

# REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 5 - 2022

SOMMAIRE - CONTENTS

## ARTICLES

Gilles LHUILIER	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité / The Proposal for a European Directive on the Duty of Care of Companies with Regard to Sustainability.....	423
Luca TENREIRA	La rédaction des clauses d'application du devoir de vigilance par les <i>global lawyers</i> : l'exemple des clauses de <i>flow-down</i> / The Drafting of Due Diligence Clauses by Global Lawyers: The Example of Flow-Down Clauses .....	453
Florian FAVREAU Marine BASTIEGE	La chaîne de valeur dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / The Value Chain in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence .....	467
Florian FAVREAU	Les pratiques RSE d'entreprise dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises / Corporate CSR Practices in the Proposed Directive on Corporate Due Diligence.....	477
Anne DANIS-FATOME	La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance : brefs regards sur la responsabilité civile / The Proposal for a European Directive on the Duty of Vigilance: Brief Views on Civil Liability .....	489

## ACTUALITES

### DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE / INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

Jean-Maxime BLUTEL Raimbaut LACOEUILHE Oriane SCALBERT Joffrey GAUCHER Judith NAYBERG Enzo SARAGOSA Veronica BOTNARI	Politiques de concurrence / Competition Policies .....	499
--	--	-----

### EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL /REGIONAL DES AFFAIRES / EMERGENCE OF AN INTERNATIONAL/REGIONAL BUSINESS LAW

Philippe GUEZ et al	Chronique de droit international privé appliquée aux affaires de la période du 1er mars 2021 au 30 avril 2022 .....	511
---------------------	---	-----

DROIT ET PRATIQUE DES INVESTISEMENTS INTERNATIONAUX / INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

Pascale ACCAOUI-LORFING Arnaud DE NANTEUIL	Les états et l'investisseur privé étranger : une approche multiple / States and Foreign Direct Investment (FDI): A Multi-Pronged Approach .....	551
Arnaud DE NANTEUIL	Le nouveau règlement d'arbitrage du CIRDI / Reform of ICSID Arbitration Rules ..	557

GOUVERNANCES / GOVERNANCES


David CHEKROUN Drew SHAGRIN	Gouvernance organisationnelle et gouvernance d'entreprise / Organisational and Corporate Governance .....	561
--------------------------------	---	-----

## 4. GOUVERNANCES GOVERNANCES

### GOUVERNANCE ORGANISATIONNELLE ET GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

#### ORGANISATIONAL AND CORPORATE GOVERNANCE

David CHEKROUN\* et Drew SHAGRIN\*\*

 Corporate governance; Environmental social governance; France; International Labour Organization; Narrative reporting

#### INTRODUCTION

Les organisations sont en pleine évolution et il en va de même pour la gouvernance. Les organisations ont toujours fait face à des défis dans le cadre de leurs missions relativement constantes, mais l'accomplissement spécifique de ces missions varie en fonction des circonstances. Or, les circonstances actuelles sont tout simplement extraordinaires. De la crise de la COVID-19 aux changements rapides de la société, de l'incertitude géopolitique au ralentissement de la mondialisation et des menaces de cybersécurité à l'importance croissante des enjeux ESG et du changement climatique, les organisations de tous types — entreprises à but lucratif (y compris les sociétés, les sociétés civiles et les coopératives), organisations non gouvernementales (y compris les sociétés et coopératives à but non lucratif) et organismes gouvernementaux (y compris les organismes intergouvernementaux internationaux) — doivent adapter et ajuster leurs pratiques de gouvernance.

#### INTRODUCTION

Organisations are changing and so is governance. Organisations have always faced challenges as they fulfil their somewhat constant missions, but the specific fulfilment of those missions varies with the circumstances, and today's circumstances are nothing short of extraordinary. From the coronavirus crisis to rapid societal changes, from geopolitical uncertainty to the slowdown of globalisation, and from cybersecurity threats to the increasing importance of ESG and climate change considerations, organisations of all kinds—profit-motivated companies (including corporations, partnerships, and profit-motivated cooperatives), non-governmental organisations (including not-for-profit corporations and cooperatives), and governmental organisations (including international inter-governmental organisations)—have to adapt and refine their governance practices.

---

\* Professeur de droit des affaires à l'ESCP Business School. Il est le directeur du double programme droit et affaires de l'ESCP. Il donne des conférences sur le droit et les affaires en Europe, aux Etats-Unis et au Moyen-Orient. Ses écrits couvrent un large éventail de questions à l'intersection du droit et des affaires. Il est codirecteur de l'Institute for Corporate Governance (<https://icgprofessorship.org/>) issu du KPMG Professorship in International Corporate Governance de l'ESCP Business School.

\*\* Professeur de droit des affaires à l'ESCP Business School, a co-développé la simulation Dream Weaver, un outil innovant pour l'enseignement de la gouvernance d'entreprise. Il est codirecteur de l'Institute for Corporate Governance (l'ICG). Il dispense un large éventail de cours liés au droit des affaires à l'ESCP. Il est membre du barreau de l'Etat de Californie et ancien partenaire de transactions dans un cabinet d'avocats de San Francisco.

The concept of governance is difficult to define, and it varies from country to country, industry to industry, and even organisation to organisation, but at its most basic, it is about how power is exercised over an entity. In other words, governance is how people in authoritative positions hold themselves accountable to their stakeholders.

For organisational governance in general, the most accurate and self-explanatory definition is undoubtedly the one provided by the International Organization for Standards in its standard on social responsibility. Article 6.2 of ISO 26000 highlights that:

“Organizational governance is the system by which an organization makes and implements decisions in pursuit of its objectives.

Organizational governance can comprise both formal governance mechanisms based on defined structures and processes and informal mechanisms that emerge in connection with the organization's culture and values, often influenced by the persons who are leading the organization. Organizational governance is a core function of every kind of organization as it is the framework for decision making within the organization.

Governance systems vary, depending on the size and type of organization and the environmental, economic, political, cultural and social context in which it operates. These systems are directed by a person or group of persons (owners, members, constituents or others) having the authority and responsibility for pursuing the organization's objectives.”

For corporations in particular, the need for governance arises from the fact that the shareholders, like the other stakeholders, do not operate the corporation directly. Instead, they appoint directors to handle the corporation's business, and thus a conflict arises: the directors must formulate strategy, develop policymaking, and supervise management while remaining accountable to the shareholders and other stakeholders. Establishing rules, practices and procedures through which shareholders and other stakeholders can ensure director accountability is the central goal of corporate governance.

Perhaps the most authoritative definition of corporate governance is found in the G20/OECD Principles of Corporate Governance:

Le concept de gouvernance est difficile à définir, et il varie d'un pays à l'autre, d'un secteur à l'autre et même d'une organisation à l'autre mais, à l'origine, il s'agit de la manière dont le pouvoir est exercé sur une entité. En d'autres termes, la gouvernance est la manière dont les personnes en position d'autorité assument leur responsabilité vis-à-vis de leurs parties prenantes.

Pour la gouvernance organisationnelle en général, la définition la plus précise et la plus explicite est sans aucun doute celle fournie par l'Organisation internationale de normalisation dans sa norme sur la responsabilité sociale. L'article 6.2 de la norme of ISO 26000 précise<sup>1</sup> que :

« La gouvernance de l'organisation est le système par lequel une organisation prend des décisions et les applique en vue d'atteindre ses objectifs

La gouvernance de l'organisation peut comprendre à la fois des mécanismes formels de gouvernance, reposant sur des processus et des structures définis, et des mécanismes informels, émergeant en fonction des valeurs et de la culture de l'organisation, souvent sous l'influence des personnes qui dirigent l'organisation. La gouvernance de l'organisation est une fonction essentielle de tout type d'organisation car c'est le cadre des prises de décision au sein de l'organisation.

Les systèmes de gouvernance varient en fonction de la taille et du type de l'organisation ainsi que du contexte environnemental, économique, politique, culturel et social dans lequel celle-ci opère. Ces systèmes sont dirigés par une personne ou par un groupe de personnes (propriétaires, membres, mandataires sociaux ou autres) détenant le pouvoir et ayant la responsabilité d'atteindre les objectifs de l'organisation. »

Pour les sociétés commerciales en particulier, la nécessité d'une gouvernance découle du fait que les actionnaires, comme les autres parties prenantes, ne gèrent pas directement ladite société. Au lieu de cela, ils nomment des administrateurs pour gérer les affaires de la société, ce qui crée un conflit : les administrateurs doivent formuler une stratégie, élaborer des politiques et superviser la gestion tout en restant responsables vis-à-vis des actionnaires et des autres parties prenantes. L'établissement de règles, de pratiques et de procédures permettant aux actionnaires et aux autres parties prenantes de garantir la responsabilité des administrateurs est l'objectif majeur du gouvernement d'entreprise<sup>2</sup>.

La définition la plus communément admise de la gouvernance d'entreprise réside dans les Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE :

« La gouvernance d'entreprise fait référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Elle détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que les moyens de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus. »<sup>3</sup>

“Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of a company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined.”

Le nombre de parties prenantes reconnues comme telles dans différentes organisations a considérablement augmenté au cours des dernières années, et les relations juridiques entre ces parties prenantes sont devenues plus complexes. Dans l'écosystème de la gouvernance d'entreprise en particulier, les parties prenantes sont divisées en deux catégories : les actionnaires, qui, par le biais de leurs actions, disposent de droits économiques et décisionnels spécifiques dans une société, et toutes les autres parties ayant un intérêt dans la société pour des raisons autres que l'actionariat. En bref, les parties prenantes sont toutes celles qui affectent ou sont affectés par l'entreprise : non seulement les actionnaires (actionnaires ordinaires, actionnaires privilégiés, actionnaires activistes, actionnaires institutionnels) mais aussi les membres du conseil d'administration, les employés, les créanciers, les clients, les fournisseurs de biens et de services, les agences gouvernementales et les voisins dans les communautés où l'organisation opère.

The number of stakeholders recognised as such in different organisations has increased quite enormously over the past several years, and the legal relationships among these stakeholders have become more complex. In the corporate governance ecosystem in particular, the stakeholders are divided into the shareholders, who through their shares have specific economic and decision-making rights in a corporation and all the other parties with a stake in the company for any of several reasons other than share ownership. In short, the stakeholders are all those who affect or are affected by the corporation: not only the shareholders—common shareholders, preferred shareholders, activist shareholders, institutional shareholders—but also boardmembers, employees, creditors, customers, suppliers of goods and services, government agencies, and neighbours in the communities where the organisation operates.

Le nombre croissant des parties prenantes consacrées a donné lieu à un cadre juridique spécialisé et a suscité des tendances identifiables en matière de gouvernance organisationnelle en général et de gouvernance d'entreprise en particulier. Cette chronique semestrielle intitulée « Gouvernance » et sous-titrée « Gouvernance organisationnelle et gouvernance d'entreprise » a pour objectif d'aborder ce cadre juridique spécialisé et de fournir aux lecteurs des informations utiles sur tous les aspects pertinents de la gouvernance d'organisation. Cette rubrique est divisée en quatre sections :

The increasing number of recognised stakeholders has given rise to a specialised legal framework, and has prompted identifiable trends in organisational governance in general and corporate governance in particular. This biannual column entitled “Governance” and subtitled “Organisational Governance & Corporate Governance” aims to address this specialised legal framework, and to provide readers with useful information about all relevant aspects of organisational governance. The column is divided into four sections:

- Les théories, philosophies, concepts, modèles et cadres réglementaires de la gouvernance, tant pour les organisations en général que pour les entreprises en particulier.
- Les missions et les devoirs des conseils d'administration des organisations et des individus qui y siègent, ainsi que les processus par lesquels les conseils d'administration et leurs membres sont sélectionnés, remplissent leurs missions et leurs devoirs, examinent et améliorent leurs performances et sont rémunérés.
- Les intérêts, les droits et les devoirs de toutes les autres parties prenantes, ainsi que les procédures par
- Governance theories, philosophies, concepts, models, and regulatory frameworks, for both organisations in general and corporations in particular.
- The missions and duties of organisational boards and of the people who serve on them, as well as the processes by which boards and board members get selected, carry out their missions and duties, review and improve their performance, and get compensated.
- The interests, rights, and duties of all other stakeholders, as well as the procedures by

which those other stakeholders pursue their interests, exercise their rights, and perform their duties.

- Special situations and issues, spanning a broad range from corporate mergers and acquisitions to organisational paralysis in intergovernmental organisations.

Within these four issue areas, we aim to provide short articles and comments on recent developments of likely interest to a broad range of readers. Those readers—you—include not only lawyers working in-house and in law firms, but also members of organisational boards, senior executives who work closely with boards, and all other professionals, legal and otherwise, with an interest in the crossroads of law and governance.

We also aim to facilitate access to useful resources. Bibliographies will allow readers to pursue independent follow-up research, with links to online resources where possible. Book reviews will help readers discover new books, and blog and website reviews will help readers discover valuable digital resources. Annals, digests, and similar summaries of conferences and seminars will share insights from relevant events that readers were unable to attend.

In order to achieve these goals, the International Business Law Journal has created a team that includes an international community of business and policy leaders, corporate directors, lawyers, and academics. For this first edition, the contributors are Alexander Blumrosen; Lisa Brouard; Fabien Ganivet; Sara Koski; Patrick-Hubert Petit; Felipe Rojas Ceballos; Drew Shagrin and Rodney de Souza.

**1: Governance theories, philosophies, concepts, models, and regulatory frameworks, for both organisations in general and corporations in particular.**

(...)

lesquelles ces autres parties prenantes poursuivent leurs intérêts, exercent leurs droits et remplissent leurs devoirs.

- Les situations et problèmes particuliers, allant des fusions et acquisitions d'entreprises à la paralysie organisationnelle des organisations intergouvernementales.

Dans le cadre de ces quatre domaines, nous nous efforçons de fournir de courts articles et des commentaires sur les évolutions récentes susceptibles d'intéresser un large éventail de lecteurs. Ces lecteurs (dont vous faites partie) comprennent non seulement les juristes en entreprise et les avocats, mais aussi les membres des conseils d'administration des organisations, les cadres dirigeants qui travaillent en étroite collaboration avec les conseils d'administration, et tous les autres professionnels, juristes et autres, qui s'intéressent aux problématiques à l'intersection du droit et de la gouvernance.

Nous souhaitons également faciliter l'accès à des ressources utiles. Les bibliographies permettront aux lecteurs d'effectuer des recherches indépendantes des articles, avec des liens vers des ressources en ligne lorsque cela est possible. Les critiques de livres aideront les lecteurs à découvrir de nouveaux ouvrages, et les critiques de blogs et de sites Internet permettront au lectorat de découvrir des ressources numériques utiles. Les annales et les extraits d'articles et d'ouvrages ; et les synthèses des conférences et séminaires permettront de partager la production de connaissance.

Afin d'atteindre ces objectifs, la Revue de droit des affaires internationales s'est dotée d'une équipe comprenant une communauté internationale de dirigeants d'entreprises et de d'agents publics, d'administrateurs de sociétés, d'avocats et d'universitaires. Pour cette première édition, les contributeurs sont Alexander Blumrosen, Lisa Brouard, Fabien Ganivet, Sara Koski, Patrick-Hubert Petit, Felipe Rojas Ceballos, Drew Shagrin et Rodney de Souza.

**1 : Théories, philosophies, concepts, modèles et cadres réglementaires de la gouvernance, tant pour les organisations en général que pour les entreprises en particulier**

(...)

**2 : Les missions et les devoirs des conseils d'administration des organisations et des personnes qui y siègent, ainsi que les processus par lesquels les conseils d'administration et leurs membres sont sélectionnés, remplissent leurs missions et leurs devoirs, examinent et améliorent leurs performances et sont rémunérés**

**2: The missions and duties of organisational boards and of the people who serve on them, as well as the processes by which boards and board members get selected, carry out their missions and duties, review and improve their performance, and get compensated**

**HARMONISATION DES NORMES D'INFORMATION EXTRA-FINANCIERE : ELEMENTS DE CONTEXTE POUR COMPRENDRE LES EVOLUTIONS ACTUELLES**

**STANDARDISING THE STANDARDS OF NON-FINANCIAL REPORTING: BACKGROUND TO HELP UNDERSTAND ONGOING DEVELOPMENTS**

**Par Drew SHAGRIN**

Le nombre d'entreprises tenues de rendre compte annuellement de leurs performances extra-financières ne cessant d'augmenter, de plus en plus de juristes d'entreprise se retrouvent dans l'obligation de conseiller leurs clients à ce sujet. Malheureusement, la multiplicité des normes existantes en matière de déclaration extra-financière risque de désorienter des juristes qui n'ont pas l'habitude de fournir des conseils dans ce domaine. Ce bref article de fond vise donc à les orienter au moyen d'un texte d'introduction et d'un lexique présenté sous forme de tableau.

As more and more companies are required to report annually on non-financial performance, more and more company lawyers need to advise clients on non-financial reporting. Unfortunately, the many different standards for non-financial reporting can be disorienting for lawyers new to advising on non-financial reporting. This brief background article aims to orient lawyers with both a narrative introduction and a lexicon in the form of a table.

**De plus en plus d'entreprises sont tenues de présenter un rapport annuel sur leurs performances extra-financières**

**More and more companies are required to report annually on non-financial performance**

Un examen pays par pays des exigences en matière de rapports extra-financiers dépasserait le cadre de cet article.<sup>4</sup> Toutefois, la courte étude qui suit, si elle ne décrit que quelques-unes des lois en vigueur en Europe et aux Etats-Unis, montre néanmoins qu'un nombre croissant d'entreprises sont tenues de rendre compte annuellement de leurs performances extra-financières.

A country-by-country review of non-financial reporting requirements is beyond the scope of this article. However, the limited review below, describing just some of the laws in Europe and the US, establishes the increasing number of companies required to report annually on non-financial performance.

En France, une obligation limitée de déclaration non financière a été instaurée pour la première fois en 2001.<sup>5</sup> Elle constituait apparemment la première exigence de ce type en Europe.<sup>6</sup> Quelques années plus tard, en 2008, le Danemark<sup>7</sup> a suivi cet exemple en imposant une obligation de rapport extra-financier à un nombre limité d'entreprises. En 2017, la France a étendu de manière significative l'obligation de déclaration extra-financière afin d'obliger les sociétés cotées à rendre compte des risques et des mesures liés au climat.<sup>8</sup>

In France, a limited non-financial reporting requirement was first adopted in 2001, apparently Europe's first such requirement. A few years later, in 2008, Denmark followed suit, imposing a non-financial reporting requirement on a limited range of companies. In 2015, France expanded non-financial reporting significantly to require listed companies to report on climate-related risks and measures.

A la lumière de l'expérience de la France, du Danemark, de l'Allemagne<sup>9</sup> et d'autres Etats membres, ainsi que pour fournir des exigences minimales dans l'ensemble de son territoire, l'UE a imposé en 2018 sa première exigence d'information non financière à environ 6.000 entreprises exceptionnelles.<sup>10</sup> Cette obligation a été étendue en 2019 aux acteurs et conseillers des marchés financiers.<sup>11</sup> Au

In light of the experience in France, Denmark, Germany, and other member states, as well as to provide minimum requirements throughout the EU, in 2018 the EU imposed its first non-financial reporting requirement on about 6000 exceptional companies. The requirement expanded in 2019 to financial market participants and advisors. As this article goes to press in 2022, the range of covered EU companies is expected to expand to both all publicly traded EU

companies, and also publicly traded foreign companies with an EU subsidiary that generates at least 150 million euros in EU-based revenue.

In the US, there are currently very few non-financial reporting requirements, but this is changing. In early 2022, the Securities and Exchange Commission (SEC) published two proposed amendments to various rules and forms that, if adopted, would impose extensive non-financial reporting requirements on covered companies. In particular, in March 2022, the SEC published a proposed rule on climate-related disclosures that would require all listed companies to provide certain climate-related information in their registration statements and annual reports; then a few months later, in May, the SEC published another proposed rule that would require non-financial reporting from registered investment advisers, certain advisers that are exempt from registration, registered investment companies, and business development companies. While both of these SEC actions are merely the proposal of rules, and not their adoption, it's reasonable to expect that final rules will be adopted soon, imposing extensive non-financial reporting requirements in the US, too.

The trend of expanding the application of non-financial reporting requirements is by no means limited to Europe and the US, but as noted above, a country-by-country review of non-financial reporting requirements is beyond the scope of this article.

**Financial reporting is performed in accordance with just a few sets of similar accounting standards**

Financial reporting is performed in accordance with just a few sets of accounting standards. Companies based in most countries, including the EU and the UK, are subject to accounting and auditing standards known as International Financial Reporting Standards (or IFRS) published by the IFRS Foundation, a London-based private-sector organisation overseen by a monitoring board of public entities.

As an exception to the generally applicable IFRS standards, US-based companies follow accounting standards published by the Financial Accounting

moment de la mise sous presse de cet article en 2022, l'éventail des entreprises européennes concernées devrait s'étendre à toutes les entreprises européennes cotées en bourse, ainsi qu'aux entreprises étrangères cotées en bourse dont une filiale européenne génère au moins €150 millions de revenus au sein de l'UE.<sup>12</sup>

Aux Etats-Unis, il existe actuellement très peu d'obligations en matière de déclaration extra-financière, mais cette situation est en train d'évoluer. Au début de l'année 2022, la Securities and Exchange Commission a publié deux propositions de modification de divers règlements et formulaires qui, s'ils étaient adoptés, imposeraient aux sociétés concernées des exigences strictes en matière d'information extra-financière. En mars 2022, la SEC a notamment publié une proposition de règlement sur la divulgation d'informations liées au climat qui obligerait toutes les sociétés cotées à fournir certaines informations climatiques dans leurs déclarations d'enregistrement et leurs rapports annuels.<sup>13</sup> Quelques mois plus tard, en mai, la SEC a publié une autre proposition de règlement qui imposerait des rapports extra-financiers aux conseillers en investissement agréés, à certains conseillers dispensés de l'obligation d'agrément, aux sociétés d'investissement homologuées et aux sociétés de développement commercial.<sup>14</sup> Bien qu'à travers ces deux actions la SEC ait dû se contenter de proposer des règlements sans les adopter, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une réglementation définitive soit adoptée prochainement et à ce qu'elle impose des exigences importantes en matière de déclarations extra-financières aux Etats-Unis également.

La tendance à étendre l'application des exigences en matière d'information extra-financière n'est en aucun cas limitée à l'Europe et aux Etats-Unis mais, comme nous l'avons indiqué, un examen pays par pays des obligations en matière d'information non financière dépasserait le cadre de cet article.

**Les rapports financiers sont réalisés conformément à un nombre réduit de normes comptables similaires**

Les rapports financiers sont réalisés conformément à un nombre réduit de normes comptables. Les sociétés établies dans la plupart des pays, y compris au sein de l'UE et au Royaume-Uni, sont soumises à des normes de comptabilité et d'audit connues sous le nom de International Financial Reporting Standards (Normes internationales d'information financière, ou IFRS) publiées par l'IFRS Foundation, une organisation du secteur privé basée à Londres et supervisée par un conseil de surveillance des entités publiques.<sup>15</sup>

Par exception aux normes IFRS généralement applicables, les sociétés américaines suivent les normes comptables publiées par le Financial Accounting Standards Board (ou



FASB), une organisation indépendante du secteur privé américain dont les normes sont connues sous le nom de Generally Accepted Accounting Principles (Principes comptables généralement admis (ou GAAP) et sont codifiées sous le nom de Accounting Standards Codification (codification des normes comptables). Ces normes GAAP du FASB sont utilisées pour la comptabilité mais pas pour l'audit. Pour les audits des sociétés américaines, le Public Company Accounting Oversight Board, créé par la loi Sarbanes-Oxley de 2002, publie des normes d'audit.<sup>16</sup>

Les différences entre les normes GAAP et IFRS sont souvent considérées comme mineures car leurs principes sont similaires et les différences portent sur le degré de spécificité des directives.<sup>17</sup>

Le nombre limité de normes sur l'information financière réduit la confusion quant aux normes à appliquer à une entreprise donnée. En outre, les comparaisons de la performance financière d'une entreprise à l'autre sont facilitées par l'utilisation de normes communes. Même lorsque des normes communes ne sont pas utilisées par deux sociétés comparées, les comparaisons entre sociétés sont facilitées par le nombre limité de normes différentes et la similitude d'un ensemble de normes à l'autre.

### **Les rapports extra-financiers sont réalisés conformément à une multiplicité de normes sensiblement différentes**

Les rapports extra-financiers sont réalisés conformément à de nombreuses normes sensiblement différentes les unes des autres.<sup>18</sup> Cela engendre une grande confusion. Quelles normes s'appliquent à une entreprise donnée ? Et comment peut-on faire des comparaisons significatives de la performance non financière de deux entreprises en fonction d'un si grand nombre de normes différentes ?

### **L'harmonisation des normes de déclaration extra-financière : l'ISSB**

Il est temps d'harmoniser les normes relatives à l'information non financière. C'est du moins ce qu'a estimé la Fondation IFRS, à l'origine des normes comptables et d'audit IFRS largement utilisées,<sup>19</sup> lorsqu'elle a annoncé en novembre 2021 la création d'un nouveau conseil de normalisation, l'International Sustainability Standards Board (ou ISSB).<sup>20</sup> Dirigé par Emmanuel Faber, ancien PDG de Danone, l'ISSB a pour objectif de fournir un ensemble commun de normes largement reconnues pour les rapports extra-financiers, en remplacement des nombreuses normes concurrentes actuellement utilisées. Les objectifs de l'ISSB peuvent sembler incontestables mais, en réalité, ils suscitent une grande controverse. Il y a trois raisons à cela. Tout d'abord, certaines des normes existantes sont plus permissives que

Standards Board (or FASB), an independent US-based private-sector organisation whose standards are known as Generally Accepted Accounting Principles (or GAAP), and are codified as the Accounting Standards Codification. These FASB GAAP standards are used for accounting but not auditing. For audits of US companies, the Public Company Accounting Oversight Board, created by the Sarbanes-Oxley Act of 2002, publishes auditing standards.

The differences between GAAP and IFRS are often said to be minor, the similarities being in principles and the differences being in the level of directive specificity.

The limited number of financial reporting standards reduces confusion over which standards should apply to a given company. Moreover, company-to-company comparisons of financial performance are made easy by the use of common standards. Even when common standards aren't used by two compared companies, cross-standard company comparisons are facilitated by the limited number of different standards and the similarity from one set of standards to the next.

### **Non-financial reporting is performed in accordance with many different sets of meaningfully different standards**

Non-financial reporting is performed in accordance with many different sets of standards, and the standards are meaningfully different from each other. This engenders a great deal of confusion. Which standards apply to a given company? And how can a person make meaningful company-to-company comparisons of non-financial performance across so many different standards?

### **Standardising the standards for non-financial reporting: the ISSB**

It's time to standardise the standards for non-financial reporting. This at least is what was believed by the IFRS Foundation, the creator of the widely used IFRS accounting and auditing standards, when it announced in November 2021 the creation of a new standard-setting board, the International Sustainability Standards Board (or ISSB). Led by former Danone CEO Emmanuel Faber, ISSB aims to provide a common set of widely embraced standards for non-financial reporting, replacing the many competing standards currently in use. The ISSB goals may seem uncontroversial, but in fact there's a great deal of controversy for three reasons. First, some of the existing standards are more permissive than others, and not all concerned parties agree on what should and shouldn't be permitted when it comes to reporting. Second, the definitions for certain terms (such as "materiality") vary from one standard to the next, and not all concerned parties agree on what the definition

should be. Finally, the previously cited difficulty in making company-to-company comparisons of non-financial performance are a problem to solve for some concerned parties, but a convenient veil for others not interested in having subpar non-financial performance described in potentially unflattering terms. For all these reasons, the work of ISSB will be the focus of much debate and lobbying. In this process, companies with a less-than-positive non-financial performance might like to benefit from greenwashing, and therefore might wish to preserve the elements that facilitate greenwashing; companies with a positive non-financial performance might like to reinforce the differentiator of their positive non-financial performance; and various stakeholders can view the issues differently depending on their particular interests and values.

When the SEC published its proposed rules in March and May of this year, it proposed adding still more possible standards to the already-complex group of standards that ISSB aimed to simplify.

**Lexicon**

This brief background article will conclude with a lexicon, in the form of a table, presenting many of the various names and acronyms that company lawyers may encounter as they follow evolving developments related to non-financial reporting duties and standards. The recent move to consolidate several standards and standard-producing entities under the umbrella of the ISSB should lead to a simpler ecosystem for non-financial reporting, but in the meantime there will continue to be a disorienting multiplicity of standards and entities producing them.

Term	Description
UN Global Compact (or simply Global Compact)	A non-binding United Nations pact, as well as a framework of 10 principles, to encourage companies to adopt sustainable and socially responsible policies, and to report on their implementation.
Global Reporting Initiative (or GRI)	An Amsterdam-based independent standards organisation that proposes the GRI Standards through its Global Sustainability Standards Board.
Global Sustainable Standards Board (or GSSB)	The creator, for the Global Reporting Initiative, of the GRI Standards.

d'autres et toutes les parties concernées ne sont pas d'accord sur ce qui devrait ou ne devrait pas être autorisé en matière de reporting. Ensuite, les définitions de certains termes (tels que la « matérialité ») varient d'une norme à l'autre et toutes les parties concernées ne sont pas d'accord sur ce que devrait en être la définition. Enfin, la difficulté déjà évoquée de comparer les performances non financières d'une entreprise à une autre représente un problème à résoudre pour certaines des parties concernées mais constitue un moyen de dissimulation pour d'autres, qui ne souhaitent pas que des performances extra-financières médiocres soient décrites en termes potentiellement peu flatteurs. Pour toutes ces raisons, le travail de l'ISSB risque de faire l'objet de nombreux débats et de lobbying. Dans ce processus, les entreprises dont les performances extra-financières sont médiocres pourraient vouloir bénéficier de l'écoblanchiment et donc souhaiter préserver les éléments qui facilitent celui-ci. Les entreprises dont la performance extra-financière est positive pourraient vouloir renforcer l'élément différenciateur de ce résultat positif et diverses parties prenantes peuvent avoir un point de vue différent sur ces questions, en fonction de leurs intérêts et de leurs valeurs propres.

Lorsque la SEC a publié ses propositions de règlements en mars et mai de cette année,<sup>21</sup> elle a proposé d'ajouter encore d'autres normes possibles au groupe déjà complexe que l'ISSB visait à simplifier.

**Lexique**

Nous concluons ce bref article de fond par un lexique présenté sous forme de tableau, contenant un grand nombre de noms et d'acronymes que les juristes d'entreprise peuvent rencontrer lorsqu'ils suivent l'évolution des obligations et des normes en matière d'information non financière. La récente décision de regrouper plusieurs normes et entités productrices de normes sous l'égide de l'ISSB devrait conduire à un écosystème plus simple en matière d'information non financière mais, en attendant, il subsiste un nombre important de normes et d'entités qui les produisent.

Terme	Description
Pacte mondial des Nations Unies (ou simplement Pacte mondial) <sup>22</sup>	Pacte non contraignant des Nations Unies, accompagné d'un cadre de 10 principes, pour encourager les entreprises à adopter des politiques durables et socialement responsables, et à rendre compte de leur mise en œuvre.
Global Reporting Initiative (ou GRI) <sup>23</sup>	Organisme de normalisation indépendant basé à Amsterdam qui propose les normes GRI par l'intermédiaire de son Global Sustainability Standards Board.

<b>Terme</b>	<b>Description</b>
Global Sustainable Standards Board (Conseil des normes durables mondiales ou GSSB) <sup>24</sup>	Le créateur, pour la Global Reporting Initiative, des normes GRI.
Principes pour l'investissement responsable des Nations Unies (ou PRI) <sup>25</sup>	Réseau parrainé par l'ONU, ainsi qu'un cadre de 6 principes, pour encourager les investisseurs institutionnels à intégrer la durabilité dans leurs décisions d'investissement.
Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (ou simplement Principes directeurs des Nations Unies, mais également connus sous le nom de Principes de Ruggie ou de Cadre de Ruggie) <sup>26</sup>	Cadre non contraignant de 31 principes, développé par John Ruggie (Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies) et approuvé à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, fournissant une norme mondiale pour prévenir et traiter le risque d'impacts négatifs sur les droits de l'homme liés à l'activité des entreprises.
Cadre de reporting conforme aux principes directeurs des Nations Unies <sup>27</sup>	Guide pour l'application des principes directeurs de l'ONU, produit par la Human Rights Reporting and Assurance Frameworks Initiative.
Human Rights Reporting and Assurance Frameworks Initiative (Initiative relative aux cadres de déclaration et d'assurance en matière de droits de l'homme) <sup>28</sup>	La source du cadre de reporting des Principes directeurs de l'ONU, un groupe coanimé par Shift et Mazars et composé de représentants d'entreprises, d'organisations de la société civile, de gouvernements et d'autres organisations d'experts du monde entier.
Cadre du CDSB pour la déclaration des informations environnementales, du capital naturel et des impacts commerciaux associés <sup>29</sup>	Cadre d'harmonisation des normes, produit par le CDSB, sans créer de nouvelles normes. Était initialement connu sous le nom de Cadre de présentation des rapports sur le changement climatique.
Climate Disclosure Standards Board ou CDSB <sup>30</sup>	Organisme à but non lucratif basé à Londres qui a produit le cadre du CDSB et qui a maintenant été incorporée dans l'ISSB.

<b>Term</b>	<b>Description</b>
UN Principles for Responsible Investment (or PRI)	A UN-sponsored network, as well as a framework of 6 principles, to encourage institutional investors to integrate sustainability into their investment decisions.
UN Guiding Principles on Business and Human Rights (or simply UN Guiding Principles, but also known as the Ruggie Principles or the Ruggie Framework)	A non-binding framework of 31 principles, developed by John Ruggie (Special Representative to the Secretary-General of the UN) and unanimously endorsed by the UN Human Rights Council, providing a global standard for preventing and addressing the risk of adverse impacts on human rights linked to business activity.
UN Guiding Principles Reporting Framework	Guidance for applying the UN Guiding Principles, produced by the Human Rights Reporting and Assurance Frameworks Initiative.
Human Rights Reporting and Assurance Frameworks Initiative	The source of the UN Guiding Principles Reporting Framework, a group co-facilitated by Shift and Mazars and consisting of representatives from companies, civil society organisations, governments, and other expert organisations from around the world.
CDSB Framework for reporting environmental information, natural capital and associated business impacts	A standards-harmonising framework, produced by CDSB, without creating new standards. Was originally known as the Climate Change Reporting Framework.
Climate Disclosure Standards Board (or CDSB)	A London-based non-profit organisation that produced the CDSB Framework and has now been incorporated into the ISSB.
Corporate Sustainability Reporting Directive (or CSRD)	A 2021 proposed directive that if adopted would extend a non-financial reporting requirement to both all publicly traded EU companies, and also publicly traded foreign companies with an EU subsidiary that generates at least 150 million euros in EU-based revenue.
Value Reporting Foundation	A London-based nonprofit organisation that offers resources designed to help businesses and investors develop a shared understanding of enterprise value (how it is created, preserved or eroded over time), and that has now been incorporated into the ISSB.
International Sustainability Standards Board (or ISSB)	A newly created London-based non-profit organisation that consolidates several pre-existing organisations to provide sustainability-related reporting standards.

## GOUVERNANCES

Term	Description
Sustainability Accounting Standards Board (or SASB)	A California-based non-profit organisation that establishes industry-specific disclosure standards across ESG topics under a common SASB Conceptual Framework. In June 2022, SASB announced that stewardship of its standards would be transferred to the ISSB as of July 2022.
International Integrated Reporting Council	A forum of the Value Reporting Foundation, now part of ISSB.
Task Force on Climate-related Financial Disclosures (or TCFD)	A task force created by the G20 Financial Stability Board to improve and increase reporting of climate-related financial information. Created the TCFD Implementation Guide in conjunction with SASB and CDSB.
International Financial Reporting Standards (IFRS)	Accounting and auditing standards for financial reporting, produced by the IFRS Foundation and applicable throughout Europe and much of the world outside the United States.
IFRS Foundation	A London-based non-profit organisation that has historically produced IFRS financial reporting standards and that has recently created ISSB for non-financial reporting standards.
SEC Climate Disclosure Proposals	Rules proposed by the US Securities and Exchange Commission in spring 2022 that, if adopted, would impose non-financial reporting requirements on a broad range of listed companies and financial services firms using new standards based on the Greenhouse Gas Protocol and the TCFD Implementation Guide.
Greenhouse Gas Protocol	A protocol to measure, manage, and report on greenhouse gas emissions, produced by the World Resources Institute and the World Business Council for Sustainable Development, with specific application through the Corporate Accounting and Reporting Standard.
Corporate Accounting and Reporting Standard	Standard through which the Greenhouse Gas Protocol is applied for measuring, managing, and reporting on greenhouse gas emissions.

Terme	Description
Corporate Sustainability Reporting Directive (Directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises ou CSRD) <sup>31</sup>	Proposition de directive datant de 2021 qui, si elle était adoptée, étendrait l'obligation de fournir des informations non financières à toutes les sociétés européennes cotées en bourse, ainsi qu'aux sociétés étrangères cotées en bourse dont la filiale européenne génère au moins €150 millions de revenus dans l'UE.
Value Reporting Foundation <sup>32</sup>	Organisme à but non lucratif basé à Londres qui propose des ressources destinées à aider les entreprises et les investisseurs à développer une compréhension commune de la valeur de l'entreprise (comment elle est créée, préservée ou érodée au fil du temps), et qui a été intégrée à l'ISSB.
International Sustainability Standards Board (ou ISSB) <sup>33</sup>	Organisme à but non lucratif nouvellement créé, basé à Londres, qui regroupe plusieurs organisations préexistantes afin de fournir des normes d'information sur la durabilité.
Sustainability Accounting Standards Board (ou SASB) <sup>34</sup>	Organisme à but non lucratif basé en Californie qui établit des normes de déclaration spécifiques à l'industrie pour les sujets ESG dans le cadre d'un cadre conceptuel SASB commun. En juin 2022, le SASB a annoncé que la gestion de ses normes serait transférée à l'ISSB à partir de juillet 2022.
International Integrated Reporting Council <sup>35</sup>	Un forum de la Value Reporting Foundation, qui fait désormais partie de l'ISSB
Task Force on Climate-related Financial Disclosures (Groupe de travail sur la publication d'informations financières relatives au climat, ou TCFD) <sup>36</sup>	Groupe de travail créé par le Conseil de stabilité financière du G20 pour améliorer et accroître la communication d'informations financières liées au climat. A créé le guide de mise en œuvre de la TCFD en collaboration avec le SASB et le CDSB.

<b>Terme</b>	<b>Description</b>
International Financial Reporting Standards (Normes internationales d'information financière, ou IFRS) <sup>37</sup>	Normes de comptabilité et d'audit pour l'information financière, produites par la Fondation IFRS et applicables dans toute l'Europe et dans une grande partie du monde en dehors des Etats-Unis.
IFRS Foundation <sup>38</sup>	Organisme à but non lucratif basé à Londres qui a historiquement produit les normes d'information financière IFRS et qui a récemment créé l'ISSB pour les normes d'information extra-financière.
Propositions de la SEC sur la divulgation des informations climatiques <sup>39</sup>	Règles proposées par la Securities and Exchange Commission des Etats-Unis au printemps 2022 qui, si elles sont adoptées, imposeront des exigences en matière de rapports extra-financiers à un large éventail de sociétés cotées en bourse et de sociétés de services financiers, en utilisant de nouvelles normes basées sur le Greenhouse Gas Protocol (Protocole sur les gaz à effet de serre) et le guide de mise en œuvre de la TCFD.
Greenhouse Gas Protocol (Protocole sur les gaz à effet de serre) <sup>40</sup>	Protocole permettant de mesurer, gérer et déclarer les émissions de gaz à effet de serre, élaboré par le World Resources Institute et le World Business Council for Sustainable Development, avec une application spécifique par le biais de la norme Corporate Accounting and Reporting Standard (Norme de comptabilité et de rapport d'entreprises).
Corporate Accounting and Reporting Standard (Norme de comptabilité et de rapport d'entreprises) <sup>41</sup>	Norme par laquelle le protocole sur les gaz à effet de serre est appliqué pour mesurer, gérer et déclarer les émissions de gaz à effet de serre.

**THE CHALLENGES OF THE “S” IN “ESG” FOR COMPANIES AND THEIR GOVERNANCE BODIES**

Coming after the “E” and the associated issues of carbon reduction and the climate and ecological transitions, the “S”—the 2nd letter in “ESG” (Environment, Social, Governance)—is now appearing ever more insistently on the agendas of directors and managers, driven by a combination of various urgent forces:

- on the one hand, European regulations (the 2014 Directive, the 2017 guidelines on the communication of non-financial information, and the drafting of the “Corporate Social Responsibility Directive” currently underway) and national regulations (the duty of vigilance law, the Sapin II law, non-financial performance report, the PACTE law, etc.), as well as incentives from “soft law” and international organisations;
- and, on the other hand, the growing expectations of stakeholders and civil society, accelerated by the recent Covid-19 crisis.

The “S” covers both social and societal dimensions, and thus has a perimeter that is difficult to circumscribe; it brings up multiple crucial issues for companies, which are now more central to life in society than ever.

**Challenge no. 1: Sense of belonging among the Company’s staff and management**

Employees are one of a company’s core assets, if not its primary asset, and an essential part of its process of creating sustainable value.

In a climate rendered more uncertain by the Covid-19 crisis, what are the primary expectations of today’s employees?

- **Employment:** ensuring that newcomers have access to the labour market, and maintaining the employability of older workers;
- **The development of a new relationship to work and to the company:** efforts to achieve professional fulfilment associated with skill development (including personalised training and coaching) and a degree of mobility (in jobs and geographically); questioning—especially by young workers—of an excessive segregation of duties seen as paralysing; a “partnership” approach based on operating in “project mode”; expected easing of the predominance of management power and introduction of more participatory management methods;

**« ESG » : LES ENJEUX DU « S » POUR LES ENTREPRISES ET LEURS ORGANES DE GOUVERNANCE**

**Patrick-Hubert PETIT\***

Après le « E » et ses problématiques de décarbonation et de transitions climatique et écologique, le « S », 2<sup>de</sup> composante de l’« ESG » (*Environnement-Social/Sociétal/Gouvernance*), s’invite désormais avec insistance dans les agendas des dirigeants et administrateurs, sous l’action conjuguée et pressante :

- d’une part de la réglementation européenne (Directive de 2014 et lignes directrices de 2017 sur la communication d’informations non financières, projet en cours de « *Corporate Social Responsibility Directive* ») et nationale (Loi sur le devoir de vigilance, loi Sapin II, Déclaration de performance extra-financière, loi PACTE...), ainsi que des incitations de la « *soft law* » et d’organisations internationales<sup>42</sup> ;
- et, d’autre part, des attentes croissantes des parties prenantes et de la société civile, stimulées par la crise récente de la Covid-19.

Le « S » recouvrant à la fois les dimensions sociales et sociétales, a un périmètre malaisé à circonscrire et les enjeux induits sont multiples et cruciaux pour les entreprises, plus que jamais placées « au cœur de la Cité ».

**Enjeu n°1 : L’adhésion du corps social de l’Entreprise**

Les salariés constituent un des atouts majeurs de l’entreprise, sinon le premier, et sont un élément essentiel de son processus de création de valeur durable.

Dans un climat rendu plus incertain par la crise de la Covid-19, quelles sont aujourd’hui les principales attentes des salariés ?

- **Emploi :** accès pour les nouveaux arrivants sur le marché du travail et maintien de l’employabilité des plus anciens ;
- **Développement d’une nouvelle relation au travail et à l’entreprise :** recherche d’un épanouissement professionnel associé à un développement des compétences (incluant parcours de formation et « coaching » personnalisés) et à une certaine mobilité (fonctionnelle et géographique), remise en cause — notamment par les jeunes — d’une trop forte segmentation des tâches perçue comme sclérosante, démarche « partenariale » basée sur un

\* Expert-comptable honoraire, Formateur et consultant en gouvernance d’entreprise, Administrateur de fondations.

fonctionnement en « mode projets », assouplissement attendu du poids de la hiérarchie et introduction de modes de management plus participatifs ;

- « **Bien-être** » **au travail** : sécurité sanitaire, environnement de travail stimulant mais non stressant, communication interne (*top-down* et *bottom-up*) transparente, célébration des succès collectifs, aménagement de moments de convivialité au sein de l'entreprise, équilibre 'vie privée-vie professionnelle' que favorise une certaine dose de télétravail ;
- **Recherche de sens** dans leur vie professionnelle : compréhension des objectifs poursuivis par leur entreprise et des politiques mises en œuvre, implication dans la vie de cette dernière, intérêt pour les initiatives « d'intrapreneuriat » et recherche d'impact au niveau où ils se trouvent dans l'organisation, souhait d'une cohérence entre engagement professionnel et engagement citoyen, intérêt général et intérêt individuel ;
- **Engagement citoyen de leur entreprise** : impliquant les salariés volontaires dans les actions de proximité menées auprès de collectivités et d'associations dans les territoires ;
- **Qualité et transparence du dialogue social dans l'entreprise** pour notamment faire adhérer le corps social au 'projet d'entreprise', fédérer les énergies en interne autour de projets collectifs, et favoriser une mise en œuvre « en douceur » des nécessaires mutations (technologiques, digitales, environnementales) de l'Entreprise.
- **"Well-being" at work**: health safety; a stimulating but non-stressful work environment; transparent internal communications (both "top-down" and "bottom-up"); celebration of collective successes; development of social events at the company; a "private life/professional life" balance that provides the opportunity for some amount of remote work;
- **The search for meaning in professional life**: an understanding of the objectives pursued by the company and the policies being implemented; involvement in the life of the company; an interest in "intrapreneurship" initiatives and seeking ways to make an impact at their level within the organisation; desire for consistency between professional and civic commitments, and also between general interest and individual interest;
- **Civic engagement at the company**: involving voluntary employees in local actions carried out by companies with local governments and non-for-profit organisations active in the cities;
- **Quality and transparency of social dialogue at the company**, particularly in order to increase the sense of belonging and participating to the "company project" among staff and management, unify efforts internally around collective projects, and help promote the "soft" implementation of the necessary transformations (technological, digital, environmental) at the Company.

## Enjeu n°2 : Les interactions avec les acteurs de l'écosystème de l'Entreprise

Quelles sont les attentes des parties prenantes de l'Entreprise et les enjeux pour celle-ci ?

- **Les actionnaires et investisseurs** attendent, plus que jamais dans cette période post-crise, une communication régulière et transparente leur donnant une visibilité sur l'avenir prévisible pour l'entreprise : réorientations stratégiques et opérations structurantes envisagées, perspectives d'activité et de profitabilité, politiques et actions en matière d'engagement responsable aux plans environnemental et social... Les grands fonds d'investissement sont, par ailleurs, vigilants sur les politiques ESG des entreprises dans lesquelles ils investissent et accentuent leur pression dans ce domaine ;
- **Shareholders and investors**: more than ever now, in this post-crisis period, they expect regular and transparent communications, providing visibility on the company's foreseeable future: the strategic reorientations and major transactions foreseen, the outlook for business activity and profitability, policies and actions around environmental and social responsibility commitments, etc. Large investment funds also keep a close watch on the ESG policies of the companies they invest in, and are stepping up their pressure in this regard;

## Challenge no. 2: Interactions with stakeholders within the Company's ecosystem

What are the expectations of the Company's stakeholders and what challenges do they face?

- **Banks and lending organisations** want to maintain ongoing relations with companies, to ensure that they will provide them with information on their activities and prospects, their cash position, their ability to meet their future loan repayment deadlines, and their projected financing needs;
- **Suppliers and subcontractors** want to establish real partnerships with client companies to secure their order books, and are interested in closer cooperation, via industrial channels for example. For their part, companies must ensure that their primary suppliers and subcontractors respect human rights (efforts against harassment, no use of child labour, decent wages, etc.);
- **Customers and consumers**, for their part, are increasingly attentive to the quality, practicality, and environmental sustainability of the products purchased, as well as to environmentally and socially responsible behaviour among manufacturers and retailers (respect for nature and biodiversity, circular economy, etc.).

Regular and constructive dialogue with stakeholders is necessary and, with this in mind, the creation of a committee of stakeholders with a truly representative composition may represent a good means of communication.

### Challenge no. 3: Local rootedness and relations with civil society

Nevertheless, the Company is not only a provider of jobs and an economic force contributing to value creation at the macroeconomic level, it also has a civic role to play in the local areas it operates in, in particular by means of:

- **Cooperation with public authorities and local government bodies** (*municipalities, departments, regions*): This approach has been reinforced, in particular following the changes in everyday life brought about during the Covid crisis and since continued by a certain number of employees, who are leaving the big cities and moving to smaller towns. To accommodate the local impact of these migratory flows, cooperation and joint actions between companies and local authorities have gradually been implemented and will soon become intensified.

Company support for the actions and initiatives taken by these authorities helps give the Company a positive image in the minds not

- **Les banques et organismes prêteurs** sont demandeurs d'une relation suivie avec l'Entreprise afin qu'elle leur communique des informations sur ses activités et ses perspectives, sa situation de trésorerie et sa capacité à faire face à ses échéances futures de remboursement d'emprunts, ses besoins prévisionnels de financement ;
- **Les fournisseurs et sous-traitants** cherchent à établir de véritables partenariats avec leurs entreprises clientes afin de sécuriser les carnets de commandes, et sont preneurs d'une coopération renforcée via par exemple des filières industrielles. Les entreprises doivent, de leur côté, veiller à ce que leurs principaux fournisseurs et sous-traitants respectent les droits humains (lutte contre le harcèlement, absence de travail des enfants, salaires décents...) ;
- **Les clients et consommateurs** sont, quant à eux, de plus en plus attentifs à la qualité, à la fonctionnalité et à l'éco-durabilité des produits achetés, ainsi qu'à l'attitude responsable des industriels aux plans environnemental (respect de la nature et de la biodiversité, économie circulaire...) et sociétal.

Un dialogue régulier et constructif avec les parties prenantes est nécessaire et, dans cette optique, la création d'un comité des parties prenantes, à la composition réellement représentative, peut représenter un bon vecteur de communication.

### Enjeu n°3 : L'ancrage dans les territoires et les relations avec la Société civile

Mais l'Entreprise n'est pas seulement un pourvoyeur d'emplois et un agent économique contribuant à une création de valeur au niveau macro-économique, elle a aussi un rôle citoyen à jouer dans les territoires où elle opère avec en particulier :

- **La coopération avec les pouvoirs publics et les collectivités territoriales** (*municipalités, départements, régions*) : Cette démarche s'est renforcée, suite notamment aux changements de cadre de vie décidés durant et depuis la crise Covid par un certain nombre de salariés qui délaissent les grandes agglomérations au profit de villes à taille humaine. Pour faire face aux conséquences induites localement par ces flux migratoires, une coopération et des actions concertées entre les entreprises et les collectivités locales se sont mises progressivement en place et sont amenées à s'intensifier.

L'accompagnement par l'Entreprise des actions et initiatives de ces autorités la met en valeur, non seulement aux yeux de ses salariés mais aussi des



citoyens. Cette coopération l'aide aussi, de façon plus générale, à fluidifier et rendre plus efficaces ses relations avec ces différentes instances.

- **Les actions pour la diversité, l'inclusion et la lutte contre la discrimination :** Des actions concertées avec les associations et organismes existants dédiés à ces enjeux (notamment les « *Pôles territoriaux de coopération économique* » présents dans les territoires durement touchés au plan de l'emploi par des reconversions industrielles) permettent de mettre en œuvre, sur la durée, des stratégies communes de coopération et de mutualisation au service de projets économiques innovants visant à un développement local durable. L'objectif est aussi de contribuer au développement de compétences correspondant aux offres d'emploi locales des entreprises.

Un appui aux associations locales favorisant l'inclusion et les actions de solidarité (lutte contre la délinquance, activités sportives et culturelles pour les jeunes...) contribue aussi au « décloisonnement » de nos sociétés modernes et au « mieux vivre ensemble ».

- **La coopération et les partenariats avec le monde de l'Enseignement et de l'Education :** Le but ici est de 'rapprocher l'Ecole de l'Entreprise', de « dédramatiser » la vision que certains enseignants et élèves/étudiants peuvent avoir de l'Entreprise, d'orienter les programmes de formation — notamment techniques et technologiques — vers les besoins qu'ont aujourd'hui les entreprises et les « métiers de demain », de développer des axes de coopération avec les pôles/centres de recherche, d'établir des ponts et canaux de communication avec la « génération du millénaire » et ses ressortissants arrivant sur le marché du travail, de renforcer les opportunités de découverte de l'entreprise par les jeunes (stages en alternance, contrats d'apprentissage...).
- **Les actions caritatives et l'accompagnement des salariés dans leur engagement bénévole :** Cette dimension revêt de nos jours une grande importance aux yeux des jeunes mais aussi moins jeunes générations et contribue à maximiser la capacité d'attractivité de l'Entreprise et de rétention des talents. Cet engagement peut s'effectuer par exemple dans le cadre de fondations d'entreprise, d'actions de mécénat, et de soutien (crédit temps, support financier) aux salariés dans leur engagement au profit d'actions caritatives et sociétales...

only of its employees but of the public at large as well. More generally, this cooperation also helps it to streamline its relations with these different bodies and make them more efficient.

- **Actions to promote diversity and inclusiveness and combat discrimination:** Joint actions taken with existing non-profits organisations working on these issues (in particular the "Local Economic Aid Centres" established in areas where industrial restructuring has caused a significant impact on the job market) can make it possible, over time, to implement common cooperation and resource-pooling strategies for innovative economic projects intended to help promote sustainable local development. This objective also includes contributing to the development of skills meeting the requirements of companies' local job offerings.

Providing support for local non-profits organisations promoting inclusiveness and solidarity activities (measures to combat delinquency, youth sports and cultural activities, etc.) also helps contribute to the "decompartmentalisation" of our modern societies and encourage "better living together."

- **Cooperation and partnerships with the world of Teaching and Education:** Here, the objectives are to "bring together the School and the Company"; to help rehabilitate the negative image some teachers and students may have of the Company; to steer educational curricula—in particular technical and technological curricula—in a direction better suited to the needs of today's businesses and the "professions of tomorrow"; to develop lines of cooperation with research clusters/centres; to establish bridges and channels of communication with the "millennial generation" and with millennials now starting out on the job market; and to increase the opportunities available to help young people discover the company (work-study placements, apprenticeship contracts, etc.).
- **Charitable actions and support for employees' volunteer commitments:** Nowadays this is an aspect that is of great importance to young people and older people as well, and actions in this regard help maximise the Company's ability to attract and retain talents. These commitments may be made, for example, in the context of corporate foundations, sponsorship activities, and support (time credits, financial support) provided to employees for their individual commitment to charitable and socially responsible activities, etc.

In conclusion, it is clear that the domain encompassed by the “S” in ESG is a wide, diversified and complex one, and one that in practice will have a “variable geometry” from one company to the next, depending on the particular company’s culture, and the degree of awareness and commitment among their directors and managers. Integrating labour, social and societal responsibility considerations into the Company’s strategic orientations, policies and actions, and identifying the risks and opportunities associated with these considerations is part of the full and complete responsibility incumbent upon the company’s management and governance.

One thing is certain: Labour concerns and social/societal responsibility are highly interconnected matters, which have become two essential pillars of a Company’s sustainability, and now stand alongside the financial elements, as key parameters in the assessment of the impact of the Company’s overall performance and its prospects for sustainable and responsible growth. They are the building blocks of the Company of tomorrow, which will be central to life in society, and an important driver of civic cohesion.

We are currently going through a decisive phase, the transformation from “shareholder capitalism” to a form of “stakeholder capitalism.” Underlying trends in society today will almost inevitably give rise to a “humanist capitalism,” where the “raison d’être” and the values adopted by the Company will assume its full importance. Only time will tell; but, as Victor Hugo remarked long ago: “Nothing is more powerful than an idea whose time has come.”

**3: The interests, rights, and duties of all other stakeholders, as well as the procedures by which those other stakeholders pursue their interests, exercise their rights, and perform their duties**

**FRANCE UPDATES ITS WHISTLEBLOWING REGIME**

The French law “*loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte*”, which transposed the European whistleblowing directive 2019/1937 (the “Directive”) was promulgated on 21 March 2022.

The new law strengthens and widens the previous French whistleblowing regime going beyond the

En conclusion, il est clair que le champ du « S » de l’ESG est large, diversifié et complexe et, en pratique, sera à « géométrie variable » d’une entreprise à l’autre en fonction de la culture de celles-ci et de la sensibilisation et de l’engagement de leurs dirigeant(e)s et administrateurs/trices. L’intégration des considérations sociales et sociétales dans les orientations stratégiques, politiques et actions de l’Entreprise, ainsi que l’identification des risques et opportunités qui y sont associés, font partie de la responsabilité pleine et entière de ses organes de direction et de gouvernance.

Une chose est certaine : Social et Sociétal, très interconnectés, sont devenus *deux piliers incontournables de la « Sustainability » (« Durabilité »)* de l’Entreprise et comptent désormais, aux côtés des éléments financiers, au nombre des *paramètres clefs dans l’appréciation de l’impact de celle-ci, de sa performance globale et de ses perspectives de croissance durable et responsable*. Ils forgent l’entreprise de demain, qui se retrouve « au cœur de la Cité », et constituent un facteur important de cohésion citoyenne.

Nous vivons actuellement une phase décisive de mutation d’un « *capitalisme actionnarial* » (*Shareholders’ capitalism*) vers une forme de « *capitalisme des parties prenantes* » (*Stakeholders’ capitalism*). Le mouvement sociétal actuel de fond devrait conduire de façon quasi-inéluctable à un « *capitalisme humaniste* » dans lequel la définition de sa « raison d’être » par l’Entreprise prend alors toute son importance. L’avenir nous le dira mais, comme l’affirmait déjà Victor Hugo : « Rien n’est plus fort qu’une idée dont l’heure est venue ».

**3 : Les intérêts, les droits et les devoirs de toutes les autres parties prenantes, ainsi que les procédures par lesquelles ces autres parties prenantes poursuivent leurs intérêts, exercent leurs droits et remplissent leurs devoirs**

**LA FRANCE MET A JOUR SON REGIME DE PROTECTION DES LANCEURS D’ALERTE**

**Par Fabien GANIVET\* et Sara KOSKI\*\***

La loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte, transposant la directive européenne 2019/1937 (la « Directive »), a été promulguée le 21 mars 2022.

La nouvelle loi renforce et élargit le dispositif de protection existant en allant au-delà des exigences de la Directive sur

\* Partenaire, DLA Piper.  
 \*\* Conseil, DLA Piper.

plusieurs points, et a été saluée lors des discussions parlementaires comme plaçant la France au premier rang européen, voire mondial, en matière de protection des lanceurs d'alerte.

Les nouvelles dispositions protectrices entreront en vigueur le 1er septembre 2022, étant précisé qu'un décret doit encore être publié afin de préciser certaines modalités de ces nouvelles mesures.

### Principaux aspects

#### **Mise à jour des définitions du lanceur d'alerte et des situations pouvant être signalées**

Le lanceur d'alerte est désormais défini comme « une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. »

Ainsi, si le nouveau régime maintient le critère de « bonne foi » du signalement, il introduit l'exigence d'une absence de « contrepartie financière directe », remplaçant le précédent critère selon lequel le signalement devait être fait « de manière désintéressée » considéré trop imprécis. De plus, sous l'ancien régime, le lanceur d'alerte devait avoir une connaissance « personnelle » des faits signalés. Cette condition ne s'applique plus lorsque l'information a été obtenue dans le cadre de l'activité professionnelle et est maintenue dans le cas contraire.

En outre, le champ des personnes habilitées à signaler des informations obtenues dans le cadre de leurs activités professionnelles a été clarifié et élargi conformément à la Directive. Dans le secteur privé, ce droit est ouvert aux employés et aux collaborateurs externes et occasionnels — déjà couverts précédemment —, mais aussi aux anciens employés, aux candidats à un emploi s'agissant des informations obtenues dans le cadre de leur candidature, aux actionnaires, aux « membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance », ainsi qu'aux co-contractants et leurs sous-traitants.

En ce qui concerne les situations pouvant être signalées, la définition susvisée fait désormais référence à la réglementation européenne conformément à la Directive, tout en conservant le champ d'application matériel précédent. Le nouveau régime modifie toutefois certaines modalités de signalement. Ainsi, il n'est plus nécessaire que la violation signalée soit « grave et manifeste ». Aussi, le

requirements of the Directive on several instances and was praised during the parliamentary discussions as placing France at the forefront in Europe, and even worldwide, in terms of whistleblower protection.

The new protective rules will enter into force on 1 September 2022, being specified that a decree is yet to be published to specify certain terms and conditions of these new provisions.

### Key aspects

#### **Updated definitions of a whistleblower and of reportable situations**

A whistleblower is now defined as “a natural person who reports or discloses, without direct financial compensation and in good faith, information relating to a crime, or misdemeanor, a threat or harm to the general interest, a violation or an attempt to conceal a violation of an international commitment duly ratified or approved by France, of a unilateral act of an international organisation taken on the basis of such a commitment, of the European Union legislation, or of a law or regulation”.

Thus, while the new regime maintains the criterion that the report be made in “good faith”, it introduces the requirement of absence of “direct financial consideration”, replacing the previous requirement that the report be made “in a disinterested manner”, that was deemed unclear. In addition, under the old regime, the whistleblower was required to have “personal” knowledge of the information reported. This condition no longer applies when the information was obtained in the course of professional activities and is maintained in the opposite case.

In addition, the scope of persons entitled to report information obtained in the context of their professional activities has been clarified and expanded in line with the Directive. In the private sector, this right is open to employees and external and occasional collaborators—already covered previously —, but also to former employees, to applicants to a work position regarding information obtained in the context of their application, to shareholders, to “members of the administrative, management or supervisory body”, as well as to co-contractors and subcontractors of the entity in question.

As regards reportable situations, the above definition now refers to EU regulations in line with the Directive, while otherwise maintaining the previous material scope. The new regime however also modifies some of previous conditions for reporting. As such, it is no longer required that the reported violation be “serious and manifest”. Also, the report may now concern “attempted” violations, which were not covered previously. Finally, the list of facts, information and

documents excluded from the reporting has been extended. From now on, in addition to information covered by national defense secrecy, medical secrecy and confidentiality between a lawyer and a client already excluded by the former provisions, facts, information or documents, regardless of their form or medium, covered by “the secrecy of judicial deliberations, the secrecy of investigation or of judicial inquiry are excluded from the whistleblower regime.”

Finally, the new law now specifies that a whistleblower will not be criminally liable if s/he “misappropriates or conceals documents or any other medium containing information of which he or she has lawful knowledge and which he or she reports or discloses”.

**Removal of hierarchy between internal and external reporting channels**

While under the previous regime, a whistleblower was required to first file an internal report—i.e. through internal reporting channels of an entity—the new regime allows whistleblowers to choose between:

- Making an internal whistleblowing report, in particular when they consider that there is no risk of retaliation and that the violation can be effectively remedied internally;
- Sending an external report to the competent external authority, the Human Rights Defender (*Défenseur des Droits*), a judicial authority, or an European institution, body or agency, either directly or after having used the internal reporting channel. A decree will specify the list of authorities competent to receive and process external alerts;
- Making a public disclosure. This is however possible in certain specific cases only, including lack of treatment of an external report within a certain period of time (to be determined by decree), risk of retaliation, serious and imminent danger, or if the alert would have no chance of being adequately addressed via external reporting to the authorities. Finally, public disclosure is also available relating to information obtained in the context of professional activities, in case of an “imminent or obvious danger to the general interest, in particular where there is urgency or a risk of an irremediable harm”.

signalement peut désormais concerner une « tentative » de violation, ce qui n’était pas couvert auparavant. Enfin, la liste des faits, informations et documents ne pouvant valablement faire l’objet d’un signalement a été étendue. Désormais, outre les informations couvertes par le secret de la défense nationale, le secret médical et la confidentialité des échanges entre l’avocat et son client, déjà exclus par les anciennes dispositions, les faits, informations et documents, quels que soit leur forme ou leur support, couverts par « le secret des délibérations, de l’instruction ou de l’enquête judiciaires sont exclus du régime de l’alerte ».

Enfin, la nouvelle loi précise désormais qu’un lanceur d’alerte ne sera pas pénalement responsable s’il ou elle “soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu’il signale ou divulgue” conformément aux conditions mentionnées à l’article 122-9 du Code pénal.

**Suppression de la hiérarchie entre les voies de signalement interne et externe**

Alors que sous le régime précédent le lanceur d’alerte devait d’abord utiliser le canal de signalement interne à son entité, le nouveau régime permet aux lanceurs d’alerte de choisir entre :

- Faire un signalement interne, notamment lorsqu’ils considèrent qu’il n’y a pas de risque de représailles et qu’il est possible de remédier efficacement à la violation en interne ;
- Faire un signalement externe à l’autorité compétente, au Défenseur des Droits, à une autorité judiciaire, ou à une institution, un organe ou une agence européenne, directement ou après avoir utilisé le canal de signalement interne. Un décret précisera la liste des autorités compétentes pour recevoir et traiter les alertes externes ;
- Faire une divulgation publique. Cette alternative n’est toutefois possible que dans certains cas spécifiques, notamment en cas de défaillance dans le traitement d’une alerte externe sous un certain délai (qui sera déterminé par décret), de risque de représailles, de danger grave et imminent, ou si l’alerte n’a aucune chance d’être traitée de manière adéquate par le biais d’un signalement externe. Enfin, la divulgation publique est aussi possible s’agissant d’informations obtenues dans le cadre de l’activité professionnelle, en cas de « danger imminent ou manifeste pour l’intérêt général, notamment lorsqu’il existe une situation d’urgence ou un risque de préjudice irréversible ».

Il convient de noter que la suppression de la priorité précédemment accordée au signalement interne n'entraîne pas la disparition de l'obligation d'établir une procédure de recueil des signalements, qui demeure imposée aux personnes morales opérant dans les secteurs public et privé et employant au moins 50 personnes. A cet égard, la nouvelle loi précise que les groupes de sociétés employant jusqu'à 250 employés peuvent mettre en place un mécanisme commun de signalement et de traitement de ces signalements dans des conditions qui seront déterminées par un décret à venir. Ce seuil de 250 salariés, s'il était confirmé, pourrait entraîner des changements significatifs dans l'organisation des procédures de recueil de signalements, en particulier pour les grands groupes.

### **Protection accrue des lanceurs d'alerte**

Le nouveau régime renforce et détaille les mesures de protection dont bénéficient les lanceurs d'alerte et certaines personnes liées.

Tout d'abord, le nouveau texte détaille les mesures de représailles interdites à la suite d'un signalement et développe 15 exemples spécifiques de celles-ci dont notamment la « coercition, intimidation, harcèlement ou ostracisme », la « discrimination, traitement désavantageux ou injuste », et « l'orientation abusive vers un traitement psychiatrique ou médical ».

Conformément à la Directive, certaines mesures protectrices s'appliquent aussi aux « facilitateurs », définis comme « toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation ». Les personnes physiques associées au lanceur d'alerte et les personnes morales contrôlées par le lanceur d'alerte ou ayant un emploi ou une relation professionnelle avec celui-ci, bénéficient également de certaines mesures protectrices.

Les lanceurs d'alerte peuvent également bénéficier de certaines protections dans le contexte de procédures judiciaires qui pourraient suivre ou être liées à leur signalement. A ce titre, la charge de la preuve pèse sur l'entité qui pourrait être accusée d'avoir pris des mesures de représailles à l'encontre du lanceur d'alerte. Celui-ci peut également bénéficier de la prise en charge des différents frais de justice, qui pourraient être mise à la charge de la partie adverse, compte tenu de la situation financière des parties, du coût prévisible de la procédure, ou lorsque la situation financière du lanceur d'alerte s'est gravement détériorée à la suite de son signalement. Lorsqu'il est opportun, un soutien psychologique peut aussi être proposé.

It is noteworthy, that this removal of the priority previously given to internal reporting does not entail disappearance of the obligation for companies to establish a procedure for collecting reports, which is still required for legal persons operating in private and public sectors and having at least 50 employees. In this respect, the new law specifies that groups of companies employing up to 250 employees may establish common reporting and related processing mechanisms for whistleblower reports in compliance with conditions to be determined by an upcoming decree. Limiting this possibility to groups employing 250 employees, if confirmed, could entail significant changes in reporting organisation in particular for bigger groups.

### **Increased whistleblower protection**

The new regime also strengthens and details the protective measures available to whistleblowers and certain related persons.

Firstly, the new text details prohibited retaliation measures following a report, including 15 specific illustrations thereof, among which "coercion, intimidation, harassment or ostracism", "discrimination, disadvantageous or unfair treatment", and "improper referral for psychiatric or medical treatment".

In line with the Directive, certain protective measures also apply to "facilitators", defined as "any individual as well as not for profit legal persons in the private sector, who assist a whistleblower in making a report or a disclosure". Also individuals associated with the whistleblower and legal entities controlled by the whistleblower or having a work or a professional relationship with the whistleblower benefit from certain protective measures.

Whistleblowers may further benefit from certain protections in the context of judicial proceedings that could follow or be linked to their reports. As such the burden of proof lies with the entity that could be accused of having taken retaliation measures against the whistleblower. The whistleblower can also benefit from coverage of various legal costs that could be required to be borne by the opposing party, considering the financial situation of the parties, the foreseeable cost of litigation, or where the whistleblower's financial situation would have been seriously deteriorated further to the report. Where appropriate, psychological support measures may also be offered.

Finally, penalties for dilatory or abusive procedures are increased—the civil fine in such cases being raised to 60,000 euros. In addition, throughout the process, whistleblowers will be able to benefit from the support of a new deputy to the Human Rights Defender (*Défenseur des Droits*) “responsible for supporting whistleblowers”, whose tasks are specified by an organic law No. 2022-400 of 2 March 2022.

It remains to be seen how the above will be detailed in the upcoming decree or decrees, and how this new legal framework will be construed in practice. What appears certain however, is that France has taken a leap to encourage whistleblowing and seems determined to strongly contribute to construction of the Europe of compliance.

**4: Special situations and issues, spanning a broad range from corporate mergers and acquisitions to organisational paralysis in intergovernmental organisations**

**DATA PROTECTION AT THE WORLD ORGANISATION FOR ANIMAL HEALTH “WOAH”**

The World Organisation for Animal Health (whose statutory name is *Office International des Epizooties*—OIE, hereinafter “WOAH”) is a century old inter-governmental organisation, founded before the United Nations, which benefits from immunities and privileges as a subject of public international law. In the digital era we live in and with the surge in the use of digital technologies since Covid-19, WOAH addressed the expectations of stakeholders and civil society by establishing a robust framework on data protection. Although the General Data Protection Regulation (“GDPR”) produced by the European Union does not apply, the Organisation decided to embrace a culture of data protection and has been developing, implementing, and constantly updating its own data protection framework (“Framework”). Composed of numerous policies and procedures, this Framework is inspired by the GDPR principles and other generally accepted standards, adjusted to its needs and specificities.

Enfin, les sanctions en cas de procédures dilatoires ou abusives sont renforcées — l’amende civile dans ces hypothèses est portée à 60,000 euros. En outre, au cours de la procédure, les lanceurs d’alerte pourront bénéficier du soutien d’un nouvel adjoint au Défenseur des droits « chargé de l’accompagnement des lanceurs d’alerte » dont les missions sont précisées par la loi organique n°2022-400 du 2 mars 2022.

Il reste à voir comment les éléments ci-dessus seront détaillés dans le ou les décrets à venir, et comment ce nouveau cadre juridique sera interprété dans la pratique. Il apparaît toutefois certain que la France a fait un pas en avant dans l’encouragement des signalements et semble déterminée à contribuer fortement à la construction de l’Europe de la conformité.

**4 : Les situations et problèmes particuliers, allant des fusions et acquisitions d’entreprises à la paralysie organisationnelle des organisations intergouvernementales**

**LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES A L’ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE ANIMALE**

**Par Lisa BROUARD\* et Rodney DE SOUZA\*\***

L’Organisation mondiale de la santé animale (dont le nom statutaire est *Office International des Epizooties* — OIE, ci-après « OMSA ») est une organisation intergouvernementale presque centenaire, fondée avant l’Organisation des Nations Unies et qui bénéficie d’immunités et privilèges en tant que sujet de droit international public. Avec l’ère numérique dans laquelle nous vivons et la montée en puissance de l’utilisation des technologies digitales depuis la pandémie de Covid-19, l’OMSA a répondu aux attentes des parties prenantes et de la société civile en établissant un cadre juridique solide sur la protection des données personnelles. Bien que le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) de l’Union européenne ne s’applique pas à l’OMSA, l’Organisation a décidé de poursuivre une culture de protection des données et a donc développé, mis en œuvre et constamment revu son propre cadre juridique de protection des données (Cadre). Composé de nombreuses politiques et procédures, ce Cadre est inspiré des principes du RGPD et d’autres normes généralement acceptées, ajusté aux besoins et aux spécificités de l’OMSA.

\* Collaboratrice de l’Organisation mondiale de la santé animale. Les vues et opinions présentées dans cette publication sont exclusivement celles de ses auteurs et ne représentent pas nécessairement celles de l’OMSA ou de son personnel.

\*\* Directeur juridique de l’Organisation mondiale de la santé animale. Les vues et opinions présentées dans cette publication sont exclusivement celles de ses auteurs et ne représentent pas nécessairement celles de l’OMSA ou de son personnel.

Comme d'autres organisations intergouvernementales, l'OMSA travaille avec un nombre conséquent de données personnelles et s'est ainsi concentrée sur la protection efficace des données qu'elle traite. L'Organisation s'efforce de collaborer avec des partenaires externes qui respectent les meilleures pratiques en matière de protection des données. En outre, l'OMSA a instauré une gouvernance interne à plusieurs niveaux pour assurer la mise en œuvre efficace de ses politiques et procédures de protection des données. Tout d'abord, un expert juridique et informatique en matière de protection des données, appelé délégué à la protection des données (DPO), fournit un appui à l'Organisation depuis la création de son Cadre. De plus, des champions de la protection des données (CPD) servent de points de contact/référence dans leurs équipes respectives et supervisent la diffusion de la compréhension et du respect du Cadre. Enfin, un comité directeur composé du DPO et de fonctionnaires de l'OMSA se réunit régulièrement pour superviser l'exécution du Cadre et discuter des prochaines étapes.

Parce que la sphère de la protection des données est en perpétuel mouvement, l'Organisation insiste sur la sensibilisation de son personnel tant au siège que dans ses bureaux à l'étranger. D'une part, les CPD ont régulièrement participé à des cours et ateliers de formation en ligne, également ouverts à l'ensemble du personnel, afin de mieux comprendre la mise en œuvre pratique des nombreuses politiques et procédures du Cadre. D'autre part, l'Organisation a développé un portail en ligne intuitif et accessible à tout son personnel, qui contient les politiques et procédures de protection des données de l'Organisation, les enregistrements vidéo ainsi que le matériel de présentation utilisés dans les formations et ateliers mais également une précieuse foire aux questions. L'objectif primaire étant de donner à l'ensemble du personnel les moyens de comprendre et de mettre en œuvre le Cadre de la manière la plus efficace possible.

Malgré ses immunités en tant qu'organisation intergouvernementale et, par conséquent, la non-application du RGPD, il est clair que l'OMSA a produit des politiques et des procédures efficaces ainsi qu'une gouvernance approfondie sur la protection des données, une question devenue fondamentale ces dernières années. Au lieu de former tous les membres de son personnel tous ensemble et en même temps, l'Organisation a choisi de s'attacher à rendre le Cadre plus compréhensible et moins ambigu au travers de la formation des formateurs (les CPD), qui est une approche pragmatique pour diffuser les bonnes pratiques de la protection des données dans chaque unité et département. L'OMSA s'est donc équipée en conséquence pour faire face aux recours croissants et intensifs aux technologies numériques et digitales, comme

Like other intergovernmental organisations, WOA is data centric and has been focusing on the effective protection of personal data processed by itself. The organisation strives to collaborate with external partners which are compliant with the best practices in terms of data protection. In addition, WOA has established a multi-layered internal governance to ensure the effective implementation of its data protection policies and procedures. First, a legal and IT expert on data protection, referred to as Data Protection Officer ("DPO"), has been supporting the Organisation on the Framework since its inception. Second, data protection champions ("DPCs") serve as contact/reference points in their respective teams and oversee the spreading of the understanding and the compliance with the policies and procedures. Finally, a steering committee composed of the DPO and high-level WOA officials meets regularly to supervise the implementation of the Framework and to discuss next steps.

Because the sphere of data protection is in constant movement, the Organisation insists on raising awareness of its staff both in Headquarters and in its offices abroad. On the one hand, the DPCs regularly participated in E-learning courses and workshops, also open to all staff, to better understand the practical implementation of the many policies and procedures of the Framework. On the other hand, the Organisation developed a user-friendly online portal accessible to its staff which contains the data protection policies and procedures, videos recordings and presentation materials used in trainings and workshops as well as a valuable Frequently Asked Questions. The underlying objective remains that all staff members are given the means to understand and implement the Framework in the best and most efficient manner possible.

Despite its immunities as an intergovernmental organisation and, therefore, the non-application of the GDPR, it is clear that WOA has produced effective policies and procedures as well as a thorough governance on data protection, an issue of global importance. Instead of training its staff members altogether and at the same time, the Organisation chose to focus on making the Framework more understandable and unambiguous through the training of trainers (the DPCs), which is a pragmatic approach to widely diffuse the good practices of data protection in each unit and department. WOA has therefore equipped itself with the tools to face the growing and intensive recourse to digital technologies, such as during online or hybrid meetings, which is a trend which will most probably continue in the upcoming months as the new "normal" post pandemic.

lors des réunions virtuelles ou hybrides, une tendance en passe de devenir la nouvelle « normalité » postpandémie et qui va très probablement se poursuivre dans les mois à venir.

**ILO ADMINISTRATIVE TRIBUNAL CASE LAW—  
RECALLING THE RULES ON RETIREMENT  
PENSIONS**

**(Organisation's exercise of its discretion, acquired rights and the principle of equality of treatment)**

On 24 July 2020, the Administrative Tribunal of the International Labour Organization issued two judgments (Nos. 4277 and 4278) concerning measures taken by the International Bureau of Weights and Measures (hereinafter BIPM) in relation to retirement pensions.

The outcome of the case concerning Judgment No. 4277 is particularly interesting. A retired staff member contested her pay slip because it showed the freeze of her pension as a consequence of the adoption of a new pension calculation unit, for a period of two years. The Tribunal dismissed the complaint and rules that the amendments rather concerned adjustments which did not undermine the fundamental principles of the established system and recalls its caselaw on this topic.

First, the Tribunal observes that with regard to the decisions concerning pensions, staff members are not entitled to have all the conditions of employment or retirement laid down in the provisions of the staff rules and regulations in force at the time of their recruitment applied to them throughout their career and retirement. Most of those conditions do not constitute an acquired right and can be altered during or after an employment relationship as a result of amendments to those provisions. Moreover, the introduction of a new unit to calculate pensions and its temporary non-adjustment for two years cannot be considered as a fundamental and essential change affecting a fundamental condition of employment (considerations 14 to 16).

Second, the Tribunal considers that the requirement that the results must be stable, foreseeable and clearly understood or transparent does not mean a salary regime is fixed once and for all and is incapable of change. In fact, the measures taken by the BIPM rather concerned adjustments which did not undermine the fundamental principles of the established system (considerations 17 and 18).

**JURISPRUDENCE DU TA OIT — RAPPEL DES REGLES  
EN MATIERE DE PENSIONS**

**(Pouvoir discrétionnaire de l'organisation, droits acquis et principe d'égalité de traitement)**

**Par Felipe Rojas CEBALLOS\***

Le 24 juillet 2020, le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail a rendu deux jugements (nos. 4277 et 4278) concernant les mesures prises par le Bureau international des poids et mesures (ci-après BIPM)<sup>43</sup> en matière de pensions.

L'issue de l'affaire concernant le jugement n°4277 est particulièrement intéressante. Un membre du personnel à la retraite contestait son bulletin de paie car il faisait apparaître la non-revalorisation de sa pension à la suite de l'adoption d'une nouvelle unité de calcul des pensions, et du gel de celle-ci pendant deux ans. Le Tribunal rejette la requête en considérant que ces modifications sont uniquement des adaptations qui ne mettaient pas en cause les principes fondamentaux du système mise en place tout en rappelant sa jurisprudence en la matière.

Premièrement, en ce qui concerne les décisions relatives aux pensions, le Tribunal observe que les fonctionnaires internationaux n'ont nullement droit à se voir appliquer, tout au long de leur carrière et pendant leur retraite, l'ensemble des conditions d'emploi ou de retraite prévues par les dispositions statutaires ou réglementaires en vigueur à la date de leur recrutement. En effet, ces conditions ne constituent pas un droit acquis et peuvent, pour la plupart, être modifiées au cours de la relation d'emploi ou postérieurement par l'effet d'amendements apportés à ces dispositions. De plus, l'introduction d'une nouvelle unité de calcul des pensions et sa non-révision temporaire pendant deux ans ne peut être considérée comme une modification fondamentale et essentielle portant atteinte à une condition d'emploi fondamentale (voir considérants 14 à 16).

Deuxièmement, le Tribunal considère que la condition selon laquelle les résultats doivent être stables, prévisibles et transparents ne signifie pas que le régime des rémunérations des fonctionnaires est fixé une fois pour toutes et qu'il n'est pas susceptible d'être modifié. Il conclut

\* Conseiller juridique du BIPM. Les vues et opinions présentées dans cette publication son exclusivement celles de son auteur et ne représentent pas nécessairement celles du BIPM ou de son personnel.



ainsi que les mesures prises par le BIPM concernaient plutôt des adaptations qui ne mettaient pas en cause les principes fondamentaux du système mise en place (considérants 17 et 18).

Troisièmement, le Tribunal rappelle le pouvoir discrétionnaire clairement reconnu à l'organe compétent d'une organisation de modifier le régime de pensions de bonne foi en vue d'assurer la pérennité du régime de pensions en se fondant sur le conseil dûment motivé dispensé par un actuaire (considérants 19 et 20).

Finalement, le Tribunal précise que les pensionnés ne se trouvent pas dans la même situation que les membres du personnel en activité et la différence de traitement qui leur est réservée est en rapport avec cette différence de situation. Le Tribunal estime ainsi que le principe d'égalité de traitement n'a pas été méconnu (considérant 21).

Une fois de plus, la jurisprudence du Tribunal énonce que les mesures adoptées par une Organisation sont légitimes si elles ont été prises conformément à sa réglementation interne et que de telles mesures ne constituent pas forcément une violation des droits acquis.

## L'ARRET BELOKON DE LA COUR DE CASSATION : UN REVIREMENT ATTENDU

Par Alexander BLUMROSEN\*

La Cour de cassation (ci-après la « Cour ») a opéré un revirement important de sa jurisprudence dans son arrêt du 23 mars 2022 sur l'étendue du contrôle applicable pour statuer sur l'annulation d'une sentence arbitrale étrangère lorsque des allégations de blanchiment d'argent sont soulevées. La Cour a approuvé un contrôle intégral de tous les faits et circonstances entourant l'illégalité alléguée, y compris par l'examen de preuves qui n'avaient pas été prise en compte par les arbitres.

L'arrêt représente l'abandon clair et net d'une approche minimaliste mise en œuvre depuis près de 20 ans, mais qui avait l'inconvénient majeur de supprimer toute barrière judiciaire à l'exécution de sentences arbitrales obtenues par des moyens illicites ou corrompus.

### Les faits

Le différend est né d'une série de mesures prises par le Kirghizistan concernant l'investissement de M. Belokon dans une banque locale qui a été placée sous administration et finalement déclarée insolvable par les autorités kirghizes. Belokon a engagé une procédure

Third, the Tribunal recalled the power clearly vested in the competent authority within an organisation to alter the pension scheme can be exercised lawfully if it represents a *bona fide* attempt to secure the pension scheme into the future and if it is based on what appears to be properly reasoned actuarial advice (considerations 19 and 20).

Finally, the Tribunal stressed that retired staff members are not in the same position as serving staff members and that the difference in their treatment relates to this difference in situation. The Tribunal therefore concludes that the principle of equality of treatment has not been breached (consideration 21).

Once again, the jurisprudence of the Tribunal recalls that measures adopted by an international organisation are legitimate if they have been taken in accordance with its internal legal framework and that such measures do not necessarily constitute a breach of acquired rights.

## FRENCH SUPREME COURT DECISION IN BELOKON: AN EXPECTED REVERSAL

The Supreme Court (Cour de cassation, hereafter the "Court") made a significant break from its prior case in its decision of 23 March 2022, on the applicable scope of review in ruling on the annulment of a foreign arbitration award when allegations of money-laundering are raised. The Court approved a complete review of all the facts and circumstances surrounding the alleged illegality, including the review of evidence not raised before the arbitration panel.

The decision by the Court represents the reversal of a minimalist review that has been applied by the Court for almost 20 years, but which had been criticised as removing any meaningful judicial barriers to the enforcement of arbitration awards obtained through illicit or corrupt means.

### The facts

The dispute arose from a series of measures taken by Kyrgyzstan regarding Mr. Belokon's investment in a local bank that was placed into administration and eventually declared insolvent by Kyrgyz authorities. Belokon initiated ad hoc UNCITRAL arbitration proceedings seated in Paris alleging breaches by

\* Alexander Blumrosen est avocat aux barreaux de Paris et de New York ; Polaris Law.

Kyrgyzstan of the applicable bilateral investment treaty. The tribunal issued an award in Belokon's favor in 2014 in the amount of 15 million €, dismissing Kyrgyzstan's allegations the bank was engaged in money laundering practices.

The Paris Court of appeal annulled the award at Kyrgyzstan's request, based on article 1520 5 of the French Code of Civil Procedure which allows a party to seek annulment when enforcement would be contrary to French principles of international public policy. The Court of appeal disagreed with the tribunal's finding that there was insufficient evidence of money laundering, holding that that its mission was to determine whether enforcement of the award would undermine the fight against money laundering by allowing a party to benefit from criminal activities. In carrying out this assessment, the Court of appeal held that it was not limited to the evidence available to the tribunal or bound by Tribunal's assessment of the record.

Belokon subsequently appealed to the Court alleging that the court had exceeded its powers under article 1520 5 by re-examining the merits of the Award and substituting its own analysis.

The Court upheld the Court of appeal decision stating that:

“the judge responsible for setting aside the award must determine whether the recognition or enforcement of the award is compatible with international public policy. It was not for the court to determine whether [...] the actions of the Kyrgyz Republic constituted violations of the obligation of fair and equitable treatment under the bilateral investment treaty, but to determine whether recognition or enforcement of the award was likely to hinder the objective of combating money laundering. [The Court of appeal] rightly held that such a search, carried out in defense of international public policy, was neither limited to the evidence produced before the arbitrators nor bound by the findings, assessments and qualifications made by them [...]”.

The Court of Cassation further held that

“the Court of appeal [...] did not carry out a new investigation or a review of the merits of the award, but made a different assessment of the facts with regard solely to the compatibility of the recognition or enforcement of the award with international public policy”.

d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI, dont le siège est à Paris, alléguant des violations par le Kirghizistan du traité bilatéral d'investissement applicable. Le tribunal a rendu une sentence en faveur de Belokon en 2014 pour un montant de €15 millions, rejetant les allégations du Kirghizistan selon lesquelles la banque était engagée dans des pratiques de blanchiment d'argent.

La Cour d'appel de Paris a annulé la sentence à la demande du Kirghizistan, sur la base de l'article 1520 5 du Code de procédure civile français qui permet à une partie de demander l'annulation lorsque l'exécution serait contraire aux principes français d'ordre public international. La Cour d'appel n'a pas retenu la conclusion du tribunal selon laquelle il n'y aurait pas de preuves suffisantes de blanchiment d'argent, estimant que sa mission était de déterminer si l'exécution de la sentence porterait atteinte à la lutte contre le blanchiment d'argent en permettant à une partie de bénéficier d'activités illicites. En procédant à ce contrôle, la Cour d'appel a estimé qu'elle n'était pas limitée aux preuves dont disposait le tribunal ni liée par l'évaluation du dossier par le tribunal.

Belokon a ensuite formé un pourvoi sur le moyen que la Cour d'appel avait outrepassé les pouvoirs que lui confère l'article 1520 5 en réexaminant le fond de la sentence et en y substituant sa propre analyse.

La Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel dans ces termes :

« le juge chargé d'annuler la sentence doit déterminer si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est compatible avec l'ordre public international. Il n'appartenait pas au tribunal de déterminer si [...] les actions de la République kirghize constituaient des violations de l'obligation de traitement juste et équitable en vertu du traité bilatéral d'investissement, mais de déterminer si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence était susceptible de faire obstacle à l'objectif de lutte contre le blanchiment d'argent. [C'est à juste titre que la Cour d'appel a considéré qu'une telle recherche, effectuée dans le cadre de la défense de l'ordre public international, n'était ni limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications faites par ceux-ci [...] ».

La Cour de cassation a en outre jugé que

« la Cour d'appel [...] n'a pas procédé à une nouvelle instruction ou à un examen du bien-fondé de la sentence, mais a porté une appréciation différente des faits au regard de la seule compatibilité de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence avec l'ordre public international ».

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence française a privilégié un critère de contrôle « léger » pour évaluer les violations potentielles de l'ordre public international dans les sentences arbitrales soumises à la reconnaissance et à l'exécution, selon lequel les tribunaux nationaux ne devaient pas procéder à un examen approfondi des questions traitées par le tribunal arbitral et que seule une violation « flagrante, effective et concrète » de l'ordre public international pouvait conduire à la non-reconnaissance de la sentence (Thalès, Paris, 18 novembre 2004, n° 2002/19606).

La jurisprudence applicable durant cette période attribuait cette extrême déférence au principe selon lequel il ne peut y avoir de révision au fond de la sentence. Il en résultait donc un contrôle judiciaire limité aux seules violations flagrantes pouvant être identifiées à la simple lecture de la sentence, sans que la juridiction de contrôle ne puisse aller au-delà de l'évaluation faite par le tribunal arbitral.

La décision rapportée représente un revirement attendu depuis longtemps et confirme que désormais les tribunaux peuvent s'engager dans un contrôle poussé de la sentence dans certains cas afin de déterminer si la sentence est compatible avec les exigences de l'ordre public international.

### **L'étendue du contrôle**

La Cour marche sur une corde raide dans la décision *Belokon*, en restant fidèle au principe traditionnel qui interdit une révision au fond de la sentence tout en permettant un contrôle des allégations de blanchiment d'argent, y compris l'acceptation de nouvelles preuves qui n'avaient pas été prises en compte par le tribunal d'arbitrage. La Cour réussit cette prouesse en établissant une distinction entre le contrôle de la légalité que seul le tribunal arbitral peut effectuer et le contrôle de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public international, sur lequel les tribunaux ont toujours le dernier mot.

La Cour a considéré que le juge de l'annulation n'était ni limité aux preuves produites devant le panel, ni lié par les conclusions du panel, car l'objet de l'examen de la sentence par l'autorité judiciaire est différent dans sa portée de celui entrepris par le panel d'arbitrage, et ne peut donc pas être considéré comme une révision au fond de la sentence même si, comme en l'espèce, le contrôle judiciaire des allégations de blanchiment d'argent aurait été identique à celui de l'arbitrage. La différence importante est que l'objectif de l'examen par le tribunal d'annulation est d'évaluer la compatibilité de l'arbitrage avec l'ordre public international français et non de déterminer si les arbitres d'arbitrage ont commis des erreurs juridiques.

For many years, French case law favoured a "light" standard of review to assess potential violations of international public policy in arbitral awards submitted for recognition and enforcement, under which national courts should not carry out a thorough review of issues addressed by the arbitral tribunal and that only a "flagrant, effective and concrete" breach of international public policy could lead to award non-recognition (Thalès, Paris, 18 November 2004, n° 2002/19606).

Applicable case law during this period attributed this extreme deference to the principle that there can be no review of the merits decision of the arbitration panel. The result was therefore judicial review limited only to flagrant violations that could be identified simply by reading the award, with no inquiry possible by the reviewing court beyond the arbitration tribunal's own assessment.

The reported decision represents a long-expected reversal and confirms that now courts may engage in a complete review of the arbitration in certain cases to determine whether the award is compatible with the requirements of international public policy.

### **The scope of review**

The Court walks a tightrope in the *Belokon* decision, remaining faithful to the traditional principle that prohibit a full merit of the award, while at the same time allowing a complete review of the money-laundering allegations, including accepting new evidence not even considered by the arbitration tribunal. The Court performs this feat by making a distinction between the type of review that the only the arbitration tribunal can do (a review of legal correctness), and the judicial review of the award's compatibility with international public policy over which courts have the final say.

The Court considered that the annulment judge was neither limited to the evidence produced before the panel, nor bound by panel's findings, because the purpose of the award review by the judicial authority different in scope from that undertaken by the arbitration panel, and accordingly could not be considered a review of the merits of the award even if, as in this case, the court's review of the money-laundering allegations would have been identical to that in the arbitration. The important difference is that the purpose of the annulment court review is to assess the compatibility of the arbitration with French international public policy and not to determine whether the arbitration panel made any legal errors in reaching its decision.

By upholding the appeal court's decision on all counts, the Court has confirmed the trend since 2014 that has seen a broadening of the scope of the French courts' review in annulment proceedings based on allegations that enforcement of an award would give effect to illicit practices such as money laundering. However, it remains unclear if this trend is limited to allegations of corruption and similar criminal conduct, whether the parallel criminal investigations, indictments or convictions are a necessary condition to raising this ground for annulment, or whether this ground may apply to other serious breaches of international public policy.

The balance which the Court of Appeal and Court strikes is a tenuous one and will no doubt give rise to further controversy. As if to give notice that the new scope of annulment review has been fully accepted by the French judiciary, the Paris Court of appeal only weeks after the *Belokon* decision issued a decision annulling an arbitration award for corruption using the *Belokon* scope of judicial review in *Gabonese Republic v Société Groupement Santullo Sericom Gabon* (5 April 2022, RG 20/03242), in which the court stated that,

“the violation of international public policy is manifest when the indications of illegality are serious, precise and concordant and the recognition of the contested award would allow a bribing party to benefit from a corrupt pact. [...] The court must ascertain whether the recognition or enforcement of the award is likely to hinder the objective of combating corruption by allowing one of the parties to benefit from activities of this nature, as defined by the above-mentioned Merida Convention [...] Such a review, carried out in defense of international public policy, is neither limited to the evidence produced before the arbitrators nor bound by the findings, assessments and qualifications made by them.”

How this new approach to the judicial review of money-laundering claims (not to mention potentially other violations of law or international treaties) can be reconciled with the long tradition of France being an arbitration-friendly jurisdiction when the new scope of review in annulment and recognition proceedings requires a complete review of all the facts and circumstances surrounding the arbitration including new evidence not even considered by the arbitration panel, remains to be seen.

This decision will also undoubtedly influence compliance reviews in corporate law departments, and in particular is likely to be a roadmap for a more exacting

En confirmant la décision de la Cour d'appel sur tous les points, la Cour a confirmé la tendance depuis 2014 qui a vu un élargissement de la portée du contrôle des tribunaux français dans les procédures d'annulation fondées sur des allégations selon lesquelles l'exécution d'une sentence donnerait effet à des pratiques illicites telles que le blanchiment d'argent. Cependant, il n'est pas clair si cette tendance soit limitée aux seules allégations de corruption et de comportements criminels similaires, ou si les enquêtes criminelles parallèles, les inculpations ou les condamnations sont une condition nécessaire pour soulever ce motif d'annulation, ou encore si ce motif peut s'appliquer à d'autres violations graves de l'ordre public international.

L'équilibre trouvé par la Cour d'appel et la Cour est tenu et donnera sans doute lieu à de nouvelles controverses. Comme pour signifier que le nouveau champ d'application du contrôle de l'annulation a été pleinement accepté par la magistrature française, la Cour d'appel de Paris, quelques semaines seulement après l'arrêt *Belokon*, a rendu un arrêt annulant une sentence arbitrale pour corruption en utilisant le champ d'application *Belokon* du contrôle judiciaire dans l'affaire *République gabonaise c/ Société Groupement Santullo Sericom Gabon* (5 avril 2022, RG 20/03242) :

« la violation de l'ordre public international est manifeste lorsque les indices d'illégalité sont graves, précis et concordants et que la reconnaissance de la sentence attaquée permettrait à une partie corruptrice de bénéficier d'un pacte de corruption. (...) Le juge doit vérifier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est susceptible de faire obstacle à l'objectif de lutte contre la corruption en permettant à l'une des parties de bénéficier d'activités de cette nature, telles que définies par la Convention de Mérida précitée (...) Un tel contrôle, effectué dans la défense de l'ordre public international, n'est ni limité aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni lié par les constatations, appréciations et qualifications faites par ceux-ci. »

Il reste à voir comment cette nouvelle approche du contrôle judiciaire des allégations de blanchiment d'argent (et potentiellement d'autres violations de la loi ou des traités internationaux) peut être conciliée avec la longue tradition de la France en tant que juridiction favorable à l'arbitrage, lorsque l'étendue du contrôle de la Cour d'appel dans les procédures d'annulation et de reconnaissance exige un contrôle intégral de tous les faits et circonstances entourant l'arbitrage, y compris les nouvelles preuves qui n'ont même pas été prises en compte par les arbitres.

Cette décision influencera également sans aucun doute les examens de conformité dans les départements juridiques des entreprises et, en particulier, elle est susceptible de

constituer une feuille de route pour un examen préalable plus approfondi des demandes en arbitrage afin de s'assurer que les demandes soulevées dans le cadre de l'arbitrage ne seront pas ultérieurement réduites à néant par des faits et circonstances entourant l'exécution du contrat qui pourraient être considérés comme une violation illicite de l'ordre public.

## LE DECRET DU 18 FEVRIER 2022 SUR LA LOI DE BLOCAGE

Par Alexander BLUMROSEN

Les entreprises françaises sont de plus en plus souvent confrontées à des procédures initiées par des tribunaux étrangers, ou par des agences administratives étrangères, pour obtenir des documents dans le cadre d'enquêtes et de litiges. Ces demandes étrangères peuvent conduire à la communication de documents stratégiquement importants pour l'entreprise, ce qui peut également avoir un impact sur les intérêts sécuritaires de la France.

Le Décret du 18 février 2022 (« le Décret ») et l'arrêté du 7 mars 2022 ont été adoptés afin de préciser les obligations déclaratives prévues par la Loi n°64-678 du 26 juillet 1968, dite « Loi de blocage » (ci-après, « LBF »). Les entreprises françaises qui reçoivent des demandes d'information de la part d'autorités étrangères doivent désormais saisir le Service d'information stratégique et de sécurité économique (SISSE), qui disposera d'un mois pour émettre un avis non contraignant sur l'applicabilité du LBF. Les entreprises pourront présenter cet avis administratif aux autorités étrangères pour appuyer leur demande de recourir aux procédures conventionnelles prévues par la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves ou par un autre traité, ou pour expliquer leur refus de communiquer les informations demandées.

Le Décret fourni aux entreprises françaises de nouveaux outils pour se défendre contre les demandes de communication de document qui surviennent dans le cadre d'enquêtes et de litiges à l'étranger.

### La Loi de blocage français (« LBF »)

Adopté en 1968, la LBF interdisait à l'origine la communication de documents et d'informations aux autorités étrangères en matière maritime. La Loi n°80-538 du 17 juillet 1980 a considérablement étendu son champ d'application dans un contexte de tensions économiques mondiales accrues. L'objectif déclaré de l'élargissement de la loi en 1980 était de protéger les entreprises françaises contre la collecte d'informations résultant, notamment, de la communication préalable au procès américaine en matière

review and due diligence of potential arbitration claims to ensure that valid claims raised in arbitration will not later be undercut by facts and circumstances surrounding the performance of the contract that could be considered an illicit violation of public policy.

## THE DECREE OF 18 FEBRUARY 2022 AND THE BLOCKING STATUTE

French companies are increasingly faced with proceedings initiated in foreign courts, or from foreign administrative agencies, to obtain documents in the context of investigations and litigation. These foreign requests could lead to the transmission of strategically significant documents for the company, which may also impact the security interests of France.

The decree of 18 February 2022 (the "Decree") and the order of 7 March 2022, were issued specifying the reporting obligations under Law n°64-678 of 26 July 1968, known as the "French blocking statute" (hereafter, "FBS"). French Companies that receive requests for information from foreign authorities should now refer the matter to the Strategic Information and Economic Security Department (SISSE), which will have one month to issue a non-binding opinion on the applicability of the FBS. Companies will be able to submit this administrative opinion to the foreign authorities to support their request to use the treaty procedures identified in the Hague Evidence Convention or other treaty, or to explain their refusal to provide the requested information.

The Decree creates new tools for French companies to defend against foreign discovery that arise in foreign litigation and investigations.

### The French Blocking Statute ("FBS")

Adopted in 1968, the FBS originally prohibited the communication of documents and information to foreign authorities in maritime matters. The law n°80-538 of 17 July 1980, considerably extended its scope of application in a climate of heightened global economic tensions. The stated objective of the law's expansion in 1980 was to protect French companies against the collection of information resulting, in particular, from American pre-trial discovery in antitrust and commercial matters that was considered excessively intrusive by French authorities.

Since 1980, the FBS has prohibited the communication of any economic, commercial, industrial, financial or technical information in response to a request (a) from a foreign public authority when such communication is likely to affect the sovereignty, security, essential economic interests of France or public order (article 1), or (b) for the purpose of gathering evidence for foreign judicial or administrative proceedings (article 1bis), unless the discovery request is made by a court under the Hague Evidence Convention or other international treaty.

However, US courts typically ignore the FBS when this law is raised by French companies due to the 1987 decision by the Supreme Court in the *Aérospatiale* case which held that the Hague Evidence Convention, far from being mandatory, is merely optional, and requires that courts apply in each case a particularised balancing analysis of the “particular facts, sovereign interests, and likelihood that resort to those procedures will prove effective.”

This divergence in views about the mandatory nature of the Hague Evidence Convention put French parties in the uncomfortable position having to choose between complying with the foreign discovery request and face potential sanctions in France under the FBS, or complying with the terms of the FBS and facing possible sanctions in the foreign proceedings.

Indeed, French corporations were left without effective assistance from the French authorities when dealing with this dilemma; there was no review or opinion from any French administrative authority that could confirm to the foreign court that specific requested documents could not be produced for reasons of French national sovereign interests.

Historically there were few prosecutions under the FBS in France. The criminal conviction of a Paris attorney upheld by the French Supreme Court in 2007 did not change the approach of US courts to the FBS, even though this decision gave substance to the argument that serious French sovereign interests underlie the FBS, potentially prompting U.S. courts to accord greater weight to the French interests in the *Aérospatiale* comity balancing test.

antitrust et commerciale, jugée excessivement intrusive par les autorités françaises.

Depuis 1980, la LBF interdit la communication de toute information économique, commerciale, industrielle, financière ou technique en réponse à une demande (a) d’une autorité publique étrangère lorsque cette communication est susceptible de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l’ordre public (article 1), ou (b) dans le but de recueillir des preuves pour des procédures judiciaires ou administratives étrangères (article 1bis), sauf si la demande est formulée par un tribunal en vertu de la Convention de La Haye sur la preuve ou d’un autre traité international.

Cependant, les tribunaux américains ignorent systématiquement la LBF lorsque cette loi est soulevée par des entreprises françaises, en raison de la décision de 1987 de la Cour suprême dans l’affaire *Aérospatiale*,<sup>44</sup> selon laquelle la Convention de La Haye sur l’administration de la preuve, loin d’être obligatoire, est simplement facultative, et exige que les tribunaux appliquent dans chaque cas une analyse particularisée des intérêts en jeu et notamment des « faits particuliers, des intérêts souverains et de la probabilité que le recours à ces procédures s’avère efficace ».

Cette divergence de vues sur la nature obligatoire de la Convention de La Haye dans l’administration de la preuve a placé les parties françaises dans une position difficile, devant choisir entre se conformer à la demande de communication préalable étrangère et s’exposer à des sanctions potentielles en France en vertu de la LBF, ou se conformer aux termes de la LBF et s’exposer à des sanctions dans la procédure étrangère.

En effet, les entreprises françaises se sont retrouvées sans assistance efficace de la part des autorités françaises face à ce dilemme ; il n’y avait pas d’examen ou d’avis d’une autorité administrative française qui aurait pu confirmer au tribunal étranger que les documents spécifiques demandés ne pouvaient pas être produits pour des raisons d’intérêts nationaux souverains français.<sup>45</sup>

Historiquement, il y a eu peu de poursuites au titre de la LBF en France. En effet, la confirmation d’une condamnation pénale d’un avocat parisien par la Cour de cassation en 2007<sup>46</sup> n’a pas changé l’attitude des tribunaux américains à l’égard de la LBF, même si cette décision a donné de la substance à l’argument selon lequel de sérieux intérêts souverains français sous-tendent la LBF, ce qui pourrait inciter les tribunaux américains à accorder plus de poids aux intérêts français dans le test de mise en balance de la courtoisie de l’*Aérospatiale*.

Toutefois, la plupart des décisions américaines rendues depuis l'arrêt *Christopher X* ont considéré que la loi de blocage française ne méritait toujours pas d'être respectée.

Une stratégie réussie pour répondre aux demandes de communication de pièces utilisée par les entreprises françaises a été de se conformer volontairement aux demandes américaines en faisant nommer en application du Chapitre II de la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves un commissaire par le tribunal américain, qui est également approuvé par le ministère français de la Justice, et ce afin de pouvoir participer rapidement et efficacement à la communication de pièces américaines et ainsi se conformer pleinement au droit français et américain.<sup>47</sup> Cependant, la communication volontaire n'est généralement pas possible avec un témoin non coopératif ou un tiers, et il faut alors recourir à la contrainte qui n'est possible qu'en vertu des procédures plus lentes et plus lourdes du Chapitre I de la Convention de La Haye. En conséquence, malgré l'efficacité avérée des procédures volontaires, les tribunaux américains continuent de considérer, à de rares exceptions près,<sup>48</sup> que la LBF n'empêche pas la communication sous contrainte de documents situés en France en vertu du droit américain.

Afin de donner plus de « mordant » à la LBF et de protéger les intérêts souverains nationaux français de la portée extraterritoriale du droit américain, le parlementaire français Raphaël Gauvain a préconisé en 2019, dans son rapport écrit au gouvernement, d'augmenter les sanctions pénales attachées à la violation du LBF<sup>49</sup> Le Décret est une étape importante dans la mise en œuvre de ces recommandations et sont conçues pour contrer les revendications expansives d'extraterritorialité par les tribunaux ou les agences administratives étrangères afin de protéger les intérêts nationaux français.

### Nouvelles procédures de « discovery » : l'avis du SISSE

Le Décret 2022-207 du 18 février 2022 (le « Décret ») et l'arrêt du 7 mars 2022 qui l'accompagne, modifient la procédure utilisée par les autorités françaises pour traiter ces demandes de preuves étrangères.

A compter du 1er avril, les demandes de communication de documents relevant de la LBF sont soumises à l'avis du SISSE qui instruit le dossier en liaison avec les ministères de la Justice et des Affaires étrangères.

Le Décret dispose que :

- Le ministre compétent aux fins de l'examen de l'LBF est désormais le SISSE,
- Le ministre de l'Economie informe à son tour le ministre des Affaires étrangères, le ministre de la Justice et, le cas échéant, le ministre compétent pour

However, most US decisions since the *Christopher X* decision have held that the French Blocking Statute still does not deserve deference.

One successful compliance solution used by French companies has been to comply voluntarily with US discovery requests by having a Commissioner appointed by the US court, and approved by the French Ministry of Justice, to be able to quickly and effectively participate in US discovery and thereby comply fully with both French and U.S. law. However, voluntary discovery is typically not available with an uncooperative or third party witness, when the compelled discovery only available under the slower and more cumbersome procedures of Chapter I of the Hague Evidence Convention must be used. Accordingly, despite the proven efficacy of the voluntary proceedings, US courts continue to find, with only rare exceptions, that the FBS does not prevent compelled discovery in France under US law.

To put more “teeth” into the FBS and to protect French national sovereign interests from the extraterritorial reach of US law, the French parliamentarian Raphaël Gauvain in 2019 advocated for increasing the criminal sanctions attached to the violation of the FBS in his written report to the Government. The Decree is an important step in implementing these recommendations and are designed to counter expansive claims of extraterritoriality by foreign courts or administrative agencies in order to protect French national interests.

### New discovery procedures: the opinion of the SISSE

Decree 2022-207 of 18 February 2022 (the “Decree”) and the accompanying administrative order (“arrêté”) of 7 March 2022, modify the procedure used by the French authorities for processing such foreign requests for evidence.

As of 1 April requests for the disclosure of documents covered by the FBS are subject to the opinion of the SISSE which will examine the case in conjunction with the Ministries of Justice and Foreign Affairs.

The Decree provides that:

- The competent minister for the purposes of FBS review is now the SISSE,
- The Minister of Economy shall in turn inform the Minister of Foreign Affairs, the Minister of Justice, and, as the case may be, the

competent minister who supervises the activity of the persons and/or the corporations at stake involved in the foreign proceedings.

In practice, the SISSE must be informed “without delay” upon receipt of such a request and a complete file must be submitted by the French company to the SISSE with all relevant information about the foreign court request.

Conscious of the need for additional guidance, the French Business Federation (MEDEF), together with the SISSE and the French Association of Private Enterprises (AFEP), published a practical guide to help companies identify and classify the potentially sensitive documents that might fall within the scope of the FBS.

This reform will undoubtedly be useful to French companies that receive foreign discovery requests as they will be better able to explain to the foreign authority why such requests must be made in compliance with the FBS, or be able to justify their refusal to produce certain documents. However, it is not certain that the Decree, alone, will achieve its objectives.

Firstly, the non-binding advisory nature of SISSE opinions is likely to limit the influence such opinions have on foreign authorities, as they are only an opinion and are not enforceable decisions as would be orders of a judicial court.

Secondly, it is not clear whether the public prosecutor will now undertake more prosecutions under the FBS than it had previously, or whether private parties will file criminal complaints against foreign parties or their representatives in France when they are targeted with discovery requests that are not transmitted through existing international judicial assistance treaties or that potentially imperil French national interests.

Finally, even if the SISSE effects a complete review of the discovery request, its opinion may be discounted by a foreign court as being a biased administrative opinion lacking the requirements of adversarial due process (notice, hearing of all parties) that characterise judicial proceedings. Indeed, it seems quite paradoxical, and possibly counter-productive, that a request for discovery that might arrive from a foreign judicial authority be answered by an opinion from a French administrative authority.

la surveillance de l'activité des personnes et/ou des sociétés en cause dans la procédure étrangère.

En pratique, le SISSE doit être informé « sans délai » de la réception d'une telle demande et un dossier complet doit être soumis par la société française au SISSE avec toutes les informations pertinentes sur la demande de la juridiction étrangère.<sup>50</sup>

Conscient de la nécessité d'un encadrement supplémentaire, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), en collaboration avec le SISSE et l'Association française des entreprises privées (AFEP), a publié un guide pratique pour aider les entreprises à identifier et à classer les documents potentiellement sensibles susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la LBF.<sup>51</sup>

Cette réforme sera sans aucun doute utile aux entreprises françaises qui reçoivent des demandes de communication de pièces dans le cadre de procédures et d'enquêtes étrangères, car elles seront mieux à même d'expliquer à l'autorité étrangère pourquoi ces demandes doivent être faites dans le respect du LBF, ou de justifier leur refus de produire certains documents. Cependant, il n'est pas certain que le Décret, à lui seul, atteigne ses objectifs.

Premièrement, la nature consultative non contraignante des avis du SISSE est susceptible de limiter l'influence de ces avis sur les autorités étrangères, car il ne s'agit que d'un avis et non de décisions obligatoires comme le seraient les ordonnances d'un tribunal judiciaire.

Deuxièmement, il n'est pas certain que le ministère public engage désormais davantage de poursuites en vertu de la LBF qu'il ne le faisait auparavant,<sup>52</sup> ou que des parties privées déposeront des plaintes pénales contre des parties étrangères ou leurs représentants en France lorsqu'elles seront visées par des demandes de communication de documents qui ne sont pas transmises par les traités d'assistance judiciaire internationale existants ou qui mettent potentiellement en péril les intérêts nationaux français.

Enfin, même si le SISSE procède à un examen complet de la demande de communication préalable, son avis est susceptible d'être écarté par un tribunal étranger comme étant un avis administratif partial ne répondant pas aux exigences d'une procédure contradictoire (notification, audition des parties) qui caractérisent les procédures judiciaires. En effet, il semble assez paradoxal, et peut-être même contre-productif, qu'une demande de communication préalable qui pourrait émaner d'une autorité judiciaire étrangère reçoive une réponse sous la forme d'un avis sans contrainte d'une autorité administrative française.



**RESSOURCES UTILES (CRITIQUES DE LIVRES, DE BLOGS ET DE SITES INTERNET, CONFERENCES, SEMINAIRES, BIBLIOGRAPHIES, NOTES ET PUBLICATIONS ACTUALISEES)**

**Revue de presse : la chronique et la lettre d'information *Money Stuff* de Matt Levine**

**Par Drew SHAGRIN**

Les juristes ont aujourd'hui accès à un grand nombre de sources médiatiques qui les aident à suivre l'évolution de la gouvernance d'entreprise et à découvrir de nouvelles idées pertinentes. Si cette abondance est une bonne chose, c'est aussi un problème dont la solution consiste à faire preuve de discernement. Dans ce numéro et dans les suivants de l'IBLJ, une revue de presse apportera donc le discernement nécessaire. En particulier, chaque numéro présentera au lecteur l'une des meilleures sources pour suivre l'évolution de la gouvernance d'entreprise et découvrir de nouvelles idées pertinentes.

Cette première revue commencera par *Money Stuff*, une chronique rédigée par Matt Levine pour Bloomberg. *Money Stuff* est en théorie une chronique financière, mais une partie des sujets abordés relève en fait du domaine de la gouvernance d'entreprise. Elle est écrite du point de vue et avec la perspicacité d'un avocat spécialisé dans les fusions et acquisitions et d'un banquier d'affaires (car Matt Levine a en effet occupé ces deux fonctions par le passé) :

« Matt Levine est chroniqueur financier pour Bloomberg Opinion. Il a été rédacteur en chef de Dealbreaker, banquier d'affaires chez Goldman Sachs, avocat spécialisé dans les fusions et acquisitions chez Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, et assistant à la Cour d'appel des Etats-Unis pour le 3e circuit. »<sup>53</sup>

De nombreuses raisons peuvent expliquer qu'une chronique financière puisse traiter de la gouvernance d'entreprise, mais l'une des plus évidentes est la façon dont l'ESG a affecté le flux des capitaux. Dans la récente chronique *Money Stuff* du 9 juin,<sup>54</sup> après ses réflexions sur les dernières machinations d'Elon Musk concernant Twitter, Matt Levine aborde deux sujets d'actualité liés à l'ESG. Plutôt que de résumer ces histoires d'ESG, cette revue les citera, pour mieux montrer comment un ancien avocat spécialisé dans les fusions et acquisitions, doublé d'un banquier d'affaires apporte un éclairage sur la gouvernance d'entreprise dans une chronique financière et partage ses idées avec une perspective et un sens de l'humour très particulier. *Res ipsa loquitur*, comme le veut le dicton latin. La chose parle d'elle-même.

**USEFUL RESOURCES (INCLUDING BOOK REVIEWS, BLOG AND WEBSITE REVIEWS, AND ANNALS, DIGESTS, AND SIMILAR SUMMARIES OF CONFERENCES AND SEMINARS)**

**Media Review: Matt Levine's *Money Stuff* column and newsletter**

Lawyers today have access to an abundance of media sources to help them monitor developments in corporate governance and discover relevant new ideas. This abundance is not only a blessing, but also a curse for which the solution is discerning curation. In this and future issues of the IBLJ, a review will provide the needed discerning curation. In particular, each issue will introduce the reader to one of the better sources for monitoring developments in corporate governance and discovering relevant new ideas.

This first review will begin with *Money Stuff*, a column written by Matt Levine for Bloomberg. *Money Stuff* is nominally a finance column, but some of what the column addresses is in fact within the realm of corporate governance, written with the perspective and insight of an M&A lawyer and investment banker (because those are in fact the prior careers of Matt Levine):

“Matt Levine is a Bloomberg Opinion columnist covering finance. He was an editor of Dealbreaker, an investment banker at Goldman Sachs, a mergers and acquisitions lawyer at Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, and a clerk for the U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit.”

There are many reasons why a finance column could address corporate governance, but one of the main reasons is the way that ESG has affected the flow of capital. In the recent June 9 *Money Stuff* column, after his thoughts on Elon Musk's latest Twitter-related machinations, Matt Levine addressed two different ESG stories. Rather than summarise these ESG stories, this review will quote them, better revealing how a former M&A lawyer and investment banker both sheds light on corporate governance in a finance column, and shares his insights with a very particular point of view and sense of humour. *Res ipsa loquitur*, as the Latin saying would have it. The thing speaks for itself.

The first ESG story in Matt Levine's June 9 *Money Stuff* column is as follows:

"You could draw a Venn diagram of the following two sorts of people:

1. People who want their investments to achieve environmental, social and governance goals, rather than just pursue profits at any cost.
2. People who find it suspicious when big banks try to *reduce their capital requirements* by doing off-balance-sheet synthetic securitization transactions, buying slivers of insurance from hedge funds in order to create capacity to do more trades with borrowed money.

These positions are not, I think, logically - connected; you can worry about global warming without worrying about hidden leverage in the banking system, or vice versa. Still, I would guess that there is a lot of overlap between those groups. *But not complete overlap!*

In December, Standard Chartered Plc structured its first ESG capital-relief trade. In the deal, known as Future Ready Chakra, the bank sold \$90 million of credit-linked notes that will absorb the first losses on a \$1 billion loan portfolio. The deal got the ESG label because the portfolio "was created to generate lending capacity in sectors which are required to support the transition" and includes loans to green hydrogen, carbon-capture utilization and storage projects, and green commercial real estate, says Anna Olsen, a member of the bank's credit and portfolio management team. Olsen declined to provide details on the specific loans in the portfolio or the yields they offer investors.

Denver-based ArrowMark Partners, which has invested \$5.3 billion in 73 capital-relief deals since 2010, bought approximately 30% of the first-loss tranche of the Future Ready Chakra deal, says Kaelyn Abrell, a partner and portfolio manager. She declined to disclose the investment return on the deal, saying only that "the transaction aligned with our objectives for investments in the asset class."

Le premier article sur l'ESG dans la rubrique *Money Stuff* de Matt Levine du 9 juin est le suivant :

« On pourrait dessiner un diagramme de Venn des deux types de personnes suivantes :

1. Les personnes qui veulent que leurs investissements remplissent des objectifs environnementaux, sociaux et de gouvernance, plutôt que de rechercher des profits à tout prix.
2. Les personnes qui trouvent suspect que les grandes banques tentent de *réduire leurs besoins en capital*<sup>55</sup> et effectuent des opérations de titrisation synthétique hors bilan, en achetant des tranches d'assurance à des fonds spéculatifs afin de créer une capacité à effectuer davantage de transactions avec de l'argent emprunté.

Ces positions ne sont pas, je pense, liées de façon *logique* car on peut s'alarmer au sujet du réchauffement climatique sans s'inquiéter des effets de levier cachés dans le système bancaire, ou vice versa. Néanmoins, je pense qu'il y a beaucoup de chevauchement entre ces groupes. *Pourtant, ce chevauchement n'est pas total !*<sup>56</sup>

En décembre, Standard Chartered Plc a structuré sa première transaction ESG d'allègement du capital. Dans le cadre de cette opération, connue sous le nom de Future Ready Chakra, la banque a vendu \$90 millions d'obligations indexées sur le crédit, qui absorberont les premières pertes sur un portefeuille de prêts de \$1 milliard. L'opération a obtenu le label ESG parce que le portefeuille « a été créé pour générer une capacité de prêt dans les secteurs nécessaires pour soutenir la transition » et comprend des prêts à l'hydrogène vert, à des projets de capture, d'utilisation et de stockage du carbone, et à l'immobilier commercial vert, explique Anna Olsen, membre de l'équipe de gestion du crédit et du portefeuille de la banque. Mme Olsen a refusé de fournir des détails sur les prêts spécifiques du portefeuille ou sur les rendements qu'ils offrent aux investisseurs.

ArrowMark Partners, basé à Denver, qui a investi \$5,3 milliards dans 73 opérations d'allègement du capital depuis 2010, a acheté environ 30 % de la tranche de première perte de l'opération Future Ready Chakra, indique Kaelyn Abrell, partenaire et gestionnaire de portefeuille. Elle a refusé de divulguer le rendement de l'investissement, se contentant de dire que « la transaction était conforme à nos objectifs d'investissement dans cette catégorie d'actifs ».

J'adore. Regardez : tous les types d'ingénierie financière possibles peuvent être réalisés avec des projets verts. Bien sûr, il existe également des types d'ingénierie financière que l'on peut faire *uniquement* avec des projets verts : l'ingénierie financière ordinaire implique le découpage des flux de trésorerie, des obligations fiscales ou des exigences en matière de capital, mais *l'ingénierie financière verte*<sup>57</sup> peut également impliquer le découpage des crédits carbone, des engagements d'obligations vertes ou d'autres éléments ESG. L'ESG *accroît les possibilités de l'ingénierie financière* ; il n'est donc pas étonnant que les ingénieurs financiers l'adorent. »

(Les notes de bas de page dans le passage cité ci-dessus ont été ajoutées pour permettre à ceux qui lisent cette chronique sur papier de visualiser le lien URL accessible directement en ligne. Le grisé est celui de la version originale de la rubrique dans la newsletter).

Passons maintenant au deuxième article sur l'ESG dans la chronique *Money Stuff* de Matt Levine du 9 juin :

« Ailleurs, *Leanna Orr*<sup>58</sup> parle d'une conseillère en investissement ESG qui poursuit ses anciens employeurs :

Deux héritiers de la fortune de la famille Getty auraient engagé une conseillère en investissement pour sa perspicacité en matière d'ESG, puis l'auraient licenciée et privée de sa prime lorsqu'elle s'est opposée au « système d'évitement fiscal californien » du *family office*, comme indiqué dans le cadre du procès.

L'évasion fiscale n'est pas dans l'esprit de l'ESG, d'après ce que j'ai compris.

Marlena Sonn, la conseillère en investissement basée à Brooklyn, a poursuivi ses anciens employeurs et leur *family office* il y a quelques semaines. Et le procès est un véritable brûlot.

L'évasion fiscale est-elle conforme aux critères ESG ? Là encore, beaucoup de gens qui aiment l'ESG n'aiment pas non plus l'évasion fiscale, mais une fois de plus, le recoupement n'est pas parfait. *Voici la plainte*,<sup>59</sup> qui allègue que Mme Sonn gérait un « portefeuille aligné sur des valeurs » pour deux héritiers de Getty, mais qu'elle a commencé à ne pas être d'accord avec eux sur la question de savoir s'ils devaient payer des impôts en Californie. Cette plainte comprend un échange de messages entre Mme Sonn et l'un des héritiers dans lequel elle expose son raisonnement pour expliquer pourquoi les héritiers et leur trust ne sont pas, en réalité, exemptés de l'impôt californien, à quoi l'héritier répond « Zut ». Il y a

Love it. Look: Any sort of financial engineering that you can do, you can do with green projects. Also of course there are kinds of financial engineering that you can only do with green projects: Regular financial engineering involves slicing up cash flows, or tax obligations or capital requirements, *green financial engineering* can also involve slicing up carbon credits or green-bond commitments or various other ESG things. ESG increases the scope for financial engineering; no wonder financial engineers love it.”

(The footnotes in the quoted passage above have been added to enable readers of this review on paper to see the URL link available to readers of this review online. The shading is from the original column's newsletter version.)

Now on to the second ESG story in Matt Levine's 9 June *Money Stuff* column:

“Elsewhere, *Leanna Orr* writes about an ESG investor suing her former employer:

Two heirs to the Getty family fortune allegedly hired an investment advisor for her ESG acumen, then fired her & stiffed her on her bonus when she balked at the family office's 'Californian tax avoidance scheme,' per a lawsuit.

Dodging taxes is not ESG, as I understand.

Marlena Sonn, the Brooklyn-based investor, sued her former employers and their affiliated family office a couple of weeks ago. And the suit is a scorcher.

Is dodging taxes ESG? Well, again, a lot of people who like ESG also don't like tax dodging, but again the overlap isn't perfect. Here is *the complaint*, which alleges that Sonn managed a “values-aligned portfolio” for two Getty heirs but started to disagree with them about whether they should be paying California state taxes. It includes a text exchange between Sonn and one of the heirs in which Sonn lays out her reasoning for why the heirs and their trust are not in fact exempt from California tax, and the heir replies ‘Zoinks.’ Also there is an email from the heirs' sister complaining that holding trust meetings in Nevada (to avoid California taxes) costs “millions of additional dollars, because of the costs of quarterly out-of-state meetings for 30+ people in expensive hotels... using private jets, etc.... The carbon cost of these meetings is quite sizable too.”

Flying around on private jets to dodge taxes certainly isn't ESG."

également un courriel de la sœur des héritiers se plaignant du fait que la tenue des réunions du trust au Nevada (pour éviter les impôts californiens) coûte « des millions de dollars supplémentaires, en raison des coûts des réunions trimestrielles hors de l'Etat pour 30+ personnes dans des hôtels coûteux... en utilisant des jets privés, etc. Le coût en carbone de ces réunions est également assez important. » Se déplacer en jet privé pour échapper aux impôts n'est certainement pas une mesure ESG. »

(Again, footnotes have been added, but the shading is from the original.)

(Encore une fois, des notes de bas de page ont été ajoutées, mais le grisé provient de l'original.)

This 9 June *Money Stuff* column then moves beyond ESG, sharing Matt Levine's thoughts on Russian credit default swaps.

Cette chronique *Money Stuff* du 9 juin va ensuite au-delà de l'ESG, puisque Matt Levine y fait part de ses réflexions sur les couvertures de défaillance (ou *credit default swaps*) russes.

Matt Levine grounds his analysis in facts, law, and a deep-and-broad background familiarity with the issues that he covers, but also writes with wit and a distinctive voice. Reading *Money Stuff* is more than simply monitoring developments in corporate governance and discovering relevant new ideas; it's also a real pleasure for lawyers accustomed to sources that typically seek to suppress wit and a distinctive voice.

Matt Levine fonde son analyse sur des faits, des lois et une connaissance approfondie des questions qu'il couvre, mais il écrit aussi avec un esprit et une voix qui lui sont propres. Lire *Money Stuff*, ce n'est pas seulement suivre l'évolution de la gouvernance d'entreprise et découvrir de nouvelles idées pertinentes, c'est aussi un véritable plaisir pour les juristes habitués à des sources qui cherchent généralement à étouffer la vivacité d'esprit et l'individualité.

*Money Stuff* is available not only as a column in Bloomberg, but additionally as a newsletter delivered to an email inbox. The newsletter subscription is free even for non-subscribers to Bloomberg.

*Money Stuff* est disponible non seulement sous la forme d'une chronique dans *Bloomberg*, mais aussi sous la forme de newsletter envoyée par email. L'abonnement à la newsletter est gratuit, même pour ceux qui ne sont pas abonnés à *Bloomberg*.<sup>60</sup>

The *Money Stuff* column appears (and gets delivered as a newsletter) with variable frequency, some weeks coming out as many as three times, other weeks just once. Not every column will address corporate governance. After all, it's a finance column. However, corporate governance stories are fairly frequent, and the quality is very high, making the finance column - *Money Stuff* a valuable source for monitoring developments in corporate governance and discovering relevant new ideas.

La rubrique *Money Stuff* paraît (et est diffusée sous forme de newsletter) à une fréquence variable, certaines entre une et trois fois par semaine. Tous les articles ne traitent pas de la gouvernance d'entreprise. Après tout, il s'agit d'une chronique financière. Toutefois, les articles sur la gouvernance d'entreprise sont assez fréquents et leur qualité est très élevée, ce qui fait de *Money Stuff* une source d'informations précieuse pour suivre l'évolution de la gouvernance d'entreprise et découvrir de nouvelles idées pertinentes.

A future review will describe another one of the better sources for monitoring developments in corporate governance and discovering relevant new ideas.

Dans une prochaine revue de presse, nous décrivons une autre des meilleures sources permettant de suivre l'évolution de la gouvernance d'entreprise et découvrir de nouvelles idées intéressantes.

## Notes

1. International Standard ISO 26000: Guidance on social responsibility (2010) [https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/3078-ISO%2026000\\_2010.pdf](https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/3078-ISO%2026000_2010.pdf).
2. B. Tricker, *Corporate Governance, Principles, Policies, and Practice*, 4e éd. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p.4.
3. OCDE, *G20/OCDE Principes de Gouvernance d'Entreprise* (Paris : OECD Publishing, 2015) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>.
4. Pour un examen mondial pays par pays des exigences en matière de rapports, voir la base de données connue sous le nom de Carrots & Sticks, un projet du Programme des Nations Unies pour l'environnement (<https://www.carrotsandsticks.net/>).
5. Pour la France, voir la Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques parue au JO n°113 du 16 mai 2001.
6. Voir Alain Pietrancosta, *Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives* (6 juin 2022). Institut européen de Gouvernement d'entreprise - Document de travail juridique n°639/2022, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=4083398>.
7. Voir Danish Business Authority, *Danish CSR Reporting (2020)* (disponible sur [https://www.albertoandreu.com/uploads/2013/03/Danish-CSR-reporting\\_printversion1.pdf](https://www.albertoandreu.com/uploads/2013/03/Danish-CSR-reporting_printversion1.pdf)).
8. Voir la loi française du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte parue au JO n°189 du 18 août 2015.
9. Pour un examen préliminaire de la loi allemande sur la mise en œuvre de la directive RSE, voir Global Compact, *New Momentum For Reporting On Sustainability? Study on Implementation of the German CSR Directive Implementation Act* (octobre 2018) (disponible sur [https://www.globalcompact.de/migrated\\_files/wAssets/docs/Reporting/NFE\\_Studie\\_Online\\_englisch\\_181015.pdf](https://www.globalcompact.de/migrated_files/wAssets/docs/Reporting/NFE_Studie_Online_englisch_181015.pdf)).
10. Voir la Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2013/34/UE, JO L 330 du 15.11.2014, p. 1-9 (la « directive sur l'information non financière » ou la « NFRD »). La NFRD s'applique aux « grandes entités d'intérêt public », « Grandes » signifie qu'elles ont au moins 500 employés, des revenus d'au moins €40 millions, ou un bilan positif d'au moins €20 millions. Les « entités d'intérêt public » sont les sociétés cotées en bourse, les banques, les assureurs et les sociétés désignées par un Etat membre de l'UE comme présentant un intérêt significatif pour l'information non financière.
11. Voir Règlement UE 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, JO L 317 du 9.12.2019, p. 1–16.
12. Une proposition de directive de 2021, connue sous le nom de directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD), élargirait l'obligation de rapport comme indiqué dans le corps de l'article. Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, Bruxelles, 23 févr. 2022, COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD). Un communiqué de presse du 21 juin 2022 a annoncé que le Conseil européen et le Parlement européen étaient parvenus à un accord politique provisoire sur la CSRD. Voir <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/06/21/new-rules-on-sustainability-disclosure-provisional-agreement-between-council-and-european-parliament/>. Il est raisonnable de s'attendre à ce que la directive définitive soit adoptée prochainement.
13. Voir <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/33-11042.pdf>. Les informations communiquées concerneraient les risques liés au climat qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un impact important sur l'activité, les résultats d'exploitation ou la situation financière de l'entreprise, ainsi que des informations sur les émissions de gaz à effet de serre. La réglementation proposée aurait également une incidence sur l'information financière, en exigeant que les états financiers vérifiés d'un déclarant contiennent des données financières liées au climat. Conformément au droit administratif américain, la SEC a invité les intéressés à formuler des commentaires sur la règle proposée. La période de consultation, après une première prolongation, est maintenant terminée, et la SEC devrait examiner les commentaires et éventuellement modifier la réglementation proposée avant son adoption.
14. Voir <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/ia-6034.pdf>, ainsi que le communiqué de presse sur [https://www.sec.gov/news/press-release/2022-92?utm\\_medium=email&utm\\_source=govdelivery](https://www.sec.gov/news/press-release/2022-92?utm_medium=email&utm_source=govdelivery). Au moment où cet article est mis sous presse, la période des commentaires est toujours ouverte.
15. Voir <https://www.ifrs.org/>.
16. Voir <https://pcaobus.org/oversight/standards/auditing-standards>.
17. Voir par exemple <https://www.accountingtools.com/articles/the-differences-between-gaap-and-ifrs.html>.
18. Certaines des différentes normes de reporting non financier sont identifiées dans le tableau à la fin de ce bref article.
19. Au sujet du rôle général de la Fondation IFRS, voir le texte accompagnant la note de bas de p. 13.
20. Voir <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/>. C'est également ce que pensent plusieurs militants et universitaires. Voir par exemple Bob Eccles et Bhakti Mirchandani, *We Need Universal ESG Accounting Standards*, Harvard Business Review (5 février 2022) (<https://hbr.org/2022/02/we-need-universal-esg-accounting-standards>). Eccles estime également que si le reporting est important, les objectifs le sont davantage : les normes de reporting peuvent fournir des informations fiables sur la réalisation des objectifs, mais les objectifs doivent être significatifs. Voir Robert Eccles, *A Personal Message To The Cantankerous Critics Of The International Sustainability Standards Board*, Forbes (19 février 2022) (<https://www.forbes.com/sites/bobeccles/2022/02/19/a-personal-message-to-the-cantankerous-critics-of-the-international-sustainability-standards-board/?sh=190eb5465054>).
21. Voir le texte accompagnant les notes de bas de page 11 et 12 ci-dessus.
22. <https://www.unglobalcompact.org/>.
23. <https://www.globalreporting.org/>.
24. <https://www.globalreporting.org/standards/global-sustainability-standards-board/>.

25. <https://www.unpri.org/>.
26. <https://www.ohchr.org/en/business-and-human-rights>.
27. <https://www.ungpreporting.org/>.
28. <https://www.ungpreporting.org/>.
29. <https://www.cdsb.net/what-we-do/reporting-frameworks>.
30. <https://www.cdsb.net/>.
31. [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en).
32. <https://www.ifrs.org/sustainability/value-reporting-foundation/>.
33. <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board/>
34. <https://www.sasb.org/>.
35. <https://www.integratedreporting.org/>.
36. <https://www.fsb-tcfd.org/>.
37. <https://www.ifrs.org/supporting-implementation/supporting-materials-by-ifrs-standards/>.
38. <https://www.ifrs.org/>.
39. <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/33-11042.pdf> et <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/ia-6034.pdf>.
40. <https://ghgprotocol.org/about-us>.
41. <https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf>.
42. Organisation des Nations Unies, GRI (*Global Reporting Initiative*) IIRC (*International Integrated Reporting Council*), SASB (*Sustainability Accounting Standards Board*).
43. Créé par la Convention du Mètre, signée le 20 mai 1875, le Bureau international des poids et mesures (BIPM) est l'organisation internationale chargée de coordonner l'uniformité du système mondial des mesures.
44. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).
45. De manière surprenante, peu de parties ont demandé aux tribunaux français une ordonnance provisoire interdisant le respect de la découverte étrangère en vertu de l'article 809 du Code de procédure civile français, sur la base du fait que la découverte étrangère constitue un trouble manifestement illicite (« trouble manifestement illicite »). Dans les cas où des demandes de communication préalable sont formulées dans le cadre d'un litige devant un tribunal étranger, les entreprises françaises devraient envisager de demander une telle ordonnance, car une décision judiciaire française peut être considérée par un juge étranger comme une base plus motivée, selon le critère de mise en balance de l'Aérospatiale, qu'un avis administratif non contraignant pour refuser la communication préalable. Voir, par exemple, Cour d'appel de Nancy, 4 juin 2014 (n°14/01547).
46. *Christopher X*, Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 décembre 2007 (n°07-83.228).
47. La procédure du commissaire de La Haye a été utilisée dans des dizaines d'affaires devant des tribunaux fédéraux et d'Etat, dont les suivantes : *In re : Commodity Exchange, Inc, Gold Futures and Options Trading Litigation*, n° 14-md-02548 (Caproni, J.), *Sullivan v Barclays PLC*, n° 13-cv-02811 (Castel, J.), et *Lataillade v LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton SE*, n° 16-cv-06637 (Paul A. Engelmeyer, J.) ; *Tiffany v LVMH* (Chancery Ct, Del. 2020) ; *Fortis Advisors v Sillajen, Inc.* (Sup. Ct., Del. 2020) ; *Allianz Global Investors GMBH, et al. v Bank of America Corp., et al.*, (S.D.N.Y. 2020) 18 Civ. 10364 (LGS) (SDA) (2020) ; *Gameloft SE v Glass Egg Digital Media Ltd.* (N. Dist. Cal.) ; *Foreign Exchange Benchmark Rates Antitrust Litigation* (S.D.N.Y. 2017) ; *In Re LIBOR Antitrust Litigation* (S.D.N.Y. 2016) ; *Laydon v Mizuho Bank Ltd. et al.* (S.D.N.Y. 2016).
48. *Behrens v Arconic, Inc.*, District Court, E.D. Pennsylvania, Civil action no. 19-2664 (2020), ordonnance du 13 mars 2020 (E.D.Pa, Baylson, J.) (<https://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/20D0201P.pdf>).
49. « Restaurer la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », <https://www.vie-publique.fr/rapport/38473-protoger-nos-entreprises-des-lois-et-mesures-portee-extraterritoriale>.
50. Les informations suivantes doivent être soumises à l'examen du SISSE (arrêté du 7 mars 2022) : le numéro d'immatriculation au registre du commerce de la société qui détient les documents et renseignements demandés ; l'organigramme permettant d'identifier les personnes physiques ou morales qui contrôlent la société qui détient les documents ou renseignements demandés, ainsi que les personnes morales contrôlées par cette société au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce ; une description succincte des activités exercées par la société détentrice des documents ou informations demandés, y compris en France et dans le pays lié au demandeur ; les principaux concurrents français et étrangers de la société détentrice des documents et informations demandés ; les motifs expliquant la demande de renseignements adressée par le demandeur à la société détentrice des documents ou informations demandés ; la correspondance entre le demandeur et la société détentrice des documents ou informations demandés ; les coordonnées d'une personne désignée au sein de la société détentrice des documents ou informations demandés.
51. <https://www.medef.com/fr/actualites/guide-afep-medef-didentification-des-donnees-sensibles-des-entreprises>.
52. Les procureurs de la République sont mandatés pour engager des actions pénales conformément à l'article 40 du Code de procédure pénale français.
53. <https://www.bloomberg.com/opinion/authors/ARbTQIRLRjE/matthew-s-levine>.
54. <https://news.bloomberglaw.com/banking-law/matt-levines-money-stuff-elon-will-read-the-tweets>.
55. <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-05-24/take-the-swaps-off-the-balance-sheet>.

56. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-06-09/does-this-cdo-come-in-green-with-esg-everywhere-buyers-beware>.
57. <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-12-06/green-bonds-without-the-bond>.
58. <https://withintelligence.com/the-allocator/>.
59. <https://assets.bwbx.io/documents/users/iqjWHBFdfxIU/rNgcZ6xH5Hyc/v0>.
60. Voici le lien permettant de s'inscrire <https://www.bloomberg.com/account/newsletters/money-stuff>.