

L'invité

Procédure civile: une attaque du secret bancaire!

Philippe Jacquemoud*

Différents pays autour du globe poussent inexorablement la Suisse à ouvrir de plus en plus de brèches dans le rocher qu'est censé être le sacro-saint secret bancaire suisse ancré à l'article 47 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne. Cette disposition est la pierre angulaire du secret bancaire. On déplore aujourd'hui, avec l'histoire des fondations liechtensteinoises, des pressions exercées par l'Allemagne et l'Union européenne, que les pays nous entourant veulent en terminer avec une institution helvétique garantissant la protection de la sphère privée des détenteurs de comptes en Suisse.

Mais le législateur suisse n'a pas attendu l'affaire des fondations liechtensteinoises et des coups de gueule de Peer Steinbrück ou Hans Eichel pour admettre que, dans certaines circonstances, le voile du secret bancaire devait être levé, que ce soit dans le cadre de relations internationales ou purement nationales.

L'élaboration de cette nouvelle procédure civile était l'occasion de prendre le contre-pied de la tendance à l'affaiblissement du secret bancaire

Notamment lors d'investigations criminelles, lors de l'assistance internationale en matière pénale et boursière, lors des poursuites pour dettes et faillites et lors de procédures civiles, les banques sont amenées à transmettre à des autorités ou à des tiers des informations concernant leurs clients. Les autorités suisses ont



*Avocat, Baker & McKenzie Zurich

toujours défendu le principe du secret bancaire, avec ses exceptions, comme étant un outil nécessaire à la protection de la sphère privée des individus. Cette posture est étonnante lorsque l'on constate que les autorités suisses profitent du projet de rédaction de la procédure civile fédérale pour affaiblir encore un peu plus la portée du secret bancaire. Il faut également rappeler que cette façon de vider petit à petit de son sens le secret bancaire au moyen de révisions législatives n'est pas nouvelle. Entre autres, lors de la modification d'un article de loi sur les bourses et les valeurs mobilières servant de base légale à l'échange international d'informations entre autorités de surveillance, le législateur avait aussi pris l'occasion au vol d'élargir la transmission de données à caractère confidentiel par exemple vers les Etats-Unis.

Mais venons-en au projet portant sur la procédure civile fédérale et à son impact sur le secret bancaire suisse. Jusqu'à ce jour il existe trois manières de protéger le secret bancaire dans les législations cantonales. Soit le banquier n'a tout simplement pas le droit de témoigner lors de la procédure civile. Ce principe est connu dans les cantons de Genève, Vaud, Valais, Neuchâtel, Saint-Gall et Berne. Soit il peut refuser de témoigner et le juge décide si les intérêts du client de la banque à la protection du secret surpassent l'intérêt à la manifestation de la vérité. Une pesée des intérêts en présence a donc lieu.

Cette manière de procéder est notamment prévue par la procédure civile des cantons de Fribourg, Zurich, Zoug, Tessin ou encore d'Argovie. Soit le banquier n'a pas le droit de refuser de témoigner, par exemple dans les cantons d'Appenzell, de Bâle, de Lucerne, de Thurgovie ou de Schaffhouse. Ces règles ne

valent cependant que lorsque la procédure cantonale est applicable et qu'une loi fédérale ne prévoit pas le contraire. Par exemple lors d'un conflit entre époux, le banquier pourrait être amené à témoigner, même à Genève, car la loi fédérale prévoit que le juge peut demander des informations à des tiers à la requête d'un époux. Au surplus, lors de procédures internationales la loi de procédure cantonale est applicable pour répondre à la question à savoir si le banquier a l'obligation de témoigner ou non. Un juge civil français ne pourrait ainsi pas demander au juge civil suisse de contraindre un banquier de Genève à divulguer des informations sur son client. Ces brèves explications tendent à montrer que, dans des cantons comme Genève et Vaud, la levée du secret bancaire lors de procédures civiles est plus l'exception que la règle. Par ailleurs, un tel système respecte le but ressassé à l'envie par les autorités selon lequel le secret bancaire protège la sphère privée des individus.

Il existe donc en Suisse trois catégories de protection du secret bancaire dans les différentes procédures cantonales. La nouvelle procédure civile fédérale unifiera les législations cantonales. L'élaboration de cette nouvelle procédure civile était la bonne occasion de prendre le contre-pied de la tendance à l'affaiblissement du secret bancaire en le renforçant. Il suffisait de codifier au niveau fédéral la règle applicable à Genève ou Vaud. Un tel durcissement du secret bancaire au plan fédéral aurait également été en harmonie avec le discours officiel.

Dans ce contexte, quelques exceptions au système de protection absolue, par exemple dans le cadre du divorce, auraient pu être prévues. Mais non, le politiquement correct a eu, une fois de plus, raison du principe de protection de la sphère privée. Le Conseil

fédéral, dans son message datant du 28 juin 2006, a repris la règle applicable dans le canton de Zurich en l'affaiblissant encore un peu. En 2010, lorsque la procédure civile fédérale entrera probablement en vigueur, la règle générale sera que les banquiers auront l'obligation de divulguer des informations sur les clients à moins qu'ils ne rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'exigence de la manifestation de la vérité. Dans les relations internationales, la même règle s'appliquera lorsque la Suisse a signé un traité de coopération avec le pays requérant l'information.

La nouvelle règle obligera donc les banquiers de tous les cantons à divulguer des informations sur leurs clients à moins qu'ils n'arrivent à démontrer que des intérêts prépondérants sont en jeu. Quels sont les intérêts prépondérants et dans quelles circonstances le banquier pourra les faire valoir? Ceci n'est pas défini par cette nouvelle disposition. La notion aura besoin d'être concrétisée par les juges fédéraux.

La nouvelle règle obligera donc les banquiers de tous les cantons à divulguer des informations sur leurs clients

Malheureusement, on peut s'attendre à ce que l'interprétation qu'en donneront les instances fédérales soit plutôt restrictive, confirmant ainsi «l'air du temps», qui veut officiellement que le secret bancaire subsiste en apparence, mais qui au même moment le vide de sa substance, que ce soit en matière fiscale, d'entraide internationale ou civile. Il ne sera peut-être prochainement plus qu'un vague souvenir.

Périscope

Avec Sarkozy, au moins la France est en mouvement

● La France est en mouvement. Tel est le premier message issu de l'analyse des 12 premiers mois de Nicolas Sarkozy, selon *Les Echos*. Cela contraste avec l'immobilisme passé, et c'était nécessaire. Beaucoup de dossiers



réputés impossibles ont été ouverts, souvent avec courage (mini-traité européen, cartes judiciaire et militaire, régimes spéciaux de retraites, règles de la représentativité syndicale ou encore fusion Assedic-ANPE). D'autres ont été entrouverts (université, contrat de travail ou réorganisation de la recherche). D'autres, enfin, ont été mis en haut de la pile, comme l'environnement. La promesse inconsidérée de résultats immédiats sur le pouvoir d'achat, la dispersion des initiatives ne pouvaient que causer des problèmes. Réconcilier la méthode et le fond est le seul moyen pour que les réformes soient comprises. Cela suppose notamment de faire le tri au sein des dépenses publiques, plus élevées qu'ailleurs sans que leur efficacité s'impose comme une évidence.

David Sokol successeur probable de Warren Buffett

● Il est né à Omaha, comme Warren Buffett, est resté fidèle à cette ville durant sa carrière et il préside MidAmerican Energy, qui est, hors de l'assurance, la plus grande division de Berkshire Hathaway, la société du plus grand investisseur des dernières décennies. David Sokol, 51 ans, est le mieux placé pour succéder à Warren Buffett, selon le vaste dossier du *Barron's*. Après 43 ans de règne, et à 77 ans, on comprend que la spéculation se penche sur l'avenir de Berkshire Hathaway, qui vaut plus de 200 milliards de dollars (+24% en un an malgré la crise du crédit).

Zurich peut devenir la Silicon Valley de l'Europe

● Microsoft et SAP ont accru leurs centres de recherche à Zurich, où Google n'a cessé de se renforcer. En outre, les deux grandes banques emploient 10 000 informaticiens. Zurich peut devenir la Silicon Valley de l'Europe, déclare à la NZZ Karl Landert, chef de l'informatique à Credit Suisse et André Gollier, président de la Société suisse d'informatique.

A Credit Suisse, 200 places sont toutefois vacantes dans ce domaine. Le secteur souffre d'une diminution d'intérêt des étudiants depuis la réforme de la maturité en 1995. Et le manque de main-d'œuvre qualifiée commence à être sérieux. A Credit Suisse, on a dû faire davantage appel à des employés allemands. Leur part est passée de 4 à 12%. En outre, en Suisse, la culture du risque et du financement de start-up a diminué ces dernières années. Enfin, contrairement à la Silicon Valley, il manque des centres de production IT qui fabriquent des produits IT, selon Karl Landert.

Lawrence Summers attaque les «paradis fiscaux»

● Les salariés des pays occidentaux ont souvent l'impression que ce qui est bon pour l'économie mondiale et les meilleures entreprises n'est pas bon pour eux, écrit Lawrence Summers, professeur à Harvard, dans le *Financial Times*. Les entreprises peuvent allouer leurs ressources dans les pays qui leur conviennent. Ceux-ci font de larges

FINANCIAL TIMES

concessions pour les attirer sur leur sol, et ce sont les salariés qui supportent ces concessions. Il faut donc promouvoir une saine globalisation qui ne pénalise pas la main-d'œuvre. A son avis, cela passe par une coopération internationale pour réduire les inégalités et une attaque contre les paradis fiscaux.

Emmanuel Garessus

Analyse

Le hacker, l'espion et le MBA



François Pilet

Comment en sont-ils arrivés là? Comment une industrie entière a-t-elle fini par perdre tout repère moral jusqu'à se retrouver engoncée dans une sombre histoire de hackers, d'indics grasses payés et de mafieux napolitains? Un procès qui devrait s'achever ces prochains jours à Los Angeles a mis en évidence la lutte désespérée que mènent les diffuseurs de chaînes satellite pour contrer les réseaux mafieux qui se nourrissent à leurs dépens dans une nouvelle forme de contrebande.

A en croire les argumentaires des deux groupes qui s'écharpent en justice, l'américain Echostar et l'anglo-israélien NDS, les choses seraient bien simples: pour surveiller les avancées des pirates, ces sociétés se seraient vues contraintes de former des réseaux d'indicateurs en embauchant les plus brillants d'entre eux.

Ce petit jeu aurait dérapé en 1997, dénonce Echostar. C'est à cette époque que NDS, filiale du groupe News Corp, aurait téléguidé sa clique de hackers pour casser les codes de l'américain, conçus par Kudelski, pour lui nuire commercialement.

Avec ses relents de série B, l'affaire a révélé les ressorts insoupçonnés d'un marché aux coutumes bien étrange, celui de la télévision à péage, où les intérêts de multinationales sont en réalité indissociablement liés à ceux de réseaux criminels organisés qui tirent des revenus substantiels de la vente de cartes à puces trafiquées. Sous des airs hyper technologiques, l'histoire est pourtant aussi vieille que le

capitalisme: là où une industrie ou un Etat parvient à imposer des marges indues sur un produit naît la tentation de la contrebande. Des cigarettes aux cartes à puces, le bal des revendeurs sous le manteau se concentre toujours là où sont les profits les plus juteux: alors qu'un abonnement à CanalSat peut coûter jusqu'à 1000 francs par an, les contrebandiers trouvent leur compte en revendant des cartes débloquées à moins de 300 francs.

Voilà donc ce qui s'est passé, insidieusement et au fil des ans, alors que les chaînes du satellite cherchaient coûte que coûte à protéger leur pactole.

Immense succès commercial dès leur apparition sur le marché, les paraboles avaient fleuri sur les toits du monde entier au début des années 80. A l'époque, souvenez-vous, la télévision familiale

tendu, était alors facturé au prix de la rareté.

Vingt ans et une révolution technologique plus tard, celle d'Internet et du haut débit permanent, les canaux de distribution se sont multipliés. Par l'ADSL, le câble ou le numérique terrestre, les diffuseurs de contenus se sont livrés ces dix dernières années à une concurrence sans limite qui a fait chuter les prix.

Les tarifs de la télévision par satellite, eux, sont restés miraculeusement fixés sur leur orbite. A 70 francs par mois pour une offre complète, un abonnement satellite reste trois fois plus cher qu'un accès haut débit à Internet.

A titre d'exemple, l'industrie de la musique n'a pas aussi bien tiré son épingle de cette révolution. Pour elle, l'arrivée d'Internet et des échanges illimités de contenus numériques a commencé comme un cauchemar. Les majors ont fini par comprendre, dans la douleur, que le système qui avait fait leur fortune et qui reposait sur la vente en magasin de galettes de plastique n'avait plus d'avenir. Mais l'un dans l'autre, en vendant leurs produits dématérialisés sur Internet à des prix plus bas, les majors ont fini par reprendre confiance en l'avenir.

Cette histoire prise en exemple dans les cours de MBA qu'ont assurément suivi les responsables des multinationales du satellite ne leur a rien appris. Ceux-ci préfèrent boire le poison jusqu'à la lie plutôt que de revoir leur stratégie commerciale.

Difficile en effet de renoncer à une recette qui s'avère aussi formidablement rentable. Leur affaire est en or pour deux raisons. D'abord, le satellite est un outil de diffusion beaucoup moins coûteux que le câble ou que l'ADSL qui nécessitent des investissements considérables. Au chapitre des revenus, ensuite, puisque les milliers de chaînes que revendent ces bouquets sont

pour la plupart déjà financées par la publicité et ne coûtent pas un kopeck à diffuser.

Ces dernières années, seuls les organisateurs d'événements sportifs se sont trouvés dans une position de force suffisante pour extorquer une partie des revenus des diffuseurs, en faisant exploser les prix des droits de retransmission. En 2007, la chaîne allemande Premiere a par exemple déboursé 200 millions d'euros en cash et cédé 17% de son capital aux organisateurs du championnat allemand de foot pour obtenir les droits de diffusion des saisons 2008 et 2009. Dernier en date d'une longue série, un tel hold-up aurait pu servir d'avertissement. Il n'en a bien sûr rien été.

Plus pervers encore, ces multinationales n'ont pas hésité à se lancer dans une course sans fin pour tenter de contrôler l'autre grande menace qui plane sur leurs revenus: celle de la piraterie organisée. Sans toujours être les plus malins. Entre autres joyeux-étés, les responsables de Canal + se sont par exemple offerts les services d'un des plus célèbres hackers allemand, payé plusieurs centaines de milliers d'euros par mois. Avant que l'homme qu'ils croyaient ainsi neutralisé ne se mette à recevoir des mafieux napolitains sur son yacht monégasque, puis ne change de camp pour rejoindre NDS, le groupe israélien dirigé par des anciens du Mossad, ceux-là même qui l'avaient employé en 1997 dans un laboratoire secret à Haïfa pour briser les codes de Canal + et de Kudelski.

Pris jusqu'à la gorge dans ces luttes clandestines, les managers de Canal +, d'Echostar ou de News Corp restent prêts à toutes les compromissions pour défendre leur business, tant la seule solution efficace pour éradiquer la contrebande leur paraît impensable. Normal, puisqu'il s'agirait simplement de réduire leurs marges.