UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2024

Published version Open Access

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

# L'entreprise dans les filets de l'entraide judiciaire : une partie assignée au rôle de spectatrice ?

Ludwiczak, Maria; Moreillon, Laurent

**How to cite**

LUDWICZAK, Maria, MOREILLON, Laurent. L'entreprise dans les filets de l'entraide judiciaire : une partie assignée au rôle de spectatrice ? In: Développements récents en droit pénal de l'entreprise V. Macaluso, Alain ; Moreillon, Laurent ; Lombardini, Carlo ; Garbarski, Andrew M. (Ed.). Lausanne. Berne : Stämpfli, 2024. p. 47–61. (Collection lausannoise. CEDIDAC)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:182234

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

# L'entreprise dans les filets de l'entraide judiciaire : une partie assignée au rôle de spectatrice ?

MARIA LUDWICZAK GLASSEY
Dr iur., Professeure,
Facultés de droit, Universités de Genève et Neuchâtel

LAURENT MOREILLON
Dr iur., Professeur honoraire,
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique,
Université de Lausanne
Avocat-conseil à Lausanne

**Table des matières**

**I. Introduction ..... 47**

**II. Perquisition et scellés dans la procédure d'entraide (art. 248 et 248*a* CPP) ..... 48**

**III. Transmission de pièces impliquant directement ou non l'entreprise ..... 53**

**IV. Frontières entre l'entraide judiciaire civile et pénale ..... 54**

**V. Qualité pour recourir : aspects choisis ..... 56**
A. Le cas du trust ..... 56
B. La société dissoute et liquidée ..... 57

**VI. Tiers et protection des données personnelles ..... 58**

**VII. Conclusion ..... 60**

**VIII. Bibliographie ..... 60**

## I. Introduction

Dans toute procédure d'entraide judiciaire pénale internationale, l'entreprise, qu'elle soit directement soupçonnée ou non, est souvent confrontée à

© Stämpfli Editions SA Berne

la rigueur des mesures de contrainte ordonnées par l'État requis, en l'occurrence la Suisse.

Son rôle se limite-t-il à celui de spectatrice ? Et quels sont ses droits et obligations dans ce type de situation ?

Plus particulièrement, quelle position doit-elle adopter, lorsque ses intérêts directs ou indirects, voire ceux d'un tiers (client) sont menacés ou exposés ? À quelles conditions doit-elle, en cas de perquisition, demander la mise sous scellés de documents sensibles ? Quelle est sa position lorsque son nom ou son activité est mentionné par un témoin entendu dans le cadre de cette procédure ? Qu'en est-il de son devoir de protéger des informations personnelles concernant ses employés ? Quelle est sa qualité pour agir et recourir ? Qu'en est-il lorsque cette entreprise est un trust ou une société en liquidation ou dissolution ? Enfin, quelle sa position dans le cadre d'une entraide internationale en matière pénale ou civile ?

Ces différentes et nombreuses questions témoignent de la complexité du sujet, que les auteurs cherchent à résoudre dans la présente contribution.

## II. Perquisition et scellés dans la procédure d'entraide (art. 248 et 248*a* CPP)

Dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire pénale, l'entreprise est très souvent confrontée à une perquisition susceptible d'aboutir à une demande de mise sous scellés.

Souvent, au stade de la perquisition ou de l'obligation de dépôt de documents, l'entreprise n'est pas (encore) partie à la procédure. Mais il s'agira pour elle de réagir, soit pour protéger ses propres intérêts, soit ceux d'un tiers directement touché, à l'image de ses propres clients, pour certains non encore avisés des mesures décidées par l'autorité.

L'entreprise est certes une « *spectatrice* » de la perquisition. Toutefois, comme on va le voir, son rôle peut devoir se révéler très actif dans le nouveau droit des scellés entré en vigueur au 1er janvier 2024[1].

[1] Nouvelle teneur des articles 248 et 248*a* CPP, introduits selon le ch. I de la LF du 17 juin 2022, en vigueur depuis le 1er janv. 2024 (RO 2023 468 ; FF 2019 6351). C'est le lieu de préciser que dans le cadre d'un recours en matière pénale, le TF *contrôle uniquement l'application correcte par l'autorité cantonale du droit fédéral en vigueur au moment où celle-ci a statué* (art. 453 al. 1 CPP ; ATF 145 IV 137, consid. 2.6 ss ; ATF 129 IV 49, consid. 5.3 ; tout récemment : TF, 7B_1009/2023 du 6 février 2024, consid. 1.1). Si l'arrêt cantonal attaqué a été rendu avant le 1er janvier 2024, c'est l'ancien droit qui s'applique (TF, 7B_1009/2023 précité). Si le TF a annulé l'arrêt

 © Stämpfli Editions SA Berne

S'agissant d'une procédure de coopération judiciaire pénale, la perquisition et la mise sous scellés est régie par les articles 246-248*a* CPP, qui s'appliquent par analogie à la Loi fédérale sur l'entraide pénale internationale (EIMP)[2]. Conformément à l'article 9 EIMP, lors de l'exécution de la demande, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner. Les articles 246 à 248 CPP s'appliquent par analogie à la perquisition et à leur mise sous scellés[3]. Il en va de même de l'article 264 CPP auquel renvoie l'article 248 CPP.

Le nouveau droit, entré en vigueur au 1er janvier 2024 a-t-il changé la situation ? On le verra, cette réforme a durci les droits du justiciable confronté à une procédure de scellés.

Pour bien comprendre la portée du nouveau droit, il convient de rappeler la jurisprudence antérieure rendue sous l'empire du droit en vigueur au 31 décembre 2023.

On rappellera à ce titre deux arrêts de principe.

Un premier arrêt, rendu il y a plus de 10 ans[4], rappelait la protection des tiers ayants-droits et possesseurs dérivés de données susceptibles d'être saisies. Le TF rappelait que les mesures de contrainte susceptibles de toucher les droits fondamentaux de personnes non prévenues ne pouvaient être mises en œuvre qu'avec retenue. Tel était le cas d'une banque, d'une fiduciaire, d'un établissement d'assurance, mais surtout de leurs clients.

Un second arrêt, non publié[5], rappelait que le cercle des tiers protégés devait correspondre autant que possible à celui des personnes visées à l'article 248 al. 3 CPP. Ainsi, la faculté pour s'y opposer dépassait le cercle des personnes seules détentrices de l'objet ou des valeurs saisies pour englober tout justiciable pouvant faire valoir un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret sur le contenu des documents. On notera que dans cet arrêt[6] le Tribunal fédéral avait indiqué qu'il appartenait au Ministère public d'attirer l'attention du tiers concerné sur la faculté de s'opposer à la perquisition de données le concernant.

---

cantonal à une date postérieure au 1er janvier 2024, l'autorité cantonale appelée à restatuer devra appliquer le nouveau droit (art. 453 al. 2 CPP), ce qui pourrait donner lieu à des situations problématiques, comme on le verra dans cette contribution.

2 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (Loi sur l'entraide pénale internationale, EIMP), RS 351.1.

3 Précisons qu'à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CPP au 1er janvier 2024, en particulier de celles sur la procédure de scellés, le législateur a introduit un nouvel article 248*a*. Le texte de l'article 9 EIMP est toutefois demeuré inchangé, sans doute à la suite d'une omission du législateur.

4 ATF 140 IV 28, JdT 2014 IV 206.

5 TF, 1B_309/2012 du 6 novembre 2012.

6 TF, 1B_309/2012 du 6 novembre 2012, consid. 5.4.

© Stämpfli Editions SA Berne

À défaut, ce dernier, une fois averti, pouvait en tout temps et dans le délai de 5-7 jours fixé par la jurisprudence, requérir la mise sous scellés des objets et données le concernant.

La réforme du droit des scellés proposée par le Conseil fédéral visait à codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral en instaurant en plus une instance cantonale de recours à l'encontre des décisions rendues en première instance par le Tribunal des mesures de contrainte, ce avant la saisine du TF.

Les Chambres en ont décidé autrement[7]. Le principe de la double-instance cantonale n'a pas été retenu, les droits de tiers concernés non prévenus ont été sensiblement réduits et la procédure devant le Tribunal des mesures de contrainte dorénavant rigoureusement encadrée (art. 248*a* nouveau CPP), ce pour garantir une uniformisation des procédures cantonales. Sous l'angle formel, le délai pour requérir la mise sous scellés est désormais réduit de 5-7 jours à 3 jours, seul le détenteur pouvant requérir la mise sous scellés. Quant aux motifs justifiant la demande de scellés, ils sont réduits à ceux figurant à l'article 264 CPP, la mention sous l'empire de l'ancien droit à « *d'autres motifs* », à l'image du secret commercial ou de fabrication disparaissant[8]. Cela signifie, concrètement, que la demande de mise sous scellés ne peut porter que sur des documents concernant les contacts entre le prévenu et son défenseur (art. 264 al. 1 let. a), les documents personnels et la correspondance du prévenu si l'intérêt à la protection de la personnalité prime l'intérêt à la poursuite pénale (art. 264 al. 1 let. b), ou encore les objets et les documents concernant les contacts entre une personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice en vertu de la LLCA et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire (art. 264 al. 1 let. d CPP).

Ces changements ne sont pas sans incidence sur la situation de l'entreprise confrontée à des mesures de perquisition dans le cadre d'une procédure de coopération judiciaire.

Un premier cas de figure pourrait être le suivant. L'entreprise se sent concernée, impliquée, respectivement menacée et craint dans ce contexte l'ouverture d'une procédure nationale suisse à son encontre. Dans cette perspective, elle choisit de ne pas requérir la demande de mise sous scellés de documents la concernant ou concernant des tiers en sa possession, préférant la voie de la négociation avec l'autorité pénale compétente. Après 3 jours, la perquisition est

7 Sur ces questions, MOREILLON, p. 1 ss, sp. p. 15-16.

8 Selon l'article 248 al. 1 nouveau CPP, si le détenteur s'oppose au séquestre de certains documents, enregistrements ou autres objets en vertu de l'art. 264, l'autorité pénale les met sous scellés. Le détenteur doit requérir la mise sous scellés dans les trois jours suivant la mise en sûreté […].

 © Stämpfli Editions SA Berne

définitive permettant ainsi la saisie et le séquestre des objets litigieux qui seront définitivement versés à la procédure.

À cette première hypothèse, on peut en rattacher une seconde. L'entreprise n'est ni concernée ni suspectée. Elle se montre simplement négligente dans la gestion des intérêts de ses clients ou des tiers concernés. Elle omet de requérir la mise sous scellés. Dans cette situation, après 3 jours, les objets et valeurs seront définitivement séquestrés.

Dans les deux cas, le tiers concerné perd tous ses droits, solution singulièrement différente de ce que prévoyait la jurisprudence sous l'empire de l'ancien droit. Tout au plus, ce dernier pourra-t-il demander le retranchement des pièces litigieuses en requérant une décision motivée et susceptible de recours au sens de l'article 393 ch. 1 let. a CPP. Cette procédure demeure aléatoire et les objets et données litigieux auront été installés à la procédure jusqu'à droit connu sur la demande de leur retrait.

Il est vrai que le nouvel article 248 al. 2 CPP offre un certain remède à ce tiers touché[9]. L'autorité pénale, si elle constate que le requérant n'est pas le vrai détenteur, peut interpeller l'ayant-droit concerné et lui impartir un délai de 3 jours pour demander la mise sous scellés des documents. Cela ne résout malheureusement pas tout. Si cette autorité ne s'aperçoit de rien et transmet le dossier tel quel au Tribunal des mesures de contrainte en vue de la levée des scellés, le Tribunal des mesures de contrainte statuera en l'état, à moins qu'il ne s'aperçoive que le détenteur n'a pas la qualité requise, auquel cas il interpellera l'ayant droit concerné et lui impartira un délai non prolongeable de 10 jours pour requérir la mise sous scellés[10]. Qu'en est-il cependant si ni le Ministère public ni le Tribunal des mesures de contrainte n'interpellent ce véritable ayant droit ? Les droits de ce dernier seront définitivement forclos et les données définitivement installées à la procédure.

Dans cette hypothèse de dichotomie entre les droits du détenteur et ceux de l'ayant droit, les articles 248-248*a* ne donnent aucune indication sur la solution au litige. Si le Ministère public ou le Tribunal des mesures de contrainte

9 Selon cette disposition, dès que l'autorité pénale constate que le détenteur n'est pas l'ayant droit, elle donne la possibilité à ce dernier la possibilité de demander, dans un délai de 3 jours, la mise sous scellés des documents, enregistrements ou autres objets […].

10 Selon l'article 248*a* al. 2 et 3 CPP, si, après réception de la demande de levée des scellés, le tribunal constate que le détenteur n'est pas l'ayant droit, il informe ce dernier de la mise sous scellés des documents, enregistrements ou autres objets. Si celui-ci en fait la demande, il lui accorde le droit de consulter le dossier. Le Tribunal impartit à l'ayant droit un délai non prolongeable de 10 jours pour s'opposer à la demande de levée des scellés et indiquer la mesure dans laquelle il souhaite que les scellés soient maintenus. L'absence de réponse est réputée constituer un retrait de la demande de mise sous scellés.

© Stämpfli Editions SA Berne 

interpelle l'ayant droit, le détenteur reste-t-il partie à la procédure ? Peut-il contester l'interpellation de l'ayant droit ? Et qu'en est-il si l'ayant droit interpellé ne demande pas la mise sous scellés ? L'article 248*a* al. 3 *in fine*, prescrivant qu'en pareil cas la demande de mise sous scellés est considérée comme retirée, s'applique-t-il également au détenteur ou celui-ci doit-il être considéré comme définitivement écarté de la procédure ? Autant de questions demeurées sans réponses qu'il appartiendra à la jurisprudence de trancher[11]. Cela montre à quel point l'entreprise, impliquée ou touchée dans une procédure d'entraide judiciaire, devra se montrer particulièrement réactive pour protéger les intérêts de ses clients ou de tiers.

Enfin, la durée du délai, 3 jours, retenue par le législateur, est manifestement trop courte. Elle incitera l'entreprise détentrice, dans le doute, à requérir préventivement la mise sous scellés, ce qui devrait immanquablement contribuer à l'engorgement des Tribunaux de mesures de contrainte. À cela s'ajoute qu'il lui sera extrêmement difficile d'indiquer dans sa requête quels types d'objets ou de données devront être mises sous scellés pour satisfaire son devoir de collaboration et d'explications circonstanciées[12].

Ces solutions législatives dérogent en outre à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'emprise de l'ancien droit. On pensera notamment à un arrêt, publié, rendu en 2015[13]. Il portait sur la perquisition de données de clients au sein d'un cabinet médical, le médecin étant prévenu d'infractions à la LPTh[14]. Le médecin devait-il caviarder lui-même les données sensibles de plusieurs centaines de ses patients ou le Tribunal des mesures de contrainte devait se livrer à ce travail ? Le Tribunal fédéral avait clairement tranché en faveur d'une obligation incombant à cette autorité judiciaire, même si la mise en prévention du médecin justifiait la levée du secret médical[15]. La jurisprudence rendue ultérieurement semble renverser cette solution[16]. La mise en prévention met en échec toute forme de secret professionnel et la personne poursuivie devra entreprendre toute mesure pour caviarder elle-même les données sensibles de ses

11 Sur ces questions, MOREILLON, p. 17.

12 On peut imaginer une entreprise confrontée à la perquisition de milliers d'adresses mails lui appartenant ou à ses clients. Le devoir de collaboration du requérant aux scellés a souvent été rappelé par la jurisprudence : ATF 143 IV 462, consid. 2.1 ; TF, 7B_130/2024 du 3 mai 2024, consid. 4.2.2. En présence de données complexes, la jurisprudence se montre d'autant plus exigeante : ATF 141 IV 77, consid. 4.3 ; TF, 7B_ 130/2024 du 3 mai 2024, consid. 4.2.2.

13 ATF 141 IV 77, JdT 2015 IV 6.

14 Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), RS 812.21.

15 TF, 1B_264/2018 du 28 septembre 2028, consid. 2.2.

16 TF, 7B_130/2024 du 3 mai 2024, consid. 4.3.

 © Stämpfli Editions SA Berne

patients ou clients. On ignore si la solution sera différente si l'entreprise concernée ne fait l'objet d'aucune enquête pénale la concernant.

## III. Transmission de pièces impliquant directement ou non l'entreprise

Bien souvent, dans la procédure de coopération judiciaire pénale, l'entreprise se voit assigner un rôle purement passif et ne dispose guère de légitimité pour s'opposer à la transmission de pièces. Plusieurs cas récents méritent d'être signalés.

En premier lieu, il incombe de rappeler la portée (limitée) de l'article 80*h* EIMP, qui définit la qualité de partie et celle pour recourir[17]. L'entreprise doit en premier lieu apporter la démonstration qu'elle est personnellement et directement touchée par la perquisition et qu'elle peut faire valoir un intérêt digne de protection[18]. Cela signifie l'existence d'un rapport de proximité spécifique de la personne ou de l'entreprise concernée en relation avec la décision finale. En d'autres termes, une atteinte indirecte est insuffisante. On pensera au représentant de l'entreprise, entendu comme témoin dans le cadre de la procédure d'entraide judiciaire, qui produit des documents dont il avait la possession immédiate et qui concernent l'entreprise. Si ces documents concernent directement le témoin, l'entreprise n'est qu'indirectement touchée, ce même si le nom ou l'activité de l'entreprise est évoqué. Elle ne dispose pas de la qualité pour agir. Cette jurisprudence a été rappelée récemment par le TPF[19].

Qu'en est-il si l'affaire étrangère, objet de la demande d'entraide judiciaire pénale avec la Suisse a été classée dans l'État requérant ? L'entreprise concernée, frappée de mesures (perquisition et séquestre de valeurs ou de données la concernant) peut-elle demander par le biais d'une décision finale la clôture de la procédure de coopération ? La jurisprudence répond par la négative à cette question[20]. La Suisse se doit de respecter ses obligations internationales et maintenir la mesure tant que l'État requérant n'a pas retiré sa demande d'entraide et que le principe de célérité est respecté. Il en va de même si l'affaire a déjà été jugée à l'étranger et que la personne suspectée a été définitivement condamnée. Tant que la demande de coopération subsiste, le principe de l'utilité potentielle ne s'oppose pas à ce que de nouvelles mesures, portant sur des mêmes faits dans cette même affaire, soient entreprises, ne serait-ce que pour

17 Sur ces questions, PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 80*h*, N 8 ss.
18 ATF 137 IV 134, consid. 7.6, JdT 2012 IV 67.
19 TPF, RR.2023.157 du 7 novembre 2023, consid. 5.2 et 5.3.
20 TPF, RR.2023.34 du 12 décembre 2023, consid. 8.1.

© Stämpfli Editions SA Berne

découvrir l'identité d'autres auteurs ou comparses. Le principe *ne bis in idem* fait manifestement défaut[21].

## IV. Frontières entre l'entraide judiciaire civile et pénale

Les frontières entre la coopération judiciaire pénale et civile sont parfois floues et peuvent donner lieu à des situations contradictoires pour l'entreprise. La question est de déterminer la qualité du détenteur de comptes ou de l'entreprise (banque) pour s'opposer à la production de données dans le cadre d'une entraide civile de l'étranger. En d'autres termes, quelle est la solution lorsque la banque est confrontée à la sauvegarde du secret bancaire face au juge civil étranger ?

On rappellera la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Sur le principe et du point de vue suisse, pour déterminer si l'entraide peut être accordée au juge civil étranger, il y a lieu de rechercher préalablement si le titulaire du compte concerné a été entendu au préalable dans la procédure étrangère, ce pour lui permettre de contester la mesure à prendre ou d'en proposer d'autres[22]. Pour le TF, si cette première étape dans la procédure étrangère fait défaut, la violation du droit d'être entendu est caractérisée. Le juge de la coopération civile devra reconnaître une violation de l'ordre public comme une atteinte à la souveraineté de la Suisse. En pareil cas, l'entraide civile doit être refusée[23].

Cette solution a été quelque peu nuancée par la suite, dans un arrêt non publié toutefois[24]. Le TF a précisé qu'il peut être remédié à l'étranger au défaut procédural si le titulaire avait la faculté d'intervenir lui-même dans la procédure afin de faire valoir ses droits. Ce qui fonde dès lors le refus de la coopération civile, c'est le fait que le juge étranger ne connaisse pas l'existence de la partie susceptible d'être touchée par la mesure. Cette différence de solution s'explique aussi peut-être par le fait que, dans l'arrêt précédent, le litige portait sur la qualité de partie du tiers recourant contre la décision de clôture finale rendue en Suisse alors que, dans la seconde espèce, le litige portait sur la qualité de partie à l'admission de ce titulaire dans la procédure d'exécution en Suisse[25].

On citera également un arrêt plus récent, rendu en mars 2023[26]. Les faits, plus complexes, étaient les suivants. Un directeur et gérant d'une institution privée,

21 TPF, RR.2022.159-160 du 4 octobre 2013, consid. 4.2 et 4.3.
22 ATF 142 II 116, consid. 3.2 et 3.4, arrêt rendu en 2015.
23 ATF 142 II 116, consid. 3.2 et 3.4, arrêt rendu en 2015.
24 TF, 4A_167/2017 du 29 août 2017.
25 Sur ces questions, voir notamment : FISCHER ; HIRSCH.
26 ATF 149 III 235, consid. 4.5, résumé, l'intégralité de l'arrêt étant consultable sous TF, 4A_389/2022.

 © Stämpfli Editions SA Berne

mais para-étatique, sise à l'étranger, était soupçonné d'enrichissement illégitime au détriment de cette dernière par le versement de commissions secrètes auprès de plusieurs établissements bancaires dont la recourante en Suisse. Une première procédure pénale avait été ouverte par l'État de domicile de cet établissement. Parallèlement, une procédure pénale avait été ouverte par le Ministère public de la Confédération en Suisse contre ce gérant et l'institution étrangère s'était portée partie plaignante à cette procédure. Dans le cadre d'un ordre de dépôt, cette banque avait produit toute la documentation dans le dossier pénal suisse. L'institution étrangère, en raison de son caractère quasi-étatique avait été considérée dans la procédure suisse comme potentiellement susceptible de transmettre tout ou partie des documents à l'État de domicile de l'institution au mépris des règles sur l'entraide judiciaire pénale. D'où un accès limité aux pièces essentielles du dossier avec interdiction d'en lever des copies. Cette même institution ouvre un procès civil au Royaume-Uni contre le gérant et la banque suisse. Le Tribunal civil suisse, à la requête de la banque, reçoit une demande d'entraide judiciaire civile du Juge britannique, fondée sur les Conventions de la Haye, et portant sur la production, par la banque suisse, de toute la documentation bancaire concernant ce gérant. Ce mode de faire permettait ainsi à la banque de s'affranchir des exigences en matière de protection du secret bancaire (art. 47 LB[27]). En première instance, le juge suisse autorise la banque à produire les données. Cette décision, à la demande du gérant, sera réformée par l'autorité d'appel qui rejette la demande de coopération. La banque saisit le Tribunal fédéral. Ce dernier rappelle que le litige doit être tranché selon les exigences du droit de procédure de l'État requis, en l'occurrence le droit suisse. Dans ce contexte, c'est l'exécution de la commission rogatoire qui est décisive, non la finalité de celle-ci pour déterminer si celle-ci est susceptible de porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis. Pour le TF, de tels concepts doivent être interprétés restrictivement. En définitive, les deux procédures (pénale et civile) sont de nature différente. Elles ne concernent pas nécessairement les mêmes parties et leurs objectifs divergent souvent : dans la procédure civile, la banque cherche à se défendre. Or, selon le droit suisse, seule l'autorité suisse peut délier une banque du secret bancaire. Ce n'est pas non plus à la Suisse d'indiquer le sort des pièces à verser dans le cadre de la procédure étrangère. C'est aux parties concernées de requérir du juge étranger des mesures similaires à celles ordonnées dans la procédure pénale suisse.

27 Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargnes (Loi sur les banques, LB), RS 952.0.

© Stämpfli Editions SA Berne 

## V. Qualité pour recourir : aspects choisis

La qualité pour recourir contre les décisions rendues en matière d'entraide judiciaire internationale en matière pénale est un des aspects les plus cruciaux de ce domaine, non seulement parce qu'elle permet de s'opposer à la transmission à l'étranger, mais aussi en tant qu'elle implique la qualité de partie à la procédure. En général, et sans entrer dans les détails, dispose de la qualité de partie, et donc de partie à la procédure régie par l'EIMP, celui qui est personnellement et directement touché par la mesure d'entraide (art. 80*h* let. B EIMP). Lorsque la décision de clôture de la procédure porte sur la transmission à l'État étranger de documentation bancaire, cette qualité revient exclusivement au titulaire du compte bancaire en question (art. 9*a* let. a OEIMP).

La règle est générale et simple, conformément à sa vocation[28] : est visée la personne désignée dans les livres de la banque comme le titulaire du compte, indépendamment de savoir s'il s'agit d'une personne physique ou morale, suisse ou étrangère, par exemple une société *off-shore*. Si le compte bancaire est ouvert au nom d'une entité fictive ou sous un faux nom, personne ne dispose en principe de la qualité pour recourir[29].

La situation est plus compliquée notamment lorsque la personne désignée dans la documentation bancaire est un *trust*, qui ne dispose pas de la capacité d'ester en justice selon le droit suisse (*infra* A.), ou une entité qui n'existe plus au moment du recours, telle une société dissoute et liquidée (*infra* B.).

### A. Le cas du *trust*

Le *trust*, construction juridique originaire de la *Common law* et inconnu du droit suisse, ne dispose pas de la personnalité juridique. Par conséquent, il ne dispose pas de la capacité juridique et ne peut ester en justice devant les tribunaux suisses. Il ne peut donc pas s'opposer, en sa qualité personnelle, à une décision rendue en matière d'entraide[30], bien qu'elle porte sur la transmission à l'étranger de la documentation relative à un compte bancaire ouvert à son nom.

Interjeté au nom du *trust*, le recours est irrecevable, à teneur de la jurisprudence actuelle. Il ne sera pas possible de corriger le vice procédural, en ce sens que le recourant n'a pas à être interpellé par l'autorité[31]. On peut toutefois se

28 FF 1995 III 1, p. 2 ; OK ISRG-Poglia/Jakubowski, Art. 80h, N 8.
29 ATF 131 II 169, consid. 2.2.2 ; ATF 129 II 268, consid. 2.3.3 ; PC EIMP-Ludwiczak Glassey, art. 80*h*, N 15.
30 TPF, RR.2021.38 du 14 juin 2021, consid. 2.1.2.
31 TPF, RR.2021.38 du 14 juin 2021, consid. 2.3.

 © Stämpfli Editions SA Berne

demander si une telle approche n'est pas démesurément formaliste, en particulier au regard de la jurisprudence concernant les recours interjetés par une hoirie, dépourvue, elle aussi, de la personnalité juridique mais pour laquelle le vice a pu être corrigé sur question de la Cour[32].

La qualité pour recourir revient au *trustee*, propriétaire des biens du *trust* : concrètement, le recours doit être interjeté en son nom propre et en sa qualité de *trustee*[33]. Elle est en revanche niée aux bénéficiaires et *protectors* du *trust*[34].

## B. La société dissoute et liquidée

Une problématique similaire se pose lorsque la documentation bancaire désigne en qualité de titulaire du compte une entité qui ne dispose plus de la personnalité juridique au moment du recours, en particulier une société dissoute et liquidée.

En application littérale des règles de l'EIMP et OEIMP, aucun recours ne pourrait alors être recevable, faute de qualité pour agir. Cependant, la jurisprudence aménage une exception (sans toutefois expliquer la raison d'être de celle-ci[35]) : sous réserve de l'abus de droit[36], une personne désignée par le terme d'« *ayant droit* » dispose alors de la qualité pour recourir[37]. L'ayant droit en question ne doit, selon nous et comme cela ressort de certains arrêts[38], pas être confondu avec l'ayant droit économique du compte, tel qu'il est indiqué dans les livres de la banque. L'ayant droit dont il est question ici est celui au profit duquel la liquidation a eu lieu, donc la personne ayant bénéficié de la liquidation[39].

Le recourant doit interjeter le recours en son nom propre[40] et démontrer d'une part que la société est dissoute et liquidée au moment du recours[41] et, d'autre part, apporter la preuve de sa qualité de bénéficiaire de la liquidation[42].

---

32 TPF, RR.2012.197 du 13 février 2013, consid. 1.4.
33 TPF, RR.2018.77-80 du 23 octobre 2018, consid. 2.2.
34 TPF, RR.2015.196-198 du 18 novembre 2015, consid. 3.2.6.5.
35 Critique : ZIMMERMANN, N 529.
36 ATF 123 II 153, JdT 1999 IV 122, consid. 2c. Pour une casuistique, voir ZIMMERMANN, N 529.
37 ATF 123 II 153, JdT 1999 IV 122, consid. 2c.
38 Voir par exemple TPF 2009 183, consid. 2.2.2. *Contra* TF, 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e ; TPF, RR.2013.15-19 du 2 mai 2013.
39 TPF 2009 183, consid. 2.2.2 ; DANGUBIC, p. 114.
40 TF, 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e ; TPF, RR.2014.11 du 17 février 2014, consid. 1.4.1.
41 TF, 1A.10/2000 du 18 mai 2000, consid. 1e ; TPF 2009 183, consid. 2.2.1.
42 TF, 1C_183/2012 du 12 avril 2012, consid. 1.4 ; TPF, RR.2014.11 du 17 février 2014, consid. 1.4.1.

S'agissant du premier aspect, il y a lieu de déterminer l'état de la société au moment du recours puis définir si du fait de cet état, elle dispose de la personnalité juridique. L'examen se fait en application du droit pertinent, à savoir celui désigné par les règles du droit international privé suisse. Si la société est domiciliée en Suisse, le CO s'appliquera ; si elle est domiciliée à l'étranger, le droit de cet État sera applicable, étant précisé que la solution peut considérablement varier en fonction de l'État désigné.

S'agissant du second aspect, la preuve de la qualité de bénéficiaire de la liquidation peut être apportée notamment en produisant l'acte de dissolution, pour autant qu'il mentionne « *clairement* » le bénéficiaire de la liquidation[43]. Il faut en déduire selon nous que d'autres moyens sont acceptables[44] ; il appartiendra à l'autorité de déterminer si la qualité de bénéficiaire a été suffisamment démontrée. À cet égard, le fait de préciser, sur invitation de l'autorité, 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 vice[45].

La solution retenue par la jurisprudence consistant à octroyer la qualité pour recourir au bénéficiaire de la liquidation implique qu'il y ait eu une liquidation[46]. En ce sens, la possibilité de recourir dépend de la santé financière de la société : si elle ne disposait pas d'actifs, une liquidation n'aura pas eu à intervenir. Faire dépendre la qualité pour recourir contre la transmission de la documentation bancaire à un État étranger de l'état de santé de la société titulaire du compte au moment de sa dissolution nous semble peu convaincant, au regard de l'absence tant de prévisibilité du critère que de corrélation entre ces deux éléments.

## VI. Tiers et protection des données personnelles

La qualité pour recourir exclusive du titulaire de compte concerné par la transmission de la documentation a pour conséquence logique qu'aucune autre personne n'est habilitée à faire valoir de droits devant les autorités.

Toutefois, l'on peut douter du fait que le titulaire du compte est la personne la plus, respectivement la seule touchée par la transmission. Nous pensons en particulier aux tiers mentionnés dans la documentation, dont les noms, voire

43 TF, 1C_183/2012 du 12 avril 2012, consid. 1.4 ; TF, 1A.216/2001 du 21 mars 2002, consid. 1.3.

44 Dans ce sens aussi DANGUBIC, p. 114.

45 TPF, RR. 2014.11 du 17 février 2014, faits, let. g.

46 TPF, RR.2007.52 du 13 juin 2007, consid. 3.2. Dans ce sens aussi LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Qualité pour recourir, p. 148.

 © Stämpfli Editions SA Berne

d'autres données personnelles seront fournies à l'État étranger. Tel sera le cas de débiteurs et créanciers du titulaire, mais aussi d'employés de la banque auprès de laquelle le compte est ouvert. Sous l'angle de l'art. 80*h* EIMP *cum* 9*a* OEIMP, la jurisprudence est claire et constante : la qualité pour recourir ne leur appartient pas[47].

En 2019, ont été introduits dans l'EIMP les art. 11*b* ss EIMP portant sur la protection des données personnelles[48]. L'art. 11*f* EIMP, sous l'intitulé « *Communication de données personnelles à un État tiers ou à un organisme international* », concerne en particulier la transmission à l'étranger de telles données. L'on a alors pu se demander si ces dispositions ne devraient pas avoir pour conséquence logique d'ouvrir une voie de recours contre la transmission à l'étranger pour toute personne dont les données sont concernées par ladite transmission[49]. Dans deux arrêts rendus en 2023, les tribunaux ont toutefois répondu par la négative : ni la banque (pour le compte de son employé, étant précisé que dans ce cas elle n'aurait de toute façon pu être concernée qu'indirectement)[50], ni l'employé[51] lui-même ne peut s'opposer à la transmission sous l'angle de la protection des données personnelles.

Le défaut de qualité pour recourir emportant le défaut qualité de partie à la procédure d'entraide, le tiers mentionné dans la documentation bancaire n'aura pas à être informé de la remise de la documentation à l'État étranger et ne saura, par conséquent, pas que ses données personnelles ont été transmises.

Ces arrêts viennent compléter ceux rendus par le passé s'agissant de l'(in)applicabilité des art. 11*b* ss EIMP lorsque la demande d'entraide provient d'un État partie à une convention liant la Suisse qui ne prévoit pas de motif de refus de l'entraide lié à la protection des données personnelles, telle la CEEJ[52]. Plus généralement, à la lecture de l'art. 11*f* al. 3 let. c EIMP, selon lequel des données personnelles peuvent en tout état de cause être communiquées à une

---

47 TPF 2008 172, consid. 1.3.1 ; TPF, RR.2010.174 du 26 août 2010, consid. 3.2. ; BOMIO/GLASSEY, N 34 ; BSK IRSG- BUSSMANN, Art. 80h, N 38 ; OK ISRG-POGLIA/JAKUBOWSKI, Art. 80h, N 54.

48 Les dispositions mettent en œuvre la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, en vigueur depuis le 1er mars 2019 ; FF 2017 6565, p. 6775 ss. La LPD ne s'applique pas aux procédures d'entraide, art. 2 al. 3 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) ; PC LPD-FRANCEY, art. 2, N 55.

49 LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Protection, p. 1005.

50 TPF, RR.2023.74 du 7 septembre 2023, consid. 2, étant précisé que cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

51 TPF, RR.2023.119 du 27 octobre 2023, consid. 3.2 confirmé par le TF, 1C_604/2023 du 17 novembre 2023, consid. 3.2.

52 TPF, RR.2020.311 du 2 février 2021, consid. 3.4.

autorité étrangère si la communication est nécessaire pour « *prévenir, constater ou poursuivre une infraction ou pour exécuter une décision pénale pour autant qu'aucun intérêt digne de protection prépondérant de la personne concernée ne s'oppose à la communication* », l'on peut se demander quelle est la portée, certainement résiduelle, des art. 11*b* ss EIMP.

## VII. Conclusion

Le droit de l'entraide tel que prévu par l'EIMP consiste en des règles qui visent à assurer une coopération efficace, qui ne serait pas paralysée par la procédure d'entraide en Suisse. Au gré des cas qui se sont présentés, la jurisprudence a toutefois développé la portée de ces règles, en construisant des solutions sur mesure pour appréhender certaines situations particulières. Tel est le cas lorsque l'entreprise est impliquée.

Ces solutions ne sont pas toujours satisfaisantes pour garantir l'effectivité des droits en cause. En effet, il est des cas dans lesquels l'entreprise est assignée à un rôle de spectatrice, alors qu'elle devrait pourtant bénéficier d'une place plus importante au vu des implications qu'a pour elle l'issue de la procédure d'entraide. À l'inverse, dans d'autres cas, elle est une (et la seule) partie à la procédure d'entraide, au détriment d'autres personnes davantage, si ce n'est exclusivement, concernées par les mesures entreprises, et devrait alors être assignée au rôle de spectatrice ou, à tout le moins, partager avec elles les prérogatives dont elle bénéficie.

## VIII. Bibliographie

**Littérature/doctrine**

**Yaniv Benhamou/Bertil Cottier** (éds), Loi fédérale sur la protection des données LPD, Petit commentaire, Bâle 2024 (cité : PC LPD-Auteur/e, art. X, N Y) ; **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 ; **Miro Dangubic**, Parteistellung und Parteirechte bei der rechtshilfeweisen Herausgabe von Kontoinformationen, forumpoenale 2018, p. 112 ss ; **Philipp Fischer**, Entraide internationale en matière civile : qualité de partie de la personne visée par une requête d'entraide en matière civile, Publication du Centre de droit bancaire et financier du 27.11.2017 (<https://cdbf.ch/989/_>, 19.06.2024) ; **Célian Hirsch**, La qualité de partie dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière civile, 24 novembre 2017 (<www.lawinside.ch/527>, 19.06.24) ; **Maria Ludwiczak Glassey/Francesca Bonzanigo**, Protection des données et coopération internationale, Une cohabitation malaisée, PJA 2021 p. 998 ss (cité : Ludwiczak Glassey/Bonzanigo, Protection) ; **Maria Ludwiczak Glassey/Francesca Bonzanigo**, Qualité pour recourir de certaines entités particulières en

 © Stämpfli Editions SA Berne

entraide pénale internationale : hoirie, société dissoute et liquidée et trust, PJA 2022 p. 146 ss (cité : LUDWICZAK GLASSEY/BONZANIGO, Qualité pour recourir) ; **Maria LUDWICZAK GLASSEY/Laurent MOREILLON** (éds), Loi sur l'entraide pénale internationale EIMP, Petit commentaire, Bâle 2024 (cité : PC EIMP-AUTEUR/E) ; **Laurent MOREILLON**, La réforme du code de procédure pénale entrée en vigueur au 1er janvier 2024, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, vol. 31, p. 1 ss ; **Marcel Alexander NIGGLI/Stefan HEIMGARTNER** (éds), Internationales Strafrecht, IRSG, GwÜ, Basler Kommentar, 1ère éd., Bâle 2015 (cité : BSK IRSG-AUTEUR/E, art. X, N Y) ; **Lukas STAFFLER/Maria LUDWICZAK GLASSEY** (éds), Online Kommentar zum Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen IRSG, version du 8 septembre 2023 (<https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/irsg80h>, 14.06.24) (cité : OK ISRG-AUTEUR/E, Art. X, N Y) ; **Robert ZIMMERMANN**, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5e éd., Berne 2019.

**Documents officiels**

**Conseil fédéral**, Message concernant la révision de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale et de la loi fédérale relative au traité conclu avec les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mars 1995, FF 1995 III 1 (cité : FF 1995 III 1) ; Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565 (cité : FF 2017 6565).

© Stämpfli Editions SA Berne 