

# **GE\_GERICHTE CAPH/140/2016 vom 10. August 2016**

GE Cour de justice, 2016-08-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_140\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_140_2016)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/140/2016 du 10 août 2016

IT: GE\_GERICHTE CAPH/140/2016 del 10 agosto 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 lit. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les affaires portant sur la protection de la personnalité sont de nature non patrimoniale (ATF 127 III 481 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_641/2011 du 23 février 2011 consid. 1.1; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile, Bohnet et al. [éd.], 2011, n. 12 ad art. 308 CPC et les réf. citées). La voie de l'appel est donc ouverte.

### **E. 1.2**

Interjeté dans le délai utile et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142, 145 al. 1 lit. c et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

### **E. 1.3**

La compétence *ratione materiae* des juridictions prud'homales pour statuer sur la présente action n'est à juste titre pas remise en cause par les parties, dès lors que l'employé demandeur en protection de sa personnalité peut saisir soit la juridiction ordinaire, soit la juridiction prud'homale (ACJC/855/2016 du 24 juin 2016 consid. 2.1.6) et qu'en l'espèce, l'intimé s'oppose à la transmission de données le concernant aux autorités étatsuniennes, en invoquant notamment l'art. 15 LPD et l'art. 328b CO.

### **E. 1.4**

S'agissant d'un appel, la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, *op. cit.*, n. 6 ad art. 317 CPC). La Cour examine d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 3ème éd., 2016, n. 26 ad art. 317 CPC).

### **E. 2.2**

En l'espèce, l'appelante produit devant la Cour des pièces non soumises au Tribunal. Il ne ressort pas de l'ordonnance de production de l'AFC (pièce 50) si

C/25466/2014-4 cette pièce a été établie postérieurement au jugement, plusieurs informations, notamment la date, ayant été caviardées. Dans la mesure où l'appelante n'allègue ni ne démontre qu'elle aurait été empêchée de produire cette pièce en première instance ou que ladite ordonnance serait postérieure au jugement, celle-ci est irrecevable. En revanche, le NPA conclu entre l'appelante et le DoJ le 8 décembre 2015 (pièce 51) est postérieur au jugement et, partant, recevable.

### E. 3

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré à tort que la transmission aux autorités américaines du nom et de la fonction de l'intimé était de nature à entraver la liberté individuelle de ce dernier et constituait une atteinte illicite à sa personnalité. En procédant de la sorte, le Tribunal aurait constaté les faits de façon inexacte et violé les art. 328b CO, 6 et 13 LPD. 3.1.1 L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO). Cette disposition instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les art. 27 et 28 CC. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives, aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur, laquelle englobe notamment sa vie et sa santé, son intégrité corporelle et intellectuelle, sa dignité, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (CAPH/204/2015 du 11 décembre 2015 consid. 2.1 et les réf. citées). L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où celles-ci portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Sur ce point, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) sont en outre applicables (art. 328b CO). La communication des données dans le cadre de la relation de travail doit s'apprécier à la lumière de l'art. 328b CO et des dispositions de la LPD (CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.3 et les réf. citées; ACJC/1529/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.2 et les réf. citées). La portée de l'art. 328b CO est controversée en doctrine, certains auteurs étant d'avis que cette disposition ne fait que répéter des principes déjà prévus par la LPD, laquelle s'applique à l'employeur en sa qualité de personne privée (ACJC/1529/2015 consid. 5.1.2 précité et les réf. citées; AUBERT, La communication aux autorités américaines, par les banques, de données personnelles sur leurs employés : aspects de droit du travail, in *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, 2013, p. 40 ss, 46). Il est en tous les cas admis que le renvoi à la LPD prévu à l'art. 328b CO s'étend à l'ensemble des

- 12/22 -

C/25466/2014-4 principes généraux de la LPD, y compris aux moyens de droit prévus à l'art. 15 LPD (ACJC/1529/2015 consid. 5.1.2 précité et les réf. citées). 3.1.2 Aux termes de l'art. 4 LPD, tout traitement de données doit être licite (al. 1) et effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (al. 2). Le principe de proportionnalité implique notamment que le traitement de données doit être apte à atteindre le but visé, doit être nécessaire, en ce sens que, parmi plusieurs moyens adaptés, il est celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts en cause et doit être proportionnel, au sens strict du terme, c'est-à-dire se justifier au vu d'une comparaison entre les intérêts de l'auteur du traitement et de ceux de la personne concernée (CAPH/204/2015 précité consid. 2.2 et la réf. citée). Les données visées par la LPD sont les données personnelles, soit toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 lit. a LPD).

La notion de traitement se comprend comme toute opération relative à de telles données - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (art. 3 lit. e LPD; ACJC/1529/2015 susmentionné consid. 5.1.3 et la réf. citée). Presque toutes les informations objectives ou subjectives mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable peuvent constituer des données personnelles au sens de la loi. Il n'existe pas en droit privé de données libres, dont on pourrait disposer sans respecter les règles de la LPD. Même les données de base, comme le nom, le prénom, l'adresse ou la date de naissance méritent protection selon le contexte dans lequel elles sont utilisées (ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3 et les réf. citées). 3.1.3 La communication transfrontière de données est régie par l'art. 6 LPD, qui prévoit qu'aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6 al. 1 LPD). La communication de données dans un Etat ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat constitue une atteinte à la personnalité (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3; ACJC/1529/2015 susvisé consid. 5.1.3.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2 et la réf. citée). Les Etats-Unis ne disposent pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat des données au sens de l'art. 6 al. 1 LPD (Recommandation du PFPDT du

- 13/22 -

C/25466/2014-4 15 octobre 2012; arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3; ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susvisé consid. 2.2; dans ce sens : arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE] du 6 octobre 2015, affaire C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner). La convention de Safe Harbor des 1er et 9 décembre 2008 (U.S.-Swiss Safe Harbor Framework, RS 0.235.233.6) conclue entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique régit le transfert, de la Suisse vers les Etats-Unis, de données personnelles. Cette convention ne s'applique qu'à certaines entreprises américaines (PFPDT, Explications relatives à la communication de données personnelles à l'étranger suite à la révision de la loi fédérale sur la protection des données, avril 2011, pp.

### **E. 3.3**

Il s'ensuit que la transmission aux autorités américaines des données personnelles de l'intimé constitue une atteinte illicite à la personnalité de ce dernier (art. 328b CO et 6 al. 1 LPD) et qu'elle ne peut être justifiée par aucun des motifs énumérés à l'art. 6 al. 2 LPD, d'autres motifs justificatifs n'entrant pas en ligne de compte en matière de communication transfrontalière de données. Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments développés par l'appelante à propos de l'application de l'art. 328b CO. Partant, le jugement entrepris sera confirmé. 4. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 3'500 fr. (art. 18 et 68 RTFMC), seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 95, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC) et compensés à due concurrence avec l'avance de frais de 7'000 fr. fournie par celle-ci, qui demeure partiellement acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). Par conséquent, le solde de l'avance de frais sera restitué à l'appelante. Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

- 22/22 -

C/25466/2014-4 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 4 janvier 2016 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/480/2015 rendu le 18 novembre 2015 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/25466/2014 - 4. Au fond : Confirme ce jugement. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 3'500 fr., les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et les compense à due concurrence avec l'avance de frais, qui reste partiellement acquise à l'Etat de Genève. Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 3'500 fr. à A\_\_\_\_\_. Siégeant : Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Madame Christine PFUND, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

#### **E. 4**

s.; MAURER-LAMBROU/STEINER, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3ème éd, 2014, n. 49 ad art. 6 LPD; MEIER, Protection des données, 2011, n. 1336). Dans une publication récente, le PFPDT a estimé que la convention précitée n'offrait pas un niveau de protection adéquat car, à la suite des révélations d'Edward Snowden et compte tenu des aspects problématiques que l'arrêt du 6 octobre 2015 de la CJUE avait relevés quant à l'accord de protection des données Safe Harbor conclu entre l'Europe et les États-Unis, il était apparu que l'accord avec la Suisse ne protégeait pas suffisamment la personnalité des personnes concernées (Liste des États ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat [art. 6, 1er al. LPD], <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=fr>, état au 30 juin 2016). En dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger si l'une des six conditions prévues par l'art. 6 al. 2 LPD est réalisée. Ces conditions sont alternatives et exhaustives, d'autres motifs justificatifs découlant par exemple de l'art. 13 LPD ne pouvant pas être invoqués. La preuve de l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 6 al. 2 LPD appartient à celui qui exporte les données (art. 8 CC; arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4; ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3.2). La communication est notamment autorisée lorsque des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger (art. 6 al. 2 lit. a LPD) ou lorsque la personne concernée a, en l'espèce, donné son consentement (art. 6 al. 2 lit. b LPD). 3.1.4 L'art. 6 al. 2 lit. d 1ère hyp. LPD prévoit que la communication est autorisée lorsqu'elle est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant.

- 14/22 -

C/25466/2014-4 Par intérêt public, on entend l'intérêt de la Suisse, qui comprend l'image du pays à l'étranger, notamment du fait de sa coopération avec d'autres Etats ou des organismes internationaux, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme ou le blanchiment d'argent. On entend également les cas où il s'agit de protéger une certaine branche de

l'économie ou certains consommateurs en Suisse de sanctions explicites ou implicites de la part d'Etats étrangers, auxquelles ils seraient directement ou indirectement exposés en cas de coopération défailante (ACJC/1529/2015 précité consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.1 et les réf. citées). Le Tribunal fédéral a retenu, dans un arrêt du 15 juillet 2011, que la transmission aux autorités américaines de données couvertes par le secret bancaire était justifiée par l'intérêt public de la Suisse dans un cas où l'absence de transmission aurait entraîné un risque concret de faillite de l'UBS. Cette dernière est en effet considérée comme une banque d'importance "systémique" pour l'économie suisse, en ce sens que sa défaillance aurait entraîné une paralysie considérable du système de paiement en Suisse et touché quelque 128'000 relations bancaires avec des PME et plus de trois millions de comptes. La défaillance d'une banque de cette taille aurait un coût économique de l'ordre de 15% à 30% du PIB à court terme; à long terme, la perte en termes de croissance pouvait être estimée entre 60 et 300% du PIB, soit entre 300 et 1'500 milliards de francs (ATF 137 II 431 consid. 4.1 et 4.2). Dans une jurisprudence du 12 septembre 2014, le Tribunal cantonal de Zoug a rejeté les mesures provisionnelles requises par un employé de banque - lequel s'opposait à la transmission de ses données personnelles dans le cadre du Programme. Cette autorité a retenu que la banque avait rendu vraisemblable un intérêt public prépondérant et que son intérêt à ne pas être inculpée pénalement aux Etats-Unis n'était pas un simple intérêt privé, mais un intérêt régional, dans la mesure où un grand nombre de places de travail auprès de la banque, de ses fournisseurs et de ses clients dépendaient de l'existence de la banque. A l'exception de cette décision, les tribunaux cantonaux saisis d'affaires similaires retiennent le plus souvent que les banques concernées ne rendent pas vraisemblable, respectivement ne prouvent pas que leur intérêt à ne pas être inculpées pénalement aux Etats-Unis est un intérêt public prépondérant (sur mesures provisionnelles : ACJC/1506/2014 et ACJC/1540/2014 du 12 décembre 2014 consid. 3.2.5; au fond : arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.1; ACJC/1529/2015 précité consid. 7; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 3.3). Par ailleurs, le risque qu'un employé de banque, dont les données personnelles ont été transmises par son employeur aux Etats-Unis, se fasse interroger, arrêter ou extradier dans cet Etat a fréquemment été admis (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3.1 et 4.3.3; ACJC/1529/2015

- 15/22 -

C/25466/2014-4 précité consid. 7.2.2; CAPH/204/2015 susvisé consid. 3.4; contra : arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25 avril 2013 consid. 2.2.1) En exigeant que l'intérêt public soit prépondérant, l'art. 6 al. 2 lit. d LPD implique une pesée entre les intérêts privés des personnes concernées et l'intérêt public retenu. La disposition présuppose que la communication soit nécessaire dans le cas d'espèce et ne permet pas une communication généralisée (ACJC/1529/2015 précité consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.1 et les réf. citées). La dérogation fondée sur l'intérêt public doit être interprétée restrictivement, de sorte à ne pas encourager des communications transfrontalières dans des conditions qui ne répondent pas à celles prévues par les traités d'entraide (ACJC/1529/2015 susvisé consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2.1 et les réf. citées). 3.1.5 L'art. 6 al. 2 lit. d 2ème hyp. LPD prévoit encore que la communication est autorisée lorsqu'elle est indispensable à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice, quelle qu'en soit la nature (civile, pénale, administrative, fiscale). La jurisprudence est partagée quant à savoir si le DoJ doit être considéré comme

une instance judiciaire au sens où l'entend cette disposition. Certaines jurisprudences l'admettent (ACJC/1529/2015 susvisé consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2.2 et les réf. citées) et d'autres le nient, estimant que le DoJ n'a pas de fonction jurisprudentielle et, partant, ne peut être une instance judiciaire (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du

## **E. 8**

février 2016 consid. 4.4.2.3 et les réf. citées).

Il n'est pas nécessaire que celui qui souhaite communiquer des données soit formellement partie à la procédure en cause; l'importance ou les chances de succès des prétentions concernées n'entrent pas davantage en ligne de compte (ACJC/1529/2015 précité consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susvisé consid. 2.2.2 et les réf. citées). Pour que la communication des données soit autorisée, celles-ci ne doivent en aucun cas être utilisées à d'autres fins que la procédure prévue ou engagée. Si des doutes existent quant à l'utilisation des données uniquement aux fins de la procédure devant un tribunal, notamment si un risque existe que les données soient utilisées à d'autres fins, il convient de s'abstenir de les communiquer (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.2.3; ACJC/1529/2015 susmentionné consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.2 et les réf. citées).

- 16/22 -

C/25466/2014-4 3.1.6 En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. Cependant, lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (état de nécessité en matière de preuve), le degré de preuve requis se limite à la vraisemblance prépondérante (die überwiegende Wahrscheinlichkeit), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (die Glaubhaftmachung; ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_297/2015 du 7 octobre 2015 consid. 4.2). 3.2.1 En l'espèce, dans le cadre de sa participation au Programme, l'appelante a l'intention de communiquer à une autorité américaine - le DoJ - des documents contenant des données personnelles de l'intimé, soit son nom et la fonction qu'il occupe au sein de l'appelante, en lien avec un US Related Account. Dans la mesure où les Etats-Unis n'offrent pas un niveau de protection des données adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD, la transmission envisagée est illicite per se, sauf si l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD est réalisé. La convention de Safe Harbor américano-suisse ne change rien à ce qui précède, car elle ne s'applique pas au DoJ, mais uniquement à certaines entreprises américaines. Le fait que les autorités signataires aient marqué, lors de la conclusion de la convention précitée, leur volonté de mieux protéger la vie privée de leurs citoyens respectifs est sans pertinence et, contrairement à ce que soutient l'appelante, n'est pas de nature à assurer que l'utilisation des données sera conforme à la protection de la personnalité de l'intimé. Bien au contraire, le PFPDT a récemment confirmé que ladite convention n'offre pas un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD. 3.2.2 Dans le présent contexte de transmission de données transfrontalière, l'appelante, à qui incombe le fardeau de la preuve, peut uniquement se prévaloir des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD, à l'exclusion de tout autre motif justificatif découlant d'autres dispositions légales. Par conséquent, l'intérêt

privé que l'appelante invoque en lien avec l'art. 13 LPD, à savoir son intérêt à collaborer pleinement avec le DoJ dans le cadre du Programme pour ne pas compromettre le NPA et éviter une inculpation aux Etats- Unis, n'est pas apte à lever l'illicéité de la communication envisagée. Les assurances données par le DoJ en différentes occasions quant à l'utilisation qu'il ferait des données transmises ne constituent pas des garanties suffisantes de nature contractuelle assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 2 lit. a LPD. Il en va ainsi des indications, selon lesquelles les données transmises par l'appelante seraient utilisées uniquement en vue de faire appliquer le droit

- 17/22 -

C/25466/2014-4 américain (chapitre V lettre B du Programme) ou qu'elles ne seraient conservées que pour le temps nécessaire aux procédures visant le respect du droit américain (Joint Statement du 29 août 2013). Il en va de même de l'affirmation faite au DFF selon laquelle le fait que des noms d'individus soient inclus dans les informations transmises au DoJ ne voulait pas nécessairement dire que chaque individu avait commis ou non une infraction (communiqué du DoJ du 29 août 2013). Au vu de l'opposition de l'intimé à la transmission des données litigieuses, le motif justificatif découlant de l'art. 6 al. 2 lit. b LPD - soit le consentement de la personne concernée - doit également être exclu. 3.2.3

L'appelante fait grief au Tribunal de ne pas avoir retenu que la communication des données litigieuses au DoJ était justifiée par un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 6 al. 2 lit. d 1ère hyp. LPD. Il existe, de manière générale, un intérêt public à ce que les banques suisses respectent les accords conclus avec les Etats-Unis dans le cadre du litige fiscal et transmettent les renseignements requis par les autorités américaines conformément auxdits accords. Cela doit permettre de mettre fin au litige précité et d'assurer la stabilité juridique et économique de la place financière suisse, ce qui profitera aux banques comme aux employés de celles-ci. L'existence de cet intérêt public a été relevée par différentes autorités fédérales et associations professionnelles. Cependant, contrairement à ce que l'appelante soutient, toute transmission de données aux Etats-Unis ne saurait être justifiée de manière abstraite par les seuls intérêts de l'économie suisse en général et ceux du secteur bancaire en particulier.

Dans ses décisions des 8 janvier 2014 et 26 janvier 2015, le DFF a certes exclu que la transmission de données par l'appelante aux autorités américaines soit punissable sous l'angle de l'art. 271 CP, mais elle a expressément rappelé que l'appelante était tenue de respecter les dispositions du droit civil, soit notamment celles découlant des art. 328b CO et de la LPD. Cette exigence du respect du droit suisse par les banques suisses dans le cadre de leur coopération avec les autorités américaines a d'ailleurs également été soulignée par le PFPDT et les associations professionnelles respectives des banques et de leurs employés. Il existe donc également un intérêt public à ce que les employeurs suisses protègent la personnalité et la sphère privée de leurs employés, notamment en ne communiquant pas les données personnelles de leurs employés à des autorités étrangères sans leur consentement, et il doit en être tenu compte.

- 18/22 -

C/25466/2014-4 Par conséquent, il est nécessaire de procéder à une pesée des intérêts in concreto pour déterminer si l'intérêt public invoqué par l'appelante doit prévaloir sur celui de l'intimé. A l'instar de nombreuses banques suisses, l'appelante a pris part au Programme et s'est ainsi engagée à transmettre les données requises par les autorités américaines en

échange de l'abandon des poursuites pénales à son encontre. Actuellement, elle demeure soumise aux obligations d'information découlant du Programme, dans la mesure où le NPA conclu avec le DoJ le 8 décembre 2015 fait perdurer ces obligations. L'appelante soutient que si elle ne transmettait pas les données litigieuses, elle courrait le risque que le DoJ annule l'accord du 8 décembre 2015 et initie des poursuites pénales à son encontre. Une inculpation, selon elle, entraînerait sa faillite, comme cela a été le cas pour la banque Wegelin en 2012. Ainsi qu'il a été constaté dans une affaire similaire (CAPH/204/2015 susmentionné consid. 3.3), la volonté de l'appelante d'éviter sa propre faillite est un intérêt privé, lequel ne se confond pas avec l'intérêt public visant à maintenir la stabilité juridique et économique de la place financière suisse. Dans la présente espèce, l'appelante ne fait pas valoir d'arguments qui justifieraient de s'écarter de ce qui précède. En particulier, elle n'établit pas qu'elle serait une banque d'importance systémique pour la Suisse ("too big too fail") au sens où la jurisprudence publiée aux ATF 137 II 431 l'entend pour UBS SA, ni que sa faillite entraînerait de graves répercussions sur l'économie de notre pays. Dès lors, le Tribunal n'a pas constaté les faits de façon inexacte en retenant que l'appelante n'a pas établi que sa disparition entraînerait un dérèglement du système économique suisse. C'est en vain que l'appelante invoque l'arrêt du Tribunal cantonal de Zoug du

#### **E. 12**

septembre 2014 pour démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant. D'une part, elle n'établit pas qu'un grand nombre de places de travail auprès d'elle, de ses fournisseurs et de ses clients dépendraient de son existence, comme c'était le cas de la banque concernée par la décision zougnoise. D'autre part, cette jurisprudence est isolée, d'autres jurisprudences cantonales ayant constaté que l'intérêt des banques visées par ces décisions à ne pas être inculpées pénalement aux Etats-Unis ne se recouvrait pas avec un intérêt public. Du reste, comme il sera exposé ci-dessous (cf. infra consid. 3.2.3), il n'est pas établi que l'appelante encourrait un risque concret que la non-transmission du nom de l'intimé en lien avec un seul compte entraînerait automatiquement l'annulation du NPA, puis son inculpation. A cela s'ajoute que depuis le début du conflit fiscal avec les Etats-Unis, seule la banque Wegelin - citée comme exemple par l'appelante - a fait faillite à la suite de son inculpation aux Etats-Unis. En dehors de ce cas, l'appelante ne mentionne

- 19/22 -

C/25466/2014-4 aucun autre exemple de banque ou d'institut financier suisse - sur la centaine qui ont participé au Programme en catégorie 2 - qui aurait été inculpé aux Etats-Unis pour ne pas avoir transmis les données personnelles d'un de ses employés. Le risque d'une faillite est d'autant moins concret pour l'appelante que sa situation est très éloignée de celle de la banque Wegelin, laquelle avait poursuivi une stratégie périlleuse en recrutant des clients américains non déclarés (AUBERT, op. cit., p. 44), alors que l'appelante n'a jamais développé le marché américain ni démarché de ressortissants américains. Compte tenu de ce qui précède, l'affirmation selon laquelle la non-transmission des données litigieuses risquerait de compromettre l'ensemble du Programme avec les banques suisses, ce qui compromettrait l'image de la Suisse à l'étranger, doit être écartée, l'appelante se contentant de l'alléguer sans en apporter la preuve. Le grief de constatation inexacte des faits sur ce point est donc infondé. En somme, l'appelante fait valoir un intérêt privé et n'est pas fondée à se prévaloir de l'art. 6 al. 2 lit. d 1ère hyp. LPD. 3.2.3 L'appelante fait également grief au Tribunal de ne pas avoir retenu que la transmission des données litigieuses aux autorités américaines serait justifiée par l'exercice d'un droit en justice à

l'étranger au sens de l'art. 6 al. 2 lit. d 2ème hyp. LPD. La question de savoir si le DoJ est une autorité judiciaire au sens de la disposition précitée peut rester indécise, dès lors que le motif justificatif invoqué par l'appelante doit de toute façon être rejeté pour les raisons qui suivent. Contrairement à ce que prétend l'appelante, la deuxième hypothèse de l'art. 6 al. 2 lit. d LPD implique de procéder à une pesée des intérêts in concreto conformément à l'art. 4 al. 2 LPD. L'intérêt de l'appelante à transmettre les données litigieuses est d'éviter des poursuites pénales aux Etats-Unis et, cas échéant, de tomber en faillite. L'intérêt de l'intimé à s'opposer à ladite transmission est de ne pas être inculpé, voire arrêté sur le sol américain pour être interrogé, et donc d'éviter une atteinte importante à sa liberté personnelle et de mouvement. Au vu de la nature incertaine des risques invoqués respectivement par les deux parties, la preuve peut être apportée par faisceau d'indices (vraisemblance prépondérante), une preuve stricte ne pouvant être raisonnablement exigée en l'occurrence. En première instance, l'appelante alléguait que si elle ne transmettait pas les données litigieuses au DoJ, celui-ci pourrait refuser de conclure un NPA avec elle. Or, un tel accord a finalement été conclu le 8 décembre 2015, alors que la présente

- 20/22 -

C/25466/2014-4 affaire n'avait pas été définitivement tranchée et que lesdites données n'avaient pas été remises au DoJ. Certes, ce dernier s'est expressément réservé la possibilité d'annuler le NPA, notamment dans l'hypothèse où les informations remises par l'appelante seraient fausses, incomplètes ou susceptibles d'induire en erreur. Toutefois, il n'est pas démontré que les données relatives au compte litigieux seraient considérées comme telles par le DoJ, si elles étaient transmises sans le nom et la fonction de l'intimé. De plus, l'appelante ne fait pas état d'un NPA que le DoJ aurait annulé au motif que les données personnelles d'un employé spécifique aurait été caviardées à la suite d'une décision judiciaire rendue en Suisse. Elle ne prétend pas non plus avoir reçu des relances ou de pressions de la part des autorités américaines pour obtenir les données personnelles litigieuses, que ce soit avant ou après la conclusion du NPA. Dès lors, il est douteux que la non-transmission des données litigieuses entraîne l'annulation du NPA et l'inculpation de l'appelante. L'intimé court un risque concret d'être arrêté, interrogé, voire inculpé, puisque ce risque s'est déjà réalisé à plusieurs reprises, le DoJ ayant annoncé en août 2013 avoir poursuivi une trentaine d'employés de banques. De fait, dans son communiqué du 29 août 2013, le DoJ a exprimé son intention d'interroger et de poursuivre les employés de banque dont le nom était porté à sa connaissance. Cela est corroboré par la majorité des jurisprudences qui ont examiné la question. En outre, c'est bien parce qu'elles étaient préoccupées par l'imminence des risques précités que les associations professionnelles respectives des employés et des banques suisses ont conclu la convention du 29 mai 2013, en vertu de laquelle les banques s'engageaient à prendre en charge les frais de justice encourus par les employés poursuivis aux Etats-Unis pour des faits accomplis dans le cadre de leur activité professionnelle. La conclusion d'un NPA avec le DoJ diminue peut-être les risques de poursuites pénales contre l'intimé, mais ne les supprime pas entièrement, ainsi que l'a rappelé l'ASEB elle-même dans sa communication du 12 juin 2014. D'ailleurs, le NPA conclu entre l'appelante et le DoJ réserve expressément la possibilité pour le DoJ d'utiliser les informations remises par la banque et de poursuivre pénalement tout individu. Dans la mesure où l'appelante a reconnu avoir des US Related Accounts en violation du droit fiscal américain et a accepté de verser une amende de 99'211'000 USD, des poursuites pénales contre les employés de l'appelante demeurent d'actualité. Dans le cas particulier de

l'intimé, même s'il a toujours donné satisfaction à son employeur et qu'il n'a participé à aucune fraude, le compte litigieux comptait des avoirs de plus de 1 million de francs et l'appelante ne prétend pas que ce compte aurait été en conformité avec le droit américain et que, dans la négative, la cliente aurait depuis lors régularisé sa situation fiscale avec les autorités américaines. Le risque encouru par l'intimé est d'autant plus élevé qu'il assume un rôle de cadre au sein de la banque.

- 21/22 -

C/25466/2014-4 Le fait que l'intimé ait allégué qu'il se rendait régulièrement aux Etats-Unis, sans en apporter la preuve, ne saurait suffire à faire disparaître le risque encouru, un mandat d'arrêt international pouvant être lancé contre lui. De même, c'est en vain que l'appelante allègue sans l'étayer que le nom de l'intimé pourrait déjà être parvenu aux autorités américaines par d'autres biais ou qu'aucun de ses employés n'a été poursuivi aux Etats-Unis à ce jour. Il est donc établi avec une vraisemblance prépondérante que l'intimé risque d'être interrogé, voire poursuivi pénalement aux Etats-Unis si ses données personnelles étaient transmises à ce pays. Ainsi, c'est à tort que l'appelante reproche au Tribunal d'avoir constaté les faits de façon inexacte sur ce point. Dans la mesure où l'intérêt de l'intimé relève de sa liberté personnelle, il est de rang supérieur à celui de l'appelante, qui n'est qu'économique, et doit donc prévaloir. En outre, si les données personnelles de l'intimé étaient transmises, l'appelante ne pourrait pas garantir qu'elles seraient uniquement utilisées pour assurer sa propre défense, le DoJ s'étant expressément réservé la possibilité de les utiliser dans d'autres procédures. Pour cette raison également, la transmission des données litigieuses doit être interdite. Partant, l'appelante n'est pas fondée à se prévaloir de l'art. 6 al. 2 lit. 2ème hyp. LPD.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.