

LE TEMPS

L'invité Mercredi 05 octobre 2011

Fin de l'impunité pour les administrateurs de fonds offshore

Par Philippe Jacquemoud*

Le 26 août 2011, un tribunal des îles Cayman a rendu un arrêt, encore susceptible de recours, qui a créé une forte émotion au sein du monde des fonds d'investissement. La raison de cet émoi trouve sa source dans la responsabilité de deux administrateurs d'un Hedge Fund que le tribunal a reconnu coupables de n'avoir rien fait!

*Avocat LL.M, Homburger

Le 26 août 2011, un tribunal des îles Cayman a rendu un arrêt, encore susceptible de recours, qui a créé une forte émotion au sein du monde des fonds d'investissement. La raison de cet émoi trouve sa source dans la responsabilité de deux administrateurs d'un Hedge Fund que le tribunal a reconnu coupables de n'avoir rien fait!

Un bref aperçu des faits ainsi que des principaux motifs de l'arrêt nous permettront de mieux apprécier sa portée et les leçons qu'il nous enseigne.

En 2003, Magnus Peterson enregistre un fonds aux îles Cayman sous le nom de Weaving Macro Fixed Income Fund Limited. Messieurs Hans Ekstrom et Stefan Peterson, respectivement beau-père et petit frère du gestionnaire du fonds, agissaient comme administrateurs du fonds. Magnus Peterson, au travers d'une société de gestion de fortune ayant son siège à Londres, était en charge de la gestion des actifs. La structure du fonds était, mis à part le lien familial unissant ses organes, très classique. Au surplus, à la lecture de leur curriculum vitae, les administrateurs avaient sur le papier les compétences pour accepter le mandat d'administrateur.

Magnus Peterson devait avoir un certain intérêt pour les interest rate swaps, qui consistent en l'échange de futurs flux de taux d'intérêt; raison pour laquelle il laissait croire que pratiquement 90% des actifs du fonds y étaient investis. Une telle concentration des risques contrevenait aux restrictions d'investissement prévues dans les documents du fonds. Pour aggraver le cas des administrateurs, la contrepartie de ces instruments était une société affiliée à Magnus Peterson en violation des documents remis aux investisseurs qui stipulaient que la contrepartie devait être une banque de bonne réputation. En réalité, ces transactions, qui auraient été effectuées en complète violation des règles d'investissement du fonds, n'existaient tout simplement pas! Les administrateurs auraient pu le remarquer en se penchant sur les comptes mensuels qui montraient que des transactions en apparence profitables étaient bouclées sans contrepartie.

Pendant la durée de leur activité, les administrateurs ne se sont pratiquement jamais réunis pour discuter de l'activité du fonds si ce n'est lors des fêtes de fin d'année autour d'une coupe de champagne. Ils n'ont jamais cherché à comprendre les transactions frauduleuses ou à porter un

regard critique sur les activités de Magnus Peterson. Ils se sont pour ainsi dire comportés comme une chambre d'enregistrement.

Même aux îles Cayman, le tribunal n'a pas apprécié la nonchalance avec laquelle Messieurs Peterson et Erksstrom ont exercé leur charge d'administrateur.

Le tribunal rappelle tout d'abord que les administrateurs ont un devoir dynamique d'acquérir et de maintenir des connaissances et une compréhension suffisante des affaires du fonds afin de leur permettre d'honorer les obligations leur incombant. Bien que les administrateurs puissent déléguer des fonctions particulières au management ou à des personnes externes, il leur revient de superviser l'exercice des tâches ainsi déléguées. Pour satisfaire à ces exigences, ils doivent faire preuve d'un jugement indépendant en vérifiant de manière inquisitoriale les éléments qu'on leur rapporte et en ayant un comportement proactif.

Aux yeux du tribunal, le manque de professionnalisme et l'absence totale de remise en question des informations fournies de la part des deux apprentis administrateurs bafouent le degré minimum requis de diligence.

Messieurs Peterson et Erksstrom auraient pu se réfugier derrière la clause d'indemnisation contenue dans les documents du fonds si le tribunal n'avait pas estimé que leur comportement fut intentionnel. Cette partie de l'arrêt est intéressante. En effet, le juge aurait pu se contenter d'imputer aux administrateurs une négligence grave. Dans cette hypothèse, la clause d'indemnisation n'aurait pas opéré. Le tribunal est allé plus loin dans son raisonnement. La cour a admis que les administrateurs, étant au courant des obligations leur incombant, c'est en connaissance de cause qu'ils n'ont pas agi. Leur passivité est ainsi intentionnelle. Le juge examine ensuite les violations dont Messieurs Peterson et Erksstrom se sont rendus coupables au cours de la vie du fonds: ne jamais avoir lu les documents contractuels concernant le fonds, avoir nommé un réviseur et apprendre seulement après qu'un autre réviseur a été nommé entre-temps, ne pas s'assurer d'une délégation claire des tâches, ne jamais s'être réunis, ne pas avoir tenu d'agenda, ne pas avoir examiné les comptes mensuels et le respect des restrictions d'investissement, avoir signé des contrats dépourvus de but économique purement à des fins de gain fiscal, avoir signé des side letters sans avoir conscience des potentiels problèmes y afférents, être resté passif lors de la crise de Lehman Brothers, etc.

Deux leçons pratiques sont à tirer pour les administrateurs de fonds domiciliés aux îles Cayman, valables également pour les administrateurs de sociétés suisses. La première inspirée directement du droit américain consiste dans le respect des procédures relatives à la réunion et à la prise de décision. Elles imposent aux administrateurs de se réunir, si possible physiquement, d'établir un agenda et de prendre un procès-verbal. Cet aspect procédural – qui devrait être évident pour tous les administrateurs aujourd'hui – permet aux administrateurs de satisfaire à l'exigence tirée de la seconde leçon. Les administrateurs doivent exercer leur mandat avec des yeux critiques; pré requis indispensable à toute supervision. Quand bien même beaucoup de tâches peuvent être déléguées à des tiers, sur lesquels les administrateurs peuvent se fier, la supervision ultime du fonds revient aux administrateurs.

Le raisonnement de la cour concernant ce fonds est très certainement applicable à toutes les sociétés des îles Cayman. Les administrateurs de ces sociétés domiciliés en Suisse, qui pensaient pouvoir échapper à toute responsabilité du fait d'un certain laxisme des autorités, devraient s'inspirer de cet arrêt. Il montre que l'impunité qui a pu régner dans des juridictions comme les îles Cayman durant des décennies est depuis peu révolue.

LE TEMPS © 2013 Le Temps SA