

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht / Droit constitutionnel et administratif

1.23. Datenschutzrecht / Droit de la protection des données

(2) Programme du Département américain de la justice (DoJ). Communication transfrontière de données (art. 6 LPD). Transmission de données d'(ex-)employés de banque au DoJ. Illicéité. Règle *de minimis* visant à protéger les (ex-)employés de banque dont le rôle est insignifiant.

Tribunal d'arrondissement de Horgen (ZH), CG140026-F du 9 juillet 2015, *A. contre B. Bank*.



DAVID CUENDET
avocat, Borel & Barbey Avocats (Genève)

I. Résumé des faits

A., la demanderesse, était employée en qualité d'*Assistant Vice President* de la banque C., qui a été reprise entretemps par la défenderesse, la banque B. Cette dernière est la filiale suisse d'un grand groupe étranger.

La banque B. participe au Programme du Département américain de la justice («DoJ») pour le règlement du litige fiscal avec les banques suisses («Programme US») en «catégorie 2», soit celle destinée aux banques contre lesquelles le DoJ n'a pas ouvert de procédure pénale, mais qui ont de bonnes raisons de penser qu'elles ont violé le droit fiscal étatsunien dans le cadre du suivi de leur clientèle et qui souhaitent conclure un accord de non-poursuites avec les autorités étatsuniennes (*non-prosecution agreement*, «NPA»).

La banque B. a informé A. de son intention de communiquer les nom, prénom et fonction de cette dernière au DoJ.

L'ex-employée avait eu affaire à un seul client qualifiable de «US Person» au sens du Programme US, en 2006. Ce client s'était présenté de sa propre initiative dans une succursale de la banque C., sans avoir été «apporté» par A. et avait été attribué à cette dernière; A. n'avait jamais rencontré aux Etats-Unis ce client, dont on comprend qu'il disposait d'actifs importants; lors de l'ouverture de la relation bancaire, A. avait apparemment respecté les réglementations étatsuniennes alors en vigueur. Enfin, l'ex-employée n'a pas «apporté» ni eu affaire à d'autres actifs étatsuniens non fiscalisés.

L'ex-employée a requis et obtenu des mesures superprovisionnelles, puis provisionnelles, faisant interdiction à la banque de communiquer ses données au DoJ. Le Tribunal d'arrondissement de Horgen est amené ici à se prononcer

sur l'action au fond intentée par l'ex-employée à l'encontre de la banque B.

II. Extrait des considérants (traduction)

«[...]»

2.3 Conclusion intermédiaire

Il n'est pas litigieux que la transmission, respectivement la communication prévue du nom de la Demanderesse par la Défenderesse doit être qualifiée comme traitement de données au sens des art. 3 let. e et 3 let. f LPD et que, par conséquent, l'admissibilité de la divulgation des données doit être examinée à l'aune des principes de la LPD. Incontestablement, il n'existe pas de consentement de la Demanderesse à la remise des données prévues. Est en revanche litigieuse, la question de savoir si l'art. 6 LPD prime la réglementation de l'art. 13 LPD, en tant que *lex specialis*.

3. Au Fond

3.1 Loi sur la protection des données

3.1.1 Disposition applicable de la LPD

[...]

3.1.1.3 La systématique et la *ratio legis* du texte légal est univoque. Par la révision de l'art. 6 LPD, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008, a été créé, à l'art. 6 al. 2 LPD, un catalogue de motifs justificatifs indépendant de l'art. 13 al. 1 LPD, qui règle exhaustivement les conditions auxquelles des données personnelles peuvent exceptionnellement être transmises à travers la frontière [communication transfrontière, n.d.t.] dans un pays offrant une protection des données insuffisante (CHRISTIAN DRECHSLER, Die Revision des Datenschutzgesetzes, PJA 2007, p. 1471 ss, p. 1475). Le législateur veut protéger les personnes d'une communication transfrontière dans des pays qui ne sont, à son sens, pas sûrs sous l'angle du droit de la protection des données et a, en outre, édicté l'art. 6 LPD, qui contient des exigences plus élevées qu'en cas de pur «traitement des données internes» suisse (cf. Message du 19 février 2003 relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données [LPD], FF 2003 1915 ss, p. 1941). L'énumération de l'art. 6 al. 2 let. a à g LPD est exhaustive (FF 2003 1915 ss, p. 1941). La doctrine et la Cour suprême du canton de Zurich considèrent également l'art. 6 al. 2 LPD comme une *lex specialis* par rapport aux autres principes de traitement des données de la LPD (DAVID ROSENTHAL, in: DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum DSG, Zurich/Bâle/Genève 2008, Art. 6 N 2 s., N 37; cf. aussi TOBIAS F. ROHNER/URS FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: L'Expert-comptable suisse 2013/8, p. 515 ss, p. 520; OGer ZH LF140075-O/U du 3 mars 2015, c. 3.2). Il faut par conséquent retenir que l'art. 6 LPD prime les dispositions de l'art. 13 LPD.

3.1.2 Application de l'art. 6 al. 1 LPD

3.1.2.1 La communication de données personnelles vers l'étranger est uniquement admissible, selon l'art. 6 al. 1 LPD, si de ce fait la personnalité de la personne concernée ne s'en trouve pas gravement menacée. Selon l'art. 6 al. 1 LPD, il y a de par la loi une mise en danger grave de la personnalité lorsqu'à l'étranger il manque une législation assurant un niveau de protection adéquat. Un niveau de protection adéquat doit être admis lorsque le destinataire des données est soumis à une loi qui offre un niveau de protection des données comparable à celui du droit suisse (URS MAURER-LAMBROU/STEINER; in: MAURER-LAMBROU/STEINER [éds.], Basler Kommentar zum Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz, Bâle 2014, Art. 6 N 18 [ci-après BSK DSG- MAURER-LAMBROU/STEINER]). Afin de juger s'il existe dans un Etat un niveau de protection adéquat, on peut, selon l'art. 31 al. 1 let. d LPD se référer à la liste indicative du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (cf. la «Liste des Etats dotés d'une loi sur la protection des données assurant un niveau de protection adéquat [art. 6 al. 1 LPD]» du PFPDT, état au 2 juin 2014, ci-après «Liste du PFPDT»; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 6 N 18a).

3.1.2.2 Du point de vue suisse, la protection des données aux USA n'est pas adéquate (BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 6 N 44 ss). Une protection des données adéquate aux USA n'existe que quand la personne qui traite les données a adhéré à l'«Accord Safe Harbour» (liste du PFPDT, p. 10). Toutefois, seules des entreprises peuvent adhérer à cet accord, mais non les autorités US. L'«Accord Safe Harbour» n'est par conséquent pas applicable au DoJ, raison pour laquelle il n'y aurait pas de protection des données adéquate en cas de transmission des données litigieuses au DoJ. La communication des données personnelles de la Demanderesse est par conséquent en principe inadmissible au sens de l'art. 6 al. 1 LPD. La question de savoir si l'inadmissibilité de principe de la transmission de données pourrait néanmoins se justifier [*sic*] est conditionnée uniquement par les motifs justificatifs exhaustifs de l'art. 6 al. 2 LPD. Pour la pesée des intérêts requise, il faut par conséquent seulement déterminer les intérêts touchés de la Demanderesse, ainsi qu'un éventuel intérêt public justificatif, les confronter et les mettre en balance.

3.1.3 Application de l'art. 6 al. 2 LPD: intérêt public prépondérant

3.1.3.1 Tout d'abord il faut relever que, juridiquement parlant, le motif justificatif de l'«intérêt public prépondérant» constitue une notion juridique indéterminée, en lien avec laquelle l'autorité qui applique la loi dispose d'une marge d'interprétation correspondante (ROSENTHAL, précité, Art. 13 al. 1 N 6). [...]

3.1.3.2 Dans le cadre de la pesée des intérêts, il faut déterminer dans quel but les données sont censées être utilisées par le destinataire et quelle est l'ampleur du risque d'une utilisation des données détournée de son but, respectivement si d'autres atteintes à la protection des données pourraient survenir sans que la personne concernée ne puisse entreprendre quelque chose là-contre (ROSENTHAL, précité, Art. 6 N 62). A cet égard, c'est celui qui traite les données, soit par conséquent la Défenderesse, qui supporte le fardeau de la preuve de l'existence d'une justification de la divulgation des données (ROSENTHAL, précité, Art. 6 N 36).

3.1.3.3 Par «intérêt public prépondérant», on entend l'intérêt public du point de vue de la Suisse. L'intérêt public prépondérant ne se limite pas forcément à des intérêts intérieurs, respectivement suisses, mais peut aussi être donné en cas de soutien à des demandes d'un Etat étranger (ROSENTHAL, précité, Art. 6 N 60). En outre, il est aussi possible que des demandes d'un Etat étranger aient un effet réflexe sur la Suisse, raison pour laquelle celles-ci peuvent être indirectement dans l'intérêt public suisse. On peut penser ici, par exemple, à la protection d'un secteur de l'économie. Finalement, des situations dans lesquelles la réputation de la Suisse serait menacée par le refus d'une communication de données peuvent en principe également justifier un intérêt public prépondérant. L'existence d'un intérêt public ne doit toutefois pas être admise avec légèreté, lorsque ce sont des intérêts publics étrangers qui sont touchés de façon primaire (ROSENTHAL, précité).

[...]

3.1.3.5 Point de vue d'acteurs nationaux

Quant au principe, il faut approuver la Défenderesse, dans la mesure où le règlement du conflit fiscal avec le DoJ est dans l'intérêt public de la Suisse. Cela correspond aussi à la position du Conseil fédéral, de la FINMA et du PFPDT, qui décrivent la coopération des banques suisses avec les USA comme étant dans l'intérêt public de la Suisse. [...]

3.1.3.6 Mise en accusation à l'encontre de [...]

[...]

3.1.3.6.2 Il n'est toutefois pas clair si une mise en accusation aux USA de la Défenderesse en tant que filiale suisse aurait effectivement comme conséquence la disparition de l'ensemble du groupe. Ce scénario est improbable, d'autant qu'il paraît envisageable que, dans ce cas, la Défenderesse serait séparée du groupe. Les dernières restructurations de banques d'importance systémique en Suisse montrent que, dans les milieux bancaires, on part du principe que les risques peuvent être limités par la création de filiales. [Citation de l'exemple d'UBS.]

3.1.3.6.3 En outre, il faut remarquer qu'une mise en accusation à l'encontre et mettant en péril l'existence du groupe-

mère de la Défenderesse provoquerait une crise financière globale et par conséquent contrevient aussi aux intérêts des USA. Ceci rend peu vraisemblable que le groupe-mère disparaisse sous la pression des USA. L'intérêt public de principe de la Suisse à l'évitement d'une mise en accusation à l'encontre du groupe-mère et menaçant potentiellement l'existence de ce dernier, n'est toutefois pas aussi grand que si une banque d'importance systémique en Suisse était atteinte. En rapport avec cela, il faut constater que, du point de vue strictement suisse, la Défenderesse ne constitue pas une banque d'importance systémique pour la Suisse. Les grandes banques, à la disparition desquelles l'économie suisse ne survivrait pas sans grands dommages, sont soumise, en tant que banques d'importance systémique, à un régime réglementaire renforcé depuis la révision de la Loi sur les banques. En Suisse, il y a à ce jour quatre institutions bancaires qui sont considérées comme d'importance systémique; la Défenderesse n'en fait toutefois pas partie.

3.1.3.7 Mise en accusation à l'encontre de la Défenderesse [...]

3.1.3.7.1 Communication de données selon le Programme US

Le Programme US exige la divulgation des données de personnes qui ont eu à faire avec des comptes dont le montant a dépassé USD 50'000.– entre le 1^{er} août 2008 et le 31 décembre 2014 et dont l'ayant-droit économique était citoyen US, résident aux USA ou une entreprise américaine. Pour conclure un NPA, la Défenderesse doit communiquer deux types de données de collaborateur au DoJ: d'une part, les «collaborateurs D1», des personnes qui ont structuré, exploité ou surveillé les affaires *cross-border* pour des *US related accounts*, et, d'autre part, les «collaborateurs D2», c'est-à-dire toutes les personnes qui, à la connaissance de la banque, ont été en relation avec des comptes US à n'importe quel moment pendant la période en question. La Demanderesse elle-même se qualifie comme «collaboratrice D1»; la Défenderesse, en revanche, la qualifie de «collaboratrice D2». Le DoJ rejette une règle «de minimis». Cela signifie que, indépendamment de l'importance de la relation d'affaires, toutes les données de collaborateurs doivent être livrées aux USA, s'agissant de comptes au-dessus de USD 50'000.–.

3.1.3.7.2 Fonction de la Demanderesse

Comme la Défenderesse l'expose justement, aucun des critères mentionnés pour une collaboratrice D1 n'est en l'espèce réalisé en rapport avec la Demanderesse: la Demanderesse travaillait, durant la période susmentionnée en tant que [...] pour la banque C. Elle n'a pas assumé de fonction dans le cadre de laquelle elle a structuré, exploité ou surveillé des *US related accounts*. Entrent en considération, en

tant que collaborateurs D1, par exemple les membres de la direction, les responsables des affaires US et les *managing directors*. La Demanderesse n'avait pas de rôle central au sens du Programme US en rapport avec les affaires *cross-border*. Selon les déclarations de la Demanderesse, elle n'a pas acquis elle-même le client [...]; bien plus, il s'agissait d'un client «fortuit», qui s'est présenté de sa propre initiative en l'an [...] dans la filiale [...] de la banque C., pour ouvrir un compte et qui a été attribué à la Demanderesse en raison de ses [...]. La Demanderesse n'a pas acquis d'autre argent US non déclaré durant son activité. La Demanderesse a indiqué n'avoir pas rencontré le client en question aux USA. Par conséquent, on a affaire, dans le cas de la Demanderesse, à un «petit poisson» dans le litige fiscal US.

3.1.7.3 Réactions possibles des USA au refus de communication des données

Un principe central de tout Etat de droit est le respect de la proportionnalité. Au regard de l'insignifiance de la Demanderesse dans les affaires US, il n'est pas établi qu'en cas de non-divulgaration des données litigieuses, le DoJ qualifierait la Défenderesse de non-coopérative, en particulier si la Défenderesse a plaidé sans succès en faveur de la transmission des données dans le cadre de procédures judiciaires. Il n'existe pas d'indices objectifs selon lesquels, en cas de transmission incomplète, le DoJ refuserait la conclusion d'un NPA ou annulerait après coup un accord conclu, d'autant plus que les données de la Demanderesse ne constituent qu'une très petite partie de l'ensemble des données à transmettre par la Défenderesse. Il est vrai que le DoJ peut, selon le Programme US, décider selon sa libre appréciation, si la Défenderesse a transmis des données fausses, incomplètes ou trompeuses.

Une mise en accusation à l'encontre de la Défenderesse devrait être qualifiée de complètement disproportionnée, si elle se fondait sur la transmission manquante, isolément, de quelques collaborateurs de banque insignifiants. Bien plus, il resterait pour les USA la possibilité de tenir compte de transmissions de données manquantes dans le respect du principe de proportionnalité, dans le cadre de la fixation du montant de l'amende. L'exemple suivant peut être invoqué à cet égard: le degré de coopération d'une banque suisse avec les USA paraît avoir eu un effet sur le montant de l'amende du NPA conclu avec la BSI. Bien que, selon le modèle de NPA, le montant de l'amende peut atteindre 20 à 50 % du patrimoine US géré, elle se situait, dans le cas de la BSI, nettement plus bas, à tout juste 8 % (NZZ du 1^{er} avril 2015, p. 21).

Le Tribunal est convaincu que les USA, en raison du principe de proportionnalité, ne vont pas mettre en accusation la Défenderesse en raison de la communication manquante de données de collaborateurs de banque insignifiants.

La Défenderesse argumente qu'il ne faut pas procéder à un examen au cas particulier, mais à un examen d'ensemble: le grand nombre de cas similaires atteindrait, en somme, une «masse critique». Ce qui est décisif est moins le nombre que le poids du cas concret, respectivement la somme des actifs touchés par le refus d'information. S'il s'agit en somme d'un montant élevé, la transmission de données est plutôt justifiée. En l'espèce, il n'existe pas d'indices selon lesquels le refus de communiquer les données concernerait une somme élevée ou une quantité critique de cas.

En outre, les développements actuels montrent que des banques qui, initialement, ont pris part au Programme US en catégorie 2, sortent du Programme US. Ceci indique que la participation au Programme US n'est pas une condition impérative pour survivre au litige fiscal avec les USA, en particulier pas lorsqu'il est avéré, après un examen approfondi, qu'aucune loi US n'a été violée (cf. «Banken steigen aus dem US-Programm aus», NZZ du 31 août 2014). Comme la Défenderesse l'expose, elle a très tôt fait attention à la conformité fiscale et travaillé au départ des «personnes US» qui n'étaient pas fiscalement conformes.

3.1.3.8 Autres intérêts publics

3.1.3.8.1 Réputation internationale de la Suisse

Il est dans l'intérêt public de la Suisse que des actes de poursuite à l'encontre de personnes physiques et d'entreprises qui ont utilisé des comptes bancaires et des entreprises suisses pour commettre des délits fiscaux aux USA soient soutenus. Un marché financier stable, conforme à la loi, crée la confiance et forme la base de l'activité bancaire contemporaine. Cette position de principe façonne la réputation internationale de la Suisse.

3.1.3.8.2 Emplois

En cas de disparition de la Défenderesse en Suisse, les emplois seraient mis en péril; éviter la perte de ces emplois est en principe également dans l'intérêt public de la Suisse. La Défenderesse dispose en Suisse d'environ [...] postes. L'intérêt de la Suisse à ces emplois doit être décrit comme moyennement élevé.

3.1.3.8.3 Enrichissement du marché et valeur ajoutée financière

Selon les principes de l'économie de marché libre, une offre large de fournisseurs augmente la concurrence et rend la place financière suisse dans son ensemble attractive. Le fait que la Défenderesse soit domiciliée en Suisse enrichit le marché financier suisse et crée de la plus-value financière (par exemple par les impôts). L'existence de la Défenderesse est par conséquent dans l'intérêt public de la Suisse. Au vu de [...] cet intérêt doit être qualifié de moyennement grand, du point de vue suisse global.

3.4 Intérêts de la Demanderesse à la non-transmission des données

3.1.4.1 Utilisation des données

Faute d'un niveau de protection des données légalement suffisant aux USA, il n'existe pas un niveau de protection suffisant des données personnelles à transmettre. Les données personnelles qui sont transmises au DoJ par les banques suisses en vertu du Programme US peuvent, selon le Programme US et le *Joint Statement*, être utilisées ou publiées aux fins de poursuites pénales aux USA ou de toute autre manière légalement admissible aux USA. La réutilisation des données litigieuses à des fins pour l'heure encore indéterminées est par conséquent envisageable. Ce qui se passera avec les données, une fois qu'elles auront été transmises, n'est pas prévisible. Cette incertitude quant à ce qui se passera avec les données, respectivement quant au but dans lequel elles seront employées, entraîne des conséquences restrictives pour la Demanderesse, qu'elles soient de nature privées ou professionnelles.

3.1.4.2 Contrainte à la divulgation de données de clients

Comme la Demanderesse l'a exposé, il s'agit en la personne du client concerné de [...], lequel dispose de [...]. Ce client pourrait être intéressant pour le fisc US. La Demanderesse a exprimé qu'elle avait des raisons de penser que, en cas de communication de ses données, elle pourrait être interceptée par les autorités US et interrogée en lien avec le client précité, lors d'un voyage à l'étranger. Dans une telle situation, la Demanderesse se trouverait dans la situation délicate de devoir choisir entre ses obligations de confidentialité (secret bancaire) et ses intérêts personnels s'agissant d'échapper à des sanctions pénales US. Il est envisageable que le DoJ voudrait obtenir des informations supplémentaires en rapport avec le client précité à travers la Demanderesse. Il est convenu, par biais d'un accord international entre la Suisse et les USA, que les demandes de renseignements au sujet de la personne du titulaire du compte doivent se régler par la voie de l'entraide. Comme tout le litige fiscal avec les USA le démontre, les USA n'ont toutefois aucune retenue pour jouer de leur superpuissance et mettre en œuvre leur droit national également en dehors des USA, sous la menace de sanctions. Il est bien envisageable que les USA veuillent à l'avenir, dans une mesure croissante, poursuivre des individus sous l'angle pénal fiscal. Le Tribunal tient la crainte de la Demanderesse d'être contrainte de fournir des renseignements au sujet de son ancien client en dehors d'une procédure d'entraide pour absolument justifiée. Dès lors que la voie de l'entraide est prescrite pour la fourniture de renseignements au sujet de titulaires de comptes, il n'est précisément pas dans l'intérêt public de la Suisse de faciliter aux USA, par la mention des noms des conseillers bancaires, l'obtention d'informations de clients

d'une manière illégale en dehors de la voie de l'entraide, moyennant pression sur les conseillers bancaires.

3.1.4.3 Poursuites pénales à l'encontre de la Demanderesse

Il existe pour la Demanderesse le danger d'être poursuivie et sanctionnée pénalement. La Défenderesse a prévu de communiquer au DoJ, entre autre, le prénom et le nom de la Demanderesse.

La Défenderesse argue qu'aucun danger de poursuites pénales par le DoJ ne menace la Demanderesse. Dans le cas des collaborateurs auxquels le DoJ a demandé des comptes jusqu'ici, il se serait toujours agi de collaborateurs ayant coopéré activement avec un grand nombre de clients US, afin de dissimuler au fisc US des actifs de plus de USD 100 millions et qui auraient ouvert nombre de comptes non déclarés et rencontré personnellement aux USA des clients US. En outre, la Demanderesse se serait occupée d'un compte qui, à l'époque, aurait été conforme aux règles.

Du point de vue du Tribunal, il n'existe qu'un faible danger d'une poursuite pénale de la Demanderesse, dès lors que celle-ci a joué un rôle totalement insignifiant dans les affaires US.

3.1.4.4 Restrictions professionnelles de la Demanderesse

La Demanderesse craint, en cas de communication de son nom aux USA, d'être considérablement entravée dans son avancement professionnel et, en particulier, qu'elle ne trouverait plus de travail dans le secteur financier. Les premières questions, lors d'entretiens d'embauche dans l'industrie de la finance, consisteraient à demander si la candidate est impliquée dans des litiges juridiques avec les autorités américaines et a eu des contacts avec des clients US. En outre, la question serait posée de savoir si son nom a été livré aux USA. Du point de vue du Tribunal, ces craintes sont justifiées et les désavantages atteignent la Demanderesse déjà par la mention du nom. Cette entrave doit être qualifiée d'incisive, dès lors que dans le pire des cas, un engagement est rendu impossible dans toute la branche financière.

3.1.4.5 Restrictions territoriales de la Demanderesse

La restriction de la liberté de mouvement dans le cadre d'une transmission de données ne concerne pas que les USA, mais aussi d'autres pays qui ont conclu des accords d'extradition avec les USA. Depuis le cas Raoul Weil, il est judiciairement notoire que l'on peut également être arrêté hors des USA, par exemple en Italie («Das Dilemma der Beschuldigten im US-Steuerstreit», NZZ du 22 octobre 2013).

3.1.5 Synthèse et appréciation

3.1.5.1 Le Tribunal reconnaît l'importance du Programme US pour la place financière suisse. La politique nationale soutient également la collaboration des banques avec les USA pour la résolution du litige fiscal.

3.1.5.2 Les USA disposent, avec l'instrument de la mise en accusation, d'un moyen de contrainte pour, conjugué à leur superpuissance, exercer également en dehors de leur pays, sur les banques, une contrainte menaçant leur existence. Le Tribunal part du principe qu'une mise en accusation contre la Défenderesse [...] aurait des conséquences de nature à mettre son existence en péril. Il est dans l'intérêt public de la Suisse d'empêcher l'effondrement de la Défenderesse [...]. L'intérêt public consiste dans le fonctionnement de la place financière, le maintien des emplois et la création de valeur et l'enrichissement du marché par l'activité de la Défenderesse. Cependant, le Tribunal estime la probabilité d'une mise en accusation comme très faible. En particulier, le risque de mise en accusation est faible lorsque seules les données de personnes qui ont joué un rôle insignifiant dans les affaires US ne sont pas transmises. Dans le cas de la Demanderesse, il s'agit d'une telle personne.

3.1.5.3 Par contre, la Demanderesse risque, en cas de transmission des données, leur réutilisation incontrôlée à toute fin légalement autorisée aux USA. Elle doit aussi compter avec le fait que, n'importe où dans le monde où les USA peuvent mettre en œuvre leurs moyens de contrainte, elle pourrait être contrainte à fournir des renseignements au sujet de la personne du titulaire du compte, moyennant quoi elle se rendrait punissable selon le droit suisse. En outre, l'obtention d'informations au sujet du titulaire du compte en dehors de la voie de l'entraide serait illicite. En cas de mention de son nom, la Demanderesse est en outre considérablement handicapée dans son avancement professionnel, dès lors que des personnes qui sont impliquées dans le litige fiscal ont des difficultés à trouver un nouvel emploi sur la place financière. Le Tribunal estime faible le danger d'une poursuite pénale de la Demanderesse.

Les réglementations fiscales et conceptions quant à l'étendue de la souveraineté étatique, contradictoires entre les USA et la Suisse, ne peuvent pas être mises en œuvre uniquement à la charge de la Demanderesse. La Demanderesse, en tant que «petit poisson», n'a pas à assumer la responsabilité de ces problèmes; il serait disproportionné de la faire payer pour cela dans la mesure précitée. De même, la banque ne peut pas, dans sa fonction d'employeuse, reporter ses conflits avec la loi US sur les épaules de son ex-employée.

3.1.5.4 Appréciation et solution du Tribunal

La pesée des intérêts en présence montre que la Demanderesse – bien qu'elle soit un «petit poisson» dans le litige fiscal avec les USA – aurait à supporter des désavantages concrets considérables et disproportionnés en cas de communication de données. En revanche, le danger d'une mise en accusation de la Défenderesse en cas de refus de communication de données concernant un «petit poisson» est

très faible. Par conséquent, si les données concernent un «petit poisson», les intérêts de l'employée priment. Cela signifie que les USA doivent accepter que le pouvoir judiciaire suisse intervienne avec une règle «*de minimis*» dans le sens de la mise en œuvre du principe de proportionnalité. Le Tribunal suisse doit examiner en lieu et place des USA l'importance de leur intérêt à la poursuite pénale de la personne touchée. Le DoJ ne doit recevoir que les données de collaborateurs qui ont traité de manière substantielle, active et systématique des actifs non fiscalisés pour des montants considérables – de soi-disant «gros poissons»; le DoJ ne doit, en revanche, pas obtenir les données de «petits poissons». Lorsqu'il s'agit d'un «petit poisson», il n'y a pas d'intérêt prépondérant du DoJ à la transmission de ces données. Dès lors que les condamnations d'employés de banque connues à ce jour concernaient des actifs non fiscalisés de plus de CHF 100 millions, la frontière entre «gros et petit poisson» doit être fixée à CHF 50 millions, dans le cadre du pouvoir d'appréciation du juge. Cette somme peut être atteinte avec un ou quelques gros clients, mais également avec une multitude de plus petits clients. Est déterminante la somme des actifs non fiscalisés.

3.1.5.5 Contrôle par les USA

En rapport avec ce triage à exécuter par les tribunaux suisses, on remarquera que l'examen par les tribunaux suisses est complété par celui de l'«*independent examiner*». Préalablement à la conclusion d'un NPA, chaque banque participant au Programme US doit préparer les données pertinentes avec l'«*independent examiner*», l'«examinateur indépendant». La banque doit passer au peigne fin toute sa banque de données de clients à la recherche de *US related accounts* et examiner chaque compte individuellement sous l'angle de sa conformité fiscale US, sous la supervision de l'«*independent examiner*». L'«*independent examiner*», [...], fonctionne comme le «bras prolongé» du DoJ et s'assure que tous les collaborateurs concernés soient pris en compte et que, ce faisant, les standards prescrits soient respectés. L'«*independent examiner*» diminue le risque que les données de «gros poissons» échappent au DoJ. Par conséquent, il diminue aussi le risque que la Défenderesse ne puisse pas conclure de NPA et que, éventuellement, une mise en accusation intervienne. Au vu de ce double contrôle – une fois par le tribunal suisse, la seconde fois par l'«*independent examiner*» – on peut attendre des USA qu'ils renoncent à la communication des données de conseillers à la clientèle insignifiants.

3.1.5.6 Si le DoJ mettait effectivement en accusation la Défenderesse parce qu'elle n'aurait pas pu livrer les données d'une conseillère à la clientèle insignifiante, malgré l'épuisement des voies de droit suisse, ce procédé du DoJ serait à qualifier de grossièrement disproportionné et comme pur

«*power play*» des USA. Si le DoJ détruisait la Défenderesse en raison de la non-communication des données litigieuses, cela contreviendrait de façon crasse au principe de proportionnalité. Un tel procédé des autorités US ne mériterait pas de protection par la jurisprudence suisse.

3.1.5.7 La Défenderesse n'est par conséquent pas parvenu à démontrer un intérêt public prépondérant, en conséquence de quoi l'existence d'un tel intérêt doit être niée. Faute d'un motif justificatif, la transmission des données au sens de l'art. 6 al. 1 LPD doit par conséquent être qualifiée comme une atteinte à la personnalité illicite. Il faut par conséquent faire droit à la requête de la Demanderesse tendant à la non-communication de ses données personnelles, selon l'art. 6 LPD.

3.1.6 Communication de données pour utilisation dans une procédure judiciaire

Le résultat ne serait pas non plus différent si, comme avancé par la Défenderesse, la justification dans le sens de l'art. 6 al. 2 let. d (deuxième partie de phrase) LPD était invoquée comme motif justificatif: la Défenderesse fait ainsi valoir que des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger dans la mesure où la communication serait indispensable à la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice. Ce motif justificatif serait également applicable dans le cadre de la coopération avec les autorités US au titre du programme fiscal. Cette argumentation ne doit pas être suivie. La Défenderesse ne fait en l'espèce pas valoir de prétentions devant un tribunal, dès lors que le DoJ n'est pas un tribunal mais une autorité administrative, laquelle n'a pas de compétence juridictionnelle dans le domaine pertinent. En outre, selon le NPA, la diffusion des données est possible pour chaque but autorisé par les lois US. Cela comporte aussi une utilisation en dehors d'une procédure judiciaire. Par conséquent, comme déjà exposé, il faut faire droit à la prétention de la Demanderesse à la non-communication de ses données, selon l'art. 6 en rapport avec l'art. 15 LPD.

3.2 Droit du travail

3.2.1 La transmission de données personnelles au Département de la justice US peut, outre la contravention aux prescriptions de la loi sur la protection des données, également attenter à la personnalité du travailleur (art. 28 CC, art. 328 et 328b CO). Celui qui est atteint de façon illicite dans sa personnalité peut saisir le juge pour sa protection à l'encontre de quiconque participe à l'atteinte (art. 28 al. 1 CC). Une atteinte est illicite lorsqu'elle n'est pas justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi (art. 28 al. 2 CC).

3.2.2 L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent

sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la LPD sont applicables (art. 328b CO). La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui sont l'objet d'un traitement de données (art. 1 LPD).

3.2.3 Selon STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, tout traitement de données est inadmissible en vertu de l'art. 328b CO, à moins qu'il ne soit justifié par l'examen des aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou par l'exécution du contrat de travail (comme par exemple l'exécution d'obligations légales à l'égard des assurances sociales ou de l'administration fiscale; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^{ème} éd., Zurich 2012, N 3 ad Art. 328b CO). Suivant leur point de vue – contrairement au domaine de la loi sur la protection des données – même l'existence d'un motif justificatif au sens de la LPD ne permet pas d'écarter l'illicéité; un traitement de données d'un employé est, de leur point de vue, illicite lorsqu'il n'existe pas de rapport étroit avec la relation de travail. Sont d'une autre opinion ROSENTHAL/JÖHRI, qui voient dans l'art. 13 al. 1 LPD un motif justificatif pour une atteinte au sens de l'art. 328b CO (ROSENTHAL, précité, Art. 328b CO N 12).

3.2.4 La transmission de noms et de données de collaborateurs actifs dans le *US cross-border business* au DoJ n'est pas en rapport immédiat avec le poste de travail et le travail à fournir (ROHNER/PETER, précité, p. 737). Si l'on suit l'opinion de STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, faute d'un rapport de connexité relevant du droit du travail, la communication des données d'un employé est inadmissible et ne peut pas être justifiée. Par conséquent, la communication des données personnelles de la Demanderesse au DoJ serait inadmissible, en raison de l'inexistence d'un rapport de connexité relevant du droit du travail.

3.2.5 Même si l'on ne suit pas l'opinion de STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH quant à un contenu normatif extensif et absolu de l'art. 328b CO, on relève d'autres aspects de droit du travail pertinents pour le jugement du présent cas: conformément à l'obligation de protection de l'employeur, ce dernier protège et respecte la personnalité du travailleur, manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité (art. 328 al. 1 CO). L'employeur doit s'abstenir de toute intervention dans les droits de la personnalité de l'employé qui n'est pas justifiée par le contrat de travail et doit également les protéger contre les interventions de tiers. Cette obligation de protection de l'employeur forme le corollaire de l'obligation de fidélité de l'employé, conditionnée par son assujettissement aux instructions et sa dépendance personnelle (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, précité, N 2 s. ad Art. 328 CO).

[...]

3.2.7 Il faut partir du principe qu'il existait chez la Défenderesse des instructions quant au contenu et à la procédure lors du déroulement de l'activité de conseil envers des clients US. Pour l'activité professionnelle de la Demanderesse, il doit y avoir eu des instructions quant à sa présentation, l'acquisition de clients et la prise en charge des clients. Il doit à cet égard s'être agi d'instructions techniques en rapport avec les prestations de conseil à fournir par les collaborateurs et aux fins de la description précise des valeurs patrimoniales visées. Les stratégies de la Défenderesse en tant qu'employeuse doivent avoir influencé la manière de la Demanderesse d'exercer son activité de conseil.

3.2.8 Il faut par conséquent partir du principe que la Demanderesse a satisfait à ses devoirs d'employée, en exécutant les instructions de la Défenderesse. Le fait que la Demanderesse s'est comportée conformément aux directives de son employeur ne doit pas à présent lui être en désavantage. Si, à présent, le modèle d'affaires de la Défenderesse (respectivement de la banque C. reprise par elle) n'était du point de vue US fiscalement pas irréprochable, la banque en premier lieu doit porter la responsabilité de son modèle d'affaires de l'époque. L'obligation de protection de l'employeur comporte en particulier aussi l'obligation de protéger l'honneur personnel et professionnel, la sphère privée ainsi que le droit à l'avancement professionnel de l'employée (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, précité, N 7 ad Art. 328 CO). Dans la mesure où l'obligation de protection de l'employeur persiste également après la fin des rapports de travail (ATF 130 III 699 c. 5.1), la Défenderesse ne peut pas se soustraire à sa responsabilité.

3.2.9 En outre, il faut prendre en considération la perspective temporelle: durant la période pertinente, la Demanderesse s'est comportée de manière conforme aux règles. Au moment où la Demanderesse était en contact avec le client précité, en 2006, elle s'est comportée en accord avec les règlements en vigueur à l'époque, donc conformément aux règles. A ce moment, la Demanderesse ne pouvait pas savoir que les USA modifieraient plus tard leurs directives de telle manière que le client tomberait rétroactivement sous le coup des directives plus sévères. En tant que collaboratrice, la Demanderesse pouvait compter sur la validité et l'applicabilité des règlements applicables à l'époque. Le fait que les règles des USA aient changé après coup, en raison d'un processus dynamique dans le cadre duquel les autorités US ont établi des réglementations toujours plus sévères et des exigences toujours plus élevées, ne peut cependant pas à présent être mis à charge de la collaboratrice, respectivement de la Demanderesse. Si, au surplus, l'amende à prononcer à l'encontre de la Défenderesse devait effectivement être augmentée en raison des données caviardées, il serait

justifié que la Défenderesse supporte ce montant, d'autant plus que la Défenderesse était maîtresse du modèle d'affaires.

3.2.10 Les considérations relevant du droit du travail, ci-devant, ont simple valeur de complément.»

III. Commentaire

1. Contexte et pertinence de l'arrêt

Cet arrêt a valeur de précédent, dans la mesure où il constituerait, au niveau suisse, la première décision judiciaire à trancher, sur le fond, un litige en matière de communication de données personnelles opposant un ex-employé et la banque qui l'employait, dans le cadre du Programme US.¹ Il convient toutefois, pour l'heure, d'en relativiser la portée, dans la mesure où il fait l'objet d'un appel au niveau cantonal.

Au demeurant, le Tribunal de première instance de Genève avait certes rendu, le 28 mai 2015, un arrêt au fond – non publié – dans une cause et avec une issue similaire. Toutefois, la banque concernée par le jugement genevois était Crédit Suisse SA, soit une banque qui ne participe précisément pas au Programme US, puisqu'une procédure pénale est ouverte à son encontre aux Etats-Unis (banque dite de «catégorie 1»).

En revanche, la cause jugée par le Tribunal d'arrondissement de Horgen implique une banque participant au Programme US en catégorie 2 et intéresse, par conséquent, les dizaines d'établissements bancaires (une centaine environ, selon les informations disponibles) appartenant à cette catégorie.

Rappelons que la Cour suprême zurichoise (à l'instar de la Cour de justice de Genève) a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sujet dans un arrêt n° LF140075-O/U du 3 mars 2015, sur mesures provisionnelles². Dans cette affaire, la requête d'interdiction de transmission des données d'une ex-employée de banque – dont la situation était à première vue comparable à celle de l'ex-employée A. – avait été rejetée sur mesures provisionnelles en première instance. La Cour, quant à elle, a jugé invraisemblable que l'intérêt public fût prépondérant sur l'intérêt privé de l'ex-employée et a renvoyé la cause à l'instance précédente en l'invitant à procéder à une nouvelle pesée des intérêts. Il ne serait dès lors guère surprenant de voir la décision du Tribunal d'arrondissement de Horgen confirmée en seconde instance cantonale.

¹ Cf. «Bank darf Mitarbeiterdaten nicht herausgeben», NZZ du 18 juillet 2015.

² Cf. «Wenn Richter in den Steuerstreit eingreifen», NZZ du 4 avril 2015.

2. Droit de la protection des données

Sous l'angle de la LPD, trois éléments méritent d'être retenus de cet arrêt.

a) Primauté de l'art. 6 LPD sur l'art. 13 LPD

Tout d'abord, le Tribunal tranche le débat relatif au champ d'application respectif des art. 6 et 13 LPD. À cet égard, se fondant sur la jurisprudence de la Cour suprême zurichoise, ainsi que sur le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LPD et divers avis exprimés en doctrine, il juge que l'art. 6 LPD constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 13 LPD.

Cela a pour conséquence qu'en cas de communication transfrontière de données, seul le motif justificatif de la sauvegarde d'un intérêt prépondérant *public* peut être invoqué, et non celui de l'intérêt prépondérant *privé*, lequel est prévu par l'art. 13 al. 1 LPD, mais non par l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

b) Illicéité de la communication de données au DoJ au sens de l'art. 6 al. 1 LPD

Ensuite, le Tribunal considère que la communication de données au DoJ doit être présumée comme impliquant une menace grave pour la personnalité des personnes concernées et donc en principe illicite, sous réserve d'un motif justificatif.

Il tire cette conclusion de la Liste – pourtant indicative – édictée par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, à teneur de laquelle la législation des Etats-Unis en matière de protection des données n'est pas considérée comme offrant un niveau de protection équivalent au standard de la LPD. L'exception réservée par cette Liste en faveur des entreprises privées étatsuniennes enregistrées conformément au «U.S.-Swiss Safe Harbor Framework» (un accord bilatéral conclu entre la Suisse et les Etats-Unis et qui permet aux entreprises privées des deux pays de se communiquer des données sans devoir obtenir l'aval du PFPDT) ne s'applique pas au DoJ.

On notera que cette motivation – lapidaire – est transposable à toute autorité étatsunienne, dès lors qu'une autorité étatique, par définition, ne peut bénéficier de l'accord Safe Harbor.

c) Absence de motif justificatif au sens de l'art. 6 al. 2 LPD

Enfin, le Tribunal examine l'existence d'un éventuel motif justificatif autorisant la banque à passer outre l'illicéité de principe de la communication des données de son ex-employée.

i) En général

Le Tribunal n'admet pas l'existence d'un motif justificatif autorisant la transmission des données de l'ex-employée au

DoJ. Le Tribunal a certes implicitement reconnu que l'intérêt privé de la banque se recoupe dans une large mesure avec l'intérêt public suisse (règlement du litige fiscal avec les Etats-Unis, maintien des emplois, du substrat fiscal et des conditions-cadre de la place financière) et doit dès lors être pris en compte au titre de l'art. 6 al. 2 let. d LPD. Cet intérêt n'a toutefois pas été jugé prépondérant par rapport à l'intérêt privé de l'ex-employée, laquelle risque, en cas de transmission de ses données, des atteintes graves à sa personnalité, soit en particulier:

- l'ex-employée pourrait être contrainte par les autorités américaines de livrer des informations relatives au client US concerné, en violation du secret bancaire (le Tribunal note que ce serait, en outre, contraire à l'intérêt public de la Suisse, qui exclut que ces informations soient obtenues hors la voie de l'entraide avec les Etats-Unis, c'est-à-dire de façon illicite);
- l'ex-employée n'aurait pratiquement aucune chance de retrouver un emploi dans le secteur financier;
- l'ex-employée serait restreinte dans sa liberté de mouvement, puisqu'il est désormais notoire que des (ex-) collaborateurs de banque peuvent être arrêtés dans tout Etat disposant d'un accord d'extradition avec les Etats-Unis;
- en revanche, l'ex-employée n'encourt qu'un faible risque de poursuites pénales aux Etats-Unis, au vu de son rôle insignifiant dans les affaires américaines et du fait qu'à l'origine, le compte était conforme aux règles en vigueur.

En somme, le Tribunal juge que si les données concernent un «petit poisson», les intérêts de l'employé l'emportent. Il instaure ainsi, au titre de la mise en œuvre du principe de proportionnalité, une règle *de minimis* que les Etats-Unis ont pourtant expressément exclue dans le cadre du Programme US. En conséquence, le DoJ ne doit recevoir que les données de «gros poissons», qui ont traité de manière substantielle, active et systématique des actifs non fiscalisés pour des montants considérables.

ii) Critère déterminant: le montant des actifs non fiscalisés

Le critère déterminant n'est pas celui du nombre de cas concernés, mais celui de la somme des actifs non fiscalisés concernés par (le refus de) la communication de données. S'il s'agit au total d'un montant important, la communication des données est «plutôt justifiée». En raison du fait que les condamnations connues de collaborateurs de banque concernaient des actifs non fiscalisés de plus de CHF 100 millions, la limite entre «petits» et «gros poissons» est fixée à CHF 50 millions d'actifs non fiscalisés.

Le Tribunal estime que si le DoJ mettait en accusation la banque pour n'avoir pu transmettre les données d'une

collaboratrice insignifiante et cela, en dépit de l'épuisement des voies de droit suisses, ce procédé «violerait de manière crasse le principe de proportionnalité» et constituerait du «pur *power play*» de la part des Etats-Unis. Un tel procédé des autorités américaines ne mériterait pas de protection de la justice suisse. En revanche, le Tribunal juge que le DoJ pourrait tenir compte de la non-transmission des données de la demanderesse au titre de la fixation du montant de l'amende à payer par la banque.

En fin de compte, on notera que l'arrêt laisse entendre que le résultat de la pesée des intérêts aurait pu être différent si la défenderesse avait été l'une des quatre (entre-temps cinq) banques considérées comme d'importance systémique pour la Suisse, selon la LB.

Sous l'angle du critère retenu, la solution du Tribunal appelle, à notre sens, les remarques suivantes:

- Premièrement, il nous paraît critiquable de retenir, pour l'examen de la proportionnalité, le seul critère quantitatif du montant des actifs non fiscalisés en cause.

De notre point de vue, il se justifierait de tenir compte, tout au moins de façon concurrente avec la question du montant des actifs, d'un critère d'ordre qualitatif: à savoir, la violation par l'employé de banque des directives internes de son employeur dans le cadre de son activité. Dans le cas où l'employé a respecté les directives internes, il devrait s'agir d'un élément s'opposant à la transmission des données. Dans le cas contraire, le juge pourrait considérer, en fonction de la gravité de la faute de l'employé, que ce dernier ne mérite pas d'être protégé, cas échéant, même si les actifs concernés sont inférieurs au seuil fixé.

En l'occurrence, le Tribunal a, certes, nuancé en précisant que les actifs en cause devaient avoir été traités «de manière substantielle, active et systématique», mais cette formulation ne semble pas ouvrir la porte au critère préconisé ici. On notera toutefois, que le Tribunal a adopté un argument similaire dans le cadre de son examen de la problématique sous l'angle du droit du travail (art. 28 CC; art. 328 et 328b CO).

- Deuxièmement, on ne saurait reprocher à l'employé d'avoir, par hypothèse, violé le droit (fiscal) étatsunien, sauf à ce que le respect de cette législation étrangère soit imposé par les directives de la banque (ce qui soulèverait d'autres questions sous l'angle du droit du travail et de la mise en œuvre).

Là encore, le Tribunal a suivi cette même approche, mais seulement dans sa motivation subsidiaire fondée sur le droit du travail.

- Troisièmement, il existe apparemment une contradiction entre les positions adoptées par les juridictions zurichoises et genevoises quant à la protection dont

bénéficient les employés de banques «*too big to fail*» (art. 8 al. 3 LB) – soit UBS, Credit Suisse, le groupe Raiffeisen, la Banque cantonale de Zurich et désormais PostFinance – au titre de la LPD. La question n'est pas anodine, dès lors que ces banques sont aussi parmi les plus grandes employeuses.

En effet, si l'on suit l'argumentation développée par le Tribunal d'arrondissement de Horgen, l'importance même de ces banques est susceptible de justifier la communication des données de leurs employés; à l'inverse, dans son jugement du 28 mai 2015, la Cour de justice de Genève a interdit une telle communication à Credit Suisse, soit précisément l'une des banques d'importance systémique. Autrement dit, la solution suggérée par le Tribunal d'arrondissement de Horgen dans son *obiter dictum* désavantagerait les collaborateurs de banques d'importance systémique par rapport aux employés de toutes les autres banques.

Il sied toutefois de rappeler que Credit Suisse ne participe pas au Programme US, ce qui pourrait résoudre cette apparente incohérence.

3. Conclusion

Cette jurisprudence propose une solution qui, à défaut d'être totalement satisfaisante du point moral, a le mérite de la prévisibilité. En effet, le critère quantitatif retenu permet à chaque employé et à chaque banque concernés de déterminer si la communication des données de tel employé au DoJ est *prima facie* illégale ou non. Si elle devait être confirmée, elle pourrait donc constituer un frein à de futures communications de données d'employés de banques au DoJ, dans les cas bagatelles.

Toutefois, l'attitude des banques face à de tels cas sera tributaire de la réaction du DoJ à cette jurisprudence. Or, on peut nourrir quelque doute quant au fait que le DoJ partage l'appréciation de la justice suisse quant à l'introduction d'une règle *de minimis* dans la mise en œuvre du Programme US.

Il est dès lors à craindre que certaines banques participant au Programme US préféreront courir le risque de transmettre des données en violation de la LPD, plutôt que d'être taxées par le DoJ de banques non coopératives.

Les employés concernés devront donc probablement continuer d'agir en interdiction de la communication de leurs données, au besoin par voie de mesures (super)provisionnelles, afin de sauvegarder leurs droits. Quant à ceux dont les données ont déjà été transmises ou le seront à l'avenir, cette jurisprudence devrait faciliter leur indemnisation pour l'éventuel préjudice subi.