

<< indietro



DIRITTO SVIZZERO

Caso Madoff e Banche svizzere: conspiracy e claw back?

Paolo Bernasconi*Avvocato e notaio**Studio legale Bernasconi Martinelli Alippi & Partners, Lugano**prof. em. all'Università di San Gallo*<http://www.pblaw.ch/>

Analizzare le iniziative giudiziali adottate nell'ambito del caso Madoff è utile non soltanto per la portata delle stesse, ma anche perché offre un'ampia panoramica sulla gravità, originalità ed imprevedibilità delle iniziative giudiziarie alle quali si espongono gli intermediari finanziari, anzitutto le banche, che operano nella giurisdizione statunitense. Il 72enne Bernhard Madoff si costituì alle autorità americane il 10 dicembre 2008 per essere in seguito condannato ad una pena complessiva di 150 anni di prigione. Durante due decenni aveva utilizzato i versamenti effettuati da nuovi investitori per pagare i redditi dovuti agli investitori precedenti e far fronte alle loro richieste di restituzione totale o parziale del capitale investito. Questo sistema negli USA viene definito **"Ponzi scheme"**. Trattandosi però, molto probabilmente, della truffa più grossa della storia, bisognerebbe finalmente ribattezzare questo sistema come **"Madoff scheme"**. Infatti, al momento dell'arresto, dai libri contabili risultavano investimenti di 4.900 clienti per circa 65 miliardi di dollari. Secondo Irving Picard, che venne designato come liquidatore, fino ad oggi sono stati recuperati circa 1.5 miliardi di Dollari. Sono però in pieno svolgimento numerose azioni legali per recuperare sia quanto è stato versato a precedenti investitori a titolo di interessi rispettivamente di rimborso parziale o totale degli investimenti, sia, d'altra parte, per ottenere, in via giudiziale o extragiudiziale, il risarcimento da parte di intermediari finanziari considerati complici, intenzionali o negligenti, consapevoli oppure inconsapevoli.

Iniziative dei liquidatori dei Fondi Fairfield

In data 30 settembre 2010 i liquidatori dei Fondi Fairfield hanno rassegnato il terzo *Interim Report* all'attenzione di creditori ed investitori. Questo documento è di particolare rilevanza in quanto spiega in dettaglio la strategia in ambito giudiziario approntata dai liquidatori con lo scopo di massimizzare la raccolta di liquidità da poi ridistribuire a creditori ed investitori (beninteso previa deduzione di quanto essi dovranno versare al liquidatore SIPC). In sintesi, essi hanno deciso di usufruire delle - ampie - possibilità giudiziarie fornite dalla legislazione

americana per ottenere la documentazione necessaria e per avviare le procedure di risarcimento.

In primo luogo, all'inizio dell'estate del 2010, i liquidatori dei tre Fondi Fairfield hanno presentato un'istanza presso la Corte fallimentare di New York – dove è pendente pure la procedura di liquidazione di BLMIS – chiedendo, in applicazione del *Chapter 15 della Bankruptcy Law*, il riconoscimento negli Stati Uniti dei procedimenti di liquidazione pendenti nelle BVI. Questa richiesta è stata accolta il 22 luglio 2010 e, nonostante l'inoltro di un appello da parte di alcuni investitori, ciò ha segnatamente permesso ai liquidatori di utilizzare gli strumenti legali previsti dal *US Bankruptcy Code*, incluse le azioni cosiddette di *claw back* e le richieste di edizioni illimitate di documenti (*discovery*).

Infatti, quasi contemporaneamente, sono state presentate le istanze di restituzione delle *redemptions* ricevute dagli investitori, le quali comprendono non solo i profitti fittizi ma anche il capitale inizialmente investito; secondo il Rapporto i liquidatori avrebbero avviato 167 procedure nelle BVI e 121 innanzi alle autorità americane. I liquidatori hanno già preannunciato che l'analisi della documentazione non è ancora terminata, per cui vi è da attendersi che questi numeri aumenteranno nei prossimi mesi. Nel proprio Rapporto i liquidatori hanno stimato in circa USD 5 miliardi. l'ammontare delle *redemptions* (compresi i relativi utili) versate dai tre Fondi ai propri investitori dal 1. gennaio 2003 al dicembre 2008.

Iniziative dei liquidatori dei Fondi Kingate

Sul fronte svizzero, già diverse banche si sono viste notificate - in via per il momento informale e non conforme alle normative internazionali - dei “*summons with notice*” presentati da Fairfield Sentry presso il Tribunale fallimentare di New York. Sono stati convenuti gli istituti bancari nella loro qualità di *registered shareholders* dei Fondi, agenti però in nome e per conto dei singoli investitori. Dalle informazioni - sembrerebbe che le banche con sede in Svizzera più colpite sarebbero HSBC Suisse (con una richiesta di restituzione di circa USD 120 mio.), Julius Baer (USD 25 mio.), Pictet & Cie (USD 21 mio.), ING Bank (USD 17 mio.) e Credit Suisse (USD 11 mio.). Occorre però evidenziare come questi importi concernano unicamente le sedi svizzere di queste banche, mentre altre azioni sono state pure avviate per le filiali delle stesse con sede in altri luoghi.

Le suddette iniziative di Fairfield Sentry non costituiscono delle vere e proprie azioni di *claw back*, che come tali restano appannaggio del Trustee SIPC, ma esplicano i medesimi effetti. I liquidatori hanno invocato come titolo per le richieste di restituzione l'istituto dell'indebito arricchimento (“errore e restituzione”), sostenendo che le *redemptions* agli investitori sarebbero state effettuate “senza valida causa giuridica” rispettivamente “per errore”: siccome lo “schema Ponzi” di Madoff era una frode nella sua integralità, ogni pagamento eseguito dai Fondi Fairfield agli investitori era viziato da una sbagliata rappresentazione dei fatti e per cui sarebbe iniquo trattenere gli importi da parte di coloro che li hanno ricevuti. La fondatezza di una tale impostazione, deve essere approfondita sulla scorta della normativa americana, applicabile alle summenzionate controversie avviate presso il Tribunale fallimentare di New York.

Le attività processuali delle banche, in qualità di convenute formali nelle controversie avviate dai liquidatori, dovranno essere attentamente sorvegliate dagli investitori, i quali devono e dovranno vegliare a che le stesse tutelino gli interessi degli investitori con la cura e la diligenza richiesta ad ogni mandatario. Ciò a maggior ragione se si considera che i liquidatori hanno già anticipato l'avvio di trattative volte alla composizione extra-giudiziale delle vertenze con un buon numero di convenuti. In altre parole, bisognerà diffidare gli istituti bancari dal concludere autonomamente dei *settlements* con i liquidatori a spese degli investitori, i cui beni sono o saranno gravati da pegno a favore delle banche.

Quali ulteriori avvenimenti degni di nota vi è da segnalare la sottoscrizione da parte di PWC - revisore dei Fondi - e di Citco - *custodian ed administrator* degli stessi - delle usali dichiarazioni di rinuncia ad eccepire la prescrizione, ciò che permetterà il futuro avvio di cause di risarcimento contro gli stessi. Da ultimo, i liquidatori hanno segnalato l'esistenza di interessati all'acquisto della pretesa che Sentry ha inoltrato nella procedura di liquidazione di BLMIS (valutata in USD 1.2 mia in applicazione del sistema della *net equity* utilizzato dal Trustee SIPC). Su questo punto i liquidatori hanno affermato che sono in corso trattative e che un'eventuale proposta in questo senso verrà comunque preventivamente sottoposta ai creditori, agli investitori ed al competente tribunale nelle BVI (ovvero l'autorità che ha nominato e che sorveglia i liquidatori).

I liquidatori dei Fondi Kingate - la società Zolfo Cooper con sede nelle BVI - non si sono per il momento ancora attivati nella direzione scelta dai liquidatori dei Fondi Fairfield, nel senso che non vi è stato alcun tentativo per far riconoscere la procedura fallimentare delle BVI negli Stati Uniti, né sono state minacciate azioni nei confronti degli investitori dei Fondi. Secondo le ultime notizie ufficiali, rese pubbliche dai liquidatori, tutto il loro impegno è stato negli scorsi mesi dedicato alle trattative con il Trustee SIPC per raggiungere un settlement nonché alla valutazione delle eventuali azioni giudiziarie nei confronti di FIM Advisers LLP, di Kingate Management Ltd. e di PWC Bermuda.

Ciò non di meno, mediante uno scritto datato 9 giugno 2010, gli stessi liquidatori hanno anticipato l'imminente avvio da parte del Trustee SIPC di azioni giudiziarie nei confronti di "*third parties, such as KML, its beneficial owners and also investors who redeemed their shares in the six years prior to the onset of liquidation*". Sembra che a differenza di quelle precedenti, questa comunicazione - indirizzata ai creditori ed agli investitori dei Fondi Kingate e ricevuta per questi ultimi dalle banche in qualità di *nominees* - non sia stata immediatamente inoltrata agli investitori. La relativa comunicazione è però stata utilizzata dalle banche quale spunto per "monitorare" le relazioni bancarie degli investitori potenzialmente toccati (i summenzionati *net winners*) e per eventualmente bloccare eventuali operazioni bancarie ordinate dagli investitori su queste relazioni.

Per quanto a nostra conoscenza, fino ad oggi il Trustee SIPC non avrebbe intrapreso nessuna azione giudiziaria di *claw back* nei confronti degli investitori nei Fondi Kingate, né avrebbe trasmesso agli stessi (oppure alle banche depositarie) alcuna lettera preliminare in questo senso. Ne consegue che le eventuali misure di blocco intraprese da alcune banche, oltre che di dubbia fondatezza giuridica, sono comunque del tutto premature.

Azione giudiziaria contro UBS

Il 24 novembre 2010 il trustee Irving Picard ha introdotto davanti al Tribunale fallimentare di Manhattan una causa giudiziaria contro UBS per frode finanziaria ed altri reati in 23 casi contro UBS, sue filiali e succursali e terze persone. Anticipiamo subito che UBS ha pubblicamente respinto ognuna delle accuse suddette. Ciò malgrado, l'analisi del contenuto della causa è utile, come già detto, per rendersi conto degli strumenti procedurali disponibili secondo la legislazione statunitense. Una delle accuse principali riguarda la costituzione da parte di UBS dei fondi Luxalpha e Groupement Financier in Lussemburgo, che vengono considerati dal liquidatore alla stregua di feeder funds. Si rimprovera inoltre il fatto che, attraverso questi ed altri feeder funds, siano stati veicolati a favore dei clienti, nei tre mesi precedenti il fallimento, 796 milioni di dollari provenienti dalla BLMIS nonché, globalmente, 1.12 miliardi di dollari nei 6 anni precedenti il fallimento. Fra i vari rimproveri si leggono nella petizione, ossia nell'atto iniziale di causa (che consta di 106 pagine), capitoli che portano i sottotitoli seguenti:

- The UBS defendants saw the indicia of fraud surrounding BLMIS

- Knowing the likelihood of fraud, UBS knowingly provided a façade of legitimacy for BLMIS
- The UBS defendants enabled Madoff by providing the appearance of legitimacy and security for Luxalpha and Groupement Financier
- The access defendants facilitated the scheme through misleading marketing and sales
- When faced with plain evidence of a fraud, the access defendants chose to suppress the information
- The access defendants ignored additional red flags.

Iniziativa contro altre banche

Azioni giudiziarie analoghe a quella contro UBS vennero promosse dal trustee, Irving Picard, contro J. P. Morgan Chase (per 6,4 miliardi di dollari) e HSBC (per 9 miliardi di dollari). I fatti che vengono addotti a carico sono simili a quelli addotti per fondare una responsabilità da parte di UBS ("*willfully blind to the fraud*"). Parimenti sono stati convenuti anche numerosi "*net winners*" (ossia investitori che hanno ottenuto dal Gruppo BMLCS più di quanto investito) e contro numerosi hedge funds, altre banche, fra cui Unicredit e Bank Austria, nonché i relativi amministratori. Non sono escluse altre iniziative, sia negli USA che in numerose altre giurisdizioni, entro la scadenza del termine legale di due anni stabilita dal tribunale fallimentare di New York, ossia entro l'11 dicembre 2010. Tutte le banche accusate hanno respinto fermamente ogni accusa.

Cfr. *Bernard L. Madoff Investment Securities LLC Liquidation Proceeding*: [clicca qui](#)

07/01/2011

<< indietro