

Lutter plus efficacement contre le blanchiment d'image sur le plan judiciaire

Juin 2023

L'impact des contenus promotionnels relatifs à la responsabilité sociale des entreprises sur les décisions des consommateurs est désormais bien établi¹. Les entreprises l'ont bien compris, et ont créé des postes dédiés et multiplié les campagnes de communication. Même au risque de grossir le trait au point de contredire la réalité des faits : on parle de blanchiment d'image pour qualifier le fait de revendiquer publiquement le respect d'une certaine éthique pourtant contredit par des faits en pratique.

Le blanchiment d'image recouvre potentiellement un champ extrêmement large tant les dimensions et conceptions de l'éthique peuvent être nombreuses : écoblanchiment (*greenwashing*), socioblanchiment (*fairwashing*), *feminism washing*, etc. Il y aurait donc en pratique autant de blanchiments d'image qu'il y a de standards éthiques (respect des droits humains, respect de l'environnement, absence de corruption, etc.).

Au cours des dernières années, Sherpa a initié deux actions en justice visant à obtenir la condamnation judiciaire de telles pratiques. Afin de sanctionner ce qu'elle considérait comme du *fairwashing*, Sherpa a déposé plainte contre deux multinationales, sur le fondement juridique des pratiques commerciales trompeuses.

Les obstacles rencontrés ont permis à Sherpa de tirer des enseignements de ces contentieux et l'amènent aujourd'hui à formuler certaines recommandations pour un régime juridique permettant un contrôle judiciaire effectif du blanchiment d'image.

Les principaux obstacles rencontrés par Sherpa dans la mobilisation du fondement juridique des pratiques commerciales trompeuses pour sanctionner le blanchiment d'image

1. L'affaire Samsung et l'irrecevabilité inopportune des associations ne disposant pas d'un agrément

Plusieurs ONGs² dont China Labour Watch, au moyen d'enquêtes d'employé-e-s infiltré-e-s dans les usines, ont publié des rapports³ dénonçant de nombreuses violations des droits fondamentaux des travailleurs et travailleuses dans les usines Samsung en Asie : travail d'enfants, conditions indignes, absence de mesures de sécurité (notamment face à des produits toxiques), etc. Samsung affirmait pourtant sur son site internet : « *L'éthique constitue la pierre angulaire de notre philosophie et de notre mode de fonctionnement* », ou encore « *Nous sommes une entreprise citoyenne, socialement responsable* ».

Au vu du décalage entre les engagements éthiques de Samsung et ses rapports, Sherpa, et son partenaire ActionAid France, ont déposé plainte avec constitution de partie civile en 2018 contre la multinationale pour pratiques commerciales trompeuses.



En 2019, le juge d'instruction a mis en examen Samsung Electronics France, la filiale française du géant de l'électronique, sur ce fondement. Samsung a fait valoir que les ONGs n'avaient pas l'autorisation requise pour déposer plainte en matière de droit de la consommation (droit dont relèvent les pratiques commerciales trompeuses), et que leur plainte n'était donc pas recevable. En 2021, la Chambre de l'instruction a également déclaré les associations irrecevables, annulant au passage certains actes de procédure, dont la mise en examen de Samsung. Sherpa et ActionAid France ont alors porté le débat devant la Cour de cassation. Le 30 mars 2022, la Cour de cassation n'a pas admis leur pourvoi, confirmant ce faisant l'annulation de la mise en examen.

Ces décisions apparaissent regrettables à deux titres.

D'une part, elles s'inscrivent dans un mouvement jurisprudentiel plus large de rétrécissement de l'action associative devant les juridictions pénales, préjudiciable compte tenu du rôle crucial de la constitution de partie civile des associations dans la lutte contre la corruption et les atteintes aux droits humains et à l'environnement résultant d'activités économiques. En effet, dans ces affaires, des intérêts politiques, diplomatiques ou économiques sont en jeu, et la soumission hiérarchique du parquet au pouvoir exécutif présente un risque de conflits d'intérêts qui peut limiter sa volonté d'engager des poursuites. Par ailleurs, les victimes directes des infractions ne sont pas toujours identifiables, ou n'ont pas les moyens matériels, psychologiques ou financiers de déclencher une action pénale, surtout quand les infractions ont été commises à l'étranger. La possibilité d'action des associations devant les juridictions pénales est donc indispensable⁴.

D'autre part, le rattachement du blanchiment d'image à la catégorie juridique exclusivement consumériste semble amoindrir l'efficacité de la répression de ce type de pratiques. Le déséquilibre de pouvoirs entre consommateur-riche-s et professionnel-le-s est manifeste : les moyens à déployer pour solliciter la sanction judiciaire de comportements relevant du blanchiment d'image étant bien supérieurs aux désagréments subis par un consommateur, ce dernier, à supposer qu'il ait conscience ou connaissance du blanchiment d'image à l'œuvre, ne s'engagera très probablement pas dans une action judiciaire. En pratique, ce type d'actions est, de fait, exercé par des organisations de la société civile, dont le nombre disposant d'un agrément les habilitant à agir sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses – *i.e* agrément consommation ou environnement – est par hypothèse limité. Par ailleurs, l'action de ces associations ne peut suffire dans la mesure où les pratiques de blanchiment d'image apparaissent plus variées que les mandats d'associations de défense de consommateur-riche-s ou de l'environnement, et sont désormais récurrentes⁵.

2. L'affaire Auchan et la force probante illégitime des audits sociaux

Au Bangladesh, en avril 2013, des étiquettes de la marque In Extenso appartenant au groupe Auchan ont été retrouvées dans les décombres à l'issue de l'effondrement du Rana Plaza qui abritait de nombreuses usines textiles⁶.

Pourtant, Auchan clamait publiquement son « ambition d'être reconnue pour son éthique », ainsi que son attachement à « *un commerce qui respecte les droits de l'homme et les droits économiques, sociaux et culturels définis par l'ONU* ».



Un an après l'effondrement, Sherpa, aux côtés d'ActionAid France et du Collectif Ethique sur l'Étiquette, a déposé plainte contre Auchan, en soutenant qu'au vu des conditions de travail régnant dans les usines de ses sous-traitants, les déclarations de la multinationale constituaient des pratiques commerciales trompeuses.

Alors qu'aucune enquête n'a pu être effectuée au Bangladesh faute d'aboutissement d'une commission rogatoire internationale et malgré les demandes d'enquête complémentaire en France restées sans succès, la justice a prononcé un non-lieu le 27 avril 2022, en retenant que les preuves étaient insuffisantes, et qu'Auchan avait eu recours à des mesures volontaires (audits sociaux et clauses contractuelles). À l'issue de l'appel formé par Sherpa et ses partenaires, le non-lieu a été confirmé par la cour d'appel de Douai le 16 décembre 2022, les juges ayant estimé que les audits mis en place par la multinationale constituaient des précautions suffisantes pour assurer la véracité de ses communications éthiques.

Les associations ont formé un recours devant la Cour de cassation pour contester, entre autres, la suffisance des mesures mises en avant par Auchan. La Haute Juridiction devrait être amenée à se prononcer en fin d'année 2023 ou début d'année 2024.

Le fait qu'au cas particulier le recours à des audits sociaux ait été considéré comme une précaution suffisante permettant, aux yeux des premiers juges saisis, d'exclure la caractérisation de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses et, de façon générale, qu'il puisse être considéré comme une mesure de vigilance probante en matière de vigilance quant au respect des droits humains et de l'environnement sur les chaînes de valeur, est problématique pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, les défaillances des audits sociaux et leur caractère impropre à garantir l'absence de violations de droits humains et d'atteintes à l'environnement sur les chaînes de valeur sont désormais bien établis, tant par la doctrine sociologique que par les organisations de la société civile spécialisées sur ce sujet⁷. Ces défaillances sont aussi bien systémiques (absence d'indépendance entre les cabinets d'audits et les sociétés commanditaires compte-tenu du lien de rémunération, existence de typologies de violations non-auditable, impact de la recherche du profit sur la qualité des audits et absence d'autorité de régulation), que pratiques (insuffisances des ressources humaines déployées, manque de compétences spécialisées des auditeurs, audits annoncés, etc.).

Ensuite, à supposer même qu'il soit à l'avenir remédié à certaines des défaillances ci-dessus identifiées, il reste une caractéristique inévitable de l'audit, qui nous semble toujours justifier que cet outil ne puisse se voir conférer à lui seul une force probante déterminante : son caractère instantané. L'audit, et le rapport diagnostic qui en découlent, ne valent que pour une date donnée. L'audit est donc un outil fondamentalement incapable de prouver le respect des droits humains et de l'environnement, que ce soit dans l'objectif de s'assurer de la véracité de contenus promotionnels, ou d'établir le respect d'un devoir de vigilance.

Enfin, ces premières décisions judiciaires semblent confirmer un retrait aggravé de l'État pour ce type de contrôle. Le fait qu'il s'agisse de contrôles privés, par des entités privées, et pour des entités privées au détriment d'une régulation publique est une situation critiquable et déjà critiquée, notamment par certains sociologues de la gouvernance⁸.



Le fait que ces contrôles privés puissent être ensuite avalisés par des autorités étatiques judiciaires, sans remise en question ultérieure, apparaît comme un pas supplémentaire à éviter. Or, c'est la tendance qui semble se dessiner au travers de ces affaires.

En première instance, la magistrate chargée de l'instruction avait motivé son ordonnance de non-lieu en retenant qu'Auchan avait exigé de ses fournisseurs le respect de son code d'éthique et mis en place des audits. Pourtant, d'une part, la première affirmation reposait sur le constat de l'exigence d'une simple signature d'un code éthique de la part des fournisseurs, et non de mesures de sanctions contractuelles qui auraient traduit l'exécution des clauses et l'exigence concrète du respect du code éthique. D'autre part, la mise en place d'audits peut non seulement recouvrir des réalités pratiques extrêmement variables selon la qualité et pertinence des mesures effectuées, mais n'est plus d'aucune utilité si elle n'est pas suivie de mesures correctives. Autrement dit, la lecture de la première décision laissait craindre une assimilation préjudiciable entre l'annonce de mesures, et leur application effective. La parole de l'entreprise semblait ainsi bénéficier d'un crédit indu, voire subconscient.

En appel, la chambre de l'instruction a bel et bien pris connaissance des rapports d'audit en question, allant donc plus loin que le simple constat selon lequel des audits avaient été mis en place. Il ressort cependant de la lecture de la décision que les magistrat-e-s, saisis d'une appréciation il est vrai complexe au vu du caractère très opérationnel des contrôles en cause, se sont intégralement fiés aux appréciations des auditeurs : pas de vérification quant au caractère suffisant du délai de production validé par l'auditeur, pas d'analyse de la notation globalement satisfaisante retenue par l'auditeur, etc.

Il apparaît indispensable de limiter la portée judiciaire des audits et de tenir compte des éléments qui précèdent.

Les expériences contentieuses ci-dessus décrites ont permis à Sherpa d'identifier deux axes pour améliorer l'effectivité du contrôle judiciaire du blanchiment d'image *via* la mobilisation des dispositions législatives sur les pratiques commerciales trompeuses :

- l'un en matière **d'admissibilité** en justice, afin que ces actions puissent être introduites plus facilement et être plus nombreuses ;
- l'autre pour ce qui est de **la souplesse des conditions** de caractérisation des pratiques commerciales trompeuses ou inversement, **de la rigueur d'appréciation des preuves fournies**, afin que les sanctions ne soient pas empêchées par des exigences trop lourdes ou des éléments de preuves non pertinents,

le tout afin que le régime actuel soit plus dissuasif pour les entreprises et plus approprié aux spécificités du blanchiment d'image.



Recommandations visant à garantir l'effectivité du contrôle judiciaire du blanchiment d'image en application des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses

En matière de respect des droits humains et de l'environnement par les multinationales, l'inefficacité des mesures volontaires mises en avant par les entreprises est établie depuis de nombreuses années déjà, et a conduit à privilégier l'adoption de mesures contraignantes au niveau international et européen.

L'expérience de Sherpa confirme ce constat : les réels changements de pratique de la part des acteurs économiques ont significativement plus de chance d'intervenir en cas de risque juridique avéré, c'est à dire confirmé judiciairement. C'est pourquoi il est crucial que le droit français fournisse des réponses juridiques *effectives* et *efficaces* au développement croissant des pratiques de blanchiment d'image.

Selon Sherpa, cela pourrait notamment passer par une facilitation de l'introduction de tels actions judiciaires *via* une extension de leur recevabilité (1.), ainsi qu'une appréciation plus souple de la caractérisation du blanchiment d'image, conforme au droit européen, et *a minima* une limitation de la force probante accordée aux audits sociaux (2.).

1. L'extension de la recevabilité des actions judiciaires initiées sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses en cas de blanchiment d'image

La limitation de la possibilité d'agir aux consommateur-riche-s, et aux associations de consommateur-riche-s et environnementales disposant d'un agrément apparaît inopportune compte tenu, notamment de la faible propension des consommateur-riche-s à agir en justice en cas de blanchiment d'image, et du fait que les pratiques de blanchiment d'image sont plus vastes que l'écoblanchiment et que les consommateur-riche-s ne sont en réalité pas les seules victimes en cas de blanchiment d'image.

Bien que la notion de pratique commerciale trompeuse ait historiquement été développée à une époque⁹ où la question de la lutte contre le blanchiment d'image attaché à des communications institutionnelles était moins présente, elle semble suffisamment adaptable pour appréhender juridiquement le blanchiment d'image¹⁰, si tant est qu'elle parvienne à se détacher de sa perspective originelle uniquement consumériste, inadaptée en matière de blanchiment d'image compte tenu de ses spécificités.

En effet, si le blanchiment d'image a un impact sur la-le consommateur-riche en ce qu'il le détermine à préférer telle ou telle entreprise et *in fine* tel ou tel produit, il cause surtout un préjudice aux victimes du non-respect de l'éthique revendiquée (ex : travailleurs et travailleuses en cas de *fairwashing*), qui voient les violations d'engagements éthiques dont elles sont victimes invisibilisées et ainsi perpétuées à cause du blanchiment d'image.

Le préjudice subi par les victimes des violations d'engagements éthiques à cause du blanchiment d'image doit être théoriquement reconnu.



Réserver le droit d'agir sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses en cas de blanchiment d'image aux seuls consommateur-riche-s ou à des associations les représentant semble perpétuer une vision capitaliste du droit aux détriments des victimes de violations d'engagements éthiques, telles que les victimes de violations de droits humains et d'atteintes à l'environnement.

C'est pourquoi il est nécessaire de garantir que les victimes des violations d'engagements éthiques en cause soient considérées comme des victimes directes du blanchiment d'image, et aient à ce titre intérêt à agir sur ce fondement.

En pratique, cela passerait par :

- devant les juridictions pénales :
 - Pour les associations¹¹ : le retour à un principe général de recevabilité de l'action civile associative basé sur l'ancienneté et l'objet statutaire (cf. Cass. Crim. 9 nov. 2010 n° 09.88272 Biens Mal Acquis). En matière de blanchiment d'image, cela signifierait, par exemple, reconnaître l'intérêt à agir d'associations existant depuis 5 ans et qui se proposent par leurs statuts de lutter contre les pratiques de blanchiment d'image ou dont l'objet statutaire porte sur la défense des intérêts lésés par de telles pratiques (défense des travailleurs et travailleuses, environnement, éthique...);
 - Pour les victimes de violations d'engagements éthiques non-consommatrices : la recevabilité au titre du préjudice direct et personnel que leur cause le blanchiment d'image portant sur des violations dont elles ont été victimes.
- devant les juridictions civiles :
 - Pour les associations : la recevabilité de l'action civile associative alternativement soit en vertu de l'existence d'une habilitation, soit en vertu des intérêts collectifs entrant dans leur objet social (Cass. civ. 1, 18 septembre 2008, n° 06-22.038)¹² ;
 - Pour les victimes de violations d'engagements éthiques non-consommatrices : la recevabilité au titre du droit commun de la procédure civile, compte tenu de leur intérêt à agir en raison du préjudice que leur cause les pratiques de blanchiment d'image, qui pourraient être sanctionnées sur le fondement du droit de la responsabilité civile.

2. La facilitation de la caractérisation des pratiques commerciales trompeuses

a. L'exclusion de conditions d'intention de tromper ou de négligence, conformément au droit européen

Contrairement aux préconisations européennes, pourtant explicites, la jurisprudence française semble exiger la preuve de certains éléments d'intentionnalité de la part du professionnel pour entrer en voie de condamnation sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses.

Ainsi, par exemple, dans un arrêt en date du 15 décembre 2009, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que l'infraction était caractérisée après avoir relevé que « *le prévenu n'avait pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires* » (Crim. 15 décembre 2009, n° 09-83.059).



La 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 consommateur-riche-s dans le marché intérieur prévoit pourtant en son article 11 que :

« 2. Dans le cadre des dispositions juridiques visées au paragraphe 1, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général:

a) à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation des dites pratiques, ou

b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction,

même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel. »

Par ailleurs, dans les décisions rendues en 2022 dans l'affaire Auchan, une importance déterminante semblait également résider pour les magistrat-e-s dans le caractère suffisant ou non des mesures volontaires mises en œuvre pour assurer la véracité de ses contenus promotionnels, et donc indirectement dans l'appréciation de l'existence d'une négligence.

Or, dans une communication de la Commission Européenne en date de décembre 2021 relative aux orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE, cette dernière a explicitement indiqué¹³ : « *Le caractère intentionnel de l'infraction est pertinent pour l'application des critères énoncés aux points a) et f). Toutefois, l'intention n'est pas une condition nécessaire pour l'imposition de sanctions en cas d'infraction.* »

L'objectif du législateur européen semble donc avoir été que la caractérisation de pratiques commerciales trompeuses intervienne seulement en considération du caractère objectivement trompeur ou non du message, au vu du décalage entre le contenu promotionnel et la réalité, quelles que soient les intentions du professionnel.

Dès lors, il conviendrait que la preuve d'un tel décalage suffise à établir le caractère trompeur d'un contenu promotionnel et à engager la responsabilité de l'auteur dudit contenu sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses.

Si les juridictions françaises décident, en contrariété avec le droit européen, de persister dans la recherche d'un élément d'intentionnalité sous la forme d'une sorte de négligence, il conviendra *a minima* que les audits sociaux produits en justice par les entreprises pour se défendre de toute négligence soient appréciés à leur juste valeur, c'est-à-dire selon une force probante strictement limitée compte tenu de leurs défaillances.



b. A minima, la limitation de la portée judiciaire des audits produits par les entreprises pour établir la prise de précautions suffisantes

En 2021, déjà, dans le cadre de l'élaboration de la directive européenne en matière de devoir de vigilance, la société civile européenne a appelé les décideurs européens à ne pas considérer la mise en place d'audits comme des mesures de vigilance suffisantes et donc comme une preuve déterminante et exonérante de responsabilité au titre du devoir de vigilance¹⁴.

Dans la même idée, en matière de pratiques commerciales trompeuses, Sherpa souhaite attirer l'attention des décideurs sur la nécessité de ne pas considérer les audits sociaux comme des précautions suffisantes pour assurer la véracité de contenus promotionnels, et propose en conséquence des pistes de solutions afin de faciliter l'appréciation complexe de tels cas.

Plus précisément, pour Sherpa, la réception des audits à titre de preuves dans l'ordre judiciaire doit impérativement tenir compte de :

- l'absence d'indépendance actuellement inévitable des auditeurs et auditrices;
- l'incompétence des auditeurs et auditrices, au sens judiciaire du terme ;
- la valeur de constat nécessairement limité dans le temps d'un rapport d'audit.

L'absence d'indépendance des auditeur-riche-s et l'intervention d'experts judiciaires comme garde-fous

Compte tenu du fait que les audits sont actuellement financés par les sociétés donneuses d'ordre ou les entreprises auditées et qu'elles ont toutes un intérêt à des rapports favorables, quelles que soient les bonnes intentions des personnes physiques dépêchées sur place, l'absence d'indépendance des auditeur-riche-s est en l'état inévitable. Si elle ne paraît pas inévitable en soi, elle l'est au regard de l'organisation du système actuel, qui n'est pas réglementé.

En conséquence, lorsque le rapport d'audit est produit en défense par la société donneuse d'ordres, il doit nécessairement être tenu compte de ce lien dans l'appréciation de la force probante qu'il convient d'accorder à un rapport d'audit. Rien ne semble justifier qu'un rapport d'audit soit apprécié avec moins de circonspection qu'une attestation fournie par un individu ayant un lien d'intérêt avec l'une des parties¹⁵, ou qu'un rapport d'expertise amiable produit par l'une des parties au soutien de ses prétentions.

Par ailleurs, afin de rétablir une perspective indépendante d'une part, et de tenir compte de la complexité de l'appréciation d'autre part, il semblerait pertinent de recourir aux services d'expert-e-s judiciaires, non pas pour effectuer des audits eux-mêmes, mais pour analyser les opérations d'audit mises en avant par des sociétés défenderesses.

Une telle initiative pourrait faciliter l'appréciation des juges, qui se verraient expliciter et mettre en lumière, de façon indépendante, les points pertinents pour l'appréciation juridique du caractère suffisant ou non des mesures d'audit mises en place.



À titre d'exemple : les circonstances de l'audit (annoncé ou non, sa durée, le nombre d'auditeur-riche-s et leurs qualifications par rapport à l'usine à auditer, les modalités d'entretien avec les salarié-e-s), la méthodologie de notation choisie (degrés de gravité attribués aux typologies de violations et modalités de pondération), ce qui a été contrôlé et ce qui n'a pas été contrôlé, les résultats des contrôles portant spécifiquement sur les griefs allégués, les analyses opérationnelles nécessaires pour confirmer ou infirmer certaines appréciations émanant des auditeurs eux-mêmes (telle qu'une analyse de la faisabilité d'une commande au vu des équipements et équipes dénombrés sur place), la prise de mesures correctives *a posteriori* ou non, etc.

Le cas échéant, se poserait la question de la charge du coût de ces expertises judiciaires. Compte tenu de la nature spécifique de ces types de contentieux d'une part, et du déséquilibre financier manifeste entre les multinationales poursuivies et les demandeurs d'autre part, il pourrait être opportun de s'inspirer du système « Qualified one-way costs shifting (QOCS) », dans lequel un demandeur qui obtient gain de cause peut recouvrer ses frais, et un demandeur qui n'obtient pas gain de cause n'est pas tenu de payer les frais du défendeur, sauf si la demande était vexatoire ou sans perspective raisonnable de succès.

L'intervention d'expert-e-s judiciaires pourrait également favoriser la bonne délimitation entre :

- d'un côté, les opérations de vérification factuelle déléguables à des cabinets d'audit privés liés à une partie et ayant une force probante limitée, et
- de l'autre, le pouvoir d'appréciation juridique et judiciaire appartenant aux juges et à eux seuls.

La complexité des cas semble en effet propice à ce type d'empiètement du travail des auditeur-riche-s privé-e-s sur celui des juges.

Une délimitation claire des attributions : le factuel aux auditeur-riche-s, le juridique aux juges

Tandis que les rapports d'audit pourraient se limiter à des opérations de vérifications factuelles, compte tenu de leur longueur, ils incluent généralement des conclusions synthétiques portant une appréciation sur la situation, qui sont d'ailleurs basées sur des référentiels de notation pouvant être très différents et donc délicats à interpréter¹⁶.

Quoi qu'il en soit, quand bien même les référentiels utilisés seraient harmonisés, l'appréciation du caractère satisfaisant de la situation et des mesures d'audit mises en place appartient au juge et à lui seul.

Il est donc indispensable que le juge apprécie lui-même, au besoin avec le soutien d'un-e expert-e judiciaire indépendant-e, la pertinence des vérifications effectuées, notamment au regard des griefs allégués. À défaut, en avalisant purement et simplement les conclusions d'un rapport d'audit, le juge délègue son pouvoir judiciaire.



L'insuffisance de principe des audits en tant que précautions, et la méthode du faisceau d'indices

Quand bien même des expert-e-s judiciaires faciliteraient une analyse indépendante des audits et les juges veilleraient à en élaborer leur propre interprétation pour conserver l'entière responsabilité de leur pouvoir judiciaire, il n'en demeure pas moins que l'absence d'indépendance des auditeurs pourrait également biaiser les résultats des contrôles factuels réalisés par eux, et surtout, que, par nature, un rapport d'audit ne valant que pour un instant donné, il ne saurait suffire à établir le respect d'un devoir de vigilance, qui est exigé sur la durée.

Juridiquement, cela signifie que quand bien même un rapport d'audit serait extrêmement favorable et le juge procéderait lui-même, avec ou sans l'assistance d'un expert-e judiciaire, à l'analyse de la pertinence et de la suffisance des mesures d'audit, ces mesures ne devraient au mieux pouvoir constituer qu'un indice de ce que des précautions suffisantes auraient été prises. Indice devant donc, par conséquent, être corroboré par d'autres indices allant dans le même sens, pour que le tout constitue une preuve permettant d'exclure une responsabilité juridique.

En pratique, ces éléments complémentaires pourraient résider dans la preuve de la prise effective - et pas seulement formelle - de mesures correctives, mais aussi, dans la mesure du possible, dans des éléments établis de façon externe ou indépendante de l'entreprise : journalisme d'investigation, rapports d'ONGs, etc.

L'adoption jurisprudentielle d'une telle méthode n'aurait rien d'inhabituel dès lors qu'elle a été consacrée dans d'autres matières du droit français¹⁷.

Conclusion

L'expérience du droit positif montre que le contrôle judiciaire du blanchiment d'image fondé sur le dispositif des pratiques commerciales trompeuses tel qu'il existe en droit français pourrait gagner significativement en efficacité grâce à une recevabilité élargie d'une part, et une appréciation plus souple et plus appropriée du caractère trompeur des pratiques commerciales en cause d'autre part.

L'ouverture de ce type d'action aux associations sans condition d'autorisation spéciale (agrément consommation ou environnement) ainsi qu'aux victimes des violations d'engagements éthiques en cause permettrait de surmonter les limites actuelles tenant à la faible propension des consommateurs et consommatrices à agir en justice, à la perspective originellement strictement consumériste de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses, malvenue au regard des préjudices subis par les victimes des violations d'engagements éthiques, et aux typologies de blanchiment d'image qui sont variées et ne se cantonnent pas à l'écoblanchiment.



Apprécier la caractérisation de pratiques commerciales trompeuses sans égard pour l'existence d'un élément d'intentionnalité apparaît plus en conformité avec l'esprit du droit européen d'origine, faciliterait la caractérisation et les sanctions et pourrait donc s'avérer plus dissuasif pour les entreprises. *A minima*, il convient de s'assurer que la force probante accordée aux audits sociaux reflète leurs limites intrinsèques.

À l'heure où les citoyen-ne-s dénoncent de plus en plus des pratiques publicitaires irresponsables de manière générale, et le blanchiment d'image en particulier, une mobilisation plus efficace du fondement juridique des pratiques commerciales trompeuses pour lutter sur le plan judiciaire contre le blanchiment d'image apparaît comme un volet précieux de la régulation des contenus publicitaires.

À défaut de solutions jurisprudentielles appropriées, il sera indispensable de prendre les mesures législatives adéquates afin :

- d'assurer une recevabilité élargie pour permettre l'action des associations devant les juridictions en matière de pratiques commerciales trompeuses ;
- de reconnaître l'intérêt à agir des personnes non-consommatrices victimes du non-respect de l'éthique revendiquée par les entreprises ;
- de préciser explicitement que le caractère trompeur d'une pratique commerciale suffit à caractériser l'infraction de pratique commerciale trompeuse, sans égard pour l'existence d'une intention de tromper ou d'une négligence de la part du professionnel ;
- de limiter explicitement la force probante des audits en droit français de la preuve.

Quels que soient les moyens choisis, il apparaît urgent de mettre un terme à ce type de pratiques, qui pourraient rétrospectivement apparaître comme une bizarrerie de l'époque mondialisée. Il paraît en effet absurde que le respect de droits fondamentaux, et donc autrement dit basiques, puisse décemment constituer un facteur différenciant favorable d'un point de vue concurrentiel.



À propos de Sherpa

Combattre les nouvelles formes d'impunité liées à la mondialisation des échanges

Afin de renforcer la responsabilité des acteurs économiques et participer à la construction d'un droit plus protecteur de l'environnement, des communautés et des travailleurs et travailleuses, l'association Sherpa mène des activités de plaidoyer, de contentieux stratégique, de recherche juridique et de renforcement des capacités.

Pour mettre en œuvre ces activités, Sherpa réunit avocat-e-s, juristes, universitaires, ainsi que de nombreux expert-e-s qui appuient son action, en proposant une approche innovante du droit.

contact@asso-sherpa.org | www.asso-sherpa.org

Références

1. Eurobaromètre spécial 501, Attitudes des citoyens européens à l'égard de l'environnement, Décembre 2019 ; Baromètre de la perception de l'engagement des entreprises, L'Observatoire Société & Consommation, 2 juin 2022.
2. Y compris SHARPS (Supporters for the Health and Rights of Workers in the Semiconductor Industry, Corée) et le CGFED (Research Centre for Gender, Family and Environment in Development, Vietnam).
3. Voir par exemple : [Another Samsung supplier factory exploiting child labor](#), 10 juillet 2014, ou encore [The Dark Side of Samsung's Corporate Social Responsibility](#), 17 mai 2016.
4. Cf. note d'analyse de Sherpa : [Décryptage : la recevabilité de l'action associative devant les juridictions pénales en question](#), juillet 2022.
5. Communiqué de presse de la Commission Européenne en date du 28 janvier 2021 - [Passage au crible de sites web pour lutter contre l'« écoblanchiment » : la moitié des allégations environnementales ne sont pas étayées par des preuves](#) ; [Bilan de la première grande enquête de la DGCCRF sur l'écoblanchiment des produits non-alimentaires et des services : un quart d'anomalies et de nombreuses suites](#), 25 mai 2023.
6. [Des étiquettes des marques Camaïeu et Auchan dans les décombres du Rana Plaza, au Bangladesh](#), *France Info*, 15 mai 2015.
7. « Looking for a quick fix », Clean Clothes Campaign, 2005 ; « Audit et certification : une véritable industrie », Guillaume Delalieux, *Revue Projet* n°361 décembre 2017 ; « A piece, not a proxy : The European Commission's dangerous overreliance on industry schemes, multi-stakeholder initiatives, and third-party auditing in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive », Somo, November 2022 ; « Obsédés par les outils d'audit, sans atteindre l'objectif - Pourquoi les audits sociaux n'empêchent pas les atteintes au droit du travail dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », Human Rights Watch, novembre 2022.
8. « Audit et certification : une véritable industrie », *id.*
9. 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.
10. À cet égard, au vu de la multiplication des textes en matière de lutte contre l'écoblanchiment, il ne semble pas inutile de garder à l'esprit les avantages d'une approche législative générale, telle que défendue par Portalis (*cf.* J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil).



11. Sur l'importance de la recevabilité de l'action associative devant les juridictions pénales, v. note d'analyse de Sherpa : [Décryptage : la recevabilité de l'action associative devant les juridictions pénales en question](#), juillet 2022.

12. À notre connaissance, les actions intentées devant les juridictions civiles sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses par des associations l'ont été par des associations agréées uniquement. Cf. par exemple TJ Paris 16 mai 2023 RG n°22/02955 Greenpeace, Les Amis de la Terre France, Notre affaire à tous c. Total.

13. Communication de la commission - [Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales](#), p. 23.

14. Open letter to European Union policymakers from civil society: Urgent request to ensure social auditors' liability and effective legislation on human rights and environmental due diligence (HREDD) and corporate accountability, Brussels, 13 September 2021

15. L'article 202 du Code de procédure civile relatif aux attestations requiert d'ailleurs la révélation de liens d'intérêts entre l'attestant-e et les parties.

16. Ainsi, selon le référentiel utilisé, le même type de violations peut revêtir des degrés de gravité différents, et mener une appréciation globale différente.

17. Par exemple en droit de la famille (ex : possession d'état) ou en droit administratif (appréciation de l'existence d'un service public).