



Article scientifique

Article

2022

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust

Ludwiczak, Maria; Bonzanigo, Francesca

How to cite

LUDWICZAK, Maria, BONZANIGO, Francesca. Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust. In: Aktuelle juristische Praxis, 2022, n° 2, p. 146–151.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159839>



Qualité pour recourir de certaines entités particulières en entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust

MARIA LUDWICZAK GLASSEY*

FRANCESCA BONZANIGO**



Die Beschwerdelegitimation gegen eine Schlussverfügung, welche die Übermittlung der Bankunterlagen anordnet, wird gemäss Art. 80h Bst. b IRSG i.V.m. Art. 9a Bst. a IRSV grundsätzlich nur dem Kontoinhaber zuerkannt. Wenn der Inhaber jedoch nicht (oder nicht mehr) in der Lage ist, vor Gericht aufzutreten, ist die Beschwerdelegitimation nicht mehr durch die einfache Inhaberschaft des Bankkontos bestimmbar. Es stellt sich dann die Frage, wer in einer solchen Situation Beschwerde einlegen kann und unter welchen Bedingungen sie zulässig ist. Darüber hinaus bietet das eingeführte Systems ganz allgemein Anlass für kritische Anmerkungen.

La qualité pour recourir contre une décision de clôture ordonnant la transmission de la documentation bancaire est reconnue en principe au seul titulaire du compte en vertu de l'art. 80h let. b EIMP cum art. 9a let. a OEIMP. Toutefois, lorsque l'entité titulaire ne dispose pas (ou plus) de la capacité d'ester en justice, la qualité pour recourir n'est plus déterminable par la simple titularité du compte bancaire. Se pose alors la question de savoir qui peut recourir dans une telle configuration et quelles sont les exigences auxquelles est soumise l'admissibilité du recours. Par ailleurs, et plus généralement, la cohérence du système mis en place appelle des remarques critiques.

Inhaltsübersicht

- I. Introduction
- II. Qualité pour recourir en entraide pénale au sens strict : en général
- III. Quelques cas particuliers
 - A. La société dissoute et liquidée
 - B. L'hoirie
 - C. Le trust
- IV. Remarques critiques et conclusives

I. Introduction

La possibilité de recourir contre les décisions rendues dans le domaine de la coopération judiciaire internationale en matière pénale représente un moyen important pour assurer l'effectivité des libertés personnelles. La détermination de la personne disposant de la qualité pour recourir, aisée en matière notamment d'extradition puisqu'elle ressortit à l'extradable, l'est bien moins en matière d'entraide au sens strict. Après avoir exposé les règles générales relatives à la qualité pour recourir contre une décision de clôture ordonnant la transmission à l'étranger de documents, en particulier bancaires (II.), nous nous pencherons sur trois cas particuliers, à savoir ceux de la société dissoute et liquidée, de l'hoirie et du trust (III.), avant de formuler un certain nombre de remarques critiques (IV.).

II. Qualité pour recourir en entraide pénale au sens strict : en général

S'agissant des autorités, la loi accorde la qualité pour recourir en matière d'entraide au seul Office fédéral de la justice (art. 80h let. a de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, EIMP ; RS 351.1), y compris lorsque l'exécution de la demande est confiée à une autre entité. Ainsi, à titre d'illustration des effets de cette dichotomie, nous pouvons citer le cas du ministère public cantonal chargé de l'exécution de la demande d'entraide qui ne sera pas habilité à recourir contre une décision du tribunal des mesures de contrainte lui refusant la levée des scellés apposés sur des documents saisis sur demande étrangère. L'OFJ dispose de la qualité pour recourir dans tous les cas, indépendamment d'un éventuel intérêt pratique au recours¹.

Par ailleurs, dispose de la qualité pour recourir « qui-conque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée » (art. 80h let. b EIMP). Selon la jurisprudence, et malgré la lettre de la loi, la condition de l'« intérêt digne de protection » n'a pas de portée propre supplémentaire par rapport à celle exigeant d'être « personnellement et directement touché »². L'art. 80h let. b EIMP est précisé par l'art. 9a de l'Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale

* MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Dr iur., Chargée de cours à l'Université de Genève, Chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, Chargée de cours HES à la Haute école de gestion ARC, Neuchâtel.

** FRANCESCA BONZANIGO, MLaw, Assistante à la Faculté de droit, Université de Genève.

¹ TF, 1C_454/2009, 9.12.2009, c. 1.2 ; MARIA LUDWICZAK GLASSEY, Entraide judiciaire internationale en matière pénale. Précis de droit suisse, Bâle 2018, N 623.

² ATF 137 IV 134 c. 5.1.2.

(OEIMP ; RS 351.11), d'après lequel est « notamment » réputé personnellement et directement touché :

- « en cas d'informations sur un compte, le titulaire du compte » (let. a) ;
- « en cas de perquisition, le propriétaire ou le locataire » (let. b) ;
- « en cas de mesures concernant un véhicule à moteur, le détenteur » (let. c).

La jurisprudence interprète l'art. 9a OEIMP en ce sens que cette disposition vise à compléter l'art. 80h EIMP dans trois cas de figure dans lesquels la qualité pour recourir est octroyée exclusivement aux personnes mentionnées³. En d'autres termes, le caractère exemplatif de l'art. 9a OEIMP, reflété par l'adverbe « notamment », ne concerne pas le contenu des trois lettres de la disposition : s'agissant, par exemple, des informations sur un compte bancaire, seul le titulaire du compte dispose de la qualité pour recourir. Cette dernière sera ainsi niée notamment à l'ayant droit économique des valeurs déposées⁴, au détenteur d'une procuration sur le compte⁵, à la banque, à moins qu'elle ne soit elle-même titulaire du compte en question⁶, au tiers mentionné dans la documentation à transmettre⁷ ou encore à l'État requérant⁸.

Lorsque plusieurs personnes sont co-titulaires du compte, nous considérons que chacune d'entre elles dispose de la qualité pour recourir⁹. En effet, chaque titulaire, pris individuellement, est personnellement touché par la mesure d'entraide, si l'on suit la logique de l'art. 9a OEIMP et de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence.

Par ailleurs, si la titularité du compte passe d'une personne à une autre, à notre avis seul celui qui est le titulaire

au moment où le recours est interjeté pourra agir concernant la totalité de la documentation bancaire, y compris celle relative à la période antérieure au changement.

III. Quelques cas particuliers

Seule une entité disposant de la capacité juridique peut agir en justice¹⁰. Ainsi, par exemple, lorsque le compte bancaire est ouvert au nom d'une entité inexistante, la qualité pour recourir est niée¹¹. Il est des cas de figure dans lesquels l'art. 9a OEIMP ne permet pas d'octroyer la qualité pour recourir, le titulaire n'étant pas ou plus en mesure de l'exercer. Se pose alors la question de savoir comment déterminer la qualité pour recourir dans ces cas, à savoir en particulier lorsque la société titulaire du compte est dissoute et liquidée (III.A.), respectivement, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, qu'elle est décédée (III.B.) et, finalement, lorsque le compte bancaire est ouvert dans les livres de la banque au nom d'une entité ne disposant pas de la capacité juridique, tel le trust (III.C.).

A. La société dissoute et liquidée

Pendant moral de la personne physique décédée, la société dissoute et liquidée est une entité dont le cycle de vie a pris fin. Pour déterminer si la société peut contester la décision ordonnant la transmission de la documentation relative à un compte bancaire ouvert à son nom, il s'agira de déterminer, d'une part, l'état de la société au moment du recours et, d'autre part, si, du fait de cet état, elle dispose de la personnalité juridique.

Lorsque la personne morale est domiciliée en Suisse, le droit suisse sera applicable. Selon le CO, les causes de la dissolution sont diverses : la société peut être dissoute notamment par une clause statutaire (art. 736 ch. 1 CO) qui prévoit la dissolution lorsque, par exemple, le but fixé est atteint, ou une durée d'existence déterminée est arrivée à échéance. La dissolution de la société peut aussi être décidée par l'assemblée générale, respectivement les actionnaires (art. 736 ch. 2 CO). Une société dissoute mais non encore liquidée conserve sa personnalité juridique

³ TPF, RR.2016.277, 7.2.2017, c. 1.5.2. Voir aussi FRANÇOIS ROGER MICHELI, La qualité pour recourir dans les procédures d'entraide pénale et d'assistance administrative internationales, RDAF 2002 I 185, N 21 s.

⁴ ATF 129 II 268 c. 2.3.3. Voir aussi GIORGIO BOMIO/DAVID GLASSEY, La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. La quête du juste équilibre entre efficacité et protection des libertés, Jusletter 13 décembre 2010, N 28 s. ; MIRO DANGUBIC, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, 112 ss.

⁵ TF, 1A.87/2004, 3.6.2004, c. 2; BOMIO/GLASSEY (n. 4), N 30.

⁶ ATF 137 IV 134 c. 6.1; TPF 2008 172 c. 1.3.1 s.

⁷ ATF 130 II 162 c. 1.3, étant précisé que des exceptions pourraient trouver application en lien avec les dispositions en matière de protection des données personnelles (art. 11b ss EIMP). Voir à ce propos MARIA LUDWICZAK GLASSEY/FRANCESCA BONZANIGO, Protection des données et coopération internationale. Une cohabitation malaisée, PJA 2021, 998 ss.

⁸ ATF 119 Ib 64 c. 3b.

⁹ Voir la formulation utilisée in TF, 1A.3/2004, 3.5.2004, c. 2.2 (non reproduit in ATF 130 II 217).

¹⁰ TF, 4A_339/2009, 17.11.2009, c. 2; TPF, RR.2016.218-229, 24.5.2017, c. 2.2.1.

¹¹ TPF, RR.2016.218-229, 24.5.2017, c. 2.2.1.

(art. 739 al. 1 CO)¹². En revanche, après la liquidation, la personnalité juridique fait défaut¹³.

Lorsque la personne morale est domiciliée à l'étranger, le droit applicable se détermine en vertu des règles du droit international privé, dont les art. 154 al. 1 *cum* 155 let. b et c LDIP conduisent à l'application du droit de l'État en vertu duquel elle est organisée¹⁴. Ainsi, le Tribunal pénal fédéral a notamment eu à analyser le droit du Panama¹⁵, des Îles Vierges Britanniques¹⁶ ou encore du Belize¹⁷. Selon le droit panaméen par exemple (art. 85 de la loi panaméenne n° 32 sur les sociétés anonymes du 26 février 1927), la société dissoute ne perd pas automatiquement toute personnalité juridique : elle peut être maintenue durant la phase subséquente de liquidation, pour une durée de trois ans¹⁸. Ensuite, après l'échéance de cette période, la société ne dispose plus de la personnalité juridique et ce même si la liquidation n'est pas intervenue¹⁹. À titre de comparaison, en droit des BVI, la liquidation précède la dissolution (section 208 du *BVI Business Companies Act 2004*)²⁰.

Si la société ne dispose plus de la personnalité juridique au moment du recours, elle ne pourra pas exercer son droit, alors même qu'elle est, en principe, la seule à pouvoir le faire en sa qualité de titulaire du compte bancaire. La jurisprudence octroie alors, à titre exceptionnel et en dérogation à l'art. 9a OEIMP, la qualité pour recourir à l'ayant droit (personne physique ou morale) de la société qui n'est plus²¹. L'abus de droit est réservé²². La jurisprudence précise à ce titre que la liquidation est abusive lorsqu'elle est « intervenue, sans raison économique apparente, dans un délai proche de l'ouverture de l'action pénale dans l'État requérant »²³.

Bien que la jurisprudence ne soit pas particulièrement claire à cet égard, la notion d'ayant droit économique de

la société ne doit pas être confondue avec celle d'ayant droit économique du compte concerné par la transmission à l'étranger²⁴ : il peut, mais ne doit pas nécessairement s'agir de la même personne. Est habilité à recourir le bénéficiaire de la liquidation, c'est-à-dire des fonds ayant appartenu à la société après liquidation de celle-ci et paiement de toutes les dettes sociales²⁵. Il sied de préciser que « le montant qui résulte de la clôture d'un compte donné ne se confond pas toujours avec le produit de la liquidation. Tel est le cas seulement lorsque les valeurs déposées sur ladite relation bancaire constituent les uniques avoirs de la société »²⁶. La jurisprudence n'admet en particulier pas que le montant figurant sur le compte soit le produit de la liquidation lorsque la clôture du compte et le virement du solde sur un autre compte sont intervenus avant la dissolution²⁷. Même en admettant que les fonds présents sur le compte en question constituent le seul actif de la société, encore faut-il que le solde soit transféré vers un compte dont la personne voulant recourir est le titulaire. En effet, lorsque les fonds sont transférés vers un compte ouvert au nom d'une personne (morale) tierce, un doute demeure. Dans ce cas, il nous semble que la personne devra démontrer ses pouvoirs, postérieurement à la dissolution, sur le compte du tiers en question pour justifier sa qualité pour recourir²⁸. Dans le cas d'une société anonyme de droit suisse, le Tribunal pénal fédéral a précisé que la qualité d'ayant droit reviendrait aux actionnaires de la société dissoute (art. 745 CO). Toutefois, dans la mesure où dans ce cas la société avait été radiée du registre du commerce « sans aucune liquidation pour cause de défaut d'actifs », la qualité pour recourir devait être niée²⁹.

Le recours doit être interjeté non pas par la société, mais par l'ayant droit en son nom propre³⁰. Le fait de préciser, sur invitation de la Cour, que « la personne ayant signé la procuration à l'appui du recours est C. en sa qualité d'ayant droit économique de la société liquidée » n'est pas suffisant pour réparer le vice³¹. La personne doit démontrer que la société n'est plus, documents officiels à l'appui³². Elle peut ainsi produire, dans le cas d'une so-

¹² NICOLAS ROUILLER *et al.*, La société anonyme suisse, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2017, N 623 : « [L]orsque la dissolution est décidée, la société n'est pas encore morte ».

¹³ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 56 N 152.

¹⁴ ATF 135 III 614 c. 4.1.1; TPF, RR.2009.89-90, 3.12.2009, c. 2.1.

¹⁵ TPF, RR.2012.189, 13.2.2013, c. 1.3.2 b/bb).

¹⁶ TPF, RR.2016.132, 3.3.2017, c. 2.3.2 b/bb); RR.2014.190-193, 12.5.2015, c. 1.4.4.

¹⁷ TPF 2016 65 c. 2.2 ss; RR.2017.102, 17.8.2017, c. 1.10.

¹⁸ Pour un cas d'application, voir TPF, RR. 2019.321, 5.10.2020, c. 1.4.

¹⁹ Pour un cas d'application, voir TPF, RR.2019.322-323, 5.10.2020, c. 1.4.2.

²⁰ Pour un cas d'application, voir TPF, RR.2016.232-235, 3.3.2017, c. 2.3.2.

²¹ ATF 123 II 153 c. 2c.

²² ATF 123 II 153 c. 2c et 2d.

²³ TPF 2009 183 c. 2.2.1.

²⁴ Apparement *contra* TF, 1A.10/2000, 18.5.2000, c. 1e ; TPF, RR.2013.15-19, 2.5.2013 ; RR.2010.93-94, 10.6.2010, c. 3.2.1.

²⁵ TPF 2009 183 c. 2.2.2.

²⁶ TPF, RR.2017.238, 21.2.2018, c. 2.2 ; RR.2017.298-299, 29.3.2018, c. 1.3.3.2.

²⁷ TPF, RR.2017.298-299, 29.3.2018, c. 1.3.3.3.

²⁸ TPF 2009 183 c. 2.2.2.

²⁹ TPF, RR.2007.52, 13.6.2007, c. 3.2.

³⁰ TF, 1A.10/2000, 18.5.2000, c. 1e; TPF, RR.2014.11, 17.2.2014, c. 1.4.1.

³¹ TPF, RR.2014.11, 17.2.2014, let. G.

³² TF, 1A.10/2000, 18.5.2000, c. 1e; TPF 2009 183 c. 2.2.1.

ciété de droit suisse, un extrait du registre du commerce attestant de la radiation³³. En outre, elle doit prouver sa qualité de bénéficiaire de la liquidation. Elle peut le faire en produisant l'acte de dissolution la mentionnant « clairement » comme telle³⁴, mais la preuve peut également être apportée « par le biais d'autres moyens »³⁵.

Si la société est liquidée en faveur de plusieurs bénéficiaires, il nous semble que la qualité pour recourir doit revenir à chacun d'entre eux, par cohérence par rapport au cas du compte ouvert au nom de plusieurs co-titulaires (*supra* II.).

B. L'hoirie

Lorsqu'une personne décède et que lui survivent plusieurs héritiers, se crée la communauté héréditaire (l'hoirie)³⁶. L'hoirie n'est pas une personne morale, mais une construction juridique qui fait naître une propriété commune des membres de la communauté sur les actifs successoraux³⁷. Elle se compose des héritiers légaux et institués³⁸ et dure en principe jusqu'au partage de la succession (art. 602 al. 1 *in fine* CC). Durant ce laps de temps, se pose la question de savoir qui peut agir pour défendre les intérêts de la communauté héréditaire puisque l'hoirie n'a pas la personnalité juridique, respectivement la capacité d'ester en justice³⁹.

Il ressort de la jurisprudence que le droit de recourir doit en principe être exercé par l'ensemble des hoirs formant la communauté héréditaire⁴⁰. En d'autres termes, à la réception du mémoire de recours, le tribunal vérifiera si sont bien indiqués comme partie recourante tous les

hoirs nommément. Cette vérification se justifie puisque les hoirs ne peuvent faire valoir les droits appartenant à la communauté héréditaire que d'un commun accord et ce dans le but de garantir les intérêts de chacun sur la masse héréditaire encore indivise⁴¹.

L'on peut toutefois se demander si, lorsque le recours ne mentionne pas comme partie recourante chacun des membres de l'hoirie nommément, mais que ceux-ci sont aisément reconnaissables au travers des pièces déposées à l'appui du recours (comme, par exemple, un certificat d'héritiers ou d'autres pièces faisant référence à l'ensemble des héritiers), il doit être déclaré irrecevable ou si, au contraire, cela serait constitutif de formalisme excessif.

Le formalisme excessif est un aspect du déni de justice et se définit comme l'application stricte des règles de procédure qui « ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux »⁴². La jurisprudence déduit de l'interdiction du formalisme excessif notamment l'obligation pour l'autorité d'interpeller le plaideur relativement aux vices de forme aisément reconnaissables et de lui accorder cas échéant un délai supplémentaire pour régulariser l'acte⁴³.

Concernant la problématique qui nous intéresse, le TF a rendu un arrêt en procédure pénale dans le cadre d'un recours contre une décision de classement du ministère public du canton de Genève⁴⁴. Dans cette affaire, un avocat avait porté plainte pour le compte d'une hoirie contre trois intimés en leur reprochant de s'être indûment appropriés certains actifs du défunt. La plainte ayant été classée par le ministère public, l'autorité saisie sur recours avait déclaré ce dernier irrecevable estimant qu'il aurait dû être déposé pour le compte de chaque héritier et non pour le compte de l'hoirie. Devant le TF, les recourants ont dénoncé en particulier le formalisme excessif de l'instance précédente. Le TF a admis le recours, estimant que même si l'hoirie était désignée de manière erronée en qualité de recourante, il était possible de déterminer sans difficulté toutes les personnes qui la composaient, la liste des héritiers ressortant notamment de la plainte et des copies de documents officiels annexées à celle-ci⁴⁵. L'irrecevabilité ne se justifiait donc pas.

Ultérieurement, le Tribunal pénal fédéral a appliqué cette jurisprudence dans une affaire d'entraide judiciaire

³³ TPF, RR.2014.11, 17.2.2014, let. G et c. 1.4.2.

³⁴ TF, 1C_183/2012, 12.4.2012, c. 1.4 ; TPF, RR.2014.11, 17.2.2014, c. 1.4.1 et les réf. citées.

³⁵ TF, 1C_370/2012, 3.10.2012, c. 2.7 ; TPF, RR.2014.11, 17.2.2014, c. 1.4.1 et les réf. citées.

³⁶ CR CC II-SPAHR, art. 602 N 1, in : Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (édit.), Code civil II, Commentaire romand, Bâle 2016; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, art. 602 N 1, in : Thomas Geiser/Stephan Wolf (édit.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Basler Kommentar, 6^e éd., Bâle 2019.

³⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit des successions, 2^e éd., Berne 2015, N 1194.

³⁸ Notamment NICOLAS ROUILLER, art. 602 N 11, in : Antoine Eigenmann/Nicolas Rouiller (édit.), Commentaire du droit des successions, (art. 457-640 CC ; art. 11-24 LDFR), Berne 2012.

³⁹ ATF 116 Ib 447 c. 2a; TF, 5A_741/2020, 12.4.2021, c. 5.3.3; 1B_194/2012, 3.8.2012, c. 2.3. Voir aussi CHRISTINA GAIST, La communauté héréditaire : sa composition, ses biens et ses dettes en droit suisse, Genève, Zurich, Bâle 2015, 2.

⁴⁰ TPF, RR.2012.197, 13.2.2013, c. 1.4; TF, 1B_194/2012, 3.8.2012, c. 2.3.

⁴¹ ATF 121 III 118 c. 3.

⁴² ATF 145 I 201 c. 4.2.1 et les réf. citées.

⁴³ ATF 124 II 265 c. 4a.

⁴⁴ TF, 1B_194/2012, 3.8.2012.

⁴⁵ TF, 1B_194/2012, 3.8.2012, c. 2.3.

internationale en matière pénale à la France⁴⁶. Alors que le mémoire de recours indiquait l'hoirie de A. comme partie recourante (« Recours pour l'hoirie de feu Mme A. »), le Tribunal pénal fédéral a interpellé le conseil des recourants afin qu'il précise au nom de qui le recours était formé. Celui-ci répondant que le recours était formé par l'ensemble des hoirs, le vice de forme a été considéré réparé⁴⁷.

En résumé, lorsqu'il s'agit de recourir pour défendre les intérêts de l'hoirie, il convient de veiller à former le recours pour le compte de tous les hoirs, ou éventuellement de l'hoirie mais alors au nom de tous les hoirs ou d'un représentant légal de l'hoirie⁴⁸. En application de la jurisprudence susmentionnée relative au formalisme excessif, lorsque le tribunal reçoit un recours formé pour le compte d'une hoirie, il doit interpellé le ou les recourants. Si l'identité des membres de l'hoirie est aisément déterminable au moyen des pièces fournies à l'appui du recours et que ces personnes agissent bien de concert, le vice de forme n'a pas à être sanctionné par l'irrecevabilité.

Si, au moment du dépôt du recours, la titularité du compte est passée à un héritier à la suite du partage qui a eu lieu dans l'intervalle, seul cet héritier sera légitimé à recourir. Si, en revanche, le compte est clôturé, la cohérence du système avec la solution développée pour la société dissoute et liquidée (*supra* III.A.) voudrait que tous les héritiers puissent recourir conjointement si le partage n'est pas encore intervenu, et que chacun des héritiers puisse recourir individuellement si le partage a eu lieu. Ces situations appellent certaines remarques qui seront abordées en fin de contribution (*infra* IV.).

C. Le trust

Le trust se distingue de l'hoirie et de la société dissoute et liquidée en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une entité qui se substitue à une personne physique décédée, respectivement une personne morale dissoute et liquidée, mais d'une construction juridique nouvelle et autonome créée par son constituant. L'art. 2 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁴⁹ décrit le trust comme une relation juridique par laquelle le *settlor* (le constituant) confie des biens à un *trustee* chargé de les administrer dans un but déterminé ou dans l'intérêt

d'un ou plusieurs bénéficiaires. Une fois le trust constitué, la propriété des biens passe au *trustee* tout en constituant une masse distincte de son patrimoine personnel⁵⁰. Construction juridique originaire de la *common law*, le trust n'est pas une personne morale et ne dispose pas de la personnalité juridique⁵¹.

Du fait de l'absence d'une personnalité juridique propre, le trust ne peut s'opposer en sa qualité personnelle à la transmission de la documentation bancaire d'un compte pour lequel il est inscrit dans les livres de la banque comme titulaire⁵². La jurisprudence constante admet que la qualité pour recourir contre la décision de clôture appartient dans un tel cas au *trustee*, propriétaire des biens du trust⁵³. Si le *trustee* renonce à recourir contre la décision de clôture, les bénéficiaires du trust ou ses *protectors* ne peuvent se substituer à celui-ci, même si le *trustee* agit en violation des obligations qui lui incombent en vertu de l'acte constitutif⁵⁴. Le Tribunal pénal fédéral a cependant laissé ouverte la question de savoir si une qualité pour recourir subsidiaire pourrait leur être reconnue dans le cas où le *trustee* serait empêché d'agir pour des raisons objectives, indépendantes de sa volonté⁵⁵. Enfin, lorsque le trust est dissout, la qualité pour recourir se détermine par application analogique des règles relatives à la qualité pour recourir d'une société dissoute et liquidée (*supra* III.A.)⁵⁶. Ainsi pourra recourir la personne démontrant, pièces à l'appui, être la bénéficiaire de la liquidation du trust.

Concrètement, dans le cas où est visé par la décision de clôture un compte ouvert au nom d'un trust, l'on attendra que le recours soit formé par le *trustee* en son nom propre et en cette qualité particulière (exemple : « *D., als Trustee des DI-Trust* »⁵⁷). Toutefois, lorsqu'un recours est déposé pour le compte d'un trust, le tribunal devra, selon

⁴⁶ TPF, RR.2012.197, 13.2.2013.

⁴⁷ TPF, RR.2012.197, 13.2.2013, c. 1.4.

⁴⁸ TPF, RR.2010.122-125, 10.2.2011, c. 2.2.2 ; voir aussi LUDWICZAK GLASSEY (n. 1), N 631.

⁴⁹ Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; RS 0.221.371.

⁵⁰ PETER MAX GUTZWILLER, Schweizerisches Internationales Trustrecht, Kommentar zum Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (HTÜ) vom 1. Juli 1985 und zur schweizerischen Umsetzungs-Gesetzgebung vom 20. Dezember 2006, Bâle 2007, Introduction générale N 10.

⁵¹ TPF, 1B 1051/2018, 19.12.2018, c. 1.2.2; TPF, RR.2021.38, 14.6.2021, c. 2.1.2. Voir aussi OLIVER ARTER, Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»? , PJA 2012 506 ss, 509.

⁵² Voir notamment TPF, RR.2010.200-201, 20.01.2011, c. 3.1, où un recours déposé par un trust « in seiner «ureigenen Eigenschaft» als Trust » a été déclaré irrecevable.

⁵³ TPF, RR.2021.38, 14.6.2021, c. 2.1.2; RR.2018.77-80, 23.10.2018, c. 2.2.2; RR.2010.200-201, 20.1.2011, c. 3.1.

⁵⁴ TPF, RR.2015.196-198, 18.11.2015, c. 3.2.6.5

⁵⁵ TPF, RR.2015.196-198, 18.11.2015, c. 3.2 ss.

⁵⁶ TPF, RR.2010.200-201, 20.01.2011, c. 3.3.2.

⁵⁷ TPF, RR.2018.70-80, 15.05.2018.

nous, interpellé la partie recourante pour déterminer si la personne qui agit est bien le *trustee*, tout comme il le fait lorsqu'il réceptionne un recours déposé par une hoirie (*supra* III.B.). S'il ressort des pièces déposées à l'appui du recours et de la réponse donnée à l'interpellation que le trust agit à travers son *trustee*, nous sommes d'avis que le vice de forme doit être réparé sans être sanctionné par l'irrecevabilité, de manière similaire à la jurisprudence développée pour l'hoirie. Une application analogique de cette jurisprudence se justifie d'autant plus pour un trust dès lors que le *trustee* est aisément identifiable par l'acte constitutif en particulier, indispensable à la création du trust. Ce n'est toutefois pas la position adoptée par le Tribunal pénal fédéral dans un arrêt récent, dans lequel il n'a pas été fait référence à la jurisprudence relative à l'hoirie⁵⁸.

IV. Remarques critiques et conclusives

Dans les configurations particulières que nous avons abordées dans la présente contribution, les exigences fixées par la jurisprudence s'agissant de la qualité pour recourir sont élevées, en particulier pour ce qui concerne le bénéficiaire de la société dissoute et liquidée. Lorsque le recours est interjeté au nom d'une personne qui ne dispose pas de la qualité idoine, il doit être déclaré irrecevable. Toutefois, lorsqu'il ressort du recours et des pièces l'accompagnant, voire des éléments fournis par le recourant sur interpellation du Tribunal, que le recours est interjeté par la personne habilitée, il nous semble relever du formalisme excessif de sanctionner d'irrecevabilité.

Plus généralement, dans le cadre des réflexions relatives à la qualité pour recourir de certaines entités particulières, autres que le titulaire du compte bancaire, il nous semble essentiel de ne pas s'écarter du texte de la loi. Pour rappel, l'art. 80*h* let. b EIMP prévoit que dispose de la qualité pour recourir « quiconque est personnellement et directement touché par une mesure d'entraide » et « a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ». L'art. 9*a* let. a OEIMP crée une fiction, discutable selon nous, selon laquelle le titulaire du compte est – nécessairement – personnellement et directement touché, ce à quoi la jurisprudence ajoute, d'une part, que la seconde condition légale (« intérêt digne de protection ») n'a pas à être remplie et, d'autre part, que le titulaire est en principe le seul à être personnellement et directement touché. Sur cette fiction et son interprétation jurispruden-

tielle, la jurisprudence construit encore une exception, lorsque le titulaire n'est plus. Toutefois, les deux conditions posées cumulativement par la loi ne font plus partie du raisonnement : on ne se demande aucunement si les hoirs, respectivement le bénéficiaire de la liquidation de la société, sont personnellement et directement touchés ni si ces personnes disposent d'un intérêt digne de protection. L'on peut d'ailleurs en douter, en particulier lorsque le compte concerné est clôturé, ou lorsque le titulaire intervient comme homme de paille de l'ayant droit économique.

Au fil des arrêts, la jurisprudence a ainsi vidé de sa substance une des deux conditions, l'intérêt digne de protection ne devant pas être analysé lorsqu'un titulaire du compte existe, puis a supprimé la seconde dans les cas où le titulaire n'existe plus, seule se posant la question de l'« héritage ». La solution conduit d'ailleurs à des situations qui nous paraissent absurdes, notamment lorsque la radiation de la société a lieu sans liquidation pour cause de défaut d'actifs⁵⁹. La jurisprudence nie alors la qualité pour recourir faute de « bénéficiaire », sans qu'on voie quel est le lien entre la situation financière de la société en fin de vie et le caractère personnellement et directement touché de la personne lui « succédant », voire l'intérêt que celle-ci peut avoir à s'opposer à la transmission de documentation bancaire.

⁵⁸ TPF, RR.2021.38, 14.6.2021.

⁵⁹ TPF, RR.2007.52, 13.6.2007, c. 3.2.