THIERRY AMY, DOCTEUR EN DROIT
ASSOCIE BCCC AVOCATS SARL

Retour de flammes sur l'affaire Madoff?

Le 11 décembre 2008, Bernard Madoff Investments Securities LLC (BMIS) était déclarée en liquidation judiciaire par jugement du Tribunal de New York. Dans les semaines qui ont suivi, les fonds de placement (feeders) qui avaient délégué la gestion et la garde des fonds de leurs investisseurs à BMIS ont produit leurs créances dans la faillite de cette entité pour des montants colossaux. Première mauvaise surprise pour les investisseurs ayant investi dans ces feeders, les sommes produites n'ont finalement été admises que pour des montants très réduits par le Tribunal des faillites de New York. Selon la loi américaine, cette réduction se justifie au motif que les créances envers la liquidation de BMIS doivent être calculées par la différence entre les montants déposés et retirés par les investisseurs dans chaque compte de fonds ouvert auprès de BMIS. Cette compensation, qui paraîtrait tout à fait appropriée dans une approche individuelle, pénalise en revanche durement les investisseurs ayant opéré leurs placements via des feeders, la compensation intervenant au niveau du véhicule sans prendre en considération les intérêts propres de chaque investisseur.

De son côté, le Trustee a notamment fait valoir des créances contre les feeders impliqués dans cette affaire pour des montants tout aussi importants au titre de ce qui pourrait être assimilé en droit suisse à une action paulienne (claw back/conveyance actions). Ces feeders se sont ainsi vu réclamer par le Trustee le remboursement de tous les versements reçus de BMIS avant sa faillite. La loi américaine fait néanmoins dans ce cadre une distinction entre les fonds restitués aux fonds de placement concernés durant les 90 jours précédant la déclaration de liquidation de BMIS et ceux qui l'avaient été précédemment, et ceci en remontant jusqu'à 6 ans.

Pour les premiers, l'intégralité des fonds restitués doit obligatoirement être remboursée lorsque certaines conditions sont réunies – ce qui est le cas en l'occurrence vu l'existence avérée d'un schéma de Ponzi – au motif de l'existence d'une sorte de droit préférentiel prévu par le droit de la faillite américain (preference claim). Les autres feront l'objet d'un traitement différencié suivant qu'il s'agit du nominal (principal) ou des profits, l'obligation de restitution pouvant être limitée aux seuls profits, c'est-à-dire aux seuls bénéfices réalisés et distribués, pour les investisseurs parvenant à démontrer leur bonne foi (good faith defense) au moment de la restitution des fonds après une demande de rachat.

> Tout investisseur avisé aurait tort de ne pas se préoccuper de l'évolution de ce genre de situation.

Le Trustee dispose d'un délai au 11 décembre 2010 pour agir en justice en vue de faire valoir les droits de la masse en faillite de BMIS contre les entités et/ou personnes ayant bénéficié de remboursements avant sa mise en faillite, à savoir dans un premier temps principalement les feeders, lesquels pourraient ensuite se retourner contre les investisseurs, respectivement les banques dépositaires agissant comme nominées pour leur clients. Jusqu'à ce jour, à notre connaissance, les démarches du Trustee n'ont concerné aucun intermédiaire financier ou investisseur ayant, soit leur siège, soit leur résidence en Suisse. Alors que pour les feeders, cela n'est pas surprenant vu que ceux-ci sont enregistrés hors de notre juridiction, s'agissant des banques dépositaires et des investisseurs, nous restons en revanche aujourd'hui dans la plus totale expectative, en raison du précédent de l'affaire Bayou en 2006 (re Bayou Group LLC). Selon certaines rumeurs, il semblerait que des banques dépositaires potentiellement concernées par d'éventuelles demandes de remboursement aient déjà pris des mesures préventives de protection (blocage de fonds) vis-à-vis de leurs clients ayant bénéficié de rachats ou de versements de profits avant la faillite de BMIS. Les prochains mois vont être déterminants quant à savoir si des prétentions seront exercées contre les personnes précitées dans notre pays. A cet égard, la réponse à la question de la compétence des tribunaux suisses pour éventuellement connaître de tels litiges reste incertaine, vu la compétence extraterritoriale que le Tribunal des faillites de New York peut s'octroyer en vertu de la réglementation américaine pour connaître de tous litiges en rapport avec les créances produites, y compris par des créanciers étrangers, dans la faillite d'une société américaine. Tout investisseur avisé aurait néanmoins bien tort de ne pas se préoccuper de l'évolution de cette situation, dont les suites pourraient être lourdes de conséquences. ■