

Cet email ne s'affiche pas correctement?
[Le voir dans votre navigateur](#)



L'Observatoire du Droit de la Finance Durable



Mars 2022

Une Newsletter pour décrypter, suivre & anticiper le Droit de la Finance Durable

ÉDITORIAL



Le régulateur européen ouvre la chasse au greenwashing financier... tous les acteurs de la finance durable doivent se préparer à ce nouveau risque juridique

Après la procédure d'enquête initiée par la SEC à l'encontre de DWS, filiale de gestion d'actifs du groupe Deutsche Bank, c'est maintenant au tour du régulateur européen, l'ESMA, de lancer la chasse au greenwashing financier.

Comme en écho au scandale ORPEA et aux controverses qui ne manqueront pas d'apparaître suite à la guerre en Ukraine, l'ESMA vient en effet de publier le 10 février dernier sa feuille de route 2022-2024 pour la finance durable dans laquelle la lutte contre le greenwashing constitue l'objectif n°1.

A l'instar des pays anglo-saxons où se multiplient les procès pour communication ESG trompeuse, les acteurs financiers doivent se préparer à faire face à un tel risque, et ce d'autant plus que les fondements juridiques pour de telles actions judiciaires sont particulièrement nombreux en France.

Un risque juridique nouveau donc, que tous les acteurs de la finance durable doivent désormais prendre au sérieux.

Bonne lecture !

Olivier LAFFITTE

Président

Expert associé auprès du FIR

Avocat à la Cour

olaffitte.esglegal@gmail.com

LES NOUVEAUX RISQUES JURIDIQUES DU GREENWASHING FINANCIER

Publiée le 10 février 2022, la nouvelle feuille de route de l'ESMA pour la finance durable (« Sustainable Finance Roadmap 2022-2024 ») place en effet la lutte contre le greenwashing financier au cœur de son action. Cette initiative fait suite aux préoccupations déjà exprimées par l'AMF et aux nombreux procès intentés dans les pays anglo-saxons.

Les acteurs financiers doivent désormais prendre au sérieux ce nouveau risque juridique, et ne plus laisser leur communication ESG aux mains des seuls services marketing.

• Greenwashing financier et risque de sanction des régulateurs européens et nationaux

Dans sa feuille de route 2022-2024, l'ESMA définit le greenwashing financier comme « les pratiques de marché par lesquelles le profil de développement durable présenté par un émetteur et les caractéristiques et/ou les objectifs d'un instrument financier ou produit financier et les processus associés ne reflètent pas correctement les risques et les impacts sous-jacents en matière de durabilité. Ces pratiques de marché peuvent être à la fois intentionnelles et non intentionnelles, et se produisent soit par action, soit par omission. En tant que tel, greenwashing donne généralement lieu à un préjudice potentiel pour les investisseurs qui cherchent à allouer des ressources à des investissements durables. »

De la même manière, l'AMF a déjà eu l'occasion de souligner à plusieurs reprises qu'elle entend contrôler les éléments de communication ESG des produits financiers. Ainsi selon l'AMF, « pour éviter le greenwashing, (...) il importe que l'information fournie ait un caractère exact, clair et non-trompeur et permette d'évaluer la démarche proposée ».

A défaut, des sanctions financières proportionnelles aux bénéfices réalisés avec les produits incriminés pourront être infligées.

Garants d'une information financière exacte, claire et non-trompeuse, les régulateurs nationaux n'hésiteront donc pas désormais à utiliser leurs pouvoirs de sanction pour infliger des amendes conséquentes aux acteurs financiers dont la communication ESG serait disproportionnée par rapport à la réalité de leurs pratiques et de leurs produits.

• Greenwashing financier et risque de publicité mensongère

Outre le droit de la finance durable évoqué supra, le droit de la consommation pourra également être le vecteur d'actions judiciaires à l'encontre d'acteurs financiers dont la communication ESG serait trompeuse. L'article L. 121-1 du Code de la consommation sanctionne en effet la publicité mensongère, entendue comme « des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire le consommateur en erreur ». Les sanctions sont lourdes : d'une part sur le plan pénal, une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 2 ans, assortie d'une amende de 1.500.000 euros pour les personnes morales (le montant de l'amende peut être porté proportionnellement aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires annuel, ou à 50 % des dépenses engagées dans sa réalisation) ; d'autre part au plan civil, le consommateur trompé pourra en outre saisir le Tribunal Judiciaire afin d'obtenir des dommages et intérêts, dont le montant peut vite devenir prohibitif en cas d'action de groupe...

A cet égard, les nombreux exemples de procès dans les pays anglo-saxons (Shell, Dalradian Gold etc.) ne manqueront pas d'inspirer les consommateurs français de produits financiers s'estimant victimes de greenwashing ESG. Et le mouvement a déjà commencé, avec l'action introduite le 2 mars 2022 devant le Tribunal Judiciaire de Paris contre TotalEnergies pour pratique commerciale trompeuse vis à vis de son plan climat et de son objectif de neutralité carbone d'ici 2050.

• Greenwashing financier et risque d'inexécution contractuelle vis-à-vis des clients et souscripteurs

Le droit des contrats pourra également constituer un levier privilégié afin de mettre en cause la responsabilité juridique des acteurs financiers, lorsque l'information ESG communiquée à leurs clients et souscripteurs sera en décalage avec la réalité.

En effet, et comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner dans nos précédentes newsletters, la communication d'informations ESG résultant des différentes réglementations françaises et européennes s'inscrit également en ce cas dans le cadre d'une relation contractuelle, et les informations ainsi transmises sont alors susceptibles de devenir des engagements juridiques vis-à-vis des clients et souscripteurs de produits financiers ESG.

Ici encore, un décalage entre une information communiquée à ces derniers et la réalité des produits financiers ESG sera de nature à faire naître un risque juridique à l'encontre de l'entité financière concernée ; le client ou souscripteur qui estimera que l'information communiquée et l'engagement en résultant auront in fine été méconnus, pourra saisir le Tribunal Judiciaire et demander des dommages et intérêts sur le fondement de l'inexécution des obligations contractuelles de l'entité financière.

• Greenwashing financier et Devoir de vigilance

Enfin, nous savons que les entités financières concernées par la loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017 doivent établir un plan de vigilance. Aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, ce plan « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (...), directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

Dans ce cadre, les mesures de vigilance susmentionnées, mises en perspective avec les éléments de communication ESG diffusés par ailleurs, seront susceptibles d'engager la responsabilité civile délictuelle de l'entreprise fautive, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil.

Toute personne y ayant intérêt pourra donc, en cas de dommage résultant d'un manquement à son devoir de vigilance, notamment en matière d'environnement ou de droits humains, saisir le Tribunal Judiciaire d'une action en responsabilité contre l'entité financière concernée, et demander en conséquence la condamnation de celle-ci au paiement de dommages et intérêts.

Là encore, les éléments de communication de l'entité financière devront faire l'objet en amont d'une analyse juridique circonstanciée, compte tenu des risques susceptibles d'en résulter.

• Tous les acteurs de la finance durable sont concernés

La volonté affichée par les régulateurs européens et nationaux de contrôler, et désormais sanctionner, la communication ESG des acteurs financiers, s'inscrit plus largement dans l'objectif d'une meilleure information des investisseurs et d'une plus grande transparence des pratiques de marché.

Il appartient désormais à tous les acteurs de la finance durable, qu'il s'agisse des investisseurs institutionnels, des sociétés de gestion, des conseillers en investissement, des agences de notation, des fournisseurs de données ou encore des entreprises elles-mêmes, de prendre au sérieux ce nouveau risque juridique, et de ne plus laisser à leur seul département marketing les éléments de communication ESG sur lesquels ils entendent communiquer.

A défaut, une communication ESG inappropriée sera désormais de nature à exposer les acteurs de la finance durable à un risque de sanction financière et judiciaire certain.