

Greenwashing... le silence gênant de l'AMF !

➤ **L'AMF a l'obligation juridique de poursuivre et sanctionner le greenwashing, et non pas de seulement le constater**

Le 25 septembre dernier, la SEC (i.e. l'équivalent américain de l'AMF) prononçait la plus importante sanction financière pour greenwashing de son histoire, en condamnant la société de gestion DWS Asset Management Americas (DIMA) à une amende de 19 millions de dollars, au motif que celle-ci exagérait la réalité de la prise en compte des critères ESG dans ses investissements.

Le 24 juillet dernier, l'ASIC (i.e. l'équivalent australien de l'AMF) engageait une procédure indemnitaire pour greenwashing à l'encontre de Vanguard Investment Australia, filiale locale de Vanguard, au motif ici encore du non-respect des engagements de prise en compte de critères ESG dans le cadre d'investissements réalisés par des fonds prétendument éthiques.

Deux exemples récents, loin d'être isolés, qui témoignent de la volonté et du pouvoir des régulateurs financiers pour lutter contre le greenwashing.

En France, au-delà de déclarations de principe, qu'a fait l'AMF pour sanctionner les pratiques de greenwashing ?

Rien.

Depuis mars 2020, et la publication de sa recommandation 2020-03 consacrée à la finance durable et la nécessaire information des investisseurs, aucune sanction n'a été prise à l'encontre des nombreux acteurs financiers se proclamant abusivement investisseurs durables et/ou commercialisant des produits financiers faussement ESG.

Pourtant, l'AMF ne saurait ignorer que les pratiques en matière de finance durable sont particulièrement défailtantes.

Sa récente synthèse des contrôles SPOT relative au respect des engagements extra-financiers contractuels des sociétés de gestion de portefeuille (juin 2023) témoigne en effet de sa parfaite connaissance des nombreux dysfonctionnements et non-respects des obligations juridiques applicables en matière de finance durable.

Sans en faire une présentation détaillée, une rapide lecture du « *résumé des principaux enseignements* » suffit à s'en convaincre. L'AMF y relève notamment que :

- « *le contrôle de la qualité des données s'avère en contradiction avec les rappels doctrinaux émis par l'AMF* » ;

- « la qualité de la piste d'audit (constituée de la justification des notes et des analyses ESG des émetteurs) justifiant rétrospectivement des investissements réalisés par les fonds ESG/ISR est insuffisante » ;
- « s'agissant de l'intégration des critères ESG dans le processus d'investissement/désinvestissement, (...) il demeure nécessaire de renforcer le dispositif de contrôle et garantir l'identification de toute non-conformité (...) » ;
- « s'agissant de la définition et du processus de traitement des non-conformités (...), un renforcement continu du processus de contrôle apparaît d'autant plus souhaitable dans un contexte d'augmentation des engagements extra-financiers contractuels (notamment du fait des réglementations européennes) et du risque de promesses trompeuses aux investisseurs, s'ils ne sont pas respectés. » ;
- « s'agissant de l'information fournie aux investisseurs concernant les engagements extra-financiers des fonds ESG/ISR, (...) les tests menés par la mission de contrôle sur l'information produite pour les 5 fonds de l'échantillon testé témoignent des insuffisances de ce dispositif. Les engagements testés ne sont en effet pas présentés (...) de manière complète, intelligible et équilibrée » ;
- « s'agissant du dispositif de contrôle interne relatif aux engagements extra-financiers contractuels, (...) le taux de SGP du panel SPOT réalisant ces diligences de manière satisfaisante est

bas (...). Cette situation est préoccupante au vu des carences constatées (...) ».

Un panorama particulièrement inquiétant donc, d'autant plus lorsque l'on sait que lesdits contrôles SPOT n'ont en réalité été menés que sur 5 SGP censés être parmi les meilleurs élèves de la finance durable... et que l'objet desdits contrôles ne visait pas « la pertinence des engagements extra-financiers retenus par les SGP du périmètre d'analyse, mais uniquement les processus internes relatifs à ces engagements. »

Autrement dit, un contrôle a minima et à périmètre réduit, dont les conclusions alarmantes auraient cependant dû déclencher une campagne de contrôles particulièrement large et virulente.

L'AMF ne saurait ainsi se contenter d'observer et de constater les non-respects des exigences légales et réglementaires par les acteurs de la finance durable.

C'est en effet l'objet même de sa mission, celle de gendarme des marchés financiers, qui lui fait obligation de poursuivre et sanctionner les pratiques de greenwashing.

➤ **Le greenwashing, une atteinte directe au droit de la concurrence sur le marché de la finance durable**

Il en va à cet égard de l'intérêt même des investisseurs durables et de la place financière de Paris.

Comment prétendre en effet être le phare mondial de la finance durable lorsqu'aucune sanction ne vient frapper les acteurs financiers adeptes du greenwashing ?

Comment protéger les acteurs financiers qui intègrent les critères ESG et respectent les exigences d'une lourde et complexe

réglementation, quand d'autres les concurrencent impunément en pratiquant un greenwashing décomplexé ?

La Cour de Cassation ne s'y est pas trompée, et vient de souligner, dans un récent arrêt du 27 septembre 2023, que le respect par une entreprise d'une réglementation financière « engendre nécessairement pour elle des coûts supplémentaires. Il en résulte que le fait pour un concurrent de s'en affranchir confère à celui-ci un avantage concurrentiel indu, qui peut être constitutif d'une faute de concurrence déloyale ».

Autrement dit, les investisseurs durables injustement concurrencés par les pratiques de greenwashing de leurs concurrents ont la possibilité d'engager des actions en dommages et intérêts pour concurrence déloyale devant les juridictions commerciales, afin d'obtenir l'indemnisation de leurs préjudices financiers en tant que victime de pratiques anticoncurrentielles.

Elles peuvent en outre dénoncer à l'AMF de tels agissements, afin que ce dernier diligente une enquête et sanctionne financièrement pour greenwashing l'acteur financier indélicat.

➤ **Forçons l'AMF à agir enfin !**

A cet égard, et comme nous l'avons rappelé supra, il s'agit de l'objet même de la mission de l'AMF que d'assurer le respect de la réglementation financière par les entreprises placées sous son contrôle.

Il en va d'ailleurs de sa propre responsabilité juridique.

L'inaction fautive de l'AMF en la matière est en effet susceptible d'être sanctionnée par les tribunaux administratifs, tout comme l'Etat a déjà été sanctionné financièrement par ces

mêmes tribunaux pour son inaction climatique.

Dans ce contexte, investisseurs institutionnels, banques, sociétés de gestion, assureurs, capital investisseurs, ONG, associations de protection des consommateurs, regroupements d'épargnants ou d'investisseurs etc., mobilisez-vous !

Montez des dossiers établissant les manquements à la réglementation de la finance durable par les acteurs financiers adeptes du greenwashing, et transmettez-les à l'AMF en mettant cette dernière en demeure d'exercer ses pouvoirs de contrôle et de sanction.

L'AMF sera enfin obligée d'agir, et de mettre fin à son silence coupable.

Et si elle persiste dans son inaction, mettez-la en cause devant la juridiction administrative.

L'impunité du greenwashing doit cesser.

Réagissons !

Pour toute question, n'hésitez pas à nous contacter :



Olivier LAFFITTE

Président

Avocat à la Cour

Administrateur du FIR

olaffitte.esglegal@gmail.com