

Tribunal fédéral – 4A_406/2014
destiné à la publication
1^{ère} Cour de droit civil
Arrêt du 12 janvier 2015 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

David Aubert, Modalités du droit d'accès de l'employé au fichier de son employeur : consultation et obtention de copies des documents transmis à des tiers ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_406/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2015

Newsletter février 2015

Droit de l'employé à la remise de copies de documents de l'employeur transmis à des autorités étrangères et contenant des données le concernant au regard de la loi sur la protection des données

Art. 4, 8 al. 1, 2, 5 et 6, 9 al. 1 let. a et b et al. 4 LPD ; 1 et 2 OLPD ; 321a al. 4 et 339a al. 1 CO ; 47 LB ; 162 et 271 CP



Modalités du droit d'accès de l'employé au fichier de son employeur : consultation et obtention de copies des documents transmis à des tiers ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_406/2014

David Aubert, avocat, docteur en droit, spécialiste FSA en droit du travail, juge conciliateur à la juridiction des prud'hommes du canton de Genève

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, destiné à la publication au recueil officiel des ATF, le Tribunal fédéral examine le droit de deux employés, ayant pu consulter le fichier de leur employeur les concernant, d'obtenir – en sus – une copie physique ou informatique des documents et informations transmis, à leur insu, aux autorités américaines.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

L'affaire vise un établissement bancaire suisse (employeur) actif notamment sur le territoire américain et y ayant démarché et développé une clientèle locale. Une procédure initiée par les autorités américaines en 2008 et visant une banque tierce a mené, après validation par la FINMA confirmée ultérieurement par le Tribunal fédéral, à la transmission aux autorités américaines d'informations relatives à deux cent cinquante-cinq clients. Onze autres banques, dont l'employeur, ont par la suite, en 2010, fait l'objet d'une enquête diligentée par les autorités américaines. L'entraide administrative à la Suisse a été requise dans ce cadre.

Dans un premier temps, l'employeur a transmis des informations caviardées sur certains clients, ainsi que des renseignements relatifs à ses employés, les éléments permettant d'identifier ces derniers étant toutefois remplacés par des codes.

Ensuite de la réception d'une autorisation du Conseil fédéral du 4 avril 2012, lequel avait pourtant à l'inverse au mois de janvier précédent validé le système des renseignements sous forme de codes, l'employeur et quatre autres banques ont envoyé des informations complètes (i.e. non codées) aux autorités américaines sur leurs employés et anciens employés (mais non sur les clients).

Les collaborateurs concernés n'en ont pas été avertis au préalable et ont eu connaissance de la situation par la presse.

Entre les mois de juin et de septembre 2012, les deux employés ont ensuite pu consulter leur dossier auprès de l'employeur (l'un à deux reprises) et ils ont dès lors pris connaissance des renseignements transmis. Ils ont toutefois, de surcroît, sollicité également la remise d'une copie de ces informations, ce qui leur a été refusé.

Dans une recommandation adressée aux banques le 6 septembre 2012, le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a confirmé le droit d'accès, mais validé le refus de remise de copie des documents visés pour des motifs liés au secret bancaire, à la clientèle et aux règles de sécurité internes des banques.

Les deux employés ont saisi les tribunaux genevois qui leur ont donné raison, en première instance tout comme en appel. Il a ainsi été ordonné à l'employeur de remettre aux employés des copies des documents transmis aux autorités américaines (les noms des clients et des autres collaborateurs pouvant être caviardés) et des courriers d'accompagnement, ainsi que de leur donner l'indication tant des autorités concernées, que des dates de remise des documents.

La banque a déposé deux recours de droit civil auprès du Tribunal fédéral, exposant en substance que la situation justifiait une nouvelle exception au principe de communication écrite des données, son refus étant par ailleurs légitime, car fondé sur les intérêts de tiers et sur les siens propres.

B. Le droit

Dans un premier examen, le Tribunal fédéral relève que la banque ne peut se prévaloir des articles 47 LB et 162 CP comme valant base légale formelle permettant le refus de communication (art. 9 al. 1 lit. a LPD ; c. 5). Pour la première de ces dispositions, les documents visés avaient été caviardés et la connaissance éventuelle de la clientèle résultait dans tous les cas de la seule relation entre les employés et les clients, mais non de la remise de documents. La seconde n'avait pas vocation à s'appliquer dans la mesure où la banque était le maître du secret et non la personne tenue de le garder.

Aucun intérêt prépondérant de tiers (clients ou autres employés) n'était par ailleurs mis en danger dès lors que les documents, caviardés, ne permettaient pas leur identification (art. 9 al. 1 lit. b LPD ; c. 6).

Le Tribunal fédéral relève par ailleurs que le droit d'accès peut être exercé sans l'exigence d'un intérêt, seul le cas de l'abus, soit l'exercice d'un droit contrairement à son but, étant réservé (c. 7.1). Les deux motifs invoqués par les employés, c'est-à-dire la détermination du caractère éventuellement illicite du comportement de la banque en vue d'une action judiciaire en Suisse, ainsi que la détermination du risque en vue de la préparation d'une

éventuelle défense contre des mesures prises par les autorités américaines, étaient légitimes.

Le Tribunal fédéral nie ensuite l'existence d'un intérêt prépondérant de la banque au sens de l'article 9 al. 4 LDP (c. 7.2 à 7.8). Procédant à une pesée des intérêts en présence, il constate à cet égard les éléments suivants. Les documents caviardés ne permettent pas d'identifier des tiers, aucun indice ne laissant à penser que les employés envisageraient de divulguer des informations. Aucune explication n'est donnée par la banque quant au caractère stratégique des documents. Le risque de transfert d'informations par les employés, atténué par le devoir de discrétion et de respect du secret des affaires de ceux-ci (art. 321a al. 4 CO), découle déjà de la prise de connaissance préalable du dossier. Enfin, la réglementation interne de la banque vise certes à garantir la confidentialité de documents sensibles, mais elle n'implique pas une renonciation par avance à tout droit d'accès laquelle serait nulle (art. 8 al. 6 LPD et 20 al. 1 CO), cela d'autant plus qu'au moment de la conclusion du contrat de travail les employés ignoraient que leur employeur allait transmettre des informations personnelles aux autorités américaines.

Rappelant enfin que la communication écrite est la règle (art. 8 al. 5 LPD), le Tribunal fédéral souligne le fait que l'unique exception implique l'accord de la personne intéressée (art. 1 al. 3 OLPD). La question de savoir si d'autres cas, non prévus par l'ordonnance, peuvent entrer en ligne de compte est laissée ouverte dès lors qu'aucune circonstance concrète ne s'oppose à la remise d'une copie des dossiers (c. 8). Ont ainsi été considérés comme non déterminants : l'appréciation de la situation considérée dans sa globalité soit pour l'ensemble des banques visées, la masse de travail engendrée, la recommandation du préposé fédéral, l'application par analogie du droit allemand, l'application d'une clause générale de police résultant de l'autorisation du Conseil fédéral (limitée *in casu* à l'article 271 CP : acte exécuté sans droit pour un Etat étranger), le devoir de restitution des employés au sens de l'article 339a al. 1 CO.

III. Analyse

Dans sa décision, le Tribunal fédéral a procédé à un examen systématique des règles découlant de la législation sur la protection des données. Il a confirmé que le principe de l'accès au fichier, qui inclut le droit à l'obtention de documents écrits, est essentiel (cf. ég. FF 1988 II pp. 421 ss, not. 460 : « institution-clef de la protection des données »). Procédant ensuite à une pesée des intérêts en présence, il a discuté et écarté chacune des exceptions légales permettant la restriction des droits des personnes intéressées, à savoir : absence de base légale formelle, absence d'intérêt prépondérant de tiers et absence d'intérêt prépondérant du maître du fichier, pour enfin constater l'inexistence de circonstances spécifiques justifiant l'examen de l'admissibilité d'exceptions non prévues par la loi.

Un élément important nous semble résider en l'espèce dans le fait que l'autorisation du Conseil fédéral du 4 avril 2012 interdit la communication aux autorités étrangères de toutes données permettant d'identifier les clients. Les documents établis et transférés à des tiers sur cette base ne pouvaient ainsi ni violer le secret bancaire, ni porter atteinte aux intérêts des clients. Une éventuelle remise aux employés avait de plus été précédée par un premier envoi aux autorités américaines. Enfin et en tout état, les employés avaient d'ores et déjà, par leur activité, connaissance des informations sensibles figurant dans les documents et qui avaient par ailleurs été caviardées.

Ce qui importe ici réside en ce que les différents éléments du droit d'accès peuvent, sauf circonstances exceptionnelles, être exercés cumulativement par la personne intéressée. Pour mémoire il s'agit en résumé de la confirmation de l'existence d'un fichier (art. 8 al. 1 LPD), de la consultation sur place des données (art. 1 al. 3 OLPD ; avec accord de la personne intéressée), de la transmission d'informations orales (art. 1 al. 3 OLPD ; avec accord de la personne intéressée), de la communication écrite des données traitées (art. 8 al. 2 lits. a et al. 5 LPD), de la communication écrite relative au fichier (but, modalités de traitement, etc. ; art. 8 al. 2 lits. b et al. 5 LPD), enfin, sauf exception, de la gratuité de la communication des informations (art. 8 al. 5 LPD et art. 2 OLPD).

Dans le cadre de la pesée des intérêts à laquelle le Tribunal fédéral se livre, le devoir contractuel de discrétion des employés est pris en compte pour justifier la diminution du risque de transmission d'informations à des tiers, référence étant par ailleurs faite à cet égard à l'article 321a al. 4 CO (cf. c. 7.4.2). L'existence, en droit du travail, d'une telle obligation s'oppose donc, sans être vraisemblablement en elle-même déterminante, à une restriction du droit d'accès au fichier. En d'autres termes, plus les devoirs de discrétion et de respect du secret des affaires sont étendus, moins l'accès aux informations pourra être restreint.

Compte tenu de la nature des conclusions prises par les employés, lesquelles se limitaient à la remise de copies de documents consultés, la procédure n'a porté que sur l'application du droit public fédéral. Il peut néanmoins être utile de rappeler que la situation de fond pose divers problèmes en lien avec la relation de travail, soit notamment¹ : réparation du préjudice causé par une éventuelle interpellation de l'employé (frais de justice et/ou perte de salaire ; art. 97 CO), étendue des informations pouvant être transmises par les employés aux autorités américaines (art. 321a et 321d CO), violations répétées et sérieuses des droits de la personnalité de l'employé (art. 328 CO), sanction d'un éventuel licenciement de l'employé (art. 336 et 337 CO), devoir de restitution de l'employé (art. 321b et 339a al. 1 CO ; question traitée *in casu* voir c. 8.6).

Il doit être par ailleurs souligné que le droit du travail comprend un article 328b CO, disposition relativement impérative (art. 362 CO), lequel règle spécifiquement la question du traitement par l'employeur de données concernant le travailleur. Cette disposition, qui demeure applicable après la fin du contrat (cf. ATF 131 V 298, c. 6.1) et dont l'application prime compte tenu de son caractère spécial, est plus restrictive que les règles générales de la législation sur la protection des données en ce sens qu'elle limite le champ des données pouvant être traitées (ATF 138 I 331, c. 8.4.2 et 8.4.4 ; ATF 123 III 129, c. 3.b.cc ; ATF 122 V 267, c. 3.b). Elle ne contient toutefois aucune règle visant spécifiquement les modalités de l'exercice du droit d'accès et renvoie à cet égard à la loi sur la protection des données.

¹ A cet égard, voir AUBERT GABRIEL, La communication aux autorités américaines, *in* RSDA 2013 pp. 46-48.