Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour II
B-2520/2017

Arrêt du 21 décembre 2017

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Eva Schneeberger, Stephan Breitenmoser, juges,
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

1. **A.**_____ **S.A.,**
c/o Aleman, Cordero, Gallindo & Lee,
c/53 Este, Marbella, Torre MMG, PA- Panama,
2. **B.**_____**,**
c/o Aleman, Cordero, Gallindo & Lee,
c/53 Este, Marbella, Torre MMG, PA- Panama,
3. **C.**_____ **INC.,**
c/o Aleman, Cordero, Gallindo & Lee,
c/53 Este, Marbella, Torre MMG, PA- Panama,
4. **D.**_____ **S.A.,**

toutes représentées par Maître Tobias Zellweger, avocat,
et par Maître Christian Lüscher, avocat,

recourantes,

contre

E._____ **S.A.,**
représentée par Maître Robert Fiechter, avocat,
et Maître Carla Reyes, avocate,

intimée,

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Reconnaissance d'une mesure d'insolvabilité étrangère, mesures provisionnelles.

Faits :

A.
E._____ SA (ci-après : E._____ ou l'intimée), banque sise à Andorre, est soumise depuis le 21 avril 2016 à une procédure de liquidation solvable faisant suite à des difficultés liées à des soupçons de blanchiment d'argent. Le plan de résolution, mis en place et exécuté par l'Agència Estatal de Resolució d'Entitats Bancàries (ci-après : AREB), prévoit la création d'une banque-relais, F._____, reprenant les clients de E._____ après l'examen de leur conformité aux normes contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (normes LAB-CFT). Les clients dont la conformité n'aura pas été établie demeureront auprès de E._____. Cette dernière est liée par un contrat de service à la banque G._____ auprès de laquelle elle détient une position relative à des espèces et des effets de change.

B.
Sur requête de E._____, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA (ci-après : la FINMA ou l'autorité inférieure) a, par décision du 13 mars 2017 dont E._____ était la destinataire, reconnu la mesure d'insolvabilité prononcée à Andorre. Elle a expliqué que la position détenue auprès de G._____ concernait onze clients de E._____ domiciliés en Suisse dont dix ont été transférés à F._____ tandis qu'un a été conservé auprès de E._____ en raison de prétendues violations des normes LAB-CFT. G._____ ainsi que deux autres fournisseurs commerciaux ayant leur siège en Suisse ont déclaré ne pas disposer de créances envers E._____. La FINMA a considéré que les conditions de reconnaissance de la mesure étaient remplies et que les avoirs détenus en Suisse étaient susceptibles d'être remis à AREB sans procédure ancillaire en Suisse. Selon la FINMA, la mesure d'insolvabilité garantissait un traitement équivalent des créances garanties par gage et des créances privilégiées des créanciers domiciliés en Suisse ainsi qu'une considération appropriée des autres créances des créanciers domiciliés en Suisse.

C.
Par mémoire du 1er mai 2017, les recourantes, clientes de E._____ domiciliées au Panama et titulaires de titres déposés par celle-ci auprès de G._____, ont formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral concluant principalement à son annulation et, à titre de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, principalement à la constatation que AREB et E._____ n'étaient pas habilitées à réclamer la position détenue par E._____ auprès de G._____ tant que la

procédure de recours n'aura pas fait l'objet d'un arrêt définitif, subsidiairement à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours.

S'agissant de la qualité pour recourir, elles déclarent que, en tant que titulaires de titres intermédiés pouvant être soustraits à la masse en faillite, leur situation doit être assimilée à celle de bénéficiaires de créances garanties par gage. Elles devraient dès lors bénéficier de la même protection que ceux-ci dont le droit de bénéficier d'une procédure de faillite ancillaire en Suisse. Sur le fond, elles reprochent aux autorités andorranes de chercher à confisquer leurs avoirs sous le couvert d'un examen du respect des normes fiscales.

D.
Par décision incidente du 3 mai 2017, le Tribunal administratif fédéral a constaté que la décision attaquée n'entrait pas en force en raison du dépôt du recours.

E.
Le 16 mai 2017, l'intimée a déposé une requête de mesures superprovisionnelles concluant notamment à ce que la décision attaquée soit déclarée immédiatement exécutoire, entièrement ou partiellement, afin d'éviter qu'elle ainsi que ses clients qui n'ont pas recouru contre la décision ne subissent un dommage important en raison du blocage des mesures d'assainissement – prévoyant notamment le transfert des avoirs des clients ayant démontré leur conformité aux normes de lutte contre le blanchiment d'argent vers une nouvelle entité saine – pendant la procédure de recours. Elles concluent pour le reste à l'irrecevabilité du recours en contestant l'assimilation de la titularité de titres intermédiés à la détention d'une créance garantie par gage et expliquant à ce sujet que seuls des créanciers gagistes dont le gage serait situé en Suisse pourraient, le cas échéant, recourir contre une décision de reconnaissance de mesures étrangères.

F.
Par décision incidente du 22 mai 2017, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles tout en invitant les recourantes ainsi que l'autorité inférieure à se déterminer sur des mesures à titre provisionnel et, en particulier, à se prononcer sur la possibilité d'une exécution partielle de la décision avant que le Tribunal de céans ne rende un arrêt.

G.
Dans leurs déterminations du 12 juin 2017, les recourantes ont conclu essentiellement au rejet de la requête dans la mesure de sa recevabilité, déclarant que l'intimée n'avait pas établi un dommage concret et l'urgence de le prévenir, ajoutant que l'admission de la demande reviendrait à accorder à l'intimée ce qu'elle sollicite sur le fond et s'opposant à une exécution partielle de la décision en tant qu'elle ne concerne pas leurs avoirs au motif que le transfert de titres appartenant à des tiers réduirait la masse en faillite de E._____ en leur défaveur. En ce qui concerne leur qualité pour recourir, elles maintiennent les arguments développés dans leur recours ajoutant que, dans l'hypothèse où la qualité de créancier gagiste ne devait pas leur être reconnue, elles se trouveraient dans une situation moins favorable que ceux-ci alors même qu'elles disposent pour leurs titres intermédiés d'un droit de distraction de la masse en faillite tandis que les biens grevés d'un droit de gage y tomberaient.

H.
La FINMA a pris position le 26 juin 2017 en contestant la qualité pour recourir des recourantes et déclarant que E._____ se trouvait en résolution dans le cadre d'une liquidation solvable et non en faillite, ajoutant que cette procédure ne déploierait pas d'effet sur le patrimoine des recourantes et qu'une exécution partielle de la décision ne mettrait pas leurs avoirs en danger.

I.
Par décision incidente du 19 juillet 2017, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de mesures provisionnelles de l'intimée dans la mesure de sa recevabilité et a demandé à la FINMA de produire le dossier de la cause.

J.
Invitées à se déterminer spécifiquement sur la recevabilité du recours, les recourantes et l'intimée ont, par courriers du 13 novembre 2017, maintenu leurs arguments. Pour sa part, la FINMA a renoncé à se déterminer. Dans leur courrier, les recourantes requièrent qu'il soit ordonné à la FINMA de verser l'intégralité des écritures et pièces produites à l'appui de la requête de l'intimée du 19 décembre 2016, traduites dans une langue nationale ou en anglais, à la présente procédure et demandent en outre à ce qu'il leur soit imparti un délai afin de se déterminer sur l'intégralité du dossier. Par courrier du 17 novembre 2017, l'intimée sollicite une copie des annexes du courrier des recourantes du 13 novembre 2017. Par ordonnance du 23 novembre 2017, le Tribunal de céans les a informées qu'il reviendra

ultérieurement, le cas échéant, sur ces requêtes après avoir examiné dans une première étape la recevabilité du recours uniquement.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 À teneur des art. 31 et 33 let. e LTAF en relation avec l'art. 54 al. 1 LFINMA (RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. En l'espèce, l'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 PA. Le Tribunal de céans peut donc en principe connaître de la présente affaire.

1.2 Tant l'intimée que la FINMA ont mis en question la qualité pour recourir des recourantes. Ainsi, elles déclarent que le droit de recours contre les mesures prononcées par la FINMA en cas d'insolvabilité ou de risque d'insolvabilité d'une banque est restreint de par la loi. Elles estiment ensuite que les recourantes ne peuvent se prévaloir des droits revenant aux créanciers-gagistes dans le cadre de la reconnaissance d'une décision d'insolvabilité étrangère puisqu'elles sont titulaires de titres intermédiés. Pour leur part, les recourantes considèrent qu'elles ne tombent pas sous le coup de l'exclusion du recours – invoquant notamment le droit d'accès au juge ancré dans la constitution et la CEDH – et, dans l'hypothèse où elles ne devaient pas être assimilées à des créanciers-gagistes, elles font valoir une lacune dans la disposition régissant les conditions de la reconnaissance de décisions étrangères en lien avec la faillite ou l'assainissement de banques.

1.2.1 Il est vrai qu'en vertu de l'art. 24 al. 2 LB, dans les procédures visées aux chapitres XI (Mesures en cas de risque d'insolvabilité) et XII (Faillite de banques insolvables) de cette loi, les créanciers et les propriétaires d'une banque ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation. Les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus dans ces procédures. L'art. 37g LB, qui règle les conditions et modalités de la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (cf. infra consid. 1.3.1), figure au chapitre XII de sorte qu'il devrait tomber

sous le coup de cette restriction. Comme les recourantes le remarquent à juste titre, le Tribunal de céans a cependant considéré que l'exclusion du recours ne pouvait être opposée aux tiers directement atteints dans leurs propres intérêts juridiquement protégés (cf. arrêt du TAF B-6065/2015 du 8 mai 2016 consid. 1.2.4). À cela s'ajoute le fait que, comme l'intimée et la FINMA s'accordent à le relever, les recourantes ne sont pas créancières de la première mais titulaires de titres intermédiés déposés auprès de celle-ci (cf. infra consid. 1.2.3). S'agissant de l'art. 37g al. 2 LB en particulier, la restriction du recours priverait les créanciers et propriétaires concernés par cette disposition même de la possibilité de contester en Suisse l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation puisque ceux-ci auraient lieu à l'étranger uniquement. La question de l'application de l'art. 24 al. 2 LB n'a cependant pas à être tranchée dans le cas d'espèce étant donné que le recours doit de toute manière être déclaré irrecevable, les recourantes ne disposant pas d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision.

1.2.2 La qualité de partie dans une procédure devant le Tribunal administratif fédéral s'examine à l'aune des art. 6 et 48 PA en relation avec l'art. 37 LTAF. Ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision (art. 6 PA). À teneur de l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Outre les destinataires directs de la décision, des tiers peuvent aussi avoir la qualité de partie lorsqu'ils sont touchés de manière plus intense que n'importe quel autre tiers par la décision attaquée, respectivement rendue et qu'ils se trouvent dans un rapport spécialement étroit avec l'objet du litige. En plus de ce rapport, la personne intervenante doit retirer un avantage pratique d'une éventuelle annulation ou modification de la décision contestée, en d'autres termes, sa situation doit pouvoir être influencée de manière significative par l'issue de la procédure. L'intérêt digne de protection réside dans le fait d'éviter un désavantage matériel ou idéal qui serait causé par la décision entreprise. Un simple intérêt indirect ou le seul intérêt public général – en l'absence de rapport étroit avec l'objet du litige – ne justifie pas la reconnaissance de la qualité de partie (cf. arrêt 2C_687/2016 du 17 novembre 2016 consid. 2.2).

1.2.3 En l'espèce, les actionnaires sont titulaires d'actions et parts de fonds déposées par E._____ auprès de G._____ sous la forme de titres au sens de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI, RS 957.1). Les recourantes n'ont pas de relation contractuelle avec G._____ qui intervient en qualité de sous-dépositaire pour les titres figurant dans les comptes des recourantes auprès de E._____, celle-ci agissant donc en tant que première dépositaire. Les titres intermédiés au sens de la LTI sont les créances et les droits sociaux fongibles à l'encontre d'un émetteur qui sont inscrits au crédit d'un compte de titres dont le titulaire peut en disposer selon cette loi (art. 3 al. 1 LTI). Les titres intermédiés sont opposables au dépositaire ainsi qu'à tout tiers et sont soustraits à la mainmise des autres créanciers du dépositaire (art. 3 al. 2 LTI). Il s'agit d'un bien sui generis qui cumule certains traits d'une créance et d'une chose au sens du droit privé suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 15 novembre 2006 relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés [ci-après : Message LTI], FF 2006 8817, 8841). Pour sa part, le droit de gage est un droit réel limité et ne peut être constitué que sous l'une des formes expressément prévues par la loi (cf. ATF 142 III 746 consid. 2.1 concernant le gage mobilier).

La LTI contient des dispositions visant à protéger les titulaires de titres intermédiés lors de la liquidation d'un dépositaire (art. 17 ss LTI). Notamment, en vertu de l'art. 17 al. 1 let. a LTI, lorsqu'un dépositaire fait l'objet d'une procédure de liquidation forcée tendant à l'exécution générale, le liquidateur distrait d'office de la masse, à concurrence des avoirs en compte de titres disponibles, les titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres que le dépositaire détient auprès d'un sous-dépositaire. Ces valeurs ne tombent dès lors pas dans la masse en faillite du dépositaire et ne peuvent servir à satisfaire les créanciers (cf. Message LTI, FF 2006 8861). Dans le cas d'une faillite bancaire, l'art. 37d LB renvoie aux art. 17 ss LTI qui régissent par conséquent la distraction des valeurs déposées au sens de l'art. 16 LB auprès de la banque en liquidation. Il ressort de la place de l'art. 37d LB dans le chapitre XII consacré à la faillite de banques – ainsi d'ailleurs que de la teneur de l'art. 17 LTI – que la distraction ne peut intervenir qu'en cas de procédure de faillite et non pas dans le cadre de mesures d'assainissement (cf. dans ce sens également MARTIN HESS/ANDREA ZBINDEN, in : Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar - Bankengesetz, 2013, n° 5 ad art. 37d ; RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in : Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, éd. 2010, n° 4 ad art. 37d). En cas de faillite d'une banque étrangère, ces normes ne trouvent application qu'à la

suite de la reconnaissance de la décision de faillite étrangère par la FINMA (cf. ATF 137 III 570 consid. 2).

1.2.4 Il découle de ce qui précède que les recourantes ne peuvent prétendre à la distraction de leurs avoirs attendu que l'intimée ne se trouve pas dans une procédure tendant à l'exécution générale mais en cours d'assainissement, ce que les recourantes ne contestent pas. Elles n'auraient dès lors rien à gagner de la conduite d'une procédure ancillaire d'assainissement en Suisse. Leur crainte de voir E._____ tomber ultérieurement en faillite en entraînant des pertes pour les clients non transférés se fonde sur certains extraits des actes et décrets andorrans versés au dossier qui abordent les conséquences d'une faillite qui ne correspond pas aux objectifs poursuivis par la procédure de liquidation solvable entamée à Andorre. Au demeurant, toute procédure d'assainissement comporte un risque d'échec et de faillite subséquente. Une telle hypothèse ne peut dès lors pas justifier une application de l'art. 37d LB – dont la teneur est d'ailleurs claire – à ce stade.

1.3 Les recourantes déclarent qu'elles devraient être mises au profit de la même protection dont bénéficient les créanciers gagistes dans le cadre de la remise du patrimoine sis en Suisse sans procédure ancillaire. Elles prétendent qu'une protection équivalente à celle que l'art. 17 LTI octroie aux déposants fait défaut en droit andorran et expliquent que les titres des clients dont la conformité avec les normes LAB-CFT n'aura pas été établie seront vendus et les comptes des clients concernés crédités du montant correspondant au cours du moment.

1.3.1 En vertu de l'art. 37g al. 1 LB, la FINMA décide de la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger. Selon l'art. 37g al. 2 LB, la FINMA peut remettre le patrimoine situé en Suisse à la masse en faillite étrangère sans procédure suisse si la procédure d'insolvabilité étrangère remplit les conditions suivantes : elle traite de manière équivalente les créances garanties par gage et les créances privilégiées en vertu de l'art. 219 LP des créanciers domiciliés en Suisse (let. a); elle prend dûment en compte les autres créances des créanciers domiciliés en Suisse (let. b). La possibilité de remettre le patrimoine situé en Suisse sans y mener de procédure a été introduite par modification de la LB du 18 mars 2011 entrée en vigueur le 1er septembre 2011 (RO 2011 3919). Auparavant, la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère – y compris les mesures d'assainissement – nécessitait l'ouverture d'une procédure particulière en Suisse (nommée également procédure ancillaire), et ce même lorsqu'il n'y

avait pas de créancier en Suisse mais uniquement des actifs revêtant notamment la forme d'un avoir auprès d'une banque suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques [garantie des dépôts] [ci-après : Message LB 2010], FF 2010 3645, 3660 s. et 3673). L'ouverture d'une telle procédure demeure néanmoins possible et même obligatoire lorsque les conditions de l'art. 37g al. 2 LB ne sont pas remplies. Dans ce cas, les créanciers colloqués en troisième classe selon l'art. 219 al. 4 LP, ainsi que les créanciers ayant leur domicile à l'étranger peuvent également être inclus dans l'état de collocation (art. 37g al. 4 LB). Les art. 166 à 175 LDIP sont applicables en complément des règles particulières de la LB (art. 37g al. 5 LB).

1.3.2 Comme il a été exposé plus haut (cf. supra consid. 1.2.3), la titularité de titres intermédiés et celle d'un droit de gage se distinguent par leur nature juridique. Les détenteurs de ces différents droits ne sont en outre pas protégés par les mêmes dispositions légales puisque les premiers bénéficient du droit de distraction ancré à l'art. 17 LTI, auquel l'art. 37d LB renvoie, tandis que les seconds ne disposent que d'un droit préférentiel sur le produit de la réalisation des biens grevés du droit de gage qui, pour leur part, tombent dans la masse en faillite. Par conséquent, les recourantes ne peuvent pas se prévaloir directement de l'art. 37g LB – qui ne mentionne que les créanciers – afin de fonder l'existence d'une atteinte dans leurs intérêts juridiques.

1.3.3 Déclarant qu'une interprétation stricte de l'art. 37g al. 2 LB reviendrait à leur accorder moins de protection qu'aux créanciers gagistes à l'encontre de la ratio legis de cette disposition, les recourantes invoquent en leur faveur l'existence d'une lacune. Il ne ressort pas du Message LB 2010 que le législateur ait, dans la perspective de la remise du patrimoine situé en Suisse sans procédure ancillaire, envisagé expressément le sort des avoirs déposés par les clients au sens de l'art. 16 LB auprès de la banque faisant l'objet des mesures d'insolvabilité. L'art. 37g al. 2 LB ne mentionne en effet que les créanciers et non pas les déposants, fussent-ils titulaires de droits réels ou de titres intermédiés. En cas de procédure de faillite ancillaire, ceux-ci se trouveraient – sous réserve d'un résultat différent issu de l'application des règles de conflit qu'il n'est cependant pas nécessaire d'examiner ici – au bénéfice d'un droit de distraction en vertu de l'art. 17 LTI ou le cas échéant de l'art. 242 LP. Il ne peut dès lors être exclu que l'art. 37g LB contienne une lacune, comme le relèvent les recourantes, étant donné qu'une application à la lettre permettrait la transmission d'avoirs appartenant à des tiers sans que la FINMA n'examine, comme elle

est tenue de le faire pour les créanciers, s'ils se trouveraient au bénéfice d'un traitement équivalent dans le cadre de la procédure principale à l'étranger. Cette problématique n'est pas traitée non plus dans l'avant-projet de modification de la LDIP dans le domaine de la faillite et du concordat qui vise à y introduire également la possibilité de renoncer à une procédure ancillaire en Suisse ; un participant à la procédure de consultation a d'ailleurs estimé qu'il convenait – dans le cadre de l'examen de la possibilité de renoncer à une procédure ancillaire – également de s'assurer qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits des autres ayants droit que les créanciers, par exemple concernant d'éventuelles revendications de propriété (cf. Rapport de l'Office fédéral de la justice OFJ du 26 avril 2017 sur les résultats de la procédure de consultation Modification de la loi fédérale sur le droit international privé [chapitre 11: faillite et concordat]).

1.3.4 La question de l'existence d'une lacune peut cependant rester ouverte compte tenu justement de la ratio legis de l'art. 37g al. 2 LB qui doit permettre la liquidation du patrimoine situé sur sol suisse sous forme simplifiée, sous la surveillance de la FINMA, pour autant que les créanciers domiciliés en Suisse soient mis sur pied d'égalité et que le privilège qui leur revient en vertu du droit suisse soit dûment pris en compte (cf. Message LB 2010, FF 2010 3661 et 3673). Les deux catégories de créanciers mentionnées à l'art. 37g al. 2 let. a LB s'avèrent identiques à celles figurant à l'art. 172 al. 1 LDIP, soit les créanciers gagistes désignés à l'art. 219 LP d'une part, ainsi que les créanciers non-gagistes privilégiés ayant leur domicile en Suisse d'autre part, qui seules sont admises à l'état de collocation d'une faillite ancillaire ouverte en application des art. 166 ss LDIP. Cette réglementation introduite lors de l'adoption de la LDIP a assoupli le principe de la territorialité qui régissait le droit international de la faillite (cf. Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé [ci-après : Message LDIP], FF 1983 I 255, 435 s.). La limitation du cercle des participants aux créanciers précités constitue un choix délibéré du législateur afin d'internationaliser la faillite dans une certaine mesure. L'admission des créanciers suisses non-gagistes et non privilégiés aboutirait à une série de faillites parallèles, ce qui n'aurait guère pour effet de renforcer la coopération internationale (cf. Message LDIP, FF 1983 I 255, 440). Les intérêts de ces derniers sont protégés dans une moindre mesure : ainsi, lors de la reconnaissance de l'état de collocation étranger, le tribunal suisse compétent devra examiner notamment si les créanciers domiciliés en Suisse ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger (art. 173 al. 3 LDIP). Selon l'art. 37g al. 2 let. b LB, la procédure d'insolvabilité étrangère doit dûment prendre en compte ces autres

créances des créanciers domiciliés en Suisse. Il ressort dès lors clairement de ces dispositions ainsi que des deux messages précités que le législateur n'entendait pas prendre en considération les créanciers domiciliés à l'étranger à l'exception de ceux dont le gage est situé Suisse. Ces derniers bénéficient d'un privilège fondé sur le droit matériel suisse qui crée un rattachement à la Suisse. Tel n'est pas le cas du dépôt de titres intermédiés par un dépositaire étranger auprès d'un sous-dépositaire suisse. En effet, comme il a été mentionné plus haut (cf. supra consid. 1.2.3), les recourantes n'ont pas de relation contractuelle avec G._____ mais uniquement avec E._____. Leur lien avec la Suisse n'est dès lors ni immédiat ni intentionnel de leur part. Dans une affaire concernant le séquestre de papiers-valeurs déposés par la banque suisse du débiteur auprès de banques correspondantes à l'étranger, le Tribunal fédéral a relevé que, selon l'usage commercial (Verkehrsanschauung), le dépôt du client était considéré comme étant situé chez la banque qui gère le compte, soit la banque suisse dans le cas en question. Cette conception correspond dans son essence à celle de la Convention de la Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (RS 0.221.556.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er avril 2017 et applicable en vertu du renvoi de l'art. 108c LDIP : afin de déterminer le droit applicable, elle se fonde sur "l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent", soit celui qui tient le compte de titres pour le titulaire de compte (art. 1 al. 1 let. g). En l'occurrence, il s'agirait de E._____. Certes, l'art. 8 al. 2 de la Convention réserve l'application de toute règle de droit matériel ou de procédure en matière d'insolvabilité. Cependant, sur le vu de ce qui vient d'être exposé, cela n'a pas d'incidence dans le cas d'espèce attendu que le droit suisse ne vise justement pas à garantir aux créanciers ou aux déposants étrangers une participation dans une procédure ancillaire en Suisse.

1.3.5 La FINMA n'a dès lors pas à examiner si les déposants domiciliés à l'étranger titulaires de titres déposés auprès d'un sous-dépositaire en Suisse bénéficient d'un traitement équivalent dans le cadre de la procédure menée à Andorre. Elle n'a donc pas à examiner non plus si l'analyse de la conformité de ces clients avec les normes LAB-CFT peut déboucher sur une inégalité de traitement. Au demeurant, il ressort du dossier que le domicile des clients de E._____ ne joue aucun rôle dans ce cadre. Par conséquent, il appert que les recourantes ne peuvent pas se prévaloir d'une application de l'art. 37g al. 2 LB, fût-ce de manière directe ou par analogie, ni de l'existence d'une lacune dans cette disposition.

1.4 Compte tenu de ce qui précède, il convient de conclure que les recourantes ne disposent pas d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée faute d'en tirer un avantage immédiat. Le recours s'avère dès lors irrecevable dans cette mesure.

2.

Les recourantes allèguent ensuite que l'exclusion du droit de recours contre la décision de reconnaissance contrevient à la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. et l'art. 6 CEDH. En vertu de l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. L'art. 29a Cst. exige ainsi qu'une autorité judiciaire au moins contrôle librement l'établissement des faits et l'application du droit (cf. arrêt du TF 4A_399/2011 du 19 octobre 2011 consid. 2.1 et les réf. cit.) dans toutes les contestations juridiques portant en particulier sur les droits et les obligations de personnes physiques ou morales (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.3). L'art. 6 par. 1 CEDH offre la même garantie pour les contestations de caractère civil et les accusations en matière pénale (cf. arrêt du TF 6B_226/2007 du 12 août 2007 consid. 2.2). Cependant, la garantie de l'accès au juge ne donne pas à la personne touchée un droit illimité et inconditionnel de porter le litige devant un juge ; l'accès au tribunal, s'il doit être garanti, ne signifie pas que la procédure de recours ne pourrait être soumise aux conditions de recevabilité habituelles dont la qualité pour agir. Ces limitations ne sauraient cependant être à ce point restrictives que le droit d'accès au tribunal soit atteint dans sa substance même. Il faut qu'elles poursuivent un but légitime et soient proportionnées (cf. ATF 136 I 323 consid. 4.3 ; ATF 131 II 169 consid. 2.2.3 ; arrêt du TF 6B_103/2016 du 13 mai 2016 consid. 2.4.2). En l'espèce, comme il a été exposé ci-dessus, les recourantes ne disposent pas de la qualité pour recourir faute de disposer d'un intérêt suffisant. Par ailleurs, leur contestation ne se trouve pas en lien étroit avec la Suisse. Dans la mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge, les règles en matière de droit international privé doivent être prises en compte, en particulier celles afférant à la compétence à raison du lieu. La législation et la jurisprudence en matière de procédures d'insolvabilité cherchent tant à éviter les conflits négatifs (cf. ATF 140 III 512 consid. 3.2) qu'à prévenir l'ouverture de procédures parallèles dans plusieurs juridictions en reconnaissant les décisions prises par les autorités compétentes au domicile ou au siège du débiteur (cf. Message LDIP, FF 1983 I 255, 437). En ce qui concerne la procédure touchant E._____, les recourantes peuvent faire valoir leurs droits à Andorre, ce qu'elles ont

d'ailleurs entrepris de faire en l'occurrence. Par conséquent, le grief relatif à la violation de la garantie de l'accès au juge doit être écarté.

3.
Ne disposant pas de la qualité pour recourir, les recourantes ne bénéficient pas des droits afférant à cette qualité dont celui de consulter les actes de la procédure (cf. arrêt du TF 1A.72/2002 du 19 août 2002 consid. 2). Il n'y avait dès lors pas lieu de donner suite à leur demande de consulter le dossier de la requête de reconnaissance produit par l'intimée. Pour ce motif, et compte tenu de l'issue de l'affaire, il pouvait être renoncé à transmettre à celle-ci les annexes du courrier des recourantes du 13 novembre 2017.

4.
Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1ère phrase FITAF).

En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 2'400 francs, doivent être intégralement mis à la charge des recourantes à hauteur de 600 francs chacune. Ils seront prélevés dès l'entrée en force du présent arrêt sur les avances de frais versées par les recourantes. Le solde des avances de frais leur sera remboursé.

Vu l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de 2'400 francs, sont mis à la charge des recourantes à hauteur de 600 francs chacune. Cette somme sera prélevée sur les avances de frais versées par les recourantes et le solde leur sera remboursé dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– aux recourantes (acte judiciaire ; annexes : 4 formulaires "adresse de paiement") ;
– à l'intimée (acte judiciaire) ;
– à l'autorité inférieure (n° de réf. […] ; acte judiciaire).

Le président du collège : Le greffier :

Jean-Luc Baechler Ivan Jabbour

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 22 décembre 2017