

Rédigé par la Prof. Dr. Corinne Zellweger-Gutknecht
Université de Bâle

Swiss Moot Court 2022/2023

Cas¹

Emil Escher, né en 1923 et domicilié à Berlin depuis des décennies, détenait depuis l'été 1990 une relation de compte/dépôt avec le numéro de matricule 0123 au siège de la Banque Turicum SA (ci-après : la Banque) à Zurich. Lorsque sa fille, Tina Tanner, née en 1958, sa seule parente encore en vie, a déménagé à Zurich, Escher lui a donné le 10 juillet 2000, sur un formulaire officiel de la banque, une « procuration générale » concernant l'ensemble de la relation 0123, qui devait, selon le libellé standard, « rester en vigueur sans restriction après le décès ou l'incapacité du mandant ». Les conditions générales de la banque, applicables à toutes ces opérations, déclaraient le droit suisse applicable et les tribunaux suisses compétents. Jusqu'à son décès le 1er février 2013², Escher est resté en contact constant, proche et sincère avec Tanner. Cette dernière vit toujours à Zurich.

Le 10 mai 2010, la Banque a expliqué à Escher les possibilités de « restructurer sa situation patrimoniale afin d'atteindre une plus grande confidentialité ». Outre le planificateur financier était présent pour la Banque Beat Blanchard, le conseiller à la clientèle d'Escher ; il a dirigé l'entretien à Zurich et en a rédigé le procès-verbal. Finalement, Escher a décidé de créer une société offshore selon le droit du Commonwealth des Bahamas, dont il serait l'unique ayant-droit économique et dont il gérerait personnellement la fortune. La Banque a également recommandé à Escher de faire appel à Henschman Ltd., Bahamas (Henschman Ltd.) en tant que fiduciaire et Escher a adressé une demande signée en ce sens à Henschman Ltd. pour la création d'une société et la conclusion d'un accord de fiducie.

Dans le procès-verbal de l'entretien, Blanchard a notamment indiqué qu'il avait expliqué en détail à Escher que les certificats d'héritier étrangers aux Bahamas devaient d'abord être reconnus par un tribunal local. Les héritiers d'Escher devraient donc un jour déposer une « *application for resealing* » et ce n'est que le *resealing* judiciaire du certificat d'héritier qui les désignerait également comme héritiers selon le droit local et les légitimerait en tant qu'ayants-droit économiques des biens de la société offshore. Toutefois, le *resealing* implique deux publications publiques avec mention complète du nom et de l'adresse du défunt. Le *resealing* ne pourrait être évité que si Escher

¹ L'état de faits contient diverses références internationales telles que des formes de sociétés étrangères, des procédures étrangères et autres. Cependant, le droit étranger n'est pas déterminant pour résoudre le cas. **C'est le droit suisse qui s'applique, en particulier le droit des obligations (CO partie générale et partie spéciale).**

² Escher, qui avait conservé sa nationalité suisse même après son départ pour l'Allemagne, a désigné sa fille comme héritière universelle de l'ensemble de sa succession et l'a soumise au droit suisse. Il n'a pas pris d'autres dispositions testamentaires. Conformément à l'art. 87 al. 2 LDIP, **les art. 457 ss CC sont applicables.**

inscrivait sa fille comme seconde ayant-droit économique lors de la création de la société offshore. Apparemment, Escher a refusé cette variante, car le procès-verbal indique ce qui suit : « Le client ne veut pas inscrire sa fille comme second ayant-droit économique, car il estime que le règlement de la succession ne pose pas de problème : le certificat d'héritier sera disponible rapidement ».

Conformément à la demande d'Escher, Henschman Ltd. a fondé, le 2 juin 2010, Fortuna LLC, Bahamas (Fortuna LLC), dont elle est devenue l'unique associée et gérante. L'accord fiduciaire accepté par Henschman Ltd. était également soumis au droit du Commonwealth des Bahamas et obligeait Escher à verser USD 5'000 par an à Henschman Ltd., celle-ci s'engageant en contrepartie à détenir Fortuna LLC en fiducie pour Escher et à l'administrer sur le plan économique, uniquement selon ses instructions.

Le 14 juin 2010, Fortuna LLC (agissant par l'intermédiaire de Henschman Ltd.) a ouvert auprès de la Banque, au nom et pour le compte de Fortuna LLC, une relation de compte/dépôt soumise au droit suisse et aux tribunaux suisses sous le numéro de matricule 0987, et a conclu un accord de rétention de toute la correspondance jusqu'à son retrait auprès de la Banque. Dans le formulaire A, Fortuna LLC désignait Escher comme seul ayant-droit économique de la relation de compte/dépôt 0987. En outre, Fortuna LLC a donné à Escher – via un formulaire mis à disposition par la banque – une procuration dite de gestion (ce formulaire contenait lui aussi la clause standard précitée concernant le maintien de la validité de la procuration en cas de décès ou d'incapacité du mandant). Par ailleurs, Fortuna LLC avait donné à la Banque l'instruction de fournir à Escher, par écrit et par téléphone, tous les renseignements souhaités sur la relation 0987 et de lui remettre, sur demande, la correspondance de Fortuna LLC conservée par la banque.

Le 16 juin 2010, Escher a transféré CHF 9 millions de son compte 0123 sur le compte 0987 de Fortuna LLC. Dès lors, Escher a investi, géré et fait fructifier les valeurs sur la base de sa procuration.

Le 6 mai 2013, Tanner a téléphoné à Blanchard, l'a informé du décès d'Escher et a convenu d'un rendez-vous fixé au 3 juin 2013. À cette date, Tanner a présenté son certificat d'héritier, qui la désignait comme seule héritière, et a demandé des renseignements sur l'ensemble de la relation bancaire 0123, en particulier sur tous les justificatifs de transactions des dix dernières années. Elle a en outre présenté une copie de la procuration qu'elle avait reçue d'Escher concernant la relation bancaire 0987 et a demandé des « renseignements complets » à ce sujet.

Blanchard ne lui a cependant remis qu'un extrait de la relation bancaire 0123 daté du jour même, qui indiquait une fortune de CHF 1 million. Il a refusé de fournir tout autre renseignement en invoquant la sphère privée économique d'Escher ainsi que le secret bancaire suisse, très strict et dont la violation est passible de sanctions. Blanchard a

qualifié la procuration sur la relation bancaire 0987 d'éteinte et a refusé de communiquer des informations en invoquant le secret bancaire. En lieu et place de cela, il a recommandé à Tanner de faire appel à un cabinet d'avocats aux Bahamas.

Le 11 juillet 2013, la Banque a contacté Henschman Ltd. et lui a proposé de gérer dès ce moment les actifs de Fortuna LLC avec la stratégie de placement la plus conservatrice (*fixed income*), pour un revenu forfaitaire annuel (conforme au marché) de 1% des actifs gérés, plus les frais de produits (notamment pour les fonds utilisés). Cette proposition, faite « afin de ne pas risquer de lacune dans la gestion », a été acceptée par Henschman Ltd. au nom de Fortuna LLC.

Pendant ce temps, Tanner a pris un avocat zurichois. Celui-ci a expliqué dans divers échanges de lettres avec la banque que la procuration concernant la relation bancaire 0987 était toujours valable et qu'Escher ne voulait garder aucun secret vis-à-vis de Tanner. Par ailleurs, cette dernière craignait une procédure pour soustraction d'impôt en Allemagne et souhaitait donc déposer une dénonciation spontanée non punissable avec déclaration complémentaire. Pour ce faire, elle aurait besoin d'avoir connaissance de tous les avoirs (potentiellement soustraits) de la relation bancaire 0987, et en tout cas d'avoir connaissance des avoirs transférés de la relation bancaire 0123 à la relation bancaire 0987. En effet, même pour une dénonciation spontanée en deux étapes (avec estimation provisoire et communication complète ultérieure), les informations reçues de la Banque ne suffisaient pas. Dans chaque courrier, l'avocat a attiré l'attention de la Banque sur le fait que son refus de fournir des informations violait aussi bien son contrat 0123 avec Escher (et maintenant Tanner) que le contrat 0987 conclu avec Fortuna LLC, qui était en réalité conclu en faveur d'Escher (puis de Tanner). Malgré cela, la Banque a maintenu la position déjà communiquée par Blanchard.

Fin 2013, Tanner a donc mandaté un cabinet d'avocats supplémentaire à Nassau. Celui-ci l'a informée de la procédure de *resealing*. Tanner a alors réalisé qu'en publiant le nom et l'adresse de son père dans la procédure de *resealing*, elle risquait de perdre sa possibilité de se dénoncer spontanément sans encourir de peine si les autorités allemandes apprenaient de leur propre chef l'existence de l'actif successoral. Elle a demandé au cabinet de chercher des solutions alternatives à la procédure de *resealing*.

Le cabinet a alors proposé à Tanner de signer un « *waiver* ». Après de longues négociations, Tanner a signé la déclaration suivante le 11 décembre 2014 : « *Je reconnais qu'en exécutant mes instructions concernant Fortuna LLC, en particulier en divulguant les informations que j'ai réclamées, Henschman Ltd. ne viole aucune obligation contractuelle ni aucune règle de confidentialité de quelque ordre juridique que ce soit. Par conséquent, je libère Henschman Ltd. de toute responsabilité quant aux éventuelles conséquences juridiques, fiscales ou autres que l'exécution desdites instructions pourrait entraîner dans quelque juridiction que ce soit* ».

Le 12 décembre 2014, conformément aux instructions de Tanner, Henchman Ltd. a ordonné à la Banque de fournir immédiatement à Tanner tous les renseignements souhaités, a résilié pour la fin de l'année le contrat de gestion de fortune pour lequel la Banque avait jusqu'alors débité le compte 0987 de CHF 150'000 et a exigé que cette somme soit immédiatement créditée. En outre, Fortuna LLC (agissant par l'intermédiaire de Henchman Ltd.) a valablement cédé à Tanner toutes ses prétentions découlant de la relation d'affaires avec la Banque et en relation avec celle-ci.

Toutefois, Tanner n'a pas réussi à finaliser et à déposer sa dénonciation spontanée et sa déclaration complémentaire avant la fin de l'année. À partir du 1er janvier 2015, une version plus sévère du § 398a du code fiscal allemand est entrée en vigueur. Selon cette nouvelle disposition, en cas de soustraction à partir d'un million d'euros, ces montants plus une majoration de 20% étaient dus (au lieu de 5% auparavant) – ce que l'avocat zurichois de la Banque avait déjà annoncé à plusieurs reprises.

Le 31 janvier 2018, Tanner a ouvert action contre la Banque auprès du *Handelsgericht* du canton de Zurich, avec « *l'intégralité des frais et dépens à la charge de la défenderesse* ». Elle a réclamé des dommages-intérêts de EUR 540'000 pour la différence entre l'amende fiscale qu'elle avait effectivement dû payer et celle qui aurait été due en 2013 si la Banque avait respecté son obligation de fournir des renseignements sur les avoirs de la relation bancaire 0987 à Tanner ou au moins de fournir des renseignements sur les sorties de fonds de la relation bancaire 0123 conformément au contrat.³ Elle a de plus réclamé des dommages-intérêts pour un montant de CHF 150'000 sur la base du droit cédé par Fortuna LLC (en raison de la gestion refusée à Tanner et de la gestion de fortune imposée de la relation bancaire 0987). Enfin, elle a réclamé (pour ses frais de justice, qu'elle a tous justifiés par des décomptes détaillés et des quittances) des dommages-intérêts de USD 24'000 pour l'étude de Nassau et une indemnité de CHF 12'000 pour l'avocat zurichois.

La qualité d'héritière universelle de Tanner concernant l'ensemble des droits successoraux de la succession d'Escher n'a pas été contestée dans son principe.

Le 10 octobre 2022, le *Handelsgericht* zurichois a admis l'action concernant EUR 540'000, CHF 150'000 et USD 24'000. Il a notamment considéré que la demanderesse avait attendu pour se dénoncer spontanément, respectivement en deux étapes, uniquement parce que et aussi longtemps que la défenderesse avait retenu les justificatifs des valeurs patrimoniales sorties de la relation bancaire 0123 ou créditées sur la relation bancaire 0987. Il a mis les frais de justice à la charge de la défenderesse et l'a condamnée à verser à la demanderesse une indemnité de CHF 12'000.

Rédigez les Mémoires de recours et de réponse au Tribunal fédéral.

³ Tanner n'a jamais fait valoir de droits à l'information en matière de droit successoral selon les art. 607 et 610 CC. Par conséquent, ces éléments ne doivent pas non plus être discutés devant le Tribunal fédéral en tant que base pour une action propre.