

君合专题研究报告

JUNHE

2022年2月10日

浅谈中国企业如何防范 OFAC 制裁风险

国际贸易机遇与冲突并存，全球合规形势也在不断变化。截至 2021 年 12 月，美国财政部海外资产控制办公室（Office of Foreign Assets Control，简称“OFAC”）在 2021 年度针对明显违反制裁规定的行为共采取了 20 次执法行动，涉及的处罚及和解金额超过 2089 万美元。随着中国企业在国际舞台上扮演着愈加重要的角色，如何在国际贸易中降低 OFAC 制裁风险也引发了越来越多中国企业的关注。

君合纽约分所在协助中国企业起草、审阅或谈判普通商事贸易合同及国际并购合同方面有着丰富的经验，同时也和君合国内合规团队一同合作，在合规前线协助中国企业应对错综复杂、不断变化的制裁法规和相关执法行动。纽约分所根据在合规前线积累的经验，通过尽职调查、合同起草谈判及公司内部合规系统建立等方面协助中国企业在国际贸易及并购项目就制裁对企业业务的潜在影响做好规划并防控风险。本文将对 OFAC 相关的制裁规定进行介绍，并根据我们积累的经验简要分享中国企业降低 OFAC 制裁风险的几点心得。

一、OFAC 介绍

美国参与发布和执行制裁政策的职能部门众多，包括但不限于美国总统、国家情报主管、国务院、

司法部、OFAC 和商务部工业与安全局等。其中，主要负责发布制裁清单和执行制裁规定的部门是 OFAC。OFAC 隶属于美国财政部，其主要负责对国家和个人团体（例如恐怖分子和毒品走私者）发布、管理和执行经济和贸易制裁。OFAC 通常针对特定政府、地区、实体和个人发布制裁清单，并对违反 OFAC 规定与制裁清单内的国家、实体或个人进行交易的行为实施处罚。

1、一级制裁和二级制裁

OFAC 开展的经济制裁主要分为“一级制裁”（primary sanctions）和“二级制裁”（secondary sanctions）。一级制裁旨在禁止美国人¹和存在“美国连接点”（下文将详细介绍）的非美国人²与被实施一级制裁的国家、实体或个人进行交易。通过实施一级制裁，OFAC 切断了被制裁国家、实体或个人所有与美国相关的各类业务及金融交易。

与一级制裁不同，二级制裁适用于与美国不存在任何关联的非美国人（如不受美国人控制并且不存在美国连接点的中国实体），其目的是在国际范围内起到威慑作用，迫使相关非美国实体在被制裁国家市场和美国市场中作出选择。2020 年以来，二级制裁的使用范围被大幅扩大，包括对伊朗重新实

¹ 本文所指的“美国人”是一个定义术语，包括美国公民、拥有永久居住权的外国人、所有在美国境内的人和实体、所有美国注册实体及其外国分支机构。在某些制裁方案中，美国公司拥有或控制的

外国子公司也必须遵守。在某些制裁方案中，还要求拥有美国原产货物的外国人遵守。

² 本文所指的“非美国人”是一个定义术语，包括非美国个人及实体。

施和增加制裁，并针对朝鲜、俄罗斯、委内瑞拉、叙利亚、恐怖主义和香港实施二级制裁。

2、SDN 清单

在 OFAC 开展的经济制裁中，打击范围最为广泛的制裁清单是“特别指定国民和被冻结人员清单”（Specially Designated Nationals and Blocked Persons List，简称“SDN 清单”）。SDN 清单一般属于一级制裁，OFAC 将对 SDN 清单上的国家、实体及个人进行财产冻结和交易禁止，即要求美国人或与美国存在连接点的非美国人冻结 SDN 清单中列明的制裁对象的一切资产和资产利益（包括其现有和未来拥有的任何性质的资产和资产利益，如不动产、资金、股息、利息等），并禁止美国人或与美国存在连接点的非美国人与 SDN 清单中列明的制裁对象进行任何形式的交易。

3、美国连接点（U.S. Nexus）

根据 OFAC 相关规定，存在美国连接点的非美国人违反美国贸易制裁规则时，OFAC 对非美国人具有管辖权，并可以对该非美国人进行民事处罚或追究刑事责任。可以被认定为存在美国连接点的情况十分宽泛，当交易涉及美国银行的外国分行、美元、美国信息技术、基础设施、美国国民或美国原产商品等都可能被认定为存在美国连接点。

即使在相关交易不存在任何美国连接点的情况下，OFAC 仍可能对参与违反 OFAC 制裁规定的重大交易（significant transaction）的非美国实体实施制裁。因此，中国企业在进行涉外交易时，即使在表面上不存在任何美国连接点的交易中，仍需谨慎对待。

4、50%原则

OFAC 在其于 2014 年 8 月 13 日公布的《关于资产和资产利益被冻结人员所持有实体的调整指南》³中提出了“50%原则”，即如果某实体超过 50%以上的股权或控制权为制裁清单内实体直接或间接控制，则该实体也将被视为制裁清单内实体，其他企业必须避免或限制与该实体的合作。因此，除了需对制裁清单内实体保持关注外，在可能涉及敏感项目的交易或并购项目中也需针对 OFAC 合规风险进行尽职调查。

5、违反 OFAC 制裁规定的潜在后果

根据 OFAC 的相关规定，对于违反 OFAC 制裁规定的行为，OFAC 可以对违反制裁规定的实体或个人进行高额民事处罚。此外，OFAC 还可能对违反制裁规定的实体或个人进行行政处罚，包括要求违反一级制裁的实体或个人立即停止违反 OFAC 制裁规定的行为，甚至修改、暂停或撤销先前发放给该实体或个人的 OFAC 交易许可。在更严重的情况下，甚至会对违反一级制裁的实体或个人提出刑事指控。OFAC 将视情况决定具体的处罚措施。除受到 OFAC 处罚的风险外，一旦违反了 OFAC 制裁规定，企业或个人在全球范围内的声誉也可能受到严重冲击，对企业或个人与金融机构的业务合作产生不利影响并增加商业交易时的困难与风险。

对此，中国企业可以通过在交易文件中增加制裁合规条款、在并购交易前开展尽职调查并在交易交割后进行持续监督、基于风险实施相应的制裁合规计划并建立完善的内部合规系统，尽可能减小或避免相关交易被 OFAC 制裁的风险。

³ 详见 Department of the Treasury, Revised Guidance Entities Owned by Persons Whose Property And Interests Property Are Blocked, August 13, 2014

二、一般商业交易中的制裁合规条款

由于近年来 OFAC 高额的处罚与和解费用，由银行、保险公司领头，越来越多企业在商业交易合同中加入了严格的 OFAC 制裁合规条款。OFAC 制裁合规条款旨在促进交易双方的信息披露、对产品和资金的用途及销售地进行限制、并为交易一方提供在交易对方出现 OFAC 制裁违规情形后的合同救济权利（如损害赔偿和合同解除等）。此外，根据 OFAC 公布的民事处罚案例，合同中包含制裁合规条款有时也可能成为 OFAC 衡量处罚金额的宽减情节之一。

在合同起草过程中，交易双方可以从以下几个方面对制裁合规进行约定：

（1）陈述和保证（representations and warranties）：交易一方可通过在合同中加入 OFAC 制裁合规相关的陈述及保证条款，要求交易对方确认其在 OFAC 制裁规定下的状态，包括其股权和控制权情况，以及是否存在针对交易对方的正在进行的制裁调查；

（2）承诺（covenant）：交易一方可通过在合同中增加要求交易对方承诺遵守 OFAC 制裁规定的条款，包括不得将所获得的资金用于军事用途、货物将不会被转售给任何被制裁的国家、实体及个人等；

（3）救济条款（remedies）：交易一方可通过救济条款约定在交易对方出现违反 OFAC 制裁合规情形时可以采取的赔偿和救济手段。

在制裁合规条款的草拟与谈判过程中，交易方需注意列举的制裁清单的范围、陈述和保证所涵盖的实体和个人、条款是否受限于“知悉”或“重大”

等限定词限制、以及前述的“50%原则”可能带来的影响等。此外，针对不同的交易类型，制裁合规条款中的要求也不尽相同。在贷款合同中，通常合同中会包含“净手允诺”（Clean Hands Covenant）条款，规定借款人不会用从事被制裁活动的收益偿还贷款且借款人不会将贷款收益用于违反制裁的行为。

尽管上述制裁合规条款为交易双方提供了一定保护，但在交易一方违反 OFAC 制裁规定的情况下，该些条款并不能完全屏蔽另一方的全部责任。在一起与阿波罗航空相关的 OFAC 典型案例中，阿波罗航空于 2013 至 2015 年间向阿联酋的甲公司出租了两台航空发动机，随后被甲公司转租给具有关联关系的乌克兰乙公司，乙公司随即将安装这两台发动机的飞机租赁至苏丹航空公司（苏丹航空公司属于 SDN 名单中的被制裁对象）。尽管阿波罗航空与甲公司签订的租赁协议禁止承租人向任何受美国或联合国制裁的国家转让发动机，阿波罗航空并未确保协议的履行符合 OFAC 的规定（例如没有要求承租人和转租人提供美国法律规定的出口合规证书），且并未定期监测或核实承租人和转租人在租赁期内是否遵守 OFAC 制裁规定。因此，虽然阿波罗航空在获悉违规后主动向 OFAC 披露了交易相关信息，但依旧被 OFAC 处以 210,600 美元的处罚⁴。

综上，制裁合规条款在一定程度上可以帮助交易双方规避一定制裁风险，但由于 OFAC 并不受私营主体之间此类合同条款的约束，上述制裁合规条款在规避 OFAC 制裁风险方面有一定的局限性。根据具体事实和情况，即便交易双方已经在合同中明确分配了交易双方在制裁合规方面的义务，但 OFAC 仍可能会针对交易一方的违规行为对另一方

⁴ 详见 OFAC, Nov. 7, 2019. <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/civil-penalties-and-enforcement-information/2019-enforcement-information>

进行处罚。因此，除在合同起草过程中考虑添加上述 OFAC 制裁合规条款外，企业需要持续对交易对方是否遵守 OFAC 的相关规定进行监督。

三、企业并购交易中的特殊考量

企业并购交易在 OFAC 制裁合规方面有一定的特殊性。2021 年，OFAC 总计采取了 20 项执法行动，其中 2 项与企业并购交易有关，处罚的依据主要是目标公司在并购前及并购后违反 OFAC 制裁规定的行为。企业并购有不同的交易形式，其中包括股权并购和资产收购。由于并购方在并购后可能需要承担目标公司在并购交易前的法律责任，因此，如何在交易过程中从合规角度降低 OFAC 制裁风险是重要的考量因素之一。

对于股权并购交易来说，目标公司的资产和负债通常在交易完成后一并转让给并购方（此处仅指 100% 股权收购的情形），因此，并购方自然而然会承继目标公司在并购交易前的责任，其中也包括并购前违反 OFAC 制裁规定而产生的责任。因此，在股权并购交易前需要进行充分的 OFAC 合规尽职调查，以发现目标公司潜在的违规行为，并对相关风险予以控制和解决。

但在资产收购交易中，收购方仅获取目标资产并在交易合同中通常会约定责任排除条款，因此，通常认为收购方不需要承继被收购资产的过往法律责任。但在以往美国其他政府部门的执法过程中，出现过因收购方在同一地点留用相同的员工、继续生产相同的产品、保留相同的业务名称等原因，该资产收购被认定导致了被收购公司业务的实质性连续（substantial continuity），收购方也需承担被收购公司先前的违规责任。因此，企业不仅在股权并购

交易中需要通过尽职调查对交易可能涉及的制裁风险进行排除和解决，在资产收购交易中也不可掉以轻心。

此外，在股权并购交易完成后，对过去可能存在违规行为的子公司持续进行严格监督也尤为重要。并购交易完成后，新收购的海外子公司往往由原来的管理人员继续运营，并且收购方时常未及时将新收购的公司纳入整体的合规体系中，对其进行监管。时常出现海外子公司在运营过程中违反 OFAC 制裁规定，导致 OFAC 对海外子公司及母公司就海外子公司的违规行为进行处罚。因此，在并购完成后，企业更需要持续通过内部合规系统履行审查义务，以确保子公司及其自身持续遵守 OFAC 的相关规定。

四、建立内部合规系统

除上述在特定交易中可以采取的降低 OFAC 制裁风险的措施外，企业可以通过建立完善的内部合规体系，有效降低 OFAC 制裁风险。

在 OFAC 公布的民事处罚案例中，一般会说明 OFAC 在衡量处罚决定时考虑的加重及宽减情节。其中，建立专门的合规团队、建立、制订和实施内部合规制度并持续开展合规工作是 OFAC 在衡量处罚金额时的宽减情节之一。此外，内部合规体系的建立本身也可以帮助企业开展合规培训工作、在违规事件发生前合理防范合规风险、并在违规事件发生后及时发现并解决合规风险。

此外，OFAC 在其颁布的《OFAC 合规承诺框架》（A Framework for OFAC Compliance Commitments，下称“《承诺框架》”）⁵中总结了一个有效的合规体系须具备的一些重要因素，并基于过往的处罚案例总结了合规体系失败的根本原因。

⁵ 详见 U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control (OFAC). May 2, 2019.
https://home.treasury.gov/system/files/126/framework_ofac_cc.pdf

OFAC 在《承诺框架》中指出，一家企业具备有效合规体系的五个重要因素分别是：管理层承诺、风险评估、内部控制、测试与审计以及培训。在违规处罚中，如果 OFAC 认为民事罚款是合适的处罚方式，且一家企业的合规体系涵盖了上述五项因素中的一项或多项，则 OFAC 会认为该企业已建立了良好的合规体系，并可能在作出违规处罚时酌情减少罚款金额；反之，若 OFAC 认为一家违规企业并未依照上述五个重要因素建立良好的合规体系，则可能在作出违规处罚时加大罚款力度。

上述《承诺框架》虽并无任何强制性义务，但其总结的合规体系的重要因素为各大企业的日常合规工作提供了重要启示。正因为建立公司内部合规

体系的重要性，我们除了为各类交易项目提供合规建议外，也协助企业进行制裁培训并对企业的合规体系提供建议。

五、结语

由于国际贸易形势的不断变化，如何降低及避免 OFAC 制裁已经成为各中国企业制裁合规中不可忽视的一环。由于 OFAC 制裁清单及规定的复杂性以及企业交易模式的多样性，OFAC 制裁合规容易成为困扰中国企业向外发展的难点之一。希望本文中提到的关于降低 OFAC 制裁风险的相关理论和实践经验，能帮助广大中国企业在国际市场开疆扩土的过程中降低 OFAC 制裁风险。君合美中团队也会继续在合规前线协助中国企业披荆斩棘。

郝 勇 合伙人 电话：646 7975704 邮箱地址：haoyg@junhe.com

曾文婷 律师 电话：404 3987775 邮箱地址：zenwt@junhe.com

（感谢秦嫵律师，实习生成希、武心阳、吴柳莹对本文的贡献）

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

