

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25466/2014-4

CAPH/140/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 9 AOUT 2016

Entre

A_____, sise _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 18 novembre 2015 (JTPH/480/2015), comparant par M^e Guy VERMEIL, avocat, Lenz & Staehelin, route de Chêne 30, 1211 Genève 17, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par M^e Judith KUENZI, avocate, ARC Avocats, rue du Rhône 61, case postale 3558, 1211 Genève 3, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10 août 2016.

EN FAIT

A. a. _____, devenue A_____ en janvier 2016, est sise à Genève et a pour but l'exploitation d'une banque.

b. Depuis le 1^{er} novembre 2008, B_____ est employé au sein de A_____ en qualité de responsable de comptes et membre de la Direction, avec signature collective à deux. Il a un statut de "*collaborateur/cadre*". Il a toujours travaillé de façon diligente pour la banque et n'a jamais participé à une quelconque fraude.

Dans le cadre de son emploi, B_____ a été nommé responsable d'un compte bancaire le 23 avril 2009, lequel présente un indice d'américanité au sens de l'accord conclu entre la Suisse et les Etats-Unis le 29 août 2013 (cf. *infra* lettre A.c.e).

Selon B_____, ledit compte a été ouvert par le beau-fils de la cliente, laquelle a la nationalité américaine, mais n'a jamais vécu aux Etats-Unis. Il a rencontré la cliente lorsqu'elle venait à Genève. Même si au sein de la banque, il était la personne de référence de la cliente, il estime avoir seulement agi en qualité de conseiller en investissements (*investment advisor*) et s'être limité à exécuter les conseils en investissements que donnait le beau-fils de la cliente, lui-même employé du groupe A_____ à Paris.

Selon les documents produits par A_____ relativement au compte précité, B_____ s'est entretenu par téléphone et courriel avec la cliente, a reçu des instructions de sa part et a procédé à des opérations de gestion. La valeur maximale du compte, qui a été clôturé le 10 avril 2013, a été d'un peu plus de 1'400'000 USD.

c.a En 2010, dans le cadre d'un différend fiscal notoire opposant les Etats-Unis d'Amérique aux banques suisses, le Département de Justice des Etats-Unis d'Amérique (*US Department of Justice*, ci-après : *DoJ*) et la *US Securities and Exchange Commission* ont ouvert des enquêtes pénales contre quatorze établissements bancaires sis en Suisse.

Les autorités américaines reprochaient aux banques concernées, en lien avec leurs activités transfrontalières aux Etats-Unis, d'avoir aidé certains de leurs clients à se soustraire à leurs obligations à l'égard du fisc américain et de ne pas avoir respecté le cadre réglementaire bancaire américain dans le cadre de leur démarchage à l'égard de la clientèle résidente américaine. Les enquêtes menées par les autorités américaines étaient en conséquence susceptibles d'aboutir à une inculpation et à des poursuites pénales sur sol américain contre les banques concernées.

c.b Le 15 octobre 2012, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a adressé une recommandation à cinq banques concernées par le litige fiscal aux Etats-Unis.

Il a relevé que les Etats-Unis ne disposaient pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, au sens de l'art. 6 LPD. La transmission de données aux autorités de ce pays ne pouvait dès lors être envisagée que dans les cas prévus à l'al. 2 lit. d de cette disposition.

A ce propos, sur la base des explications des banques concernées, le PFPDT a retenu qu'il existait d'une manière générale un intérêt public à la transmission des données concernées afin d'éviter une plainte pénale aux Etats-Unis. Toutefois, le traitement de ces données devait respecter les principes posés par la LPD, en particulier ceux de la bonne foi, de la proportionnalité et de la transparence. En pratique, il convenait donc de procéder dans chaque cas à une pesée des intérêts entre l'intérêt public généralement reconnu et l'intérêt concret mentionné par la personne concernée au regard des documents considérés.

c.c Le 29 mai 2013, l'Association suisse des employés de banque (ASEB), l'Association patronale des banques en Suisse (AP Banques) et l'Association suisse des banquiers (ASB) ont conclu une convention visant à régler les conséquences pour les collaborateurs des établissements bancaires suisses, des livraisons de documents aux autorités américaines dans le cadre de litiges fiscaux.

Dans l'intérêt de la place financière suisse et de ses collaborateurs, l'ASEB soutenait les efforts des établissements bancaires et des cercles politiques pour trouver un règlement amiable aux litiges en matière fiscale avec les Etats-Unis. Les livraisons de données aux Etats-Unis devaient toutefois être effectuées dans le respect des obligations des procédures et en accord avec la législation suisse.

Cette convention prévoyait notamment que les établissements bancaires s'engageaient à prendre en charge les frais d'avocat des collaborateurs poursuivis pénalement aux Etats-Unis dans le cadre de leur activité professionnelle, sauf en cas de faute grave du collaborateur.

c.d Le 20 juin 2013, le PFPDT 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 le principe de proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD) était applicable à la transmission de données personnelles des employés. Si un employé s'opposait à ce que la 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.

c.e Le 29 août 2013, la Suisse et les Etats-Unis ont trouvé un accord visant à régler le différend fiscal opposant les banques suisses aux Etats-Unis.

Cet accord consistait essentiellement en un programme intitulé "*Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks*" (ci-après : le Programme), lequel s'adressait aux banques suisses qui ne faisaient pas déjà l'objet d'une enquête pénale par le *DoJ*. Les banques qui estimaient avoir violé le droit fiscal américain (catégorie 2) pouvaient déclarer leur intention de participer au Programme avant le 31 décembre 2013 et se mettre à l'abri de poursuites pénales en échange de leur participation en concluant un accord de non-poursuite judiciaire avec le *DoJ* (*Non-Prosecution Agreement*; ci-après : *NPA*).

Avant la conclusion d'un *NPA*, les banques de catégorie 2 devaient notamment fournir des informations détaillées pour chaque relation bancaire présentant un indice d'américanité (ci-après : *US Related Accounts*) entre le 1^{er} août 2008 et le 31 décembre 2014, ainsi que communiquer les noms et fonctions des personnes qui avaient structuré, opéré ou supervisé les activités commerciales transfrontalières des *US Related Accounts* pendant cette période (chapitre II, lettre D, chiffre 1 du Programme).

Lors de l'exécution du *NPA*, pour tous les comptes ayant un lien avec les Etats-Unis clôturés pendant la période précitée, les banques devaient notamment transmettre le nom et la fonction de tout gestionnaire de la relation client, conseiller à la clientèle, gestionnaire d'actifs, conseiller financier, trustee, fiduciaire, agent, avocat, comptable, et autre individu ou entité agissant de façon similaire et étant en lien avec ledit compte à la connaissance de la banque durant la période applicable (chapitre II, lettre D, chiffre 2, lettre b).

Le *DoJ* se réservait le droit de refuser de conclure un *NPA*, ou de revenir sur les termes d'un tel accord, et donc de poursuivre la banque concernée en justice, dans les cas où il estimerait qu'une banque aurait fourni des informations ou des preuves fausses, incomplètes ou susceptibles d'induire en erreur (chapitre II, lettre J).

Les données personnelles transmises par les banques suisses dans le cadre du Programme devaient être utilisées uniquement en vue de faire appliquer le droit américain, ce qui pouvait inclure des actions fondées sur des mesures de réglementation (chapitre V, lettre B).

c.f Dans une déclaration commune du même jour (*Joint Statement between the US Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance*; ci-après : le *Joint Statement*), le Département des finances suisse (DFF) et le *DoJ* ont notamment précisé que les données personnelles transmises aux Etats-Unis ne pouvaient être conservées que pour le temps nécessaire aux procédures visant le respect du droit américain.

c.g Par communiqué du même jour, le DFF a notamment encouragé les efforts du *DoJ*, de même que les banques suisses à participer au Programme.

Dans un communiqué du même jour, le *DoJ* a indiqué que le Programme améliorerait de manière significative ses efforts visant à poursuivre de manière agressive ceux qui avaient tenté d'échapper à la loi en cachant leurs biens en dehors des Etats-Unis. Le Programme devait lui permettre d'obtenir des informations supplémentaires sur les personnes qui avait utilisé des comptes bancaires off-shore secrets et sur ceux, aux Etats-Unis et à l'étranger, qui avaient mis en place et facilité l'utilisation de ces comptes. Depuis 2009, le *DoJ* avait poursuivi plus de 30 banquiers et 68 détenteurs de comptes, pour des violations en lien avec leurs activités bancaires off-shore. Le *DoJ* avait assuré à ses homologues suisses que le fait que des noms d'individus soient inclus dans les informations qu'il allait recevoir des banques ne voulait pas nécessairement dire que chaque individu avait commis ou non une infraction.

c.h Dans une communication du 30 août 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA) a rappelé aux banques intéressées à participer au Programme leur obligation de respecter le droit suisse, notamment la législation sur la protection des données.

c.i Le 12 juin 2014, l'ASEB a effectué un bilan intermédiaire sur les questions de transmission de données. Il en ressort que plus de cent banques et instituts financiers ont 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 minimes. Une fois que l'accord entre la banque de l'employé et les Etats-Unis était conclu, les risques d'être retenu comme témoin se réduisaient aussi drastiquement. Les risques marginaux qui pouvaient encore exister pour des employés seraient causés par des clients de la banque qui n'auraient pas réglé leur situation fiscale. Il était cependant précisé que, malgré les mesures prises par l'ASEB, le problème demeurerait réel pour les personnes concernées.

d.a Par acte du 23 décembre 2013, A_____ a requis l'autorisation du Conseil fédéral au sens de l'art. 271 CP afin de participer au Programme en catégorie 2 et de coopérer avec les autorités américaines, notamment en leur transmettant toute information pertinente prévue par le Programme.

d.b Le 30 décembre 2013, A_____ a informé le *DoJ* de son intention de participer au Programme en catégorie 2 et de demander un *NPA*.

d.c Par décision du 8 janvier 2014, renouvelée le 26 janvier 2015, le DFF a autorisé A_____ à participer au Programme en catégorie 2.

Il a considéré que la banque avait un intérêt important à coopérer avec les autorités américaines. En effet, la collecte et la transmission des renseignements visaient à éviter une plainte pénale 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, notamment parce que la banque risquerait de ne plus pouvoir effectuer des transactions en dollars américains. Les problèmes opérationnels et financiers qui en résulteraient pourraient nuire considérablement à la banque, voire menacer son existence.

Il a rappelé cependant que l'autorisation excluait uniquement une punissabilité au sens de l'art. 271 ch. 1 CP, mais qu'elle ne dispensait pas la banque de respecter les autres dispositions du droit suisse, notamment celles sur la protection des données et les obligations de l'employeur.

La décision précisait que les données personnelles des membres du personnel (actuels ou anciens) ne pouvaient être transmises que si, au sein de la banque, ces personnes avaient organisé, suivi ou surveillé les relations d'affaires impliquant une personne américaine. De plus, si la banque envisageait de communiquer les données personnelles d'un employé contre la volonté de ce dernier, elle devait lui signaler son droit d'intenter action selon l'art. 15 LPD.

d.d Le 8 décembre 2015, A_____ a conclu avec le *DoJ* un *NPA*.

A_____ n'avait jamais eu pour stratégie commerciale de démarcher des clients aux Etats-Unis. Elle a toutefois reconnu avoir ouvert, maintenu et profité de comptes appartenant à des clients dont elle savait, ou aurait dû savoir, qu'ils étaient des contribuables américains qui ne respectaient pas le droit fiscal américain. La banque a accepté de verser une amende pénale de 99'211'000 USD aux autorités américaines.

Elle s'est engagée à continuer de transmettre aux autorités américaines toutes les preuves et informations décrites dans la partie II.D.1 du Programme, soit notamment les noms et fonctions des personnes qui avaient structuré, opéré ou

supervisé les activités commerciales transfrontalières des *US Related Accounts* entre le 1^{er} août 2008 et le 31 décembre 2014.

Cet accord précisait également qu'il n'offrait pas de protection contre une inculpation pénale aux individus ou aux entités autres que A_____. En outre, si la division fiscale du *DoJ* constatait, à son entière discrétion, que A_____ ou l'un de ses représentants avaient donné des informations fausses, incomplètes ou susceptibles d'induire en erreur, A_____ serait poursuivie et sanctionnée pénalement.

e. Par courrier du 18 juin 2014, A_____ a informé B_____ de ce qu'elle avait décidé de participer au Programme et qu'elle avait l'intention de transmettre au *DoJ* une liste "I.D.2" contenant le nom et la fonction de l'employé. En effet, celui-ci était intervenu sur un *US Related Account* après le 1^{er} août 2008. L'employé était assuré qu'une telle transmission n'impliquait en tant que telle aucune suspicion d'une activité non-conforme, mais qu'elle était en réalité la conséquence du respect par la banque des exigences du Programme.

f. Par courriel et courrier postal du 23 juin 2014, B_____ s'est opposé à la transmission aux autorités américaines de toute donnée le concernant. D'une part, n'ayant ni ouvert ni géré le compte visé, il n'avait été qu'un conseiller et non pas le responsable du compte. D'autre part, il se rendait tous les ans en famille aux Etats-Unis.

Dans le cadre de la procédure, B_____ a en outre expliqué qu'il estimait n'avoir commis aucun acte répréhensible et ignorait si sa cliente américaine avait participé au Programme. Il craignait qu'en cas de transmission de ses données personnelles aux autorités américaines, il ne soit arrêté, questionné et bloqué à l'immigration, et que son nom ne soit publié sur *Internet*.

g. Par courrier recommandé du 1^{er} décembre 2014, A_____ a informé B_____ de sa décision de maintenir son nom et sa fonction sur la liste qui serait communiquée au *DoJ*. En effet, il était enregistré comme responsable du compte visé et il ressortait de l'analyse de la banque qu'il avait eu des communications directes avec la cliente titulaire du compte. Elle estimait que la transmission était justifiée par des intérêts publics et privés prépondérants. S'il souhaitait maintenir son opposition, l'employé avait la possibilité de saisir un tribunal dans les dix jours suivant la notification du courrier afin de faire interdire la transmission de ses données personnelles aux autorités américaines.

Dans le cadre de la procédure, A_____ a en outre expliqué qu'environ 200 de ses collaborateurs étaient responsables de comptes et que moins de 5% des collaborateurs, actuels et anciens, étaient concernés par la problématique de la transmission de données personnelles aux Etats-Unis. Dix à quinze procédures avaient été engagées contre la banque dans ce cadre. Les données qui seraient

transmises aux autorités américaines seraient utilisées uniquement dans le cadre du Programme, ce qui résultait de l'engagement pris par les Etats-Unis aux termes d'un accord à ce sujet. Elles pouvaient toutefois également être utilisées dans le cadre de demandes d'entraide.

B. a. Par mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 10 décembre 2014, respectivement du 18 février 2015, statuant à la requête de B_____, le Tribunal des prud'hommes a fait interdiction à A_____ de transmettre, communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, le nom et les informations relatives à B_____ ou permettant de l'identifier et ce dans le cadre du Programme, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, a imparti à B_____ un délai de 30 jours pour faire valoir son droit en justice, a débouté les parties de toutes autres conclusions et a mis les frais de justice à la charge de A_____.

b. Par "requête en interdiction" du 20 mars 2015, B_____ a agi en validation des mesures provisionnelles du 18 février 2015 et conclu à ce qu'il soit fait interdiction à A_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de transmettre, 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, son nom et les informations le concernant ou permettant de l'identifier au *DoJ* dans le contexte du Programme, et à la condamnation de A_____ aux frais et dépens de la procédure.

Il a fait valoir que la transmission de son nom et de sa fonction aux autorités américaines causait une atteinte grave à sa personnalité. En effet, dès que son nom serait transmis, il risquerait d'être interrogé, voire arrêté à tout moment, dans un aéroport par exemple. Sa liberté personnelle était prioritaire sur les intérêts économiques de son employeur et devait donc prévaloir.

c. Par réponse du 20 mai 2015, A_____ a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions et à ce que les frais de la procédure soient mis à la charge de celui-ci.

Elle a fait valoir que la communication litigieuse était licite, car nécessaire à l'exécution du contrat de travail, la banque devant notamment répondre aux injonctions d'une autorité officielle étrangère, soit le *DoJ*.

B_____ ne subirait aucune atteinte à sa personnalité, car la transmission du nom d'un collaborateur dans le cadre du Programme n'était pas de nature à fonder *per se* une suspicion à l'égard de celui-ci. Ce risque ne s'était d'ailleurs réalisé pour aucun des employés de A_____ dont le nom avait déjà été transmis et les autorités américaines avaient promis qu'elles n'utiliseraient ces données que dans le cadre de procédures visant le respect du droit engagées aux Etats-Unis ou autorisées par le droit américain.

En tout état de cause, la rétention d'une seule information suffisait à compromettre les chances de A_____ de conclure un *NPA* avec le *DoJ* et risquait d'entraîner son inculpation et, peut-être même, sa faillite. La transmission des données litigieuses était donc justifiée par l'intérêt public prépondérant à ce que les banques suisses participent au Programme. Elle était également justifiée par un intérêt privé prépondérant de A_____ à éviter une inculpation pénale aux Etats-Unis. La communication litigieuse était donc indispensable à l'exercice ou à la défense de ses intérêts en justice.

d. Par jugement JTPH/480/2015 du 18 novembre 2015, le Tribunal a déclaré recevable l'action en interdiction formée par B_____ à l'encontre de A_____ (chiffre 1 du dispositif), fait interdiction à la banque de transmettre, communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, les documents mentionnant le nom de B_____ ou permettant de l'identifier et ce dans le cadre du Programme, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (ch. 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3) et dit qu'il ne serait pas perçu de frais, ni alloué de dépens (ch. 4).

Le Tribunal a considéré que la communication de données personnelles de B_____ aux Etats-Unis était illicite tant du point de vue du droit du travail que de celui de la LPD. D'une part, cette communication n'était pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail et ne permettait pas d'établir les aptitudes de l'employé à remplir son emploi au sens de l'art. 328b CO. Elle faisait courir à l'employé un risque d'atteinte à ses intérêts économiques et sa liberté personnelle, en particulier sa liberté de mouvement. D'autre part, la banque avait échoué à démontrer l'existence d'un intérêt privé ou public prépondérant au sens de la LPD. En particulier, elle n'avait pas démontré être concrètement menacée du dépôt imminent d'une plainte pénale ni que son éventuelle faillite à la suite d'une telle plainte perturberait le système économique suisse. Il n'était pas prouvé non plus que l'absence de communication des données litigieuses l'empêcherait d'obtenir un *NPA* avec le *DoJ*. En revanche, B_____, qui se rendait régulièrement aux Etats-Unis avec sa famille, avait rendu vraisemblable qu'il courait un risque d'y être arrêté, interrogé, voire même inculpé.

- C. a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 4 janvier 2016, A_____ appelle de ce jugement, qu'elle a reçu le 19 novembre 2015. Elle conclut à l'annulation de celui-ci, cela fait, au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions, à la condamnation de celui-ci aux frais et dépens de première et deuxième instances et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Elle produit une ordonnance de production de l'Administration fédérale des contributions non datée et caviardée (pièce 50) et un *NPA* conclu entre le *DoJ* et elle le 8 décembre 2015 (pièce 51).

b. B_____ conclut au rejet de l'appel, à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation de A_____ aux frais et dépens.

c. Par courrier du 23 mars 2016, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 lit. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les affaires portant sur la protection de la personnalité sont de nature non patrimoniale (ATF 127 III 481 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_641/2011 du 23 février 2011 consid. 1.1; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile, Bohnet et al. [éd.], 2011, n. 12 ad art. 308 CPC et les réf. citées). La voie de l'appel est donc ouverte.

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

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

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

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 Zivil-prozessordnung [ZPO], 3^{ème} éd., 2016, n. 26 ad art. 317 CPC).

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

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

3. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré à tort que la transmission aux autorités américaines du nom et de la fonction de l'intimé était de nature à entraver la liberté individuelle de ce dernier et constituait une atteinte illicite à sa personnalité. En procédant de la sorte, le Tribunal aurait constaté les faits de façon inexacte et violé les art. 328b CO, 6 et 13 LPD.

3.1.1 L'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur (art. 328 al. 1 CO).

Cette disposition instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les art. 27 et 28 CC. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives, aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur, laquelle englobe notamment sa vie et sa santé, son intégrité corporelle et intellectuelle, sa dignité, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (CAPH/204/2015 du 11 décembre 2015 consid. 2.1 et les réf. citées).

L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où celles-ci portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Sur ce point, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) sont en outre applicables (art. 328b CO).

La communication des données dans le cadre de la relation de travail doit s'apprécier à la lumière de l'art. 328b CO et des dispositions de la LPD (CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.3 et les réf. citées; ACJC/1529/2015 du 11 décembre 2015 consid. 5.1.2 et les réf. citées).

La portée de l'art. 328b CO est controversée en doctrine, certains auteurs étant d'avis que cette disposition ne fait que répéter des principes déjà prévus par la LPD, laquelle s'applique à l'employeur en sa qualité de personne privée (ACJC/1529/2015 consid. 5.1.2 précité et les réf. citées; AUBERT, La communication aux autorités américaines, par les banques, de données personnelles sur leurs employés : aspects de droit du travail, in *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, 2013, p. 40 ss, 46). Il est en tous les cas admis que le renvoi à la LPD prévu à l'art. 328b CO s'étend à l'ensemble des

principes généraux de la LPD, y compris aux moyens de droit prévus à l'art. 15 LPD (ACJC/1529/2015 consid. 5.1.2 précité et les réf. citées).

3.1.2 Aux termes de l'art. 4 LPD, tout traitement de données doit être licite (al. 1) et effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (al. 2).

Le principe de proportionnalité implique notamment que le traitement de données doit être apte à atteindre le but visé, doit être nécessaire, en ce sens que, parmi plusieurs moyens adaptés, il est celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts en cause et doit être proportionnel, au sens strict du terme, c'est-à-dire se justifier au vu d'une comparaison entre les intérêts de l'auteur du traitement et de ceux de la personne concernée (CAPH/204/2015 précité consid. 2.2 et la réf. citée).

Les données visées par la LPD sont les données personnelles, soit toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 lit. a LPD). La notion de traitement se comprend comme toute opération relative à de telles données - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (art. 3 lit. e LPD; ACJC/1529/2015 susmentionné consid. 5.1.3 et la réf. citée).

Presque toutes les informations objectives ou subjectives mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable peuvent constituer des données personnelles au sens de la loi. Il n'existe pas en droit privé de données libres, dont on pourrait disposer sans respecter les règles de la LPD. Même les données de base, comme le nom, le prénom, l'adresse ou la date de naissance méritent protection selon le contexte dans lequel elles sont utilisées (ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3 et les réf. citées).

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

La communication de données dans un Etat ne disposant pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat constitue une atteinte à la personnalité (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3; ACJC/1529/2015 susvisé consid. 5.1.3.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2 et la réf. citée).

Les Etats-Unis ne disposent pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat des données au sens de l'art. 6 al. 1 LPD (Recommandation du PFPDT du

15 octobre 2012; arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3; ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susvisé consid. 2.2; dans ce sens : arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE] du 6 octobre 2015, affaire C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner).

La convention de *Safe Harbor* des 1^{er} et 9 décembre 2008 (*U.S.-Swiss Safe Harbor Framework*, RS 0.235.233.6) conclue entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique régit le transfert, de la Suisse vers les Etats-Unis, de données personnelles. Cette convention ne s'applique qu'à certaines entreprises américaines (PFPDT, Explications relatives à la communication de données personnelles à l'étranger suite à la révision de la loi fédérale sur la protection des données, avril 2011, pp. 4 s.; MAURER-LAMBROU/STEINER, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3^{ème} éd, 2014, n. 49 ad art. 6 LPD; MEIER, Protection des données, 2011, n. 1336). Dans une publication récente, le PFPDT a estimé que la convention précitée n'offrait pas un niveau de protection adéquat car, à la suite des révélations d'Edward Snowden et compte tenu des aspects problématiques que l'arrêt du 6 octobre 2015 de la CJUE avait relevés quant à l'accord de protection des données *Safe Harbor* conclu entre l'Europe et les États-Unis, il était apparu que l'accord avec la Suisse ne protégeait pas suffisamment la personnalité des personnes concernées (Liste des États ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat [art. 6, 1^{er} al. LPD], <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=fr>, état au 30 juin 2016).

En dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger si l'une des six conditions prévues par l'art. 6 al. 2 LPD est réalisée.

Ces conditions sont alternatives et exhaustives, d'autres motifs justificatifs découlant par exemple de l'art. 13 LPD ne pouvant pas être invoqués. La preuve de l'existence d'un motif justificatif au sens de l'art. 6 al. 2 LPD appartient à celui qui exporte les données (art. 8 CC; arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4; ACJC/1529/2015 précité consid. 5.1.3.2).

La communication est notamment autorisée lorsque des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger (art. 6 al. 2 lit. a LPD) ou lorsque la personne concernée a, en l'espèce, donné son consentement (art. 6 al. 2 lit. b LPD).

3.1.4 L'art. 6 al. 2 lit. d 1^{ère} hyp. LPD prévoit que la communication est autorisée lorsqu'elle est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant.

Par intérêt public, on entend l'intérêt de la Suisse, qui comprend l'image du pays à l'étranger, notamment du fait de sa coopération avec d'autres Etats ou des organismes internationaux, par exemple en matière de lutte contre le terrorisme ou le blanchiment d'argent. On entend également les cas où il s'agit de protéger une certaine branche de l'économie ou certains consommateurs en Suisse de sanctions explicites ou implicites de la part d'Etats étrangers, auxquelles ils seraient directement ou indirectement exposés en cas de coopération défaillante (ACJC/1529/2015 précité consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.1 et les réf. citées).

Le Tribunal fédéral a retenu, dans un arrêt du 15 juillet 2011, que la transmission aux autorités américaines de données couvertes par le secret bancaire était justifiée par l'intérêt public de la Suisse dans un cas où l'absence de transmission aurait entraîné un risque concret de faillite de l'UBS. Cette dernière est en effet considérée comme une banque d'importance "systémique" pour l'économie suisse, en ce sens que sa défaillance aurait entraîné une paralysie considérable du système de paiement en Suisse et touché quelque 128'000 relations bancaires avec des PME et plus de trois millions de comptes. La défaillance d'une banque de cette taille aurait un coût économique de l'ordre de 15% à 30% du PIB à court terme; à long terme, la perte en termes de croissance pouvait être estimée entre 60 et 300% du PIB, soit entre 300 et 1'500 milliards de francs (ATF 137 II 431 consid. 4.1 et 4.2).

Dans une jurisprudence du 12 septembre 2014, le Tribunal cantonal de Zoug a rejeté les mesures provisionnelles requises par un employé de banque - lequel s'opposait à la transmission de ses données personnelles dans le cadre du Programme. Cette autorité a retenu que la banque avait rendu vraisemblable un intérêt public prépondérant et que son intérêt à ne pas être inculpée pénalement aux Etats-Unis n'était pas un simple intérêt privé, mais un intérêt régional, dans la mesure où un grand nombre de places de travail auprès de la banque, de ses fournisseurs et de ses clients dépendaient de l'existence de la banque. A l'exception de cette décision, les tribunaux cantonaux saisis d'affaires similaires retiennent le plus souvent que les banques concernées ne rendent pas vraisemblable, respectivement ne prouvent pas que leur intérêt à ne pas être inculpées pénalement aux Etats-Unis est un intérêt public prépondérant (sur mesures provisionnelles : ACJC/1506/2014 et ACJC/1540/2014 du 12 décembre 2014 consid. 3.2.5; au fond : arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.1; ACJC/1529/2015 précité consid. 7; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 3.3).

Par ailleurs, le risque qu'un employé de banque, dont les données personnelles ont été transmises par son employeur aux Etats-Unis, se fasse interroger, arrêter ou extradé dans cet Etat a fréquemment été admis (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.3.1 et 4.3.3; ACJC/1529/2015

précité consid. 7.2.2; CAPH/204/2015 susvisé consid. 3.4; contra : arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2012.133 du 25 avril 2013 consid. 2.2.1)

En exigeant que l'intérêt public soit prépondérant, l'art. 6 al. 2 lit. d LPD implique une pesée entre les intérêts privés des personnes concernées et l'intérêt public retenu. La disposition présuppose que la communication soit nécessaire dans le cas d'espèce et ne permet pas une communication généralisée (ACJC/1529/2015 précité consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.1 et les réf. citées).

La dérogation fondée sur l'intérêt public doit être interprétée restrictivement, de sorte à ne pas encourager des communications transfrontalières dans des conditions qui ne répondent pas à celles prévues par les traités d'entraide (ACJC/1529/2015 susvisé consid. 7.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2.1 et les réf. citées).

3.1.5 L'art. 6 al. 2 lit. d 2^{ème} hyp. LPD prévoit encore que la communication est autorisée lorsqu'elle est indispensable à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice, quelle qu'en soit la nature (civile, pénale, administrative, fiscale). La jurisprudence est partagée quant à savoir si le *DoJ* doit être considéré comme une instance judiciaire au sens où l'entend cette disposition. Certaines jurisprudences l'admettent (ACJC/1529/2015 susvisé consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 précité consid. 2.2.2 et les réf. citées) et d'autres le nient, estimant que le *DoJ* n'a pas de fonction jurisprudentielle et, partant, ne peut être une instance judiciaire (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.2.3 et les réf. citées).

Il n'est pas nécessaire que celui qui souhaite communiquer des données soit formellement partie à la procédure en cause; l'importance ou les chances de succès des prétentions concernées n'entrent pas davantage en ligne de compte (ACJC/1529/2015 précité consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susvisé consid. 2.2.2 et les réf. citées).

Pour que la communication des données soit autorisée, celles-ci ne doivent en aucun cas être utilisées à d'autres fins que la procédure prévue ou engagée. Si des doutes existent quant à l'utilisation des données uniquement aux fins de la procédure devant un tribunal, notamment si un risque existe que les données soient utilisées à d'autres fins, il convient de s'abstenir de les communiquer (arrêt du Tribunal cantonal de Zurich LB150052-O/U du 8 février 2016 consid. 4.4.2.3; ACJC/1529/2015 susmentionné consid. 6.1 et les réf. citées; CAPH/204/2015 susmentionné consid. 2.2.2 et les réf. citées).

3.1.6 En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. Cependant, lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices (état de nécessité en matière de preuve), le degré de preuve requis se limite à la vraisemblance prépondérante (*die überwiegende Wahrscheinlichkeit*), qui est soumise à des exigences plus élevées que la simple vraisemblance (*die Glaubhaftmachung*; ATF 133 III 81 consid. 4.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_297/2015 du 7 octobre 2015 consid. 4.2).

3.2.1 En l'espèce, dans le cadre de sa participation au Programme, l'appelante a l'intention de communiquer à une autorité américaine - le *DoJ* - des documents contenant des données personnelles de l'intimé, soit son nom et la fonction qu'il occupe au sein de l'appelante, en lien avec un *US Related Account*.

Dans la mesure où les Etats-Unis n'offrent pas un niveau de protection des données adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD, la transmission envisagée est illicite *per se*, sauf si l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD est réalisé.

La convention de *Safe Harbor* américano-suisse ne change rien à ce qui précède, car elle ne s'applique pas au *DoJ*, mais uniquement à certaines entreprises américaines. Le fait que les autorités signataires aient marqué, lors de la conclusion de la convention précitée, leur volonté de mieux protéger la vie privée de leurs citoyens respectifs est sans pertinence et, contrairement à ce que soutient l'appelante, n'est pas de nature à assurer que l'utilisation des données sera conforme à la protection de la personnalité de l'intimé. Bien au contraire, le PFPDT a récemment confirmé que ladite convention n'offre pas un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD.

3.2.2 Dans le présent contexte de transmission de données transfrontalière, l'appelante, à qui incombe le fardeau de la preuve, peut uniquement se prévaloir des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD, à l'exclusion de tout autre motif justificatif découlant d'autres dispositions légales.

Par conséquent, l'intérêt privé que l'appelante invoque en lien avec l'art. 13 LPD, à savoir son intérêt à collaborer pleinement avec le *DoJ* dans le cadre du Programme pour ne pas compromettre le *NPA* et éviter une inculpation aux Etats-Unis, n'est pas apte à lever l'illicéité de la communication envisagée.

Les assurances données par le *DoJ* en différentes occasions quant à l'utilisation qu'il ferait des données transmises ne constituent pas des garanties suffisantes de nature contractuelle assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 2 lit. a LPD. Il en va ainsi des indications, selon lesquelles les données transmises par l'appelante seraient utilisées uniquement en vue de faire appliquer le droit

américain (chapitre V lettre B du Programme) ou qu'elles ne seraient conservées que pour le temps nécessaire aux procédures visant le respect du droit américain (*Joint Statement* du 29 août 2013). Il en va de même de l'affirmation faite au DFF selon laquelle le fait que des noms d'individus soient inclus dans les informations transmises au *DoJ* ne voulait pas nécessairement dire que chaque individu avait commis ou non une infraction (communiqué du *DoJ* du 29 août 2013).

Au vu de l'opposition de l'intimé à la transmission des données litigieuses, le motif justificatif découlant de l'art. 6 al. 2 lit. b LPD - soit le consentement de la personne concernée - doit également être exclu.

3.2.3 L'appelante fait grief au Tribunal de ne pas avoir retenu que la communication des données litigieuse au *DoJ* était justifiée par un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 6 al. 2 lit. d 1^{ère} hyp. LPD.

Il existe, de manière générale, un intérêt public à ce que les banques suisses respectent les accords conclus avec les Etats-Unis dans le cadre du litige fiscal et transmettent les renseignements requis par les autorités américaines conformément auxdits accords. Cela doit permettre de mettre fin au litige précité et d'assurer la stabilité juridique et économique de la place financière suisse, ce qui profitera aux banques comme aux employés de celles-ci. L'existence de cet intérêt public a été relevée par différentes autorités fédérales et associations professionnelles.

Cependant, contrairement à ce que l'appelante soutient, toute transmission de données aux Etats-Unis ne saurait être justifiée de manière abstraite par les seuls intérêts de l'économie suisse en général et ceux du secteur bancaire en particulier.

Dans ses décisions des 8 janvier 2014 et 26 janvier 2015, le DFF a certes exclu que la transmission de données par l'appelante aux autorités américaines soit punissable sous l'angle de l'art. 271 CP, mais elle a expressément rappelé que l'appelante était tenue de respecter les dispositions du droit civil, soit notamment celles découlant des art. 328b CO et de la LPD. Cette exigence du respect du droit suisse par les banques suisses dans le cadre de leur coopération avec les autorités américaines a d'ailleurs également été soulignée par le PFPDT et les associations professionnelles respectives des banques et de leurs employés.

Il existe donc également un intérêt public à ce que les employeurs suisses protègent la personnalité et la sphère privée de leurs employés, notamment en ne communiquant pas les données personnelles de leurs employés à des autorités étrangères sans leur consentement, et il doit en être tenu compte.

Par conséquent, il est nécessaire de procéder à une pesée des intérêts *in concreto* pour déterminer si l'intérêt public invoqué par l'appelante doit prévaloir sur celui de l'intimé.

A l'instar de nombreuses banques suisses, l'appelante a pris part au Programme et s'est ainsi engagée à transmettre les données requises par les autorités américaines en échange de l'abandon des poursuites pénales à son encontre. Actuellement, elle demeure soumise aux obligations d'information découlant du Programme, dans la mesure où le *NPA* conclu avec le *DoJ* le 8 décembre 2015 fait perdurer ces obligations. L'appelante soutient que si elle ne transmettait pas les données litigieuses, elle courrait le risque que le *DoJ* annule l'accord du 8 décembre 2015 et initie des poursuites pénales à son encontre. Une inculpation, selon elle, entraînerait sa faillite, comme cela a été le cas pour la banque Wegelin en 2012.

Ainsi qu'il a été constaté dans une affaire similaire (CAPH/204/2015 susmentionné consid. 3.3), la volonté de l'appelante d'éviter sa propre faillite est un intérêt privé, lequel ne se confond pas avec l'intérêt public visant à maintenir la stabilité juridique et économique de la place financière suisse. Dans la présente espèce, l'appelante ne fait pas valoir d'arguments qui justifieraient de s'écarter de ce qui précède. En particulier, elle n'établit pas qu'elle serait une banque d'importance systémique pour la Suisse ("*too big too fail*") au sens où la jurisprudence publiée aux ATF 137 II 431 l'entend pour UBS SA, ni que sa faillite entraînerait de graves répercussions sur l'économie de notre pays. Dès lors, le Tribunal n'a pas constaté les faits de façon inexacte en retenant que l'appelante n'a pas établi que sa disparition entraînerait un dérèglement du système économique suisse.

C'est en vain que l'appelante invoque l'arrêt du Tribunal cantonal de Zoug du 12 septembre 2014 pour démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant. D'une part, elle n'établit pas qu'un grand nombre de places de travail auprès d'elle, de ses fournisseurs et de ses clients dépendraient de son existence, comme c'était le cas de la banque concernée par la décision zougnoise. D'autre part, cette jurisprudence est isolée, d'autres jurisprudences cantonales ayant constaté que l'intérêt des banques visées par ces décisions à ne pas être inculpées pénalement aux Etats-Unis ne se recouvrait pas avec un intérêt public.

Du reste, comme il sera exposé ci-dessous (cf. *infra* consid. 3.2.3), il n'est pas établi que l'appelante encourrait un risque concret que la non-transmission du nom de l'intimé en lien avec un seul compte entraînerait automatiquement l'annulation du *NPA*, puis son inculpation.

A cela s'ajoute que depuis le début du conflit fiscal avec les Etats-Unis, seule la banque Wegelin - citée comme exemple par l'appelante - a fait faillite à la suite de son inculpation aux Etats-Unis. En dehors de ce cas, l'appelante ne mentionne

aucun autre exemple de banque ou d'institut financier suisse - sur la centaine qui ont participé au Programme en catégorie 2 - qui aurait été inculpé aux Etats-Unis pour ne pas avoir transmis les données personnelles d'un de ses employés. Le risque d'une faillite est d'autant moins concret pour l'appelante que sa situation est très éloignée de celle de la banque Wegelin, laquelle avait poursuivi une stratégie périlleuse en recrutant des clients américains non déclarés (AUBERT, op. cit., p. 44), alors que l'appelante n'a jamais développé le marché américain ni démarché de ressortissants américains.

Compte tenu de ce qui précède, l'affirmation selon laquelle la non-transmission des données litigieuses risquerait de compromettre l'ensemble du Programme avec les banques suisses, ce qui compromettrait l'image de la Suisse à l'étranger, doit être écartée, l'appelante se contentant de l'alléguer sans en apporter la preuve. Le grief de constatation inexacte des faits sur ce point est donc infondé.

En somme, l'appelante fait valoir un intérêt privé et n'est pas fondée à se prévaloir de l'art. 6 al. 2 lit. d 1^{ère} hyp. LPD.

3.2.3 L'appelante fait également grief au Tribunal de ne pas avoir retenu que la transmission des données litigieuses aux autorités américaines serait justifiée par l'exercice d'un droit en justice à l'étranger au sens de l'art. 6 al. 2 lit. d 2^{ème} hyp. LPD.

La question de savoir si le *DoJ* est une autorité judiciaire au sens de la disposition précitée peut rester indécise, dès lors que le motif justificatif invoqué par l'appelante doit de toute façon être rejeté pour les raisons qui suivent.

Contrairement à ce que prétend l'appelante, la deuxième hypothèse de l'art. 6 al. 2 lit. d LPD implique de procéder à une pesée des intérêts *in concreto* conformément à l'art. 4 al. 2 LPD.

L'intérêt de l'appelante à transmettre les données litigieuses est d'éviter des poursuites pénales aux Etats-Unis et, cas échéant, de tomber en faillite. L'intérêt de l'intimé à s'opposer à ladite transmission est de ne pas être inculpé, voire arrêté sur le sol américain pour être interrogé, et donc d'éviter une atteinte importante à sa liberté personnelle et de mouvement.

Au vu de la nature incertaine des risques invoqués respectivement par les deux parties, la preuve peut être apportée par faisceau d'indices (vraisemblance prépondérante), une preuve stricte ne pouvant être raisonnablement exigée en l'occurrence.

En première instance, l'appelante alléguait que si elle ne transmettait pas les données litigieuses au *DoJ*, celui-ci pourrait refuser de conclure un *NPA* avec elle. Or, un tel accord a finalement été conclu le 8 décembre 2015, alors que la présente

affaire n'avait pas été définitivement tranchée et que lesdites données n'avaient pas été remises au *DoJ*. Certes, ce dernier s'est expressément réservé la possibilité d'annuler le *NPA*, notamment dans l'hypothèse où les informations remises par l'appelante seraient fausses, incomplètes ou susceptibles d'induire en erreur. Toutefois, il n'est pas démontré que les données relatives au compte litigieux seraient considérées comme telles par le *DoJ*, si elles étaient transmises sans le nom et la fonction de l'intimé. De plus, l'appelante ne fait pas état d'un *NPA* que le *DoJ* aurait annulé au motif que les données personnelles d'un employé spécifique aurait été caviardées à la suite d'une décision judiciaire rendue en Suisse. Elle ne prétend pas non plus avoir reçu des relances ou de pressions de la part des autorités américaines pour obtenir les données personnelles litigieuses, que ce soit avant ou après la conclusion du *NPA*.

Dès lors, il est douteux que la non-transmission des données litigieuses entraîne l'annulation du *NPA* et l'inculpation de l'appelante.

L'intimé court un risque concret d'être arrêté, interrogé, voire inculpé, puisque ce risque s'est déjà réalisé à plusieurs reprises, le *DoJ* ayant annoncé en août 2013 avoir poursuivi une trentaine d'employés de banques. De fait, dans son communiqué du 29 août 2013, le *DoJ* a exprimé son intention d'interroger et de poursuivre les employés de banque dont le nom était porté à sa connaissance. Cela est corroboré par la majorité des jurisprudences qui ont examiné la question. En outre, c'est bien parce qu'elles étaient préoccupées par l'imminence des risques précités que les associations professionnelles respectives des employés et des banques suisses ont conclu la convention du 29 mai 2013, en vertu de laquelle les banques s'engageaient à prendre en charge les frais de justice encourus par les employés poursuivis aux Etats-Unis pour des faits accomplis dans le cadre de leur activité professionnelle.

La conclusion d'un *NPA* avec le *DoJ* diminue peut-être les risques de poursuites pénales contre l'intimé, mais ne les supprime pas entièrement, ainsi que l'a rappelé l'ASEB elle-même dans sa communication du 12 juin 2014. D'ailleurs, le *NPA* conclu entre l'appelante et le *DoJ* réserve expressément la possibilité pour le *DoJ* d'utiliser les informations remises par la banque et de poursuivre pénalement tout individu. Dans la mesure où l'appelante a reconnu avoir des *US Related Accounts* en violation du droit fiscal américain et a accepté de verser une amende de 99'211'000 USD, des poursuites pénales contre les employés de l'appelante demeurent d'actualité. Dans le cas particulier de l'intimé, même s'il a toujours donné satisfaction à son employeur et qu'il n'a participé à aucune fraude, le compte litigieux comptait des avoirs de plus de 1 million de francs et l'appelante ne prétend pas que ce compte aurait été en conformité avec le droit américain et que, dans la négative, la cliente aurait depuis lors régularisé sa situation fiscale avec les autorités américaines. Le risque encouru par l'intimé est d'autant plus élevé qu'il assume un rôle de cadre au sein de la banque.

Le fait que l'intimé ait allégué qu'il se rendait régulièrement aux Etats-Unis, sans en apporter la preuve, ne saurait suffire à faire disparaître le risque encouru, un mandat d'arrêt international pouvant être lancé contre lui. De même, c'est en vain que l'appelante allègue sans l'étayer que le nom de l'intimé pourrait déjà être parvenu aux autorités américaines par d'autres biais ou qu'aucun de ses employés n'a été poursuivi aux Etats-Unis à ce jour.

Il est donc établi avec une vraisemblance prépondérante que l'intimé risque d'être interrogé, voire poursuivi pénalement aux Etats-Unis si ses données personnelles étaient transmises à ce pays. Ainsi, c'est à tort que l'appelante reproche au Tribunal d'avoir constaté les faits de façon inexacte sur ce point.

Dans la mesure où l'intérêt de l'intimé relève de sa liberté personnelle, il est de rang supérieur à celui de l'appelante, qui n'est qu'économique, et doit donc prévaloir. En outre, si les données personnelles de l'intimé étaient transmises, l'appelante ne pourrait pas garantir qu'elles seraient uniquement utilisées pour assurer sa propre défense, le *DoJ* s'étant expressément réservé la possibilité de les utiliser dans d'autres procédures. Pour cette raison également, la transmission des données litigieuses doit être interdite.

Partant, l'appelante n'est pas fondée à se prévaloir de l'art. 6 al. 2 lit. 2^{ème} hyp. LPD.

3.3 Il s'ensuit que la transmission aux autorités américaines des données personnelles de l'intimé constitue une atteinte illicite à la personnalité de ce dernier (art. 328b CO et 6 al. 1 LPD) et qu'elle ne peut être justifiée par aucun des motifs énumérés à l'art. 6 al. 2 LPD, d'autres motifs justificatifs n'entrant pas en ligne de compte en matière de communication transfrontalière de données.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments développés par l'appelante à propos de l'application de l'art. 328b CO.

Partant, le jugement entrepris sera confirmé.

4. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 3'500 fr. (art. 18 et 68 RTFMC), seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 95, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC) et compensés à due concurrence avec l'avance de frais de 7'000 fr. fournie par celle-ci, qui demeure partiellement acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). Par conséquent, le solde de l'avance de frais sera restitué à l'appelante.

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 4 janvier 2016 par A_____ contre le jugement JTPH/480/2015 rendu le 18 novembre 2015 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/25466/2014 - 4.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 3'500 fr., les met à la charge de A_____ et les compense à due concurrence avec l'avance de frais, qui reste partiellement acquise à l'Etat de Genève.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 3'500 fr. à A_____.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Madame Christine PFUND, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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

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