

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21683/2014

ACJC/1175/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 9 SEPTEMBRE 2016

Entre

A. _____ **SA**, sise _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 3^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 décembre 2015, comparant par Me Guy Vermeil et Me Michael Fischer, avocats, route de Chêne 30, 1211 Genève 17, en l'étude desquels elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B. _____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Christian de Preux, avocat, rue Pedro-Meylan 2, case postale 409, 1211 Genève 17, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 12.09.2016.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 17 décembre 2015, reçu par A. _____ SA; ci-après : A. _____) le 25 janvier 2016, le Tribunal a dit que le fait pour A. _____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'États tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, informations ou documents comportant le nom et/ou des données ou informations relatives à B. _____ et/ou pouvant l'identifier constitue une atteinte illicite aux droits de la personnalité de ce dernier (ch. 1 du dispositif), interdit en conséquence à A. _____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'États tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, informations ou documents comportant le nom et/ou des données ou informations relatives à B. _____ et/ou pouvant l'identifier (ch. 2), prononcé cette interdiction sous la menace de la peine de l'article 292 CP qui dispose que celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue audit article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni de l'amende (ch. 3), arrêté les frais judiciaires à 10'000 fr., les a mis à la charge de A. _____, les a compensés avec l'avance fournie par B. _____ à hauteur de 2'000 fr., condamné A. _____ à verser un montant de 2'000 fr. à B. _____, condamné A. _____ à verser à l'État de Genève, soit au Service financier du Pouvoir judiciaire, un montant de 8'000 fr. (ch. 4), condamné A. _____ à verser à B. _____ un montant de 10'000 fr. à titre de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).
- B.**
- a.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 24 février 2016, A. _____ appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation en concluant, comme en première instance, au déboutement de B. _____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.
- b.** B. _____ conclut au rejet de l'appel, à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation d'A. _____ aux frais et dépens.

Il produit plusieurs pièces nouvelles, dont des communiqués de presse de janvier 2016 en provenance du Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique (*U.S. Department of Justice*; ci-après DoJ) et de sa Procureure générale adjointe ("*acting assistant attorney general*") Caroline CIRAOLLO, qui conseillaient aux personnes physiques ayant facilité l'évasion fiscale de contribuables du fisc américain de s'auto-dénoncer volontairement avant de faire l'objet d'une poursuite pénale les concernant personnellement. Il produit également l'accord de non-poursuite pénale (*Non-Prosecution Agreement*) conclu le 15 décembre 2015 entre A. _____ et le DoJ, dont il a pris connaissance alors que le jugement de première instance ne lui avait pas encore été communiqué (cf. à ce sujet infra let. D.f.).

c. Les parties, qui n'ont pas fait usage de leur droit de répliquer, puis de dupliquer, ont été avisées le 7 juin 2016 par le greffe de la Cour de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments suivants résultent de la procédure.

a. A. _____, qui fait notoirement partie d'un groupe bancaire étranger, a son siège à Genève où elle exploite une banque.

b. Le 1er septembre 2002, B. _____ a été engagé par A. _____.

Il a tout d'abord travaillé en qualité d'assistant de gestion au sein du Département C. _____. En décembre 2002, il a été nommé au titre de "*Cadre*" puis, en janvier 2010, il a été promu "*Membre de la Direction*", étant précisé qu'au Registre du commerce, B. _____ - qui n'était pas un "*responsable de zone*" - a toujours été inscrit sans aucune fonction dirigeante et avec un pouvoir de représentation limité à une signature collective à deux. Il a quitté A. _____ de son plein gré le 31 juillet 2010, puis il a travaillé auprès d'une autre banque avant d'être licencié le 23 février 2015, en lien avec la conjoncture.

Le certificat de travail établi par A. _____ rend hommage aux qualités de B. _____ qu'il a mis au profit de son employeur et précise qu'il avait eu comme tâches principales le développement et le suivi de la clientèle existante, la prospection et l'acquisition de nouveaux clients, les propositions d'investissements et les montages d'opérations bancaires, les contacts réguliers par téléphone et courrier ainsi que lors de rencontres personnelles avec les clients.

c. La clientèle de B. _____ était d'abord exclusivement, sinon essentiellement sud-américaine.

Puis, à la suite du départ d'une autre gestionnaire, sa hiérarchie lui a transmis six comptes de personnes présentant des "*indices d'américanité*", tels qu'une adresse aux États-Unis d'Amérique. B. _____ s'en est occupé à partir de 2008/2009.

Dès ce transfert sous sa responsabilité, il avait eu conscience que les six comptes concernés pouvaient concerner des contribuables américains, A. _____ évoquant déjà cette problématique et les comptes étant destinés de ce fait à être clôturés.

L'un de ces comptes appartenait à un citoyen suisse résidant aux États-Unis d'Amérique. Celui-ci ayant demandé à B. _____ s'il n'y avait pas d'autre solution que celle de signer une renonciation écrite à la protection du secret bancaire suisse, B. _____, qui n'avait pas les connaissances juridiques nécessaires pour répondre, avait consulté le service juridique de la banque, en février 2010, puis transmis au client le conseil de ce service, à savoir une donation écrite en faveur

d'un proche du client, de nationalité suisse et domicilié en Suisse. Le client en question a ensuite choisi l'option d'une donation.

Concernant les cinq autres comptes avec "*indices d'américanité*", B._____ n'a donné aucun conseil similaire.

Selon ses souvenirs, chacun des comptes avec "*indices d'américanité*" portait sur une valeur inférieure à 1'000'000 fr.

Concernant plus particulièrement la relation bancaire du citoyen suisse résidant aux États-Unis d'Amérique, il résulte d'une pièce produite par A._____ que tous les avoirs de celui-ci totalisaient un montant de l'ordre de 370'000 US\$, avant leur transfert à un proche de ce client.

d. Dès 2008, les autorités américaines se sont intéressées aux établissements bancaires suisses suspectant certains d'entre eux, de par leurs activités transfrontalières, d'avoir aidé les clients de nationalité américaine ou résidant aux États-Unis d'Amérique à éluder l'impôt américain.

En 2010, le DoJ et l'autorité américaine de réglementation et de contrôle des marchés financiers (U.S. Securities and Exchange Commission, ci-après : SEC) ont ouvert des enquêtes contre onze banques suisses et déposé en Suisse des demandes d'entraide administratives en vue d'obtenir des renseignements sur les activités transfrontalières aux États-Unis d'Amérique menées par lesdites banques.

A fin 2013, quatorze enquêtes pénales étaient ouvertes par le DoJ à l'encontre de différentes banques, appelés les banques de catégorie 1.

Dans ce cadre, les autorités américaines ont sollicité une collaboration totale des établissements bancaires concernés et la livraison de toutes les données dont elles disposaient, leur permettant d'examiner la situation, étant précisé que les autorités américaines poursuivaient les banques sous le chef d'inculpation de conspiration contre les États-Unis d'Amérique.

Depuis lors, certaines de ces banques de catégorie 1 ont conclu des accords ("*Deferred Prosecution Agreement*") avec les autorités américaines, par lesquelles elles reconnaissent avoir violé le droit américain, s'engagent à livrer certaines données concernant les clients, à continuer à collaborer avec les autorités américaines et ont payé, dans ce contexte, des sommes importantes de plusieurs centaines de millions de dollars aux États-Unis d'Amérique à titre de dommages-intérêts et/ou d'amende.

e. Le 14 février 2013, les autorités suisses et américaines ont signé un accord, entré en vigueur le 2 juin 2014, visant à faciliter la mise en œuvre par les établissements financiers suisses de la loi fiscale américaine régissant les comptes

à l'étranger de contribuables du fisc américain (*Foreign Account Tax Compliance Act*; ci-après : FATCA). La loi d'application est entrée en vigueur le 30 juin 2014. Cet accord exige des établissements financiers étrangers qu'ils s'enregistrent auprès de l'*International Revenue Service* (IRS) et qu'ils concluent un contrat avec celui-ci afin que les renseignements sur les comptes des personnes soumises à l'impôt aux États-Unis d'Amérique lui soient transmis, soit directement par l'établissement financier avec le consentement du titulaire du compte, soit, en l'absence d'un tel consentement, par l'intermédiaire d'une procédure d'assistance administrative spécialement réglementée reposant sur des demandes groupées.

Dans son message du 29 mai 2013, le Conseil fédéral a soumis pour adoption au Parlement suisse un projet de Loi fédérale sur des mesures visant à faciliter le règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les États-Unis d'Amérique.

Ce projet prévoyait notamment que les banques étaient autorisées à respecter toutes les exigences liées à la coopération entre les banques et les États-Unis d'Amérique en vue de régler le différend fiscal. Cette autorisation incluait les renseignements sur des relations d'affaires impliquant une personne américaine au sens de l'accord du 14 février 2013 visant à faciliter la mise en œuvre de FATCA, y compris le nom et la fonction des personnes qui, au sein de la banque, avaient organisé, suivi ou surveillé ces relations d'affaires, ainsi que le nom et la fonction de tiers ayant agi de manière semblable avec ces relations d'affaires. Toute banque qui s'acquittait de ces obligations devait veiller à protéger le mieux possible les membres de son personnel, en concluant avec les associations du personnel des accords comprenant notamment la prise en charge des frais d'avocat liés à la défense des intérêts des membres du personnel ainsi qu'une réglementation particulière pour les membres du personnel que le respect des exigences américaines mettait dans une situation difficile sur le plan personnel, financier ou professionnel.

Le 19 juin 2013, le parlement fédéral suisse a refusé d'entrer en matière sur ce projet de loi, en considérant qu'il appartenait au Conseil fédéral de trouver des solutions dans le cadre du droit en vigueur.

f. L'Association suisse des employés de banque, l'Association patronale des banques en Suisse et l'Association suisse des banquiers ont conclu, en date du 29 mai 2013, une convention portant sur les conséquences, pour les collaborateurs des établissements bancaires suisses, de livraisons de documents aux autorités américaines, prévoyant que les banques s'engageaient à prendre en charge les frais d'avocat des collaborateurs poursuivis aux États-Unis d'Amérique, sauf en cas de faute grave du collaborateur. En vue d'atténuer les cas de rigueur, un fonds spécial d'un montant de 2,5 millions de francs était mis en place pour une durée de trois ans. Étaient considérés comme cas de rigueur les cas des collaborateurs actuels et

anciens qui se trouvaient dans une situation personnelle, économique ou financière difficile suite aux livraisons de documents aux autorités américaines.

Par ailleurs, cette convention prévoyait notamment que, dans le cadre d'entretiens d'embauche, les établissements bancaires ne devaient poser aucune question concernant la situation personnelle d'un candidat eu égard aux livraisons de données.

Enfin, son préambule précise que *"dans l'intérêt de la place financière suisse et de ses collaborateurs, l'Association suisse des employés de banque soutient les efforts des établissements bancaires et des cercles politiques pour trouver un règlement amiable aux litiges en matière fiscale avec les États-Unis."*

g. Le 20 juin 2013, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : PFPDT) a émis une note à l'attention des banques récapitulant les principes de la Loi sur la Protection des données (RS 235.1; ci-après : LPD) à observer en cas de transmission de données personnelles d'employés et de tiers aux autorités américaines. Il a notamment relevé les éléments suivants :

"Principe de proportionnalité : en vertu de ce principe, seules peuvent être traitées les données nécessaires à l'atteinte d'un but précis (art. 4 al. 2 LPD). Le PFPDT estime que cette définition s'applique aux personnes ayant organisé, suivi ou surveillé des relations d'affaires concernant des personnes américaines.

Motifs justificatifs : si une personne concernée s'oppose à ce que la banque transmette des documents contenant son nom, la banque doit peser les intérêts en présence dans le cas concret. Elle doit alors, en vertu de l'article 13 LPD, faire valoir des motifs justificatifs pour pouvoir procéder à la transmission et doit, par ailleurs, remplir les conditions de l'article 6 LPD pour pouvoir transmettre des données dans un pays ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat.

Prétentions : si, après avoir pesé les intérêts en présence, la banque décide de transmettre des données contre la volonté de la personne concernée, cette dernière peut intenter une action en protection de la personnalité auprès d'un tribunal civil, conformément à l'article 15 LPD."

h. Le 3 juillet 2013, le Conseil fédéral a fixé les principes de coopération des banques suisses avec les autorités américaines en vue de régler le différend fiscal et a donné aux banques la possibilité de demander une autorisation individuelle au sens de l'art. 271 du Code pénal suisse (RS 311.0 ci-après : CP), réprimant les actes exécutés sans droit pour un Etat étranger.

Il a publié une décision modèle, ainsi qu'une note explicative à l'attention des banques qui participeraient au programme volontaire du DoJ et feraient une demande d'autorisation au sens de l'article 271 CP ou qui avaient déjà obtenu une autorisation le 4 avril 2012, laquelle devrait être remplacée par une nouvelle autorisation.

La décision modèle précise notamment :

"La collecte et la transmission de renseignements aux autorités américaines du fait des relations d'affaires de la banque qui a requis l'autorisation avec des personnes assujetties à l'impôt aux États-Unis et en lien avec une possible violation du droit américain ne constituent pas des atteintes excessives à la souveraineté de la Suisse. En outre, l'intérêt de la banque à coopérer avec les autorités américaines est important. En fin de compte, la collecte et la transmission des renseignements vise à éviter une plainte du DoJ à l'encontre de la banque. Pour celle-ci, le dépôt d'une plainte aurait des conséquences majeures sur ses relations économiques avec les États-Unis. La banque risque de ne plus pouvoir effectuer des transactions en dollars américains. Les problèmes opérationnels et financiers qui résulteraient d'une telle situation pourraient nuire considérablement à la banque, voire menacer son existence.

L'autorisation prévue à l'article 271 ch. 1 CP exclut uniquement une punissabilité en vertu de cette disposition. Elle ne dispense cependant pas du respect des autres dispositions du droit suisse, notamment de la prise en compte du secret d'affaires et du secret bancaire existants, des dispositions sur la protection des données et des obligations de l'employeur. L'autorisation ne permet donc aux banques de coopérer avec les autorités américaines que dans le cadre de la législation suisse.

Lors de la pesée des intérêts, il y a lieu de tenir compte des droits de la personnalité des actuels et anciens membres du personnel de la banque, ainsi que des tiers potentiellement concernés en prévoyant une obligation d'informer et un droit d'obtenir des renseignements. Des devoirs d'assistance étendus et une protection appropriée contre la discrimination doivent de plus être prévus pour les actuels et les anciens membres du personnel. [...]

La présente autorisation n'englobe pas les données de clients. Celles-ci peuvent être transmises uniquement par la voie de l'assistance administrative."

Cette décision ajoute, concernant les données personnelles des membres du personnel, que ne peuvent être transmises que des données personnelles de membres du personnel (actuels ou anciens) qui, au sein de la banque, ont organisé, suivi ou surveillé les relations d'affaires impliquant une "personne américaine".

Elle dispose également qu'un accord avec les associations du personnel doit être conclu avant la transmission des données afin de garantir la meilleure protection possible de ceux-ci.

i. Le 29 août 2013, le Conseil fédéral et le DoJ ont trouvé un accord visant à mettre un terme au différend fiscal entre les banques suisses et les États-Unis d'Amérique.

La solution trouvée se compose de trois éléments, la déclaration commune (*Joint Statement*) signée entre le Conseil fédéral et le DoJ, le programme volontaire américain auquel les banques peuvent participer dans un délai donné et l'autorisation modèle du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 régissant la coopération des banques avec les autorités américaines.

j. Le *Joint Statement* a notamment la teneur suivante :

"1. The DoJ has been and continues to be engaged in law enforcement action against individuals and entities that use foreign bank accounts to evade U.S. taxes and reporting requirements, and individuals and entities that facilitate the evasion of U.S. taxes and reporting requirements. In announcing today the Program for Swiss banks the DoJ intends to provide a path for Swiss Banks that are not currently the target of a criminal investigation authorized by the DoJ, Tax Division, to obtain resolution concerning their status in connection with the Department's overall investigations, and to assist the DoJ in its law enforcement efforts. The Program does not apply to individuals and is not available to any Swiss bank as to which the Tax Division has authorized a formal criminal investigation concerning its operations.

2. Switzerland welcomes the efforts of the DoJ to provide the Program and intends to draw the attention of the Swiss Banks to the terms of the Program and encourages them to consider participating therein. Switzerland notes that the Swiss Parliament by Declaration of 19 June 2013 stated its expectation that the Swiss Federal Council will take all measures within existing legal framework to put Swiss banks in a position to cooperate with the DoJ. Switzerland represents that applicable Swiss law will permit effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in the Program.

3. Switzerland intends to process treaty requests according to the Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, signed at Washington on October 2, 1996, and the Protocol Amending the Convention, signed at Washington on September 23, 2009, if and when it is in force and applicable, as may be amended, and intends to do so on an expedited basis, including by providing additional personnel and the other necessary resources to process the requests.

4. *Noting the importance attached by both sides to providing a high level of personal data and privacy protection for all individuals as provided in their laws, the signatories understand that, if personal data are provided, they should only be used for purposes of law enforcement (which may include regulatory action) in the United States or as otherwise permitted by U.S. law. Personal data should only be retained for so long as necessary for these purposes."*

k. Le programme volontaire américain classe les banques suisses dans quatre catégories. Les banques qui font déjà l'objet d'une enquête pénale du DoJ sont formellement exclues dudit programme (catégorie 1). Les autres banques qui estiment avoir violé le droit fiscal américain peuvent se mettre à l'abri de poursuites pénales en échange de leur participation, en concluant un accord de non-poursuite pénale (*Non-Prosecution Agreement*) (catégorie 2). Celles qui, au contraire, estiment ne pas avoir violé le droit fiscal américain ou qui ont une activité purement locale, peuvent solliciter une *Non-Target Letter* (catégories 3 et 4).

Le Programme américain précisait notamment :

"The terms of a Non-Prosecution Agreement will include that the Swiss Bank agrees to retain all records relating to its U.S. cross-border business, including records relating to all U.S. Related Accounts closed during the Applicable Period, for a period of 10 years from the termination date of the Non-Prosecution Agreement.

The terms of a Non-Prosecution Agreement will included that the Swiss Bank, upon request, will provide: testimony of a competent witness or information as needed to enable the United States to use the information and evidence obtained pursuant to a provision of this Program or separate treaty request in any criminal or other proceeding.

The personal data provided by the Swiss Banks under this Program will be used and disclosed only for purposes of law enforcement (which may include regulatory action) in the United States or as otherwise permitted by U.S. law.

This program is conditioned on the intention of Switzerland, as stated in the Joint Statement between the DoJ and the Swiss Federal Department of Finance dated August 29, 2013, to encourage Swiss Banks to consider participation in the Program. Should Switzerland fail to provide or act to withdraw such encouragement, or should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department."

Selon le paragraphe II. D.1 du programme volontaire américain, les banques de catégorie 2 doivent communiquer au DoJ le nom et la fonction de leurs employés

ou ex-employés et organes ayant structuré, géré ou supervisé les actions transfrontalières de la banque en lien avec les États-Unis d'Amérique.

De plus, selon le paragraphe II.D.2, les banques de catégorie 2 doivent communiquer au DoJ le nom et la fonction de toute personne, dont ses employés ou ex-employés, ayant été en relation avec un *Closed US Related Account*. Cette deuxième catégorie de renseignements doit toutefois être uniquement mentionnée dans un document synthétique offrant une simple vue d'ensemble des comptes avec indication des dates d'ouverture et de clôture de compte, le montant en compte, le nombre de personnes américaines en lien avec la relation, les différents intervenants et les transferts intervenus.

Ainsi, afin d'obtenir un *Non-Prosecution Agreement*, l'établissement bancaire doit coopérer et fournir l'ensemble des preuves et informations requises aux termes du programme en lien avec ses activités transfrontalières aux États-Unis d'Amérique et certains comptes présentant un indice d'américanité (*US Related Accounts*) ouverts dans ses livres au 1er août 2008 et clôturés depuis lors (*Closed US Related Accounts*).

Un compte est considéré, aux termes de l'accord FATCA, comme un *US Related Account* lorsqu'un indice existe qu'une personne américaine, soit une personne de nationalité américaine ou une personne physique résident aux États-Unis ou une société constituée aux États-Unis ou selon le droit américain ou le droit d'un des États américains, un trust ou la succession d'un défunt qui était citoyen américain en était titulaire, bénéficiaire, avait un pouvoir de signature ou un autre pouvoir sur un compte et lorsque sa valeur était supérieur à 50'000 USD. Les indices à prendre en considération pour déterminer la présence d'un *US Related Account* sont indiqués de manière précise à l'annexe I de l'accord FATCA. Ils sont très larges et englobent des éléments allant au-delà de la simple nationalité ou résidence comme également le lieu de naissance, un numéro de téléphone, un ordre de virement permanent sur un compte aux États-Unis d'Amérique, une procuration ou un droit de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux États-Unis d'Amérique, la présence d'un seul indice étant suffisant.

A condition que la banque concernée respecte l'ensemble des obligations définies par le programme volontaire américain, le DoJ ne la poursuivra pas en justice pour les infractions fiscales en lien avec les *US Related Accounts* qui se trouvent en ses livres mais le DoJ se réserve le droit de refuser de conclure un *Non-Prosecution Agreement*, ou de revenir sur les termes de celui-ci, s'il estime que la banque a fourni des informations fausses, incomplètes ou pouvant l'induire en erreur.

I. La FINMA a adressé un courrier aux banques suisses, le 30 août 2013, par lequel elle indiquait qu'il appartenait à chaque banque de mesurer de manière

appropriée les potentiels risques juridiques et de réputation qu'entraînerait une non-participation au programme américain et d'en tenir compte dans leur processus de décision qui devra être documenté.

Elle a ajouté que les banques participant au programme volontaire américain étaient tenues de respecter le droit suisse et notamment les réglementations relatives à la protection des secrets d'affaires et bancaires en vigueur, ainsi que la législation sur la protection des données.

m. A._____ a décidé de participer au programme volontaire américain, s'est annoncée comme banque de catégorie 2 auprès du DoJ en date du 30 décembre 2013 et a procédé, avec l'aide de deux Etudes d'avocats et d'une société d'audit à une procédure de *due diligence* en son sein afin d'identifier l'ensemble des comptes visés aux termes du programme, en vue de la transmission des données requises.

n. Par décision du 8 janvier 2014, le Département fédéral des finances (DFF), reprenant les termes de la décision modèle du 3 juin 2013, a autorisé A._____ à coopérer avec les autorités américaines.

o. Le 26 février 2014, le Procureur général adjoint au sein du DoJ, James COLE, a déclaré devant une sous-commission du Sénat américain : *"The DoJ is committed to global enforcement against financial institutions that facilitate cross-border tax evasion as well as against ... the bankers, accountants, lawyers and other professionals who help do it. We're going to get - number one - a lot of information from these banks that will help us prosecute their employees and theirs officers. Secondly, we're going to get a lot of penalties from them - a lot of money, which this is all about. ... A lot of discussions that we had with the Swiss were about getting the internal bank records – not account records – about ... who the employees were in those banks who were ... facilitating the tax evasion..., so that we can bring criminal charges here in the United States against ... their officers and employees..."*.

p. Les 12 septembre et 23 décembre 2014, A._____ a communiqué aux autorités américaines, selon ses propres indications, deux extraits de liste selon le paragraphe II.D.2 du programme volontaire américain, concernant des employés ayant occupé une fonction similaire à B._____ au sein d'A._____.

q. Un peu plus tôt, le 12 juin 2014, l'Association suisse des employés de banque a effectué un bilan intermédiaire sur les questions de transmission de données. Il en ressort que plus de cent banques et instituts financiers avaient annoncé au DoJ leur participation au Programme en catégorie 2. Dans la mesure où un employé n'avait pas démarché activement des citoyens américains, avait géré des comptes de moins de 1 million de francs et avait effectué des transactions ne relevant pas de l'évasion fiscale, les risques d'une inculpation par les autorités américaines

étaient, selon l'Association suisse des employés de banque, minimes. Dès la conclusion d'un accord entre la banque de l'employé et les États-Unis d'Amérique, les risques de l'employé d'être retenu comme témoin se réduisaient aussi drastiquement. Des risques marginaux pouvaient toutefois subsister si des clients de la banque n'avaient pas réglé leur situation fiscale. Il était par ailleurs précisé que, malgré les mesures prises par l'Association suisse des employés de banque, le problème demeurerait réel pour les employés concernés.

Selon les allégués de A._____ dans la présente procédure, quatre *Closed US Related Accounts* dont B._____ s'était occupé ont apparemment, jusqu'à fin janvier 2015, fait l'objet d'une annonce spontanée (*Voluntary Disclosure*) des contribuables concernés aux autorités américaines, un cinquième, appartenant à une société de l'un des États américains, ne posait pas de problème en matière fiscale, et le sixième était celui dont les avoirs avaient été transférés à un proche du client suisse résidant aux États-Unis d'Amérique, avant la clôture de la relation (cf. supra sous let. C.c.). Au sujet de ce sixième compte, A._____ considère que B._____ "*semble ne pas avoir respecté à la lettre [ses] instructions visant à prendre en considération les risques juridiques et de réputation liés à la clientèle dont la conformité fiscale des avoirs n'aurait pas été avérée*".

r. Par courrier du 17 juin 2014, A._____ a informé B._____ de son intention de communiquer une liste complète selon le paragraphe II.D.2 du programme volontaire américain, comportant son nom et sa fonction en lien avec les six comptes qui, aux yeux de A._____, remplissaient les conditions de *Closed US Related Accounts*, telles que définies par le DoJ. A._____ a indiqué à B._____ qu'il pouvait obtenir des renseignements complémentaires en lien avec la transmission des données, consulter les informations le concernant dans les locaux de A._____ et s'opposer à la transmission dans un délai de vingt jours.

s. B._____ a consulté lesdits documents en date du 25 juin 2014 et, par courrier de son Conseil du 1er juillet 2014 adressé à A._____, s'est opposé à la transmission de son nom et de ses données aux autorités américaines aux motifs qu'il n'avait jamais eu de pouvoir décisionnel quant à l'existence de ces comptes, qu'il n'était jamais intervenu dans le démarchage ou l'entrée en relation avec les clients respectifs et que la transmission de ses données aurait de graves conséquences sur sa vie privée et professionnelle. Il a mis en demeure A._____ de lui confirmer qu'elle renonçait à cette transmission dans un délai échéant le 4 juillet 2014.

t. A._____ indique avoir procédé, suite à cette correspondance, à un nouvel examen de la situation ainsi qu'à une pesée des intérêts en présence, conformément aux recommandations du PFPDT, de la Convention des associations et de la décision modèle du Conseil fédéral, et être arrivé à la conclusion que l'intérêt à la transmission des données était prépondérant.

u. Le 14 juillet 2014, sur requête de B._____, le Président du Tribunal de première instance de Genève, statuant sur mesures superprovisionnelles, a fait interdiction à A._____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'États tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, des informations ou des documents comportant son nom et/ou des données ou informations relatives à B._____ et/ou pouvant l'identifier, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

Puis, par ordonnance du 23 septembre 2014 (OTPI/1257/14), statuant sur mesures provisionnelles, le Président du Tribunal de première instance s'est déclaré compétent à raison de la matière pour statuer sur les prétentions fondées sur la LPD par B._____, a confirmé l'interdiction faite sur mesures superprovisionnelles à A._____ et a fixé à B._____ un délai de 30 jours dès notification de cette ordonnance, notifiée aux parties le 25 septembre 2014, pour faire valoir son droit en justice.

D. a. Par acte formé le 23 octobre 2014, B._____ a assigné A._____ devant le Tribunal de première instance en prenant les conclusions suivantes :

- interdire formellement à A._____ de transmettre, de communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'États tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, des informations ou des documents comportant son nom et/ou des données ou informations relatives à B._____ et/ou pouvant l'identifier, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP,

- dire et constater que le fait pour A._____ de transmettre, de communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'États tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, des informations ou des documents comportant son nom et/ou des données ou informations relatives à B._____ et/ou pouvant l'identifier constituait une atteinte illicite aux droits de la personnalité de B._____,

- ordonner à A._____ de publier à ses frais le jugement ou un extrait de ses considérants constatant le caractère illicite de l'atteinte dans un journal, quotidien ou hebdomadaire au choix de B._____,

- condamner A._____ en tous les dépens de l'instance, y compris une équitable indemnité valant participation aux honoraires d'avocat de B._____ et

- débouter A._____ de toutes autres conclusions.

A l'appui de sa demande, B._____ a invoqué les art. 6 al. 1 LPD, 328 al. 1 et 328b CO.

b. A._____ s'est opposée à cette demande.

c. Entendu le 21 avril 2015, B._____ a exprimé ses craintes d'être interrogé s'il se rendait aux États-Unis d'Amérique. Il a affirmé ne pas oser rendre visite à sa famille qui y résidait, lors d'une fête familiale prévue, selon un échange de courriels qu'il avait déjà produit, pour septembre 2015. Le transfert de ses données représentait pour lui une entrave à sa liberté personnelle puisqu'il n'avait obtenu aucune garantie de ne pas être poursuivi par les autorités américaines. Si aucun des employés d'A._____ n'avait été, à sa connaissance, déjà été inquiété, l'un de ses amis gestionnaires dans une autre banque avait été interrogé aux États-Unis d'Amérique et demeurait choqué de cet évènement.

Il était par ailleurs inquiet quant à son avenir professionnel, le sujet du transfert des données personnelles aux États-Unis d'Amérique ayant été évoqué par ses employeurs potentiels lors de ses entretiens d'embauche, nombreux depuis février 2015. Il ne cachait pas à ses interlocuteurs qu'il était en procédure afin d'éviter le transfert de ses données, mais n'indiquait pas l'identité de sa partie adverse, ayant à ce jour travaillé pour une multitude de banques de la place.

d. Lors de la même audience, D._____, membre du Service juridique d'A._____, a expliqué qu'ayant adhéré au programme volontaire américain en catégorie 2 et en l'absence de marché spécifique américain développé par A._____, celle-ci devait communiquer aux autorités américaines les noms des "*responsables de zones*", ainsi que, plus particulièrement, les données des personnes affiliées aux comptes clôturés présentant un indice d'américanité. B._____ figurait dans le système informatique de la banque comme responsable de six comptes remplissant ces critères.

Après une pesée concrète des intérêts de chacun de ses (ex-)employés, A._____ avait considéré, dans tous les cas, son intérêt personnel comme étant supérieur à celui de ses (ex-)employés. Avant l'introduction, rapide, de la présente procédure, A._____ n'avait certes pas eu le temps de procéder à cet examen dans le cas spécifique de B._____. Toutefois, la pesée des intérêts avait été réalisée depuis lors et A._____ était arrivé, pour B._____, au même constat que pour ses autres (ex-) employés. Le risque encouru par B._____ avait été considéré comme faible, sans avoir pu être exclu complètement. L'intérêt supérieur de A._____ résidait dans le fait de ne pas être recherchée par les autorités américaines, A._____ étant une banque relativement importante avec une masse sous gestion totale suffisante pour intéresser les autorités américaines. Si elle ne donnait pas des données exhaustives aux États-Unis d'Amérique, elle prenait le risque d'être exclue du programme américain volontaire et d'être recherchée pénalement, au titre de banque de catégorie 1.

D._____ ignorait si le nom du supérieur hiérarchique de B._____ avait été ou devait être communiqué aux autorités américaines.

Il n'a pas exclu que le service juridique de A._____ ait pu donner le conseil dont B._____ se prévalait au sujet de l'un des comptes figurant sous sa responsabilité.

Il a expliqué que les contribuables américains qui régularisaient leur situation auprès des autorités fiscales américaines communiquaient à celles-ci le nom de leur banque et de leur responsable de compte, de telle sorte que les autorités américaines pouvaient faire la corrélation avec les personnes ayant pu favoriser l'évasion fiscale. Dans ces circonstances, la conclusion d'un accord avec les autorités américaines protégeait mieux les banques et leurs employés que la non-participation au programme volontaire américain.

Selon D._____, certains responsables de compte dont le nom avait été communiqué s'étaient rendus aux États-Unis d'Amérique pour des raisons privées sans avoir été inquiétés.

D._____ ne pouvait pas dire si A._____ négociait déjà ou non une amende, considérant que des discussions devaient toutefois nécessairement intervenir à un certain moment.

e. En dernier lieu, lors de leurs plaidoiries du 9 juin 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

B._____ a notamment produit des articles de presse concernant deux anciens cadres de banques suisses, arrêtés respectivement en Italie en 2013 et en Allemagne en 2015.

f. Le 18 décembre 2015, alors qu'il n'avait pas encore reçu le jugement du Tribunal (cf. supra A.), B._____ a transmis au Tribunal l'accord de non-poursuite pénale (*Non-Prosecution Agreement*) conclu le 15 décembre 2015 entre A._____ et le DoJ.

A teneur de son libellé, cet accord ne protège qu'A._____ elle-même contre des poursuites pénales, à l'exclusion d'autres personnes morales ou physiques ("*any other entities or any individuals*"). Par ailleurs, A._____ reste tenue, en accord avec les règles applicables ("*according to applicable laws or regulations*", respectivement "*consistent with applicable laws or regulations*"), de collaborer pleinement avec les autorités américaines et de leur fournir toutes les informations et tous les documents qu'elles pourraient réclamer en lien avec les "*US Related Accounts*". En cas de non-respect de cette obligation de collaborer, les autorités américaines pourront poursuivre A._____ pénalement, à leur seule discrétion.

L'annexe à cet accord relate les agissements d'A._____ qui étaient contraires au droit américain, ainsi que les efforts de collaboration ultérieurs de cette banque. Sous le titre "*Non-transparent exits and the concealment of US Related Account Assets*" figure notamment la description du comportement de A._____,

consistant à transférer des avoirs sur d'autres comptes auprès d'elle-même, en documentant ces transferts comme donations.

Pour avoir reconnu ces agissements punissables selon le droit américain, A._____ devait d'ores et déjà payer au DoJ, en l'absence de toute poursuite pénale qui restait réservée en cas de non-respect des obligations découlant de l'accord en question, la somme de 99'211'00 US\$ à titre d'amende ("*penalty*").

- E. Dans le jugement querellé, le Tribunal a considéré, en substance, que la communication des données de B._____ aux États-Unis d'Amérique, soit dans un Etat ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, constituait une violation de l'art. 6 LPD et, partant, une atteinte à la personnalité de B._____, en l'absence de l'un des motifs justificatifs prévus par l'art. 6 al. 2 LPD, dont la preuve appartenait à A._____ qui s'en prévalait. Or, concernant la nécessité, pour A._____, de défendre ses propres droits en justice, il ne fallait pas perdre de vue l'existence d'un risque important que les données de B._____ soient utilisées ultérieurement, par les autorités américaines, à d'autres fins qu'à celle de décider du sort qu'elles entendaient réserver à A._____. Concernant l'intérêt public prépondérant, A._____, qui occupait une place certes importante mais non systémique dans le monde bancaire et l'économie suisses, n'avait pas prouvé un risque concret de poursuite pénale à son égard, en cas de non transmission des données de B._____ aux autorités américaines. Il convenait donc d'interdire la transmission de ces données. En revanche, une publication d'un extrait du jugement n'apportait rien de plus à B._____, l'atteinte à sa personnalité étant justement empêchée par l'interdiction de transmettre ses données.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. 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, sauf si la demande porte exclusivement sur des dommages-intérêts (ATF 142 III 145 consid. 6; 127 III 481 consid. 1; 110 II 411 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2008 du 26 novembre 2008 consid. 1; JEANDIN, in Bohnet et al. [éd.], CPC, Code de procédure civile, 2011, n° 12 ad art. 308 CPC et les réf. citées). Tel n'est pas le cas en l'espèce, de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

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

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

-
2. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu à tort que la transmission de données relatives à l'intimé aux autorités américaines portait à la personnalité de celui-ci une atteinte non justifiée et, partant, illicite. L'appelante soutient que ce faisant, le Tribunal aurait procédé tant à une constatation inexacte des faits qu'à une violation des art. 6 et 13 LPD.

2.1.1 La LPD régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2 al. 1 LPD) à l'exception, notamment, des procédures d'entraide judiciaire internationale (art. 2 al. 2 let. c LPD).

Les actions concernant la protection de la personnalité sont régies par les art. 28, 28a et 28l CC. Le demandeur peut requérir en particulier que la communication des données à des tiers soit interdite (art. 15 al. 1 LPD).

A teneur de l'art. 28 al. 1 CC, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.

Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC). Il appartient au demandeur de prouver l'atteinte à la personnalité et au défendeur l'existence des faits justificatifs (MEILI, in Basler Kommentar, ZGB I, 2014, n° 56 ad art. 28 CC).

2.1.2 Dans le cadre du droit du travail, les principes généraux de protection de la personnalité découlant des art. 28 ss CC sont repris et concrétisés par les art. 328 et 328b CO (cf. MEIER, Protection des données, Berne 2011, p. 645, n° 2018).

La première de ces dispositions prévoit que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO).

L'art. 328b CO énonce que 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.

Ces dispositions trouvent application non seulement pendant les rapports de travail, mais également après la fin de ceux-ci, sans limitation de temps (ATF 135 III 405; ATF 130 III 699; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich 2012, p. 580 s.).

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 (cf. MEIER, op. cit., p. 650, n° 2032 s et réf. citées; WYLER/HEINZER, Droit du

travail, 3^e éd., Berne 2014, p. 339). 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 principes généraux de la LPD, y compris aux moyens de droit prévus à l'art. 15 LPD (MEIER, op. cit., p. 658 s, n° 2060 et réf. citées).

2.1.3 L'art. 4 al. 1 LPD prévoit que tout traitement de données doit être licite. Il ne doit ainsi violer aucune norme légale, en particulier de droit pénal ou de droit de protection des données (MAURER-LAMBROU/STEINER, in Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], *Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz*, 3^{ème} éd. 2014, n° 6 ad art. 4 LPD).

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 let. a LPD; ATF 136 II 508 consid. 3.2). Presque toutes les informations peuvent constituer des données personnelles au sens de la loi. 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 (MEIER, op. cit., p. 199, n° 423).

Le traitement consiste en toute opération relative à de telles données, dont notamment leur communication à des tiers (art. 3 let. e LPD).

2.1.4 Selon l'art. 12 LPD, quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (al. 1). Personne n'est en droit notamment de traiter des données personnelles en violation des principes définis aux art. 4, 5 al. 1, et 7 al. 1 LPD (al. 2 let. a), de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (al. 2 let. b) ou de communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs (al. 2 let. c).

Les motifs justificatifs permettant d'outrepasser l'opposition expresse de la personne concernée sont énumérés à l'art. 13 al. 1 LPD. En l'absence d'une norme légale permettant de faire abstraction de la volonté de la personne concernée, seuls un intérêt prépondérant privé et/ou un intérêt prépondérant public entrent en considération.

2.1.5 Selon l'art. 6 LPD, aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité de la personne concernée devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (al. 1).

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, à condition qu'au moins l'une des conditions énumérées à l'art. 6 al. 2 LPD soit remplie; parmi celles-ci figurent notamment les cas où la communication est, en

l'espèce, indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice (al. 2 let. d).

Les conditions énumérées à l'art. 6 al. 2 LPD sont alternatives et exhaustives, d'autres motifs justificatifs ne pouvant pas être invoqués (Message du Conseil fédéral du 19 février 2003 relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données, in FF 2003 1915, p. 1941; MAURER-LAMBROU/STEINER, op. cit., n° 22c ad art. 6 LPD).

S'agissant du cas particulier du transfert de données à l'étranger, dans un pays n'assurant pas un niveau de protection adéquat, l'art. 6 al. 2 LPD est donc une *lex specialis* par rapport à la teneur plus générale et plus large de l'art. 13 LPD.

Il s'ensuit, en particulier, qu'une communication de données à l'étranger, dans un pays dont la législation n'assure pas un niveau de protection adéquat, ne peut jamais être justifié par un intérêt privé, à moins qu'il ne s'agisse de la constatation, de l'exercice ou de la défense d'un droit en justice de celui qui traite ainsi les données personnelles d'autrui. Par ailleurs, la transmission des données peut être justifiée par un intérêt public prépondérant.

2.1.6 Le PFPDT publie une liste des États qui disposent d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 7 OLPD, RS 235.11).

Cette liste (cf. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>) indique, au 29 juin 2016, que les États-Unis d'Amérique offrent un niveau de protection insuffisant, y compris d'ailleurs dans le cadre du *U.S.- Swiss Safe Harbor Framework*, selon l'Échange de lettres des 1er et 9 décembre 2008 entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique concernant l'établissement d'un cadre de protection des données pour la transmission de données personnelles aux États-Unis d'Amérique (RS 0.235.233.6).

2.2 En l'espèce, l'appelante, qui est une société privée, souhaite transmettre aux autorités américaines des documents indiquant l'identité de l'intimé, ainsi que son ancienne fonction auprès d'elle en rapport avec des *US Related Accounts* ou *Closed US Related Accounts*.

Ce pays n'offre pas un niveau de protection des données adéquat, au sens des dispositions et principes rappelés ci-dessus.

Qui plus est, en cas de transmission des données litigieuses et au vu des circonstances du cas d'espèce, un risque de poursuite pénale aux États-Unis d'Amérique ne pourrait pas être complètement exclu pour l'intimé, malgré son rôle minime joué dans la relation de l'appelante avec un très petit nombre de contribuables américains dont chacun détenait par ailleurs moins de 1'000'000 US\$ auprès de l'appelante, et en dépit du fait que la situation financière

personnelle de l'intimé le prédispose probablement moins à se faire poursuivre par les autorités américaines que cela n'a été le cas pour son employeur.

S'il devait y avoir une poursuite pénale contre l'intimé, celui-ci pourrait par ailleurs être arrêté non seulement aux États-Unis d'Amérique mais également dans un pays tiers, comme cela a été le cas, selon les articles de presse produits par l'intimé, pour deux anciens cadres de banques suisses, arrêtés respectivement en Italie en 2013 et en Allemagne en 2015.

Il faut ainsi admettre que la transmission des données litigieuses de l'intimé, par une société privée (et non pas par les autorités suisses dans le cadre d'une procédure d'entraide internationale) aux autorités américaines, porterait gravement atteinte à la personnalité de celui-ci, indépendamment de la question de savoir si l'intimé a réellement renoncé à se rendre aux États-Unis d'Amérique en septembre 2015 pour y participer à une fête familiale, ce que l'appelante conteste, et sans égard à ses difficultés, également contestées par l'appelante, de retrouver un emploi.

Enfin, l'atteinte ne disparaîtrait pas si les autorités américaines connaissaient déjà son identité et son activité passée au sein de l'appelante, par le biais d'auto-dénonciations ("*voluntary disclosure*") de quatre contribuables américains parmi les six personnes présentant des "*indices d'américanité*" qui avaient disposé d'un compte auprès de l'appelante, sous la responsabilité de l'intimé. Qui plus est, une telle connaissance actuelle des autorités américaines n'est pas établie par les pièces produites, ni même alléguée comme un fait certain par l'appelante.

3. L'appelante soutient que la communication des données qu'elle envisage resterait nécessaire pour défendre ses droits en justice (art. 6 al. 2 let. d LPD, 2^{ème} alternative).

3.1 En ce qui concerne la défense en justice d'un droit de celui qui transfère les données d'autrui dans un pays n'offrant pas un niveau de protection suffisant, le transfert n'est justifié que si les données ne seront en aucun cas utilisées à d'autres fins que la procédure prévue ou engagée contre le transférant. Si des doutes existent à ce sujet, le transfert des données d'autrui, sans consentement de celui-ci, ne doit pas avoir lieu (arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.2.3; ACJC/1529/2015 du 11 décembre 2015 consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 du 11 décembre 2015 consid. 2.2.2 et les réf. citées).

3.2 L'appelante, qui estime avoir violé le droit fiscal américain, a conclu avec le Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique un accord pour se mettre à l'abri de poursuites pénales (*Non-Prosecution Agreement*), en échange du transfert préalable d'un certain nombre de données, du paiement d'une forte amende (*penalty*) et de son engagement de continuer à coopérer pleinement avec les

autorités américaines et de leur fournir toutes les informations et tous les documents qu'elles pourraient encore réclamer en lien avec les "*US Related Accounts*", ouverts ou fermés.

Cet accord de non-poursuite pénale réserve par ailleurs une poursuite pénale ultérieure, à la seule discrétion du Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique, en cas de non-respect de l'obligation de collaborer, par l'appelante. Ainsi, l'appelante demeure notamment tenue de communiquer aux autorités américaines le nom de toute personne ayant effectué pour elle une quelconque tâche en relation avec les comptes bancaires visés, sous peine d'une éventuelle poursuite pénale future à son encontre.

Il faut ainsi admettre que la transmission par l'appelante des données litigieuses de l'intimé pourrait encore se révéler nécessaire à la défense des droits de l'appelante en justice, au sens de la 2^{ème} alternative prévue par l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

Cela étant, il n'est nullement établi que les documents que l'appelante entend transmettre au Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique ne seront utilisés que dans le cadre d'une future poursuite pénale dirigée contre l'appelante elle-même, respectivement aux seules fins de s'assurer de son respect de l'accord de non-poursuite pénale conclu avec ledit Ministère.

Premièrement, cet accord individuel précise qu'il ne protège que l'appelante elle-même, à l'exclusion d'autres personnes morales ou physiques ("*any other entities or any individuals*").

Deuxièmement, la déclaration commune (*Joint Statement*) signée entre le Conseil fédéral et le Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique précise que les données personnelles transmises aux autorités américaines ne seront utilisées qu'en conformité avec la législation américaine ("*...as otherwise permitted by U.S. law*"), ce qui permet une éventuelle poursuite pénale contre l'intimé, sur la base des données que l'appelante entend transférer et en vertu du seul droit américain.

Troisièmement, l'Association suisse des employés de banque a certes estimé que pour un employé n'ayant pas démarché activement des citoyens américains, ayant géré des comptes de moins de 1 million de francs et ayant effectué des transactions ne relevant pas de l'évasion fiscale, les risques d'une inculpation par les autorités américaines étaient minimes, mais que des risques marginaux pouvaient subsister si des clients de la banque n'avaient pas réglé leur situation fiscale. Or, tel pourrait être le cas pour au moins l'un des six clients soumis à la fiscalité américaine dont l'intimé s'était occupé à une certaine période.

Quatrièmement, le Procureur général adjoint au sein du Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique a déclaré devant une sous-commission du Sénat américain que ledit Ministère entendait poursuivre les employés et cadres des banques

suisses ayant facilité l'évasion fiscale de contribuables américains, sur la base des données obtenues préalablement des banques, et plus récemment, la Procureure générale adjointe de ce Ministère a conseillé aux personnes physiques ayant facilité l'évasion fiscale de contribuables du fisc américain de s'auto-dénoncer volontairement avant de faire l'objet d'une poursuite pénale les concernant personnellement.

Dans ces conditions, il existe un risque résiduel que les données de l'intimé que l'appelante entend transférer aux États-Unis d'Amérique ne soient pas seulement utilisées pour s'assurer du respect, par l'appelante, de l'accord de non-poursuite pénale la concernant, respectivement dans le cadre d'une éventuelle poursuite pénale ultérieure dirigée contre l'appelante. Bien au contraire, ces données pourraient également être utilisées pour engager une poursuite pénale dirigée contre l'intimé, en vertu du droit américain.

Il s'ensuit que la communication envisagée des données de l'intimé n'est pas justifiée par un intérêt privé prépondérant de l'appelante de défendre ses droits en justice, selon l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

4. L'appelante soutient que la communication des données qu'elle envisage resterait nécessaire pour sauvegarder un intérêt public prépondérant.

4.1 Il existe, de manière générale, un intérêt public à ce que les banques suisses assurent la stabilité juridique et économique de la place financière suisse en participant au programme volontaire de règlement fiscal mis en place par les autorités américaines et en assurant ainsi leur propre réputation et leur pérennité.

Cet intérêt public a amené le Conseil fédéral à négocier un accord avec le Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique, pour mettre fin au différend fiscal entre les banques suisses et les autorités américaines, et il a amené la FINMA à encourager les banques suisses à participer au programme américain, leur processus de décision devant être documenté à cet égard.

L'existence de cet intérêt public a également été relevée dans le préambule de la convention conclue le 29 mai 2013 entre par l'Association suisse des employés de banque, l'Association patronale des banques en Suisse et l'Association suisse des banquiers.

Toutefois, cet intérêt public ne prévaut pas automatiquement et nécessairement sur l'intérêt privé qu'un ex-employé de banque peut avoir, dans un cas concret, à empêcher le transfert de ses données personnelles aux autorités américaines, dans le cadre du programme volontaire américain.

Ainsi, le Conseil fédéral a précisé dans sa décision modèle du 13 juillet 2013 que son autorisation selon l'art. 271 ch. 1 CP ne dispensait pas les banques du respect

des dispositions sur la protection des données et des obligations de l'employeur, selon le droit suisse. Dans son courrier aux banques suisses du 30 août 2013, la FINMA a ajouté à son encouragement à participer au programme la mise en garde que les banques participantes restaient tenues de respecter le droit suisse et notamment la législation sur la protection des données. Enfin, le PFPDT a relevé dans sa note à l'attention des banques, du 20 juin 2013, que les principes de la LPD devaient être observés en cas de transmission de données personnelles d'employés aux autorités américaines et qu'en cas d'opposition d'un employé à la transmission de ses données dans un pays ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, la banque devait remplir les conditions de l'article 6 LPD.

Pour savoir si l'intérêt public à la stabilité juridique et économique de la place financière suisse prévaut, dans un cas particulier, sur l'intérêt privé d'un ancien employé d'une banque à empêcher une atteinte imminente à sa personnalité, il est donc nécessaire de procéder à une pesée des intérêts *in concreto*, sans perdre de vue que la charge de la preuve du fait justificatif de l'intérêt public prépondérant incombe à la banque qui entend transmettre aux États-Unis d'Amérique les données de son (ex-) employé, contre la volonté de celui-ci.

4.2 Dans le cadre de sa participation au programme volontaire américain et après avoir avoué ses agissements non conformes au droit fiscal américain et fourni des informations y relatives, l'appelante a conclu avec le Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique un accord de non-poursuite pénale aux termes duquel elle s'est engagée à continuer à coopérer pleinement avec les autorités américaines et de leur fournir toutes les informations et tous les documents qu'elles pourraient encore réclamer, sous peine de révocation de l'accord et d'une poursuite pénale future à son encontre.

L'appelante relève qu'elle n'a pas encore transmis le nom de l'intimé, qui n'était pas un "*responsable de zone*" figurant sur son organigramme, déjà transmis aux États-Unis d'Amérique. En se référant à son obligation (selon l'accord de non-poursuite pénale) de continuer à coopérer pleinement avec les autorités américaines, elle affirme craindre une poursuite pénale ultérieure, en cas de non-transmission du nom de l'intimé.

Elle relève toutefois elle-même que l'intimé n'avait qu'une importance très réduite, s'agissant des comptes de contribuables américains, alors qu'elle n'avait jamais démarché des ressortissants américains ni développé le marché américain, et elle n'allègue pas que qu'un nombre plus ou moins important de ses employés ou cadres, actuels ou anciens, se seraient opposés avec succès à la transmission de leurs données. Dans ces conditions, la révocation de l'accord de non-poursuite pénale, en cas de non-transmission du nom de l'intimé pour cause d'une interdiction judiciaire dans le cas particulier, paraît peu vraisemblable.

En tout état, l'appelante, qui fait notoirement partie d'un groupe bancaire étranger, n'allègue rien au sujet de son importance personnelle pour la place financière suisse. En particulier, elle n'allègue pas qu'elle serait une banque d'importance systémique pour toute la Suisse (comme cela avait été admis pour l'une des deux très grandes banques suisses dans l'ATF 137 II 431, concernant l'intervention de la FINMA en sa faveur), ni que sa disparition entraînerait, à tout le moins, de graves répercussions sur l'économie cantonale. Elle n'allègue rien au sujet d'une dépendance de nombreux employés, fournisseurs et clients locaux de sa propre existence. Dans ces conditions et compte tenu de la maxime des débats applicable en procédure civile (art. 55 al. 1 CPC), son grief de constatation inexacte d'un intérêt public prépondérant est infondé.

Or, en l'absence d'un intérêt public prépondérant fondé sur les faits dûment allégués (et établis, en cas de contestation [art. 150 al. 1 CPC]), la transmission des données de l'intimé n'est justifiée non plus selon la 1^{ère} alternative prévue par l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

En tant que *lex specialis*, l'art. 6 al. 2 LPD exclut par ailleurs de recourir au motif justificatif d'un éventuel intérêt privé prépondérant, en vertu de l'art. 13 LPD.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le premier juge a interdit la transmission en question, sous la menace de la peine de l'article 292 CP.

Il convient de confirmer le jugement entrepris.

5. Les frais judiciaires d'appel sont arrêtés à 7'000 fr. (art. 35, 18 RTFMC) et compensés avec l'avance du même montant, acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Ils seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'appelante sera en outre condamnée aux dépens de sa partie adverse, arrêtés à 8'000 fr., débours et TVA compris (art. 95 al. 3, art. 96 CPC, art. 84, 86, 90 RTFMC, art. 25, 26 al. 1 LaCC), en tenant compte, notamment, de l'ampleur du travail de l'avocat de l'intimé qui n'a dû rédiger qu'une seule écriture de trente pages.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A._____ SA contre le jugement JTPI/15639/2015 rendu le 17 décembre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21683/2014-3.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 7'000 fr., les met à la charge de A._____ SA et les compense avec l'avance fournie par elle, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A._____ SA à payer à B._____ la somme de 8'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

Indication des voies de recours :

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.