



Entretien avec Maître Arnaud FENDLER (DS Avocats), expert en réglementations de contrôle des exportations des biens et technologies à double usage

Propos recueillis par Monsieur Ghenadie RADU, Dr en droit, Altaprisma

Paris, le 26 juillet 2022

« Export control des biens et technologies à double usage. Les aspects pratiques »

Altaprisma : Merci d'avoir trouvé le temps de nous accorder cet entretien. Pourriez-vous vous présenter brièvement, s'il vous plaît ?

Me Arnaud FENDLER : Avocat spécialisé en droit douanier et droit du commerce international, je pratique au sein de l'équipe douane de DS Avocats, cabinet continental européen d'origine française et présent à l'international depuis plus de 30 ans, notamment en Chine. Notre équipe, basée à Paris et Bruxelles, a développé une expertise solide et réputée en matière de sanctions économiques et de réglementations de contrôle des exportations de biens et technologies à double usage et autres matériels sensibles, matières que j'ai pu approfondir en accompagnant, en conseil comme en contentieux, des grands groupes et des PME/ETI. En parallèle, mes collègues et moi sommes actifs dans plusieurs organisations professionnelles (ICC, Cercle de réflexion douanière Collin de Sussy) traitant de sujets douaniers et de commerce international, sur lesquels je publie régulièrement.

Altaprisma : De quoi s'agit-il quand on évoque la notion d'Export control des biens et technologies à double usage ?

Me Arnaud FENDLER : De manière très schématique, cela évoque toute réglementation restreignant l'exportation de certains produits tangibles, de logiciels et de technologies, dont il peut être fait un usage civil comme militaire (biens et technologies double usage). Ce contrôle est justifié par la volonté affichée de la communauté internationale de ne pas permettre l'utilisation de ces biens à des fins susceptibles de mettre en péril la sécurité et la stabilité mondiale. Pour les opérateurs, cette notion d'export control est associée à bon nombre de concepts fondamentaux, dont l'importance est croissante au sein des entreprises, les invitant à s'organiser spécifiquement en conséquence : diligence raisonnable, conformité, contrôle de la chaîne d'approvisionnement, screening des partenaires commerciaux (fournisseurs, clients, prestataires de services), traçabilité, etc.

Altaprisma : Quels sont les enjeux et les risques pour les entreprises en matière d'Export control des biens et technologies à double usage ?

Me Arnaud FENDLER : Les enjeux et les risques en matière d'export control de biens double usage et de matériels sensibles sont du type de ceux existant en matière douanière. Ils sont néanmoins décuplés, du fait de la sensibilité des produits en question. Tout manque de maîtrise de la réglementation peut avoir les conséquences suivantes :

Pénal et financier : les règles de contrôle des exportations sont des règles de nature pénale, dans tous les pays mettant en œuvre de tels régimes. Toute infraction à ces règles entraîne la responsabilité pénale de l'entreprise et éventuellement de ses représentants légaux. Les sanctions financières peuvent être très lourdes (en France, jusqu'à trois fois la valeur de l'objet de l'infraction).

Supply Chain - blocage des marchandises en douane : les autorités douanières réalisent quotidiennement des contrôles et ont la capacité de bloquer toute marchandise double usage n'étant pas exportée conformément à la réglementation.

Perte de certifications : l'absence de maîtrise des règles de contrôle des exportations peut être un motif de retrait ou de refus de délivrance de certifications douanières (type OEA), ou dans certains pays, de retrait du bénéfice des circuits de dédouanement les plus favorables (*green lanes*).

Commercial : que ce soit avec les fournisseurs, clients ou prestataires de services logistiques, beaucoup de contrats prévoient des clauses dans lesquelles les parties s'engagent à un contrôle des règles de contrôle export. Tout manque de maîtrise peut donc contrevenir à certaines obligations contractuelles, qui ouvrent droit à des dommages et intérêts.

Réputationnel : au regard de la nature de la réglementation, des produits concernés et des risques de détournement à des usages non civils, toute infraction a un écho particulier, parfois jusque dans la presse générique.

Altaprisma : Pourriez-vous nous rappeler le cadre réglementaire concernant l'Export control des biens et technologies à double usage ?

Me Arnaud FENDLER : Le contrôle export des biens double usage et matériels sensibles est initialement issu de plusieurs groupes de travail gouvernementaux multilatéraux, qui maintiennent des listes de produits dont l'exportation doit être contrôlée. Charge ensuite à chaque Etat d'intégrer ces listes dans son corpus juridique interne. Au fur et à mesure que les Etats ont développé leur régime, certaines réglementations (ex : US, Chine, UE) ont de manière autonome élargi le contrôle à des produits non visés par les listes des groupes multilatéraux.

S'agissant des biens et technologies double usage, les entreprises françaises sont soumises à la réglementation européenne, récemment refondue dans le Règlement (UE) 2021/821 du 20 Mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage. Si la Commission européenne a une compétence normative (adoption du régime européen et gestion de la liste des produits contrôlés), chaque Etat Membre de l'UE est compétent pour mettre en œuvre ce régime et peut adopter des mesures nationales prises en application du règlement européen. C'est le cas de la France, qui a adopté des décrets ou arrêtés prévoyant des contrôles d'initiative nationale sur certains produits (ex : agents antiémeute), ou encore des mesures facilitant l'exportation de certains biens et technologies double usage (ex : biens et technologie de « faible valeur »).

En France, la mise en œuvre de la réglementation contrôle export relève de la compétence du Service des Biens à Double Usage (SBDU), rattaché au Ministère de l'économie et des finances. Le contrôle du respect de la réglementation relève néanmoins de la Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects (DGDDI), gardienne des frontières extérieures, qui assure sa mission en conformité avec les règles de contrôle et d'enquête précisées dans le code des douanes national.

Les entreprises françaises peuvent aussi être soumises à des réglementations étrangères, en tout premier lieu celle des Etats-Unis (réglementation EAR), qui vont leur être applicables dans des cas bien précis, mais pas si rares en pratique (par exemple, en cas de présence d'un composant double usage d'origine US dans la chaîne d'approvisionnement). Récemment, la Chine vient de renforcer considérablement son régime de contrôle export des biens et technologies sensibles, permettant également au gouvernement chinois d'en faire une application extraterritoriale dans certains cas. Ce régime chinois, sur lequel nous travaillons de plus en plus avec les avocats du cabinet en Chine, prend de l'ampleur au sein des groupes.

Les autorités européennes et françaises font des efforts de communication et de démocratisation de cette réglementation de contrôle des exportations, afin de sensibiliser l'ensemble des opérateurs européens. Si les grands groupes sont désormais au fait de ces réglementations, l'enjeu est que les PME/ETI puissent être bien informés. Plusieurs guides ont ainsi été publiés et mis en ligne par le SBDU ou la Commission.

Altaprisma : Il est connu que la maîtrise de la réglementation en matière d'Export control repose sur 3 éléments, à savoir : le classement (sommes-nous en présence d'un produit double usage ?) ; la destination (vers quel pays est exporté ou réexporté le produit ?) ; l'utilisateur final (à quel usage final le produit est-il destiné ?). En pratique, à quoi devrait faire attention une entreprise concernée par les questions d'Export control des biens et technologies à double usage ?

Me Arnaud FENDLER : Les règles de contrôle export sont toutes articulées autour des concepts de traçabilité, de maîtrise de l'utilisation finale et de connaissance de ses produits. Nous retrouvons donc en effet le triptyque classement (qu'est-ce que mon produit ?), destination finale (où mon produit va-t-il être utilisé ?), utilisation finale (à quel usage mon produit est-il destiné ?).

La réglementation est applicable tout d'abord aux produits listés dans l'Annexe I du Règlement (UE) 2021/821, qui contient 10 catégories sectorielles de biens et technologies soumis à contrôle (ex : électronique, télécommunications, etc.). C'est le classement d'un bien ou d'une technologie au sein de cette Annexe qui va conditionner le contrôle de son exportation, et éventuellement un refus de la part de l'administration s'il est destiné à un usage ou un territoire incompatible avec l'objectif affiché de la réglementation (lutter contre l'insécurité mondiale et la prolifération des moyens armés).

Attention, tous les biens et technologies soumis au contrôle ne sont pas nécessairement listés, puisque la réglementation permet également de contrôler l'exportation de biens non listés dont la destination et l'utilisation finales sont néanmoins susceptibles de favoriser la prolifération d'armes de destruction massive, d'être utilisés comme outil de conflit militaire, ou encore, pour les biens et technologies de cyber surveillance, de manière incompatible avec le respect des droits humains fondamentaux. Cette mesure, dite attrape-tout (*catch-all clause*), est un facteur de risques supplémentaire pour les opérateurs à l'exportation, y compris ceux dont le « portefeuille produits » est à première vue assez éloigné de la typologie de biens et technologies visés par la liste du Règlement (UE) 821/2021.

C'est là qu'une maîtrise de la chaîne d'approvisionnement, de la fiabilité des partenaires commerciaux, et de la traçabilité de ses produits s'avère très importante, *via* notamment la mise en place d'indicateurs de détournement (*red flags*). C'est dans cet esprit aussi que la réglementation contrôle export croise les régimes de sanctions économiques, qui interdisent le commerce de certains biens avec des territoires ciblés ou tout commerce avec certaines personnes spécifiquement listées.

Altaprisma : Qu'en est-il des licences à l'exportation concernant l'Export control des biens et technologies à double usage ?

Me Arnaud FENDLER : Après l'identification du caractère double usage d'un bien ou d'une technologie, l'exportateur doit déterminer le type de licence adaptée à son opération d'exportation. Il en existe quatre types, chacun visant des situations bien précises :

- Licence individuelle : accordée pour un ou plusieurs biens identifiés et destinés à une personne désignée, dans la limite d'une quantité et d'une valeur déterminée. Bien que ce soit la licence la plus utilisée, cette licence a un caractère subsidiaire, s'appliquant lorsque les 3 autres types ne sont pas adaptés.
- Licence générale : permet à son titulaire d'exporter sans limitation de quantité ou de valeur, un ou plusieurs types de biens vers certaines destinations identifiées. Elle est valable un an et peut être reconduite. Il en existe 8 en France, sur différents produits (ex : graphites, biens de faible valeur, etc.).
- Licence globale : permet à son titulaire d'exporter sans limitation de quantité ou de valeur, un ou plusieurs biens identifiés vers un ou plusieurs destinataires ou territoires de destination désignés sur la licence. Elle couvre des flux connus, récurrents et bien identifiés par le SBDU, et est délivrée après que plusieurs licences individuelles correspondant à des flux similaires aient été préalablement acceptées.
- Autorisation générale d'exportation de l'UE : permet à un opérateur d'exporter tout ou certains biens et technologies double usage vers des destinations déterminées sans limitation de quantité ni de durée. Il en existe 8 (ex : EU008 – autorisant les exportations vers des pays ciblés de certains biens et technologies de cryptographie respectant des normes très spécifiques).

L'utilisation des licences, notamment celles générales ou globales, nécessite un suivi strict des flux et la communication d'états récapitulatifs réguliers aux autorités compétentes.

Le mot de la fin

Me Arnaud FENDLER : Ce sujet du contrôle des exportations de biens et technologies double usage reste en plein essor. C'est malheureusement le sens de l'histoire, et la dégradation progressive du contexte sécuritaire international renforce cette tendance. Une deuxième tendance notable est que, au-delà de l'objectif initial affiché de lutte contre la prolifération des armes, les Etats n'hésitent plus à

utiliser cette réglementation pour remplir des impératifs de sécurité nationale, souveraineté économique et approvisionnement stratégique, complexifiant ainsi le quotidien des opérateurs de certains secteurs identifiés au gré des impératifs stratégiques. L'exemple de l'industrie des semi-conducteurs en 2021-2022 a été particulièrement frappant. Une troisième tendance, particulièrement visible dans le règlement (UE) 2021/821, est la montée en puissance du contrôle des biens et technologies intangibles (données, logiciels, assistance technique). Cette réglementation, historiquement très ancrée sur le transfert physique de biens tangibles, se dirige de plus en plus également sur le terrain de l'immatériel. C'est un des grands chantiers des années à venir pour de nombreux opérateurs, grands groupes et PME/ETI actives à l'exportation, et pas seulement ceux étant traditionnellement exposés à cette réglementation. Ce sujet du contrôle export se standardise au sein de tous les secteurs industriels et nécessite la création de fonctions en entreprises dédiées ou insérées dans un bloc compliance plus global.

Altaprisma : Nous vous remercions pour vos éclairages.

* * *

© Altaprisma. Tous droits réservés.

Altaprisma n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce texte. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. En aucun cas la responsabilité d'Altaprisma ne pourra être engagée. La reproduction partielle ou intégrale de ce texte est autorisée à condition d'indiquer la source : <https://www.altaprisma.com/documents/me-a-fendler/>