

ISDGP – INTERNATIOANL STANDARD DEMAND GUARANTEE PRACTICE GARANTİLER VE URDG İÇİN YENİ UYGULAMA KURALLARI

Bu yılın başlarında mart ayının sonunda Milletlerarası Ticaret Odası (ICC-International Chamber of Commerce) tarafından garantiler ve kontrgarantiler camiasını ilgilendiren çok önemli bir uygulama kural seti yayınlandı. Kısa adı ISDGP olan bu kural setinin tam ismi “International Standard Demand Guarantee Practice” dir, Türkçeye Uluslararası Standart garantiler Uygulaması olarak çevrilebilir. Bu kural seti, ICC Garantiler ve URDG (Uniform Rules for Demand Guarantees) Çalışma Grubu tarafından üç yıldan fazla bir süre yapılan bir çalışmanın sonucu olarak ortaya çıktı. Bizde ICC Türkiye olarak bu çalışmanın içerisinde olduk. ICC Garantiler ve URDG Çalışma Grubu küresel bazda garanti sorunlarını takip eden, kuralların doğru uygulanması için çalışmalar yapan, gerektiğinde çözüm için destek veren hukukçu ve tecrübeli uygulamacılardan müteşekkil bir gruptur.

Uygulama sorunlarını azaltmak için kurallara ihtiyaç vardı. Bunu tespit eden Çalışma Grubu önce bir drafting grubu oluşturdu, diğer bütün üyelere danışmanlık rolü verildi. İlk taslak metinden sonra ülkelerin milli komiteleri aracılığıyla ülkelerin ve sektörün görüşleri alındı. Üçüncü görüşten sonra oluşturulan dördüncü taslak son metin olarak oylamaya sunuldu. Oylama 31 Mart 2021 tarihinde Dubai’de sanal olarak düzenlenen ICC Bankacılık Komisyon toplantısında yapıldı. Tunus ve İsviçre dışında ülkeler lehine oy verdiler. ICC Türkiye olarak bizde lehine oy verdik. Tunus ve İsviçre aleyhine oy kullandılar. Sonuçta, büyük çoğunluk ile kabul edildi ve yürürlüğe girdi. ISDGP tek başına kullanılacak bir kural seti değildir, URDG (Uniform Rules for Demand Guarantees) ana kurallarının uygulama kurallarıdır. URDG’ye tabi olan bir garanti veya kontrgaranti aynı zamanda ISDGP’ye de tabi olacaktır.

ISDGP kapsadığı konular ve çözümler nedeniyle sadece URDG’ye tabi garantiler için değil tüm garantiler ile ilgili ortaya çıkacak ihtilaflarda da mahkemeler tarafından emsal alınacak potansiyele sahiptir. ISDGP aslında var olan ancak pek farkında olmadığımız bazı düzenlemelere de dikkat çekmektedir. Örneğin, Bir garanti ne zaman açılmış sayılır? Bunun cevabı 67-68-69-70 numaralı maddelerde verilmektedir, buna göre;

67

Bir garantinin garantörün dahili sisteminde oluşturulması ve imzalanması kontrolden çıkmadığı için düzenlenmiş/açılmış sayılmaz.

68

Bir garanti, garantörün kontrolünden çıktıktan sonra cayılamaz biçimde düzenlenmiş/açılmış sayılır. Hata sonucu kontrolden çıkmış veya garantörün dahili hiyerarşik onay mekanizmasına göre uygunluk almamış olsa bile sonuç değişmez.

69

Garantinin düzenlenmiş sayılmadan (imzalı orijinali garantörün kontrolünden çıkmadan) bir kopyasının lehtar/muhatabın eline geçmesi düzenlendiği anlamı taşımaz.

70

URDG 4(a) madde kapsamında kontrol fiziki olarak garantiye sahip olmakla sınırlı değildir. Garantörün kağıt formunda imzalı bir garantiyi bir temsilcisine (acente, şube vs) lehtar/muhataba ihbar edilmek üzere göndermesi “düzenlenmiş” anlamına gelmez zira temsilci (acente, şube vs.) garantörün kontrolü altında hareket eder. Garantide aksi belirtilmedikçe, garantörü temsil eden harici hukuk müşaviri ve garantinin teslimi ile

görevlendirilen kurye şirketleri genellikle kefilin vekili sayılırken, amir veya talimat veren taraf garantörün vekili değildir.

Yukarıdaki maddelerden görüldüğü gibi daha önceki durumu değiştirmeyen ancak ilk okunduğunda bizi şaşırtan düzenlemeler bulunmaktadır. Buna benzer çok sayıda düzenlemenin yanında yaptırımlar (sanctions) gibi artık hayatımıza giren dış faktörlere de yer verilmiştir. Yaptırımlar ile ilgili olarak şu düzenleme yer almaktadır:

Yaptırım klozları

214

Garantörlerin zaman zaman yaptırım (sanctions) klozlarını garantilerine koydukları görülmektedir. Bunun amacı garanti altındaki ödeme veya uzatımların bir yaptırım nedeniyle engellemesi durumunu tespit etmeleri halinde bunu bekletmektir.

ICC yaptırım klozlarının akreditif ve standby akreditiflerde olduğu gibi garantilerde de kullanılmasını istememektedir. Yaptırım klozlarının kullanılması taahhütlerin cayılamaz karakterini tartışmalı hale getirmektedir, belgesi bir şart olarak değerlendirilmelidir.

Yaptırım hükümleri malumun ilamıdır, bir taahhüde ilişkin olarak zaten uygulama olan durumların tekrarıdır, gereksizdir. Bazı durumlarda bu uygulama, ayrımcılıkla mücadele yasalarının (anti-discrimination laws) ve karşı tedbirlerin (counter-measures) ihlali nedeniyle kefilin sorumluluk meseleleri de gündeme getirebilirler.

Yaptırım hükümleri, en iyi ihtimalle, hükümlerine veya geçerli yasaya bakılmaksızın, garantiye uygulanan zorunlu kuralların bir tekrarıdır; bu nedenle, bu hükümler gereksiz ve gereksiz olacaktır.

Bazı durumlarda, ayrımcılıkla mücadele yasalarının ve karşı tedbirlerin ihlali nedeniyle kefilin sorumluluk meseleleri de gündeme getirebilirler.

Yaptırım klozlarının garantilere konulması hiçbir koşul altında uluslararası standart garantiler uygulaması olarak değerlendirilemez.

215

Garantörün şunun farkında olması gerekir; garanti şartları müşteriler arasındaki mutabakat ile belirlenir, garantörün yaptırım klozlarını garantisine koymasıyla lehtar/muhatap tarafından garantinin reddedilmesi ve amirin bir ihaleden potansiyel dışlanma riski ile karşı karşıya kalabileceğinin farkında olması gerekir.

ISDGP genel olarak şu başlıklardan oluşur; ISDGP'nin uygulanması, tanımlar, garantinin tasarlanması, garantinin düzenlenmesi, bir garantinin ihbar edilmesi, değişiklikler, ibraz, talepler, uzat veya öde talebi, inceleme, ödeme, uygun olmayan talep, ret bildirisi, rezerv kaldırma, garanti tutarının azaltılması ve bir garantinin hükümsüzlüğü, mücbir sebep halleri, devretmek, alacağın temliki ve çeşitli konular

Bu kuralların oluşturulması ve yayınlanması ile daha önce bazı görüş ve kararlarda yer alan öneri ve çözümlerin küresele yaygınlaşması mümkün olmuştur. Tamamı ikiyüzonbeş maddeden oluşan bu kural setinin defalarca okunması ve eğitiminin alınması ortaya çıkma potansiyeli taşıyan birçok sorun, tartışma ve uyuşmazlığın azalmasında önemli rol oynayacağı tahmin edilmektedir.

Abdurrahman Özalp

ICC Türkiye Bankacılık Komisyonu Başkanı
ICC URDG&GUARANTEES Task Force Member