antérieure* durant laquelle les parties constituent leurs dossiers, réunissent les preuves et évaluent leurs chances de succès dans une procédure éventuelle (cf. ATF 138 III 425 consid. 4.3).

En matière pénale, lorsque le ministère public ordonne le classement d'une procédure (cf. art. 319 CPP), la situation est complexe. Une ordonnance de classement – qui ne traite jamais des conclusions civiles (cf. art. 319 al. 3 CPP) – entrée en force équivaut à un acquittement (cf. art. 319 al. 4 CPP). Toutefois, aux conditions de l'art. 323 CPP, le ministère public peut prononcer la reprise d'une procédure close par une ordonnance de classement. Cette possibilité de reprise de la procédure court en principe jusqu'à la prescription de l'infraction en cause. En conséquence, l'art. 103 al. 1 CPP prescrit la conservation des dossiers au moins jusqu'à l'expiration des délais de prescription de l'action pénale et de la peine. Dans ce sens, la procédure liquidée par une ordonnance pénale reste "pendante" jusqu'à la prescription (cf. TPF 2013 132 consid. 2.3). L'ordonnance de classement

bénéficie ainsi en quelque sorte d'une autorité de la chose jugée restreinte (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_1153/2016 du 23 janvier 2018 consid. 2.3.5 et les réf. citées). Toutefois, le texte de l'art. 99 CPP et la pratique y relative montrent que l'accès au dossier pénal s'effectue selon les principes de la LPD dès que la procédure a abouti à une conclusion juridiquement contraignante (cf. TPF 2013 132 consid. 2.3). Ce qui est sans aucun doute le cas d'un prononcé de classement dans la mesure où telle ordonnance est sujette à recours (cf. art. 322 al. 2 et art. 393 al. 1 let. a CPP).

3.1.4 Par ailleurs, les tiers non impliqués dans une procédure ne peuvent invoquer les droits procéduraux correspondants, lesquels sont réservés aux parties. En conséquence, ils peuvent se prévaloir de l'art. 8 LPD pour accéder à leurs propres données personnelles dans le cadre d'une procédure *pendante* nonobstant la disposition dérogatoire de l'art. 2 al. 2 let. c LPD (cf. ATAF 2016/28 consid. 2.2).

3.2 Il s'agit à présent de définir quel est l'objet du droit d'accès au sens de la LPD, selon les dispositions qui le fondent, à savoir d'abord l'art. 8 LPD (consid 3.2 et 3.3), puis l'art. 19 LPD (consid. 3.4).

3.2.1 Le droit d'accès d'une personne à ses *propres données* – clef de voûte de la protection des données – ainsi que la possibilité de s'informer sur l'origine desdites données, dans le cadre de l'activité administrative, est régi par les articles 8 à 10 LPD, et non par la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.3 ; cf. art. 3 al. 2 LTrans), laquelle par ailleurs ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels des procédures civiles, pénales et administratives (cf. art. 3 al. 1 let. a LTrans ; ATF 139 I 129 consid. 3.1 ; ég. l'ATAF 2016/9 qui a laissé la question ouverte de savoir si l'exception valait tant pour les procédures pénales pendantes que pour les procédures closes). Les questions relatives à la protection des données peuvent ainsi faire l'objet d'une procédure indépendante (ATF 123 II 534 consid. 1b). Le droit d'accès du requérant est alors examiné sous l'angle de la protection des données (cf. ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Berne 2011, n° 17 p. 610), et vise les données concernant la personne intéressée (cf. EPINEY/FASNACHT, op. cit., §11 n° 24 p. 615 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2001, n° 979 et 980 p 365 et 366 ; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK-DSG/BGÖ, art. 8 LPD n° 1 s). Le droit d'accès est destiné à permettre à la personne concernée d'exercer ses autres droits en matière de protection des données (cf. ATF 139 V 492 consid. 3.2 et les réf. cit.)

3.2.2 Aux termes de l'art. 8 al. 1 LPD, toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. Plus particulièrement, en vertu de l'art. 8 al. 2 let. a LPD, le droit d'accès s'étend à toutes les données relatives à une personne qui se trouvent dans un fichier de données, c'est-à-dire à toutes les données qui se rapportent à cette personne (art. 3 let. a LPD) et qui peuvent lui être attribuées par voie de classement (art. 3 let g LPD). Cette notion de données personnelles inclut toute information qui se rapporte au requérant, qu'il s'agisse de faits ou de jugements de valeur, de données matérielles ou factuelles permettant de remonter à la personne concernée par l'agrégation ou la combinaison de données (cf. ATF 125 II 473 consid. 4b ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5430/2013 du 28 janvier 2015 consid. 3.3 ; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK-DSG/BGÖ, art. 8 LPD n° 21s). 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, faute de quoi il risque de porter atteinte à la personnalité de tiers. Le droit d'accès n'est ainsi pas conçu comme un droit à la consultation du fichier lui-même, mais comme un droit à se faire communiquer directement et sous une forme compréhensible une information contenue dans le fichier (cf. YANIV BENHAMOU/GUILLAUME BRAIDI/ARNAUD NUSSBAUMER, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, in : PJA 2017, p. 1302, 1312 ; MEIER, op. cit., n° 1070 p. 390). Dans ce sens, il est, dans une certaine mesure, plus étroit que le droit de consulter le dossier en vertu des garanties générales de procédure, car il ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure mais ne vise que les données concernant la personne intéressée (cf. GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK-DSG/BGÖ, art. 8 LPD n° 27 p. 206; MEIER, n° 977ss p. 365ss).

3.2.3 Le *maître du fichier* est la personne qui a le pouvoir de contrôle sur les buts et le contenu du fichier (cf. art. 3 let. i LPD). On entend par *fichier*, tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée (cf. art. 3 let. g LPD). Le *titulaire du droit d'accès* est la personne (physique ou morale) concernée par le traitement de données personnelles (cf. art. 2 al. 1 LPD, ég. art. 3 let. b LPD qui définit la *personne concernée* comme celle au sujet de laquelle des données sont traitées). Son droit d'accès est strictement personnel et la personne concernée ne peut renoncer à l'avance à son droit (cf. art. 8 al. 6 LPD ; ATF 141 III 119 consid.7.6.2). Le droit d'accès prévu à l'art. 8 LPD peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt

particulier. Cependant, le maître du fichier peut refuser, restreindre ou différer la communication des informations demandées aux conditions exhaustivement prévues aux articles 9 et 10 LPD. Dans ce cas, il doit procéder à une pesée des intérêts. Par ailleurs, le droit d'accès peut être également refusé pour des raisons d'abus de droit.

3.3

3.3.1 En effet, l'art. 2 al. 2 CC refuse la protection légale en cas d'abus de droit manifeste. Pour décider si un droit est exercé de façon abusive, il faut prendre en considération les circonstances de chaque cas particulier. La jurisprudence a dégagé certains types d'abus manifeste. Ainsi, il y a abus de droit, notamment, en cas d'utilisation d'un droit dans un but contraire au but légal, pour protéger des intérêts que la loi ne souhaite pas protéger, la norme devenant un moyen au service d'un but qui lui est étranger (cf. ATF 131 III 535 consid. 4.2 ; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, TDPS vol. II/1, 2009, n° 570 p. 213 et n° 573 s. p. 214 s.; HAUSHEER/JAUN, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, 2003, art. 2 CC n° 125 s.). Le fardeau de la preuve des circonstances permettant de conclure à l'abus de droit incombe à celui qui l'invoque (cf. ATF 138 III 425 consid. 5.2 et les réf. ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_36/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.1 concernant l'utilisation du droit aux renseignements et à la consultation de l'art. 697 CO d'une façon contraire à son but).

3.3.2 Cela est ainsi le cas, dans la perspective de l'art. 8 LPD, lorsque le droit d'accès est exercé dans un but étranger à la protection des données, par exemple lorsque le droit d'accès n'est utilisé que pour nuire au débiteur de ce droit (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_36/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.1) ou pour économiser les frais à payer normalement pour obtenir ces données. Il faudrait probablement aussi considérer comme contraire à son but et donc abusive l'utilisation du droit d'accès dans le but exclusif d'espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles à une partie. Le droit d'accès de l'art. 8 LPD n'est en effet pas destiné à faciliter les preuves ou à interférer dans le droit de la procédure civile (cf. ATF 138 III 425 consid. 5.5 et les réf.). Ce serait ainsi le cas d'une requête fondée sur l'art. 8 LPD qui ne constituerait qu'un prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (*fishing expedition*).

3.3.3 Dans le cadre d'une action en exécution du droit d'accès (cf. art. 15 al. 4 LPD), il a été jugé que la requête de clients d'une banque s'estimant lésés par des opérations effectuées sur leurs comptes d'obtenir les données personnelles internes les concernant en vue d'une éventuelle action

en dommages-intérêts contre la banque n'était pas abusive sous l'angle de l'art. 8 LPD ; ils n'exigeaient pas la remise de documents dont ils ne pourraient pas exiger l'apport dans la procédure civile et avaient un intérêt à l'accès aux données les concernant pour contrôler l'exactitude de ces données ; même si elles voulaient contrôler ces données également en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts, leur demande d'accès ne serait pas encore abusive (cf. ATF 138 III 425 consid. 5.6). Il s'ensuit qu'une situation d'abus de droit au titre de l'art. 8 LPD ne peut être retenue qu'avec beaucoup de retenue (cf. BRACHER/TAVOR, *Das Auskunftsrecht nach DSG*, RSJ 109/2013, p. 50 note de pied 60).

3.4

3.4.1 L'art. 19 al. 1 LPD dispose, quant à lui, que les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles à *des tiers* que s'il existe une base légale au sens de l'art. 17 LPD ou à l'une des conditions énumérées, dont celle invoquée en l'espèce, à savoir lorsque le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes ; la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer (let. d). Comme exemples de prétentions juridiques, l'on peut penser à des prétentions découlant du droit de la famille (le parent bénéficiaire d'une pension alimentaire s'adresse au contrôle des habitants du lieu de domicile de l'autre parent afin de connaître son adresse) ou des contributions d'assurance sociale (un employé veut savoir si son employeur a versé les cotisations le concernant) (cf. CLAUDIA MUND, in Baeriswyl/Pärli, *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 19 LPD n° 18 p. 266).

3.4.2 La personne concernée qui refuse de divulguer ces informations la concernant peut en effet commettre un abus de droit. Selon certains auteurs, l'organe fédéral maître du fichier doit s'assurer que la raison invoquée existe effectivement et refuser la divulgation si le tiers destinataire ne produit pas un titre juridique clair (cf. JENNIFER EHRENSPERGER, in: BSK-DSG/BGÖ, art. 19 LPD n° 31 et 31a p. 399). Le tiers destinataire doit rendre vraisemblable l'existence du comportement abusif de la personne concernée ; l'argument selon lequel la mise en œuvre de ses propres droits serait facilitée si l'organe fédéral publie les données sans le consentement de la personne concernée n'est pas suffisant (cf. CLAUDIA MUND, op. cit., art. 19 LPD n° 19 p. 266).

3.4.3 L'organe fédéral peut renoncer à prendre l'avis de la personne concernée, en particulier, lorsque des prétentions juridiques ou des intérêts

légitimes de tiers risquent d'être compromis (cf. MCF-LPD, in : FF 1988 II 421, 476). Une telle hypothèse appelle ainsi une pesée des intérêts en présence, car il n'est pas possible de faire abstraction des propres intérêts de la personne concernée, notamment en présence de données sensibles comme le sont, selon les termes de l'art. 3 let. c ch. 4 LPD, les données personnelles sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives. Il faut rappeler, dans ce contexte, que la collecte et le traitement de données sensibles est soumis à un régime juridique particulier (cf. notamment art. 4 al. 5, 11a al. 3 let. a, 14 al. 1 et 17 al. 2 LPD ; cf. ATF 143 I 253 consid. 3.4) et que, selon l'art. 12 al. 2 let. c LPD, personne n'est en droit de communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs ; les motifs justificatifs étant le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou la loi (cf. art. 13 al. 1 LPD ; cf. MARC FREDERIC SCHÄFER, Aktuelle Fälle aus der Praxis des EDÖB - Kreditauskunfteien und die Bearbeitung von Bonitätsdaten in: Datenverknüpfung, Problematik und rechtlicher Rahmen, 2011, p.56 ; cf. MCF du 19 février 2002 relatif à la révision de la LPD, in FF 2003 1915, p.1930).

4.

Le cadre juridique ainsi défini permet d'appréhender le droit prétendu par la recourante au titre de la LPD.

4.1

4.1.1 En l'espèce, s'il faut effectivement considérer – ce qui n'est par ailleurs pas disputé – que la procédure pénale achevée par une ordonnance de classement est close et que la LPD trouve application par renvoi de l'art. 99 CPP (cf. *supra* consid. 3.1.3), la recourante ne saurait se prévaloir du droit d'accès garanti à l'art. 8 LPD pour obtenir le droit de consulter le dossier de dite procédure. En effet, ainsi que déjà exposé, ce droit ne vise que ses *propres* données personnelles contenues dans un fichier à l'exclusion de données concernant des tiers. Il est sans importance de déterminer si le dossier pénal litigieux constitue un fichier au sens de l'art. 3 let. g LPD (cf. *supra* consid. 3.2.3) dans la mesure où, d'une part, l'art. 99 CPP renvoie spécifiquement à la protection des données une fois la procédure close et que, d'autre part, au vu des progrès technologiques, la notion de fichier est extensive (cf. GLABOR P. BLECHTA, in : BSK-DSG/BGÖ, art. 3 n° 81 p. 107 ; MEIER, op. cit., n° 1016 p. 377s ; BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, op. cit., p.1312). A cela s'ajoute que la LPD a pour seul objet l'accès à des données personnelles et non au fichier lui-même (cf. *supra* consid. 3.2.2).

4.1.2 Il s'en suit que si la recourante est en droit d'obtenir par ce biais ses *propres* données personnelles, elle ne peut prétendre au titre de l'art. 8

LPD à la consultation du dossier pénal qui contient ces données. L'autorité inférieure, en qualité de maître du fichier, devrait, le cas échéant, prendre toutes les mesures utiles pour préserver les données de tiers (anonymisation, caviardage, etc. ; cf. *supra* consid. 3.2.2).

4.2

4.2.1 La requérante se prévaut principalement de l'art. 19 LPD tout en se référant à l'ATF 138 III 425 précité (cf. *supra* consid. 3.3.3). Or, il ressort certes de cet arrêt que le droit d'accès reste 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 poursuit un but exclusivement étranger à la LPD. Mais la situation alors visée était fondée sur l'application de l'art. 8 LPD et concernait donc l'accès aux données personnelles des requérants.

4.2.2 Le raisonnement à tenir en l'espèce n'est donc pas le même dans la mesure où la requérante n'exige pas l'accès à ses données personnelles, mais le droit de pouvoir consulter le dossier pénal concernant les activités de tiers afin de déterminer si elle pourrait faire valoir des prétentions en dommages-intérêts à leur encontre. Or, s'il ne résulte pas de la procédure, à tout le moins en l'état, que la requérante tenterait d'obtenir par ce biais un avantage non prévu par le CPC, plus délicate est la question de savoir si elle viserait une véritable prospection de preuves, respectivement une *fishing expedition* répréhensible. Plaide dans ce sens le fait qu'il ne soit pas possible de construire une situation d'abus de droit imputable aux personnes concernées, comme l'exigerait pourtant l'art. 19 al. 1 let. d LPD, pour se passer de leur accord, dans la mesure où la requérante n'a rendu vraisemblable ni le fait qu'elle dispose de prétentions juridiques à leur égard ni celui qu'elles ne refuseraient leur consentement ou ne s'opposeraient à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de ces éventuelles prétentions juridiques (cf. *supra* consid. 3.4.2).

Au surplus, les informations que la requérante cherche à connaître constituent visiblement des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c ch. 4 LPD, pour lesquelles existe une présomption d'atteinte illicite à la personnalité en cas de divulgation à des tiers (en l'espèce, ce tiers étant la requérante ; cf. *supra* consid. 3.4.2), si bien que leur communication est soumise à des conditions strictes.

4.2.3 En conséquence, la requérante ne peut tirer argument de l'art. 19 LPD et la décision attaquée est donc conforme au droit en tant qu'elle rejette la consultation du dossier pénal en cause par le biais de la LPD.

5.

Il sied encore d'examiner si la recourante peut tirer argument du droit procédural de consulter le dossier (cf. *supra* consid. 2.2). Ce droit revêt deux aspects, selon qu'il concerne une procédure pendante (consid. 5.1) ou une procédure close (consid. 5.2) comme en l'espèce (consid. 5.3).

5.1 En tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) permet au justiciable de consulter le dossier avant le prononcé d'une décision, à *savoir dans le cadre d'une procédure pendante*. En effet, la possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose (cf. ATF 122 I 109 consid. 2b et les arrêts cités). Ce droit n'est pas absolu et peut être limité pour la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, dans l'intérêt d'un particulier, voire dans l'intérêt du requérant lui-même (cf. ATF 122 I 153 consid. 6a et les arrêts cités). Ce droit est mis en œuvre par les dispositions des lois de procédure civile, pénale et administrative, fédérales et cantonales, afférentes au droit de consultation des pièces du dossier (*Akteneinsichtsrecht*).

5.2

5.2.1 En outre, la jurisprudence découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. a reconnu que le droit de consulter le dossier pouvait également être invoqué *en dehors d'une procédure pendante* : une protection efficace des droits peut justifier que la personne concernée ou un tiers prenne connaissance d'une procédure achevée, en particulier d'un dossier archivé. Dans ce dernier cas, le requérant doit rendre vraisemblable un intérêt digne de protection. Tel est le cas s'il peut justifier d'une proximité particulière avec la cause. Un tel droit est en particulier reconnu s'il s'agit de clarifier les chances de succès d'un procès en dommages-intérêts ou en révision. Le droit de consulter le dossier trouve sa limite dans l'intérêt public prépondérant de l'Etat ou, lorsqu'il existe, un intérêt fondé d'une tierce personne. En toute hypothèse, un tel droit suppose toutefois une pesée attentive des intérêts en présence par l'autorité décisionnelle (cf. ATF 129 I 249 consid. 3, 128 I 63 consid. 3.1, 125 I 257 consid. 3b ; MEIER, op. cit., n°980 p. 366 ; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, op. cit., art. 8 LPD n° 31 p. 208).

5.2.2 Ainsi, dans l'ATF 129 I 249, le Tribunal fédéral avait à trancher la question du droit à consulter le dossier d'une enquête administrative hors procédure d'une personne qui avait été condamnée à plusieurs années de réclusion par la Cour pénale fédérale pour attentat à la bombe. L'enquête

administrative ouverte plus de 20 ans après les faits, en raison de soupçons d'irrégularités commises par la police, arrivait à la conclusion que la procédure pénale n'avait pas été totalement conforme aux exigences d'un procès équitable et que des faits d'une relative importance, qui auraient pu avoir des conséquences sur l'appréciation de la culpabilité et sur la mesure de la peine, n'avaient pas été portés à la connaissance de la Cour pénale fédérale. Dans ces circonstances, l'intérêt de la personne à la consultation du dossier de l'enquête administrative en vue de préparer des procédures en réparation (dommage ou tort moral), en réhabilitation ou en révision du jugement pénal, avait été reconnu comme important et digne de protection par le Tribunal fédéral. A cet égard, la Haute Cour avait précisé qu'il n'appartenait pas aux autorités de définir à la place de la personne concernée quelle voie d'action elle doit emprunter ni quelles sont ses chances de succès, et de faire dépendre le droit de consulter le dossier de la volonté d'ouvrir une procédure déterminée. Le Tribunal fédéral avait ensuite examiné s'il existait des intérêts qui plaident contre l'octroi du droit à consulter le dossier. A l'issue d'une pesée minutieuse des intérêts en présence, il avait jugé prépondérants ceux de la personne demandant l'accès au dossier.

5.3 In casu, il ne revient pas au Tribunal d'estimer si la recourante aurait dû être impliquée dans la procédure pénale lorsque celle-ci était pendante et dès lors se fonder sur ses droits de partie pour exiger un accès au dossier. Cela étant, elle peut manifestement prétendre à un lien particulier avec la cause dont elle requiert la consultation du dossier. Il apparaît ainsi que la recourante peut se prévaloir directement de l'art. 29 al. 2 Cst. également applicable hors procédure, pour autant que d'autres intérêts ne s'y opposent pas. L'autorité inférieure ne s'étant pas prononcée sur l'application de cette disposition, il convient de lui renvoyer l'affaire afin qu'elle l'examine et qu'elle procède à une pesée attentive des intérêts en présence.

6.

Il s'ensuit que le recours est partiellement admis au sens des considérants, dans la mesure où la décision de l'autorité inférieure est confirmée en tant qu'elle refuse un accès au dossier pénal sur la base de la LPD, mais que l'affaire lui est renvoyée afin qu'elle statue sur la demande de la recourante à l'aune de l'art. 29 al. 2 Cst.

7.

Il reste à examiner la question des frais et des dépens.

7.1 Aux termes de l'art. 63 al. 1 PA, en général, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que

partiellement, ces frais sont réduits. A titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis. La partie qui a formé recours est réputée avoir obtenu gain de cause lorsque la cause est renvoyée à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision (cf. ATF 132 V 215 consid. 6.2). En principe, les autorités inférieures ne supportent aucun frais de procédure (cf. art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, la recourante obtient partiellement gain de cause dans la mesure où la décision litigieuse est confirmée en ce qui concerne le refus d'un accès au dossier pénal fondé sur la LPD et que la cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle statue sur le droit de consulter le dossier sur la base de l'art. 29 al. 2 Cst. Elle devrait donc supporter des frais de procédure réduits. Cela étant, si l'on considère qu'il était du devoir de l'autorité inférieure d'appliquer le droit d'office et d'examiner la demande d'accès également sous l'angle du droit procédural, les frais de procédure peuvent être entièrement remis et l'avance de frais de 1'000 francs déjà versée par la recourante lui sera restituée une fois le présent arrêt entré en force.

7.2 La partie ayant obtenu gain de cause peut obtenir d'office ou sur requête une indemnité de dépens (cf. art. 64 al. 1 PA). Si elle n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (cf. art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais de partie (cf. art. 8 FITAF). Les frais de représentation incluent les honoraires d'avocat ou l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). En l'absence de décompte présenté au Tribunal, il appartient à celui-ci de fixer l'indemnité due à titre de dépens selon sa libre appréciation et sur la base du dossier, une motivation sommaire à ce sujet étant suffisante (cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Bâle 2013, n. 4.87; cf. art. 14 al. 2 FITAF).

La recourante est représentée par un avocat. Le travail accompli par celui-ci en instance de recours a consisté principalement dans la rédaction d'un recours de 6 pages assorti d'un bordereaux de 2 pièces, d'une réplique de 11 pages et d'observations complémentaires de 4 pages, ce qui correspond à une indemnité entière, fixée *ex aequo et bono*, de 3'000 francs (TVA incluse). Il se justifie, eu égard à ce qui précède (cf. consid. 7.1.2), de ne pas réduire cette indemnité, allouée à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 2 et 3 PA).

8.

Les décisions du Tribunal administratif fédéral en matière de protection des données sont communiquées au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, conformément à l'art. 35 al. 2 de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD, RS 235.11).

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 14 octobre 2016 est partiellement admis au sens des considérants.

2.

La cause est renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle statue au sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance de frais de 1'000 francs déjà versée par la recourante lui sera restituée une fois le présent arrêt entré en force.

4.

Une indemnité de dépens d'un montant de 3'000 francs est allouée à la recourante à la charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ; Acte judiciaire)
- au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Recommandé)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Valérie Humbert

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :