

Quel encadrement juridique des pratiques de greenwashing ? Etat des lieux et perspectives d'évolutions législatives

Baldon Avocats
21 octobre 2021

Avec la prise de conscience écologique croissante des consommateurs et la généralisation de la communication d'entreprises à connotation environnementale, la lutte contre le « greenwashing » (ou « écoblanchiment ») s'est récemment imposée dans le débat public.

En effet, les pratiques de greenwashing – en ce qu'elles font valoir des arguments écologiques inexacts ou disproportionnés au soutien de la promotion de produits, services et activités – sont perçues comme un frein à l'adoption de comportements de consommation plus vertueux et aux changements structurels nécessaires pour une économie respectueuse de l'environnement[1].

Ainsi, la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (la « loi Climat et Résilience »)[2] adoptée le 20 juillet 2021 intègre plusieurs dispositions visant à renforcer l'arsenal juridique contre ces pratiques.

Toutefois, les associations de consommateurs et de défense de l'environnement n'ont pas attendu la reconnaissance formelle du greenwashing pour puiser dans le droit commun de la consommation, et notamment dans l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses, les moyens de lutter contre ces pratiques (1).

En outre, les régimes spéciaux encadrant l'usage d'allégations environnementales spécifiques se multiplient et constituent autant de nouveaux outils potentiels pour sanctionner la communication environnementale trompeuse (2).

1. L'interdiction des pratiques commerciales trompeuses, levier d'action principal contre le greenwashing

Malgré une jurisprudence peu fournie en la matière, l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses reste l'outil juridique principal pour appréhender le greenwashing comme vient de le confirmer la loi *Climat et Résilience* (1.1). Les sanctions attachées aux pratiques trompeuses en font en effet un outil

potentiellement très efficace et dissuasif (1.2).

- **L'applicabilité du droit des pratiques commerciales trompeuses au greenwashing**

La prohibition des pratiques commerciales trompeuses repose sur les articles L.121-1 et suivants du code de la consommation, issus de la directive sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005 (la « Directive »)[3].

L'article L. 121-1 interdit les « pratiques commerciales déloyales » au sein desquelles figurent les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-2 et L. 121-3 qui visent respectivement les pratiques « par action » et « par omission ».

La définition de pratiques commerciales trompeuses issus de ces articles et de la Directive permet sans ambiguïté d'en faire application au greenwashing, ce qu'a consacré la loi *Climat et Résilience* (i) et comme le reconnaissait déjà la jurisprudence en la matière (ii).

- **Une définition large des pratiques commerciales trompeuses adaptée au greenwashing**

La plasticité du cadre juridique des pratiques commerciales trompeuses permet de l'étendre à un large panel de pratiques, dont celles du greenwashing.

En effet, d'une part, la notion même de « pratique commerciale » est particulièrement extensive aux termes de la Directive qui la définit comme « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »[4]. Le droit français va même plus loin en étendant cette notion « *aux pratiques qui visent les professionnels et les non-professionnels* »[5].

D'autre part, les critères fixés par l'article L. 121-2 pour qualifier une pratique de « trompeuse » sont également adaptés au greenwashing puisqu'ils incluent les pratiques reposant sur « *des **allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur*** » portant notamment sur :

« *b) Les **caractéristiques essentielles du bien ou du service**, à savoir : ses **qualités substantielles**, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, **son mode** et sa date **de fabrication**, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, **ses propriétés** [...]*

*e) La **portée des engagements de l'annonceur** ».*

En outre, la loi *Climat et Résilience* vient de compléter cet article en ajoutant une référence explicite aux allégations environnementales. Ainsi, la liste des « *caractéristiques essentielles du bien ou du service* »

(point (b)) inclut désormais « *ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, notamment son impact environnemental* ». De même, le point (e) de l'article est élargi à « *La portée des engagements de l'annonceur, notamment en matière environnementale* ».

- **Les applications jurisprudentielles**

Au sein de la jurisprudence française issue du droit des pratiques trompeuses, deux affaires emblématiques ont trait au greenwashing.

Il s'agit tout d'abord de la condamnation de la société Monsanto et de certains de ses dirigeants pour des allégations qui vantaient, dans des spots publicitaires diffusés en 2000 à la télévision et sur les emballages de son produit phare, le RoundUp, le caractère biodégradable et l'innocuité pour l'environnement de sa substance active, le glyphosate[6]. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation[7] a jugé que ces allégations constituaient des pratiques commerciales trompeuses au motif que cette présentation du produit « *élude le danger potentiel du produit par l'emploi de mots rassurants et induit le consommateur en erreur en diminuant le souci de précaution et de prévention qui devraient normalement l'inciter à une consommation prudente* » [8].

Il s'agit ensuite de la condamnation de la société General Motors pour une campagne de promotion diffusé dans la presse en 2007 d'un véhicule décrit comme « *plus écologique* » et associé au qualificatif « vert ». Dans un arrêt de 2014, la Cour de cassation a relevé que les prétendues performances environnementales du véhicule étaient conditionnées à l'usage de biocarburants, ce qui n'était pas suffisamment précisé sur les allégations de sorte que le consommateur moyen étant susceptible d'être induit à croire que le véhicule était plus écologique qu'un autre en toutes circonstances[9]. La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi de l'entreprise et confirmé la qualification de pratique trompeuse.

- **La sanction des pratiques de greenwashing au titre de l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses**

Le droit des pratiques commerciales trompeuses est un outil potentiellement très efficace du fait de ses sanctions très dissuasives.

A cet égard, il existe deux voies procédurales principales permettant d'obtenir la sanction et la cessation de pratiques trompeuses, voire la réparation du préjudice qu'elles ont causé.

Tout d'abord, la **voie civile** permet aux victimes de ces pratiques – consommateurs trompés, associations représentant leurs intérêts, entreprises subissant une concurrence déloyale – de demander la réparation de leur préjudice. En cas de pratiques trompeuses avérées, le juge peut aussi enjoindre à l'entreprise responsable d'y mettre fin et ordonner la publication de la décision[10].

Ensuite, la **voie pénale** peut également être empruntée pour sanctionner une pratique trompeuse par le biais d'une plainte avec constitution de partie civile ou par voie de transmission de l'affaire au parquet par la DGCCRF[11]. Dans le cadre de cette procédure, l'entreprise responsable risque une amende d'un montant de 1,5 million d'euros pour les personnes morales[12] dont le montant peut en théorie être porté à 10% de leur chiffre d'affaires ou 50% « *des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique* », ce montant étant porté à 80% en cas de pratiques « *repos[ant] sur des allégations en matière environnementale* » au titre de la loi *Climat et Résilience*[13]. En outre, les personnes physiques risquent une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement[14].

Mentionnons enfin qu'en vertu de ses **pouvoirs administratifs**, la **DGCCRF** peut aussi de son fait enjoindre aux entreprises de cesser les pratiques et, en cas de d'inexécution, infliger une amende ou proposer à l'entreprise une transaction administrative ou pénale[15].

Ainsi, l'éventail des sanctions attachées aux pratiques commerciales trompeuses offre de nombreux moyens pour appréhender efficacement les pratiques de greenwashing et, par suite, inciter les entreprises à être plus prudentes dans leur communication environnementale au risque de s'exposer à des risques financiers et réputationnels significatifs.

Dans le même temps, les dernières évolutions législatives tendent à renforcer encore l'arsenal juridique en matière de greenwashing au travers de régimes spéciaux.

2. Le développement des régimes spéciaux encadrant certaines allégations environnementales

En supplément du droit commun des pratiques commerciales trompeuses, coexistent des régimes juridiques spécifiques à certaines allégations environnementales qui visent à les encadrer (2.1), les interdire (2.2), ou au contraire, dans certains cas, à les rendre obligatoires (2.3).

• Les allégations environnementales dont l'usage est encadré

Le droit français et européen soumet depuis de nombreuses années l'usage de certaines allégations au respect de conditions précises. Le cas le plus emblématique est le terme « **biologique** » et le label associé dont l'usage est encadré par un règlement européen[16] fixant diverses exigences (telle que l'absence d'utilisation de produits chimiques de synthèse et le respect d'une procédure de notification et de contrôle) conditionnant le recours à l'allégation.

En sus, la loi de 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (dite loi « AGECE ») [17] et la récente loi *Climat et Résilience* sont venues créer de nouveaux régimes encadrant l'usage de

certaines allégations, en particulier les termes « recyclé » (i) et « neutre en carbone » (ii).

◦ Allégation « recyclé »

La loi AGEC a introduit la disposition suivante dans le code de l'environnement entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2022 :

« *Lorsqu'il est fait mention du caractère recyclé d'un produit, il est précisé le pourcentage de matières recyclées effectivement incorporées* » [18].

Cette nouvelle disposition rejoint les préconisations du Conseil national de l'emballage qui constate que les allégations du type « recyclé » peuvent « *être source de confusion auprès du consommateur* » et recommande en conséquence de « *Préciser la nature ainsi que la proportion de matière recyclée en indiquant clairement si cela concerne l'emballage ou le contenu* »[19].

Il convient de relever, dans le même temps, que la loi AGEC a rendu obligatoire l'information relative à l'incorporation de matière recyclée pour « *les producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets* »[20] qui devront être identifiés par décret (cf. *infra*).

◦ Allégation « Neutre en carbone »

La loi *Climat et Résilience* a également introduit une disposition spécifique relative à l'allégation « *neutre en carbone* ».

Le texte adopté par l'Assemblée nationale en première lecture interdisait « *le fait d'affirmer à tort qu'un produit ou un service est neutre en carbone ou dépourvu de conséquences négatives sur le climat ou toute autre formulation ayant une finalité et une signification similaires* » au motif que ce type d'allégations « *ne trouve aucun fondement scientifique* »[21].

En effet, la communauté scientifique et la société civile[22] dénoncent le dévoiement de ce type d'allégations qui se fonde en réalité uniquement sur des opérations financières et virtuelles de « *compensation carbone* » (via l'achat de « *crédits carbone* » ou la plantation d'arbres).

Pourtant, après un premier assouplissement de la disposition par le Sénat, l'article de la loi *Climat et Résilience* a été modifié par la commission mixte paritaire pour inclure une exception à l'interdiction lorsque l'annonceur rend « *aisément disponible au public* » un bilan d'émissions de gaz à effet de serre, la démarche d'évitement et de réduction des émissions et les « *modalités de compensation des émissions de gaz à effet de serre résiduelles respectant des standards minimums définis par décret* »[23].

Ainsi, une grande incertitude subsiste sur l'interprétation de cette nouvelle disposition notamment quant

au degré de précision, au contenu et à l'accessibilité de l'information à fournir par les entreprises pour bénéficier de l'exception. De cette interprétation, dépendra la capacité de la disposition à refléter l'esprit initial de la loi.

- **L'interdiction de certaines allégations et publicités**

Du fait de leur caractère intrinsèquement trompeur et/ou néfaste pour l'environnement, certaines pratiques font l'objet d'une interdiction légale, comme les publicités représentant un véhicule dans un milieu naturel non-ouvert à la circulation[24]. A l'avenir, seront soumises à une interdiction analogue les publicités pour les énergies fossiles (i) et pour les véhicules les plus polluants (ii). De même certaines allégations environnementales telles que « *biodégradables* » et « *respectueux de l'environnement* » seront bientôt bannies (iii).

- *Publicité pour les énergies fossiles*

La loi *Climat et Résilience* est venue interdire « *la publicité relative à la commercialisation ou faisant la promotion des énergies fossiles* ». La loi indique qu'un décret en Conseil d'Etat doit préciser « *la liste des énergies fossiles concernées et les règles applicables aux énergies renouvelables incorporées aux énergies fossiles* »[25].

Le décret à venir sera crucial pour définir la portée de cette interdiction, notamment au regard de l'inclusion ou non du gaz naturel parmi les énergies fossiles soumises à l'interdiction dès lors que l'essentiel de la publicité promouvant les énergies fossiles porte sur les offres de gaz naturel.

- *Publicité pour les véhicules parmi les plus polluants*

Cette interdiction a été inspirée par les travaux de la Convention Citoyenne pour le Climat, qui recommandait d'interdire « *la publicité des produits les plus émetteurs de GES, sur tous les supports publicitaires* »[26] et en particulier celle des véhicules « *émettant plus de 95gr de CO2 au km* »[27]. En complément, une partie de la société civile réclamait la fin de toute publicité pour les SUV[28].

Au lieu de cela, la loi *Climat et Résilience* interdit seulement « *la publicité relative à la vente ou faisant la promotion de l'achat des voitures particulières neuves* » émettant plus de 123 grammes de CO2 par km ce qui exclut de son champ de nombreux modèles de SUV de sorte que l'impact concret de l'interdiction sera limité.

- *Allégations « biodégradable », « respectueux de l'environnement » et « mentions équivalentes »*

Aux termes de la loi AGECE, à partir du 1^{er} janvier 2022, il sera interdit « *de faire figurer sur un produit ou*

un emballage les mentions “biodégradable”, “respectueux de l’environnement” ou toute autre mention équivalente »[29]. La portée précise de cette disposition interroge car sa rédaction ne permet pas de présumer des allégations couvertes par l’expression « toute autre mention équivalente ». Ainsi, là encore il reviendra à la jurisprudence d’en préciser les contours.

• L’obligation d’information sur les caractéristiques environnementales du produit

De façon complémentaire aux règles encadrant certains pans de la communication environnementale, les dernières évolutions législatives ont tendance à l’inverse à multiplier les obligations pour les entreprises de fournir aux consommateurs certaines informations environnementales. Ces dispositifs – connus sous le nom « d’affichage environnemental » – concernent les caractéristiques environnementales de certains produits (i) et leurs impacts environnementaux (ii).

◦ L’affichage des caractéristiques environnementales du produit

La loi « AGEC » instaure un dispositif obligatoire, en vigueur au 1^{er} janvier 2022, exigeant que « les producteurs et importateurs de produits générateurs de déchets informent les consommateurs, par voie de marquage, d’étiquetage, d’affichage ou par tout autre procédé approprié, sur leurs qualités et **caractéristiques environnementales**, notamment l’incorporation de **matière recyclée**, l’emploi de **ressources renouvelables**, la durabilité, la **compostabilité**, la **réparabilité**, les possibilités de **réemploi**, la **recyclabilité** et la présence de **substances dangereuses**, de **métaux précieux** ou de **terres rares**, en cohérence avec le droit de l’Union européenne »[30].

Un décret à venir précisera les produits concernés, les modalités d’affichage et la définition des caractéristiques visées (qui, selon la loi « AGEC », devront être basées sur une « analyse cycle de vie »). L’enjeu sera de garantir que la multiplication des informations obligatoires à destination du consommateur n’entache pas sa compréhension au risque de rendre la mesure inefficace voire contreproductive.

◦ L’affichage des impacts environnementaux du produit

De façon complémentaire, la loi *Climat et Résilience* est venu ajouter qu’un affichage visant à fournir aux consommateurs des informations sur les **impacts environnementaux** – notamment « en termes d’émissions de gaz à effet de serre, d’atteintes à la biodiversité et de consommation d’eau et d’autres ressources naturelles »[31] – de certains biens et services serait rendu obligatoire dans les conditions fixées par décret[32]. Ce dernier déterminera, après une période d’expérimentation d’une durée maximale de cinq ans, pour quelles catégories de produits ce dispositif dit « d’éco-score » sera obligatoire, la méthodologie applicable et la forme de l’information à fournir. Pour les produits concernés, tout manquement sera sanctionné d’une amende de 15 000 € pour les personnes morales[33].

En outre, aux termes de la loi *Climat et Résilience*, la publicité pour les produits soumis à cette nouvelle obligation d'affichage et pour d'autres produits à fort impact devra comprendre, de manière « *visible et facilement compréhensible* », une « *information synthétique sur l'impact environnemental des biens et services, considérés sur l'ensemble de leur cycle de vie* »[34]. Les conditions d'application de cette mesure seront également précisées par décret. En cas de manquement à cette obligation, la loi prévoit une amende d'un montant de 100 000 € pour les personnes morales « *pouvant être portés jusqu'à la totalité du montant des dépenses consacrées à l'opération illégale* »[35].

Les évolutions analysées illustrent l'intégration croissante des pratiques publicitaires et plus spécifiquement du greenwashing dans les lois récentes à visée écologique. L'interdiction des pratiques commerciales trompeuses reste la pierre angulaire de la sanction judiciaire du greenwashing, mais elle est concurrencée par des dispositifs ad-hoc qui se multiplient et prévoient des sanctions autonomes. Ces tendances se retrouvent au niveau de l'Union européenne comme le laissent entrevoir les projets d'actes européens visant à fixer un cadre harmonisé concernant l'affichage environnemental[36] et certaines allégations environnementales[37].

Si ces régimes spéciaux apportent des outils supplémentaires à l'arsenal juridique contre la communication abusive, ils viennent aussi le complexifier au risque d'une perte de lisibilité. Il est donc important que les acteurs de la lutte contre le greenwashing (DGCCRF, associations de consommateurs et de défense de l'environnement) et les praticiens s'en saisissent afin de les mettre en application et que la jurisprudence puisse en préciser les contours.

[1] Voir par exemple, Observatoire des multinationales et al., *BigCorpo, Encadrer la pub et l'influence des multinationales : un impératif écologique et démocratique*, 2020.

[2] Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

[3] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

[4] Article 2 d) de la Directive.

[5] Article L. 121-5 du code de la consommation.

[6] L'emballage affichait les mentions « *respect de l'environnement* », « *propre* », « *efficacité et sécurité pour l'environnement* » assorties d'un logo représentant un oiseau

[7] Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757.

[8] CA Lyon, Oct. 29, 2008, n° 12/00007.

[9] Cass. crim. 21 Oct. 2014, n° 13-86.881.

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

[11] Lorsque la DGCCRF découvre une pratique trompeuse au cours d'une enquête ou qu'elle en est avertie par un signalement.

[12] L'article L. 132-2 du code de la consommation prévoit un maximum de 300 000€, qu'il convient de quintupler pour les personnes morales en application des articles 131-38 du code pénal et L. 132-2 du code de la consommation.

[13] Article L. 132-2 al. 2 modifié du code de la consommation.

[14] Article L. 132-2 al. 2 actuel du code de la consommation

[15] Voir les articles L. 521-1 et suivants, L. 522-1 et suivants, L. 523-1 et L. 532-1 et suivants du code de la consommation.

[16] Règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques et abrogeant le règlement (CEE) n° 2092/91.

[17] Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire

[18] Article L. 541-9-1 al. 5 modifié du code de l'environnement.

[19] CNE, *Allégations environnementales relatives aux emballages et aux produits : Avis et recommandations du CNE*, édition 2018, p. 15.

[20] Article L. 541-9-1 al. 1 du code de l'environnement.

[21] Voir l'amendement n°4981 déposé le 25 mars 2021 à l'Assemblée nationale dans le cadre de l'examen du projet de loi Climat et Résilience.

[22] Voir par exemple ADEME, *La neutralité carbone*, juillet 2021 ; Carbone 4, *Ne dites plus "compensation" : De la compensation à la contribution* », [en ligne], publié le 4 juillet 2019 [consulté le 29 juillet 2021], <https://www.carbone4.com/neditespluscompensation-de-compensation-a-contribution> ; A. Karsenty, *Planter des arbres, une solution réaliste pour compenser nos émissions ?*, [en ligne], publié le 8 mars 2021 [consulté le 29 juillet 2021], <https://www.connaissancedesenergies.org/tribune-actualite-energies/planter-des-arbres-une-solution-realiste-pour-compenser-nos-emissions> ; CCFD-Terre Solidaire, *Nos terres valent plus que du carbone*, mai 2018.

[23] Article L. 229-68 nouveau du code de l'environnement.

[24] Article L. 362-4 du code de l'environnement.

[25] Article L. 229-61 nouveau du code de l'environnement. D'après l'article L. 229-63, la violation de cette interdiction sera sanctionnée par une amende de 100.000 € pour les personnes morales ou jusqu'à la totalité du montant des dépenses consacrées à l'opération

[26] Voir la proposition C2.1 dans *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, Rapport final, p. 25.

[27] *Idem.*, p. 26.

[28] Voir par exemple WWF, *Le trop plein de SUV dans la publicité*, mars 2021.

[29] Article L. 541-9-1 al. 4 du code de l'environnement.

[30] Article L. 541-9-1 du code de l'environnement.

[31] Article L. 541-9-11 nouveau du code de l'environnement.

[32] *ibid.*

[33] Article L. 541-9-14 nouveau du code de l'environnement.

[34] Article L. 229-64 nouveau du Code de l'environnement.

[35] Article L. 229-65 nouveau du code de l'environnement.

[36] « Politique des consommateurs - renforcer le rôle des consommateurs dans la transition écologique » [en ligne, consulté le 29 juillet 2021], <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12467-Empowering-the-consumer-for-the-green-transition>

[37] « Performance environnementale des produits et des entreprises – obligation d'étayer les allégations », [en ligne, consulté le 29 juillet 2021], https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12511-Performance-environmentale-des-produits-et-des-entreprises-obligation-d%E2%80%99etayer-les-allegations_fr

Lire la publication originale à la Gazette du Palais : “Quel encadrement juridique des pratiques de greenwashing ? Etat des lieux et perspectives d'évolutions législatives”