

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 octobre 2018

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

Art. 6 al. 2 let. d LPD

Statuant sur l'appel interjeté par la **R.**_____, à Lausanne, contre le jugement rendu le 28 juillet 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **S.**_____, à Lutry, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 28 juillet 2017, adressé aux parties pour notification le 1^{er} mai 2018, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le premier juge) a admis la demande introduite le 9 janvier 2015 par S._____ contre la R._____ (I), a confirmé l'ordonnance de mesures provisionnelles du 5 novembre 2014 (II), a fait interdiction à la R._____ de transmettre des documents, informations ou toutes autres données concernant S._____ au Département de la justice américain (ci-après DOJ [*U.S. Department of Justice*]) ou à toutes autres autorités américaines sous la menace de l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0 (III)), a arrêté les frais judiciaires à 4'750 fr., les a mis à la charge de la R._____, les a compensés partiellement avec les avances de frais versées par S._____ et a condamné la R._____ à payer à S._____ la somme de 3'100 fr. au titre de remboursement de ses avances de frais (IV), a condamné la R._____ à payer à S._____ la somme de 18'000 fr. à titre de dépens (VI) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, le premier juge était appelé à statuer sur une action en protection de la personnalité introduite par S._____ (ci-après : le demandeur ou l'intimé) contre la [...] (ci-après : la R._____, la défenderesse ou l'appelante) visant à faire interdiction à cette dernière de transmettre des documents, informations ou toutes autres données le concernant au DOJ ou à toutes autres autorités américaines sous la menace de l'art. 292 CP. 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 que la défenderesse n'avait jamais établi l'existence d'un risque concret dans le cas où les données personnelles du demandeur ne seraient pas transmises. En particulier, la défenderesse avait échoué à démontrer que, si l'accord de non-poursuite (« *non-prosecution agreement* » ; ci-après : NPA) qu'elle avait conclu avec les autorités américaines devait être invalidé par ces dernières, cela aurait des conséquences directes sur la place financière suisse. Il était bien au contraire établi que la banque avait été en mesure de conclure ce NPA, malgré l'interdiction qui lui avait été faite auparavant par ordonnances de mesures superprovisionnelles et provisionnelles de livrer les données relatives au demandeur. Dans ces conditions, il était douteux que l'accord trouvé par la défenderesse avec les autorités américaines puisse encore être concrètement remis en cause en raison de la non-transmission de documents contenant les données d'un employé qui s'opposait à cette transmission par la voie judiciaire. En revanche, le magistrat a considéré qu'il était établi que les employés dont les données figuraient sur les documents transmis aux autorités américaines couraient le risque d'être retenus pour être interrogés, voire inculpés, au cas où ils se rendraient aux Etats-Unis, ces situations s'étant concrètement présentées pour certains d'entre eux, de sorte que le demandeur disposait d'un intérêt privé important à ce que des documents bancaires contenant ses données personnelles ne soient pas transmis aux autorités américaines. Au vu de ces éléments, il a été retenu que la défenderesse n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant à la transmission des données du demandeur, de sorte que la demande devait être admise.

B. Par acte du 4 juin 2018, la R._____ a formé appel de ce jugement, en concluant à sa réforme en ce sens que S._____ soit déboutée de toutes ses conclusions et condamné à tous les frais et dépens de première et deuxième instance.

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer sur l'appel.

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) La R. _____ est une entreprise de droit public au bénéfice d'une licence bancaire et inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis le 6 janvier 1883.

b) S. _____ a travaillé en qualité de conseiller à la clientèle au sein de la défenderesse à [...] dès le 1^{er} janvier 2008. Il a été promu responsable d'agence avec le rang de mandataire commercial dès le 1^{er} juin 2008, avant d'être nommé au rang de fondé de pouvoir le 1^{er} janvier 2010. Il a exercé cette activité jusqu'au 30 avril 2012. Il a été libéré de son obligation de travailler dès le 3 février 2012.

Dans le cadre de ses fonctions, le demandeur avait pour principales responsabilités la gestion et le développement de portefeuilles de clients, la participation au développement et au maintien de la clientèle de la banque et la gestion d'une équipe de plusieurs collaborateurs.

2. Du différend fiscal opposant la Suisse et les Etats-Unis

a) Un différend fiscal oppose les banques suisses au fisc américain ; en substance, les autorités américaines reprochent aux établissements bancaires suisses d'avoir aidé certains de leurs clients à se soustraire aux obligations leur incombant à l'égard du fisc américain.

En fonction notamment du degré et de la qualité de la coopération apportée par la banque, le DOJ peut envisager de dénoncer l'affaire et obtenir l'inculpation de l'établissement bancaire concerné,

respectivement de ses employés ou de conclure une transaction extrajudiciaire emportant renonciation, voire abandon des charges contre la banque, moyennant, entre autres, le paiement de dommages-intérêts et/ou d'une amende.

Dans ce contexte, les autorités américaines ont déjà ouvert des enquêtes contre divers établissements bancaires suisses aux Etats-Unis. A la fin de l'année 2013, quatorze banques suisses étaient sous enquête.

b) La Suisse et les Etats-Unis ont signé, le 14 février 2013, un accord de coopération (ci-après : l'accord FATCA [« *Foreign Account Tax Compliance Act* »]) permettant aux Etats-Unis d'obtenir pour le futur l'imposition de tous les comptes détenus à l'étranger par les personnes soumises à l'impôt aux Etats-Unis. Cet accord permet en outre aux établissements financiers suisses d'échanger des informations avec l'*International Revenue Service* (IRS) américain. Le Conseil fédéral a ensuite soumis au Parlement fédéral un projet de loi fédérale sur les mesures visant à faciliter le règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis. Le 19 juin 2013, le Parlement suisse a refusé d'entrer en matière sur ce projet, considérant qu'il appartenait au Conseil fédéral de trouver des solutions dans le cadre du droit en vigueur.

L'accord FATCA est entré en vigueur le 2 juin 2014. Le Conseil fédéral a fixé l'entrée en vigueur de la loi d'application correspondante au 30 juin 2014. Il n'existe toutefois aucun lien entre l'accord FATCA, qui règle l'imposition des revenus futurs, et la régularisation des questions fiscales du passé. Ainsi, les banques qui auraient potentiellement violé le droit américain – et contre lesquelles les Etats-Unis n'ont pas encore ouvert de procédure pénale – restent passibles de poursuites pénales aux Etats-Unis.

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

a) Afin de trouver une solution permettant aux banques suisses de régulariser également le passé dans un cadre clairement défini et régler ainsi le différend fiscal, le Département fédéral des finances (ci-après : 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 (« *Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks* », ci-après : le Programme) destiné aux banques suisses. Ce programme énumère des prescriptions et des conditions devant permettre à toutes les banques suisses de régler directement leur cas avec les autorités américaines compétentes.

Le Programme distingue quatre catégories de banques :

- 1) celles contre lesquelles le DOJ avait 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 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* devaient 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.

En cas de conclusion d'un NPA, la banque doit s'acquitter d'une amende dont le montant est, entre autres, déterminé sur la base des soldes maximaux de chaque *closed US related account*.

Le Programme renvoie aux définitions contenues dans l'accord FATCA s'agissant de la notion d'*US related account*. Un compte est ainsi considéré comme présentant un indice d'américanité lorsque des éléments (tels que la citoyenneté du titulaire du compte, sa résidence, son lieu de naissance, une adresse, un numéro de téléphone, un ordre de virement permanent sur un compte aux Etats-Unis, une procuration ou un droit de signature en faveur d'une personne dont l'adresse est située aux Etats-Unis) tendent à démontrer qu'une personne américaine en était titulaire ou bénéficiaire, avait un pouvoir de signature ou un autre pouvoir sur le compte et que sa valeur dépassait 50'000 USD (dollars américains) à un moment donné, en fin de mois, depuis le 1^{er} août 2008. A cet égard, l'art. 2(26) de l'accord FATCA circonscrit la notion de « personne américaine » comme « *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 ou la succession d'un défunt qui était citoyen américain ».

Le DOJ exige des banques participant au Programme de rendre compte de manière exhaustive de leurs activités transfrontalières et de fournir des informations détaillées, compte par compte, pour chaque relation bancaire dans laquelle un contribuable américain a un intérêt direct ou indirect.

c) Selon la procédure définie dans l'Annexe I de l'accord FATCA, les établissements bancaires doivent, pour les comptes dont le solde a excédé 50'000 USD mais n'était pas supérieur à 1'000'000 USD, effectuer un examen des données par voie électronique. Pour les comptes dont le solde a excédé 1'000'000 USD, les banques doivent mettre en place une procédure de vérification « élargie » et effectuer un examen des données par voie électronique et des documents physiques, ainsi qu'une prise de renseignements auprès du responsable clientèle.

La présence d'un seul indice suffit pour qualifier un compte d'*US related account*, à moins que l'une des exceptions listées dans l'Annexe I de l'accord FATCA ne permette d'exclure cette qualification, soit en particulier une auto-déclaration selon laquelle le titulaire du compte n'est pas citoyen américain ni ne possède de domicile fiscal aux Etats-Unis, un passeport non américain ou un autre document d'identité officiel prouvant que le titulaire du compte possède la citoyenneté ou la nationalité d'un autre pays, ainsi qu'une attestation de perte de citoyenneté américaine.

d) Le Programme distingue notamment deux phases, chacune comportant des contraintes différentes : une phase avant la signature du NPA (point II.D.1) et une phase correspondant à la signature du NPA (point II.D.2).

Aux termes du point II.D.1 du Programme, les établissements bancaires de catégorie 2 doivent communiquer au DOJ le nom et la

fonction de leurs (anciens) collaborateurs et organes ayant structuré, géré ou supervisé les activités transfrontalières de la banque en lien avec les Etats-Unis. Ils doivent également communiquer le nom et la fonction de toute personne, dont leurs (anciens) employés, ayant été en relation avec un *closed US related account*. A cet égard, la représentante de la défenderesse a déclaré aux débats que de telles transmissions étaient déjà intervenues dans le cadre de la présentation au DOJ d'organigrammes et de certaines *policies* internes, les personnes concernées n'ayant formulé aucune objection. Lors de la présentation en question, la défenderesse aurait exposé au DOJ n'avoir jamais eu pour politique de développer le marché américain, ni de démarcher des ressortissants américains.

e) A condition que la banque visée respecte l'ensemble des obligations définies par le Programme, le DOJ ne la poursuivra pas en justice pour les infractions fiscales et les transactions monétaires non déclarées en lien avec les *US related accounts* détenus. Le DOJ peut refuser de conclure un NPA ou revenir sur les termes de celui-ci, dans les cas où il estime qu'une banque aurait fourni des informations ou des preuves fausses d'un point de vue matériel, incomplètes ou pouvant induire en erreur.

f) Le Conseil fédéral, par le DFF, a rendu le 3 juillet 2013 une décision modèle ayant pour objectif d'autoriser les banques suisses à coopérer pleinement avec le DOJ et à participer de manière effective au Programme. 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 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 ».

4. De la participation de la défenderesse au Programme

a) La défenderesse, avec l'aide de ses conseils et l'assistance d'une société d'audit, a mis en place en son sein une procédure approfondie de *due diligence* répondant aux critères de l'accord FATCA, afin d'identifier l'ensemble des comptes visés aux termes du Programme, a effectué une revue complète de ces comptes et a procédé à l'ensemble des vérifications nécessaires pour s'assurer de l'exactitude des informations devant être transmises.

Après avoir mesuré les risques juridiques, économiques et de réputation qu'entraînerait une non-participation au programme, la défenderesse a exprimé son intention de requérir la conclusion d'un NPA au DOJ, par courrier du 27 décembre 2013. A cette occasion, elle a souligné que la participation au Programme n'entraînerait pas la reconnaissance de la commission d'infractions fiscales ou l'exécution de transactions financières poursuivies en droit américain.

b) Conformément à la décision modèle du 3 juillet 2013 établie par le DFF, ainsi qu'au communiqué du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales du 30 août 2013, la défenderesse a présenté une requête d'autorisation au sens de l'art. 271 ch. 1 CP afin de pouvoir coopérer avec les autorités américaines compétentes, se conformer aux exigences du Programme et régler sa situation juridique avec les Etats-Unis.

Dans sa requête, la défenderesse a indiqué être tenue de fournir au DOJ toutes les informations pertinentes exigées en vertu des paragraphes II.D.1 et II.D.2 du Programme, notamment tous les renseignements d'ordre général concernant ses pratiques commerciales et les relations d'affaire impliquant une personne américaine (sans indication de noms de clients, ceux-ci ne pouvant être communiqués aux autorités américaines que par le biais de canaux applicables de l'entraide administrative en matière fiscale), ainsi que toute information concernant les banques récipiendaires auprès desquelles des actifs émanant des comptes bancaires clôturés ayant un indice d'américanité avaient été transférés pendant la période couverte par le Programme.

c) Par décision du 8 janvier 2014, renouvelée le 16 janvier 2015 puis le 7 décembre 2015, le DFF a autorisé la défenderesse à coopérer avec les autorités américaines compétentes. Cette autorisation reprend les termes de la décision modèle du 3 juillet 2013.

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

a) Dans le cadre de la procédure d'éclaircissement des faits visant à examiner la légalité de la transmission de données personnelles d'employés par différentes banques de catégorie 1, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : le PFPDT) et les établissements bancaires concernés sont convenus des modalités applicables à d'éventuelles futures productions de documents aux autorités américaines.

Fort de cet accord, le PFPDT a déclaré, dans un communiqué de presse, renoncer à requérir du Tribunal administratif fédéral le prononcé de mesures provisionnelles tendant à faire interdiction aux banques de produire des documents aux autorités américaines. Il a par ailleurs annoncé que dans ses recommandations adressées aux banques actuellement sous enquête aux Etats-Unis, il suivrait l'argument de l'intérêt public avancé pour justifier la transmission des données d'employés aux Etats-Unis.

b) L'Association suisse des employés de banques (ci-après : l'ASEB), l'Association patronale des banques en Suisse (ci-après : l'APB) et l'Association suisse des banquiers (ci-après : l'ASB) sont convenues que les livraisons de données aux Etats-Unis étaient effectuées en raison d'une situation exceptionnelle.

c) Le PFPDT, l'ASEB, l'APB, l'ASB et le DFF ont défini la procédure selon laquelle les données des (anciens) collaborateurs des établissements bancaires participant au Programme, en l'espèce leur nom

et leur fonction, pouvaient être transmises au DOJ. Ainsi, les banques doivent :

- informer préalablement à la transmission de données tous les collaborateurs concernés de l'étendue et de la nature des documents à transmettre, ainsi que de la période concernée, étant précisé que les anciens collaborateurs sont informés pour autant que cela soit possible, moyennant un effort raisonnable,
- accorder un délai convenable aux (anciens) collaborateurs pour se renseigner sur les données personnelles les concernant et les consulter,
- apprécier les intérêts en jeu, dans l'hypothèse où le collaborateur concerné s'opposerait au transfert de documents contenant son nom, et
- informer le collaborateur concerné de son droit d'intenter action selon l'art. 15 LPD, dans le cas où la banque, après analyse des intérêts en présence, serait arrivée à la conclusion que la transmission du nom et de la fonction du collaborateur était justifiée.

La défenderesse s'est engagée à suivre la procédure susmentionnée et à respecter l'ensemble des conditions précitées.

d) Le DOJ a indiqué, dans un communiqué de presse daté du 29 août 2013, qu'il avait assuré son homologue suisse que le simple fait que le nom d'une personne soit inclus dans les données transmises par la banque ne signifiait pas nécessairement que cette personne était coupable d'acte(s) répréhensible(s). A ce propos, il ressort notamment du chiffre 5 du *Joint Statement* ce qui suit : « *Compte tenu de l'importance accordée par chaque partie à la protection des données personnelles et de la vie privée des personnes telle que requise par leurs lois respectives, les signataires entendent, en cas d'échange de données personnelles, n'utiliser ces données que dans le cadre de procédures visant le respect*

du droit (qui peuvent comprendre des actions réglementaires) engagées aux Etats-Unis ou autorisées par le droit américain. (...) ».

e) Le Conseil fédéral a souligné, s'agissant de la transmission de données personnelles des employés, que cette transmission « *[était] réputée licite dès lors qu'un intérêt public prépondérant ou une disposition légale la justifi[ait]* ». Il a par ailleurs précisé que si un tribunal s'opposait à la transmission de données, la banque concernée ne serait pas à même de remplir dans une mesure suffisante ses obligations de coopération avec le DOJ et qu'il se pourrait alors qu'elle ne puisse pas conclure de NPA, ni régulariser le passé. Dans ce cas, la solution retenue pour régler le litige fiscal n'atteindrait pas son but.

f) Le Grand conseil vaudois a refusé la résolution 14_RES_018 visant à faire bloquer le transfert des données aux autorités américaines dans le cadre du Programme. Il a ainsi été confirmé par les autorités parlementaires vaudoises que la procédure mise en place par le PFPDT était nécessaire et suffisante pour garantir les droits des employés d'une banque participant au Programme, qu'une décision de principe n'était pas possible et que chaque cas devait faire l'objet d'une pesée des intérêts.

g) Le 21 décembre 2015, un NPA a été conclu entre la défenderesse et le DOJ.

6. De l'intérêt des banques à la participation au Programme

a) Les autorités fédérales et les associations professionnelles suisses ont souligné l'importance de la coopération avec les autorités américaines pour la protection de la place financière suisse, les institutions financières et leurs employés, ont reconnu l'intérêt des banques suisses à la participation au Programme et ont fortement encouragé les établissements bancaires à y participer. A cet égard, le Parlement fédéral a déclaré qu'il s'attendait à ce que le Conseil fédéral prenne toutes les mesures dans le cadre du droit en vigueur pour permettre aux banques suisses de coopérer avec le DOJ. Le Conseil fédéral a en particulier fait

valoir que « *le droit en vigueur permettra[it] aux banques suisses une participation effective selon les termes fixés dans le programme* ».

b) [...], alors directeur de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : la FINMA), a vivement encouragé les banques à participer au Programme en ces termes : « *Après un examen approfondi, une renonciation à participer au programme semble peu avantageuse. Les banques qui ne saisissent pas cette chance de pouvoir régler leurs risques juridiques doivent s'attendre à un conflit durable qui ira en augmentant. Il faut craindre d'autres mesures de contrainte des autorités judiciaires américaines. Ceci serait à long terme plus coûteux et amènerait moins de sécurité juridique pour les établissements, leurs collaborateurs et leurs clients que la possibilité actuelle de mettre rapidement fin au litige juridique. Ce n'est que lorsque le fardeau du passé sera éliminé que la place bancaire pourra se consacrer de toutes ses forces à l'avenir et développer son potentiel.* »

c) L'ASEB a également vivement soutenu – dans l'intérêt de la place financière suisse et de ses collaborateurs – « *les efforts des établissements bancaires et des cercles politiques pour trouver un règlement amiable aux litiges en matière fiscale avec les Etats-Unis* ».

d) Dans sa note explicative relative à la décision modèle du 3 juillet 2013, le DFF a notamment relevé ce qui suit : « *[...] l'intérêt de la requérante à coopérer avec les autorités américaines est important. En fin de compte, la collecte et la transmission des renseignements visent à éviter une plainte du DOJ à l'encontre de la requérante. Pour celle-ci, le dépôt d'une plainte aurait des conséquences majeures sur ses relations économiques avec les Etats-Unis. La requérante risque de ne plus pouvoir effectuer de transactions en dollars américains. Les problèmes opérationnels et financiers qui résulteraient d'une telle situation pourraient nuire considérablement à la requérante, voire menacer son existence.* ».

7. Des risques liés à une absence de participation au Programme par les banques suisses

a) Dans le Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et les Etats-Unis concernant la demande de renseignements relative à l' [...], et du protocole modifiant cet accord, du 14 avril 2010, le Conseil fédéral a mis en évidence les risques liés à une procédure pénale américaine dirigée contre un établissement bancaire en ces termes : « [...] *l'expérience montre qu'en cas d'ouverture d'une procédure pénale, les acteurs du marché misent sur un effondrement de la banque et adaptent leur comportement à ce scénario. Compte tenu de l'effet de contagion des prévisions pessimistes quant à la survie d'un établissement financier, les effets négatifs peuvent très rapidement être décuplés. Une réactivation de la procédure de mise en accusation d' [...] aux Etats-Unis par les autorités américaines de poursuite pénale [...] aurait été de nature à mettre sérieusement et directement en péril l'existence de l'établissement.* »

Le Conseil fédéral a indiqué, à titre d'exemple, que sur les six instituts financiers mis en accusation aux Etats-Unis depuis 1989, un seul avait survécu. Il a constaté que « [...] *l'ouverture d'une procédure, même s'il s'av[é]r[ait] par la suite qu'elle n'était qu'une manœuvre d'intimidation et qu'elle n'était pas justifiée, présent[ait] les risques décrits ici, du fait de la perte de confiance dans l'établissement visé [...]* ».

b) Dans son Message relatif à la loi fédérale sur des mesures visant à faciliter le règlement du différend fiscal entre les banques suisses et les Etats-Unis d'Amérique, le Conseil fédéral a encore souligné qu'une coopération insuffisante de la part des banques entraînerait l'ouverture d'autres actions en justice et d'un grand nombre de procédures pénales contre des établissements bancaires suisses jusqu'ici non directement concernés, « *avec pour conséquences le maintien du climat d'insécurité qui pèse actuellement sur la place financière suisse* ».

La FINMA a, quant à elle, déclaré qu'elle s'attendait « *à ce que toutes les banques se penchent sur ce sujet et se renseignent*

convenablement avant de prendre leur décision [ndr : quant à la participation au Programme] [et qu'il conv[enait] notamment de mesurer de manière appropriée les potentiels risques juridiques et de réputation qu'entraînerait une non-participation et d'en tenir compte dans le processus de décision [...] ».

c) Dans son rapport d'activités 2012/2013, le PFPDT a notamment indiqué ce qui suit : « *Sur la base des documents qui nous ont été remis et des explications données, et au vu des organes fédéraux impliqués, nous avons conclu que les communications de données étaient compréhensibles dans le contexte d'un intérêt public prépondérant. On nous a expliqué de manière crédible que les banques risquaient de subir de graves conséquences au cas où elles refuseraient de transmettre les informations demandées par les autorités américaines. [...] ».*

d) En février 2012, le DOJ a inculpé l'une des banques suisses visées par la procédure d'enquête évoquée ci-dessus, soit la banque [...]. Cette inculpation a conduit à la cristallisation immédiate des risques évoqués ci-dessus, contraignant les associés de la banque à interrompre immédiatement l'exploitation de cette dernière et à céder toutes les activités non américaines au Groupe [...]. Dans un communiqué de presse du 27 janvier 2012, la FINMA a indiqué avoir donné son aval à cette liquidation *de facto* de la banque [...], compte tenu des « *risques encourus par [cette dernière] à la suite des investigations que mène contre elle la justice américaine* ».

Depuis lors, la presse a également rapporté l'inculpation de différents représentants de haut niveau de certaines des banques de catégorie 1 visées par l'enquête du DOJ, telles que la Banque [...] et [...].

8. De la transmission de données concernant le demandeur

a) Le demandeur a notamment exercé son activité en qualité de suivi global des comptes n^{os} [...] et [...]. Les avoirs accumulés sur ces deux comptes ont dépassé les 50'000 USD. Il apparaît que ces deux

comptes présentent un indice d'américanité, dès lors que l'un des titulaires a la nationalité américaine et l'autre un numéro de téléphone américain.

b) Par courrier du 14 juillet 2014, la défenderesse a informé le demandeur que, dans le cadre de l'analyse de documents concernant des comptes clos considérés comme des *US Related Accounts*, son nom avait été identifié, en qualité de «*suivi global*» pour un ou plusieurs comptes concernés et que, sur la base de l'autorisation obtenue par les autorités fédérales suisses, cette information (nom et prénom) ferait partie des données devant être transmises aux autorités américaines dans le cadre du Programme.

c) Le demandeur a consulté les documents précités dans les locaux de la défenderesse le 28 juillet 2014. Par courrier du 29 juillet 2014 adressé à la défenderesse, il a relevé que, d'une part, le client titulaire du premier compte (n° [...]) n'était ni citoyen américain, ni détenteur de la green card, et, d'autre part, qu'il n'avait jamais eu de contact avec le titulaire du second compte (n° [...]), aucune transaction n'ayant par ailleurs été effectuée avec une institution américaine. Le demandeur s'est ainsi formellement opposé à tout transfert de données contenant des informations sur sa personne.

d) Par recommandé du 2 octobre 2014, la défenderesse a identifié le demandeur comme «*suivi global*» des deux comptes précités et l'a informé que les données pertinentes relatives à ces comptes seraient communiquées au DOJ, tout en lui rappelant qu'il disposait d'un délai de dix jours afin d'engager une procédure judiciaire pour s'opposer à la présente transmission.

9. De la procédure

a) Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 10 octobre 2014, le demandeur a conclu à ce qu'il soit interdit à la défenderesse, sous la menace de l'art. 292 CP, de

transmettre au DOJ ou à toutes autres autorités américaines des documents, informations ou toutes autres données le concernant.

Par ordonnances de mesures superprovisionnelles du 10 octobre 2014, le premier juge a fait droit aux mesures d'extrême urgence requises.

Par courrier du 20 octobre 2014, la défenderesse s'est déterminée sur la requête de mesures provisionnelles et a conclu au rejet des conclusions prises.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 5 novembre 2014, le premier juge a admis la requête de mesures provisionnelles (I), a confirmé l'ordonnance de mesures superprovisionnelles (II), a interdit à la défenderesse, sous la menace de l'art. 292 CP, de transmettre au DOJ ou à toutes autres autorités américaines des documents, informations ou toutes autres données concernant le demandeur (III), a imparti au demandeur un délai au 3 décembre 2014 pour ouvrir action au fond (IV), a dit que les frais et dépens suivaient le sort de la cause au fond (V) et a rejeté toutes autres et plus amples conclusions (VI).

b) Par action en protection de la personnalité, introduite par demande du 9 janvier 2015 déposée dans le délai prolongé à cet effet, le demandeur a conclu avec suite de frais et dépens à ce que les mesures provisionnelles ordonnées le 5 novembre 2014 soient confirmées en ce sens qu'il soit interdit à la R._____, sous la menace de l'art. 292 CP de transmettre au DOJ ou à toutes autres autorités américaines des documents, informations ou toutes autres données le concernant.

Par réponse du 29 juin 2015, la défenderesse a conclu, avec suite de frais, au rejet de la demande.

c) Les parties ont renoncé à la tenue d'une audience de débats principaux et de jugement. Elles ont déposé des plaidoiries écrites en date du 14 juillet 2017.

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 supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit 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'elle 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. 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.).

3.

3.1 L'appelante soutient tout d'abord que le premier juge aurait procédé à une appréciation inexacte des faits et qu'il aurait conclu incorrectement à l'inexistence d'un intérêt public prépondérant à la transmission des données au sens de l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

L'appelante renvoie aux parties « En fait » et « Réfutation » de son mémoire de réponse du 15 juin 2015, dans les termes duquel elle persiste intégralement. Il ne sera pas tenu compte de ce renvoi, en ce sens que l'appelante ne peut pas se borner à renvoyer à ses écritures de première instance ou à des actes précédents de la procédure. Ainsi, ne seront pris en considération que les griefs exposés dans l'appel avec une précision suffisante (TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 5.2).

Plus particulièrement, l'appelante soutient qu'elle courrait le risque de voir le NPA conclu remis en question en cas de collaboration jugée insuffisante et que la non-transmission du nom de l'intimé constituerait une violation des obligations assumées dans le cadre du programme américain. Selon elle, il ne serait pas possible de se substituer à l'appréciation des autorités américaines pour balayer le risque encouru par la banque et, par extension, par la place financière suisse.

On ne saurait voir dans la démonstration toute générale de l'appelante l'exposé de risques avérés dans le cas concret, comme cela a été relevé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A_611/2017 précité.

Quoi qu'en dise l'appelante, force est de constater qu'il n'est pas établi, sur la base des éléments contenus dans le dossier, que la non-communication du nom et de la fonction de l'intimé, qui s'occupait de deux comptes susceptibles d'être visés par le programme américain, serait concrètement de nature à remettre en cause l'accord conclu et/ou à entraîner une inculpation de la banque (cf. aussi consid. 3.2.3.3 *infra*).

Pour le reste, la question des risques que la (non-)transmission des données litigieuses pourrait faire peser sur l'appelante, respectivement sur l'intimé, doit être traitée dans le cadre de l'examen de l'existence d'un intérêt public prépondérant pouvant justifier, le cas échéant, la communication de ces données (consid. 3.2.3.3 *infra*).

3.2

3.2.1 L'appelante ne conteste pas que le litige doit être résolu en l'espèce en application de l'art. 6 al. 2 let. d LPD.

3.2.2

3.2.2.1 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 1^{re} 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.

3.2.2.2 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).

3.2.3

3.2.3.1 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).

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 que la transmission des données 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).

3.2.3.2 En l'occurrence, le premier juge a retenu que le fait qu'une mise en accusation de la banque entraînerait sa disparition était incertain,

ce scénario paraissant improbable, d'autant que celle-ci n'était pas, contrairement à de grandes banques universelles, comme UBS ou Credit Suisse, une banque d'importance systémique et qu'elle n'était pas active sur le marché américain. L'intérêt public de la Suisse à empêcher une éventuelle mise en accusation de la banque, qui mettrait son existence en danger, n'était pas aussi important que s'il s'agissait d'une banque d'importance systémique. Quoi qu'il en soit, le demandeur était, pour les Etats-Unis, un « petit poisson », de sorte qu'il n'existait en l'état aucun indice permettant de conclure qu'en cas de livraison incomplète des données au DOJ, ce dernier révoquerait l'accord d'ores et déjà conclu, d'autant que les données concernant le demandeur ne représentaient qu'une infime partie des données à fournir par la banque. Quant au demandeur, il devrait s'attendre à ce que les Etats-Unis le contraignent à révéler l'identité des titulaires des comptes concernés, l'obligeant à se rendre coupable d'une infraction de droit suisse, et serait en outre susceptible d'être préterité dans son activité professionnelle. La banque avait ainsi échoué à démontrer l'existence d'un intérêt public prépondérant.

3.2.3.3 L'appelante n'a pas allégué et encore moins démontré le caractère indispensable de la communication des données litigieuses concernant l'intimé, soit qu'en cas de non-transmission du nom de ce dernier, le litige fiscal avec les Etats-Unis évoluerait à nouveau et que la place financière helvétique et la réputation de la Suisse seraient compromises. Il n'est pas non plus établi qu'une non-transmission des informations entraînerait la faillite de la société. D'ailleurs, il n'est pas expliqué en quoi une éventuelle faillite de la banque à la suite d'une procédure pénale ouverte aux Etats-Unis pourrait mettre en péril la place financière romande, voire encore suisse. L'appelante se contente de faire état des risques de voir les termes de l'accord conclu avec le DOJ être révoqué. Elle se prévaut cependant à cet égard uniquement 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 au vu des circonstances de la présente espèce, se limitant à évoquer des « risques d'atteintes à l'intérêt public », ce qui est insuffisant

compte de la jurisprudence récente précitée, les allégations de l'appelante à cet égard étant générales et abstraites. 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. Il n'est dès lors pas nécessaire de traiter des griefs de l'appelante relatifs à l'absence d'intérêt de l'intimé à la non-transmission des données.

4. L'appelante fait encore valoir que la transmission de données au DOJ dans le contexte d'un accord de non-poursuite serait nécessaire pour « la défense d'un droit en justice » au sens de l'art. 6 al. 2 let. d 2^e alternative LPD.

Comme l'a jugé le Tribunal fédéral dans la cause TF 4A_611/2017 du 26 mars 2018 consid. 4.4, il n'y a à cet égard pas lieu de se demander, comme le fait l'appelante, 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 et l'appelante elle-même ne le soutient pas. Dès lors que le caractère indispensable de la transmission doit être nié en l'espèce (*supra* consid. 3.2.3.3), 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.

5. Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 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'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens.

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

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement est confirmé.

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

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Mes Jacques Iffland et Téo Genecand (pour la R._____),
- Me Pierre-Alexandre Schlaeppli (pour S._____),

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 :