

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24170/2015

ACJC/1543/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 24 NOVEMBRE 2017

Entre

A_____, domiciliée _____, _____, appelante d'un jugement rendu par la 2^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 mai 2017, comparant par Me Fabio Spirgi, avocat, rue Ferdinand-Hodler 15, case postale 6090, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, domiciliée _____, _____, intimée, comparant par Me Simon Ntah, avocat, place de Longemalle 1, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 14 décembre 2017.

EN FAIT

- A. Par jugement JTPI/6512/2017 du 17 mai 2017, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a fait interdiction à A_____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, dans le cadre du programme du Department of Justice visant au règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique ("*Program for Non-Prosecution Agreement or Non Target Letters for Swiss Banks*"), des données concernant B_____ ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier (chiffre 1 du dispositif), prononcé l'interdiction visée au chiffre 1 ci-dessus sous la menace de la peine prévue par l'article 292 CP qui prévoit que "celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni de l'amende" (ch. 2), arrêté les frais judiciaires à 2'200 fr., mis à la charge d'A_____, compensés avec l'avance fournie par B_____, et condamné A_____ à verser à B_____ la somme de 2'200 fr. au titre de remboursement de frais judiciaires (ch. 3), condamné A_____ à verser à B_____ la somme de 5'000 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a considéré que la communication transfrontalière des données litigieuses ne pouvait être autorisée qu'à condition de se fonder sur l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 de la loi sur la protection des données (LPD), les Etats-Unis ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. En l'occurrence, la banque ne démontrait pas qu'un tel motif était réalisé, notamment que la communication des données litigieuses répondrait à un intérêt public prépondérant. Elle n'apportait pas d'élément concret permettant de considérer que cette communication était indispensable pour éviter un risque de faillite, trop ténu pour être pris en considération. Elle ne démontrait pas non plus jouer en Suisse un rôle majeur sur les marchés primaire et secondaire. Il n'était pas établi que la communication permettrait de sauvegarder l'image de la place financière suisse, ni qu'en l'absence d'une telle communication la banque risquait de rendre caduc le *Non Prosecution Agreement* qu'elle avait conclu avec les autorités américaines, ou a fortiori de remettre en cause le programme américain pour l'ensemble des banques suisses concernées. B_____ conservait pour sa part un intérêt important à ce que les données la concernant ne soient pas transmises, du seul fait que dite transmission vers un pays n'assurant pas un niveau de protection adéquat constituait *per se* une atteinte grave à la personnalité de la personne ou de l'entité concernée. L'envoi de données exposerait celle-ci à un risque réputationnel manifeste, ainsi qu'à celui d'une entrave concrète à la liberté de mouvement de ses dirigeants et employés, lesquels seraient aisément identifiables. De plus, la banque n'avait pas apporté la preuve stricte de ce que les autorités américaines seraient déjà en possession des informations qu'elle

entendait lui transmettre. Enfin, il appartenait à la banque d'établir non seulement l'existence d'un intérêt public prépondérant, mais également que la transmission des données était indispensable pour préserver cet intérêt, et non à B_____ de démontrer le caractère prépondérant de son intérêt privé à ce que ses données ne soient pas transmises aux Etats-Unis. La communication des données litigieuses aux Etats-Unis demeurait dès lors illicite et justifiait de prononcer l'interdiction sollicitée.

B. a. Par acte expédié le 22 juin 2017 à la Cour, A_____ forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Cela fait, elle conclut au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

b. Par réponse du 14 septembre 2017, B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris, au déboutement d'A_____ de toutes ses conclusions, et à la condamnation de celle-ci à payer tous les frais judiciaires et les dépens.

Elle produit des pièces nouvelles.

c. Les parties ont été informées par courrier du greffe de la Cour du 16 octobre 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits suivants ressortent du dossier soumis à la Cour :

a. A_____ (ci-après : A_____ ou "la Banque"), avec siège à 1_____, exploite une banque. Elle dispose de succursales à _____.

Ses activités principales relèvent du *private banking* et de la gestion d'actifs.

b. B_____ est une société sise à 2_____ (_____), qui administre des sociétés de domicile, dont elle est organe.

c. 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 les résidents américains à éluder l'impôt américain.

En 2010, le Ministère de la justice des Etats-Unis (*U.S. Department of Justice* : ci-après : 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 administrative en vue d'obtenir des renseignements sur les activités transfrontalières aux Etats-Unis menées par lesdites banques.

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, étant précisé qu'elles poursuivaient les banques sous le chef d'inculpation de conspiration contre les Etats-Unis.

d. Le 20 juin 2013, le Préposé fédéral à la protection des données (ci-après : le Préposé) a émis une note à l'attention des banques récapitulant les principes de la LPD à observer en cas de transmission de données personnelles d'employés et de tiers aux autorités américaines.

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

e. 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'article 271 CP.

La décision modèle précisait notamment que l'intérêt de la banque à coopérer avec les autorités américaines était important. La collecte et la transmission des renseignements visaient 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 Etats-Unis. La banque risquait 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.

La décision énonçait également que l'autorisation prévue à l'article 271 ch. 1 CP excluait uniquement une punissabilité en vertu de cette disposition. Elle ne dispensait 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 permettait 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 avait 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 devaient de plus être prévus pour les actuels et les anciens membres du personnel.

f. Le 29 août 2013, la Suisse et les Etats-Unis ont signé une déclaration commune par laquelle les deux gouvernements se sont engagés à faire le nécessaire pour mettre un terme à leur différend fiscal.

Le DoJ a mis à la disposition des banques suisses un programme volontaire (ci-après : *US Program*) de coopération avec les autorités américaines et de transmission d'informations leur permettant de régulariser leur situation et d'obtenir un *Non-Prosecution Agreement* (accord de renonciation à des poursuites pénales) ou une *Non-Target Letter* (déclaration de mise hors de cause) de la part du DoJ.

Le programme volontaire - qui ne s'appliquait pas aux individus - classait les banques suisses dans quatre catégories. Les banques qui faisaient l'objet d'une enquête pénale du DoJ étaient formellement exclues dudit programme (catégorie 1). Les autres banques pouvaient se mettre à l'abri de poursuites pénales en échange de leur participation, soit en concluant un *Non-Prosecution Agreement* (NPA) si elles estimaient avoir violé le droit fiscal américain (catégorie 2), soit en sollicitant une *Non-Target Letter* si elles estimaient que tel n'était pas le cas, ou si leur activité était purement locale (catégories 3 et 4).

Afin d'obtenir un *Non-Prosecution Agreement*, l'établissement bancaire concerné devait coopérer et fournir l'ensemble des preuves et informations requises aux termes du programme en lien avec ses activités transfrontalières aux Etats-Unis 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 Account(s)*). Les indices à prendre en considération étaient définis de manière très large et englobaient 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 Etats-Unis, une procuration ou un droit de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux Etats-Unis, la présence d'un seul indice étant par ailleurs réputée suffisante.

Selon le paragraphe II.D.1 du programme, les banques de catégorie 2 devaient 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 Etats-Unis, et selon le paragraphe II.D.2, 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 devait être uniquement mentionnée dans un document synthétique offrant une simple vue d'ensemble des comptes avec indications 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.

Enfin, à condition que la banque concernée respecte l'ensemble des obligations définies par le *US Program*, le DoJ ne la poursuivrait pas en justice pour les infractions fiscales en lien avec les *Us Related Accounts* qui se trouvaient en ses livres, mais le DoJ se réservait le droit de refuser de conclure un NPA ou de revenir sur les termes de celui-ci s'il estimait que la banque avait fourni des informations fausses, incomplètes ou pouvant l'induire en erreur.

g. L'autorité de surveillance des marchés financiers (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 devrait être documenté.

Elle a ajouté que les banques participant au programme 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.

h. Le 26 février 2014, le Procureur général adjoint au sein du DoJ a déclaré devant une sous-commission du Sénat américain que le programme excluait expressément les individus. Il n'offrait en particulier aucune sorte de protection ou immunité aux banquiers suisses ou tiers (conseillers professionnels). Le DoJ avait pour mission de poursuivre les institutions financières qui facilitaient l'évasion fiscale transfrontalière, les personnes qui s'étaient soustraites à leurs obligations fiscales ainsi que les banquiers, comptables, avocats et autres professionnels qui y avaient contribué. Il a ajouté que grâce au programme mis en œuvre, le DoJ comptait recueillir auprès des banques nombre d'informations permettant de poursuivre pénalement leurs employés et les tiers.

i. A_____ a décidé de participer au programme volontaire en qualité de banque de catégorie 2. Par décisions des 24 janvier 2014 et 2 février 2015, reprenant les termes de la décision modèle du 3 juillet 2013, le Département fédéral des finances (DFF) l'a autorisée à coopérer avec les autorités américaines.

j. Le 4 janvier 2016, la Banque a conclu un *Non Prosecution Agreement* avec le DoJ par lequel elle a notamment accepté de s'acquitter d'une amende de USD 3_____ en faveur du DoJ.

En échange du paiement de cette amende, le DoJ s'est engagé à n'entreprendre aucune démarche supplémentaire afin d'obtenir des pénalités additionnelles de la part d'A_____, cet engagement étant toutefois conditionné au respect par cette dernière des termes du NPA, ainsi que du *US Program*. En vertu de cet accord, A_____ était également tenue de continuer à collaborer pendant quatre ans avec les autorités américaines. Dans ce cadre, les informations dont la transmission

était prévue au chiffre II.D.2 du programme américain continuaient, selon les termes du NPA, à être requises.

k. Dans l'intervalle, par courrier du 11 mai 2015, A_____ a informé B_____ qu'elle participait au programme américain et qu'elle envisageait de communiquer aux autorités américaines sa raison sociale et sa fonction apparaissant en lien avec des comptes présentant un lien d'américanité (*US Related Account*).

Dans ce courrier, la Banque indiquait à B_____ qu'elle pouvait demander à consulter lesdites données. Dans l'hypothèse où elle s'opposait à la transmission de ses données, ses objections motivées à une communication aux autorités américaines devaient parvenir à la Banque dans un délai de vingt jours.

l. Selon les pièces produites, les données que la Banque souhaitait transmettre aux autorités américaines consistaient en la "Liste II.D.2". Sur cette liste, la raison sociale de B_____ figurait en qualité de *authorized signatory/power of attorney* en lien avec sept comptes clos entre 2009 et 2010 détenus par des sociétés de 4_____, des 5_____, de 6_____ et un trust 7_____.

S'agissant de ces sept comptes, B_____ a expliqué au Tribunal avoir fourni des sociétés de domicile à des clients, sociétés qui détenaient des comptes auprès A_____, dont la gestion était confiée à C_____. Elle était organe de ces sociétés de domicile. Elle agissait donc comme *director* ou simple fondé de procuration, mais non comme propriétaire des fonds ni intermédiaire financier. Son rôle était essentiellement administratif. Elle n'agissait que sur instructions de l'ayant droit économique ou du tiers gérant. Elle n'avait ni organisé, ni suivi, ni surveillé les comptes concernés, mais n'avait exercé qu'une activité accessoire. Elle ne disposait d'aucun mandat de gestion sur ces comptes, ni d'aucun pouvoir discrétionnaire. Son activité consistait à représenter les sociétés détentrices des comptes lors de l'ouverture, l'exécution et la transmission d'instructions données par les clients ou le tiers gérant indépendant, à savoir C_____, et, le cas échéant, lors de la clôture.

Le représentant de la Banque, quant à lui, a confirmé que C_____ était le tiers gérant pour les sept relations visées.

m. Il est admis que les clients concernés par ces sept comptes ont participé à la procédure de *Voluntary disclosure*. B_____ conteste que son nom ait été transmis aux autorités américaines dans ce cadre.

Elle a exposé au Tribunal qu'elle avait pu vérifier que les clients s'étaient effectivement régularisés par le biais de la *Voluntary disclosure*, mais n'avait toutefois pas pu consulter leurs dossiers. Elle ignorait donc si son nom avait été transmis aux autorités américaines dans ce cadre.

D'après A_____, tous les comptes en question avaient fait l'objet de *Voluntary disclosure*, de sorte que les données de B_____ avaient probablement d'ores et déjà été transmises.

n. Par courrier du 22 mai 2015, B_____ a annoncé à la Banque qu'elle s'opposait à toute transmission de données la concernant. Elle avait offert ses services aux mêmes clients que C_____. En conséquence, les assurances données par la Banque à cette dernière, selon lesquelles ses données ne seraient pas transmises aux autorités américaines sans son accord préalable, devaient valoir pour elle également.

Le représentant de la Banque a exposé qu'une liste avait également été établie en lien avec les sept comptes litigieux concernant C_____, mais n'avait pas encore été transmise en raison de l'opposition de la société. L'opposition de C_____ n'était en revanche pas formelle, raison pour laquelle la procédure était différente. La raison sociale de C_____ pourrait être transmise aux autorités américaines. En revanche, il était exact que le nom des intervenants en tant que personnes ne serait pas transmis.

Le représentant de B_____ a contesté cette dernière déclaration. Selon lui, l'engagement de la Banque de s'abstenir de transmettre visait tant les individus que la raison sociale de C_____.

B_____ a en outre expliqué au Tribunal qu'il existait un risque réputationnel en cas de transmission des données litigieuses. Le simple fait d'être sur une liste était un risque vis-à-vis des clients, et donc constitutif d'un préjudice.

D'après A_____, en tant que structure offshore avec siège social au 2_____, l'on discernait difficilement en quoi la communication de sa raison sociale et de sa qualité de signataire de comptes pouvait l'affecter économiquement.

o. Le 27 mai 2015, A_____ a indiqué à B_____ qu'elle prenait note de son objection à la transmission de ses données et qu'elle lui ferait part de sa position après examen du dossier.

p. En date du 7 juillet 2015, B_____ a demandé à A_____ la remise d'une copie des documents dont la transmission était envisagée.

Les documents requis ont été fournis par la Banque à B_____ par courrier du 7 août 2015.

q. Par courrier du 3 novembre 2015, A_____ a informé B_____ que, après avoir procédé à une pesée des intérêts, elle estimait que des intérêts privés et publics prépondérants justifiaient ce transfert d'informations. En outre, les clients fiscalisés aux Etats-Unis participant à une procédure de *Voluntary disclosure* étant

tenus d'indiquer aux autorités américaines l'identité des conseillers financiers étrangers les ayant assistés dans l'administration ou la gestion de leurs fonds, il n'était pas impossible que les autorités américaines connaissent déjà l'identité de B_____. En conséquence, la Banque lui impartissait un délai de dix jours pour intenter une action, à défaut de quoi les données seraient transmises.

D. a. Par acte déposé en conciliation au greffe du Tribunal le 13 novembre 2015 et introduit le 25 mai 2016, B_____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit fait interdiction à A_____, sous la menace de la peine prévue par l'article 292 CP, de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers, notamment le DoJ, des données la concernant ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier.

b. Dans son mémoire réponse du 27 septembre 2016 A_____ a conclu principalement au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle a conclu à ce qu'il soit dit et jugé que l'interdiction faite à A_____ de communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'Etat tiers des données concernant B_____ ne déploie d'effet qu'en relation avec le programme du Department of Justice, visant au règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique ("*Program for Non-Prosecution Agreements or Non Target Letters for Swiss Banks*") et pas en relation avec la transmission de données de manière générale si elle était requise par une autorité judiciaire ou administrative suisse notamment l'Administration fédérale des contributions (AFC).

c. Le 24 janvier 2017, le Tribunal a procédé à l'audition des parties, dont les déclarations ont été reprises ci-dessus, dans la mesure utile.

d. Lors de l'audience de plaidoiries finales du 10 mars 2017, les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions respectives.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger.

e. Entre temps, le 11 janvier 2017, le Préposé a publié une communication relative à la mise en place d'un nouveau cadre pour la transmission de données personnelles de la Suisse vers les Etats-Unis.

Intitulé *Privacy Shield*, ce cadre a pour but de renforcer l'application des principes de protection des données par les entreprises participantes et d'améliorer la gestion et la surveillance par les autorités américaines. Le Préposé précise que grâce au *Privacy Shield*, les données personnelles exportées de la Suisse vers les Etats-Unis bénéficient des mêmes normes que celles provenant de l'Union européenne, ce qui constitue un point fondamental pour la sécurité juridique des échanges économiques.

Le Préposé est d'avis que la mise en place de ce nouveau cadre permet de garantir un niveau de protection adéquat. Il a ajusté en conséquence la liste des Etats qu'il est tenu de publier en vertu de l'art. 7 de l'Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD). Celle-ci énonce désormais à propos des Etats-Unis d'Amérique que les organismes qui adhèrent au *Privacy Shield* pour les données provenant de Suisse et qui figurent sur la liste du Département américain du commerce garantissent un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD.

Le Département américain du commerce a publié sur son site internet une liste des organismes certifiés selon le *Privacy Shield*, laquelle comprenait 1962 entreprises au 6 avril 2017. Le DoJ ne fait pas partie de ces organismes.

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 patrimoniales, sauf si la demande porte exclusivement sur des dommages-intérêts (ATF 142 III 145 consid. 6; ATF 127 III 481 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_328/2008 du 26 novembre 2008 consid. 1; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile, BOHNET et al. [éd.], 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 indépendamment d'une éventuelle valeur litigieuse.

1.2 Interjeté dans le délai utile et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1 et 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable.

2. **2.1** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC). La Cour examine d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

Les faits notoires ou notoirement connus du tribunal et les règles d'expérience généralement reconnues ne doivent pas être prouvés (art. 151 CPC).

2.2 En l'espèce, l'intimée produit devant la Cour des pièces non soumises au Tribunal. Ces pièces, accessibles à tous sur le site de la Confédération, sont des faits notoires, et, partant, recevables.

3. L'appelante reproche tout d'abord au Tribunal d'avoir établi les faits de manière inexacte en omettant de retenir que les données relatives à l'intimée avaient d'ores et déjà été transmises aux autorités américaines dans le cadre de la procédure d'auto-dénonciation entreprise par les ayants-droit économiques des comptes litigieux ouverts en ses livres. Elle soutient que le Tribunal aurait en conséquence mal apprécié l'intérêt de l'intimée à s'opposer à la communication des données litigieuses.

3.1 Le juge d'appel dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit (art. 310 CPC). En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que les ayants-droit économiques des comptes litigieux ont participé à la procédure de *Voluntary disclosure*. En revanche, il n'est aucunement établi que, dans ce cadre, le nom de l'intimée ait été communiqué aux autorités américaines, les pièces partiellement caviardées produites par l'intimée étant insuffisantes à cet égard. De plus, l'intimée a déclaré qu'elle n'avait pas eu accès aux dossiers des clients de l'appelante qui s'étaient auto-dénoncés, de sorte qu'elle ignorait si son nom avait été communiqué aux autorités américaines. Dans ces conditions, le Tribunal a refusé à bon droit de tenir pour établi que les informations relatives à l'intimée avaient déjà été communiquées aux autorités américaines. Il est de surcroît relevé que les autorités fiscales américaines (IRS) auxquelles ces informations auraient été transmises sont apparemment distinctes des autorités pénales (DoJ) auxquelles le présent procès tend à éviter que ces informations ne soient communiquées.

Le grief est infondé et le jugement sera confirmé sur ce point.

4. L'appelante reproche ensuite au Tribunal d'avoir considéré que la transmission de données relatives à l'intimée dans le cadre du *US Program* était illicite au regard de la LPD, en partant de la prémisse que les Etats-Unis ne disposaient pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat.

4.1 En matière de traitement de données, la LPD concrétise et complète l'art. 28 CC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_22/2013 du 30 juin 2014 consid. 2.4.2 et les références doctrinales citées).

La communication transfrontière de données est régie par l'art. 6 LPD, qui prévoit qu'aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6 al. 1 LPD).

La communication de données dans un Etat ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat entraîne de par la loi une grave menace de la personnalité, comme une présomption irréfragable (MAURER-LAMBROU/STEINER, in Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd, Bâle 2014, ad art. 6 LPD n. 11; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, ad art. 6 LPD n. 706b; EPINEY/FASNACHT, in Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, BELSER/EPINEY/WALDMANN [éd.], Berne 2011, § 10 n. 10; ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008 ad art. 6 LPD n. 27).

Dans un arrêt du 6 octobre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de relever que la législation américaine consacre la primauté des "exigences relatives à la sécurité nationale, [à] l'intérêt public et [au] respect des lois des Etats-Unis" sur les principes de la sphère de sécurité, si bien que les règles de protection prévues peuvent être écartées, sans limitation. Le régime américain de la sphère de sécurité rend ainsi possible des ingérences, par les autorités publiques américaines, dans les droits fondamentaux des personnes, sans qu'il n'existe de règles à caractère étatique destinées à limiter ces éventuelles ingérences ni de protection juridique efficace contre celles-ci (arrêt de la CJUE dans l'affaire C-362/2014 du 6 octobre 2015 consid. 86 s.).

Selon la liste publiée par le Préposé mise à jour au 6 avril 2017, seuls les organismes qui adhèrent au *Privacy Shield* pour les données provenant de Suisse et qui figurent sur la liste du Département américain du commerce garantissent un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD (art. 7 OLPD).

4.2 En l'espèce, il est établi que la transmission de données personnelles de la Suisse vers les Etats-Unis peut désormais s'inscrire dans le cadre d'un nouvel accord dénommé *Privacy Shield*, en lieu et place d'un précédent accord jugé insuffisant. Contrairement à ce que soutient l'appelante, la mise en place de ce nouveau cadre n'a cependant pas pour effet de conférer un niveau de protection suffisant, au sens de l'art. 6 al. 1 LPD, à toute communication de données vers les Etats-Unis. Comme l'accord qui l'a précédé, le *Privacy Shield* ne vise que les données échangées entre des sujets suisses et certaines entreprises américaines, dont la liste est tenue par le Département américain du commerce. Les autorités et administrations publiques américaines ne font pas partie des entreprises concernées et rien n'indique qu'elles pourraient figurer sur la liste en question. S'il est exact que le Préposé considère que les données échangées avec les entreprises

américaines participant au *Privacy Shield* bénéficient d'un niveau de protection adéquat, équivalent à celui appliqué aux données provenant de l'Union européenne, tel n'est pas le cas des données transmises à des autorités américaines, notamment dans le cadre du *US Program*. Il découle des principes rappelés ci-dessus que la législation américaine permet aux autorités en question d'écarter toute protection des données privées lorsqu'elles estiment que l'intérêt public des Etats-Unis est en jeu, comme c'est le cas en l'espèce. Le Tribunal a dès lors correctement retenu que les autorités américaines n'offraient pas un niveau de protection suffisant à la transmission des données litigieuses aux autorités américaines et la mise en place du *Privacy Shield* ne change rien à ce qui précède.

Le grief sera en conséquence écarté et le jugement confirmé sur ce point également.

5. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu que la communication des données litigieuses était licite, dans la mesure où elle reposait sur l'un des motifs justificatifs prévus par la loi, à savoir l'existence d'un intérêt public prépondérant.

5.1 L'art. 6 al. 2 let. d LPD prévoit qu'en dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, la communication de données personnelles à l'étranger est autorisée notamment lorsqu'elle est, en l'espèce, indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant.

Pour être autorisée, la communication des données doit être "indispensable". La communication est indispensable au sens de cette disposition notamment lorsqu'il faut admettre que, sans la livraison de celles-ci, le litige fiscal avec les Etats-Unis s'intensifierait, que la place financière suisse devrait en supporter les conséquences et que la réputation de la Suisse serait atteinte en tant que partenaire de négociation fiable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_83/2016 du 22 septembre 2016 consid. 3.3.4).

Par intérêt public, on entend l'intérêt de la Suisse, qui comprend l'image du pays à l'étranger, notamment du fait de sa coopération avec d'autres Etats ou des organismes internationaux, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme ou le blanchiment d'argent (MEIER, Protection des données, Berne 2011, n. 1368). On entend également les cas où les intérêts d'Etats étrangers ont un effet réflexe sur la Suisse et par là coïncident indirectement avec l'intérêt public de la Suisse, notamment lorsqu'il s'agit de protéger une certaine branche de l'économie ou certains consommateurs en Suisse de sanctions explicites ou implicites de la part d'Etats étrangers, auxquelles ils seraient directement ou indirectement exposés en cas de coopération défectueuse (ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 60 ad art. 6 LPD).

En exigeant que l'intérêt public soit prépondérant, l'art. 6 al. 2 let. d LPD implique une pesée entre les intérêts privés des personnes concernées et l'intérêt public retenu. L'existence de l'intérêt public prépondérant doit être évaluée dans chaque

cas concret, en fonction de l'ensemble des circonstances en présence, notamment les garanties offertes par l'Etat de destination. L'intérêt public ne permet pas de justifier la communication de données de manière générale ou permanente pour une catégorie de cas. Il faut en particulier tenir compte de l'intérêt de la personne concernée à ce que ses données ne soient pas communiquées vers un Etat sans protection des données adéquate (évaluation notamment du risque de détournement de finalité ou de publication des données, WALTER, Communication de données personnelles à l'étranger, in La révision de la Loi sur la protection des données, EPINEY/HOBI [éd.], Zürich 2009, p. 132; cf. ég. MAURER-LAMBROU/STEINER, op. cit., n. 32 ad art. 6 LPD; EPINEY/ FASNACHT, op. cit., § 10 n. 23; MEIER, op. cit., n. 1370 et ss; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 62 ad art. 6 LPD).

La dérogation fondée sur l'intérêt public doit être interprétée restrictivement, de sorte à ne pas encourager des communications transfrontalières dans des conditions qui ne répondent pas à celles prévues par les traités d'entraide (MEIER, op. cit., n. 1374).

La preuve de l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 6 al. 2 LPD appartient à celui qui exporte les données (art. 8 CC; MEIER, op. cit., n. 1311; ROSENTHAL/JÖHRI, op. cit., n. 36 i.f ad art. 6 LPD).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté ni contestable qu'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.

L'appelante ne démontre cependant pas que cet intérêt public imposerait en l'espèce la communication des données litigieuses, et ce de manière prépondérante par rapport à l'intérêt de l'intimée de s'opposer à une telle communication. Il est en effet établi que l'appelante est parvenue à signer un accord de non-poursuite avec le DoJ au mois de janvier 2016 sans transmettre les documents en question. Si les autorités américaines se sont certes réservé le droit de revenir sur cet accord au cas où les informations remises devaient s'avérer fausses ou incomplètes, rien ne permet d'établir qu'elles considèrent que ce soit en l'occurrence le cas. L'appelante n'allègue en particulier pas avoir fait l'objet de relances ou de pressions de la part des autorités américaines afin qu'elle transmette tout ou partie de la documentation comprenant des données relatives à l'intimée. Il est ainsi peu probable que la non-communication des données litigieuses puisse avoir pour conséquence une remise en cause de l'accord trouvé avec les autorités américaines. L'appelante ne cite au demeurant aucun cas où une banque aurait vu son accord annulé ou aurait fait l'objet d'une poursuite ultérieure en raison d'une communication jugée incomplète. En tout état, il n'est pas établi qu'une annulation du *Non-Prosecution Agreement* conclu au mois de janvier 2016 aurait des

répercussions sur l'ensemble de la place financière suisse, respectivement raviverait le conflit fiscal opposant les banques suisses aux autorités américaines. L'appelante ne soutient notamment pas qu'elle serait une banque d'importance systémique, et ce à juste titre vu la nature de ses activités et le nombre restreint de ses succursales.

Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimée conserve pour sa part un intérêt important à ce que des données la concernant ne soient pas transmises aux autorités américaines, étant relevé à cet égard qu'une fois en possession de ces données, les autorités pourraient facilement déterminer les personnes physiques agissant pour le compte de l'intimée. Dès lors, il ne peut être tiré argument du fait que seul le nom de l'intimée serait transmis, à l'exclusion de celui de ses employés ou de ses membres, ni de celui que l'intimée est une entité off-shore, agissant uniquement comme signataire, administratrice ou *director*, des titulaires des comptes litigieux. Il est en effet reconnu que les individus dont les données figurent sur les documents transmis aux autorités américaines - ou qui peuvent être facilement identifiés sur la base des données transmises, comme en l'espèce - courent le risque d'être retenus pour être interrogés, voire inculpés, au cas où ils se rendraient sur le sol américain, ces situations s'étant concrètement présentées pour certains d'entre eux.

Même si ce risque est tenu dans le cas particulier, les comptes sur lesquels l'intimée avait pouvoir de signature ayant été clôturés et ayant fait l'objet d'une *Voluntary disclosure*, il ne peut être considéré comme purement théorique, compte tenu de la détermination affichée des autorités américaines de poursuivre toutes les personnes impliquées de près ou de loin dans l'évasion fiscale de contribuables du fisc américain.

Enfin, comme relevé ci-dessus, il n'est par ailleurs pas établi que les données litigieuses concernant l'intimée auraient été déjà transmises aux autorités américaines, notamment aux autorités de poursuite pénale dans le cadre d'une procédure d'auto-dénonciation, de sorte que l'intimée n'aurait plus d'intérêt à s'opposer à la transmission des données en question. Au surplus, le fait que l'intimée n'ait pas requis l'interdiction de communiquer sollicitée par voie de mesures provisionnelles avant d'agir au fond en prévention d'atteinte à la personnalité ne permet pas d'exclure que celle-ci dispose d'un intérêt concret à empêcher la transmission de données la concernant aux autorités américaines dans le cadre du *US Program*. La communication envisagée demeure par conséquent susceptible de porter gravement atteinte à la personnalité de l'intimée, étant rappelé que le *Non Prosecution Agreement* autorise expressément le DoJ à utiliser les données transmises pour poursuivre des personnes physiques.

Au vu de ce qui précède, et dans la mesure où une dérogation fondée sur l'intérêt public doit être admise avec retenue, la décision du premier juge de refuser

d'admettre, comme motif justificatif, la nécessité de sauvegarder un intérêt public prépondérant n'est pas critiquable.

Le grief est infondé et le jugement sera confirmé.

6. Les frais judiciaires de l'appel seront arrêtés à 7'000 fr. (art. 96 et 105 al. 1 CPC; art. 18 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront entièrement compensés avec l'avance de frais, d'un montant correspondant, fournie par cette dernière, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelante sera en outre condamnée à verser à l'intimée la somme de 5'000 fr. à titre de dépens d'appel (art. 105 al. 2 CPC, art. 84, 86 et 90 RTFMC), débours et TVA inclus (art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/6512/2017 rendu le 17 mai 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24170/2015-2.

Au fond :

Confirme ce jugement.

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_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de même montant fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à payer à B_____ la somme de 5'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.