

# De extraterritoriale werking van de US Export Administration Regulations

mr. S.H.S. Ayre en mr. R. de Bree\*

## 1. Inleiding

Op 17 december 2014 werd door de president van de Verenigde Staten (VS) het voornemen tot afbouw van de – reeds langer dan een halve eeuw geldende – handelsrestricties tegen Cuba bekendgemaakt.<sup>1</sup> Dit heeft mogelijk tot gevolg dat de export van goederen vanuit de VS naar Cuba op termijn aanzienlijk eenvoudiger zal worden. Naast het feit dat het begin van herstel van de diplomatieke betrekkingen over en weer voor beide landen een positieve ontwikkeling vormt, heeft deze beleidswijziging mogelijk ook voor (rechts)personen buiten Cuba en de VS gunstige gevolgen. Want wie de gedachte zou koesteren dat dit stuk sanctiewetgeving als uitgevaardigd door de VS, enkel ziet op haar onderdanen, zal met dit artikel de nodige decepties oplopen.

De VS hebben op verscheidene terreinen sanctieregelgeving geïmplementeerd, die onder meer handelsembargo's inhouden en die zich in reikwijdte veel verder uitstrekken dan tot VS onderdanen of zij die vanuit de VS handelen.

Een van de meest gewichtige ge- en verboden uit deze sanctieregelgeving waarmee ook buitenlandse natuurlijke en rechtspersonen te maken krijgen, is er in gelegen dat een deel van deze normen verkleefd is aan de goederen in kwestie. Zijn deze – kortweg – van Amerikaanse origine, dan blijven ze onderhevig aan het export/sanctieregime van de VS. Dit betekent dat deze sanctieregels relevantie hebben voor het Nederlandse bedrijfsleven, naast andere sanctiestelsels zoals die vanuit de EU. Zoals hierna zal blijken, kan hiervan al sprake zijn als een Nederlands product voor slechts een klein deel bestaat uit onderdelen afkomstig van de VS. Hiertoe bieden de zogenaamde Export Administration Regulations (EAR) van de VS namelijk de grondslag.<sup>2</sup> Dit artikel gaat in op deze EAR.

In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij de reikwijdte van deze EAR en in het bijzonder bij de gevallen waarin een buiten de VS gevestigde onderneming met de toepasselijkheid van deze regelgeving rekening moet houden. In het verlengde daarvan zal het aan de EAR gekoppelde sanctiestelsel aan bod komen, alsmede het vigerende sanctieklimaat in de VS.

## 2. Reikwijdte van de EAR

### 2.1 Algemeen

De EAR werden primair door het Bureau of Industry and Security (BIS) van het United States Department of Commerce uitgevaardigd ter implementatie van de Export Administration Act van 1979.<sup>3</sup> Deze wet verschaft het Department of Commerce in de kern de bevoegdheid om de export of 'reexport' (wederuitvoer) te reguleren van zogenaamde 'dual-use' goederen,<sup>4</sup> software en technologie afkomstig van de VS. Aan deze bevoegdheid is in de EAR aldus nader invulling gegeven.<sup>5</sup>

Alvorens nader in te gaan op de inhoud van de EAR, is het juist kort stil te staan bij de opbouw van deze regelgeving. De EAR vormen een onderdeel van de zogenaamde Code of Federal Regulations (CFR), welke regelingen zeer uiteenlopende onderwerpen beslaan die niettemin alle onderworpen zijn aan federale wetgeving.<sup>6</sup> De EAR zelf bestaan uit meerdere hoofdstukken (Part 730 tot en met Part 774) die niet bepaald overzichtelijk zijn. Teneinde te bepalen of de EAR in een concreet geval van toepassing zijn en, zo ja, welke gevolgen dit heeft, dienen telkens meerdere hoofdstukken te worden geraadpleegd. Enige eerste aanknopingspunten bieden de hoofdstukken 730 (algemene informatie), 732 (een stappenplan voor het gebruik van de EAR), 734 (scope van

\* Susanne Ayre en Robbert de Bree zijn advocaat bij Wladimiroff Advocaten in Den Haag.

1. 'Statement by the President on Cuba Policy Changes' van 17 december 2014. Te raadplegen op: [www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/12/17/statement-president-cuba-policy-changes](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/12/17/statement-president-cuba-policy-changes).
2. De EAR zijn te raadplegen via de website van het United States Department of Commerce, Bureau of Industry and Security: [www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear](http://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/export-administration-regulations-ear).
3. Part 730, §730.2 EAR.
4. Dual-use goederen zijn goederen die zowel een civiele als een militaire toepassing kunnen krijgen. De Nederlandse overheid geeft als voorbeeld koolstofgarens, die veel worden gebruikt om tennisknuppels en golfclubs te versterken, maar ook worden gebruikt in ultracentrifuges waarmee uranium kan worden verrijkt voor kernwapens. Zie in dit kader: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/exportcontrole-strategische-goederen/dual-use-goederen>.
5. Overview of U.S. Export Control System, te raadplegen op: [www.state.gov/strategictrade/overview/](http://www.state.gov/strategictrade/overview/).
6. Zie [www.archives.gov/federal-register/cfr/about.html](http://www.archives.gov/federal-register/cfr/about.html).

de EAR), 736 (verbodsbepalingen) en 772 (definitiebepalingen). Daarnaast zal Part 774 in de meeste gevallen van belang zijn, waarin de zogeheten 'Commerce Control List' (CCL) is opgenomen. Op deze extensieve maar niet-limitatieve lijst staan goederen vermeld voor de export waarvan in beginsel – in ieder geval ten opzichte van bepaalde landen – een vergunning benodigd is. Aan ieder goed is een code gekoppeld, zijnde het zogenaamde 'Export Control Classification Number' (ECCN). Deze code beschrijft het goed en duidt tevens op een vergunningplicht.<sup>7</sup>

Zoals uit het voorgaande blijkt, hebben de EAR op de eerste plaats betrekking op export vanuit de VS. Zij bevatten regelingen ter zake van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden export van goederen ('items') mag plaatsvinden vanuit de VS. Daarbij moet worden opgemerkt dat aan het begrip 'export' in de EAR een autonome en zeer ruime uitleg is gegeven. Zo worden het retourneren van in het buitenland ontwikkelde apparatuur naar het land van herkomst na reparatie daarvan in de VS en de vrijgave van technologie door middel van een demonstratie of mondelinge toelichting aan een buitenlandse onderdaan in de VS reeds onder export verstaan.<sup>8</sup>

Op de tweede plaats zijn in de EAR ook bepalingen opgenomen ter zake van transacties die feitelijk geheel buiten de VS plaatsvinden. De EAR zijn namelijk – in lijn met de uit de Export Administration Act voortvloeiende bevoegdheid – in beginsel evenzeer van toepassing wanneer tussen twee andere landen 'reexport' plaatsvindt van goederen die oorspronkelijk vanuit de VS zijn geëxporteerd en die al dan niet in een buitenlands eindproduct zijn verwerkt. Ook het begrip 'reexport' heeft in de EAR een ruime uitleg gekregen. De vrijgave van technologie afkomstig van de VS in het buitenland (bijvoorbeeld Nederland) aan een onderdaan van een derde land (bijvoorbeeld een Fransman) valt bijvoorbeeld al onder 'reexport'.<sup>9</sup>

Het is voor vele buiten de VS gevestigde ondernemingen niet ongebruikelijk om in de VS geproduceerde onderdelen of software in producten te verwerken, om vervolgens deze (eind)producten door te voeren naar derde landen. Deze ondernemingen zullen al snel met de EAR in aanraking komen en compliance met deze regelgeving kan voor deze ondernemingen zodoende een belangrijke kwestie vormen.

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat de reikwijdte van de EAR zich in beginsel niet zozeer laat bepalen door de herkomst van de (rechts)persoon die zich met de (re)export bezighoudt, maar veeleer door (de herkomst of locatie van) het goed zelf waarvan deze (re)export plaatsvindt. Het betekent tevens dat het buiten de VS gevestigde bedrijfsleven gemakkelijk en onverhoeds onder deze reikwijdte kan vallen.

## 2.2 Goederen in de zin van de EAR

Of in een bepaalde situatie de EAR van toepassing zijn, is ten eerste afhankelijk van de vraag of het betreffende product dat geëxporteerd of doorgevoerd wordt, als 'item' (goed) in de zin van de EAR is aan te merken en ten tweede van de vraag of het betreffende soort goed tevens onder de werkingssfeer van de EAR valt.<sup>10</sup>

Ter zake van het eerste aspect is in het bijzonder Part 772 EAR relevant, omdat daarin een omvangrijke definitielijst is opgenomen van begrippen die in de EAR worden gebruikt, waaronder ook het begrip 'item'. Hieronder dient volgens de betreffende definitiebepaling te worden verstaan: 'commodities, software, and technology'. Het begrip 'commodity' is vervolgens nader gedefinieerd als 'any article, material, or supply except technology and software'.<sup>11</sup> Deze begrippen zijn aldus zodanig ruim geformuleerd, dat zelden sprake zal zijn van een soort goed waarop de EAR in het geheel niet van toepassing kan zijn. Hoewel de goederen die op de eerder benoemde CCL zijn opgenomen in ieder geval onder de definitie van 'item' in de zin van de EAR vallen, zullen de EAR zodoende ook ten aanzien van vrijwel alle andere soorten goederen van toepassing zijn.<sup>12</sup>

Vervolgens is ter zake van het tweede aspect – of de goederen tevens onder de werkingssfeer van de EAR vallen – in het bijzonder Part 734 EAR van belang, waarin de 'scope' van de EAR wordt besproken. Uit dit hoofdstuk blijkt dat voor de toepasselijkheid van de EAR in ieder geval sprake zal dienen te zijn van een goed dat enige connectie heeft met de VS. Zoals hieronder zal blijken, zal het echter niet altijd een evidente connectie betreffen.

Op de eerste plaats gaat het volgens paragraaf 734.3 EAR om alle goederen die zich feitelijk in de VS bevinden, waaronder tevens goederen dienen te worden verstaan die enkel wegens doorvoer van en naar twee 'derde' landen aldaar aanwezig zijn en zodoende 'in transit' zijn. Op de tweede plaats vallen alle goederen die afkomstig zijn van de VS ('U.S. origin items') en die zich waar ook ter wereld bevinden onder de werkingssfeer van de VS. Het begrip 'U.S. origin' wordt nergens in de EAR nader toegelicht. Het Office of Exporter Services van het BIS, dat belast is met adviesverstrekking ter zake van de EAR, spreekt in dit kader evenwel van 'produced or originated in the United States'.<sup>13</sup> Hoewel het BIS zelf aangeeft dat zij geen officiële interpretatie geeft van de regelgeving, duidt het voorgaande er wel op dat 'U.S. origin' in de praktijk ruim wordt uitgelegd. De derde categorie goederen die onder de werkingssfeer van de EAR vallen, zijn in het buitenland geproduceerde artikelen,

7. Zie [www.bis.doc.gov/index.php/regulations/commerce-control-list-ccl](http://www.bis.doc.gov/index.php/regulations/commerce-control-list-ccl).
8. Part 730, §730.5(c) EAR.
9. [www.bis.doc.gov/index.php/licensing/reexports-and-off-shore-transactions](http://www.bis.doc.gov/index.php/licensing/reexports-and-off-shore-transactions).
10. De specifieke Amerikaanse regels voor defensie en dual purpose goederen (ITAR) worden hier buiten beschouwing gelaten.
11. Ten behoeve van de leesbaarheid van deze bijdrage, zal 'commodity' hierna korthedshalve worden aangeduid als 'artikel'. Zowel 'software' als 'technology' worden eveneens nader gedefinieerd in Part 772 EAR.
12. Zie Part 730, §730.8 EAR. Ingevolge §734.3(c) EAR worden de goederen die niet op de CCL staan, en die zodoende geen 'Export Control Classification Number' hebben, met 'EAR99' aangeduid.
13. Guidance on the Commerce Department's Reexport Controls, p.2, te raadplegen op: [www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/doc\\_view/4-guidelines-to-reexport-publications](http://www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/doc_view/4-guidelines-to-reexport-publications).

ontwikkelde software of technologie die meer dan een zogeheten *de minimis* hoeveelheid ‘controlled U.S.-origin’ artikelen, software dan wel technologie bevatten. De overige twee categorieën ten slotte, die verder buiten bespreking zullen blijven, zijn bepaalde buitenlandse goederen die het directe product zijn van technologie of software afkomstig van de VS (‘foreign-made direct products’) en artikelen die gemaakt zijn in een fabriek buiten de VS die eveneens het directe product zijn van technologie of software afkomstig van de VS.

Bij de eerste twee categorieën is de ‘link’ met de VS evident: het gaat om goederen die zich aldaar bevinden dan wel om goederen die daar geproduceerd zijn. In het geval van de laatste categorie is de connectie met de VS daarentegen aanzienlijk verder verwijderd, omdat het in de VS geproduceerde artikel dan slechts een – wellicht zelfs onzichtbaar – onderdeel vormt van een buitenlands (eind)product. Of deze categorie zich voordoet, zal dan ook vaak moeilijk bepaalbaar zijn. Ter illustratie in dit kader: indien een in Nederland geproduceerde camera een lens bevat die in de VS is gemaakt, zal beoordeeld moeten worden of deze lens (1) van ‘controlled U.S.-origin’ is, alsmede (2) welke waarde deze lens heeft ten opzichte van de camera oftewel of deze *de minimis* is. Deze derde categorie zal voor buitenlandse ondernemingen geregeld van betekenis zijn en behoeft dan ook nadere bespreking aan de hand van de twee genoemde voorwaarden.

### 2.3 Controlled u.s.-origin

Bij de vaststelling of – in het buitenlands product – sprake is van een onderdeel (artikel) dat van ‘controlled U.S.-origin’ is, is blijkens de in de EAR opgenomen ‘Guidelines for *de minimis* rules’ de reeds genoemde CCL van belang.<sup>14</sup> Hiervoor is al kort opgemerkt dat aan alle op deze lijst vermelde goederen een zogenaamde ECCN code is toegekend. Deze code bestaat uit meerdere cijfers en letters, waaronder een of meer cijfers die betrekking hebben op de reden(en) van toezicht (ofwel: ‘control’). Dergelijke redenen van toezicht zijn blijkens Part 738.2(d)(1) EAR onder meer de nationale veiligheid, chemische & biologische wapens, regionale stabiliteit en anti-terrorisme.<sup>15</sup> Het gaat derhalve in het bijzonder om redenen die op het internationale vlak – bijvoorbeeld in VN verband of interstatelijk overleg – ook onderwerp van discussie zijn.

Om te bepalen of de betreffende uit de VS afkomstige onderdelen (zoals de cameralens) van ‘controlled U.S.-origin’ zijn, zal van al die onderdelen afzonderlijk vastgesteld moeten worden of daaraan een ECCN code is gekoppeld en zo ja welke.

Vervolgens staat ter beoordeling welke van deze uit de VS afkomstige (controlled) goederen vergunningplichtig zouden zijn indien zij geëxporteerd dan wel doorgevoerd (re-export) worden naar het land van bestemming van het buitenlands product. In Supplement No. 1 to Part 738 EAR is daartoe een zogenaamde ‘Commerce Country Chart’ opgenomen, waarin van de meeste landen ter wereld wordt aangegeven welke redenen van toezicht (zoals anti-terrorisme) de VS daarop van toepassing hebben geacht. Aan de hand van de ECCN code, waarin de cijfers voor reden(en) van toezicht aldus vermeld staan, kan bepaald worden of het be-

treffende goed voor dat land vergunningplichtig is.<sup>16</sup> Simpel gezegd: als op het land en het product een en dezelfde reden van toezicht van toepassing is, is voor (re)export van het product een vergunning nodig. Zo geldt bijvoorbeeld ten opzichte van Sudan ‘anti-terrorisme’ als reden van toezicht, zodat een goed waaraan anti-terrorisme eveneens als reden van toezicht is gekoppeld vergunningplichtig zal zijn.<sup>17</sup>

Ter zake van een aantal landen (thans: Cuba, Iran, Noord-Korea en Syrië) is in de Country Chart een algemene verwijzing opgenomen naar Part 746 EAR. Voor deze landen gelden zwaardere sancties of embargo’s. Hoewel op deze specifieke landen al langere tijd een strengere regime van toepassing is, kunnen hierin wijzigingen optreden naar aanleiding van – kort gezegd – verbeterde of verslechterde politieke omstandigheden. Om dezelfde reden kunnen ook andere landen toegevoegd worden. Zo is ten opzichte van de Krim ook een aparte regeling opgenomen.<sup>18</sup> De strengere sancties verschillen voorts per land. Ten aanzien van Syrië geldt bijvoorbeeld een algemeen verbod op export van alle op de CCL genoemde goederen, alsmede een verbod op de export van alle (overige) producten afkomstig van de VS met uitzondering van eten en medicijnen. Daarbij komt dat de meeste goederen waarvoor een vergunningplicht bestaat ten opzichte van Syrië onderworpen zijn aan een ‘general policy of denial’, zodat in de praktijk vrijwel nooit een vergunning zal worden verleend.<sup>19</sup>

### 2.4 De minimis

De zojuist behandelde vraag of een goed/onderdeel van ‘controlled U.S.-origin’ is, is de eerste stap bij het bepalen of de hiervoor genoemde derde categorie (buitenlandse producten waarop de EAR van toepassing is) zich voordoet. Daarna moet worden bepaald of die onderdelen *de minimis* zijn ten opzichte van het gehele (buitenlandse) product.

Deze *de minimis* regel vormt derhalve, in de kern, een drempel voor de toepasselijkheid van de EAR als het gaat om buitenlandse producten.<sup>20</sup> Deze regeling houdt namelijk in dat de EAR buiten toepassing blijven als de waarde van het uit de VS afkomstige onderdeel van een buitenlands pro-

14. Zie hiervoor Supplement No. 2 to Part 734 EAR (Guidelines for *de minimis* rules).
15. Part 738.2(d) EAR. In Part 738.2 EAR wordt voorts meer uitleg gegeven over de CCL en de betekenis van de cijfers/letter in de ECCN code.
16. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat op deze vergunningplicht overigens weer zogenaamde ‘license exceptions’ (uitzonderingen) kunnen bestaan, die in Part 740 EAR worden behandeld. Daarbij komt dat ter zake van één goed meerdere redenen van toezicht en aldus meerdere vergunningplichten kunnen bestaan. Ten aanzien van iedere vergunningplicht zal dan ook beoordeeld moeten worden of daarop een uitzondering bestaat.
17. Een voorbeeld van een dergelijk goed is een freesmachine, nu blijkens de CCL daaraan de ECCN code ‘2B991.d.1’ is gekoppeld, waarvan het tweede cijfer (9) staat voor anti-terrorisme als reden van toezicht. Zie CCL: Category 2 ‘Materials processing’.
18. Zie de Country Chart en Part 746.6 EAR.
19. Zie hiervoor Part 746.9(c)(1) EAR.
20. De *de minimis* regeling is opgenomen in Part 734.4 EAR.

duct onder een bepaald niveau blijft. Ter verduidelijking een voorbeeld: als de waarde van de uit de VS afkomstige cameralen slechts 8% is van de waarde van de totale camera, dan voldoet deze lens hoogstwaarschijnlijk – zo zal hieronder blijken – aan de voorwaarden van de *de minimis* regeling en zullen de EAR buiten toepassing blijven.

Alvorens daarop in te gaan zij kort opgemerkt dat bepaalde buitenlandse producten geheel zijn uitgesloten van de *de minimis* regeling, in die zin dat ten aanzien van die goederen de EAR altijd van toepassing blijft ongeacht de waarde van het onderdeel dat uit de VS afkomstig is.<sup>21</sup> Hierbij kan onder voorwaarden gedacht worden aan buitenlandse militaire artikelen die een bepaald soort beeldcamera's uit de VS bevatten.

Behoudens deze specifieke uitzonderingscategorieën geldt in het algemeen een 10% *de minimis* regel en een 25% *de minimis* regel. Deze regelingen zijn gekoppeld aan de activiteit van reexport van het buitenlands goed (waarin het uit de VS afkomstige onderdeel is opgenomen). Dit houdt in dat – voor de toepasselijkheid van de EAR – de waarde van het in de VS gemaakte onderdeel van het buitenlandse product eerst van belang wordt op het moment dat het buitenlandse product, met daarin het uit de VS afkomstige onderdeel, wordt uitgevoerd naar een ander (derde) land.

Zoals benoemd, moet onderscheid worden gemaakt tussen de 10% *de minimis* regel en de 25% *de minimis* regel. Indien het betreffende buitenlandse product – kort gezegd – uit maximaal 10% 'controlled U.S. origin' onderdelen bestaat, is op grond van de eerste regel de wederuitvoer hiervan, ongeacht het land van bestemming, niet aan de EAR onderworpen.<sup>22</sup> Een buitenlandse onderneming behoeft zich dan ook geen zorgen te maken om eventuele sancties, althans niet in het kader van de EAR. Van de tweede regel – op grond waarvan het betreffende buitenlandse product aldus maximaal 25% 'controlled U.S. origin' onderdelen mag bevatten<sup>23</sup> – is echter een aantal landen uitgezonderd. Het gaat in dezen om landen die door de VS worden beschouwd als 'terrorist supporting countries'. De landen die momenteel als zodanig zijn aangemerkt zijn Syrië, Iran, Noord-Korea, Soedan en (nu nog) Cuba.<sup>24</sup> Dit komt dus grotendeels overeen met de landen waarvoor in de Country Chart al naar een afzonderlijke embargo en sanctieregime wordt verwezen. Op de wederuitvoer naar deze landen van producten die op zichzelf wel aan de *de minimis* regel van 25% voldoen, blijven de EAR derhalve onverkort van toepassing.

In de hiervoor genoemde 'Guidelines for *de minimis* rules' zijn enkele richtlijnen opgenomen die behulpzaam kunnen zijn bij de wijze waarop de *de minimis* waarde moet worden berekend. Een uitgebreide behandeling van dit onderwerp gaat het bestek van dit artikel te buiten. Om desondanks in dit kader enig inzicht te bieden, worden enkele aspecten uitgelicht.

Blijkens de Guidelines moet de *de minimis* waarde van het in de VS geproduceerde onderdeel worden bepaald aan de hand van de reële marktwaarde daarvan in het land waar het buitenlandse product wordt gemaakt. Dit zal in de praktijk meestal neerkomen op de door de buitenlandse ondernemer gemaakte kosten voor het betreffende onderdeel. Om ver-

volgens de waarde van het uit de VS afkomstige onderdeel ten opzichte van het buitenlandse product te kunnen bepalen, zal daarnaast ook de waarde van dat buitenlands product moeten worden berekend. Hiervoor is in beginsel de reële marktwaarde in de markt (het land) waar het product wordt verkocht juist richtingevend. Dit zal veelal overeenkomen met de door de koper aldaar te betalen prijs.<sup>25</sup> Dat betekent tevens dat de waarde niet uitsluitend de feitelijke economische waarde zal zijn van alle losse onderdelen bij elkaar opgeteld, maar dat ook overige aspecten die in de uiteindelijke kostprijs zijn opgenomen (zoals verzekeringen, marge en transportkosten) in beginsel een rol mogen spelen. In beide gevallen (bij de berekening van de waarde van het 'VS onderdeel' respectievelijk de waarde van het buitenlands product) mag echter geen rekening worden gehouden met kortingen die gegeven worden aan gelieerde ondernemingen. Als een Nederlandse bedrijf zodoende bij een dochtervennootschap in de VS een onderdeel aanschafft en om die reden een concerndiscount krijgt, moet voor de *de minimis* berekening toch worden uitgegaan van de normale koopprijs die aan anderen (niet gelieerde klanten) berekend zou worden.

Ten slotte zij in dit kader nog opgemerkt dat de *de minimis* regeling niet simpelweg kan worden omzeild door de 'controlled U.S.-origin' onderdelen afzonderlijk bij het buitenlands product te leveren. Anders weergegeven: als bij de camera tevens wat losse cameralenzen worden opgestuurd, moeten die lenzen (als zij uit de VS afkomstig zijn) toch worden meegenomen in de *de minimis* berekening. Volgens de Guidelines gaat het namelijk om de vraag of de onderdelen essentieel zijn voor de werking van het buitenlandse product, of het gebruikelijk is dat deze onderdelen inbegrepen zijn bij de verkoop van het buitenlands product en of zij met dat product worden doorgevoerd (reexport).

Indien een product onderdelen bevat die van 'controlled U.S.-origin' zijn, welke onderdelen bovendien niet *de minimis* zijn aan het totale buitenlandse product, doet zich de hiervoor besproken derde categorie voor op grond waarvan de EAR van toepassing zijn. Voor de (buitenlandse) onderneming zal vervolgens ter beoordeling staan of de reexport van het product verboden wordt door de EAR.

### 3. Verbodsbepalingen

Het enkele feit dat de EAR van toepassing zijn op een bepaald (buitenlands) product, wil nog geenszins zeggen dat daarmee een (re)export daarvan per definitie verboden is. Om vast te stellen of dat laatste het geval is, zullen de 'tien verboden' in Part 736 EAR moeten worden geraadpleegd.

21. Part 734.3(a)(3)(i) EAR jo. 734.4(a) EAR.

22. Paragraaf 734.4(c) EAR.

23. Paragraaf 734.4(d) EAR.

24. Zie voor een actuele lijst van 'terrorist supporting countries': Country Group E:1 van Supplement No. 1 bij Part 740 EAR.

25. Voor de feitelijke berekening dient ten slotte de waarde van het uit de VS afkomstige onderdeel te worden gedeeld door de waarde van het buitenlandse artikel (inclusief het uit de VS afkomstige onderdeel) en de uitkomst daarvan met 100 te worden vermenigvuldigd.

Op grond van deze verbodsbepalingen zijn export, reexport of andere activiteiten in bepaalde gevallen verboden, tenzij over een door het BIS afgegeven vergunning wordt beschikt of ter zake een ‘license exception’ bestaat. Zoals wij hiervoor al hebben gezien, geldt ten opzichte van een aantal landen (zoals Syrië) dat in beginsel geen vergunningen zullen worden verleend. De facto brengt dit mee dat – ter voorkoming van hoge boetes – (re)export van goederen die onder de scope van de EAR vallen achterwege gelaten zal moeten worden. De genoemde ‘license exceptions’, die in deze bijdrage verder grotendeels buiten bespreking zullen blijven, gelden voorts uitsluitend ten aanzien van een aantal van de verbodsbepalingen. Ten aanzien van de overige verbodsbepalingen blijft, anders gezegd, de vergunningplicht overeind staan. Bij een aantal van deze verbodsbepalingen, die ook voor buitenlandse ondernemingen relevant zijn en voor hen verstrekking gevolgen kunnen hebben, zullen wij thans stilstaan.

Het eerste verbod, dat voor buitenlandse ondernemingen ook een rol kan spelen, is hiervoor al zijdelings aan de orde geweest. Dit betreft namelijk het verbod om zonder vergunning goederen die onder de werking van de EAR vallen te exporteren en goederen die van ‘U.S.-origin’ zijn door te voeren naar bepaalde landen.<sup>26</sup> Het gaat bij dit laatste om de tweede categorie goederen die onder de scope van de EAR vallen (‘U.S.-origin’ goederen die zich waar ook ter wereld bevinden). Of de (re)export is toegestaan, is afhankelijk van de vraag of het van de VS afkomstige goed ‘controlled’ is, alsmede van de vraag of export naar het betreffende land om die reden volgens de Country Chart vergunningplichtig is.

Voor veel buitenlandse ondernemingen zal het evenwel het tweede verbod zijn dat een potentieel probleem vormt voor de wederuitvoer of in ieder geval een compliance issue oplevert.<sup>27</sup> Deze verbodsbepaling brengt namelijk in de kern mee dat buitenlandse producten die ten dele bestaan uit ‘controlled U.S.-origin’ onderdelen niet zonder vergunning mogen worden geëxporteerd of doorgevoerd, als (1) die producten inderdaad vergunningplichtig zijn op grond van de EAR en (2) de uit de VS afkomstige ‘controlled’ inhoud meer dan een *de minimis* hoeveelheid betreft.<sup>28</sup> Bepaald zal moeten worden of wegens de reden(en) van toezicht gekoppeld aan het uit de VS afkomstige onderdeel een vergunning nodig is voor de export naar het land van bestemming. Zodoende gaat het hier vooral om de hiervoor behandelde derde categorie goederen die onder de werking van de EAR vallen.

Voorts zal in het verlengde daarvan het zesde verbod, dat hiervoor onder paragraaf 2.3 al impliciet aan de orde is geweest, voor buitenlandse ondernemingen relevant kunnen zijn. Deze bepaling heeft namelijk betrekking op de verboden (re)export naar ‘embargo’ landen.<sup>29</sup> Dit zijn de in Part 746 EAR opgenomen landen, zoals Syrië en Cuba. Zo brengt het algehele exportverbod tegen Syrië van goederen die onder de reikwijdte van de EAR vallen voor een buitenlandse onderneming mee dat het vrijwel onmogelijk zal zijn producten naar dit land door te voeren als zij meer dan een *de minimis* ‘controlled U.S.-origin’ onderdelen omvatten. Niet zozeer omdat dit feitelijk niet mogelijk zou zijn, maar omdat voldoende afschrikwekkende sancties zijn verbonden aan overtreding van deze verbodsbepaling. Deze hoge sanc-

ties zullen voor vele ondernemingen voldoende redenen vormen om deze bepaling zo goed mogelijk na te leven.

Naast voornoemde verbodsbepalingen, zal ook ‘General Prohibition Five’ in de praktijk niet onbelangrijk zijn. Deze bepaling ziet op het bewust exporteren of doorvoeren van goederen die onder de scope van de EAR vallen aan een eindgebruiker die, of voor eindgebruik dat verboden is in Part 744 EAR. Zonder vergunning zijn deze handelingen niet toegestaan.<sup>30</sup> Gedacht kan worden aan bepaalde Russische entiteiten<sup>31</sup> (als eindgebruikers) of nucleaire activiteiten (als eindgebruik). Zeker de laatste twee regelingen (verbodsbepalingen 5 en 6) zijn op zichzelf niet uniek. Ook de EU heeft soortgelijke sanctie en embargobepalingen geïmplementeerd tegen landen, entiteiten en personen die een bedreiging vormen voor de internationale vrede en veiligheid. Verschil is gelegen in het feit dat de EU zich – kort gezegd – uitsluitend bevoegd acht ten opzichte van haar eigen lidstaten en onderdanen. Doordat de regelingen van de VS evenwel aan de herkomst van het goed zijn gekoppeld, strekken deze zich ver uit buiten de grenzen van de VS en genieten zij in zoverre een extraterritoriale werking.

In het kader van de ‘General Prohibitions’ zij ten slotte stilgestaan bij het tiende verbod. Op grond hiervan is het verboden deel te nemen aan transacties met betrekking tot goederen die onder de werking van de EAR vallen en die geëxporteerd (zullen) worden, met de kennis (‘with knowledge’) dat de EAR zijn of zullen worden overtreden. Als dergelijke transacties zijn onder meer aangemerkt het (ver) kopen, financieren, bewaren, lenen en transporteren van dergelijke goederen. Hoewel het veeleer bedrijven in de VS zijn die feitelijk met deze bepaling in aanraking zullen komen, zal deze bepaling indirect ook gevolgen kunnen hebben voor buitenlandse ondernemingen. Een onderneming in de VS zal met deze bepaling in gedachten immers minder genegen zijn onderdelen naar een buitenlandse onderneming te exporteren, als zij weet dat de buitenlandse onderneming deze vervolgens zal doorvoeren naar een gesanctioneerde entiteit.

#### 4. Sanctiemogelijkheden en sanctie-klimaat

Aan de benoemde verbodsbepalingen is in de EAR een uitgebreid arsenaal aan sanctiemogelijkheden gekoppeld.

Part 764 EAR is volledig gewijd aan overtredingen van de EAR en aan de daaraan gekoppelde sancties.<sup>32</sup> Deze zijn onderverdeeld in administratieve, strafrechtelijke en overige sancties. Het BIS wordt bevoegd geacht tot het opleggen

26. Part 736.2(b)(1) EAR.

27. Part 736.2(b)(2) EAR.

28. Ingevolge Part 736.2(b)(2)(ii) EAR kunnen de ‘license exceptions’ in Part 740 EAR van toepassing zijn, waardoor – als aan alle voorwaarden is voldaan – de tweede verbodsbepaling niet wordt overtreden.

29. Part 736.2(b)(6) EAR.

30. Part 736.2(b)(5) EAR.

31. Zie in dit kader Supplement No. 4 to Part 744 EAR (Entity List).

32. Dit hoofdstuk heeft voorts betrekking op overtredingen van de Export Administration Act.

van de administratieve sancties, terwijl de bevoegdheid om strafrechtelijke sancties op te leggen toekomt aan de rechter.<sup>33</sup> Daarnaast worden veel – zo niet de meeste – zaken met een schikking met het BIS worden afgedaan. Frequent komen die zaken aan het rollen door ‘voluntary self-disclosure’: een zelf melding aan het ‘Office of Export Enforcement’ van het BIS. Een dergelijke (bekenkende) verklaring kan tot matiging van eventuele administratieve sancties leiden.<sup>34</sup>

Alvorens op voornoemde sanctiemodaliteiten in te gaan, verdient het opmerking dat in bepaalde gevallen de Office of Foreign Assets Control (OFAC) eveneens bevoegd is tot het opleggen van sancties, zelfs over een en hetzelfde feitencomplex. Zo gelden bijvoorbeeld in het geval van Cuba tevens de ‘Cuban Assets Control Regulations’.<sup>35</sup> Op grond van deze regelingen kan de OFAC forse sancties opleggen, terwijl tegelijkertijd het BIS op grond van Part 764 EAR voor eenzelfde feit kan sanctioneren als een product in strijd met de in Part 746 EAR neergelegde embargo’s naar Cuba wordt doorgevoerd. Om de cumulatie van bestraffing compleet te maken, kan in sommige gevallen ook het Department of Justice bevoegdheid hebben om strafrechtelijk te vervolgen.

#### 4.1 Administratieve sancties

De administratieve sancties die het BIS kan opleggen, zijn eveneens onder te verdelen in drie categorieën: geldboetes, beperking van exportprivileges en ‘exclusion from practice’.

De geldboete (‘civil monetary penalty’) mag volgens de EAR niet hoger zijn dan het bedrag genoemd in de Export Administration Act, dat op dit moment \$ 11.000 bedraagt.<sup>36</sup> Deze sanctie mag per overtreding worden opgelegd en de EAR kent bovendien ook de mogelijkheid van een voorwaardelijke geldboete, met een daaraan gekoppelde proeftijd.<sup>37</sup>

Naast een geldboete kunnen personen worden geconfronteerd met het verstrekende besluit tot beperking in de mogelijkheden deel te nemen aan transacties die zien op de (re) export van goederen die onder de scope van de EAR vallen (‘denial of export privileges’).<sup>38</sup>

De laatste administratieve sanctiemogelijkheid houdt in dat het een advocaat, accountant of andere vertegenwoordiger geheel kan worden verboden verder te mogen optreden bij het opstellen van een vergunningaanvraag of deel te nemen aan een andere activiteit ten opzichte waarvan het BIS bevoegd is.

#### 4.2 Strafrechtelijke sancties

Naast genoemde administratieve sancties, kan overtreding van de EAR ook strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Deze strafrechtelijke sancties bestaan in hoofdzaak uit geldboetes en gevangenisstraffen.

Voor bewuste overtreding van de EAR (‘knowingly’) kan een geldboete worden opgelegd van \$ 50.000 dan wel een geldboete van vijf keer de waarde van de betrokken (re)export, als dat een hoger bedrag betreft. Voorts kan een gevangenisstraf van maximaal vijf jaren worden opgelegd.<sup>39</sup>

Bovendien kan bij opzettelijke overtreding van de EAR (‘willful violations’) ten opzichte van een onderneming in beginsel een geldboete worden opgelegd ten bedrage van \$ 1.000.000 dan wel van vijf keer de waarde van de betrokken (re)export. Voor natuurlijke personen betreft de maximale geldboete \$ 250.000. Daarnaast mag een gevangenisstraf van maximaal tien jaar worden opgelegd.<sup>40</sup>

Niet onbelangrijk is dat in de EAR daarnaast vermeld staat dat gedrag dat als overtreding van de EAR wordt aange-merkt, bovendien tot vervolging kan leiden onder commune strafbepalingen, zoals witwassen en valsheid in geschrift.<sup>41</sup>

#### 4.3 Overige sancties

Daarnaast bestaan ook overige sancties voor overtreding van de EAR die met strafrechtelijke dan wel administratieve sancties kunnen cumuleren.

Deze restsancties bestaan onder meer uit inbeslagneming en verbeurdverklaring van de goederen die in strijd met de EAR zijn of zouden worden geëxporteerd.<sup>42</sup> Daarnaast mag bij ‘export control violations’ het recht om te contracteren met de (VS) overheid worden opgeschort en mogen onder bepaalde voorwaarden vergunningen voor de (re)export van defensie goederen worden geweigerd.<sup>43</sup>

#### 4.4 Sanctie klimaat

De praktijk leert dat de genoemde sancties niet slechts als hypothetische mogelijkheden zijn aan te merken, maar dat het BIS – alsmede de OFAC – middels ‘schikkingen’ ook daadwerkelijk tot het opleggen van (omvangrijke) sancties overgaan. Bovendien blijkt dat het BIS niet schroomt buitenlandse ondernemingen daarbij aan te pakken. Ter illustratie noemen wij enkele voorbeelden.

Met Computerlinks FZCO (Dubai) werd in 2013 een schikking getroffen ten bedrage van \$ 2,8 miljoen voor het in strijd met de EAR naar Syrië ‘exporteren’ van technologie afkomstig van de VS. Blijkens het persbericht betrof dit bovendien de maximale geldboete die opgelegd kon worden.<sup>44</sup> Op vergelijkbare wijze kwam het Italiaanse bedrijf Area S.p.A. een bedrag van \$ 100.000 overeen met het BIS voor het bewust zonder vergunning verkopen van ‘network moni-

33. Zie Part 764.1 EAR.

34. Zie Part 764.5 EAR.

35. Zie [www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/cuba.aspx](http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/cuba.aspx).

36. [www.bis.doc.gov/index.php/enforcement/oe/penalties](http://www.bis.doc.gov/index.php/enforcement/oe/penalties).

37. Zie Part 764.3(a)(1) EAR.

38. Zie Part 764.3(a)(2) EAR.

39. Zie Part 764.3(b)(1) EAR.

40. Zie Part 764.3(b)(2)(i) EAR.

41. Zie Part 764.3(b)(3) EAR.

42. Zie Part 764.3(c)(2)(i) EAR.

43. Zie Part 764.3(c)(2)(ii) EAR.

44. [www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/102-about-bis/newsroom/press-releases/press-releases-2013/524-bureau-of-industry-and-security-announces-2-8-million-civil-settlement-with-computerlinks-fzco-for-charges-related-to-unlawful-exporting-of-technology-to-syria](http://www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/102-about-bis/newsroom/press-releases/press-releases-2013/524-bureau-of-industry-and-security-announces-2-8-million-civil-settlement-with-computerlinks-fzco-for-charges-related-to-unlawful-exporting-of-technology-to-syria).

toring equipment' afkomstig van de VS aan het Syrian Telecommunications Establishment.<sup>45</sup>

Meer recentelijk kwam het Amerikaanse bedrijf Wind River Systems met het BIS een bedrag van \$ 750.000 overeen wegens het jarenlang zonder vergunning exporteren van 'operating software' naar overheden en verschillende eindgebruikers in China, Hongkong, Rusland, Israel, Zuid-Afrika en Zuid-Korea. De software was wegens redenen van nationale veiligheid onder toezicht gesteld ('controlled') en sommige eindgebruikers stonden bovendien op de embargolijst in de EAR.<sup>46</sup>

Ten slotte zij gewezen op de door de Nederlandse onderneming Fokker Services B.V. getroffen schikking van \$ 10.5 miljoen in verband met de illegale (re)export van onder andere vliegtuigonderdelen en technologie naar Iran en Soedan. Het BIS zei daarover: 'The scope of today's global settlement with Fokker Services highlights the egregious nature of the violations and points to the commitment [...] to pursue and prosecute those responsible no matter where they are located'.<sup>47</sup>

## 5. Conclusie

Voor het Nederlandse bedrijfsleven dat internationaal zaken doet is het landschap met sanctieregels vanuit de eigen bodem of nabij (Nederland en de EU) al tamelijk ingewikkeld, steeds veranderend en met zeer brede ge- en vooral verbodsnormen bedekt. Het daarnaast ook stevig moeten waken voor compliance op het vlak van Amerikaanse exportregels die tevens zien op sanctierecht, zoals de EAR die in dit artikel besproken zijn, levert een extra compliance taak op. Zeker gelet op de zeer ruime reikwijdte van de EAR, die toch het best als extraterritoriaal werkend kunnen worden omschreven, en indachtig de ferme sancties die de Amerikaanse toezichthoudende autoriteiten (al dan niet als schikking) opleggen, is het oppassen geblazen. Ook voor dit deel van het sanctierecht geldt derhalve dat voorkomen beter is dan genezen. Aan de riedel compliance, compliance, compliance, voegt de kordate betrokkene dan ook maar wijselijk US-compliance toe.

45. [www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/press-releases/107-about-bis/newsroom/press-releases/press-release-2014/643-italian-company-agrees-to-100-000-penalty-for-unlawful-technology-export-to-syria](http://www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/press-releases/107-about-bis/newsroom/press-releases/press-release-2014/643-italian-company-agrees-to-100-000-penalty-for-unlawful-technology-export-to-syria).
46. [www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/press-releases/107-about-bis/newsroom/press-releases/press-release-2014/763-intel-subsi-dary-agrees-to-750-000-penalty-for-unauthorized-encryption-exports](http://www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/press-releases/107-about-bis/newsroom/press-releases/press-release-2014/763-intel-subsi-dary-agrees-to-750-000-penalty-for-unauthorized-encryption-exports).
47. <http://www.bis.doc.gov/index.php/about-bis/newsroom/press-releases/107-about-bis/newsroom/press-releases/press-release-2014/688-dutch-company-agrees-to-pay-10-5-million-civil-penalty-to-settle-commerce-department-charges-involving-illegal-exports-and-reexports-to-iran-and-sudan>.