

N°97

DÉCEMBRE 2023  
JANVIER 2024

[www.village-justice.com](http://www.village-justice.com)

# Le Journal du Management

*juridique et réglementaire d'entreprises*



ÉTHIQUE ET  
COMPLIANCE

CONTRACT  
MANAGEMENT

DPO - RGPD

RECOUVREMENT



# Un progrès de la compliance européenne : les lignes directrices de la Commission européenne sur la *due diligence* en matière de sanctions économiques contre la Russie

En matière de compliance aux sanctions économiques, l'OFAC américain a publié ses recommandations dès 2019<sup>1</sup>, mais la Commission européenne était restée jusqu'ici largement silencieuse sur le sujet<sup>2</sup>.

Ce constat s'explique très naturellement par les limites de la compétence pénale de l'Union.

Et c'est pourquoi le Parlement européen, au nom de l'efficacité de sanctions contre la Russie, vient d'« inviter le Conseil européen à adopter une décision visant à étendre les compétences du Parquet européen à l'infraction que constitue la violation des mesures restrictives de l'Union »<sup>3</sup>.

C'est ce même risque de l'impuissance européenne face à la Russie qui a conduit la Commission à publier, en parallèle, une **Guidance for EU Operators : Implementing enhanced due diligence to shield against Russia sanctions circumvention**<sup>4</sup>. Saluons l'initiative, car la Commission semble enfin prendre ses responsabilités et s'adresser aux entreprises de manière coopérative et structurée, sur un sujet de compliance très opérationnel et très central.

### Un message clair aux entreprises

Si la *Guidance* se présente comme un recueil de bonnes pratiques, elle n'en délivre pas moins d'abord un message répressif aux entreprises : ne vous contentez pas d'une compliance *a minima*, qui permet en réalité le contournement des sanctions contre la Russie par des circuits contractuels, logistiques ou financiers impliquant des pays tiers. Cette approche vous exposerait à un risque pénal : « Si un bien sous sanctions exporté depuis l'UE vers un pays tiers est ensuite ré-exporté vers la Russie, écrit la Commission, les autorités compétentes peuvent considérer que **le défaut de due diligence adéquate de l'exportateur UE constitue une violation du droit des sanctions de l'UE** »<sup>5</sup>.

Cette mise en garde ne surprendra pas la communauté française de la compliance, qui est depuis longtemps

familière de l'approche américaine, qui pénalise la *willful blindness*, autrement dit l'« *aveuglement délibéré* » ou encore l'organisation de l'ignorance. L'OFAC rappelle d'ailleurs cette approche dans ses propres guidelines : « Les poursuites publiques de l'OFAC (en matière de ré-exportation) ont généralement concerné des grandes entreprises sophistiquées, qui ont suivi certains schémas ou pratiques pendant plusieurs années, qui ont ignoré de nombreux signaux d'alerte (*warning signs*), ou n'y ont pas répondu, et – dans certains cas – qui ont dissimulé leur activité de manière délibérée ou imprudente (*willful or reckless*) »<sup>6</sup>.

Le parallélisme avec les États-Unis est bien sûr loin d'être complet, car là où l'OFAC dispose d'une capacité autonome de sanction administrative, la Commission européenne n'a aucun pouvoir répressif en la matière et doit s'en remettre aux autorités des États membres, dont les approches sont très hétérogènes.

Le message répressif de la Commission constituera cependant un élément d'interprétation dans le cadre de futures procédures pénales nationales portant sur des scénarios de contournement<sup>7</sup>.

### Une liste de pays à risque

Une autre avancée tient à l'identification d'une liste de pays tiers qui servent de plateforme au commerce indirect avec la Russie.

La dimension diplomatique du sujet a manifestement empêché la Commission de dresser elle-même cette liste, ce qui lui aurait donné un plus grand écho. La Commission n'en fixe pas moins le cadre, en mettant en avant dans sa *Guidance* la notion de « *circumvention hubs* »<sup>9</sup>, c'est-à-dire de pays « *plateformes de contournement* ». Ces pays sont également visés, de manière implicite, par les dispositions « *anti-contournement* » du 11<sup>ème</sup> paquet de sanctions contre la Russie<sup>10</sup>.

L'avancée serait restée bien modeste sans l'apport du Parlement européen qui, dans la foulée, a désigné



1 - Department of the Treasury, A Framework for OFAC Compliance Commitments, 2019, en ligne : <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm680>

2 - Sous réserve des quelques indications données dans les « Frequently Asked Questions », p. 13 et s. (en ligne : [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-10/faqs-sanctions-russia-consolidated\\_en\\_3.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-10/faqs-sanctions-russia-consolidated_en_3.pdf)).

3 - Résolution du Parlement européen du 9 novembre 2023 sur l'efficacité des sanctions de

l'Union européenne à l'encontre de la Russie (2023/2905(RSP)), par. 5. En ligne : [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0397\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0397_FR.html)

4 - Commission européenne, 7 septembre 2023, en ligne : [https://finance.ec.europa.eu/news/sanctions-commission-publishes-guidance-help-european-operators-assess-sanctions-circumvention-risks-2023-09-07\\_en](https://finance.ec.europa.eu/news/sanctions-commission-publishes-guidance-help-european-operators-assess-sanctions-circumvention-risks-2023-09-07_en)

5 - *Guidance*, p. 8 (nous traduisons).

6 - OFAC Framework, p. 10, par. IV.

7 - Aucune procédure pénale française de ce type n'a encore abouti, à ma connaissance

8 - Un document précédent émanant de la Commission mentionnait cependant déjà les pays membres de l'Eurasian Economic Union (EAEU), zone de libre circulation avec la Russie (Notice to economic operators, importers and exporters (2022/C 145 I/01))

9 - *Guidance*, p. 9.

10 - Cette initiative fait suite également aux mesures « anti-contournement » adoptées par le Conseil dans son 11<sup>ème</sup> paquet de sanctions concernant la guerre d'agression menée par la Russie contre l'Ukraine (Journal officiel de l'Union Européenne L1591 du 23 juin 2023).

spécifiquement certains pays : « *Plusieurs pays n'appliquant pas de sanctions, écrit le Parlement européen, tels que la Chine, la Turquie, les Émirats arabes unis, le Kazakhstan, le Kirghizstan, certains pays du Caucase du Sud et la Serbie, sont devenus des plaques tournantes par lesquelles des entités russes réacheminent vers la Russie les produits qu'elles importent de l'Union ou mettent en place des voies de substitution pour l'importation de biens à double usage ainsi que de technologies et d'équipements de fabrication étrangère* »<sup>11</sup>.

Intéressant pas de deux, qui permet à la Commission et au Parlement d'établir une liste sans véritablement le faire, et d'interdire aux entreprises européennes de jouer sur le registre de la fausse naïveté.

## Une liste de red flags

Cette identification de pays à risque est d'autant plus intéressante qu'elle est complétée, dans la *Guidance* de la Commission, par une liste détaillée de signaux d'alerte (*red flags*).

Pour rappel, la notion de « *red flag* » se distingue nettement des notions judiciaires de « preuve » ou de « faisceau d'indices ». Le *red flag* est une notion opérationnelle de compliance, qui n'impose pas de prendre position sur la réalité du comportement frauduleux sous-jacent, mais simplement de répondre à un « signal faible » émanant d'un tiers ou d'une situation, soit en procédant à un complément d'enquête, soit en suspendant la relation ou l'opération à titre prudentiel.

La liste des *red flags* élaborée par la Commission en matière de contournement des sanctions économiques reprend et applique des idées bien connues en matière de compliance, et qui sont formalisées de longue date en matière d'anti-corruption<sup>12</sup> ou de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme :

- Toute structuration d'une **opération qui ne semble pas clairement justifiée d'un point de vue économique** doit être traitée comme un *red flag*.
- Il en va de même de tout **manque de transparence** quant à l'actionnariat, ou plus généralement quant au décisionnaire ou au bénéficiaire réel.
- L'usage d'**entités juridiques sans consistance réelle**, telles que des *trusts*, des sociétés *offshore* ou des sociétés « sur étagère », ou sans *track record* vérifiable, constitue également un *red flag*.
- La liste des *red flags* doit se nourrir d'une compréhension des **schémas de fraude** partagée entre les opérateurs et les autorités. Cette liste doit être adaptée de manière périodique pour suivre l'évolution des schémas.

À la déclinaison de ces notions générales, la *Guidance* de la Commission ajoute des éléments plus spécifiques à la matière des sanctions économiques, comme la vigilance

aux changements d'actionnariats ou autres **mouvements ou transactions réalisés peu de temps avant ou après l'émission d'une nouvelle sanction**. Les opérations sur capital ayant pour effet de faire descendre un associé en dessous du seuil de 50 % sont à cet égard identifiées comme particulièrement sensibles<sup>13</sup>. En somme, l'émission d'un nouveau paquet de sanctions inflige un stress à une personne ou un secteur de l'économie, et les signes de réaction à ce stress sont à prendre comme autant de signaux d'alerte.

## L'impact sur les contrats

Cette identification formelle par la Commission européenne de pays et situations à risque peut avoir des conséquences pénales car, on l'a vu, l'ignorance délibérée d'une situation à risque par une entreprise pourrait être assimilée par des procureurs ou tribunaux nationaux à une violation du dispositif de sanctions européen.

Cependant l'incidence de la *Guidance* sera probablement plus immédiate en matière contractuelle, car elle touche potentiellement à tout le cycle de vie du contrat.

Elle permettra, d'abord, une meilleure prise en compte des *red flags* lors de la *due diligence* initiale et donnera aux compliance officers une capacité accrue à bloquer en amont une transaction suspecte.

Il sera ensuite possible de faire référence à la *Guidance* dans les clauses mêmes du contrat, pour permettre une rupture plus automatique du contrat en cas d'indice de ré-export indirect vers la Russie (ou inversement d'import indirect prohibé). La Commission insiste d'ailleurs beaucoup sur cet enjeu rédactionnel, allant jusqu'à préciser qu'« *il est vital que la clause contractuelle soit valable et puisse être mise en œuvre au regard du droit applicable au contrat* »<sup>14</sup>.

Enfin, la *Guidance* pourra produire ses effets au contentieux, dans des situations où une entreprise européenne cherche à montrer que l'ordre public international fait obstacle à l'exécution du contrat. Le débat arbitral et judiciaire pourra alors porter, classiquement, sur la preuve de la violation des sanctions européennes par le cocontractant, comme il a porté, dans d'autres contentieux, sur la preuve de la corruption<sup>15</sup>. Mais le débat pourra aussi venir sur le terrain des obligations de prudence et de prévention qui pèsent sur les sociétés de l'Union européenne : en présence de *red flags* dûment signalés par la Commission, et faute d'élucidations suffisantes par le cocontractant, la suspension ou la rupture du contrat peut dans certains cas être la seule réponse compatible avec les obligations de compliance de l'entreprise.

**Emmanuel Breen**  
**Avocat au barreau de Paris, Directeur du DU Compliance**  
**Officier de l'Université Panthéon-Assas**

11 - Résolution du Parlement européen du 9 novembre 2023 sur l'efficacité des sanctions de l'Union européenne à l'encontre de la Russie, cons. N.

12 - Voir p. ex. la liste des « *red flags* » en matière de corruption élaborée par la Chambre de commerce internationale : ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties, 2010, p. 5-6, en ligne : <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-guidelines-agents-intermediaries-third-parties-2010/>

13 - La vigilance à observer est ici similaire dans son esprit et sa méthode à celle qui caractérise la recherche des bénéficiaires effectifs en matière de compliance LCBFT, mais le seuil n'est pas le même, puisqu'il se situe à 25% en matière de LCBFT.

14 - *Guidance*, p. 8.

15 - Voir not. CA Paris Pôle 1, Ch. 1, n°18/02569 du 17 novembre 2020, *Etat de Lybie c. Sorelec*. - Et dans la même affaire Cass. Civ. 1, 7 septembre 2022, n°20-22.118.