#2 - Newsletter - Juillet 2021

GÉOPOLITIQUE DE LA CONFORMITÉ

FOCUS - PP.3-8

- Quelques années après sa création, quel rôle pour l'Agence française anti-corruption ? Le cas de l'entreprise française Imerys
- La montée en puissance des critères ESG et les fonds d'investissement
- Veille règlementaire. Commission géopolitique et responsabilité des entreprises : synthèse des débats en cours et évolutions règlementaires de l'UE

L'ANALYSE d'IKARIAN - P.8

La loi chinoise sur la lutte contre les sanctions étrangères : enjeux pour la Chine et perspectives pour la guerre juridique mondiale

> EN BREF

07/01/21 | BLANCHIMENT : WASHINGTON DURCIT SES POUVOIRS DE SANCTION ENVERS LES BANQUES ÉTRANGÈRES

Le 1er janvier 2021, le Congrès américain a renforcé ses armes extraterritoriales en adoptant l'*Anti-Money Laundering Act of 2020*. Cette législation augmente les pouvoirs du Département de la Justice américain (*DoJ*) qui peut désormais réclamer des données aux établissements bancaires, lors d'enquêtes anti-blanchiment d'argent, de lutte anticorruption ou de violation des embargos américains. Qui plus est, cela renforce les capacités de sanctions extraterritoriales des institutions américaines. En cas de refus de partage des données, les acteurs financiers pourront se voir infliger de lourdes amendes ainsi que la rupture des relations avec les établissements bancaires américains.

03/03/21 | L'ALLEMAGNE VA IMPOSER DES AMENDES AUX ENTREPRISES QUI BAFOUENT LES DROITS HUMAINS À L'ÉTRANGER

L'Allemagne a rejoint le club des pays européens (France, Pays-Bas) ayant introduit des législations sur le devoir de vigilance dans leur droit national. Adopté en février, le projet de loi encadrant le devoir de vigilance, « *The Due Diligence Act* », établit la responsabilité des entreprises dans le contrôle de leur chaîne d'approvisionnement (sites de production et fournisseurs) afin d'assurer leur respect des droits humains face au travail (refus du travail forcé) ainsi que le respect de l'environnement. Des mécanismes d'évaluation des risques de violation de ces droits (conditions de travail, standards de vie décents, protection des enfants, interdiction de la torture, etc.) et des sanctions en cas de non-vigilance sont introduits. Le projet prévoit en effet des amendes allant de 100 000 à 800 000 euros selon la taille des entreprises, et jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires pour les groupes dont le chiffre d'affaires dépasse 400 millions d'euros. Le texte doit entrer en vigueur à partir de janvier 2023 pour les entreprises de plus de 3 000 salariés et début 2024 pour les entreprises de plus de 1 000 salariés.

08/03/21 | DEVOIR DE VIGILANCE, CASINO POURSUIVI POUR PARTICIPATION À LA DÉFORESTATION EN AMAZONIE

La chaîne de supermarchés Casino est assignée en justice pour manquement à son devoir de vigilance. Il s'agit de la première chaîne de supermarchés assignée pour ce motif - après les cas de Total et d'EDF - depuis l'entrée en vigueur de la loi française sur le devoir de vigilance en 2017. Dans le cas de Casino, des représentants des peuples autochtones d'Amazonie ainsi que des ONG françaises et américaines (Sherpa, Notre affaire à tous, Mighty Earth) accusent le distributeur d'avoir manqué de vigilance tout au long de la chaîne d'approvisionnement au Brésil et en Colombie, et participé à la déforestation de l'Amazonie et à l'accaparement de terres de peuples autochtones. L'implication de Casino dans la participation à la déforestation s'établit sur la vente de produits à base de viande bovine d'Amérique du Sud.

24/03/21 | LA FRANCE EN PREMIÈRE PLACE DANS LE CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN EUROPE

La France apparaît en première ligne dans le contrôle des investissements étrangers en Europe, avec une augmentation de 50 % des contrôles des acquisitions depuis 2018. En 2019, 64 % des IDE en France sont réalisés par des entreprises européennes basées au Luxembourg (la plupart n'étant pas originaires de ce pays, c'est en effet souvent via ce territoire que les entreprises chinoises investissent en Europe), au Royaume-Uni, en Allemagne, en Italie, ou en Suisse. Toutefois, les principaux investisseurs visés par le contrôle sont américains et britanniques, comme l'illustrent les tentatives de rachat de Photonis par Teledyne (États-Unis) et celle de Carrefour par Couche-tard (Canada). Par ailleurs en 2020, le seuil de contrôle des investissements et de filtrage a été abaissé de 25 % à 10 % de l'actionnariat pour les entreprises cotées au moins provisoirement dans le cadre de la pandémie de Covid-19. Les secteurs soumis au contrôle ont également été élargis aux biotechnologies. Cette tendance à l'amplification des contrôles et au renforcement des législations est une tendance lourde partout en Europe soit pour permettre aux pays d'harmoniser leurs règlementations dans le cadre du mécanisme de filtrage européen mis en œuvre au mois d'octobre dernier, soit pour protéger les entreprises

européennes dévalorisées par la période actuelle d'être la proie d'investisseurs étrangers malveillants.

28/03/21 | PÉKIN ET TÉHÉRAN ONT SIGNÉ UN ACCORD DE COOPÉRATION POUR 25 ANS

La République islamique d'Iran a signé un accord de coopération stratégique avec son premier partenaire commercial, Pékin. La Chine est en effet l'un des rares États à avoir continué à acheter du pétrole iranien malgré les sanctions internationales. Le vaste accord entre les deux États marque une coopération voire une alliance commerciale et stratégique face aux États-Unis. Reste à savoir quelle va être l'attitude de l'administration Biden avec l'Iran. Une reprise du dialogue pourrait conduire à un nouveau rééquilibrage des relations.

10/04/21 | PÉKIN INFLIGE UNE AMENDE RECORD À ALIBABA

Le géant chinois Alibaba s'est vu infliger une amende de 2,33 milliards d'euros par les autorités chinoises pour abus de position dominante suite à une enquête sur ses pratiques monopolistiques, et notamment son recours à des exclusivités forcées. L'amende équivaut à 4 % du chiffre d'affaires de l'entreprise sur l'année 2019. Au-delà de l'amende infligée, Alibaba est sommé de se mettre en conformité aux lois et règlementations introduites par le gouvernement et visant à la protection des consommateurs face aux pratiques prédatrices. La mise en conformité de l'entreprise doit s'effectuer à travers l'instauration de contrôles internes, le maintien d'une concurrence loyale, la protection des vendeurs et le droit des consommateurs.

28/04/21 | LA NOUVELLE LOI BRITANNIQUE SUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ADOPTÉE

La nouvelle loi sur les investissements étrangers adoptée par le Parlement britannique introduit un régime autonome et plus rigoureux que le précédent régime de contrôle. Elle s'étend à l'ensemble des acquisitions d'actifs et aux acquisitions de participation ou autres intérêts dans les entreprises qui soulèvent des enjeux de sécurité nationale. Par ailleurs, une des nouveautés introduites par le texte correspond à l'instauration de notifications obligatoires et à la suspension du régime d'examen si les obligations de notifications et de transparence n'ont pas été remplies. Ainsi, le nouveau régime impose des exigences dans 17 secteurs clés, dont le nucléaire civil, l'intelligence artificielle, la robotique ou l'industrie spatiale. Ce contrôle était auparavant encadré par la loi antitrust sur la préservation de la concurrence de l'Union européenne. Le Royaume-Uni ne participant plus au mécanisme de filtrage des IDE européens depuis le Brexit, cette loi est venue créer un régime autonome de contrôle des IDE permettant de recréer l'environnement de leur contrôle dans leur pays en parallèle d'autres initiatives.

03/05/21 | L'IRAN ESPÈRE EXPORTER 2,5 MILLIONS DE BARILS PÉTROLE PAR JOUR UNE FOIS LES SANCTIONS LEVÉES

Dans le cadre des nouvelles négociations entre l'Iran et les États-Unis en vue de trouver un accord sur le programme nucléaire iranien suite au départ de Donald Trump du *Joint Comprehensive Plan of Action* (JCPoA) et l'imposition de lourdes sanctions à l'encontre de l'Iran, des progrès ont été réalisés à l'approche de la quatrième et dernière partie des négociations, à la fin du mois de mai. En effet, l'équipe américaine, qui est la même que celle qui avait réalisé les premières négociations en 2015, a envisagé un allègement des sanctions à l'encontre de l'Iran contre la mise en conformité de l'accord du JCPoA. L'Iran s'attend donc à la levée des sanctions qui touchent le pays et prévoit ainsi d'exporter 2,5 millions de barils de pétrole par jour une fois que celles-ci seront levées, en raison notamment de l'augmentation de sa production depuis plusieurs semaines.

04/05/21 | SUSPENSION DE L'ACCORD GLOBAL SUR LES INVESTISSEMENTS ENTRE LA CHINE ET L'UE

En raison du régime de sanctions imposé par l'Union européenne à la Chine concernant le traitement de la minorité ouïghoure et des sanctions chinoises imposées en réponse à l'UE, la ratification de l'accord global sur les investissements entre les deux parties a été suspendue. Le *EU-China Comprehensive Agreement on Investment* décidé en décembre 2020 était un accord majeur visant à établir des règles pour contrôler les investissements massifs, lutter contre les transferts de technologies forcés et assurer un accès plus large au marché chinois pour les investisseurs européens (réciprocité). Il incluait aussi des clauses visant à limiter le travail forcé. La suspension de l'accord a été votée par une résolution au Parlement européen, précisant qu'elle se maintiendrait tant que la Chine n'aurait pas levé les sanctions contre les eurodéputés.

05/05/21 | L'ALLEMAGNE RÉVISE SON RÉGIME DE CONTRÔLE DES IDE

Un décret sur les investissements étrangers a été pris par le gouvernement allemand, modifiant l'ordonnance sur le commerce extérieur. Celui-ci vient compléter les adaptations du régime de contrôle des IDE réalisées en 2019 et 2020. Les principaux changements introduits par le texte concernent tout d'abord l'extension du nombre de secteurs soumis aux exigences de notifications, passant de 11 à 27 secteurs hautement stratégiques et technologiques tels que l'intelligence artificielle, la robotique, la cyber sécurité, l'espace ou les semi-conducteurs. Le contrôle des investissements sectoriels a également fait l'objet d'une expansion, avec une exigence de notifications pour les investissements dans les entreprises dont les biens sont soumis au contrôle des exportations.

05/05/21 | HONEYWELL CONDAMNÉ À UNE AMENDE DE 13 MILLIONS DE DOLLARS PAR LES ÉTATS-UNIS

Le département d'État américain a soumis l'entreprise américaine Honeywell, spécialisée dans l'aérospatial, le nucléaire et la défense, à une amende de 13 millions de dollars pour avoir exporté des données techniques et des « blueprint » à des pays étrangers, en violation du règlement sur le trafic d'armes international (*International*

Traffic in Arms Regulations - ITAR) et la législation sur le contrôle des exportations (*Export Control Act*). L'entreprise a en effet exporté des informations sur des composants et équipements d'avions, moteurs à turbine, ainsi que des systèmes électroniques militaires vers plusieurs pays tels que la Chine, le Canada ou l'Irlande sans remplir toutes les obligations règlementaires pour ce faire.

17/05/21 | **COMMERCE : UN NOUVEAU SIGNAL D'APAISEMENT DANS LES RELATIONS TRANSATLANTIQUES**

L'Union européenne a décidé de manière unilatérale d'apaiser les tensions concernant le conflit commercial l'opposant aux États-Unis au sujet de l'acier et de l'aluminium. En réponse à l'imposition de droits de douane américains contre ces matériaux décidée unilatéralement par Donald Trump en 2018 et faisant peser les risques d'une guerre commerciale, l'UE avait instauré des mesures de rétorsion sur des marques américaines (Levi Strauss, Harley Davidson), à savoir l'augmentation de 50% des droits de douane sur ces produits au 1er juin 2021. Dans un souci d'apaisement de la relation transatlantique, ces nouvelles mesures ne seront pas adoptées.

26/05/21 | **BIRMANIE : TOTAL ASSURE QUE L'ARMÉE NE RECEVRA PLUS DE VERSEMENTS LIÉS AU GAZODUC**

Lors d'une assemblée générale du MGTC (dont Total est le premier actionnaire), propriétaire d'un gazoduc reliant la Birmanie et la Thaïlande et soupçonné d'être un projet procurant des fonds à la junte birmane, Total et Chevron ont annoncé la suspension de distributions aux actionnaires de la société. Parmi les actionnaires de MGTC se trouve la Myanma Oil and Gas Enterprise, contrôlée par l'armée birmane et participant au détournement de revenus liés au pétrole et au gaz à destination de la junte.

01/06/21 | **LAURA KÖVESI, ARME ANTICORRUPTION DE L'EUROPE**

Au début de l'année 2021, la juriste procureur roumaine Laura Kövesi a été nommée à la tête du Parquet européen. Procureure, ancienne directrice de la Direction nationale anticorruption en Roumanie, Mme Kövesi est une égérie de la lutte anticorruption. Au sein du Parquet européen, elle est en charge de la lutte contre la fraude, la corruption, le blanchiment d'argent ainsi que la fraude transfrontalière à la TVA (pour un préjudice supérieur à 10 millions d'euros). Le Parquet européen, qui est entré en fonction ce 1er juin 2021, est un organe de l'Union européenne visant à lutter contre la fraude transnationale, les détournements de fonds, et renvoyer devant les juridictions nationales les auteurs de crimes financiers transnationaux. Le nouveau Parquet européen élargit au domaine pénal la protection des intérêts financiers de l'UE et du budget européen.

> FOCUS

Quelques années après sa création, quel rôle pour l'Agence française anticorruption ? Le cas de l'entreprise française Imerys

L'Agence française anticorruption (AFA) a été créée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Loi Sapin 2. L'AFA vise à prévenir, détecter et sanctionner les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds et de favoritisme. Dans ce cadre, elle exerce des missions de conseil et d'assistance (prévenir et détecter les faits de corruption, élaborer des recommandations, préparer un plan pluriannuel de lutte contre les atteintes à la probité, élaborer des recommandations), ainsi que des missions de contrôle (qualité et efficacité des procédures, exécution et suivi des mesures judiciaires). Par ailleurs, en vue de procéder à des injonctions de mise en conformité et de sanctionner les manquements des entités contrôlées, l'AFA dispose d'une commission des sanctions.

Dans le cadre de la lutte anticorruption, la Loi Sapin 2 a également créé la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), comme procédure visant à conclure une convention avec une personne morale poursuivie pour des faits d'atteinte à la probité. La convention comprend des obligations, comme la mise en œuvre d'un programme de conformité, sous le contrôle de l'AFA.

La montée en puissance de l'AFA

L'Agence française anticorruption apporte son appui et contrôle un grand nombre d'entités, à savoir les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics d'économie mixte, les associations ou fondations reconnues d'autorité publique ainsi que les entreprises de plus de 500 salariés. Le contrôle de l'AFA sur les entreprises se concentre principalement sur le respect des obligations de la Loi Sapin 2 imposées aux entreprises. Ces obligations concernent l'élaboration d'un code de conduite, la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte, la mise en place d'une cartographie des risques, l'évaluation

des tiers (fournisseurs et clients), la mise en œuvre d'une procédure de contrôle comptable, la formation des cadres et personnels, et la mise en œuvre d'un dispositif de contrôle et d'évaluation et d'un régime de sanctions.

Le nombre de contrôles exercés par l'AFA est en constante augmentation. En 2017, l'agence avait procédé au contrôle de 6 acteurs économiques. En 2018, une nette évolution porte le nombre de contrôles à 47, dont 4 en exécutant une CJIP. L'année 2018 compta 43 contrôles d'initiatives (28 sur les entreprises et 15 sur les acteurs publics et associatifs).

La montée en puissance de l'AFA lui permet également une intervention au niveau international, en participant aux activités des institutions européennes (Conseil de l'Europe, Groupe d'États contre la corruption) et internationales (ONU, OCDE, G7, G20) visant à la lutte anticorruption. Dans ce cadre et en partenariat avec les institutions internationales, l'AFA a publié le rapport d'analyse de la cartographie mondiale des autorités anticorruption.

Le cas de l'entreprise Imerys

En janvier 2020, le leader français de l'extraction et de la transformation des minéraux Imerys fut invité à comparaître devant la commission des sanctions de l'AFA pour manquement à la loi Sapin 2 et obligation de mise en conformité. Trois manquements sont reprochés à Imerys dans sa démarche de lutte anticorruption:

• La cartographie des risques établie par l'entreprise n'a pas suivi une analyse fine des risques et fut réalisée en méconnaissance de l'article 17 de la loi Sapin 2. La cartographie doit être établie en fonction des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquelles l'entreprise exerce ses activités. Elle est décisive dans la phase d'identification des risques des entreprises. Pour l'AFA, la cartographie d'Imerys ne suivait pas la méthodologie de l'agence et ne garantissait pas l'efficacité du processus. Il est ainsi reproché à Imerys de ne pas mettre en valeur des spécificités de son activité, c'est-à-dire insister sur les différentes fonctions et métiers représentatifs de son activité, assurer une granularité suffisante des risques, hiérarchiser des risques, et enfin actualiser la cartographie.

• Le code de conduite ensuite a été pointé du doigt, ne répondant pas aux exigences de la loi. Le code de conduite doit décrire l'ensemble des comportements à proscrire, susceptibles de constituer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ainsi, tout plan de lutte anticorruption doit être accompagné d'un code de conduite. Celui proposé par Imerys ne fut pas considéré comme un code de conduite clair, lisible et cohérent, c'est-à-dire un ensemble de documents intégré au règlement intérieur et reprenant toutes les rubriques exigées par la loi.

• Les contrôles comptables d'Imerys, enfin, ont été reconnus inefficaces dans la lutte contre la corruption. Mais des efforts ont déjà été réalisés dans ce domaine. Ainsi, la Commission a admis que ce manquement ne justifiait pas de sanction pécuniaire.

L'AFA a laissé un délai de plusieurs mois à Imerys pour prendre en compte ces injonctions et agir dans le respect de la loi Sapin 2. Le cas échéant, une procédure de sanction sera déclenchée. En effet, la commission des sanctions détient trois possibilités : réclamer la conformité de l'entreprise, comme ce fut le cas pour Imerys, et dans un second temps éventuellement prononcer une sanction pécuniaire d'un montant maximum de 200 000 euros pour les personnes physiques et d'un million d'euros pour les personnes morales. La commission peut également publier et diffuser sa décision, aux frais de la personne physique ou morale sanctionnée.

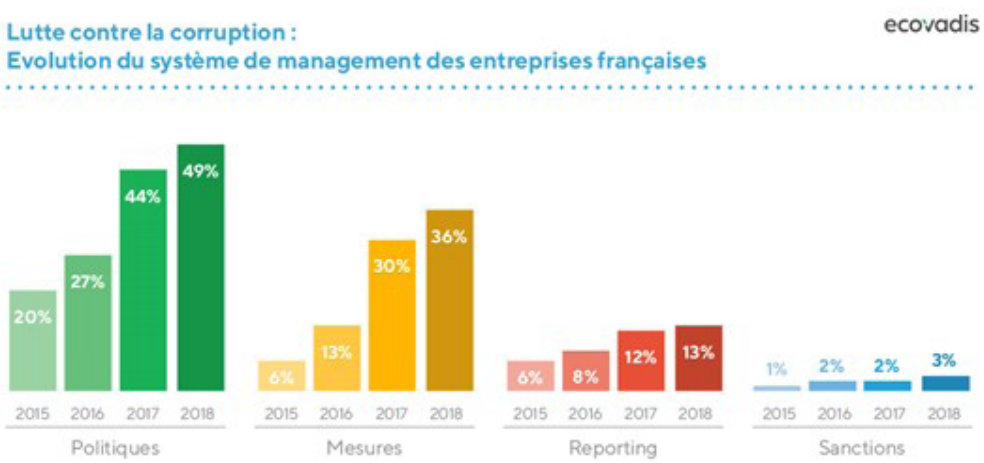
Les conclusions et leçons de l'AFA

Suivant les divers contrôles exercés, l'AFA tire plusieurs leçons concernant les mises en conformité :

• l'engagement des instances dirigeantes est souvent insuffisant dans les processus anticorruption.

• les entités contrôlées ne connaissent pas précisément leurs propres risques d'atteintes à la probité en raison des lacunes ou de l'absence de cartographie des risques permettant l'identification des risques et leur évaluation.

• les systèmes de management des risques au sein des entreprises sont souvent lacunaires et incomplets. C'est pour cette raison que les procédures de sanctions au sein des entreprises sont très minoritaires, bien que la détection des risques ait été faite au préalable. ■



La montée en puissance des critères ESG et les fonds d'investissement

Euronext a introduit en mars 2021 l'indice CAC 40 ESG comme indice identifiant les quarante entreprises témoignant des meilleures pratiques sociales, environnementales et de gouvernance (ESG). Les critères ESG constituent désormais les trois piliers des stratégies de développement et d'investissement responsables. Ils visent à relier la performance financière à l'impact environnemental et social des activités des entreprises (performance extra-financière). L'indice CAC 40 ESG est destiné à l'identification des quarante sociétés bénéficiant des meilleures performances selon ces derniers critères. Il répond à une demande, augmentée par la crise sanitaire, d'investissements durables, par les différentes parties prenantes des entreprises (investisseurs, salariés, etc.), avec une idée qui reste encore à démontrer que la prise en compte de ces critères par les entreprises assure une meilleure rentabilité, offrant par conséquent un couple rendement/risque au moins aussi bon que les fonds ordinaires. Reste à voir comment va se comporter l'indice CAC 40 ESG comparé au CAC 40. Ces évolutions, portées par les fonds d'investissement, questionnent aussi sur le rôle de ces derniers alors que le montant de leurs actifs ne cesse de croître, en dépit de la pandémie de Covid-19.

Les fonds d'investissement font de la gestion de risque, y compris lorsqu'ils investissent dans les entreprises « responsables »

Les fonds d'investissement sont de natures très différentes. Les fonds vautours et/ou activistes investissent dans des entreprises en difficulté en espérant pouvoir les revendre quelques années plus tard avec une forte plus-value grâce à des restructurations. Les mégafonds drainent l'épargne des futurs retraités et souhaitent minimiser leurs risques. Ils investissent donc des parts minimes dans de très nombreuses entreprises, parfois même concurrentes. De nouveaux types de fonds se multiplient ces dernières années, il s'agit de fonds créés et portés par de grandes entreprises et qui ont pour ambition de financer des PME et ETI afin de préserver la chaîne de valeur des entreprises ou permettre l'innovation, etc. Pour autant, l'un des points communs à chacun d'entre eux est l'importance que joue leur « bonne réputation ». C'est un sujet en effet très sensible surtout depuis la crise de 2008 et la critique sévère du rôle des acteurs et marchés financiers dans les dérives du système capitaliste et la mondialisation. Leur réputation leur est un facteur fondamental de la confiance que leur accordent des épargnants et, par conséquent, de leur capacité à attirer cette épargne afin d'investir. Au-delà d'un enjeu réputationnel, leur volonté d'investir dans des actifs responsables répond aussi aux exigences croissantes des épargnants en la matière, qui valorisent toujours plus ces critères de responsabilité, tels que la RSE (responsabilité sociale et environnementale) ou, plus récemment, les critères ESG. On peut s'en émouvoir, douter de la réalité de ces bonnes volontés, il n'en reste pas moins que le pouvoir des fonds d'investissement est devenu tellement important dans nos économies que ces évolutions ont des implications majeures et structurelles sur tout notre système économique.

L'investissement responsable se développe ces dernières années en trois temps. Le premier découle des leçons tirées par les épargnants de la crise financière de 2007. Choqués par la cupidité des acteurs financiers prêts à prendre tous les risques pour gagner beaucoup d'argent - sachant aussi qu'in fine ils seraient sauvés par les États - et craignant que de tels comportements n'érodent leur capital-retraite, ces épargnants individuels se sont orientés vers des placements plus stables et souvent plus éthiques également. Ce fut la vague ISR pour les investissements socialement responsables. Plus récemment (deuxième période), la multiplication des phénomènes extrêmes (étés caniculaires, hivers glaciaux, aléas climatiques et catastrophes naturelles) a fait prendre conscience aux investisseurs des risques croissants liés au changement climatique et du coût exponentiel de l'inaction. La troisième période semble s'ouvrir à présent, mêlant l'ensemble de ces préoccupations auxquelles semble s'ajouter une dimension plus sociale également probablement portée par une prise de conscience des inégalités avec la multiplication des mouvements sociaux partout dans le monde, mais

aussi de mouvements comme Me Too ou Black Lives Matter. Là encore, les fonds semblent ne pas s'y tromper, en témoigne la lettre annuelle 2021 de Larry Fink, le PDG du fonds d'investissement BlackRock. Il y incite les entreprises à inclure la lutte contre les inégalités et pour l'inclusion dans leur stratégie et leur développement.

Les fonds d'investissement influencent-ils la stratégie des entreprises ?

C'est une question majeure au moins à deux titres, quelque peu paradoxaux : le premier, source d'inquiétude, concerne le pouvoir de ces fonds et par voie de conséquence de la finance sur l'économie mondiale ; le deuxième, plutôt source d'espoir au vu de la montée en puissance des critères ESG, questionne la capacité de ces fonds à impulser des changements structurels au sein des entreprises. Comme souvent, et au-delà de tout fantasme ou naïveté, la réalité est entre les deux. Les fonds d'investissement poussent les entreprises à intégrer ces critères de responsabilité en les posant comme une condition à la poursuite de leurs investissements. De fait, ils participent à l'orientation de la stratégie des entreprises. Ils agissent pour autant au travers d'une approche par exclusion en renonçant à investir dans certaines entreprises ou certains projets parce que ne respectant pas les critères qu'ils se sont fixés. Ils sont de ce point de vue la source de changements. Mais à quel prix ?
Le cas de Total et son choix de rester ou non en Birmanie est illustratif de cette situation. Pour des acteurs tiers tels que les actionnaires, les salariés, ou les acteurs financiers, poursuivre des activités en Birmanie ne correspond pas à la politique RSE de Total et entacherait donc la réputation de l'entreprise. Plus globalement, les entreprises d'armements ou d'exploitation d'énergies fossiles sont désormais confrontées aux enjeux de financements, car les actionnaires sont de plus en plus regardants sur la destination de leurs investissements. Les activités des entreprises ne correspondent pas aux critères actuels et ces dernières subissent donc la pression tant des investisseurs que des organisations non gouvernementales. Cela explique par conséquent leur stratégie de diversification, comme c'est le cas pour Total ou d'autres entreprises françaises.

Toutefois, la stratégie d'investissement des fonds soulève nombre de questions.

D'une part, la question de l'information détenue par ces fonds constitue une réelle inquiétude, notamment lorsqu'ils investissent dans des entreprises stratégiques ou dans des entreprises concurrentes. Ils sont par ailleurs dotés de moyens incomparables pour accéder à ces informations (cf. le système d'information de BlackRock, Aladdin). Ils restent qui plus est peu transparents sur l'usage qu'ils peuvent faire de cette information et sur leur stratégie, à l'image de Finsur Corp, ce fonds dont personne ne sait rien et qui a récemment acquis 5% du capital de l'entreprise Atos et devenant ainsi l'un des principaux actionnaires du leader français de la transformation digitale, présent dans plus de 70 pays dans le monde et travaillant aussi pour le ministère des Armées en France.

D'autre part, la primauté des fonds d'investissement américains questionne aussi sur le rôle de ces investissements dans l'instrumentalisation des entreprises, notamment étrangères, à des fins autres que financières. Par exemple, dans le cas de fonds d'investissements américains très puissants, on peut craindre une instrumentalisation des investissements à des fins politiques, via notamment l'extraterritorialité et le rôle central du dollar. Le poids des mégafonds questionne également, car il constitue une véritable puissance économique et financière aux dimensions systémiques. Les cinq premiers fonds américains détiendraient près du quart de la capitalisation mondiale.
Enfin, certains actionnaires soulèvent également un paradoxe majeur, partagés entre une volonté de performance et un risque réputationnel les poussant à investir dans des entreprises à mission. C'est le cas de l'entreprise Danone, qui possède un statut d'entreprise à mission et fait face à une crise de gouvernance en raison de l'opposition de ses actionnaires aux objectifs de durabilité imposés par Emmanuel Faber à l'entreprise. Dans le cas de Danone, les actionnaires préfèrent orienter l'entreprise vers des objectifs de performance, au détriment d'objectifs de durabilité.■

Veille règlementaire. Commission géopolitique et responsabilité des entreprises : synthèse des débats en cours et évolutions règlementaires de l'UE

L'activisme règlementaire européen est prégnant depuis plusieurs mois, instaurant un cadre incitatif, dans le but de satisfaire les obligations en matière de droits de l'homme, de protection de l'environnement et de gouvernance. Les initiatives règlementaires et les textes adoptés visent à mettre en œuvre des procédures d'évitement des risques (devoir de vigilance, contrôle des exportations) afin que les activités économiques et commerciales sur le territoire européen soient dans le respect des intérêts et des valeurs européennes. Petit retour sur les dates clés.

Octobre 2020 : Le filtrage européen des investissements étrangers entre en vigueur

Introduction du règlement européen adopté le 19 mars 2020 par le Parlement européen et le Conseil concernant le premier mécanisme de filtrage européen des investissements directs étrangers (*EU foreign investment screening mechanism*). Il s'agit d'un mécanisme d'alerte destiné à mieux coordonner les mécanismes nationaux existants et échanger des informations sur les investissements étrangers réalisés au sein des pays de l'Union européenne. Ce mécanisme permet à la Commission d'intervenir en émettant un avis lorsque la sécurité nationale des États est en jeu, sans toutefois bénéficier de la possibilité de bloquer un investissement. Il permet enfin d'instaurer un contrôle afin de protéger les industries stratégiques européennes et limiter les transferts de technologies face à des investissements agressifs, chinois par exemple. Sa mise en œuvre intervient alors que plusieurs pays de l'UE ont ces dernières années, et même derniers mois, durci leur propre mécanisme de contrôle des IDE.

Novembre 2020 - Accord sur la modernisation des contrôles des exportations de l'UE, relatifs aux biens et technologies à double usage

Le contrôle des exportations double-usage est totalement harmonisé en Europe grâce au règlement n°428/2009 du 5 mai 2009 que les États membres ont tous transposé dans leur réglementation nationale. Le texte de novembre renforce la capacité de l'UE à contrôler les flux d'échanges commerciaux des technologies émergentes. Dans ce cadre, l'accord place au centre de ses préoccupations la lutte contre la violation des droits de l'homme face, par exemple, à la cyber surveillance.
Enfin, la modernisation du contrôle des exportations s'inscrit dans un cadre de renforcement de la convergence entre matières du contrôle des exportations au niveau mondial.

Novembre 2020 : Publication du rapport « Pour un droit européen de la compliance »

Rédigé par le think tank Le Club des juristes, ce rapport propose des stratégies et des mesures en matière de lutte anticorruption au niveau européen. Les propositions visent à compléter les instruments existants au niveau de l'OCDE ainsi que dans chaque État membre, dans un objectif d'uniformisation d'une politique européenne globale. Quatre grandes propositions sont émises : l'adoption d'un paquet européen anticorruption par la voie de directives (obligation de conformité dans le droit européen aux recommandations de l'OCDE, obligation de chaque État membre d'incriminer les faits de corruption, soumettre les entreprises à des obligations de prévention et de détection de la corruption) ; subordination de certaines activités réglementées au respect de clauses anticorruptions ; introduction de clauses anticorruptions dans les accords de partenariats économiques entre l'UE et les États tiers.

Mars 2021 : Adoption par le Parlement européen d'une initiative législative concernant le devoir de vigilance des multinationales

L'initiative place au centre la notion de responsabilité juridique des entreprises et de l'ensemble de la

chaîne de production. La responsabilité vise la violation des droits de l'homme, des dommages environnementaux, ainsi que l'atteinte à la gouvernance commise par les entreprises dans leur processus de production. Le projet de loi ambitionne l'instauration de processus d'identification et de correction des préjudices.
Au mois de mars, l'Allemagne a également émis le *Due Diligence Act*, introduisant la responsabilité dans les chaînes de valeur.

Mars 2021 : Présentation par la Commission européenne des axes pour la transformation numérique de l'Union européenne d'ici la fin de la décennie.

La stratégie numérique de l'Europe s'inscrit dans l'objectif de renforcer la souveraineté numérique européenne, une citoyenneté numérique européenne, et vise également à répondre à l'objectif de neutralité carbone d'ici 2050. Pour cette raison, quatre grands domaines sont définis par la Commission européenne : les compétences, les infrastructures numériques, la transformation numérique des entreprises et la numérisation des services publics. Ces nouvelles pistes de transformations complètent les premières stratégies européennes de la Commission, qui visaient dès 2018 à une stratégie pour l'intelligence artificielle, et l'utilisation éthique de cette dernière, ainsi que l'utilisation des richesses numériques et des mégadonnées au service des citoyens et des entreprises.

Pacte vert pour l'Europe (2019-2024)

Janvier 2021 : Lancement du nouveau Bauhaus européen comme projet environnemental, économique et culturel contribuant à la réalisation du pacte vert pour l'Europe. Le nouveau Bauhaus suit une série d'*initiatives* participant au pacte vert, telles que l'alliance européenne des batteries et le Pacte européen pour le climat en décembre 2020, ou la stratégie pour les énergies renouvelables en mer en novembre 2020.

Avril 2021 : Le 21 avril, la Commission européenne a publié l'acte délégué pour l'application de la taxonomie sur les activités vertes, définissant les activités qui contribuent à l'atténuation du réchauffement climatique. Le document final n'intègre ni le gaz naturel, ni le nucléaire, comme le revendiquaient certains États.

Réponse à l'extraterritorialité américaine et aux sanctions

Mars 2021 : L'Institut Jacques Delors a publié un rapport sur l'application extraterritoriale des sanctions américaines, dans l'objectif d'apporter à l'Union européenne des pistes de réflexion sur la façon de contrer les sanctions américaines visant principalement les entreprises françaises et européennes. Le document propose des mesures générales de protection (évaluer les pertes des entreprises européennes, construire l'indépendance financière de l'Europe, inverser le règlement de blocage européen, renforcer la coordination au sein de l'OFAC, etc.) ainsi que des contre-mesures (utiliser les pouvoirs commerciaux existants, interdire le territoire européen aux décideurs des sanctions extraterritoriales visant les entreprises européennes, et interdire leur participation aux émissions d'emprunts de la BCE, etc.). ■

> L'ANALYSE D'IKARIAN

par Frédéric Pierucci

IKARIAN

Contexte

L'élection de Donald Trump en 2016 officialise la confrontation économique sino-américaine, déjà palpable sous le mandat du président Obama qui a vu naître la doctrine du « pivot asiatique » et les prémisses du rehaussement des tarifs douaniers. Au-delà de sa rhétorique agressive et des augmentations successives des barrières douanières contre les produits chinois, le mandat de Donald Trump est marqué par un certain nombre de mesures ciblées visant des entreprises chinoises, notamment dans le domaine du numérique et des nouvelles technologies.

L'empire du Milieu fait en effet les frais des lois extraterritoriales américaines. Le géant des télécoms ZTE, déjà sanctionné à hauteur de 1,2 milliard de dollars en mars 2017 (900 millions comptants et 300 millions supplémentaires en cas de violation de ses engagements auprès des autorités américaines) pour avoir violé l'embargo américain contre l'Iran, est placé sur une liste noire en avril 2018 pour une durée de 7 ans pour ne pas avoir pris certaines mesures disciplinaires contre ses salariés alors qu'il s'y était engagé dans le « *plea agreement* » signé entre l'entreprise et le DOJ. Le président Trump retirera finalement ZTE de la liste noire

La loi chinoise sur la lutte contre les sanctions étrangères : enjeux pour la Chine et perspectives pour la guerre juridique mondiale

dans un geste d'apaisement.

La confrontation sino-américaine s'envenime néanmoins dangereusement le 1er décembre 2018, lorsque Meng Wanzhou, numéro 2 de Huawei et fille de son fondateur Ren Zhengfei, est arrêtée par la police canadienne sur demande des autorités américaines alors qu'elle sort de l'aéroport de Vancouver. Elle est en effet accusée de fraude bancaire, de fraude électronique et de « *conspiracy* » en vue de violer les sanctions américaines contre l'Iran.

Le Yucheng, vice-ministre des Affaires étrangères chinois, déclare à ce sujet : « les États-Unis ont violé les droits légitimes et les intérêts des citoyens chinois, et la nature de cette violation est extrêmement grave ». Le ton est donné.

Si la démarche américaine de préservation de ses intérêts industriels est claire, la Chine doit également faire face à des sanctions motivées par des raisons de droits de l'homme. En mars 2021, l'Union européenne gèle les avoirs de quatre responsables chinois impliqués dans la répression des Ouïghours et interdit à tous les États membres de leur délivrer des visas pour le territoire européen.

Voyant les sanctions à son endroit se multiplier, la Chine expose son intention de s'armer pour ne pas subir passivement la guerre juridique qui s'annonce lors du 13e Congrès populaire national de mai 2020 et annonce qu'elle compte accélérer la construction d'un système juridique ayant une portée extraterritoriale dans des secteurs stratégiques.

Bien que la Chine ait rapidement compris qu'elle se devait de riposter face aux sanctions étrangères sous la présidence de Donald Trump, elle ne commence à légiférer qu'en décembre 2020, en adoptant une nouvelle loi sur le contrôle des exportations afin de mieux maîtriser les transferts de technologie issus de ses exportations sur le modèle des réglementations américaines ITAR et EAR . Joe Biden entérine la politique de son prédécesseur à l'égard de la Chine, et étend la liste noire des entreprises chinoises vers lesquelles les investissements américains sont proscrits de 31 à 59 entreprises le 3 juin 2021, ouvrant la voie à une nouvelle escalade avec la Chine. Le Parlement chinois adopte dans la foulée une nouvelle loi pour contrer les sanctions étrangères (« *Anti-Foreign Sanctions Law* »), le 10 juin 2021.

Un rappel et une officialisation du rapport de la Chine à la souveraineté

Au-delà des mesures elles-mêmes, la Chine profite de ce texte pour communiquer sur son contre-modèle politique et rappeler sa position westphalienne, « réaliste », des relations internationales. Elle prétend en effet donner le primat à la « souveraineté nationale » sur toute autre considération , à rebours du « wilsonisme botté » remis au goût du jour par le nouveau président américain, guidé par d'inébranlables valeurs démocratiques et libérales justifiant une politique étrangère ouvertement hostile aux États ne les partageant pas.

La Chine s'oppose en effet à toute forme « d'hégémonie » géopolitique (« *the People's Republic of China opposes hegemony and power politics* »), prenant le parti d'un système international multipolaire dans lequel la paix repose sur un équilibre des forces, vision du monde également défendue par le président russe Vladimir Poutine, et plus généralement par tous les pays pris pour cible par les États-Unis comme l'Iran par exemple.

Le système international promu par la Chine est décrit à l'article 2 de la loi du 10 juin, et repose sur cinq principes :
- Respect mutuel de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des États ;
- Non-agression ;
- Non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État ;
- Égalité juridique et de dignité entre les États.

À ces principes fondamentaux du droit international s'ajoute un strict attachement au multilatéralisme et à l'ordre international hérités de 1945, c'est-à-dire dominés par les Nations unies (« *The People's Republic of China adheres to a peaceful foreign policy [...] preserving the international order that is based on international law with the United Nations as its core [...]* ») et par son Conseil de sécurité.
La Chine présente donc une vision traditionnelle de la vie internationale, dont découle logiquement sa loi contre les sanctions américaines. L'empire du Milieu estime en effet que les sanctions unilatérales adoptées en dehors de la procédure prévue par le chapitre VII de la Charte des Nations unies sont contraires aux principes rappelés par la loi – lesquels sont d'ailleurs tous consacrés par la coutume internationale et codifiés dans la Charte de San Francisco. Du fait de l'existence de sanctions contraires au droit international, la Chine s'accorde le droit de prendre des contre-mesures proportionnelles (« *corresponding* »), en guise de rétorsion et de légitime défense.

Dans les faits, la loi ne fait qu'entériner une pratique chinoise déjà relativement ancienne : la Chine a en effet réagi à l'arrestation de Meng Wanzhou en incarcérant deux citoyens canadiens sur son territoire pour espionnage et en condamnant à mort un autre citoyen canadien détenu en Chine depuis 2014 pour trafic de drogue (bien que Pékin nie toute relation entre le cas de Meng Wanzhou et ces condamnations). De même, la Chine a sanctionné les hommes politiques à l'origine de la résolution du Parlement européen sur la question ouïghoure. Néanmoins, l'adoption de ce texte envoie un message politique sans équivoque aux États prenant des mesures unilatérales contre la Chine : toute application d'un droit étranger portant atteinte à une personne chinoise expose désormais officiellement son auteur à des représailles.

Dispositions et contre-mesures : la proportionnalité comme principe

Concrètement, la loi prévoit qu'en cas de sanctions étrangères, les départements compétents du Conseil des affaires de l'État (*State Council of the People's Republic of China*) établiront une liste de personnes physiques et morales ayant participé directement ou indirectement à son élaboration, à son adoption ou à sa mise en œuvre . Les contre-mesures chinoises s'appliqueront également aux proches des personnes physiques désignées sur cette liste, ainsi qu'aux cadres supérieurs des entreprises y figurant et aux entreprises dont les cadres y sont visés .

Dans les faits, la Chine se laisse toute latitude pour décider de la nature des représailles à adopter. La loi mentionne effectivement (a) la restriction de déplacement (interdiction de visa, refus d'entrée, etc.) (b) le gel ou la saisie de tout bien ou propriété appartenant à l'intéressé sur le territoire chinois (c) la restriction des activités de tout ordre (économique, humanitaire, politique, etc.) et des transactions sur le territoire chinois.

Néanmoins, le législateur chinois semble soucieux de se ménager des marges de manœuvre pour parer à toutes les éventualités en s'autorisant à prendre (d) « toute autre mesure nécessaire » , sans davantage de précision. Le Conseil des affaires de l'État est chargé de l'application de la loi et ses décisions ne souffriront aucun recours (« *decision made by the [...] State Council [...] are final decisions* »), tandis qu'un « mécanisme de coordination » des contre-sanctions doit être mis sur pied pour que les différentes divisions du Conseil agissent en synergie. Le Conseil s'assurera également du bon respect des sanctions par les entreprises et les ressortissants chinois.

La loi interdit également aux personnes morales et physiques chinoises de se conformer à des sanctions étrangères ou à des condamnations prononcées sur la base de lois extraterritoriales (« *discriminatory restrictive measure* ») ; pareillement, elles ne doivent pas participer à la mise en œuvre de telle mesure ni coopérer avec les pouvoirs publics chargés de les adopter (« *organizations and individuals must not enforce or assist in enforcing [...]* »).

En confiant l'application de la loi au Conseil des affaires de l'État, la Chine signifie implicitement que sa souveraineté économique et juridique est élevée au rang de priorité nationale. En effet, chaque département du Conseil pourra mettre en place des contre-mesures ciblées s'il estime que son périmètre est affecté par une sanction étrangère : l'ensemble des administrations chinoises seront donc associées à l'adoption de contre-mesures, et non les seuls ministères des Affaires étrangères et des Affaires économiques par exemple. Ce choix administratif aura des conséquences particulièrement claires sur les réactions chinoises : comme le souligne l'article 13 de la loi, « des mesures additionnelles en plus de celles prévues pourront être mises en place par la loi, le règlement administratif et les règles des départements ».

Si elle doit être évaluée avec le temps, la portée de cet article est potentiellement très importante, puisqu'elle donne encore davantage de latitude à la Chine dans le choix de ses mesures de rétorsion que l'article 6.

Conséquences et réactions internationales

Les milieux d'affaires internationaux : une inquiétude à nuancer

Selon Julian Ku, professeur de droit constitutionnel à l'Université Hofstra de New York, la loi sur la lutte contre les sanctions étrangères va accroître l'insécurité juridique des entreprises multinationales opérant en Chine. En effet, en cas de poursuite par une autorité étrangère comme le *Department of Justice* américain par exemple, celles-ci seront mises au pied du mur et devront de fait choisir de se soumettre à la loi chinoise ou à la loi étrangère, sans pouvoir échapper à une inéluctable sanction. Les intéressées ne s'y trompent d'ailleurs pas, puisque les entreprises pointent déjà l'effet dissuasif du texte sur leurs investissements en Chine.

La loi n'ayant fait l'objet que de deux lectures avant d'être adoptée (au lieu de trois dans le processus législatif standard), la Chambre du commerce de l'Union européenne signale un manque de transparence quant à son adoption. Son président, Joerg Wuttke, avertit « qu'une telle action n'est pas de nature à attirer les investissements étrangers ou à rassurer les entreprises qui ont de plus en plus l'impression d'être utilisées comme des pions sacrificiels dans une partie d'échecs politique ».

Reste à déterminer si, au-delà des discours, l'insécurité juridique résultant de l'adoption de la loi est de nature à détourner les capitaux de la locomotive de la croissance mondiale, alors que la Chine affiche une prévision de croissance de l'ordre de 8 % en 2021 selon le FMI et la Banque mondiale.

Une réponse chinoise à la nouvelle stratégie américaine sur les semi-conducteurs

Au-delà de la tendance structurelle de multiplication des sanctions à l'encontre de la Chine, la loi du 10 juin 2021, il est également possible de déceler une réponse très habile de Pékin face au volontarisme américain sur les semi-conducteurs. L'économie mondiale subit en effet une grave pénurie de semi-conducteurs depuis janvier 2021, et le monde prend conscience que plus de 80 % des exportations mondiales proviennent d'Asie.

Pour renforcer la production américaine et réduire la dépendance des États-Unis vis-à-vis de ses importations, les 65 principaux fabricants implantés aux États-Unis se réunissent au sein de la Semiconductors in America Coalition (SIAC) le 11 mai 2021. Leur objectif est de profiter des 52 milliards de dollars de financement public pour la recherche prévus dans le *U.S. Innovation and Competition Act* adopté au Sénat le 8 juin 2021 et des subventions à l'industrie prévues dans le *Chips for America Act* qui doit encore être adopté.

Le Taïwanais TSMC, qui a investi aux États-Unis ces dernières années, rejoint la SIAC le 12 mai 2021 pour profiter des fonds fléchés vers l'industrie du semi-conducteur. Néanmoins, pour bénéficier des subventions américaines, TSMC devra dévoiler un certain nombre de secrets commerciaux à l'administration américaine, notamment concernant ses relations avec des entités chinoises. Or, cette application du droit américain à une entreprise non américaine rentrerait vraisemblablement dans le périmètre de la loi du 10 juin. Aussi TSMC se trouvera-t-elle prise en étau entre le marteau chinois et l'enclume américaine, comme les observateurs le prévoyaient. Un véritable cas d'école pour l'avenir de la guerre juridique mondiale.

Conclusion

Si le volontarisme chinois suscite des réactions immédiates de la part des milieux d'affaires et des institutions européennes, force est de constater que ceux-ci sont moins prompts à faire part de leurs inquiétudes lorsque les États-Unis adoptent une loi à portée extraterritoriale ou source d'insécurité juridique pour les investisseurs.

Au-delà des récriminations, sans doute serait-il plus constructif d'étudier attentivement la stratégie déployée par la Chine dans sa confrontation juridique avec les États-Unis pour en tirer les conclusions afin de protéger les entreprises françaises et européennes des sanctions et lois extraterritoriales américaines et, bientôt, chinoises. ■

CONTACT

Sylvie MATELLY

Directrice adjointe de l'IRIS

matelly@iris-france.org