

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

ÉDITORIAL



Préférences ESG : de conseiller financier à conseiller extra-financier... attention aux nouveaux risques juridiques !

Avec les récentes modifications des réglementations européennes AIFM, OPCVM, MiFID II, et l'évolution à compter du 1er janvier 2023 du règlement général de l'AMF pour ce qui concerne les CIF, l'ensemble des prestataires de services d'investissement et autres conseillers ou distributeurs de produits financiers devront désormais prendre en compte les préférences ESG de leurs clients.

Concrètement, et quel que soit leur statut juridique, les conseillers et distributeurs de produits financiers devront obligatoirement, via un questionnaire ad hoc, procéder à une évaluation préalable des préférences ESG de leurs clients afin de s'assurer de l'adéquation de l'instrument financier ou du service lors de la fourniture d'un service de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille pour le compte de tiers.

Rien de révolutionnaire en apparence. Et pourtant ce faisant, les conseillers financiers deviendront aussi des conseillers extra-financiers... un nouveau métier en réalité, qui modifiera substantiellement tant la conduite de leurs activités que le régime juridique de leur responsabilité professionnelle.

Bonne lecture,

Olivier LAFFITTE

Président

Expert associé auprès du FIR

Avocat à la Cour

olaffitte.esglegal@gmail.com

PRÉFÉRENCES ESG DES CLIENTS : DE CONSEILLER FINANCIER À CONSEILLER EXTRA-FINANCIER...!

• **Un nouveau régime de responsabilité professionnelle**

En termes de responsabilité professionnelle, et sans entrer dans une description détaillée des subtilités de la jurisprudence en la matière, il peut être considéré que les tribunaux ont identifié quatre catégories d'obligation pesant sur les conseillers financiers :

- l'obligation de s'informer, sur son client comme sur l'instrument recommandé ;
- l'obligation d'informer son client ;
- l'obligation de le conseiller ;
- et le cas échéant, de le mettre en garde.

D'une manière générale, l'évolution de la jurisprudence en la matière s'est caractérisée par une exigence accrue, faisant peser sur les conseillers financiers un risque de responsabilité professionnelle majeur. Les contentieux sont ainsi de plus en plus nombreux, et initiés par des clients insatisfaits qui n'hésitent pas à ce titre à les mettre en cause afin d'obtenir l'indemnisation de leurs préjudices.

À cet égard, les tribunaux ont toujours exigé jusqu'ici, que le préjudice allégué par le client mécontent corresponde à une perte financière éprouvée ou un gain manqué. Autrement dit, le préjudice du client ne saurait être que financier.

Or, avec l'apparition des préférences ESG, un client pourra désormais considérer avoir été mal conseillé et avoir subi un préjudice, dès lors que l'investissement réalisé ne correspondrait pas in fine aux attentes ESG qu'il avait exprimé, et ce quand bien même aucun préjudice financier n'en aurait résulté !

Ainsi, le tribunal saisi aura à examiner si le préjudice extra-financier qu'un client estimera avoir subi est fondé, et justifie en l'espèce une indemnisation spécifique.

Ce préjudice, d'un type nouveau et beaucoup plus subjectif, sera évalué à l'aune de l'importance accordée aux critères ESG lors de l'évaluation préalable susmentionnée.

À cet égard, et même si les conseillers financiers ne sont pas soumis à une obligation de résultat, il est fort probable que l'exigence d'une analyse personnalisée et approfondie de l'instrument financier recommandé, telle que déjà posée par la jurisprudence lorsqu'elle se prononce sur l'existence d'un préjudice financier, sera étendue aux produits ESG lorsqu'il s'agira d'évaluer l'existence d'un préjudice extra-financier.

Dans ces conditions, et au regard de la jurisprudence exigeante développée en la matière, il semble illusoire de penser que les conseillers et distributeurs de produits financiers pourront échapper à leurs responsabilités en invoquant la simple classification de l'instrument recommandé au regard de la taxonomie européenne ou même l'obtention d'un label ESG, et ce d'autant plus que l'AMF a déjà alerté sur le greenwashing affectant de nombreux produits financiers dont les performances ESG réelles sont in fine bien en-deçà de celles affichées.

Ce nouveau préjudice ESG, qu'il soit invoqué isolément par un client mécontent ou en complément d'un préjudice financier classique, augmentera substantiellement la responsabilité professionnelle des conseillers financiers, ainsi que le montant des indemnités potentiellement demandées à leur encontre.

L'apparition des préférences ESG constitue ainsi un bouleversement majeur pour les sociétés de gestion et autres conseillers ou distributeurs de produits financiers, de nature à modifier en profondeur non seulement la conduite de leurs activités mais surtout l'étendue de leur responsabilité professionnelle.

• **Comment prévenir le risque? Audit juridique ESG des contrats, formation ad hoc des équipes et adaptation des pratiques**

La responsabilité des prestataires de services d'investissement et autres conseillers ou distributeurs de produits financiers étant principalement contractuelle, ce sont donc les termes de leurs contrats qui devront être revus au prisme de ce nouveau risque juridique.

Pour ce faire, un audit juridique ESG apparaît indispensable afin d'identifier les nécessaires adaptations tant des termes contractuels existants que des modalités de la relation conseiller-client, afin non seulement de prévenir l'apparition de ce nouveau risque mais également de permettre aux conseillers et distributeurs de produits financiers de prouver le moment venu, le parfait respect de leurs obligations d'information et de conseil en la matière.

Enfin, une formation ad hoc sur les responsabilités juridiques additionnelles découlant de leur activité nouvelle de conseiller extra-financier semble également nécessaire, et constitue à n'en pas douter un préalable indispensable aux modifications des pratiques professionnelles que les prestataires de services d'investissement et autres conseillers ou distributeurs de produits financiers devront à court terme mettre en œuvre.

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



Olivier LAFFITTE

Président

Expert associé auprès du FIR

Avocat à la Cour

olaffitte.esglegal@gmail.com