

# L'écoblanchiment, une pratique à hauts risques

LE MONDE DU DROIT

22 NOVEMBRE 2022



Les ONG ne sont pas les seules à pourchasser les pratiques d'écoblanchiment (ou *greenwashing*), c'est-à-dire les publicités trompeuses d'entreprises sur leurs engagements climatiques. Après l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) et l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) et après la *Securities and Exchanges Commission* (SEC) américaine, leur homologue britannique - la *Financial Conduct Authority* (FCA) - a soumis à consultation publique le 25 octobre 2022 un projet de règlement sur l'information durable et les labels d'investissements durables<sup>[1]</sup>. Le texte devrait s'appliquer à partir de juin 2023 reflètent le souci des autorités publiques de ne pas accepter l'écoblanchiment.

- *Des informations ou images non seulement trompeuses, mais équivoques*

Depuis que l'Accord de Paris<sup>[2]</sup> a mis la lutte contre le réchauffement climatique au cœur des préoccupations mondiales, l'écoblanchiment constitutif d'une pratique commerciale trompeuse ou déloyale (*deceptive/unfair commercial practices*) a vu sa portée étendue. Il n s'agit plus seulement d'une publicité mensongère, mais éventuellement d'engagements ou allégations simplement équivoques. Ceci ressort de la législation britannique<sup>[3]</sup> et américaine<sup>[4]</sup> comme de la législation française.

En France, l'article L121-2 du code de la consommation, modifié en 2021<sup>[5]</sup>, définit l'écoblanchiment comme toutes « *allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur [notamment le consommateur et les investisseurs sur] les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition (...), ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, notamment son impact environnemental [et] la portée des engagements de l'annonceur, notamment en matière environnementale* ».

On parle d'écoblanchiment par exemple lorsque la communication, la stratégie de marque ou le *marketing* contient, intentionnellement ou par inadvertance, des informations fausses ou trompeuses sur l'environnement ou la durabilité d'un produit ou service. Ce peut être le cas lorsqu'un produit/service ou l'entreprise elle-même est présenté de manière fallacieuse ou ambiguë comme « vert » ou « propre », lorsqu'une initiative environnementale est survalorisée ou encore en cas de sous-estimation du volume d'émissions de gaz à effet de serre (« GES »). Il peut aussi y avoir écoblanchiment lorsqu'une entreprise promeut une image environnementale positive de ses produits/services ou de sa chaîne d'approvisionnement tout en omettant d'en mentionner les aspects négatifs<sup>[6]</sup>.

- ***Des risques juridiques quel que soit le support ou la forme des images ou écrits***

Le risque de se voir accuser d'écoblanchiment s'est considérablement accru du fait des directives européennes renforçant les obligations de transparence des entreprises. Il en est ainsi de l'obligation de publication d'une déclaration de performance extra-financière (**DPEF**) en vertu de l'article L225-102-1 du code de commerce<sup>[7]</sup> ou du bilan de gaz à effet de serre (**BEGES**) prévue par la loi de Transition Énergétique pour la Croissance Verte<sup>[8]</sup>. Bien que le plan de vigilance à publier dans le cadre de l'application de la loi sur le devoir de vigilance<sup>[9]</sup> ne concerne non pas le climatique en tant que tel, mais les mesures de prévention de dommages environnementaux à mettre en place, des parties prenantes dont des ONG se sont emparées de cette publication pour y dénicher les déclarations erronées ou triomphalistes sur le « verdissement » tombant sous le coup de l'interdiction de l'écoblanchiment.

L'écoblanchiment est indépendant du support et il peut prendre toutes les formes possibles et imaginables du *marketing* : que ce soit par des moyens classiques (encarts publicitaires, flyers, affiches, photos, emballages<sup>[10]</sup>, bons de commande, catalogues<sup>[11]</sup>, panneaux, interviews de dirigeants dans la presse<sup>[12]</sup>, commentaires dans les colloques...) ou des moyens numériques (site Internet<sup>[13]</sup>, applications, liens hypertextes, réseaux sociaux, vidéos, radio<sup>[14]</sup>, télévision<sup>[15]</sup> etc.).

Sont concernées aussi bien la communication financière que le reporting non financier. Le document d'enregistrement universel – incluant la DPEF et le BEGES – est à regarder de ce point de vue avec la plus grande attention. Mais tous écrits, toutes interviews, tous communiqués de presse ou encore la stratégie climatique<sup>[16]</sup> présentée en assemblée générale ou publiée dans un rapport sur le développement durable, peuvent comporter des allégations constitutives d'écoblanchiment.

- ***Des risques de lourdes sanctions pénales***

Non seulement les entreprises, quels que soient leur forme sociale et leur secteur d'activité, mais aussi leurs dirigeants peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour écoblanchiment sur le fondement des articles L121-2 et suivants du code de la consommation en France, du *Consumer Protection Act* au Royaume-Uni et du *US Federal Trade Commission Act*.

La loi « Climat et Résilience » de 2021[17] a aggravé les sanctions pénales encourues. Désormais, en vertu des articles L.132-2 et suivants du code de la consommation, le cadre ou le dirigeant en infraction encoure un emprisonnement de deux ans – pouvant aller jusqu’à sept ans si le délit a été commis en bande organisée – et une amende de 300 000 euros.

S’agissant des personnes morales, l’amende peut s’élever jusqu’à 1 500 000 euros[18]. Elle peut être modulée « *de manière proportionnée aux avantages tirés du délit* » jusqu’à atteindre 80 % du chiffre d’affaires moyen annuel[19] ou des dépenses engagées pour la pratique délictueuse.

Peuvent s’y ajouter des peines complémentaires prévues à l’article 131-39 du code pénal[20] ainsi que la publication, sous astreinte, de la décision ou d’un communiqué sur ses motifs et son dispositif, aux frais de la personne condamnée[21].

- ***Des risques non négligeables de sanctions civiles***

Les entreprises peuvent aussi voir leur responsabilité civile engagée par des consommateurs – à titre individuel ou *via* des actions de groupe (*class action*) – et leurs associations, voire des actionnaires.

Les actions collectives intentées par des consommateurs sont prévues par les législations française[22], britannique[23] et américaine[24] ; étant précisé qu’en France, outre les individus lésés, des associations agréées peuvent déposer des recours. Des actions collectives ont ainsi été intentées aux Etats-Unis contre H&M pour ses allégations concernant la durabilité de ses produits[25] et contre KLM Royal Dutch Airlines pour avoir affirmé qu’en compensant ses émissions de GES, elle avait pu annihiler l’impact environnemental négatif des vols aériens[26].

Un autre type contentieux en pleine expansion est le fait d’actionnaires. Le code de commerce et le code monétaire et financier en France, la *Financial Services and Markets Act (FSMA)* au Royaume-Uni et le *Dodd-Frank Act* aux Etats-Unis permettent aux actionnaires de sociétés cotées de les assigner en réparation du préjudice subi en raison d’allégations climatiques fausses ou trompeuses, contenues dans les documents d’information tels que les prospectus et rapports annuels[27]. Aux Etats-Unis, les actionnaires d’Exxon Mobil Corporation l’ont attaquée estimant qu’elle les avait trompés sur les conséquences au plan commercial des réglementations visant à lutter contre le réchauffement climatique[28].

- ***Des risques de sanctions professionnelles par autorités administratives indépendantes***

Ces autorités sont notamment les autorités de la concurrence[29], les autorités de contrôle de la publicité[30] et les autorités de marchés pour les sociétés cotées, les banques, les fonds d’investissement et les sociétés de gestion d’actifs.

Les sanctions qu’elles infligent sont lourdes de conséquences. Outre des amendes, elles peuvent prononcer des avertissements, des blâmes, voire une interdiction temporaire ou définitive d’exercice de l’activité ainsi qu’un retrait d’agrément. En outre, en France, le cumul de ces sanctions administratives avec des sanctions pénales a été jugé conforme à la Constitution[31].

L’AMF et l’ACPR portent une appréciation sévère sur le caractère trop souvent trompeur ou équivoque des allégations climatiques. Dans leur troisième rapport commun « Suivi et évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place »[32], elles soulignent « *un manque de cohérence entre les engagements et la réalité, un manque de transparence sur*

*l'engagement actionnarial* ». Elles invitent les sociétés à suivre les recommandations de l'AMF sur l'information des investisseurs de 2020[33] (actualisée le 27 janvier 2022) qui comporte des préconisations sur la communication en matière d'investissement durable[34].

La SEC, quant à elle, a publié trois projets de recommandations soumis à consultation publique : « *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors* »[35] en mars 2022, « *Enhanced Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies about Environmental, Social, and Governance Investment Practices* »[36] et « *Investment Company Names* »[37] en mai 2022. Ces projets prévoient la publication d'un rapport de performance climatique, un renforcement des obligations de *reporting* non financier et les critères permettant aux fonds et produits d'investissement de se présenter sous le qualificatif de « développement durable ».

Enfin, l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) a annoncé en février 2022 dans sa feuille de route 2022-2024<sup>(33)</sup> son intention « *d'étudier [le] problème [de l'écoblanchiment], en définir les caractéristiques fondamentales et y remédier par une action coordonnée dans plusieurs secteurs, en trouvant des solutions communes dans toute l'UE* ».

- ***Des labels d'investissement durable promus par l'AMF et la FCA***

La FCA envisage de délivrer trois labels[39] : le *Sustainable Focus* pour les investissements durables pour les personnes et/ou la planète, le *Sustainable Improvers* pour les investissements ayant un potentiel de durabilité et le *Sustainable Impact* pour les investissements dans les technologies favorisant la durabilité.

L'AMF n'a pas créé de label, mais en reconnaît deux en matière d'investissements durables[40] : le label ISR du ministère de l'Économie et des Finances pour les investissements ESG[41] et le label Greenfin du ministère de la Transition écologique[42].

La directive « *Corporate Sustainability Reporting Directive* » (CSRD), qui accroît considérablement les obligations de reporting des sociétés, adoptée le 10 novembre dernier[43] promeut également les labels. Elle leur attribue valeur de certification de la durabilité d'une entreprise s'ils sont délivrés par un organisme officiel indépendant[44].

Les labels n'apporteront pas toutes garanties si l'on en juge par la valeur approximative des notes attribuées par les agences de notation. Par ailleurs, ils poseront des difficultés s'ils ne sont pas les labels en harmonie avec la taxonomie verte décrétée par la Commission européenne et qui classe les activités « vertueuses » ou non du point de vue de la durabilité[45]. Or il y a des incohérences : en France, les fonds investissant dans le nucléaire étaient exclus du label Greenfin du ministère de la Transition Écologique[46] tandis que le gouvernement demandait à EDF la remise en service de 32 réacteurs nucléaires[47]. Les sociétés qui commercialisent des énergies fossiles en sont privées alors que la loi « Pouvoir d'Achat » du 16 août 2022[48] prévoit la création d'un navire méthanier pour l'importation de gaz et que des aides sont allouées aux ménages pour réduire leur facture d'essence. Ces exemples montrent qu'il est impossible de ne pas faire évoluer les labels. Le ministère de la transition écologique a annoncé qu'il en réviserait les critères régulièrement, et dès lors les éléments constitutifs de l'écoblanchiment. C'est une bonne chose, même s'il est douteux que la sécurité juridique à laquelle doivent pouvoir prétendre les entreprises y gagne véritablement.

- ***Attention à la dénomination trompeuse des fonds d'investissement***

Les régulateurs veillent à ce que la dénomination des fonds d'investissement reflète la réalité de leurs investissements. Pour l'AMF<sup>[49]</sup> et pour la FCA<sup>[50]</sup>, un fonds qui s'affiche « ESG », « Vert » ou « Durable » doit avoir une part « *significative* » d'investissements durables répondant aux critères requis. La SEC est plus précise : seuls les fonds dont la politique d'investissement est orientée ESG à 80 % au moins peuvent prétendre à cette dénomination<sup>[51]</sup>.

- ***Vérifier systématiquement la communication sur la durabilité des produits***

L'AMF insiste sur le fait que l'information sur les produits doit être « *claire, exacte et non-trompeuse* »<sup>[52]</sup> et proportionnée à son impact réel sur l'environnement<sup>[53]</sup>. La documentation (prospectus, rapports, documentation commerciale) doit définir des « *objectifs mesurables* » et des actions ayant un effet « *significatif* » sur l'environnement<sup>[54]</sup>. Les fonds étrangers proposant des produits en France qui ne se conforment pas à cette préconisation doivent le mentionner dans leur documentation commerciale<sup>[55]</sup>.

La FCA demande que les informations sur les produits comportent : (i) leurs principales caractéristiques de durabilité, (ii) des données précontractuelles telles que des statistiques de performance environnementale juridiquement contraignantes, (iii) un rapport sur les progrès réalisés pour atteindre l'objectif de durabilité des produits<sup>[56]</sup> et (iv) un rapport sur la durabilité de la société au regard de sa gouvernance, sa stratégie, sa gestion des risques, ses indicateurs de mesure et ses objectifs de développement durable<sup>[57]</sup>.

On retrouve chez la SEC le même souci de contrôler la cohérence des allégations climatiques avec la performance climatique réelle. Sur le modèle du BEGES français<sup>[58]</sup>, les sociétés devront publier des informations sur la transition écologique (gouvernance, stratégie, gestion des risques etc.) dans leurs *registration statements* et leurs rapports ainsi que leurs émissions de GES de scopes 1 et 2. Certaines d'entre elles devront en outre publier des données sur le scope 3 dans des conditions restant à définir<sup>[59]</sup>. Enfin, les fonds « verts » devront publier les données relatives aux émissions de GES liées à leur portefeuille d'investissements<sup>[60]</sup>.

Plusieurs enquêtes pour écoblanchiment ont été lancées en lien avec la commercialisation de produits financiers labellisés ESG. On peut citer l'enquête de la SEC concernant Goldman Sachs<sup>[61]</sup> ou encore l'enquête conjointe de la SEC et du régulateur allemand – la BaFIN – sur la filiale de Deutsche Bank, DWS<sup>[62]</sup>. Et cela ne fait que commencer !

**Noëlle Lenoir, associée NLAV, et Irène Lim, avocate NLAV**

---

[1] FCA, « *Sustainability Disclosure Requirements (SDR) and investment labels* », Consultation paper, CP22/20, octobre 2022 : <https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp22-20.pdf>

[2] Accord de Paris, 12 décembre 2015.

[3] *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*, 2008.

[4] *Federal Trade Commission Act*, 1914.

[5] Ordonnance n°2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

[6] United States District Court, Southern District of New York, *Lee v. Canada Goose US, Inc.*, 20 Civ. 9809 (VM) (S.D.N.Y. Jun. 29, 2021).

[7] Article du code de commerce et précision sur la DPEF

[8] Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

[9] Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

[10] Crim., 6 octobre 2009, n° 08-87.757 : concernant l'emballage d'un herbicide de la société Monsanto présentant le produit comme « *biodégradable* » et laissant « *une terre propre* » avec un logo représentant un oiseau entouré de la phrase « *respect de l'environnement* ».

[11] TGI Nanterre, ord. référé, 23 octobre 2012 : concernant une publicité de la société Toyota représentant un véhicule automobile roulant dans la nature publiée dans un catalogue.

[12] U.S. District Court for the Southern District of Florida, *Federal Trade Commission (autorité américaine de protection des consommateurs) v. Truly Organic Inc.*, 18 septembre 2019, n° 19-23832-Civ-Scola : concernant des déclarations réalisées par des cadres de l'entreprise présentant les produits comme étant « 100 % bio », « certifiés bio » et « vegan ».

[13] U.S. District Court for the District of Columbia, *Federal Trade Commission v. Walmart Inc.*, 8 avril 2022, n° 1:22-cv-00965 : concernant une publicité publiée sur le site Internet de l'entreprise vantant le fait que ses produits textiles en bambou avaient été fabriqués selon des procédés respectueux de l'environnement alors que des produits polluants avaient été utilisés.

[14] Advertising Standards Authority (autorité britannique de contrôle de la publicité), *Shell v. WWF UK and others*, 8 juillet 2020 : concernant une publicité radio-diffusée suggérant que les sables bitumineux constituent une source d'énergie durable.

[15] Advertising Standards Authority, *Ryanair v. Greenpeace, Notre Affaire à Tous et Friends of the Earth*, 5 février 2020 : concernant une campagne publicitaire diffusée dans la presse écrite, à la radio et la télévision présentant la compagnie aérienne Ryanair comme ayant les plus faibles émissions de CO2 en Europe.

[16] In Le Monde, Neutralité carbone : trois ONG assignent TotalEnergies en justice pour pratique commerciale trompeuse, 2 mars 2022.

[17] Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

[18] Article 131-38 du code pénal.

[19] Le chiffre d'affaires moyen est calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date de la commission du délit.

[20] Article 131-39, 2° à 9° du code pénal.

[21] Article L.132-4 du code de la consommation.

[22] Articles L623-1 et suivants du code de la consommation.

[23] Chapitre 19 du code de procédure civile britannique.

[24] Article 23 du code fédéral de procédure civile américain.

[25] *Commodore et al. v. H&M Hennes & Mauritz LP*, n° 22-cv-6247, S.D.N.Y. (July 2022) ; *Lizama et al. v. H&M Hennes & Mauritz LP*, n° 22-cv-1170, E.D. Mo. (Nov. 2022).

[26] *Kandus Dakus et al. v. KLM*, n° 1:22-cv-07962, S.D.N.Y. (Sept. 2022).

[27] Article 90 et 90A de *Financial Services and Markets Act*.

[28] *In re Exxon Mobil Corp. Derivative Litigation*, n° 3:19-cv-01067, N.D.Tex.

[29] Il s'agit de l'Autorité de la concurrence en France, de la *Competition and Markets Authority* au Royaume-Uni et de la *Federal Trade Commission* aux États-Unis.

[30] Il s'agit du Jury de déontologie publicitaire en France, de l'*Advertising Standards Authority* au Royaume-Uni et du *Federal Trade Commission* aux Etats-Unis.

[31] Conseil constitutionnel, décision n° 2019-790 QPC du 14 juin 2019, *Société ENR Grenelle Habitat et autres [Répression pénale des pratiques commerciales trompeuses et autorité compétente pour prononcer des amendes administratives en matière de consommation]*.

[32] ACPR/AMF, Troisième rapport commun « Suivi et évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place », octobre 2022 : [https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2022-10/Rapport%202022%20AMF-ACPR\\_0.pdf](https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2022-10/Rapport%202022%20AMF-ACPR_0.pdf)

[33] Ces recommandations de l'AMF s'appliquent aux sociétés proposant des placements collectifs à des investisseurs non professionnel, tels que les sociétés françaises et étrangères de gestion d'OPCVM, les fonds d'investissement, les fonds communs de placement etc.

[34] AMF, Position – recommandation relative aux informations à fournir par les placements collectifs intégrant des approches extra-financières, DOC-2020-03, 11 mars 2020, actualisée le 27 janvier 2022 : [https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2022-01/doc-2020-03\\_vf3\\_0\\_0.pdf](https://www.amf-france.org/sites/default/files/private/2022-01/doc-2020-03_vf3_0_0.pdf)

[35] SEC, « *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures of Investors* », mars 2022 : <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/33-11042.pdf>

[36] SEC, « *Enhanced Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies about Environmental, Social, and Governance Investment Practices* », mai 2022 : <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/ia-6034.pdf>

[37] SEC, « *Investment Company* », mai 2022 : <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/ic-34593.pdf>

[38] ESMA, Feuille de route pour une finance durable 2022-2024, 11 février 2022 : [esma30-379-1051 sustainable finance roadmap.pdf](https://esma.europa.eu/press-material/press-news/press-news-details/esma30-379-1051-sustainable-finance-roadmap) (europa.eu)

[39] FCA, « *Sustainability Disclosure Requirements (SDR) and investment labels* », préc., §4 « Classification and labelling ».

[40] ACPR/AMF, Troisième rapport commun « Suivi et évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place », préc.

[41] <https://www.lelabelisr.fr/label-isr/criteres-attribution/>

[42] <https://www.ecologie.gouv.fr/label-greenfin>

[43] Proposition de directive modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, COM/2021/189 final.

[44] La proposition de directive prévoit que les entreprises devront faire certifier leur rapport de durabilité par un auditeur spécialement qualifié, ou à défaut par un certificateur indépendant.

[45] Règlement (UE) 2020/852 du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088.

[46] Voir le référentiel du ministère d'octobre 2021 excluant du label « *L'ensemble de la filière nucléaire, c'est-à-dire les activités suivantes : extraction de l'uranium, concentration, raffinage, conversion et enrichissement de l'uranium, fabrication d'assemblages de combustibles nucléaires, construction et exploitation de réacteurs nucléaires, traitement des combustibles nucléaires usés, démantèlement nucléaire et gestion des déchets radioactifs* ».

[47] Une question parlementaire avait été posée sur le sujet. Question écrite n° 27590 de M. Hervé Maurey (Eure - UC). JO Sénat du 07/04/2022 - page 1825.

[48] Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat.

[49] AMF, Position – recommandation relative aux informations à fournir par les placements collectifs intégrant des approches extra-financières, préc., §3 et 4.

[50] FCA, « *Sustainability Disclosure Requirements (SDR) and investment labels* », préc., §6 « Naming and marketing ».

[51] SEC, « *Investment Company* », §III.B.1.

[52] AMF, Position – recommandation relative aux informations à fournir par les placements collectifs intégrant des approches extra-financières, préc., §3 et 4.

[53] *Ibid.*, §2.

[54] *Ibid.*, §3.

[55] *Ibid.*, §6.

[56] La publication d'un rapport sur les produits durables ne concernerait dans un premier temps que les produits bénéficiant d'un des labels d'investissement durable du FCA.

[57] FCA, « *Sustainability Disclosure Requirements (SDR) and investment labels* », préc., §5 « Disclosures ».

[58] **Le BEGES est une évaluation de la quantité de gaz à effet de serre émise dans l'atmosphère ou captée par l'entreprise sur une année.**

[59] SEC, « *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures of Investors* », §II.

[60] SEC, « *Enhanced Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies about Environmental, Social, and Governance Investment Practices* », §III.D.5.

[61] In Les Echos, Greenwashing : Goldman Sachs visé par une enquête du régulateur américain, 12 juin 2022.

[62] In Les Echos, Greenwashing : le grand défi des régulateurs des fonds ESG, 21 juin 2022.