

LE POINT DE VUE DE CINQ AVOCATS

Affaire Madoff, le scandale d'une Europe impuissante

Décembre 2008 - juin 2009 : six mois se sont écoulés entre l'explosion du scandale Madoff et les élections européennes. Six mois entre deux événements apparemment sans rapport et qui, pourtant, concernent une même réalité. Six mois, en effet, que la capacité des gouvernements, des autorités des marchés financiers et des instances de l'Union européenne à faire respecter la loi commune est bafouée. Six mois que cette Europe, dont on nous assure qu'elle protège ses citoyens, se révèle, sur ce dossier, incapable de faire respecter ses textes.

Car il y a, en réalité, deux scandales Madoff. Le premier est celui, apparent, de la fraude commise par l'homme d'affaires, à New York. Le second, bien plus surnois, est un scandale strictement européen.

C'est celui que vivent ces épargnants qui ont choisi d'investir dans des produits, sicav ou fonds communs de placement classiques, de statut européen, vendus par des institutions financières de premier rang, autorisés par les pays de l'Union puisque bénéficiant des garanties définies par les directives européennes. Garanties pour lesquelles les clients, c'est-à-dire les épargnants, ont payé.

Nous ne confondons pas ! C'est bien Ber-

banque ne garantit pas le niveau du cours. Mais, en tant que dépositaire, elle garantit l'existence, la garde, la réalité, la disponibilité des titres, actions ou obligations, ou liquidités. Ce rôle de dépositaire est au cœur même du métier bancaire ; c'est un rouage clef de la vie des affaires ; c'est cette garantie qui justifie la confiance de l'épargnant. C'est l'existence d'un tel dépositaire qui fait que nous pouvons nous fier à notre relevé bancaire et que nous acceptons des paiements par virement.

Or, depuis six mois, deux banques de renommée mondiale, HSBC et UBS, ayant vendu, pour la première un fonds commun, Thema, inscrit en Irlande, et pour la seconde une sicav, Luxalp, inscrite au Luxembourg, tous deux régis par la même directive européenne, ne répondent plus.

Elles ont choisi d'ignorer ces clients qu'elles choyaient encore quelques jours avant le scandale et continuent de leur opposer une fin de non-recevoir, les obligeant à la voie judiciaire, forcément longue, coûteuse et pénalisante pour le particulier. Cela, alors même qu'il est avéré que, sans l'indiquer dans la documentation remise aux autorités de tutelle ou aux clients, UBS et HSBC

Depuis six mois, deux banques de renommée mondiale, HSBC et UBS, ne répondent plus.

nard Madoff qui a fraudé. Mais le texte et l'esprit des directives européennes sont clairs : les banques, qui ont fait investir leurs clients dans Madoff via ces produits de statut européen, qui leur ont donc vanté ou vendu les garanties de la réglementation communautaire, sont évidemment tenues par les engagements et garanties de ces sicav et fonds communs de statut européen.

Parmi ces engagements, l'un des primordiaux est celui du dépositaire. Il consiste à garantir au client, non pas la valeur, mais l'existence même des titres, actions ou obligations ou des liquidités qui sont inscrits à son compte. Tout épargnant sait que sa banque ne lui garantit pas la valeur des actions ou des obligations dans lesquelles il investit. La

avaient toutes deux entièrement délégué le rôle de dépositaire au groupe de Bernard Madoff (BMIS) lui-même, alors que le prospectus des fonds n'autorisait pas les banques à déléguer leur rôle de dépositaire.

Ainsi le client particulier, le citoyen de l'Union se retrouve-t-il face à une étrange réalité. C'est bien du fait des carences et de la légèreté de ces banques que Bernard Madoff a pu annoncer des opérations fictives et faire disparaître les fonds. C'est bien parce que le dépositaire n'a pas rempli son rôle de surveillance, de sauvegarde, que la fraude a pu avoir lieu.

La CSSF, autorité de tutelle du marché luxembourgeois, a voilà trois mois, après enquête et audition des responsables d'UBS,

recensé les manquements de la banque concernant « l'infrastructure nécessaire et les moyens humains et techniques pour accomplir l'ensemble des tâches relevant de la fonction de dépositaire » et a, en conséquence, demandé à UBS « de veiller à réparer les dommages en relation avec les manquements ci-dessus décrits ». Sans résultat.

Les textes existent. Des garanties, mécanismes et obligations sont prévus. Mais les autorités de tutelle nationales restent impuissantes. Triste constat qui jette un doute sur l'ensemble de l'édifice européen.

Les clients européens ont pourtant investi dans des produits coordonnés qui permettent de bénéficier des garanties communautaires, des garanties supposées être uniformes sur l'ensemble de l'espace européen. Ils ont fait appel à de grandes maisons, à des établissements prestigieux qu'ils s'attendent à voir respecter leurs engagements.

Six mois ! Six mois qui, au-delà de la crédibilité des banques, abîment l'image de l'Union européenne. Car ce sont bien les directives européennes et le crédit de l'Europe de l'épargne qui sont ainsi méprisés.

La solution pourrait être simple. Le principe de l'Union est qu'une entreprise autorisée à exercer par un pays membre peut travailler dans tous les Etats membres. Le symétrique devrait donc être assuré et le retrait d'agrément prononcé par un Etat devrait être appliqué dans tous les Etats.

Car la situation est aujourd'hui inacceptable et c'est le client qui en supporte les conséquences. Ces manquements jetent un doute sur l'ensemble des banques et un discrédit sur tout l'édifice européen. Situation indigne pour les clients, injuste pour les banques vertueuses et catastrophique pour le crédit de l'Europe bancaire et financière. C'est pourtant bien ce scandale qu'acceptent tous ceux qui prétendent aujourd'hui que l'Union marche et protège ses citoyens.

Les cinq avocats signataires :
 Jean-Louis Desfilis (Desfilis & McGowan),
 Jean Reinhart (Reinhart Marville Torre),
 Pierre Reuter (Thewes & Reuter),
 Philippe A. Schmidt (SBKG)
 et Isabelle Wekstein-Steg (Van Avocats).