

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

WHISTLEBLOWERS IN FRENCH LAW AFTER THE TRANSPOSITION OF THE EUROPEAN DIRECTIVE 2019/1937 DATED 23 OCTOBER 2019

By Eric SEASSAUD

Whistleblowers, defenders of the general interest, are now taking over from the informers of the past, driven by unmentionable motives, in the implementation of French-style whistleblowing.

Behind this semantic battle was the essential distinction between those who blow the whistle in the name of the general interest, without seeking profit, and the informers, driven by personal and selfish motives.

This debate was necessary in a country where denunciation comes up against the shameful memory of the occupation and collaboration, the Christian tradition, inviting one to look at the beam in one's own eye rather than the mote in one's neighbour's, and Greco-Roman culture, which condemns both the Greek "συκοφάντης" (*sycophant—the one who points to the fig, the informer, the whistleblower*), whom Demosthenes called "the people's dog," and the Roman "delator" (*the informer*).

Whistleblowers, who are private individuals, are in fact implementing public action in the name of the general interest.

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

LES LANCEURS D'ALERTE EN DROIT FRANÇAIS APRES LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE 2019/1937 DU 23 OCTOBRE 2019

Par Eric SEASSAUD*

Les lanceurs d'alertes, défenseurs de l'intérêt général, succèdent désormais aux délateurs du passé, mus par d'inavouables mobiles, dans la mise en place du *whistleblowing* à la française.

Derrière cette bataille sémantique se jouait la distinction essentielle entre ceux qui donnent l'alerte au nom de l'intérêt général, sans recherche de profit, et les délateurs, mus par des mobiles personnels et intéressés ;

Ce débat était nécessaire dans un pays où la dénonciation se heurte au souvenir honni de l'occupation et de la collaboration, à la tradition chrétienne, invitant à regarder la poutre dans son œil plutôt que la paille dans celui de son voisin, et à la culture gréco-romaine, réprouvant tant le « συκοφάντης » grec (*sycophante — celui qui indique la figue, le délateur, le dénonciateur*), que Demosthène qualifiait de « chien du peuple »,⁴ que le « delator » (*le délateur*) romain.

Les lanceurs d'alertes, personnes privées, mettent en réalité en œuvre l'action publique au nom de l'intérêt général.

* Docteur en droit, avocat au Barreau de Paris, associé dans le cabinet SQUAIR, Eric Seassaud enseigne à l'Université de Paris — I — La Sorbonne, Paris II — Assas, à l'ESCP Business School, et à l'Albert School.

Le droit athénien ignorait l'existence du ministère public mais connaissait la *γραφη*, action publique initiée par les citoyens dans l'intérêt de la Cité. En droit romain les citoyens pouvaient également mettre en mouvement l'action publique selon l'adage « *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* » (qui poursuit en justice pour le roi comme pour lui-même). Également adoptée par le droit anglais en 1400,⁵ elle est tombée en désuétude avec le *Common Informer Act* de 1951.⁶ Elle demeure en revanche d'application en droit américain. Elle existe enfin en droit public français contemporain où les contribuables peuvent agir dans l'intérêt de la commune ou des établissements publics de coopération intercommunale, après autorisation du juge administratif, en application de l'article. Les arts L. 2132-5 et L. 5211-58 du Code Général des Collectivités Territoriales.

En rémunération de leurs services, les sycophantes se rémunéraient en percevant une partie de l'amende imposée, tout comme aujourd'hui les lanceurs d'alertes aux Etats-Unis peuvent recevoir une partie de l'amende infligée en récompense des services rendus au nom de l'intérêt général et pour leur assurer des moyens d'existence. En revanche, en droit français, l'action des lanceurs d'alertes qui devait initialement être « *désintéressée* » selon la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin II »,⁷ doit maintenant, selon la transposition de la directive européenne effectuée par la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 dite « loi Wassermann »,⁸ ne pas comporter de « *contrepartie financière directe* ».⁹

C'est donc dans un contexte culturel hostile à la dénonciation, mais favorable à la mise en œuvre de l'action publique au nom de l'intérêt général, que le législateur français a mis en place depuis avec la loi Sapin II un dispositif novateur de lancement d'alertes.

Les principaux sujets de débats furent, notamment, l'extension aux personnes morales (syndicats et ONGs) du statut de lanceur d'alerte, la hiérarchisation ou non des canaux de signalement, l'irresponsabilité des lanceurs d'alerte, les sanctions à l'encontre des personnes exerçant des représailles à l'encontre des lanceurs d'alerte, l'indemnisation des lanceurs d'alertes et l'encadrement des signalements par des délais.

La Directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union fut ensuite transposée en droit interne par la loi organique n°2022-400 et loi ordinaire n°2022-401 des 16 février 2022 dite loi Wassermann et enfin par le Décret n°2022-1284 du 3 octobre 2022¹⁰ relatif aux procédures de recueil et de traitement des signalements émis par les lanceurs d'alertes,

Athenian law was unaware of the existence of the public prosecutor's office but knew of the *γραφη*, public action initiated by citizens in the interest of the City. In Roman law citizens could also initiate public action according to the adage "*qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*" (he who sues for the king as well as for himself). Also adopted by English law in 1400, it fell into disuse with the Common Informer Act of 1951. However, it is still used in American law. Finally, it exists in contemporary French public law, where taxpayers may act in the interest of the municipality or public establishments of inter-municipal cooperation, after authorisation by the administrative judge, in application of arts L. 2132-5 and L. 5211-58 of the *Code Général des Collectivités Territoriales*.

In return for their services, sycophants were paid a portion of the fine imposed, just as today whistleblowers in the United States can receive a portion of the fine imposed as a reward for services rendered in the name of the public interest and to ensure their livelihood. However, under French law, the action of whistleblowers, which was initially supposed to be "disinterested" under the law No.2016-1691 dated 9 December 2016, known as "Sapin II Act", must now, according to the transposition of the European directive by the law No.2022-401 dated 21 March 2022 known as the "Wassermann Act", not involve any "*direct financial consideration*."

It is therefore in a cultural context hostile to whistleblowing, but favourable to the implementation of public action in the name of the general interest, that the French legislature has since put in place, with the Sapin II Act, an innovative mechanism for launching alerts.

The main topics of debate were the extension of whistleblower status to legal persons (trade unions and NGOs), the prioritisation of reporting channels, the non-liability of whistleblowers, sanctions against those who retaliate against whistleblowers, compensation for whistleblowers, and time limits for reporting.

Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report violations of Union law was then transposed into national law by the organic law No.2022-400 and ordinary law No.2022-401 of 21 March 2022, the Wassermann Act, and finally by the Decree No.2022-1284 dated 3 October 2022 on the procedures for collecting and processing whistleblower reports, by which France completed its transposition of the European directive on whistleblowers.

Legal framework

The Sapin II Act defines a legal framework for whistleblowers, with two components.

The first part is a general mechanism applicable to whistleblowers defined in arts 6 to 16 of the law, in particular in art.8-III:

- (i) Applicable in particular to any company with more than 50 employees having its registered office in France (art.8-III) and to the public sector;
- (ii) in matters of crimes and misdemeanours, illegalities (laws, regulations, international commitments), serious threats to the public interest.

The second part is a specific scheme for companies with more than 500 employees and a turnover exceeding 100 million euros, governed by art.17-II (2).

Definition of whistleblower

The whistleblower:

- (i) is always a natural person (legal persons, in particular NGOs and trade unions, have been excluded);
- (ii) who acts without direct financial compensation (and no longer in a disinterested manner);
- (iii) to make a report;
- (iv) for which he or she no longer has to be a personal witness.

Report

The whistleblower:

- (i) brings to the attention of:
 - (a) the undertaking;
 - (b) the competent authorities, the list of which is annexed to the Decree of 3 October; or
 - (c) the courts;
- (ii) information (the criterion of serious and manifest violation is dropped) relating to:
 - (a) a crime;
 - (b) a misdemeanour;
 - (c) a threat or harm to the public interest; or
 - (d) a violation or attempted concealment of a violation of international or European Union law, statute or regulation;

par lequel la France acheva sa transposition de la directive européenne sur les lanceurs d'alertes.

Cadre juridique

La loi Sapin II définit un cadre juridique pour les lanceurs d'alerte, comportant deux volets.

Le premier volet est un dispositif général applicable aux lanceurs d'alerte défini aux arts 6 à 16 de la loi, notamment à l'art.8-III :

- (i) Applicable notamment à toute entreprise de plus de 50 salariés ayant son siège social en France (art.8-III) ainsi qu'au secteur public ;
- (ii) en matière de crimes et délits, illégalités (lois, règlements, engagements internationaux), menaces graves pour l'intérêt général.

Le deuxième volet est un dispositif spécifique concernant les entreprises de plus de 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires excédant 100 millions d'euros, régi par son art.17-II(2).

Définition du lanceur d'alerte

Le lanceur d'alerte :

- (i) est toujours une personne physique (les personnes morales, notamment les ONGs et les syndicats, ont été écartées) ;
- (ii) qui agit sans contrepartie financière directe (et non plus de manière désintéressée) ;
- (iii) pour effectuer un signalement ;
- (iv) dont il n'a plus à être le témoin personnel.¹¹

Signalement

Le lanceur d'alerte :

- (i) porte à la connaissance de :
 - (a) l'entreprise ;
 - (b) des autorités compétentes, dont la liste est annexée au décret du 3 octobre ; ou
 - (c) de la justice ;
- (ii) des informations (le critère de violation grave et manifeste est abandonné) relatives à :
 - (a) un crime ;
 - (b) un délit ;
 - (c) une menace ou un préjudice pour l'intérêt général ; ou
 - (d) une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation du droit international ou de l'Union européenne, de la loi ou du règlement ;

- (iii) dont il n'a plus à avoir personnellement connaissance, contrairement à ce que prévoyait la loi Sapin II avant transposition de la directive européenne sur les lanceurs d'alertes, s'agissant d'informations obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles.

Liberté de choix des canaux d'alertes

Le lanceur d'alerte a le choix entre :

- (i) Le canal de signalement interne : l'obligation pour les entreprises de plus de 50 salariés de mettre en place un dispositif de recueil des signalements internes est maintenue ; les groupes peuvent mettre en place un dispositif centralisé de recueil des signalements internes dans les termes du décret à venir ; et
- (ii) The external reporting channel:
 - (a) aux autorités compétentes (dont la liste sera définie par décret) ;
 - (b) au Défenseur des droits (*Il pourra réorienter les alertes adressées à une autorité incompétente et disposera d'un adjoint en charge de l'appui aux lanceurs d'alertes*) ;
 - (c) à la justice ou à un organe européen.

L'étape préalable du signalement interne n'est plus obligatoire.

Les entreprises devront communiquer et rendre leur dispositif interne attractif pour inciter les lanceurs d'alertes à choisir le canal de signalement interne.

La divulgation publique n'est possible que :

- (i) en cas d'absence de traitement d'un signalement externe dans un certain délai ;
- (ii) en cas de risque de représailles ;
- (iii) si le signalement n'a aucune chance d'aboutir ;
- (iv) en cas de « danger grave et imminent » ou en cas de « danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général » (pour des informations obtenues dans un cadre professionnel).

Protection renforcée du lanceur d'alerte

Le lanceur d'alerte fait l'objet d'une protection renforcée :

- (i) quant à la confidentialité de son identité, de son signalement, incluant notamment tout tiers mentionnés. Un lanceur d'alerte anonyme qui s'identifie ultérieurement bénéficie de la protection de la loi ;
- (ii) contre toute forme de représailles ;

- (iii) of which he no longer has to have personal knowledge, contrary to what was provided for in the Sapin II law before transposition of the European directive on whistleblowers, in the case of information obtained in the course of his professional activities.

Freedom of choice of alert channels

The whistleblower can choose between:

- (i) The internal reporting channel: the obligation for companies with more than 50 employees to set up a system for collecting internal reports is maintained; groups may set up a centralised system for collecting internal reports under the terms of the forthcoming decree; and
- (ii) Le canal de signalement externe :
 - (a) to the competent authorities (the list of which will be defined by decree);
 - (b) to the Human Rights Defender (*who will be able to redirect alerts addressed to an incompetent authority and will have a deputy in charge of support for whistleblowers*);
 - (c) to the courts or to a European body.

The prior step of internal reporting is no longer mandatory.

Companies will have to communicate and make their internal system attractive to encourage whistleblowers to choose the internal reporting channel.

Public disclosure is possible only if

- (i) an external alert is not dealt with within a certain period of time;
- (ii) there is a risk of retaliation;
- (iii) the alert has no chance of success;
- (iv) in case of "serious and imminent danger" or in case of "imminent or obvious danger to the general interest" (for information obtained in a professional context).

Enhanced whistleblower protection

The whistleblower is subject to enhanced protection:

- (i) as to the confidentiality of his or her identity and reporting, including any third parties mentioned. An anonymous whistleblower who subsequently identifies himself or herself enjoys the protection of the law;
- (ii) against any form of retaliation;

- (iii) by the allocation of provisions for legal costs at the beginning and during the proceedings;
- (iv) by measures of psychological and financial support; by the recognition of his civil and criminal irresponsibility, when he acts in good faith.

Legal protection of facilitators and persons in contact with the whistleblower

The Sapin II law in its initial wording did not protect the persons who helped the whistleblower to make a report. The Wasserman Act grants them the status of facilitator.

The protection of whistleblower status, including against retaliation, is extended to:

- (i) facilitators, a natural person or a non-profit legal entity under private law (trade unions and associations) who assists a whistleblower in making a report or disclosure in accordance with the law; and
- (ii) people in contact with the whistleblower (colleagues, relatives, etc.).

New sanctions

New sanctions are adopted, concerning:

- (i) the retaliatory nature of adverse actions against whistleblowers; and
- (ii) the repression of abusive or dilatory procedures initiated against the whistleblower, now punishable by a civil fine of EUR 60,000.

Processing times

The time limits for processing alerts are governed by the Directive and transposed by Decree No. 2022-1284 of 3 October 2022:

- (i) An acknowledgement of receipt must be given to the whistleblower within 7 days of its receipt; and
- (ii) The whistleblower must be informed within a reasonable period of time, which may not exceed 3 months, about the processing of the alert (6 months at the most in the case of an external alert, if justified).

Processing of alerts

- (i) Reports may be made in writing or orally.

- (iii) par l'allocation de provisions pour frais de justice au début et en cours de procès ;

- (iv) par de mesures de soutien psychologique et financier ; par la consécration de son irresponsabilité civile et pénale, lorsqu'il agit de bonne foi.

Protection légale des facilitateurs et des personnes en relation avec le lanceur d'alerte

La loi Sapin II dans sa rédaction initiale ne protégeait pas les personnes ayant aidé le lanceur d'alerte à réaliser un signalement. La Loi Wasserman leur accorde le statut de facilitateur.

La protection du statut de lanceurs d'alerte, notamment contre les représailles, est étendue aux :

- (i) facilitateurs, personne physique ou personne morale de droit privé à but non lucratif (syndicats et associations) qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation dans le respect de la loi ; et
- (ii) personnes en relation avec le lanceur d'alerte (collègues, proches...).

De nouvelles sanctions

De nouvelles sanctions sont adoptées, concernant :

- (i) des qualifications de représailles des actions défavorables lancées à l'encontre des lanceurs d'alertes ; et
- (ii) la répression des procédures abusives ou dilatoires initiées à l'encontre du lanceur d'alerte, désormais passibles d'une amende civile de 60.000 EUR.

Délais de traitement

Les délais de traitement des alertes sont encadrés par la Directive et transposés par le décret n°2022-1284 du 3 octobre 2022 :

- (i) Un accusé de réception doit être remis au lanceur d'alerte dans un délai de 7 jours à compter de sa date de réception ; et
- (ii) Une information doit être faite au lanceur d'alerte dans un délai raisonnable ne pouvant excéder 3 mois sur le traitement de l'alerte (6 mois au plus dans le cas d'un signalement externe, sur justification).

Traitement des alertes

- (i) Les signalements peuvent intervenir de manière écrite ou orale.

- (ii) Lorsque la procédure de recueil de signalements permet un signalement oral, son recueil doit intervenir dans un délai de 20 jours à compter de la date de la demande. Le signalement peut intervenir par téléphone ou messagerie vocale, ou au choix du lanceur d'alerte, par visio-conférence ou au cours d'un rendez-vous en personne.
 - (iii) Le dispositif de recueil des signalements doit permettre de recevoir tout élément, quel que soit son support, nécessaire à la vérification de la recevabilité du signalement et de la compétence des personnes en charge de la gestion de l'alerte.
 - (iv) Les signalements peuvent être recueillis de manière interne par l'entité concernée ou externe :
 - (a) Une personne externe, physique ou morale, peut être chargée du recueil des signalements pour le compte de l'entité concernée.
 - (b) Lorsque les signalements sont recueillis en interne, les personnes chargées de leur traitement doivent disposer, par leur positionnement ou leur statut, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de leurs missions, ainsi que des garanties nécessaires à l'exercice impartial desdites missions.
 - (v) L'intégrité et la confidentialité des informations recueillies dans un signalement sont garanties par la procédure. La gestion des accès permet d'interdire l'accès aux informations par les personnes non autorisées. Les données collectées pour le traitement de l'alerte ne peuvent être conservées que le temps strictement nécessaire et proportionné au traitement du signalement ;
 - (vi) Le signalement est clôturé lorsque celui-ci s'avère inexact, infondé, ou sans objet. Le lanceur d'alerte est informé par écrit de la clôture du signalement.
 - (vii) Lorsque le signalement ne relève pas de la compétence des personnes chargées de son traitement, il est adressé sans délai à l'autorité compétente ou au Défenseur des droits, en s'assurant de l'intégrité et la confidentialité du signalement transmis. Le Lanceur d'alerte est informé de cette transmission.
 - (viii) La procédure doit être diffusée par tout moyen assurant une publicité suffisante : notification, affichage, publication sur son site internet ou de manière électronique ;
 - (ix) Les entités soumises à l'obligation de disposer d'une ligne d'alerte interne doivent mettre à disposition des
- (ii) Where the procedure for collecting alerts allows for an oral alert, it must be collected within 20 days of the date of the request. The alert may be made by telephone or voice-mail, or at the whistleblower's option, by video conference or during a face-to-face meeting.
 - (iii) The system for collecting alerts must be able to receive any information, regardless of the medium, needed to verify the admissibility of the alert and the competence of the persons in charge of managing the alert.
 - (iv) Alerts may be collected internally by the entity concerned or externally:
 - (a) An external person, natural or legal, may be responsible for collecting alerts on behalf of the entity concerned.
 - (b) Where alerts are collected internally, the persons responsible for processing them must, by virtue of their position or status, have the competence, authority and resources necessary for the performance of their tasks, as well as the guarantees necessary for the impartial performance of those tasks.
 - (v) The integrity and confidentiality of the information collected in an alert are guaranteed by the procedure. Access management shall ensure that unauthorised persons cannot access the information. The data collected for the processing of the alert may be kept only for the time strictly necessary and proportionate to the processing of the alert;
 - (vi) The alert shall be closed if it is found to be inaccurate, unfounded or irrelevant. The whistleblower shall be informed in writing of the closure of the alert.
 - (vii) Where the alert does not fall within the competence of the persons responsible for handling it, it shall be sent without delay to the competent authority or to the Human Rights Defender, ensuring the integrity and confidentiality of the alert transmitted. The whistleblower shall be informed of this transmission.
 - (viii) The procedure must be disseminated by any means ensuring sufficient publicity: notification, posting, publication on its website or electronically;
 - (ix) Entities subject to the obligation to have an internal whistleblowing line should make

available clear and easily accessible information on external reporting procedures.

- (x) Entities belonging to the same scope of consolidation:
- (a) if they have fewer than 250 employees, may implement a common system for the collection and processing of alerts, following a decision by the competent bodies;
 - (b) may establish a common procedure for the collection of alerts (which does not mean a common system for collecting and processing alerts);
 - (c) may invite the author of the alert concerning facts that have occurred or are very likely to occur in another entity to also send it to the latter;
 - (d) may invite the author of the alert, where it would be dealt with more effectively by another entity, to withdraw the alert received and send it to the other entity.

Duty of care

The law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the duty of care of parent companies and ordering companies applies to companies:

- (i) employing at least 5,000 employees in their own and their direct or indirect subsidiaries whose registered office is in France; or
- (ii) at least 10,000 employees, in their own and in their direct or indirect subsidiaries, whose registered office is located in France or abroad.

This text obliges companies falling under the above conditions to set up a vigilance plan concerning:

- (i) their activities;
- (ii) the activity of companies it directly or indirectly controls; and
- (iii) the activity of their subcontractors or suppliers with whom they have an established commercial relationship.

The purpose of the plan is to identify risks and prevent serious harm to:

- (i) fundamental rights;
- (ii) health and safety;
- (iii) environment.

Article 1 of this plan provides for a warning system: "(...) 4 A mechanism for warning and collecting reports

informations claires et facilement accessibles concernant les procédures de signalement externe.

- (x) Les entités appartenant au même périmètre de consolidation :
- (a) si elles emploient moins de 250 salariés, peuvent mettre en œuvre un dispositif commun pour le recueil et le traitement des alertes, après décision des organes compétents ;
 - (b) peuvent établir une procédure commune de recueil de signalements (ce qui ne signifie pas un dispositif commun de recueil et de traitement des signalements) ;
 - (c) peuvent inviter l'auteur du signalement portant sur des faits qui se sont produits ou sont très susceptibles de se produire dans une autre entité, à l'adresser également à cette dernière ;
 - (d) peuvent inviter l'auteur du signalement, lorsqu'il serait traité de manière plus efficace par une autre entité, à retirer le signalement reçu et à l'adresser à l'autre entité.

Devoir de vigilance

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre s'applique aux entreprises :

- (i) employant au moins 5.000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ; ou
- (ii) au moins 10.000 salariés, en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

Ce texte fait obligation aux entreprises entrant dans les conditions précitées de mettre en place un *plan de vigilance* concernant :

- (i) *leurs activités ;*
- (ii) *l'activité des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement ; ainsi que*
- (iii) *l'activité de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie.*

Ce plan a pour fin d'identifier les risques et de prévenir les atteintes graves en matière de :

- (i) *droits fondamentaux ;*
- (ii) *santé et sécurité ;*
- (iii) *environnement.*

Ce plan prévoit notamment un dispositif de signalement d'alerte dans son art.1 : « (...) 4 Un mécanisme d'alerte et de

recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société (...); »

En pratique, les entreprises incluent le plus souvent dans un dispositif d'alerte commun les signalements relevant de la loi Sapin II, de la loi sur le devoir de Vigilance, et de harcèlement.

on the existence or occurrence of risks, established in consultation with the representative trade unions in the company (...);”

In practice, companies most often utilise a single, common alert system in which they track events to the Sapin II Act, the Duty of Vigilance Act and harassment.