

# Sussex Research

Between a rock and a hard place: Unreliable Entity List vis-à-vis the U.S. Entity List / Entre le marteau et l'enclume: Entité non fiable et liste US des entités

Qingxiu Bu

## **Publication date**

12-01-2021

#### Licence

This work is made available under the CC BY-NC 4.0 licence and should only be used in accordance with that licence. For more information on the specific terms, consult the repository record for this item.

#### **Document Version**

Accepted version

# Citation for this work (American Psychological Association 7th edition)

Bu, Q. (2021). Between a rock and a hard place: Unreliable Entity List vis-à-vis the U.S. Entity List / Entre le marteau et l'enclume: Entité non fiable et liste US des entités (Version 1). University of Sussex. https://hdl.handle.net/10779/uos.23479451.v1

#### Published in

International Business Law Journal

# Copyright and reuse:

This work was downloaded from Sussex Research Open (SRO). This document is made available in line with publisher policy and may differ from the published version. Please cite the published version where possible. Copyright and all moral rights to the version of the paper presented here belong to the individual author(s) and/or other copyright owners unless otherwise stated. For more information on this work, SRO or to report an issue, you can contact the repository administrators at <a href="mailto:sro@sussex.ac.uk">sro@sussex.ac.uk</a>. Discover more of the University's research at <a href="mailto:https://sussex.figshare.com/">https://sussex.figshare.com/</a>

Projet de traduction de l'article du Dr Qingxiu Bu

Entre le marteau et l'enclume : Entité non fiable et liste US des entités.

La liste US des entités crée une énigme juridique pour les entreprises de haute technologie qui cherchent à opérer avec certaines entreprises chinoises ciblées. Au cœur du problème se trouvent les contradictions entre les perspectives américaines et chinoises en matière de sécurité nationale dans leur quête de supériorité technologique mondiale. Le conflit de lois surgit inévitablement lorsqu'une société multinationale (MNC) tente de se conformer à la fois à la loi américaine et au système chinois de liste des "entités non fiables (UEL)". Les entreprises sont ainsi placées dans une situation proverbiale difficile (Entre le marteau et l'enclume). Dans l'intérêt des recours, il est essentiel de vérifier si le respect des lois de l'État d'origine de l'entreprise inscrite sur la liste noire serait considéré comme une "contrepartie non commerciale", et reconnu comme une défense valable.

#### Introduction

Avec la montée de l'unilatéralisme et du protectionnisme, le système commercial multilatéral est confronté à de graves défis. La Chine développe une influence accrue dans la gouvernance mondiale de l'internet. Elle pousse de manière ambitieuse la proposition chinoise de gouvernance de l'internet à devenir un consensus international. Conformément à une théorie plausible du piège de Thucydide, les deux puissances entre les États-Unis et la Chine s'engageraient dans une lutte inévitable pour la supériorité technologique mondiale. Il est allégué que Huawei est engagé dans des activités qui sont contraires à la sécurité nationale ou aux intérêts de la politique étrangère des États-Unis. Le ministère américain du commerce (DoC) a ajouté Huawei à la "liste des entités" le 15 mai 2019, interdisant effectivement à Huawei de recevoir toute exportation de technologie ou de logiciel soumis à la juridiction américaine. En réponse, la Chine établit une liste d'entités non fiables (UEL) afin de cibler les entreprises qui nuisent aux intérêts des entreprises chinoises. Comme l'a prévu le ministère chinois du commerce (MOFCOM) : "la LLE est utilisée pour identifier les entités étrangères qui ont bloqué, coupé l'approvisionnement et discriminé les entités chinoises sur la base de considérations non commerciales et qui ont causé des dommages aux industries connexes de la Chine ou qui ont menacé ou potentiellement porté atteinte à la sécurité nationale de la Chine". La proposition de licence d'exportation universelle accroît les tensions entre les deux pays qui sont déjà engagés dans une guerre commerciale. Le système de GUE obligerait les entités américaines à naviguer sur un champ de mines de plus en plus complexe pour éviter l'animosité croissante entre les deux puissances. Il semble que les entreprises étrangères soient sur le point d'être prises entre deux feux. Ce défi doit être relevé grâce aux quatre sections suivantes. La première partie examine le système de la LUE, la version chinoise de la "liste des entités", qui repose sur des principes inscrits principalement dans la loi anti-monopole (LMA) et la loi de sécurité nationale (LSN). Étant donné que les politiques de représailles du gouvernement se concentrent actuellement sur l'interdiction de la circulation des biens technologiques, la deuxième partie analyse un dilemme auquel une entreprise étrangère serait confrontée entre le marteau et l'enclume. Les difficiles questions de conflit de lois devraient être intégrées dans les régimes de gouvernance mondiale de ces entreprises, dans toutes les juridictions. La partie III explore les recours viables pour les am NNC, et cherche à déterminer si une exception plausible de

"considération non commerciale" constitue une défense affirmative. Elle examine en outre si un recours est viable par le biais d'un réexamen administratif ou d'un litige administratif. La quatrième partie examine comment sortir de l'impasse du point de vue des entreprises ciblées. Un débat en cours depuis longtemps consiste à savoir s'il est viable pour la Chine d'atteindre ses objectifs stratégiques en tirant parti de l'accès au marché chinois. On peut soutenir que la création du système de LDE pourrait être contre-productive pendant la quête de la suprématie technologique de la Chine. Dans la remarque finale du document, il est souligné que la tension ne cesserait pas tant qu'une résolution globale n'aura pas été atteinte en allant bien au-delà des approches purement juridiques. A. La liste des entités américaines par rapport à la liste des entités non fiables de la Chine Les entreprises technologiques dont le travail avec les technologies à double usage est soumis à l'examen du gouvernement américain. L'Entity List est une liste noire des entreprises que les États-Unis considèrent comme une menace pour leurs intérêts stratégiques, qui est tenue par le Bureau of Industry and Security (BIS) du DoC américain. En raison de la désignation de la liste des entités dans le cadre de la réglementation sur l'administration des exportations (EAR), aucun fournisseur ne peut exporter, réexporter ou transférer des articles soumis à la loi Huawei sans l'autorisation d'une licence BIS. Le système chinois de licence d'exportation universelle vise à lutter contre l'unilatéralisme, le protectionnisme et les actions discriminatoires destinées à bloquer les livraisons aux entreprises chinoises. Cela représente une escalade de la guerre commerciale actuelle après l'inscription de Huawei sur la liste noire des États-Unis. 1. La liste des entités américaines Une liste d'entités exige qu'une entreprise chinoise inscrite sur liste noire demande une autorisation spéciale pour acheter des composants et des technologies américaines. Cela signifie que les exportateurs américains doivent obtenir une autorisation spéciale du gouvernement américain pour vendre des composants et des technologies désignés à ces entités. Cette liste peut être utilisée pour bloquer des activités contraires à la sécurité nationale et à la politique étrangère des États-Unis. Le système a été stipulé par le Règlement sur l'administration des exportations (EAR), qui tire son autorité de la Loi sur la réforme du contrôle des exportations de 2018. Il est interdit aux entités qui manipulent des marchandises d'origine américaine de fournir à Huawei ces marchandises et tout autre article soumis à l'EAR. (a) Atténuation des risques de sécurité nationale derrière la liste des entités La création de la liste des entités a amplifié la portée extraterritoriale de la stratégie géo-économique de l'Amérique. Elle vise à empêcher que la technologie américaine ne soit utilisée par des entités appartenant à des étrangers d'une manière susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ou aux intérêts de la politique étrangère des États-Unis. Bien que l'AER fournisse une liste illustrative, mais non exhaustive, des activités qui pourraient être considérées comme contraires aux intérêts publics, toute décision sera évaluée au cas par cas. Le fait que Huawei ait été placé sur la liste des entités est en grande partie dû à une allégation selon laquelle la firme aurait des liens directs avec le Parti communiste chinois (PCC) pour l'espionnage. Ces mesures sont préjudiciables aux opérations des entreprises chinoises, dont certaines ont déjà été qualifiées de menaces à la sécurité nationale par des gouvernements du monde entier. En principe, une entité peut continuer à traiter avec Huawei, tant qu'elle le fait sans dépasser les niveaux de minimis des composants américains ou en utilisant une technologie contrôlée sur le terrain à des fins de sécurité nationale. Cependant, en brouillant les distinctions entre les contrôles à l'exportation et la loi sur les sanctions, la liste des entités a eu d'énormes répercussions sur la capacité des fournisseurs à s'engager dans le développement de nouveaux produits et de nouvelles technologies pour Huawei. (b) Large

discrétion pour interpréter le champ d'application du système de la liste des entités Le 15 mai 2019, l'administration Trump a publié le décret 13873 sur la sécurisation de la chaîne d'approvisionnement des technologies et services de l'information et des communications (EO 2019). Le but est de prévenir les activités d'espionnage et de protéger l'infrastructure nationale critique (CNI) des États-Unis. Bien que l'EO 2019 n'identifie aucune entité particulière, il est largement interprété comme visant Huawei, un éléphant de la salle. L'EO 2019 définit cela : a] "adversaire étranger" comme "tout gouvernement étranger ou toute personne étrangère non gouvernementale qui se livre à un schéma à long terme ou à des cas graves de comportement portant gravement atteinte à la sécurité nationale des États-Unis ou à la sécurité et à la sûreté des personnes des États-Unis". Cette définition donne aux organismes américains chargés de l'application des lois une marge de manœuvre considérable pour déterminer qui pourrait être un adversaire étranger. En attendant, elle représente un défi pour discerner l'étendue des activités qui sont considérées comme une menace à la sécurité nationale. Les entreprises qui exercent des activités liées à Huawei doivent s'assurer que leurs programmes de conformité sont suffisants pour atténuer raisonnablement les risques. Une attention particulière doit être accordée à leurs chaînes d'approvisionnement mondiales et à leurs stratégies de croissance internationales. 2. Listes d'entités non fiables (LEN) Le ministère chinois du Commencement (MOFCOM) a proposé la propre liste des entités non fiables (UEL) de la Chine le 31 mai 2019. Il semble que ce soit une réponse à l'ajout de Huawei à la liste des entités américaines. La liste des entités non fiables semble refléter la liste des entités américaines, avec une nomenclature et un objectif moins ambigus. Le MOFCOM a estimé que la création de sa propre GUE, destinée à lutter contre "l'unilatéralisme, le protectionnisme commercial et les actions discriminatoires", avait pour but de bloquer les livraisons aux entreprises chinoises. Une entreprise inscrite sur la LUE sera soumise à toutes les mesures juridiques et administratives nécessaires imposées par le MOFCOM, tandis que le public sera invité à faire preuve de prudence pour éviter les risques associés aux entités étrangères désignées. (a) Cause de l'action La licence d'exploitation universelle inclura les entités qui ne respectent pas les règles du marché et font preuve de discrimination à l'égard des entreprises chinoises à des fins non commerciales. Toute entreprise qui respecte l'interdiction américaine de fournir du matériel ou des logiciels à Huawei pourrait être étiquetée comme une entité peu fiable. En particulier, les personnes agissant au nom d'entreprises non conformes pourraient être personnellement sanctionnées par l'inscription sur la liste d'exclusion des entreprises non fiables. Dans cet ordre d'idées, les personnes étrangères pourraient également être inscrites sur la liste des entités non fiables, bien que toute sanction restreignant la liberté individuelle ne puisse être créée que par la loi. Selon le MOFCOM, quatre normes seront prises en compte pour déterminer si une entité ou un individu étranger doit être listé comme "Entité non fiable", notamment " (i) lorsqu'elle boycotte, coupe les fournitures aux entreprises chinoises ou prend d'autres mesures discriminatoires spécifiques à l'encontre des entreprises chinoises; (ii) si ces actions sont prises à des fins non commerciales, en violation des règles du marché ou en violation des obligations contractuelles ; (iii) si ces actions causent un préjudice matériel aux intérêts légitimes des entreprises chinoises et des secteurs industriels concernés ; et (iv) si ces actions constituent une menace ou une menace potentielle pour la sécurité nationale de la Chine". Les sanctions prévues par le système de LDE peuvent s'appliquer à la fois aux entités étrangères sous-jacentes et à leurs filiales basées en Chine. Cette mesure vise à dissuader ces entreprises, dans une certaine mesure, de s'associer aux lois américaines de contrôle des exportations contre Huawei. (b) Sanctions

et conséquences dans le cadre de la licence d'exportation Il n'y a actuellement aucune clarté sur les conséquences possibles pour les entités inscrites sur la liste noire. Elles peuvent être confrontées à des sanctions en matière d'accès au marché telles que des interdictions ou des restrictions au commerce, aux investissements, aux permis et licences réglementaires. Les mesures punitives pourraient inclure de lourdes peines, l'annulation des licences commerciales qui sont obligatoires pour faire des affaires en Chine, et une interdiction temporaire ou permanente du marché chinois. L'interdiction pourrait entraîner des pertes substantielles pour certaines multinationales étrangères qui dépendent fortement des revenus provenant de la Chine. À l'instar de la liste des entités américaines qui contient des dispositions relatives à l'obligation de licence, les entreprises qui se retrouvent en licence d'exportation sont soumises à diverses exigences en matière de licence pour l'exportation, la réexportation et le transfert de certains articles en Chine, ce qui limite effectivement leurs transactions avec les entreprises chinoises. Cela a déjà été proposé dans le projet de loi sur le contrôle des exportations de la Chine (ECL). Les entreprises figurant sur la liste noire doivent demander l'autorisation du gouvernement, qui leur est souvent refusée. Leur capacité à mener des affaires peut être suspendue indéfiniment. En outre, le simple fait d'être ajouté à la LLE peut entraîner une publicité négative ainsi que des pertes pécuniaires sur le marché chinois et faire supporter à la personne inscrite sur la liste noire des coûts énormes pour se défendre contre l'inscription sur la liste. La réputation peut également être ternie sur le marché chinois. La liste d'exclusion sert de liste d'avertissement pour informer le public des risques potentiels liés aux transactions avec les entités inscrites sur la liste. Les homologues chinois des entités cotées en bourse recevront probablement même l'ordre de cesser toute transaction avec ces dernières. L'entreprise inscrite sur la liste noire pourrait également devoir remettre des informations sensibles aux autorités chinoises de réglementation, ce qui mettrait sa propriété intellectuelle en danger. Les actions de la Chine et des États-Unis ont provoqué de nouvelles tensions commerciales et menacé de démanteler les chaînes d'approvisionnement qui lient actuellement les deux puissances. La réaction de la Chine est largement considérée comme une contre-mesure dans le contexte du différend commercial plus large. La création de l'UEL est une mesure de rétorsion contre les États-Unis pour avoir refusé aux entreprises chinoises des technologies américaines vitales. Elle représente une réponse récente à la juridiction américaine sur les armes longues, qui fait référence à son utilisation de sanctions extraterritoriales contre les entreprises chinoises. B. Motifs statutaires des listes d'entités non fiables (LEN) La licence d'exploitation universelle sera basée sur les principes qui sous-tendent la loi chinoise sur le commerce extérieur (FTL2016), la loi anti-monopole (AML2008) et la loi sur la sécurité nationale (NSL 2015), entre autres. Outre les sanctions pour "abus de position dominante" prévues par la LAB 2008, une autre possibilité est le lancement d'un mécanisme de "réexamen de la sécurité nationale". La base juridique peut être trouvée à la fois dans la NSL 2015 et la FTL 2016. Les mesures prises à l'encontre des entités figurant sur la liste noire doivent être déterminées conformément au cadre ci-dessus, selon lequel le MOFCOM prendra des mesures juridiques et administratives pour entreprendre des enquêtes. 1. La GUE adopte la loi anti-monopole (LAB 2008) Les contrôles du commerce et des exportations dans un pays peuvent entrer en conflit avec les lois sur la concurrence d'une autre juridiction. L'article 17 de la LAB 2008 est très probablement appliqué comme une disposition potentielle que le MOFCOM pourrait utiliser pour justifier sa liste noire d'entités étrangères. Le non-respect de l'approvisionnement continu pourrait entraîner l'incapacité d'une multinationale étrangère à faire des affaires en Chine. Certaines entreprises

dominantes refusant de traiter avec des entités chinoises pour des raisons non commerciales peuvent également enfreindre la loi AML 2008. Il est essentiel d'analyser si le comportement élimine et restreint la concurrence sur le marché concerné, et d'évaluer ensuite l'équilibre entre les effets anticoncurrentiels et les effets proconcurrentiels. (a) Test de la transaction Le "refus de négocier" et "l'imposition de conditions commerciales déraisonnables" fournissent des munitions à la State Administration for Market Regulation (SAMR), l'autorité antimonopole chinoise, pour déployer la GUE. Ils peuvent également être en première ligne pour la GUE, qui interdit l'abus de position dominante sur le marché. La LDE 2008 interdit aux entreprises d'abuser d'une position dominante sur le marché en refusant de réaliser des transactions ou en imposant des conditions discriminatoires à l'encontre d'une autre entreprise sans but légitime. La condition préalable à la demande est que l'entreprise ait une position dominante sur le marché. La notion d'abus de position dominante sur le marché dans la LAB semble être très utilisée. Au cours de l'examen, la part de marché est utilisée comme indice pour évaluer la position dominante sur le marché. Tout examen antimonopole doit inclure les filiales et sociétés affiliées chinoises de l'entité étrangère. Si une société américaine cesse de fournir, coopère ou refuse de négocier de nouvelles transactions avec une société chinoise, cela peut être considéré comme un "refus de négocier" au sens de l'article 17 par la SAMR. Un autre risque antitrust pour une société étrangère qui interrompt ses échanges commerciaux serait également considéré comme "imposant des conditions commerciales déraisonnables" au sens de l'article 17, si l'entité demande à ses distributeurs de ne pas fournir de produits à une société chinoise spécifique ou de cesser leur coopération avec elle. (b) Test d'effet : Pondération des effets sur la concurrence - Règle de la raison Au cours des dernières décennies, les acteurs publics et privés ont de plus en plus cherché à appliquer les lois antitrust américaines aux comportements des entreprises étrangères qui sont censés avoir des effets sur l'économie américaine. De même, la règle de la raison est appliquée pour évaluer l'abus de position dominante sur le marché chinois, en mettant en balance les effets anticoncurrentiels et les gains d'efficacité économique. L'analyse des effets sur la concurrence repose sur divers facteurs dans le cadre de la loi chinoise sur la lutte contre le blanchiment d'argent, qui sont pris en compte dans le cas d'Eastman. Le 29 avril 2019, la succursale de Shanghai de SAMR a imposé une sanction administrative à Eastman pour abus de position dominante sur le marché. L'organisme chargé de faire appliquer la loi a utilisé la méthodologie de l'"analyse critique des pertes" pour tracer la limite du marché concerné, et a également utilisé l'indice de Lerner pour vérifier le pouvoir de marché d'Eastman et les effets restrictifs sur le marché concerné. La SAMR a décidé d'imposer la sanction en analysant les dommages causés par l'abus de position dominante sur le marché, et a souligné que les effets anticoncurrentiels dépassaient l'efficacité économique. La GUE s'appuierait principalement sur la loi antimonopole (AML 2008), notamment en ce qui concerne les entités étrangères ayant une présence substantielle sur le marché chinois, qui pourraient être pointées du doigt pour leur action discriminatoire à l'encontre des entités chinoises. Ainsi, le principe de l'ajout d'une entité étrangère à la LUE dépend en grande partie de l'abus éventuel de sa position dominante sur le marché par une entité étrangère à l'encontre des entreprises chinoises dans le cadre de la LAB 2008. 2. Contre-mesures dans la loi sur les investissements étrangers (FIL 2019), la loi sur le commerce extérieur (FTL 2016) et la loi sur la sécurité nationale (NSL 2015) Ce régime de LDE est utilisé comme une contre-mesure au contrôle des exportations des gouvernements étrangers visant des entreprises chinoises spécifiques. L'article 40 de la loi sur les investissements étrangers (FIL 2019) prévoit que la Chine peut prendre des contremesures correspondantes si un pays étranger utilise des mesures discriminatoires contre la Chine en interdisant ou en limitant les investissements. De même, l'article 7 de la loi chinoise sur le commerce extérieur 2016 prévoit que "[La Chine] aura le droit d'adopter ... des mesures correspondantes contre tout pays ou région pour contrer leurs interdictions, restrictions ou autres mesures discriminatoires similaires qui sont imposées en rapport avec le commerce impliquant [la Chine]". Ces deux dispositions sont dirigées contre les gouvernements étrangers, et non contre des entreprises spécifiques. Il n'est pas clair si les entités étrangères doivent être traitées comme des entités non fiables à condition qu'elles se conforment à leurs propres lois nationales ou au Décret 2019 visant à restreindre le commerce et les investissements avec la Chine. La mise en place d'un mécanisme d'examen de la sécurité nationale vise à réglementer les transactions commerciales étrangères, qui sont perçues comme ayant des implications en matière de sécurité nationale. Deux dispositions générales aident à traiter l'ordre économique, le marché et la sécurité nationale de la Chine. La LSN 2015 prévoit cela : "L'État doit sauvegarder le système économique national de base et l'ordre économique de marché socialiste, améliorer les systèmes et les mécanismes de prévention et de résolution des risques en matière de sécurité économique..." La loi cherche également à répondre aux préoccupations de sécurité nationale dans une perspective institutionnelle qui : "L'État établit un système et un mécanisme d'examen et de réglementation de la sécurité de l'État, et procède à l'examen de la sécurité de l'État des investissements étrangers, de certains articles et technologies clés et des produits et services de technologie de l'information en réseau qui affectent ou peuvent affecter la sécurité de l'État..." Il n'est pas clair comment l'application des dispositions cidessus aura un impact sur la mise en œuvre du système de licence d'exploitation universelle. Selon la LSN 2015, la Commission nationale pour le développement et la réforme (NDRC) prend l'initiative de créer un système de liste nationale de gestion de la sécurité technologique (NTSML), afin d'atténuer plus efficacement les risques pour la sécurité nationale. Les deux systèmes UEL et NTSML représentent de nouvelles approches conceptuelles dans le régime de gouvernance chinois de la sécurité nationale. Dans la pratique, cependant, il est très difficile de mettre en place une norme commune pour déterminer si une activité constitue une menace pour la sécurité nationale. 3. La loi chinoise sur le contrôle des exportations (ECL). Le cadre actuel de contrôle des exportations est constitué d'un patchwork de diverses lois et réglementations. La Chine est toujours en train de formuler sa première loi sur le contrôle des exportations (ECL), au cours de laquelle les biens à double usage seront mis en évidence. La Chine ne dispose pas encore d'un régime de "liste d'entités" similaire à celui de la réglementation américaine sur le contrôle des exportations (ECR), qui peut restreindre les exportations de produits ou de technologies d'origine chinoise à certaines entités étrangères. Toutefois, la LCE présente de nombreux traits et caractéristiques saillants du régime américain de contrôle des exportations, notamment sa propre liste noire et ses programmes de licences, qui sont similaires à la LIE proposée. Si elle est adoptée, la loi pourra imposer des restrictions aux transactions avec les entités désignées par la LEE, notamment l'interdiction d'exporter des articles contrôlés d'origine chinoise, la révocation des licences d'exportation liées aux transactions avec ces entités et l'imposition d'une amende qui s'élève à cinq à dix fois la valeur des gains illégaux pour violation de la nouvelle loi. Le projet de loi sur la LMEC contient une "disposition fourre-tout", grâce à laquelle les autorités chinoises peuvent étendre le contrôle à des articles ne figurant pas sur la liste de contrôle, au cas par cas, pour des raisons de sécurité nationale. La licence d'exportation chinoise est susceptible d'être reliée à la LMEC si elle

s'inspire du système américain de liste d'entités de l'AER, qui pourrait également être inclus dans la LMEC. Par ailleurs, les mesures relatives à la licence d'exportation devraient prendre la forme de règlements administratifs plutôt que d'une loi. Quelle que soit la forme définitive, la LCE constituera une étape importante dans l'évolution du cadre commercial international de la Chine. Le projet de LMEC représente la toute première législation complète de la Chine en matière de contrôle des exportations. Améliorant le régime existant de la Chine, le projet de loi ECL prévoit la possibilité d'engager des mesures de rétorsion contre les pays qui ont soumis la Chine à des mesures discriminatoires de contrôle des exportations. C. Entre le marteau et l'enclume : Une entreprise américaine peut-elle se conformer à des obligations concurrentes ? La liste des entités non fiables (UEL) ouvre la porte à des représailles contre les entités étrangères qui dépendent en grande partie du marché chinois. Les entreprises qui adhèrent aux sanctions américaines pourraient ellesmêmes s'exposer à des sanctions chinoises réciproques. Les entités qui ont des relations d'affaires avec Huawei pourraient se retrouver dans une position précaire alors qu'elles tentent d'équilibrer le respect de deux ensembles de lois concurrents. Elles risqueraient de plus en plus d'être accusées soit de complicité de LEE, soit de violation du système de la liste des entités américaines. 1. Pris au piège du respect des lois concurrentes : Le cas de FedEx Les entreprises ayant des activités à la fois aux États-Unis et en Chine sont confrontées à un dilemme dans le cadre de la licence d'exportation, car elles devront se conformer aux restrictions commerciales américaines et aux exigences de la Chine en matière d'approvisionnement continu. Les entreprises américaines ne vont pas violer le système de la liste des entités, en particulier dans le contexte actuel de guerre commerciale où leurs actions sont scrutées à la loupe. Néanmoins, la cessation de leurs activités pourrait éventuellement entraîner des conséquences juridiques pour la Chine. Si elles ne respectent pas les lois de leur État d'origine, comme le décret 2019, et continuent à commercer avec des entités chinoises, elles risquent de se voir infliger des sanctions nationales. Le nonrespect des restrictions américaines, le cas échéant, expose les entreprises à des amendes pénales ou civiles potentielles, dont la plus draconienne est la perte des privilèges d'exportation et de la capacité à se procurer des marchandises américaines. Ces sociétés peuvent donc se retrouver entre le marteau et l'enclume. FedEx est obligée par le ministère américain du commerce (DoC) d'agir de manière à l'exposer à d'éventuelles sanctions dans le cadre du système UEL. Malgré son investissement important dans le respect de la réglementation, FedEx a été prise entre le marteau et l'enclume, et se retrouve coincée entre les États-Unis et la Chine et leur guerre commerciale toujours plus longue. En vertu de l'Export Control Reform Act de 2018, FedEx doit choisir entre opérer sous la menace de sanctions américaines et faire face à d'éventuels problèmes juridiques de la part de gouvernements étrangers. Comme l'a affirmé FedEx: "Continuer à opérer sous la menace d'actions coercitives imminentes ou cesser les opérations qui pourraient conduire à des mesures coercitives et faire face à d'éventuelles conséquences juridiques de la part des clients et des gouvernements étrangers". Le non-respect des exigences de la Chine en matière d'approvisionnement continu peut entraîner une incapacité à mener des affaires en Chine. La poursuite de l'exploitation enfreint les interdictions contenues dans le Règlement sur l'administration des exportations (EAR), qui sera soumis à la menace de mesures d'exécution imminentes. FedEx limite tous les envois aux entités de Huawei, ou examine soigneusement chaque envoi partout dans le monde pour s'assurer que la société ne se rend pas complice d'une violation des règles d'exportation. Cette dernière option est pratiquement impossible à mettre en œuvre. Sa stratégie consiste à obtenir des décisions de justice décrivant ses obligations en vertu de la législation américaine, bien qu'il reste incertain qu'elle puisse être considérée comme une raison valable et une défense affirmative par la suite. En ce qui concerne une éventuelle application de la doctrine de la contrainte souveraine étrangère en Chine, il n'existe ni périmètre ni précédent à un tel scénario pour que Fedex puisse prendre une décision raisonnablement éclairée pour sortir de l'impasse. L'inscription d'une entité sur la liste noire nécessiterait de suivre les procédures légales requises, y compris une enquête au cours de laquelle les parties intéressées auront le droit de se défendre. Derrière la proposition de licence d'exploitation universelle, qui vise à se venger des mesures discriminatoires imposées aux entreprises chinoises à des fins non commerciales, les entités étrangères peuvent faire valoir un objectif commercial légitime comme moyen de défense viable. Cela peut inclure le respect des lois de l'État d'origine de la cible. Pour garantir la viabilité du système de licence d'exploitation universelle, des lignes directrices doivent être fournies aux entreprises figurant sur la liste pour qu'elles puissent se défendre, voire demander leur retrait de la liste. En termes d'ordre, il est probable que le guide du régime de la LUE soit d'abord publié avant la publication de la liste proprement dite. 2. La validité de la défense d'une considération non commerciale : Initiative proactive contre conformité passive II est nécessaire d'examiner les circonstances dans lesquelles les EMN étrangères sont obligées de mettre en œuvre des mesures discriminatoires. Une société américaine pourrait se défendre en faisant valoir qu'elle doit respecter les lois américaines pour mettre fin à la transaction. Cette situation proverbiale soulève la question de savoir si l'adhésion au décret américain (EO 2019) pourrait constituer une raison valable, et être considérée comme justifiable par les autorités chinoises chargées de l'application des lois. La loi antimonopole (AML 2008) distingue deux types d'infractions, dont l'une est commise "sans raison valable", comme le souligne l'article 17. Bien que la LAB ne considère pas la faute comme un élément déterminant de la défense, on peut distinguer si l'action est fondée sur la propre initiative de l'entité ou sur son obéissance passive. En termes d'abus de position dominante sur le marché, les actions passives sont perçues comme moins dommageables pour la concurrence sur le marché que les actions actives. Si une entité étrangère met passivement en œuvre des mesures discriminatoires dans les limites requises par la législation nationale, comme l'ordonnance européenne 2019, cela peut constituer une raison valable. En revanche, si le comportement d'une entité étrangère dépasse le niveau requis par la législation nationale, cela ne peut pas être une raison valable. Une EMN étrangère inscrite sur liste noire pourrait examiner si elle peut invoquer l'un des arguments susmentionnés comme raison valable pour sa défense. Paradoxalement, elle peut se référer à la branche d'atténuation du MOFCOM de la "considération non commerciale". L'enjeu est de savoir si la conformité passive d'une entité étrangère aux lois sur les sanctions de son État d'origine peut constituer une "contrepartie non commerciale". Si la loi nationale, comme le Décret 2019, ne constitue pas une raison valable, l'entité étrangère sera confrontée à un dilemme. Son comportement ne devrait donc pas être reconnu comme étant à but commercial si l'entité étrangère a adhéré aux lois de son État d'origine. Si le MOFCOM détermine que la loi de l'État d'origine de l'entité est discriminatoire et constitue une menace pour la sécurité nationale de la Chine, les efforts raisonnables déployés par l'entreprise pour maintenir ses activités avec des sociétés chinoises pourraient être un facteur important pour évaluer la validité de la défense. Ce risque peut encourager les entités étrangères à demander une exemption des sanctions afin de leur permettre de poursuivre leurs transactions avec des sociétés chinoises. Néanmoins, il existe peu de précédents ou de paramètres permettant d'étayer le raisonnement ci-dessus.

Les chances de succès de cette défense hypothétique restent incertaines. Ce sont les autorités chinoises chargées de l'application des sanctions qui ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer si une exemption peut être accordée. Tout se résume à la manière dont le MOFCOM interprétera une variable justifiable à première vue de "considération non commerciale". Il reste à voir si le refus de fournir Huawei pour se conformer à la loi américaine pourrait constituer un motif suffisant pour qu'une entreprise américaine ne soit pas ajoutée à la liste d'exportation universelle. Il serait vraisemblablement contradictoire que la défense soit acceptée par le MOFCOM. Dans le cas contraire, l'exclusion de ces entités étrangères irait à l'encontre de la justification de l'introduction de la licence d'exploitation universelle dans le cadre de la guerre commerciale. 3. Réexamen administratif/litige Les entreprises étrangères doivent se préparer à des activités accrues de contrôle des ententes et envisager de prendre des mesures proactives pour évaluer leur exposition à une désignation de LEP. Si elles sont incluses dans la licence d'exploitation universelle, les multinationales étrangères peuvent réfuter cette inclusion en participant à des auditions. Elles peuvent faire un usage efficace des procédures administratives pour défendre leur position au cours d'une enquête. Il n'est pas encore clair si cela se fera avant l'inscription sur la liste ou en tant que rampe de retrait de la liste. En ce qui concerne l'inscription ex ante, le MOFCOM est censé mener une enquête préalable à l'inscription sur la liste avant de placer une entité sur la liste d'attente, ce qui donne aux entités ciblées la possibilité de faire valoir des moyens de défense positifs. Les entreprises menacées d'être inscrites sur la liste d'exclusion devront adapter leur conduite pour éviter les conséquences. En ce qui concerne l'inscription ex post, la licence d'exploitation universelle fera l'objet d'un ajustement après la publication de la licence, et l'entreprise aura le droit de contester son inscription sur la licence d'exploitation universelle. Une entreprise inscrite sera retirée de la liste si les mesures correctives s'avèrent viables. En vertu de la loi américaine sur la procédure administrative, une entité inscrite sur la liste des entités est autorisée à engager des poursuites si une action du ministère américain du commerce (DoC) est arbitraire, capricieuse ou constitue un abus de pouvoir. Malgré le droit de faire appel, peu de poursuites de ce type ont été engagées, car le DoC américain dispose d'un pouvoir discrétionnaire ultime pour déterminer si une entité doit être incluse dans la liste des entités. Il est rare qu'un recours puisse aboutir contre la décision du DoC. De même, le fait d'ajouter une entité à la liste d'entités en Chine peut théoriquement faire l'objet d'un réexamen administratif ou d'un litige administratif. La loi sur le contentieux administratif de la RPC prévoit la fixation de différents types de sanctions administratives. En tant qu'acte unilatéral relevant du pouvoir légal, elle vise à déroger au droit de l'entité ou à créer des obligations supplémentaires pour l'entité. En outre, la loi sur le réexamen administratif (ARL 2018) prévoit qu'une entité peut demander à un département gouvernemental un réexamen administratif si elle n'a pas l'intention d'accepter un acte administratif spécifique. En cas de refus d'accepter une décision prise après le réexamen administratif, le demandeur peut porter un procès administratif devant un tribunal populaire ou demander l'arbitrage du Conseil d'État, qui rendra une décision finale sur la question et aucune autre procédure contentieuse ne sera autorisée. Ainsi, une entreprise étrangère a le droit de demander un réexamen administratif, qui examine directement des actes administratifs spécifiques. En outre, la loi sur la procédure administrative (APL 2017) prévoit une énumération négative de l'étendue du contentieux administratif. Étant donné le manque de précisions, il n'est toujours pas clair si les organes administratifs auraient le pouvoir ultime de décider de l'inclusion d'une entité dans la liste d'experts. En théorie, la décision d'inclure une entité

dans la liste d'exclusion est susceptible de poursuites en tant qu'acte administratif spécifique. Une entité peut également engager une action administrative si elle considère que la SAMR ou le MOFCOM abuse de son pouvoir administratif. Étant donné le large pouvoir discrétionnaire du MOFCOM sur la GUE, demander un redressement par le biais d'un réexamen administratif ou d'une action en justice peut ne pas être une stratégie efficace. 4. Des voies (in)viables ? Comme mentionné ci-dessus, la doctrine de la contrainte souveraine étrangère n'est guère applicable en Chine. Il y a un manque de réciprocité entre les États-Unis et la Chine, sans parler de la tradition non préférentielle du système judiciaire chinois. En ce qui concerne le principe de réciprocité, la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire de la Vitamine C, a déclaré que "Les États non membres n'ont jamais fait valoir que les tribunaux étrangers sont tenus d'accepter ses qualifications ou empêchés de prendre en considération d'autres sources pertinentes" lorsqu'ils interprètent le droit américain. Ni les tribunaux populaires chinois ni les organismes chargés de l'application de la loi, comme le SAMR, ne considèrent normalement que la qualification d'un gouvernement étranger de sa propre loi est juridiquement contraignante. Il est probable qu'ils n'accordent que peu de déférence à l'interprétation des lois américaines par les autorités américaines lorsque des entreprises américaines font l'objet d'enquêtes et de litiges en Chine. Après tout, l'un des objectifs stratégiques de la création des LDE est d'exercer une pression sur les acteurs publics et privés américains, en les obligeant à renoncer à se conformer au système de la liste des entités contre les entreprises chinoises. À cet égard, les autorités chinoises chargées de faire appliquer la loi ne reconnaîtraient pas la contrainte souveraine étrangère comme une raison valable, servant de défense justifiable, que l'entreprise américaine soit ou non placée dans une situation proverbiale entre le marteau et l'enclume. La loi sur le réexamen administratif et la loi sur la procédure administrative sont toutes deux conçues pour remédier aux vices de procédure et/ou aux comportements illégaux dans l'exercice des pouvoirs exécutifs chinois. En l'absence d'actes répréhensibles, y compris d'abus de pouvoir, il sera pratiquement impossible d'annuler les décisions d'inscription sur la liste prises par le MOFCOM ou la SAMR. Il pourrait y avoir une percée en se référant à la loi constitutionnelle chinoise, qui est au sommet de la hiérarchie statutaire de la Chine. Il convient de noter que l'absence d'application judiciaire constitue un grand revers pour la loi constitutionnelle chinoise. D. Sortir de l'impasse : Voies possibles de résolution Les actions de la Chine et des États-Unis pourraient provoquer de nouvelles tensions commerciales et menacer de démanteler les chaînes d'approvisionnement qui relient actuellement les deux économies. Les interdictions des deux côtés font que les entreprises technologiques multinationales se démènent pour atténuer les perturbations de leurs chaînes d'approvisionnement mondiales complexes. La licence d'exploitation universelle pourrait créer des difficultés coûteuses pour les entreprises technologiques d'origine mondiale. Le prix qui en résulte est partagé par les États-Unis et la Chine. Certaines multinationales vont réorienter leurs chaînes d'approvisionnement afin de réduire leur dépendance vis-à-vis de la Chine. Dans la confrontation actuelle entre les deux puissances, il est vital que toute règle à long terme soit élaborée de manière pacifique afin de relever les défis. En punissant l'industrie, on risque de ne pas persuader les gouvernements de changer leurs positions. 1. L'effet de levier de l'accès au marché La Chine joue un jeu de levier en matière d'accès au marché. La LDE pourrait restreindre l'accès au marché chinois pour les multinationales étrangères participant à des boycotts ou à d'autres mesures contre les entreprises chinoises. La Chine aurait de nombreuses cibles si la licence d'exportation universelle était utilisée comme un outil de lutte contre les entreprises technologiques américaines, dont la plupart ont une présence

importante en Chine. La licence d'exportation pourrait également être considérée comme un avertissement aux entreprises chinoises de s'abstenir de coopérer avec celles qui figurent sur la liste noire. En dernier recours, elle sert de monnaie d'échange pour forcer les États-Unis à revenir à la table des négociations et à retirer Huawei de la liste des entités. Le système chinois de LDE aurait des effets similaires à ceux du statut de blocage de l'UE, qui est utilisé pour contrecarrer l'application de sanctions extraterritoriales sur les entreprises nationales. La différence est que le second interdit aux entités de l'UE de se conformer aux sanctions américaines, tandis que le premier vise spécifiquement et directement une entité américaine. Il convient de noter que cette mesure pourrait même avoir des répercussions sur les filiales de sociétés étrangères en Chine. Les filiales de géants étrangers basées en Chine subiront certaines conséquences involontaires si les représailles "tit for-tat" sont intensifiées. En tant que tel, il y aurait une perspective doublement gagnante si les deux puissances pouvaient promouvoir de nouvelles négociations commerciales.

# 2. La GUE est-elle contre-productive?

La GUE semble être le reflet de la liste des entités américaines. Néanmoins, elle n'a peutêtre pas le même effet et ne donne peut-être pas aux mastodontes technologiques américains les mêmes risques de survie que ceux de Huawei. La liste d'entités américaines risque de saper la confiance des entreprises étrangères dans leurs activités en Chine. Une conséquence involontaire pour la Chine est que l'approche axée sur la licence d'exportation accélérerait très probablement les stratégies des entreprises technologiques américaines visant à diversifier leurs chaînes d'approvisionnement en dehors de la Chine. Alors que la guerre commerciale s'intensifie, un sondage de la Chambre de commerce américaine a révélé que 40 % des entreprises interrogées envisageaient de délocaliser leur production hors de Chine pour éviter les retombées futures. La mise en œuvre des LDE pourrait être contre-productive, voire nuire davantage aux intérêts de la Chine elle-même. Cette situation pourrait s'aggraver étant donné la faible croissance économique actuelle de la Chine et la détérioration de la confiance des investisseurs étrangers sur le marché chinois. Le fait de forcer les multinationales étrangères à quitter la chaîne d'approvisionnement électronique de la Chine pourrait avoir un impact majeur sur les multinationales chinoises. Toute mesure prise dans le cadre de l'UEL pour mettre fin aux activités des entreprises technologiques américaines en Chine pourrait nuire à la modernisation technologique chinoise à long terme. Des mesures coercitives peuvent être prises à l'encontre des filiales des multinationales étrangères cotées en bourse et basées en Chine pour des raisons similaires. L'interruption des activités de ces partenaires pourrait entraîner de graves problèmes pour les marchés intérieurs chinois. La Chine doit réagir contre la liste des entités américaines afin de montrer qu'elle ne peut tolérer une telle approche. Il convient de noter que certaines réactions récentes aux sanctions américaines ont été assez faibles. Par exemple, sanctionner Lockheed Martin pour des ventes militaires américaines ne porte guère préjudice à l'entreprise. Comme l'ont fait remarquer certains commentateurs : "Il serait peu judicieux que la Chine s'en prenne trop sévèrement à elle, car elle pourrait voir d'autres portes se fermer, d'autant plus qu'elle reste sur la voie de la reprise économique post-pandémique." Après tout, la menace d'une alliance contre la domination chinoise dans le domaine des technologies 5G se profile à l'horizon. En tant que tel, le recours à des contre-mesures via la GUE pourrait servir de monnaie d'échange à court terme. Stratégiquement, elle ne sera pas durable et viable à long terme.

# 3. Sortir de l'impasse dans laquelle se trouvent les efforts des entités cibles

L'impact pourrait être important pour les entreprises étrangères ciblées, bien que le contenu et les effets de la licence d'exploitation universelle restent à finaliser. Une fois que le système de licence d'exportation universelle entrera en vigueur, il soulèvera des questions potentiellement difficiles concernant l'application extraterritoriale de lois contradictoires sur le contrôle des exportations, qui devront être examinées de manière critique par les multinationales opérant dans les deux juridictions. La question de savoir si un EMN étranger doit être ajouté à la licence d'exportation universelle sera examinée au cas par cas. Elles devront s'orienter en fonction de la conformité avec le contrôle des exportations et les restrictions commerciales des États-Unis, ainsi que des exigences de la Chine en matière de continuité de l'approvisionnement. Une situation proverbiale entre le marteau et l'enclume nécessite un ajustement des stratégies commerciales ou la nécessité de trouver d'autres sources d'approvisionnement. Bien que des mesures spécifiques n'aient pas été mises en place, les entités étrangères peuvent se référer à la liste des entités américaines afin de se préparer à la mise en conformité lorsque la licence d'exportation américaine sera finalement introduite. Cela s'explique en grande partie par les similitudes entre la licence d'exportation et la liste des entités américaines. En outre, les EMN devraient continuer à prêter une attention particulière à toute mesure et politique de suivi dans ce scénario.

## Conclusion

La liste des entités non fiables (UEL) est utilisée, à première vue, comme une arme de représailles contre la liste des entités américaines dans la guerre commerciale en cours. Les représailles pourraient être contre-productives et accéléreraient même le processus de diversification des entreprises technologiques américaines. Il est difficile de prévoir les implications précises à ce stade. L'impact des conséquences reste à voir dans la pratique, puisque plus d'informations sur le mécanisme à mettre en place sont encore à venir. On fait valoir que la tension peut difficilement être traitée par la seule voie juridique à une échelle micro. Compte tenu des complexités, il est impératif qu'un régime de gouvernance mondiale soit établi pour réguler la concurrence pour la suprématie technologique à l'ère numérique.