

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 mai 2019

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Crittin Dayen et M. Kaltenrieder, juges
Greffier : M. Valentino

Art. 6 al. 2 let. d LPD

Statuant sur l'appel interjeté par **T.**_____, aux Diablerets, demandeur, contre le jugement rendu le 19 juillet 2018 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **W.**_____, à [...], défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 19 juillet 2018, dont les considérants écrits ont été notifiés aux conseils des parties le 29 octobre 2018, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le premier juge) a rejeté la demande déposée le 20 avril 2015 par T._____ contre W._____ (I), a révoqué les chiffres I et II de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 janvier 2015 dont la teneur est la suivante : « *I. confirme l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 9 décembre 2014 par la Présidente de céans; II. interdit à W._____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers, notamment le Département de la justice américain, des données concernant Monsieur T._____ ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier, ce sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (ndr : Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) qui stipule [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 d'une amende* » (II), a mis les frais judiciaires, arrêtés à 7'300 fr., à la charge de T._____ et les a compensés avec les avances versées par les parties, T._____ étant reconnu débiteur de W._____ de la somme de 60 fr. en remboursement des frais judiciaires (III), a dit qu'il n'y avait pas lieu à l'allocation de dépens (V) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI), le chiffre IV étant supprimé.

En droit, le premier juge était notamment appelé à statuer sur une action en prévention d'une atteinte à la personnalité introduite par T._____ (ci-après : le demandeur ou l'appelant) contre W._____ (ci-après : la défenderesse ou l'intimée) visant à faire interdiction à cette dernière de communiquer à un tiers, en particulier au Département de la justice américain (ci-après : DOJ [U.S. Department of Justice]), une quelconque donnée ou information pouvant mener un tiers à identifier le demandeur. Il a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 328b CO (Code des obligations ; RS 220) – ayant pour objet de protéger le travailleur lors

de traitement de données le concernant – avait une portée propre, soit s’il était plus restrictif que le régime prévu par la LPD (loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 ; RS 235.1). Il a considéré qu’au vu du risque de communication transfrontalière des données, il convenait d’analyser la situation à l’aune de l’art. 6 LPD. Après avoir retenu que les Etats-Unis n’offraient pas un niveau de protection adéquat des données personnelles au sens de l’alinéa 1 de cette disposition, le premier juge a indiqué que le seul motif justificatif, parmi ceux prévus par l’alinéa 2, qui pourrait entrer en considération et qui autoriserait, dans ce cas, une communication transfrontalière, était l’existence d’un intérêt public prépondérant au sens de la lettre d. A cet égard, il a en substance retenu qu’il paraissait clair qu’il existait un intérêt public de la Suisse au règlement du litige fiscal avec les Etats-Unis. Aucun élément au dossier ne laissait par ailleurs penser que le demandeur pourrait être préjudicé dans son activité professionnelle. Il a été retenu à cet égard que l’intérêt public de la banque à collaborer avec le DOJ et à transmettre, entre autres, les données du demandeur était prépondérant par rapport à l’intérêt de ce dernier à voir ses données non exportées, dans la mesure où les dix comptes litigieux dont le demandeur assurait le suivi présentaient un indice d’américanité et où ils tombaient sous le coup du Programme américain auquel le « *Plea Agreement* » renvoyait. Ensuite, considérant que la défenderesse était une banque de catégorie 1 au sens du Programme américain et qu’elle était reconnue d’importance systémique, le premier juge a admis que la communication des données du demandeur était indispensable à la sauvegarde de l’intérêt public prépondérant, alors même que la banque n’avait pas fait la démonstration d’un risque concret. Enfin, il a été retenu que l’autre hypothèse – alternative – visée par l’art. 6 al. 2 let. d LPD était aussi réalisée, à savoir que la communication était en l’espèce indispensable à la constatation, à l’exercice ou à la défense d’un droit en justice.

B. Par acte du 28 novembre 2018, T. _____ a formé appel de ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et « cela fait, et statuant à nouveau », à ce que l’ordonnance rendue le 21

janvier 2015 par le premier juge soit « confirm[ée] » et à ce qu'il soit fait interdiction à W._____ de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers, notamment du DOJ, des données concernant le demandeur ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP. L'appelant a produit un lot de cinq pièces sous bordereau.

Par réponse du 30 janvier 2019, W._____ a conclu préliminairement à ce que les pièces 2 à 5 produites par l'appelant soit déclarées irrecevables et principalement à ce que ce dernier soit débouté de toutes ses conclusions et condamné au paiement de tous les frais judiciaires ainsi qu'à des dépens.

Le 14 février 2019, l'appelant a déposé une réplique spontanée. Le 4 mars 2019, l'intimée s'est spontanément déterminée sur cette écriture.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. Des parties et de leurs relations

a) W._____ est une grande banque ayant son siège à [...]. La Banque Nationale Suisse considère que la défenderesse est une banque systémique au sens des art. 7 ss LB (loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 ; RS 952.0). Au niveau international, la défenderesse est considérée comme une banque globale systémique. Dans son Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à [...] et du protocole modifiant cet accord du 14 avril 2010, le Conseil fédéral suisse a indiqué ce qui suit s'agissant des risques liés à une banque systémique :« (...) *Compte tenu de l'importance systémique d' [...], sa défaillance aurait causé des dommages considérables au reste du secteur bancaire en Suisse et à l'économie du*

pays dans son ensemble. Via le marché interbancaire, les autres banques suisses auraient subi des pertes importantes sur leurs créances sur [...]. En cas d'effondrement d' [...], de nombreux ménages et entreprises dont les comptes auraient été bloqués et les relations de crédit interrompues n'auraient plus été en mesure de faire face à leurs dépenses courantes, ni d'effectuer des investissements. Dans toute la Suisse, près de 128'000 PME et plus de trois millions de comptes, en incluant les particuliers, auraient été touchés. La défaillance d' [...] qui aurait inéluctablement suivi sa mise en accusation aurait ainsi à court terme présenté une grave menace pour l'approvisionnement en liquidités et dangereusement déstabilisé le système de paiement en Suisse - dont un tiers passe par [...]. (...) ».

b) T. _____ a exercé une activité lucrative au sein de W. _____ du 1^{er} décembre 2007 au 31 août 2013. Il a occupé la fonction de « *Relationship Manager* » ou « RM » avec le titre de « *Assistant Vice President* » pour le marché « *International Clients Mittelland & Tourist Spot [...]* » au sein de sa filiale à [...] jusqu'en 2010. En tant que « *Relationship Manager* », le demandeur gérait un portefeuille de clients, parmi lesquels figuraient des clients ayant un lien avec les Etats-Unis au sens du Programme américain dont il sera question ci-dessous. Dès le 1^{er} janvier 2010, le demandeur a été promu au titre de « *Senior Manager* », fonction qu'il a occupée jusqu'à fin août 2013.

Le demandeur avait la signature collective à deux. De fait, son nom apparaissait sur divers documents en relation avec dix comptes de clients ayant un lien avec les Etats-Unis au sens du Programme américain. Le demandeur savait que son nom figurait sur ces documents et que le client, qui en recevait un exemplaire envoyé directement à son domicile (éventuellement américain), les utilisait à sa libre discrétion et qu'il pouvait notamment les remettre à des autorités fiscales étrangères, en particulier en les joignant à sa déclaration fiscale.

2. Du différent fiscal opposant la Suisse et les Etats-Unis et de l'enquête du DOJ sur la défenderesse

a) Un différend fiscal divise depuis quelques années les banques suisses aux Etats-Unis. Les autorités américaines ont ouvert des enquêtes contre divers autres établissements bancaires suisses aux Etats-Unis. A la fin de l'année 2013, quatorze banques suisses, dont la Banque [...], la Banque [...], la banque [...] et la banque [...] étaient sous enquête.

b) Le 9 décembre 2011, le DOJ a contacté les mandataires américains de la défenderesse et a exigé la transmission de tous les documents de travail internes dans un délai échéant le 31 décembre 2011. Le DOJ demandait en particulier d'obtenir, pour une période courant du 1^{er} janvier 2000 à la date du courrier, tous les documents de travail internes concernant les relations transfrontières avec les USA, dont notamment tous les documents (courriers électroniques, correspondances, télécopies, mémos, dossier, notes téléphoniques, etc.) sur les communications entre les collaborateurs de la banque et les clients US (a), les communications internes des collaborateurs au sujet des clients US (b), les communications entre les collaborateurs et les tiers au sujet des clients US (c) et les procès-verbaux, présentations, mémos, rapports et correspondances au sujet du business transfrontalier (g).

Le DOJ a précisé que la transmission de ces documents pouvait permettre d'arriver à un accord et éviter une mise en accusation.

[...], du cabinet d'avocat [...], conseil de la défenderesse à New-York, a établi un mémorandum le 8 novembre 2013 relatif au principe de coopération avec les enquêtes du gouvernement dans la pratique américaine, lequel mentionne notamment ce qui suit (traduction libre) :
« *Dans le processus visant à déterminer le bien-fondé de l'inculpation d'une société et la manière de résoudre les cas de criminalité économique impliquant des sociétés, la divulgation spontanée et en temps opportun d'actes répréhensibles par la société ainsi que sa collaboration avec l'enquête du gouvernement, peuvent être des facteurs pertinents. Dans l'évaluation du degré de collaboration de la société, le procureur peut examiner, entre autres, si la société a fait des aveux spontanés et en*

temps opportun, à quel point elle est disposée à fournir des informations pertinentes ainsi que des preuves, et à identifier les acteurs concernés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la société, notamment les hauts dirigeants. (...) ».

3. Des conséquences d'une inculpation aux Etats-Unis d'une banque suisse

a) Dans son Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique concernant la demande de renseignements relative à [...] et du protocole modifiant cet accord du 14 avril 2010, le Conseil fédéral a notamment indiqué ce qui suit : « (...) *Une réactivation de la procédure de mise en accusation d' [...] aux Etats-Unis par les autorités américaines de poursuite pénale, suite à un échec du JDS, aurait été de nature à mettre sérieusement et directement en péril l'existence de l'établissement. (...) ».*

b) Selon le mémorandum du 8 novembre 2013 d' [...] précité, « *les conséquences de l'inculpation pénale d'une société publique, non atténuée par un accord d'inculpation différée, peuvent être graves, quelles que soit la nature ou la vraisemblance des charges qui pèsent sur elle. La simple existence d'une inculpation pénale peut créer la probabilité réelle du retrait de la cote des titres, la suppression de conventions d'emprunt, la perte de licences dans les domaines réglementés et l'exclusion du commerce gouvernemental américain. En combinaison, ces facteurs peuvent conduire à la vente ou à la dissolution de l'entité. (...) » (traduction libre).*

c) La FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers) a indiqué que sur les six instituts financiers mis en accusation aux Etats-Unis depuis 1989, un seul avait survécu et qu'un dépôt de plainte aux Etats-Unis, indépendamment de son issue pour l'établissement concerné, conduirait à une perte irrémédiable de réputation et de fortune, qui aurait des conséquences dévastatrices dans le domaine bancaire et entraînerait rapidement un surendettement. L'ouverture d'une procédure,

même s'il s'avérait par la suite qu'elle n'était qu'une manœuvre d'intimidation et qu'elle n'était pas justifiée, mettrait en danger l'existence de l'établissement concerné, du fait de la perte de confiance qu'elle induirait.

4. De la transmission des données par la défenderesse

a) Selon le témoin [...], avocat mandaté par la défenderesse, les premiers documents requis par le DOJ dans son courrier du 9 décembre 2011 précité ont tout d'abord été transmis aux autorités américaines par la voie de l'entraide administrative, par l'intermédiaire de la FINMA. Les premières livraisons de données contenaient des informations caviardées ; en particulier, les noms des employés étaient codés. Le DOJ a alors informé la défenderesse qu'elle considérait que la transmission de documents avec le nom des employés et des tiers caviardés démontrait un comportement non coopératif de cette dernière.

b) Le 4 avril 2012, le Conseil fédéral a octroyé à certaines banques suisses, dont la défenderesse, des autorisations leur permettant, si la défense de leurs intérêts l'exigeait, de transmettre directement aux autorités américaines des données, sans pour autant enfreindre l'art. 271 CP.

Dans un courrier du 11 avril 2012, la FINMA a recommandé aux banques de coopérer dans le cadre des possibilités offertes par l'autorisation précitée du Conseil fédéral, rien ne s'opposant, du point de vue du droit de la surveillance, à l'envoi direct des noms d'employés et de tiers non caviardés aux autorités américaines.

Selon le témoin [...], la défenderesse a remis des documents de travail internes contenant des noms d'employés et de tiers aux autorités américaines en plusieurs livraisons sur la base de cette autorisation.

5. Du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)

Le 17 août 2012, le PFPDT a ouvert une série de procédures d'établissement des faits afin de vérifier si les dispositions légales applicables à la protection des données étaient bien respectées lors de la livraison des noms d'employés et des tiers par diverses banques suisses aux Etats-Unis. Il a demandé au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI), à la FINMA et à l'Office fédéral de la justice (OFJ) de lui exposer la situation. Le 27 septembre 2012, le PFPDT s'est rendu dans les locaux de la défenderesse. Le PFPDT a émis une recommandation au titre de l'art. 29 LPD à l'égard de la défenderesse concernant la transmission de données sur les collaborateurs aux autorités des Etats-Unis. Cette recommandation est entrée en force le 12 novembre 2012.

Le PFPDT a admis qu'au vu des explications de la défenderesse et des offices fédéraux impliqués, il pouvait en principe suivre les intérêts de la défenderesse visant à éviter une plainte pénale des USA, ceci également dans l'intérêt public d'assurer la place financière suisse. Il a précisé qu'au vu du danger que pouvait représenter pour la Suisse et la place financière une plainte des autorités des USA, décrit dans l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 137 II 431 précité, il pouvait parfaitement être conclu à l'existence d'un intérêt public, même si les faits à la base de l'arrêt précité ne pouvaient être comparés que de manière restreinte à la transmission envisagée. Le PFPDT a recommandé à la défenderesse, s'agissant des futures transmissions de données aux autorités des USA, d'informer au préalable les personnes concernées (collaborateurs actuels et anciens ainsi que tiers externes) de l'étendue et du genre de documents qui devraient être transmis ainsi que de la période de laquelle ils dataient. Un délai approprié serait accordé aux personnes concernées afin d'obtenir des renseignements sur tous les documents les concernant. Si une personne concernée s'opposait à la transmission de documents contenant son nom, la défenderesse procéderait à une pesée des intérêts. Si la défenderesse entendait néanmoins transmettre les

documents sans caviardage du nom, la personne concernée devait en être informée et être renseignée sur ses droits.

6. Du Tribunal pénal fédéral

Un ancien cadre de la banque [...], reprochant à cette dernière d'avoir transmis aux USA des données le concernant, a adressé au Ministère public de la Confédération une plainte pénale contre la banque, le Conseil fédéral et la FINMA pour contrainte (art. 181 CP), actes exécutés sans droit pour un Etat étranger (art. 271 CP), services de renseignements économiques (art. 273 CP), ainsi que pour violation du secret bancaire (art. 47 LB) et de l'art. 35 LPD. Cette plainte a été rejetée par décision du 25 avril 2013. Le Tribunal pénal fédéral a rejeté le recours contre cette décision, en considérant notamment que le recourant alléguait certes avoir eu, dans le cadre de ses fonctions, connaissance « *d'informations susceptibles d'intéresser les autorités américaines en priorité (...)* » mais qu'il n'avait pas amené d'élément probant « *permettant d'étayer l'allégation selon laquelle il ne p[ouvai]t plus sortir de Suisse « sans risquer d'être arrêté et extradé vers les Etats-Unis (...)* », d'autant que « *rien au dossier ne permet[tait] par exemple de conclure qu'il fai[sai]t actuellement l'objet d'une poursuite aux Etats-Unis* ».

7. De l'autorisation du Conseil fédéral

A la suite de l'autorisation octroyée à la défenderesse le 4 avril 2012 (cf. let. C/4 *supra*), le Conseil fédéral, par le DFF, a, le 3 juillet 2013, mis sur pied une nouvelle procédure d'autorisation individuelle au sens de l'art. 271 CP (décision modèle) ayant pour objectif d'autoriser les banques suisses à coopérer pleinement avec le DOJ et à participer de manière effective au Programme américain (dont il sera question ci-dessous [let. C/8]). Cette autorisation, accordée conformément à l'art. 271 CP, reconnaît que « *la collecte et la transmission de renseignements aux autorités américaines du fait des relations d'affaires de la requérante [réd : la banque] avec des personnes assujetties à l'impôt aux Etats-Unis d'Amérique et en lien avec une possible violation du droit américain ne*

constituent pas des atteintes excessives à la souveraineté de la Suisse ». Selon cette décision modèle, un accord avec les associations du personnel doit être conclu avant la transmission de données de membres du personnel (actuels ou anciens) afin de garantir la meilleure protection possible de ceux-ci.

Le 16 juillet 2013, le Conseil fédéral a remplacé son autorisation du 4 avril 2012 précitée. Cette autorisation permet à la défenderesse de transmettre les données personnelles de membres du personnel (actuels ou anciens) qui, au sein de la banque, ont organisé, suivi ou surveillé les relations d'affaires impliquant une personne américaine. Cette autorisation a été prolongée une première fois le 27 juin 2014 par le Département fédéral des finances (DFF), une seconde fois le 6 juillet 2015 et une troisième fois le 20 juin 2018, la durée de validité de l'autorisation étant fixée au 16 juillet 2019.

Cette décision reprend les chiffres 1 (1.1 à 1.5) à 5 de la décision modèle du Conseil fédéral du 3 juillet 2013.

8. Du Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks

a) Afin de trouver une solution permettant de régulariser le passé dans un cadre clairement défini et régler ainsi le différend fiscal, le DFF et le DOJ ont signé, le 29 août 2013, le « *Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance* » (ci-après : le *Joint Statement*). En vertu du *Joint Statement*, le DOJ entend fournir aux banques suisses non impliquées dans une procédure pénale (autorisée par le DOJ) un moyen adapté pour clarifier leur situation (*status*) en lien avec l'ensemble des enquêtes menées par le DOJ.

b) Dans ce contexte, le DOJ a publié le même jour un programme intitulé « *Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks* » (ci-après : le Programme), destiné aux banques suisses. Ce programme vise à régler le différend fiscal opposant

les banques suisses aux Etats-Unis. Il énumère des prescriptions et des conditions devant permettre à toutes les banques suisses – qui ne sont pas impliquées dans une procédure pénale en matière fiscale avec les Etats-Unis – de régler directement leur cas avec les autorités américaines compétentes.

Le Programme distingue quatre catégories de banques :

1) celles contre lesquelles le DOJ a déjà ouvert une enquête pénale avant le 29 août 2013 (catégorie 1) ;

2) celles contre lesquelles le DOJ n'a ouvert aucune procédure pénale, mais qui ont des raisons de croire qu'elles auraient violé le droit fiscal américain, une seule irrégularité étant suffisante (catégorie 2) ;

3) celles qui n'estiment pas avoir violé le droit fiscal américain (catégorie 3) ;

4) celles dont l'activité est purement locale (catégorie 4).

Le Programme n'est pas destiné aux banques de catégorie 1. Quant aux établissements bancaires de catégorie 2, ils ont la possibilité d'obtenir un accord de non-poursuite (« *non-prosecution agreement* » ; ci-après : NPA) leur garantissant de ne pas être mis en cause devant les tribunaux américains en cas d'évasion fiscale avérée de leur clientèle américaine, moyennant le respect de conditions impératives. Les banques de catégorie 3 et 4 peuvent, quant à elles, demander l'obtention d'une « *Non-Target Letter* ».

Les banques souhaitant participer au Programme selon le *Joint Statement* doivent l'annoncer aux autorités américaines compétentes dans le délai prévu par le Programme.

Afin d'obtenir un NPA, l'établissement bancaire de catégorie 2 doit coopérer et fournir l'ensemble des preuves et informations requises

aux termes du Programme en lien avec ses activités transfrontalières aux Etats-Unis, d'une part, et avec certains comptes présentant un indice d'américanité (« *US related account(s)* ») ouverts dans ses livres du 1^{er} août 2008 et clôturés depuis lors (« *closed US related account(s)* »), d'autre part.

Le Programme contient une clause permettant au DOJ de dénoncer unilatéralement l'accord si la Suisse omettait d'encourager ou décidait de retirer ses encouragements ou si des barrières juridiques empêchaient la participation effective des banques suisses au Programme tel que défini.

c) La FINMA a, dans sa communication du 30 août 2013, informé les banques qu'il leur appartenait de décider si elles participeraient ou pas au Programme, invitant celles-ci à se pencher sur ce sujet et à se renseigner convenablement.

d) Le DFF a précisé, dans le *Joint Statement*, que la Suisse faisait valoir que le droit suisse en vigueur permettait aux banques suisses une participation effective selon les termes fixés dans le Programme.

9. De la situation de la défenderesse et de l'accord intervenu entre la défenderesse et les autorités américaines

a) La défenderesse fait partie des banques de catégorie 1 du Programme et a fait l'objet d'enquêtes pénales depuis 2011 par les autorités américaines.

b) Dans le cadre de son audition devant le Sous-comité permanent du Sénat lors de l'audience sur le sujet « *évasion fiscale offshore : l'effort pour collecter les impôts impayés sur les milliards de comptes offshore* », le DOJ a indiqué, en date du 26 février 2014, que le Département et l'IRS (*Internal Revenue Service*, soit l'administration fiscale des Etats-Unis) étaient entrés dans une série de discussions avec des représentants du gouvernement suisse. Son intérêt central dans ces

discussions était d'obtenir des informations de la part des banques afin de servir les objectifs de mise en œuvre de sa loi visant à encourager la déclaration volontaire des titulaires de comptes, à poursuivre les détenteurs de comptes qui avaient omis de se déclarer, et apprendre où, ailleurs en Suisse et dans le monde, les contribuables américains avaient essayé d'utiliser des comptes secrets pour s'engager dans de l'évasion fiscale. Il pensait poursuivre les personnes qui avaient assisté des contribuables américain à échapper à la loi. Le DOJ a également indiqué que, pour plusieurs raisons, il pensait que le Programme motiverait les détenteurs de comptes coupables à déclarer volontairement leurs comptes.

c) Le 19 mai 2014, la défenderesse a conclu un accord avec le DOJ, à savoir le « *Plea agreement* » en vue d'éviter sa mise en accusation. Elle a reconnu sa culpabilité (« *guilty plea* ») et a accepté plusieurs obligations, ainsi que de payer une amende.

Cet accord a été approuvé par le juge du U.S. District, Eastern District of Virginia, le 21 novembre 2014 et déploie ainsi ses effets.

Même si la défenderesse ne participe pas directement au Programme, elle doit continuer à fournir des documents, selon les termes de cet accord (chiffre 7.B.1), qui fait expressément référence au Programme, en particulier aux chiffres II.D.1 et II. D.2 de celui-ci.

Le chiffre 9 du « *Plea Agreement* » prévoit que les Etats-Unis s'abstiendront dorénavant de poursuivre la défenderesse pénalement pour le comportement spécifique décrit dans le récit des faits (dont il sera question ci-dessous) et que cet accord est subordonné à l'exécution par la défenderesse de toutes les obligations matérielles telles qu'énoncées dans l'accord. Si la défenderesse omettait d'exécuter une obligation matérielle selon l'accord de plaidoirie, l'accord de ne plus poursuivre serait nul et non avenue. Il prévoit également que cet accord n'affecte pas le droit des Etats-Unis de poursuivre toute personne, sans être limité aux représentants, administrateurs, employés et agents actuels ou anciens de W._____ ou

de toute entité qui y est liée en rapport avec le comportement couvert par l'accord.

Le récit des faits précité, lequel fait partie intégrante du « *Plea Agreement* » selon le chiffre 2 de celui-ci, précise à son chiffre 9 que pendant des décennies avant et pendant 2009 environ, la défenderesse avait exploité une activité bancaire transfrontalière qui, consciemment et volontairement, avait aidé et assisté des milliers de clients ressortissants des USA à ouvrir et à maintenir des comptes non déclarés et à dissimuler leurs actifs offshore ainsi que leurs revenus au « IRS ». La défenderesse a utilisé toute une variété de moyens pour aider des clients US à dissimuler leurs comptes non déclarés auprès de W._____, notamment de la manière suivante :

- en aidant les clients à utiliser des entités fictives en tant qu'ayants droit économiques de prête-noms des comptes non déclarés ;
- en sollicitant des formulaires IRS qui, sous peine de parjure, faisaient état de ce que les entités fictives étaient les ayants-droit économiques des actifs sur les comptes ;
- en omettant de conserver des dossiers aux Etats-Unis au sujet de ces comptes ;
- en détruisant des dossiers envoyés aux Etats-Unis pour être examinés par les clients ;
- en utilisant des directeurs et employés de W._____ comme conseillers en placement non enregistrés pour des comptes non déclarés ;
- en facilitant le retrait de fonds des comptes non déclarés, soit en fournissant des fonds en liquide remis de la main à la main aux Etats-Unis, soit en utilisant les comptes correspondants de W._____ aux Etats-Unis ;
- en structurant des transferts de fonds de manière à éluder les exigences relatives à l'annonce de transaction ;
- en fournissant des cartes de crédit et de débit offshore afin de rapatrier des fonds sur les comptes non déclarés.

Dans un mémorandum du 27 septembre 2014, le cabinet [...], à New York, a indiqué ce qui suit s'agissant des conséquences pour la

défenderesse si celle-ci ne respectait pas les engagements de collaboration pris aux termes du « *Plea Agreement* » : « (...) *En résumé, les conséquences de la violation de l'engagement pris seraient graves et une telle violation pourrait exposer la banque à un risque de poursuite pénale par le Doj.* ».

La presse a rapporté que la défenderesse avait plaidé coupable d'aide à l'évasion fiscale et d'incitation de contribuables américains à violer des lois fiscales américaines en ouvrant des comptes non déclarés en Suisse. Par cette déclaration de culpabilité, elle a échappé à un procès aux Etats-Unis. Elle a accepté de payer une amende de 2.6 milliards de dollars.

10. De la transmission de données concernant leurs employés par les banques suisses

a) L'Association suisse des employés de banque (ASEB) a reconnu, le 29 mai 2013, que la livraison de données des employés de banque était « *malheureusement une condition non négociable pour résoudre le problème fiscal avec les USA et assurer l'avenir de la place financière suisse* » et a ajouté ce qui suit : « *les USA exigent (...) la livraison de documents supplémentaires concernant [les] activités [des banques] aux USA, incluant les noms de collaborateurs. Leur détermination n'est pas à mettre en doute. La liquidation de la banque [...] a mis en évidence les risques que courent la place financière et ses employés, aussi longtemps que les problèmes fiscaux avec les USA n'ont pas été réglés* ». Le même jour, l'ASEB, l'Association patronale des banques en Suisse (ci-après : l'APB) et l'Association suisse des banquiers (ASB) ont passé une convention s'appliquant à tous les établissements ayant procédé à des livraisons de documents de travail internes comportant, entre autres, des noms d'employés ou d'ex-employés, sur la base de l'arrêt du Conseil fédéral du 4 avril 2012 (i) et dans le cadre du programme des autorités américaines pour 2013 (ii).

Cette convention s'applique ainsi à tous les instituts bancaires affectés, y compris la défenderesse, et c'est d'ailleurs [...], ancien responsable du « *corporate and institutional Clients* » chez la défenderesse, qui a signé cette convention au nom de l'organisation patronale des banques suisses.

Dans cette convention l'ASEB a précisé que les parties convenaient que les livraisons de données aux Etats-Unis étaient effectuées en raison d'une situation exceptionnelle, en dehors du cadre des procédures d'entraide judiciaire ou administrative, mais dans le respect des obligations des procédures et en accord avec la législation suisse. Elle a encore précisé que dans l'intérêt de la place financière suisse et de ses collaborateurs, elle soutenait les efforts des établissements bancaires et des cercles politiques pour trouver un règlement amiable aux litiges en matière fiscale avec les Etats-Unis.

Cette convention prévoit notamment une obligation d'informer et un droit d'être renseigné qui soient conformes aux recommandations du PFPDT ainsi qu'une obligation d'assistance consistant en particulier à prendre en charge les frais d'avocat des collaborateurs poursuivis pénalement aux Etats-Unis dans le cadre de leur activité professionnelle pour l'établissement bancaire en question.

b) Le PFPDT a émis une note le 20 juin 2013 à l'attention des banques sur la transmission de données personnelles aux autorités américaines. Cette note expose aux banques les éléments à prendre en compte dans le cadre de cette transmission dont le contenu est notamment le suivant :« (...) *Toute transmission future de données effectuées de la part des banques devra être conforme au procédé prévu par la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et d'ores et déjà défini dans les recommandations. (...)* ».

c) Dans son rapport d'activité 2012/2013, le PFPDT a notamment indiqué ce qui suit : « *Diverses banques ont transmis aux autorités des Etats-Unis des documents qui contenaient des noms,*

adresses de courriel et numéros de téléphone de collaborateurs actuels ou anciens ainsi que de tierces personnes. Nous avons pour cette raison procédé à un examen des faits auprès des cinq banques concernées, à la suite duquel nous avons émis des recommandations demandant aux banques d'adopter une démarche plus transparente. (...) Le but de cette procédure était d'obtenir une vue d'ensemble des communications de données effectuées afin de pouvoir évaluer si celles-ci avaient violé des droits de la personnalité ou de déterminer comment on pouvait mieux protéger les personnes concernées. (...) ».

11. Des données concernant le demandeur

a) Selon le témoin [...], la défenderesse a dû livrer aux autorités américaines dès le printemps 2012 des documents de travail internes qui contenaient aussi des noms de collaborateurs.

Selon les déclarations de la défenderesse, un seul document de travail interne dans lequel apparaissait le nom du demandeur a été transféré aux autorités américaines en 2013, soit un courriel interne daté du 20 août 2008 informant tous les gestionnaires traitant des clients américains que de nouvelles sessions de formation aux règles « *Cross Border USA* » avaient été organisées. L'adresse électronique professionnelle du demandeur figurait en page 8 du document au même titre que tous les autres destinataires de ce courriel.

Le demandeur, en sa qualité d'employé de la défenderesse jusqu'en août 2013, a été informé de cette transmission. Il a demandé et obtenu en septembre 2012 des informations concernant la nature et le contenu du document.

b) Par courrier du 7 juillet 2014, la défenderesse a informé le demandeur qu'elle avait l'intention de transmettre des données le concernant au DOJ pour ses activités déployées à compter du 12 août 2008, compte tenu de son rôle d'ancien conseiller de divers clients américains, transmission à laquelle il pouvait s'opposer. La défenderesse

devait fournir ce document au DOJ sur la base du « *Plea Agreement* » du 19 mai 2014 (chiffre 7.B.1) par renvoi à la section II.D.2 du Programme. Selon la défenderesse, elle devait transmettre cet « Aperçu des Flux de Fonds » dans un tableau général qui contiendrait l'ensemble des comptes ayant un lien avec les USA pendant la période applicable, ainsi que toutes les informations requises aux termes du Programme, lesquelles ne contenaient aucun profil de personnalité ou autres données sensibles de ses employés.

La section II.D.2 lettres a et b du Programme indique que la défenderesse doit remettre toute une série d'informations relatives aux « *Comptes ayant un lien avec les Etats-Unis* » et qui ont été clôturés au cours de la « *Période Applicable* ». Ces informations sous la section II.D.2 lettres a et b sont qualifiées de « *Flow of Funds Overview* » ou « Aperçu des Flux de Fonds ». Pour que le compte d'un client figure sur cet « Aperçu des Flux de Fonds », il doit remplir trois conditions cumulatives : (1) le titulaire du compte présente un indice d'américanité, (2) des fonds avec un montant minimum de 50'000 USD ont été crédités pendant la période applicable et (3) la relation client a été clôturée après le 1^{er} août 2008. Le Programme donne la définition suivante des comptes ayant un lien avec les Etats-Unis : « (...) *comptes excédant une valeur de \$50.000 à un moment quelconque au cours de la Période concernée, tel que cela ressort du solde que présente le compte le dernier jour de chaque mois pendant la période concernée, et pour lesquels il existe des éléments indiquant qu'une personne américaine ou une entreprise est ou avait des intérêts financiers ou est ou était l'ayant droit économique, est ou était le titulaire ou a ou avait le pouvoir de signature (que ce soit de manière directe ou indirecte) ou autre pouvoir (y compris celui de retirer de l'argent ; de prendre des décisions d'investissement ; de recevoir des relevés de comptes, des confirmations d'opérations ou d'autres informations sur le compte ; ou de recevoir des conseils ou des sollicitations) sur celui-ci (...)* ».

La « *période applicable* », telle que mentionnée au chiffre I.B.9 du Programme, est définie ainsi : « *période entre le 1^{er} août 2008 et (a) au*

plus tard le 31 décembre 2014 ou la date effective d'un accord FFI [tel que défini dans l'Accord FATCA], ou (b) la date du "Non-Prosecution Agreement or Non-Target Letter" si cette date est antérieure au 31 décembre 2014 inclus ».

Le chiffre (V) de la partie II.D.2 du Programme prévoit ainsi que pour tous les comptes ayant des liens avec les Etats-Unis qui ont été clôturés au cours de la période applicable, la défenderesse doit fournir des informations précisant notamment *« le nom et la fonction de tous les responsables de clientèle, les conseillers clients, les gestionnaires de patrimoine, les conseillers financiers, les fidéicommissaires, les fiduciaires, les nominés, les avocats, les comptables ou les autres individus ou entités qui avaient une fonction similaire et qui sont connus de la Banque pour avoir eu des liens avec ledit compte à un quelconque moment durant la période applicable. »*

Par « personne américaine », l'art. 2 al. 1 chiffre 26 de l'Accord FATCA désigne *« un ressortissant américain ou une personne physique résidant aux Etats-Unis, une société de personnes ou une société constituée aux Etats-Unis ou selon le droit américain ou le droit d'un des Etats américains, un trust si (i) un tribunal des Etats-Unis a la compétence, selon le droit applicable, de prononcer des décisions ou de rendre des jugements concernant, en substance, toutes les questions liées à la gestion de ce trust, et si (ii) une ou plusieurs personnes américaines ont la compétence de prononcer toutes les décisions essentielles concernant ce trust, ou la succession d'un défunt qui était citoyen américain ou résidant aux Etats-Unis. (...) »*. Cette définition large englobe toute personne résidant aux Etats-Unis, de nationalité américaine ou au bénéfice d'une « Green Card », ainsi que toute entité créée en vertu des lois fédérales ou de l'un des Etats membres des Etats-Unis. Un compte a ainsi des liens avec les Etats-Unis même si la « personne américaine », qui a/avait des intérêts financiers, est/était l'ayant droit économique, est/était le titulaire ou a/avait le pouvoir de signature sur le compte, ne réside pas aux Etats-Unis.

c) Le tableau des flux de fonds, tel qu'annexé au courrier de la défenderesse du 7 juillet 2014 et rectifié le 10 juin 2016, indique dix comptes de clients ayant des liens avec les Etats-Unis pendant la « période applicable » et le nom du demandeur en tant que « *Relationship* ». Chacun de ces dix comptes est identifié par un numéro d'identification (Relationship ID). Les noms des clients sont anonymisés. Les informations concernant le demandeur et ces dix comptes sont insérées dans un tableau qui indique le nom du demandeur, sa fonction et la période durant laquelle il apparaît en lien avec la relation bancaire en question.

Le premier de ces comptes, identifié par le n° [...], était ouvert au nom d'une personne physique domiciliée aux Etats-Unis. Selon les déclarations de la défenderesse, des fonds avec un montant maximum de 98'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable.

Sur le deuxième compte, identifié par le n° [...], des fonds d'un montant maximum de 1'856'000 USD ont été crédités durant la période applicable. Selon les déclarations de la défenderesse, ce compte a été ouvert par le demandeur pour une personne physique de nationalité américaine domiciliée à Nashville, au Tennessee.

Le troisième compte, identifié par le n° [...], était ouvert au nom d'une personne physique de nationalité américaine domiciliée en Californie. Des fonds avec un maximum de 153'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable. En janvier 2014, l'héritier du titulaire de ce compte a donné procuration à une tierce personne pour régulariser la situation fiscale de ce compte avec les Etats-Unis.

Le quatrième compte, identifié par le n° [...], était ouvert par une personne physique de nationalité américaine. Des fonds avec un montant maximum de 556'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable.

Le cinquième compte, identifié par le n° [...] était ouvert au nom d'une personne physique de nationalité américaine. Des fonds avec un montant maximum de 797'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable.

Le sixième compte, identifié par le n° [...], était ouvert au nom d'une personne physique de nationalité américaine. Des fonds avec un montant maximum de 74'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable.

Le septième compte, identifié par le n° [...], a été ouvert par le demandeur pour une personne physique domiciliée à New York. Des fonds avec un montant maximum de 666'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable. Le 21 novembre 2011, le titulaire du compte a requis de la défenderesse le transfert de l'ensemble de ses fonds au W._____, [...] à New York, ce qui signifie que le compte a été déclaré aux autorités fiscales américaines.

Le huitième compte, identifié par le n° [...], était ouvert au nom d'une personne physique de nationalité américaine domiciliée à Santa Monica, en Californie. Des fonds avec un montant maximum de 582'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable. Le titulaire de ce compte est le même que celui du troisième compte. Selon la défenderesse, l'héritier du titulaire de ce compte a donné procuration à une tierce personne pour régulariser la situation fiscale de ce compte avec les Etats-Unis.

Le neuvième compte, identifié par le n° [...], était, selon la défenderesse, ouvert au nom d'une personne physique de nationalité américaine. Des fonds avec un montant maximum de 476'000 USD ont été crédités sur ce compte durant la période applicable.

Le dixième compte identifié par le n° [...] était ouvert au nom d'une personne physique domiciliée à New York. Des fonds avec un montant maximum de 177'000 USD ont été crédités sur ce compte durant

la période applicable. Le 11 novembre 2010, le titulaire du compte a demandé à T. _____ ses relevés de comptes et autres documents pour la période courant de 2004 à la date de clôture du compte en vue de régulariser sa situation fiscale aux Etats-Unis. En février 2011, le titulaire du compte a demandé à la défenderesse de transmettre à son conseil américain ses relevés de compte et tout autre document y relatif couvrant la période du 1^{er} janvier 2005 à février 2011.

d) Selon la défenderesse, seuls sept de ses employés seraient inculpés aux Etats-Unis. Ils l'auraient tous été entre février et juillet 2011, soit avant la transmission de documents de travail internes contenant les noms d'employés (ou ex-employés) non caviardés. La majorité des personnes inculpées aux Etats-Unis seraient des personnes qui assumaient des responsabilités au sein des « desks » d'Amérique du Nord et qui voyageaient fréquemment à ce titre aux Etats-Unis ou des tiers qui auraient mis sur pied des structures favorisant la fraude fiscale.

Selon le témoin [...], aucun employé ou ex-employé de la défenderesse n'aurait été inculpé ensuite de la transmission de son nom au DOJ. Le risque d'inculpation des employés se serait encore réduit par la signature du « *Plea Agreement* ».

Le juge américain [...] a indiqué ce qui suit dans une interview du 13 décembre 2013 (traduction libre) :

« - [[...]] : *Lorsqu'une Banque conclut un NPA ou un DPA, les employés de la banque sont-ils aussi protégés contre des poursuites pour le passé ?*

- [[...]] : *Les employés qui ont sciemment commis un crime doivent être poursuivis, les autres pas. Il est naturellement possible qu'un employé soit poursuivi dans les cinq ans et jusqu'à la date de prescription à la suite d'un NPA ou DPA. Ceci dit, si une personne n'a pas été jusqu'à présent poursuivie, on peut raisonnablement partir du principe que cela ne va plus se produire. En outre, il est très peu vraisemblable que des employés se trouvant à des niveaux hiérarchiques inférieurs soient poursuivis et même inculpés. ».*

Le 12 juin 2014, l'ASEB a indiqué ce qui suit, s'agissant des risques encourus en cas de livraison de données : « *Dans la mesure où l'employé n'a pas démarché activement des citoyens américains, a géré des comptes de moins de 1 million de francs et a effectué des transactions ne relevant pas de l'évasion fiscale, les risques d'une inculpation par les USA sont minimes. Une fois que l'accord entre leur banque et les USA est conclu, les risques d'être retenu comme témoins se réduisent aussi drastiquement. Les risques marginaux qui existeraient encore pour des employés seraient causés par des clients de la banque qui n'auraient pas réglé leur situation fiscale.* ».

e) Par courrier du 25 juillet 2014, le demandeur s'est opposé à la transmission de son nom aux autorités américaines.

Au vu de cette opposition, la défenderesse a informé le demandeur, par courrier du 14 août 2014, qu'elle procéderait à la pesée des intérêts en cause. Elle a mandaté le cabinet d'avocat [...] à cet effet. Dans son rapport du 11 novembre 2014, celui-ci a recommandé de procéder à la transmission des documents précités.

Par courrier du 27 novembre 2014, la défenderesse a informé le demandeur du maintien de son intention de transférer l'« Aperçu des Flux de Fonds » contenant son nom, étant parvenue à la conclusion que la transmission de ce document au DOJ était justifiée par des intérêts publics et privés prépondérants et qu'il s'agissait de données neutres ne faisant aucune allusion à des manquements de quelque nature que ce soit. La défenderesse a également informé le demandeur qu'il avait la faculté de requérir du tribunal compétent l'interdiction de la transmission de son nom conformément à l'art. 15 LPD.

f) La défenderesse a sollicité un avis de droit, relatif à la licéité de la transmission de données au DO [...], qui a publié de nombreux articles ayant pour thème des questions liées à la protection des données. Elle lui a soumis les questions suivantes :

« 1. La transmission envisagée au DOJ du tableau II.D.2 contenant des données sur des Relationship Manager (RM) actuels et anciens de W. _____ est-elle licite selon :

(a) les dispositions de la LPD, en particulier les art. 6, 12 et 13, ainsi que

(b) les dispositions du Code des obligations, en particulier l'art. 328 et l'art. 328b, ainsi que

(c) les dispositions du Code civil suisse, notamment l'art. 28 ?

2. En particulier : L'intérêt à une transmission des données prime-t-il celui des RM à une non-transmission ? ».

[...] y a répondu comme suit : « A mon avis, sur la base des faits soumis (...), la transmission du tableau en question selon le chiffre II.D.2 du Programme US (Tableau II.D.2) au DOJ concernant les RM mentionnés dans ledit tableau est en principe licite tant selon la LPD que selon les art. 328b, 328 CO et art. 28 CC (sous réserve de circonstances extraordinaires dans le cas particulier). »

12. D'un ancien employé de la défenderesse et des déclarations de l'ASEB

a) Le témoin [...], ancien employé de la défenderesse, a déclaré qu'il avait travaillé pour le « US desk » à Zurich, directement sous les ordres d'une personne inculpée aux Etats-Unis, et qu'il avait eu plus de 1'890 clients US entre 2005 et 2011 avec des avoirs sous gestion de plus de 200 à 300 millions de francs. Il a précisé que de très nombreux courriels et documents contenant ses nom et prénom avaient été transférés au DOJ par la défenderesse depuis avril 2012. Ses nom et prénom figuraient dans la liste des Aperçus de flux de fonds en relation avec plus de 600 comptes. Cet Aperçu représentait 17 pages et 600 lignes. Le témoin a affirmé qu'il ne s'était jamais opposé à la transmission de ses données aux autorités américaines et qu'il n'avait jamais voyagé professionnellement aux Etats-Unis. Il a précisé que lors de son arrivée sur sol américain le 10 septembre 2015 - après avoir répondu aux questions

usuelles des services d'immigration en indiquant qu'il travaillait pour le desk Canada de la défenderesse et qu'il s'était occupé de clients américains -, il n'avait pas fait l'objet d'investigations plus poussées et qu'il n'avait pas été interrogé ou inquiété par les autorités américaines. Il en était allé de même lorsqu'il était retourné aux USA quelques jours plus tard à la suite d'un voyage en Jamaïque.

b) L'ASEB a notamment indiqué ce qui suit à la presse le 12 janvier 2016 : « *En deux ans et demi, l'ASEB n'a reçu que treize dossiers dans le cadre de ce projet (ndr : il s'agit d'un fonds de 2.5 millions de francs créé mi-2013 par Swissbanking et l'Association des employés de banque) destiné à aider ceux dont la carrière a été impactée par le transfert de données vers les Etats-Unis. (...) Sur les treize qui ont déposé une demande à l'ASEB, seuls douze employés ou ex-employés de banque ont reçu un soutien financier parce qu'ils ont perdu leur emploi suite à la transmission de données les concernant aux Etats-Unis (...)* ».

13. De l'accord Swiss-US Privacy Shield

Le 11 janvier 2017, le PFPDT a publié sur son site une communication relative à la mise en œuvre d'un nouveau cadre pour la transmission des données personnelles de la Suisse aux Etats-Unis, le « *Swiss-US Privacy Shield* » (ci-après : Privacy Shield), lequel remplace l'accord « *Safe Harbor* » jugé insuffisant par le PFPDT et abrogé. Il 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 de ces données par les autorités américaines afin de soutenir le commerce transatlantique. Dès le 12 avril 2017, les entreprises américaines intéressées peuvent engager le processus de certification ; il leur suffit de s'enregistrer en ligne auprès du DOC (Département du commerce américain, « *U.S. Department of Commerce* »). Une entreprise suisse qui souhaite transmettre des données personnelles à une entreprise américaine ne pourra bénéficier des conditions facilitées prévues par le Privacy Shield que si cette dernière est certifiée et reconnait par conséquent le PFPDT comme autorité de surveillance. Une certification au

EU-US Privacy Shield ne suffit pas. Selon le site officiel du Privacy Shield (<https://www.privacyshield.gov>), celui-ci est destiné aux entreprises américaines, aux entreprises européennes, aux individus en Europe et aux autorités de protection de données. Les autorités ne peuvent pas se faire certifier au Privacy Shield.

Le 12 janvier 2017, le PFPDT a mis à jour la liste des Etats ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD. Les Etats-Unis sont classés parmi les pays qui offrent un niveau de protection adéquat « *sous certaines conditions* », avec la remarque selon laquelle « *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 [tel] niveau de protection (...)* ».

14. Du témoin [...]

L'audition du témoin [...] a été ordonnée par commission rogatoire. A cet effet, le demandeur n'a requis aucune mesure de protection concernant la transmission d'informations le concernant au Département américain de la justice compétent en matière d'entraide. Par requête d'entraide judiciaire internationale du 13 juillet 2017, le Tribunal cantonal a transmis un formulaire au « *U.S. Department of Justice, Civil Division, Office of International Judicial Assistance* » à Washington, accompagné de trois annexes. Cette requête indiquait aux chiffres 6a) et 6b) les noms complets des parties et leurs adresses respectives. Les trois annexes consistaient, d'une part, en un résumé du présent litige et, d'autre part, en deux questionnaires à l'intention du témoin. Ces questionnaires faisaient référence au courrier du 9 décembre 2011 que le DOJ avait adressé à la défenderesse dans le cadre de l'enquête initiée en Suisse.

15. La presse a relaté, en octobre et novembre 2017, qu'un ancien dirigeant de la banque [...] – dissoute en 2013 –, soit [...], avait été inculpé en avril 2013 pour assistance à la fraude fiscale avec un autre cadre de la

banque, une année après l'ouverture d'une enquête du DOJ contre cette banque pour assistance à la fraude fiscale. [...] avait occupé un poste de cadre dans la banque et avait travaillé directement avec plusieurs clients américains. Il s'était livré volontairement à la justice et avait fait valoir qu'il avait toujours respecté le droit suisse et le droit américain. Le 21 novembre 2017, après plusieurs jours d'instruction, les douze membres du jury ont déclaré à l'unanimité [...] non coupable de fraude fiscale et de conspiration.

16. De la procédure

a) Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 8 décembre 2014, le demandeur a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il soit fait interdiction à la défenderesse de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers, notamment du DOJ, des données le concernant ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier, sous la menace de l'art. 292 CP.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 9 décembre 2014, le premier juge a fait droit à cette requête urgente.

Par ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 janvier 2015 sous forme de dispositif, dont la motivation n'a pas été demandée, le premier juge a notamment confirmé l'ordonnance de mesures superprovisionnelles précitée et imparti au demandeur un délai au 20 avril 2015 pour ouvrir action au fond.

b) Par demande du 20 avril 2015, T._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que l'ordonnance de mesures provisionnelles du 21 janvier 2015 soit confirmée, à ce qu'il soit fait interdiction à la défenderesse de transmettre, de communiquer ou de porter à la connaissance de tiers, notamment du DOJ, des données le concernant ou toute autre information pouvant mener un tiers à l'identifier, sous la menace de l'art. 292 CP.

Par réponse du 1^{er} octobre 2015, la défenderesse a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par le demandeur et à la révocation de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 janvier 2015.

Le demandeur a déposé une réplique le 13 novembre 2015.

La défenderesse a déposé une duplique le 2 mars 2016.

Par ordonnance rendue le 13 novembre 2017, motivée le 19 décembre suivant, le premier juge a admis en procédure les allégués 329 à 341 du mémoire du 30 août 2017 de la défenderesse et les allégués des déterminations du demandeur du 25 septembre 2017, renumérotés 342 à 353.

La défenderesse a déposé un mémoire contenant les allégués 354 à 366 le 6 décembre 2017, soit en temps utile.

c) L'audience de plaidoiries finales et de jugement s'est déroulée le 11 juillet 2018 en présence des parties, assistées de leurs conseils respectifs, la défenderesse étant représentée par [...].

Le dispositif du jugement a été notifié aux parties le 19 juillet 2018. Le 20 juillet 2018, le demandeur en a requis la motivation.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est d'au moins 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit auprès

de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi du 12 décembre 1979; RSV 173.01]), dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la décision selon l'art. 239 CPC (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, l'appel a été adressé en temps utile et dans les formes prescrites à l'autorité compétente par une partie qui y a un intérêt digne de protection (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC), de sorte qu'il est recevable sur ce point.

1.2 Le litige concerne principalement l'application de la LPD. Il s'agit en l'occurrence d'une action civile menée, sur la base des art. 4 et 6 LPD, par une personne physique contre une banque ; la cause divise deux personnes privées et il s'agit donc d'une affaire civile contentieuse (art. 1 let. a CPC). En refusant la communication de ses données aux autorités américaines, le demandeur, en tant qu'ex-employé d'une banque, vise avant tout à éviter un interrogatoire, voire éventuellement une inculpation pénale aux Etats-Unis, de sorte qu'il ne poursuit pas un but économique. Partant, la contestation porte sur un droit de nature non pécuniaire (ATF 142 III 145 consid. 6.1 et 6.2; TF 4A_611/2017 du 26 mars 2018 consid. 1.1) et l'appel est donc ouvert sans égard à la valeur litigieuse.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf.).

2.2 Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et 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, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JdT 2011 III 43 et les réf. citées). A cet égard, on distingue vrais et faux novas. Les vrais novas sont des faits ou moyens de preuve qui ne sont nés qu'après la fin de l'audience de débats principaux de première instance. Ils sont recevables en appel lorsqu'ils sont invoqués sans retard après leur découverte. Les faux novas sont des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux. Leur recevabilité en appel est exclue lorsqu'ils auraient pu être invoqués en première instance en faisant preuve de la diligence requise (Colombini, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise relative à l'appel et au recours en matière civile, in JdT 2013 III 131 ss, n. 40 p. 150 et les réf. citées).

Aux termes de l'art. 151 CPC, les faits notoires ou notoirement connus du tribunal et les règles d'expérience généralement reconnues ne doivent pas être prouvés. Selon la jurisprudence, les faits notoires, qu'il n'est pas nécessaire d'alléguer, sont ceux dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction du juge, qu'il s'agisse de faits connus de manière générale du public ou seulement du juge. La jurisprudence précise que, pour être notoire, un renseignement ne doit pas être constamment présent à l'esprit ; il suffit qu'il puisse être contrôlé par des publications accessibles à chacun, par exemple sur Internet (ATF 135 III 88 consid. 4.1 et les réf. citées ; TF 5A_435/2011 du 14 novembre 2011 consid. 9.3.3 ; TF 9C_748/2009 du 16 avril 2010 consid. 4.5).

En l'espèce, l'appelant a produit un lot de six pièces sous bordereau. Les pièces 0 et 1 sont des pièces de procédure, de sorte qu'elles sont recevables. Quant à la pièce 2 (soit un article de presse du 20 juillet 2017), elle aurait pu être produite en première instance, de sorte qu'elle est irrecevable. Les arrêts produits sous pièces 3, 4 et 5 (soit un

arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève du 11 décembre 2015, un jugement du Tribunal des Prud'hommes du Canton de Genève du 7 août 2017 et un jugement du Handelsgericht de Zurich du 1^{er} septembre 2017) – interdisant la transmission, par des banques, des données relatives notamment à des (anciens) employés – constituent un fait notoire, dès lors qu'ils sont accessibles sur internet et qu'ils font partie de la jurisprudence tant cantonale que fédérale ; ils sont donc recevables.

3.

3.1 L'appelant soutient que le premier juge aurait procédé à une appréciation inexacte des faits et qu'il aurait conclu incorrectement à l'existence d'un intérêt public prépondérant à la transmission des données le concernant. Selon l'appelant, l'intimée n'aurait pas apporté la preuve d'une quelconque menace pour la Suisse et sa réputation en cas de non-transmission aux autorités américaines de ces données. Il invoque une violation de l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

3.2

3.2.1 Selon l'art. 6 al. 1 LPD, 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.

L'art. 6 al. 2 LPD contient une liste exhaustive de motifs (alternatifs) permettant la communication à l'étranger des données, en dépit de l'absence de législation assurant un niveau de protection adéquat (TF 4A_390/2017 du 23 novembre 2017 consid. 4.1 et l'arrêt cité).

Selon l'art. 6 al. 2 let. d première alternative LPD, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger uniquement si la communication est, en l'espèce, indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant. Cette disposition pose trois conditions: (1) un intérêt public, (2) un intérêt public qui soit prépondérant et (3) une

communication qui soit indispensable à la sauvegarde de celui-ci. Dans plusieurs arrêts récents en rapport avec le programme américain, le Tribunal fédéral a déjà précisé ce qu'il y a lieu d'entendre par là.

3.2.2 Il existe un intérêt public si la préservation de la stabilité juridique et économique de la place financière suisse est en jeu. L'intérêt de la banque à sa survie ne suffit en soi pas, dès lors qu'il s'agit d'un intérêt privé, et non d'un intérêt public (TF 4A_390/2017 déjà cité consid. 4.2.1).

L'intérêt public doit être prépondérant par rapport à l'intérêt privé du tiers à ce que ses données personnelles ne soient pas communiquées aux autorités américaines. Le juge doit procéder à une pesée des intérêts (art. 4 CC) *in concreto*, en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier à la date du jugement (TF 4A_390/2017 déjà cité consid. 4.2.2 et les références citées).

La communication des données doit être indispensable à la sauvegarde de l'intérêt public prépondérant. Elle est indispensable (*unerlässlich*) si elle est absolument nécessaire (*unbedingt notwendig*) en ce sens que, sans la livraison de ces données, le litige fiscal avec les Etats-Unis s'intensifierait à nouveau, que la place financière suisse dans son ensemble en serait affectée et que cela porterait préjudice à la réputation de la Suisse en tant que partenaire de négociation fiable (TF 4A_390/2017 déjà cité consid. 4.2.3 et les arrêts cités ; TF 4A_469/2018 du 12 octobre 2018 consid. 3.2.3).

3.3

3.3.1 En l'espèce, en signant le *Joint Statement*, le Conseil fédéral a garanti au DOJ que le droit suisse en vigueur permet la participation effective des banques au programme américain. Autrement dit, vu le *Joint Statement* conclu par le Conseil fédéral, il doit être admis que, matériellement, le droit suisse autorise la participation effective des banques suisses et donc la communication des données de tiers

(employés, gestionnaires) conformément aux conditions posées par le programme américain.

Il ne s'agit toutefois pas d'admettre de manière abstraite que toutes les banques doivent communiquer les données concernant des tiers, même en l'absence de toute menace d'une atteinte à l'intérêt public de la Suisse. Il faut bien plutôt examiner si la modification de la situation de fait doit être prise en considération sous l'angle matériel et si elle conduit à admettre ou nier le caractère indispensable de la communication des données. La LPD vise en effet à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. Au centre de ses préoccupations figure donc la protection de la personnalité de l'intéressé (employé, gestionnaire). Ne pas tenir compte par principe des modifications de la situation et admettre systématiquement la communication des données aurait pour conséquence de laisser la personnalité sans protection, alors même que, dans le cas particulier, la communication n'est plus indispensable à la sauvegarde de l'intérêt public (TF 4A_390/2017 déjà cité consid. 4.2.3 ; TF 4A_469/2018 précité consid. 3.2.3).

Il appartient à la banque de démontrer que, à la date du jugement, la non-communication des données litigieuses aurait pour conséquence nécessaire une nouvelle escalade du litige fiscal avec les Etats-Unis et, de ce fait, constituerait une menace pour la place financière suisse et la réputation de la Suisse en tant que partenaire de négociation fiable (TF 4A_390/2017 déjà cité consid. 4.2.3; sur le tout, TF 4A_611/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.2). A cet égard, il ne suffit pas de faire état de risques abstraits; la banque doit au contraire établir que la non-communication des données litigieuses serait concrètement (en l'espèce) de nature à remettre en cause l'accord conclu et/ou à entraîner une inculpation de la banque et qu'elle serait en l'occurrence nécessaire pour éviter une (nouvelle) intensification du litige fiscal avec les Etats-Unis qui, de ce fait, affecterait la place financière suisse et porterait préjudice à la réputation de la Suisse en tant que partenaire de négociation fiable (TF 4A_611/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.3).

3.3.2 En l'occurrence, le premier juge a tranché la question litigieuse en considérant que la deuxième condition posée par l'art. 6 al. 2 let. d première alternative LPD – soit l'existence d'un intérêt public prépondérant (cf. consid. 3.2.2 *supra*) – était remplie. Il a examiné cette condition en se fondant sur des éléments de fait déterminants en lien avec la troisième condition, à savoir celle du caractère indispensable de la communication en l'état de la situation au moment du jugement. A cet égard, le premier juge a retenu principalement quatre éléments : 1) la non-remise de l'Aperçu des flux de fonds du demandeur pourrait être considérée comme un comportement non-coopérant par le DOJ, même si ce manque de collaboration s'inscrit dans le cadre d'interdictions judiciaires ; 2) une éventuelle mise en accusation de la défenderesse mettrait à l'évidence son existence en danger ; 3) la défaillance de la défenderesse pourrait causer des dommages considérables au reste du secteur bancaire en Suisse et à l'économie du pays dans son ensemble ; 4) de manière générale, les risques juridiques, économiques et de réputation ne peuvent pas être exclus.

Or force est de constater que le premier juge s'est fondé non pas sur des risques avérés dans le cas concret, mais seulement admis par défaut (« aucun élément de fait permettant de dire [...] ») ou identifiés de manière générale (abstraite). Il a en effet lui-même admis que « la défenderesse se contente (...) de faire état des risques de voir les termes du "*Plea Agreement*" révoqués et se prévaut à cet égard du fait que le DOJ se réserve de revenir sur les termes de l'accord conclu, en l'absence d'une pleine coopération, sans faire la démonstration qu'un tel risque serait concret », en ajoutant que l'« on peine à voir de quelle manière la défenderesse pourrait démontrer sa possible mise en faillite de manière concrète – du fait de la non-transmission des nom, prénom et fonction du demandeur – qui dépend d'une autorité étrangère ». Le magistrat n'a donc pas constaté, sur la base des éléments contenus dans le dossier, que la non-communication du nom et de la fonction du demandeur serait concrètement (en l'espèce) de nature à remettre en cause l'accord conclu et/ou à entraîner une inculpation de la banque. On ne saurait dire, comme

le premier juge l'a retenu, que l'appréciation du Tribunal fédéral à cet égard (cf. consid. 3.3.1 *supra*) ne serait pas transposable au cas d'espèce pour le seul motif que la défenderesse est une banque de catégorie 1 au sens du Programme et reconnue d'importance systémique. Par ailleurs, et cela est déterminant, il n'a pas été retenu que la livraison des données serait en l'occurrence nécessaire pour éviter une (nouvelle) intensification du litige fiscal avec les USA qui, de ce fait, affecterait la place financière suisse et porterait préjudice à la réputation de la Suisse en tant que partenaire de négociation fiable. Le fait que la défenderesse soit une banque d'importance systémique n'est à cet égard pas déterminant à lui seul. Cela étant, la livraison de ces données par la banque dans le cadre du programme américain ne peut pas, en l'état actuel, être considérée comme indispensable au sens de l'art. 6 al. 2 let. d première alternative LPD. Cela scelle le sort de l'appel sur ce point, la troisième condition de l'art. 6 al. 2 let. d LPD (caractère indispensable de la transmission) n'étant pas réalisée.

Le moyen soulevé par l'appelant est dès lors fondé.

3.4 Il reste à déterminer si la communication des données est, pour la banque, indispensable à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice (art. 6 al. 2 let. d deuxième alternative LPD).

Comme l'a jugé le Tribunal fédéral, il n'y a à cet égard pas lieu de se demander si la procédure menée devant le DOJ peut être considérée, pour la banque, comme « la défense d'un droit en justice ». Il suffit ici de relever que la communication des données, comme dans la première alternative de l'art. 6 al. 2 let. d LPD, doit aussi être indispensable pour constater, exercer ou défendre un droit en justice. Rien ne permet de retenir que le caractère indispensable de la communication aurait une signification différente dans les deux hypothèses de l'art. 6 al. 2 let. d LPD. Dès lors que le caractère indispensable de la transmission doit être nié en l'espèce (cf. consid. 3.3.2 *supra*), la banque ne peut pas non plus se prévaloir de la seconde hypothèse de l'art. 6 al. 2 let. d LPD pour

remplir ses obligations envers le DOJ (cf. TF 4A_611/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.4 ; TF 4A_469/2018 déjà cité consid. 3.5).

4.

4.1 Il résulte des considérations qui précèdent que l'appel doit être admis. Comme le fait toutefois valoir à juste titre l'intimée, les conclusions prises par l'appelant sont « trop larges », dans la mesure où elles tendent à faire interdire la communication des données concernant T. _____ à un nombre indéterminé de personnes (les « tiers »). Il y a lieu de préciser les destinataires de l'interdiction, à savoir le DOJ ou tout tiers apparenté. Le jugement entrepris doit ainsi être réformé en ce sens que la demande déposée le 20 avril 2015 par T. _____ contre W. _____ est admise, qu'il est fait interdiction à W. _____ de communiquer ou de donner au DOJ ou à tout tiers apparenté, de manière directe ou indirecte, une quelconque donnée concernant le demandeur et qu'il est dit que cette interdiction est faite sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.

Dès lors que le demandeur obtient entièrement gain de cause, les frais judiciaires de première instance, par 7'300 fr., doivent être mis à la charge de la défenderesse (art. 106 al. 1 CPC). Le demandeur a également droit à des dépens pour la procédure de première instance, qui peuvent être arrêtés à 12'000 fr. (art. 9 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]). L'intimée versera ainsi à l'appelant la somme de 19'300 fr. (7'300 fr. + 12'000 fr.) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de première instance.

4.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, par 2'000 fr. (art. 64 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'intimée W. _____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci restituera à l'appelant T. _____ l'avance de frais de 2'000 fr. payée par ce dernier (art. 111 al. 2 CPC).

Obtenant gain de cause, l'appelant T._____ a en outre droit à des dépens pour la procédure d'appel, fixés à 3'000 fr. (art. 9 al. 2 TDC).

L'intimée W._____ versera ainsi à l'appelant T._____ la somme de 5'000 fr. (2'000 fr. + 3'000 fr.) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

I. L'appel est admis.

II. Il est statué à nouveau comme il suit :

I. La demande déposée le 20 avril 2015 par T._____ contre W._____ est admise.

II. Il est fait interdiction à W._____, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP, de communiquer ou de donner au Département de la justice américain (DOJ) ou à tout tiers apparenté, de manière directe ou indirecte, une quelconque donnée concernant T._____.

III. Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 7'300 fr. (sept mille trois cents francs), sont mis à la charge de W._____.

IV. La défenderesse W._____ doit verser au demandeur T._____ la somme de 19'300 fr. (dix-neuf mille trois cents francs) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de première instance.

V. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'000 fr. (deux mille francs), sont mis à la charge de l'intimée W._____.

IV. L'intimée W._____ doit verser à l'appelant T._____ la somme de 5'000 fr. (cinq mille francs) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Simon Ntah (pour T._____),
- Me Michèle Burnier (pour W._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :