

YAPTIRIM (SANCTION) KLOZLARININ TİCARETTE KULLANILMASI

Yaptırım (Sanction) ve Yaptırım Klozları (Sanction Clauses) Nedir?

Sanction, ticaret işlemlerinde yaptırım anlamında kullanılmaktadır. Sanction klozuna bakmadan önce bu konudaki bazı terimleri hatırlayalım;

Yaptırımlar (Sanctions): Hükümetler veya uluslararası organların dış politika veya ulusal güvenlik hedeflerini geliştirmek için belli yargı çevreleri, kurum, kişi ve kuruluşlara karşı aldığı ekonomik veya ticaret bazlı önlemlerdir. Yaptırımlar sektörel, tek taraflı, çok taraflı olabilir. ¹

Ambargolar: Belli bir ülke ile ticaretin kısıtlanmasıdır. Genelde ülkeler arasındaki sürtüşmelerden ortaya çıkar. Ülkeyi izole etmeye çalışarak yönetimine zorluk çıkararak sürtüşme konusu üzerinde olması gereken şekilde davranmaya zorlar.

Kitle İmha Silahlarının Yaygınlaşmasını Önleme (NPWMD): nükleer, kimyasal veya biyolojik silahların yaygınlaşması ve tesliminin kolaylaşmasını önlemeye çalışır.

Boycot Karşıtı önlemler (Anti-Boycott measures): ambargo altında olmayan ülkeleri izole eden veya ekonomik dezavantaj sağlayan ticaretin finansmanına karşı alınan önlemlerdir.

Birleşmiş Milletlerin yaptırımlarının yanı sıra diğer tek taraflı ve çok taraflı yaptırım ve ambargolar vardır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bunların yanı sıra terörizmin ve kitle imha silahlarının finansmanını engellemek için çıkardığı birçok karar vardır.

Bu yaptırım ve ambargoların etkisini artırmak için daha özel olarak belli mallar, hizmetler, kişiler ve ülkelere yönelik yaptırımlar vardır.

Sanction Klozu: yaptırımlarla ilgili sorumluluğun alınmayacağına ilişkin olarak ticari belge, sözleşme ve mesajlara eklenen bir ifadedir.

Uluslararası yaptırım, ambargo ve yasakların hareketlendiği günlerde akreditif, standby, garanti ve BPO gibi taahhütlerin, belgelerin ve mesajların içerisinde yer alan her bir bilgi önemlidir. Banka ve finansal kurumlara intikal işlemlerde yer alan bilgilerin Uyum dokümanlarına uygun olarak ilgili programlar (SIDE, Safe Watch, WordCheck vs.) yardımıyla mutlaka kontrol edilmesi gerekir. Aslında firmaların da kendi işlerini korumak kendi ön kontrollerini yapmaları gerekir. Dış ticaret işlemlerinde bazen çok masum gibi gözükken bir bilgi uyum politikaları, yerel kısıtlamalar, uluslararası yaptırım ve yasaklar bakımından çok önemli olabilir. Örneğin; bir taşıma belgesi üzerinde yer alan bir gemi ismi ilk bakışta olumsuz bir mesaj vermeyebilir, ancak o anda veya yoldayken bile değişmiş olabilir veya herhangi bir sebeple son anda yasaklı bir listeye girmiş olabilir, örneğin, yasaklı bir limana giriş yapmak, uyuşturucu veya silah taşıma vs. Bir banka veya finans kurumu farkında olarak veya olmayarak ileme aracılık ederse çok büyük ceza veya müeyyide ile karşılaşma ihtimali vardır, aynı şekilde işin sahibi kişi veya firmaların da parasal zarara uğraması veya müeyyide kapsamına alınması söz konusu olabilir. Bu nedenle her tür ticaret işleminde (havale, para transferi, tahsil, taahhüt vs.) işlem ve belgelerde bulunan her bir bilginin (liman, gemi, güzergah, kaptan, acente, kişi ve yer isimleri gibi) bankanın güncel uyum programları ile kontrol edilmesi gerekir, firmaların da kendi kontrol mekanizmaları yoksa işlemlerinin bu bakımdan kontrolleri için gerekirse banka veya finans kurumlarından yardım alması

¹ <https://www.turkmenkitabevi.com.tr/kitap/uluslararasi-ticaretin-finansmani-prensipleri-ve-blockchain-abdurrahman-ozalp-9786052184073>

gerekir. ICC'nin bu konuda rehber ve politika dokümanları vardır. ICC'nin yaklaşımı yaptırım (sanction) klozlarının ticari işlemlere dahil edilmemesi yönündedir ancak bu durum işlem bilgilerinin kontrol edilmeyeceği veya dikkate alınmayacağı anlamına gelmemelidir. Akreditif, standby, garanti, kontrgaranti veya benzeri taahhütlerin içerisinde herhangi bir yaptırım şartı olsun olmasın her zaman işlem verilerinin uyum programları ile titizlikle kontrol edilmesi gerekir. Kontrol ve filtreleme programları aracılığıyla incelendiği halde yakalanmayan ancak tereddüt edilen bir bilgi veya durum varsa mutlaka eskale edilmesi yeşil ışık aldıktan sonra işleme devam edilmesi gerekir.

Yukarıda tanımlı yapıldığı gibi "Sanction" kelime anlamıyla "yaptırım" veya "müeyyide" demektir ancak akreditif, standby, BPO, garanti, kontrgaranti gibi taahhütlerle birlikte gündeme geldiğinde aşağıda örneği verilen metinlerin veya benzer ifadelerin adı geçen taahhütlere eklenmesi anlamında kullanılmaktadır. Bu tür metin, kloz veya ifadelerin akreditif, standby veya garantilere eklenmesinin amacı ve nedeni, taahhüde giren tarafın uluslararası yaptırımlar riskini üzerinden taşımak istememesidir. Aslında normal şartlarda bu cümleler eklenmese dahi bir yaptırım söz konusu olursa ülkelerin imza koyduğu uluslararası antlaşmalar nedeni ile bir çoğu zaten bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle bu tür ifadeleri metinlerin içerisine eklemenin "malumun ilamı" ndan öte ekstra bir faydası olmayacaktır. Aşağıda verilen örneklerden 1 numaralı klozun olumlu olumsuz ekstra bir faydası yoktur, sadece bilgilendirme amaçlıdır ancak 2 ve 3 numaralı iki klozun kullanılması olumsuz etki yaratacaktır zira biri iç denetim prosedürüne ilgi kurmakta diğeri ise kendi yargısına göre karar verebileceğini/reddedebileceğini ifade etmektedir.

Bilgilendirme amaçlı bir sanction clause, malumun ilamı (stating the obvious)

(1) "We process transactions in accordance with international laws and regulations and reserve the right to comply with OFAC regulations and International sanctions by UN and EU as well."

Problemli bir sanction clause, iç denetim politikasına refere ediyor (refer to internal policy)

(2) 'the issuing bank will not affect a transfer (if applicable) or make any payment under this credit to any person who is listed on united nations, European union or united states of America sanctions list, nor to any person with whom the issuing bank is prohibited from engaging in transactions under applicable united states federal or state anti-boycott, anti-terrorism or anti-money laundering laws or us sanctions laws.'

Problemli bir sanction clause, kendi yargısına refere ediyor (refer to discretion of the bank to refuse)

(3) 'our bank processes transactions in accordance with local and international laws and regulations, and reserves the right to comply with foreign sanctions as well. Consequently, documents issued by or showing any involvement of parties sanctioned by any competent authority or contained any information thereon might not be processed by our bank at our sole discretion and without any liability on our part.'

İşte sorunda burada ortaya çıkıyor, içerisinde 2 ve 3 numaralı örneklere benzer şart bulunan bir taahhüdü bir lehtar kullanmak, bir banka teyit etmek istemeyecektir, zira düşüğe olsa bir belirsizlik ve ilave risk söz konusudur. Herkesin riske yaklaşımı farklıdır, kurumdan kuruma farklı yaklaşımlar olabilir. Bu konuda standart bir uygulama yoktur. ICC bu konuda yayınladığı bir rehber notunda çözüm olmadığını belirtmekte ve bazı önerilerde bulunmaktadır. ICC resmi bir görüşünde de "Uluslararası veya yerel yasalardan dayanak bulan yaptırımlar her zaman UCP, ISP gibi ICC kurallarının üzerindedir. Amir banka, Teyit bankası veya görevli herhangi bir

banka yasa ve yaptırımlara uymak zorundadır” şeklinde görüş belirtmiştir, bu görüş ICC’ nin yeni değil genel bir yaklaşımıdır. Sonuçta; ICC, bu tür ticareti ağırlaştırarak, zaman zaman engelleyen, karışıklık ve çatışma yaratan cümlelerin akreditif ve benzer taahhütlerde kullanılmasını önermemektedir, Birleşmiş Milletler kararları gibi yasal dayanağı olan yaptırımların her zaman taahhüt ve kuralların üzerinde olduğunu kabul etmektedir. ICC genel olarak bu tür şart ve klozların kullanılmasından kaçınılmasını istenmekle beraber yine de ülke veya kurum politikası gereği bir yaptırım şartının kullanılması gerekiyorsa aşağıdaki klozun bir hukukçu denetiminde kullanılmasını önermektedir:

[‘notwithstanding anything to the contrary in the applicable ICC Rules or in this undertaking,] We disclaim liability for delay, non-return of documents, non-payment, or other action or inaction compelled by restrictive measures, counter-measures or sanctions laws or regulations mandatorily applicable to us or to [our correspondent banks in] the relevant transaction.²

ICC’ nin yaklaşımı kapsamında “Sanction” konusunda öneriler genel olarak aşağıdaki gibi dikkate alınmalıdır;

“Sanction” cümleleri akreditif, standby ve garanti gibi taahhütlerde kullanılmamalıdır. Bazıları sadece malumu ilan ettikleri halde yani bilgilendirme amaçlı oldukları halde, bazıları engel, kargaşa ve çatışma yaratabilmektedir.

Özellikle ICC kurallarına tabi olan taahhütlerde uygulamacıların karışıklık yaratan ve/veya yerel yasalar ile çatışan cümleleri kullanmaktan kaçınması gerekir. Ancak hükümetlerin yasaklarından kaynaklanan veya etkilenen bir durum varsa tarafların bunun farkında olmasını sağlamak için makul ölçüde kullanılmasında fayda vardır. Örneğin: Arap ülkelerinin kendi akreditiflerinde İsrail’e uyguladıkları müeyyideleri belirtmeleri gibi. Bu bir uyarıdır, malumun ilamı değildir.

Ticaret işi olanların, uygulamacıların uluslararası yaptırımlar ve yasaklar hakkında bilgi sahibi olmaları görevleridir, muhataplarını ve hizmet sağlayıcılarını seçerken buna dikkat etmeleri gerekir. Akreditif, standby ve garanti gibi taahhütlerin doğalarını bozmamaları gerekir, bu gibi taahhütlerin tabi oldukları UCP, ISP ve URDG gibi kuralların her zamana yerel yasaya tabi olduklarını bilmeleri gerekir.

Sınır ötesi iş yapan taraf ve uygulamacıların diğer bir ülkede her hangi bir zamanda herhangi bir yaptırımın her an yürürlüğe girebileceğinin farkında olması ve kendi şirket risk politikalarında bunu dikkate almaları gerekir.

Uygulama da karşılaşılan diğer bazı örnek yaptırım (sanction) klozları şunlardır:

“Presentation of document(s) that are not in compliance with the applicable anti-boycott, anti-money laundering, anti-terrorism, anti-drug trafficking and economic sanctions laws and regulations is not acceptable. Applicable laws vary depending on the transaction and may include United Nations, United States and/or local laws.” (Bilgilendirme amaçlı)

“All parties to this documentary credit are advised that there are specific sanctions and regulations imposed and enforced by the US, UN, EU and other governmental and/or regulatory authorities against certain countries, entities and/or individuals. Under these measures, the bank and other parties may be unable to process or engage in transactions which involve a breach of the sanctions and the authorities may require disclosure of information. The bank assumes no liability for rejecting any presentation of documents that may violate the aforesaid condition and any

² ICC

loss, damages or delay arising directly or indirectly in connection with the aforesaid matters.” (Bilgilendirme amaçlı)

“We process transactions in accordance with international laws and regulations and reserve the right to comply with OFAC regulations and sanctions as well. Consequently documents issued by or showing any involvement of parties that are sanctioned by United Nations resolutions and/or EU and/or OFAC might not be processed by our bank. in case of non-processing, the presentation will be held at the disposal and responsibility of the presenting party.” (Bilgilendirme amaçlı)

“All parties to this letter of credit are advised that the government has in place specific sanctions against certain countries, related entities and other individuals. Under these sanctionsbank is/will be prohibited from engaging in transactions that may fall within the Guidelines of such sanctions.” (Bilgilendirme amaçlı)

“Trade and economic sanctions ('sanctions') imposed by governments, government agencies or departments, regulators, central banks and/or transnational organisations (including the United Nations and European Union) impact upon transactions involving countries, or persons resident within countries currently including Balkans, Belarus, Cote d' Ivoire (Ivory Coast), Lebanon, Liberia, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Syria, the Democratic Republic of Congo, Uzbekistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Myanmar (Burma), North Korea, Cuba, Zimbabwe and Sudan. Issuing bank and all of its related bodies corporate might be subject to and affected by, sanctions, with which it will comply. Please contact issuing bank for clarification before presenting documents to issuing bank for negotiation or undertaking any dealings regarding this credit involving countries or persons affected by sanctions. Issuing bank is not and will not be liable for any loss or damage whatsoever associated directly or indirectly with the application of sanctions to a transaction or financial service involving issuing bank. Issuing bank is not required to perform any obligation under this credit which it determines in its discretion will, or would be likely to, contravene or breach any sanction. This clause applies notwithstanding any inconsistency with the current edition of the International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.” (Kompleks, karışık, problemlı)

“[Bank] complies with the international sanction laws and regulations issued by the United States of America, the European Union and the United Nations (as well as local laws and regulations applicable to the issuing branch) and in furtherance of those laws and regulations, [Bank] has adopted policies which in some cases go beyond the requirements of applicable laws and regulations. Therefore [Bank] undertakes no obligation to make any payment under, or otherwise to implement, this letter of credit (including but not limited to processing documents or advising the letter of credit), if there is involvement by any person (natural, corporate or governmental) listed in the USA, EU, UN or local sanctions lists, or any involvement by or nexus with Cuba, Sudan, Iran or Myanmar, or any of their governmental agencies.” (Kompleks, karışık, problemlı)

“Bank will not be liable if it or another person involved in this transaction fails to perform the transaction or delays it or discloses information to a regulator or other authority as a result of sanctions regulation or their own policy, or for any action which may be taken or required by a regulator. If in doubt, before involving a suspected sanctioned party, or a party located in a sanctioned country you may contact scb for advice, which will be based on regulations and the bank's sanction policy at the time of enquiry. If we agree, the above provision will still apply. Examples

of the involvement of a sanctioned party may include a trading party, buyer, supplier, consignee or notify party, bank, shipping company, agent, vessel, insurance company, assignee or transferee, presentation party, or place of origin, loading, transshipment, receipt, discharge or final destination of goods. Transshipment is prohibited through Iran, Cuba, North Korea, Sudan and Myanmar." (Kompleks, karışık, problemlı)

Banka ve Finans Kurumları Açısından Kısa ve Genel Bir Risk Değerlendirmesi;

İçerisinde "sanction" şartı bulunan her bir taahhüde aracılık ederken dikkatli olmak gerekir. Her bir işlemde "Sanction" şartı farklı bir etkiye sahip olabilir, örneğin yukarıdaki 1 numaralı ifade olumsuz bir etki yaratmazken 2 ve 3 nolu ifade verilen taahhüdü ciddi bir şekilde etkilemektedir. Banka ve Finans kurumlarının bir akreditif, garanti veya standby'a teyit verirken veya görev kullanırken bu hususları çok dikkatli değerlendirmesi ve buna göre kararını vermesi gerekir.

Diğer taraftan teminatta alınacak belgeler üzerinde yasaklı listelerde (UN, EU, OFAC vb.) bulunan kişi, taraf, yer (liman, aktarma yeri vs.) veya araçların (gemi, konteyner vs.) işlem anında veya ileride yer almaması gerekir. Örneğin; teminatta alınan bir vesaik içerisinde yer alan bir gemi yoldayken yasaklı listedeki biri tarafından satın alınırsa veya taraflardan biri bir yaptırım listesine girerse o vesaikin tahsilli gerçekleşmez, gerçekleşse bile para ödenmez, bloke edilir. Özellikle teminat ve iskonto konusu edilen belgelerde bu riskin dikkate alınması gerekir.

Abdurrahman Özalp
ICC Türkiye Bankacılık Komisyon Başkanı

Mayıs 2021

www.abdurrahmanozalp.com

Sorumluluk Alınmaması:

Bu doküman eğitim ve genel bilgi amaçlı hazırlanmıştır. Gerçek işlemlerde o işlem özelinde değerlendirme yapılması, orijinal kural, kanun ve görüşlerin esas alınması gerekir. Sorumluluk alınmaz.