

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 INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX / INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

Pascale ACCAOUI-LORFING Les états et l'investisseur privé étranger : une approche multiple / States and
Arnaud DE NANTEUIL 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 Gouvernance organisationnelle et gouvernance d'entreprise / Organisational and
Drew SHAGRIN Corporate Governance 561

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

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.

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.