

Sanctions contre la Russie : un défi réglementaire !

Adoptées sur le fondement de l'article 215 du traité FUE, les mesures restrictives, ou plus communément les sanctions, ne sont pas une nouveauté dans le paysage réglementaire de l'UE. Depuis des années, de telles mesures ont été prises en rapport avec des pays tiers comme la Corée du Nord ou l'Iran. La Russie, elle, était déjà visée par un certain nombre de mesures restrictives économiques dès 2014, à la suite de l'annexion de la Crimée. Cependant, depuis l'invasion de l'Ukraine en février 2022, les mesures restrictives ont pris une dimension sans précédent.

PAR PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, PASCHALIS PASCHALIDIS ET BJÖRN TEN SELDAM

à propos de



PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH



PASCHALIS PASCHALIDIS



BJÖRN TEN SELDAM

Philippe-Emmanuel Partsch est *EU financial and competition law partner* chez Arendt & Medernach.

Paschalis Paschalidis est *counsel* au sein du département Litigation & Dispute Resolution chez Arendt & Medernach.

Björn Ten Seldam est associé *EU financial and competition law* chez Arendt & Medernach.

Alors que les liens économiques directs et indirects avec la Russie se sont renforcés et complexifiés au fil des années, les nouvelles mesures concernent quasiment tous les secteurs d'activité. Modifiant les deux règlements adoptés en 2014, elles se répartissent en deux volets. Le premier volet, couvert par le règlement (UE) 269/2014, contient une liste de personnes et d'entités, dont les avoirs doivent être gelés, et pour lesquelles il y a une interdiction de mettre à disposition des ressources économiques. Le second volet, prévu par le règlement (UE) 833/2014, cible un grand nombre de situations et opérations économiques qui ont des liens directs et parfois indirects avec la Russie.

Il est souvent complexe pour les opérateurs, surtout ceux qui ne sont pas régulièrement exposés à des problématiques de conformité réglementaire, d'interpréter des mesures restrictives rédigées sous la pression du temps et parfois peu claires, et de mettre en place des procédures de contrôle interne adéquates. Or, il importe de souligner que le respect des mesures restrictives pèse sur tout ressortissant

d'un État membre de l'UE, sur toute société relevant d'un tel État membre ainsi que sur toute personne ou entité ayant une activité économique dans l'UE ou dirigée vers celle-ci.

L'INTERDICTION DE MISE À DISPOSITION DE RESSOURCES ÉCONOMIQUES

L'une des dispositions les plus importantes du règlement n° 269/2014 est celle de l'article 2(1) qui concerne tous les secteurs d'activité. Elle interdit de mettre des ressources économiques à la disposition des personnes et entités énumérées à l'annexe I de ce règlement, et ce aussi bien directement qu'indirectement.

L'une des complexités de cette interdiction ressort de la notion de mise à disposition indirecte. Elle implique que non seulement l'identité de l'autre partie au contrat doit être examinée, mais aussi celle des bénéficiaires effectifs des moyens ou de la prestation fournis à celle-ci. Par exemple, lorsqu'une entreprise européenne est détenue ou contrôlée par des personnes listées, il est possible qu'une relation commerciale avec cette entreprise soit interdite.

En outre, la notion de ressources économiques est interprétée de manière large, comme visant les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers. La Commission européenne va jusqu'à considérer que travailler pour une entité listée peut être considéré comme étant une forme de mise à la disposition de ressources économiques, dans la mesure où ce travail permettrait à l'entité d'obtenir des fonds, des biens ou des services. Ainsi, les opérateurs doivent s'interroger systématiquement en quoi leurs obligations contractuelles pourraient entrer dans cette définition.

RESTRICTIONS SUR DIVERSES SITUATIONS ET OPÉRATIONS ÉCONOMIQUES

Le règlement n° 833/2014 cible et restreint une liste étendue d'activités économiques en rapport avec la circulation de biens, la fourniture de services, les mouvements de capitaux et même les relations avec des ressortissants russes. Toute entreprise doit ainsi s'interroger si son activité rentre de près ou de loin dans le champ d'application de ces nouvelles restrictions. Beaucoup d'opérateurs font donc face à de nouvelles obligations, dont certaines manquent de clarté en outre.

UNE DISPOSITION ANTI-CONTOURNEMENT

Pour compléter ce cadre réglementaire complexe, les deux règlements prévoient une disposition dite *anti-contournement*, qui interdit toute participation consciente et délibérée à des activités ayant pour objet ou pour effet de contourner les mesures restrictives. Les autorités compétentes peuvent se servir de cette disposition pour considérablement élargir le champ d'application des mesures restrictives. Dans sa FAQ, la Commission européenne fait d'ailleurs fréquemment allusion à ces

dispositions. En pratique, les opérateurs retrouvent ainsi souvent tenus de vérifier au cas par cas si une opération entre dans le champ d'application des mesures restrictives.

Pour cette raison, il convient non seulement de scruter les transactions, mais également d'examiner toute restructuration interne et changement de fonctionnement, car ceux-ci peuvent être perçus par les autorités compétentes comme ayant pour but de contourner les restrictions imposées par l'UE.

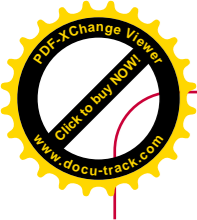
Le cadre légal est donc souvent peu concret mais l'opérateur doit s'y conformer. À cet effet, il est attendu de lui qu'il mette en place une procédure de *due diligence*.

UNE DUE DILIGENCE EXIGÉE

Chaque opérateur doit mettre en place de procédures internes appropriées afin de s'assurer de la conformité de ses activités avec les mesures restrictives. Les établissements de crédit et les opérateurs financiers sont les plus familiers avec ce type de procédures dans la mesure où ils disposent déjà de programmes de conformité *Anti Money Laundering (AML)* qui se caractérisent par leur obligation d'identification des clients et de contrôle des transactions. Il est improbable que l'on attende de tous les opérateurs économiques qu'ils mettent en place une procédure de conformité de la même ampleur. Cependant, un minimum est exigé qui, assez souvent, n'est pas atteint par les opérateurs.

En effet, même les PME sont tenues de vérifier avec qui elles traitent, directement ou indirectement, lors de la conclusion d'un contrat. Un moyen facilitant le contrôle de la conformité de leurs activités avec les mesures restrictives est l'insertion de clauses spécifiques dans leurs contrats.

Chaque opérateur doit être vigilant : il ne pourra pas plaider la bonne foi s'il enfreint les mesures restrictives sans avoir répondu aux exigences de *due diligence*.



L'IMPORTANCE DES CLAUSES CONTRACTUELLES

Par exemple, une entreprise peut faire entrer dans le champ contractuel les obligations de son cocontractant en matière de mesures restrictives. De la sorte, il pourra engager la responsabilité contractuelle du cocontractant lorsque celui-ci enfreint une mesure restrictive.

Pour certains opérateurs, il sera nécessaire de prévoir des clauses envisageant des situations économiques précises. À titre d'exemple, un consultant peut prévoir une clause contractuelle visant à s'assurer que le service presté ne peut bénéficier indirectement à une personne morale établie en Russie.

D'autres clauses peuvent également mettre à la charge de l'autre partie certaines obligations de *due diligence*. Il est cependant important de noter qu'aucun opérateur ne peut se décharger totalement de ses obligations en matière de mesures restrictives sur ses cocontractants. La

Commission européenne considère en effet que même en présence d'une clause contractuelle, des vérifications *ex post* peuvent être nécessaires. Un opérateur économique ne peut s'exonérer de toute vigilance en la matière.

Il y a également des clauses qui prémunissent les opérateurs des risques liés aux sanctions. De telles clauses permettent de prévoir, par exemple, un mécanisme de sortie si le cocontractant venait à être visé par des mesures restrictives.

DES SANCTIONS PÉNALES

Chaque opérateur doit donc être particulièrement vigilant. Il ne pourra pas plaider la bonne foi s'il enfreint les mesures restrictives sans avoir répondu aux exigences de *due diligence*. Les règlements prévoient d'ailleurs que les États membres de l'UE arrêtent un régime de sanctions pénales assorti de mesures de confiscation des produits des infractions en cas de non-respect des mesures restrictives.

L'invasion de l'Ukraine met les mesures restrictives européennes (sanctions) au centre de l'activité économique de tous les opérateurs dans l'UE. Ceux-ci doivent déterminer quel mécanisme mettre en place afin de s'assurer un niveau adéquat de *due diligence*, tout en adoptant les bons réflexes afin de ne pas enfreindre les mesures restrictives. Une voie pour le juriste d'entreprise, voire le conseiller juridique externe de celle-ci, est de s'inspirer des programmes de conformité du secteur bancaire et financier, notamment en matière d'AML, tout en les adaptant aux spécificités de l'activité concernée et aux particularités des mesures restrictives par rapport à la lutte contre le blanchiment afin de prémunir les opérateurs contre le risque de sanctions, qu'elles soient contractuelles, administratives, voire pénales. ■



Confidentialité des avis juridiques : enjeux pour l'État de droit et les entreprises

Depuis de nombreuses années, l'AFJE revendique la confidentialité pour les avis émis par les juristes d'entreprise dans le cadre de leurs missions de conseil et de gestion des risques de leur organisation. L'absence de confidentialité, exception française, est extrêmement préjudiciable pour les entreprises, leur sécurité et leur compétitivité et, plus largement, la pace juridique française et l'État de droit. Le point complet dans ce dossier.