

EPC Sözleşmelerinde Götürü Tazminat

1. LIQUIDATED DAMAGES AND EPC CONTRACTS: A BRIEF OVERVIEW

ENGINEERING, PROCUREMENT AND CONSTRUCTION ("EPC") contracts have become popular and more preferred way for the owners of major construction projects in complex sectors such as transportation, energy, irrigation, etc. since the contractors are, under an EPC delivery model, generally responsible for all design, engineering, procurement, construction and commissioning of the facility. Thus, an EPC contractor generally undertakes time, cost and quality risks whereas the owner undertakes the payment of the contract price and only needs to control the execution of the project as to any possible defect or dispute.

In EPC contracts, the contractor generally undertakes to deliver an entirely operational facility by a certain date or within a fixed period after the commencement of the works. The contract price of an EPC contract is mainly determined on a lump-sum price basis. Furthermore, the contractor of an EPC contract guarantees that the completed facility will have certain performance standards and the defective work and services will be rectified or re-performed as well.

On the other hand, the owner takes certain various risks although the contractor remains responsible for all works of the construction. For instance, any failure to perform the works or a delay in completion of the whole works or a section by the contractor usually results in the failure of the owner towards other parties as the owner may have under other agreements at the horizontal level (e.g. financing agreements). In major projects it cannot be easy for the owner to anticipate financial burdens on the project in advance or during the delay. In addition, as long as the project is delayed, the commencement of the operations of the project and cash flow are also delayed. In this regard, liquidated damages are requested from the contractors in almost every EPC contract in order to avoid future disputes with respect to the calculation of possible amount of the losses

1. EPC SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT: KISA BİR BAKIŞ

MÜHENDİSLİK, TEDARİK VE İNŞAAT ("EPC") SÖZLEŞMELERİ; tesislere ilişkin tüm tasarım, mühendislik, tedarik, inşaat ve devreye almaya ilişkin sorumlulukları, EPC modeli altında, genellikle yüklenicilere vermesi sebebiyle, ulaşım, enerji, sulama gibi kompleks sektörlerdeki büyük inşaat projelerinin sahipleri için popüler ve daha çok tercih edilen bir seçenek haline gelmiştir. Bu yüzden, işveren sözleşme bedelini ödemeyi taahhüt edip yalnızca muhtemel kusur ve anlaşmazlıklar açısından işin yapılışını kontrol etmek durumundayken EPC yüklenicisi genellikle zaman, maliyet ve kalite risklerini üstlenmektedir.

EPC sözleşmelerinde yüklenici, işlerin başlamasından sonra belirli bir süre içinde veya kesin bir tarihte tesisin tamamını işler olarak teslim etmeyi taahhüt eder. EPC sözleşmesinin bedeli, çoğunlukla götürü bedel esasına göre belirlenir. Ayrıca bir EPC sözleşmesinin yüklenicisi, tamamlanan tesisin belirli performans standartlarına sahip olacağını ve kusurlu işlerin ve hizmetlerin düzeltileceğini veya yeniden yapılacağını garanti eder.

Öte yandan yüklenici, inşaatın tüm işlerinden sorumlu olmasına rağmen işveren de belirli risklerin altına girmektedir. Örneğin; yüklenici tarafından işlerin yerine getirilmemesi veya işlerin bir bölümünün veya tamamının tamamlanmasında gecikilmesi hali, genellikle işverenin de taraf olabileceği benzer düzeydeki (finansman sözleşmeleri gibi) diğer anlaşmalarda temerrüde düşmesine neden olabilir. Büyük projelerde, projelerin mali yüklerinin önceden veya gecikme esnasında tahmin edilmesi işveren için kolay olmayabilir. Buna ek olarak, proje geciktiği süreçte, projenin işletme faaliyetlerinin ve nakit akışının başlaması da gecikir. Bu kapsamda, kayıpların olası miktarının hesaplanmasına ilişkin olarak gelecekte ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemek için hemen hemen her EPC sözleşmesinde yüklenicilerden götürü tazminat talep edilmektedir.

LIQUIDATED DAMAGES IN EPC CONTRACTS

2. LIQUIDATED DAMAGE AS A PROTECTIVE MEASURE?

Principally, the concept of liquidated damages serves to determine a compensation amount which has been agreed by the parties in advance and which shall be payable in case a specific event occurs. It should be noted that, in such concept, the parties determine the amount of compensation before the actual amount of the damage becomes apparent.

Liquidated damages may be tied to a variety of criteria but the most commons for imposing liquidated damages are performance guarantees and project delivery rates (Kelleher) and they are intended to compensate the owner for loss and damage arising out of the contractor's failure. Pre-estimate damages or losses that the owner will suffer in case of a delay or failure are determined during the negotiation period of the EPC contract between the owner and the contractor.

The delay liquidated damages may be determined on the basis of daily, weekly or monthly delays by considering the extra costs that may be incurred such as extra insurance charges, supervision fees, financing charges and losses for each period of delay. For example, if a contract between an owner and a contractor contains a liquidated damages clause in the amount of \$1,000 per day, and the contractor is ten (10) days late in finishing the project, then the contractor will be liable to the owner in the amount of \$10,000, despite the fact that the actual damages may be otherwise (Drewry, C. p.2).

In certain contracts, performance liquidated damages, which are calculated separately in accordance with a schedule or a formula, are regulated along with the delay liquidated damages. In such case, the parties may regulate sub-caps. For instance, the parties may determine the caps for each type of liability as thirty per cent (30%) of the total contract price while they determine the overall cap on both types of liabilities as fifty per cent (50%). The parties may also prohibit the claiming of consequential damages as those damages are recovered by liquidated damage. However, there is not any legal sanction for setting out clauses regarding the payment of damages in addition to the liquidated damages provided that both parties agree on it.

Although the liquidated damages seem as an advantage for the owner, the contracts including liquidated damages clause may not always be "owner-friendly". Contractors do not prefer to enter into contracts with unlimited liability. Therefore, damages of the owner are subject to the maximum amount of the agreed liquidated damages for delay and failure of the contractor. In this regard, EPC contracts limit the liability of the contractors and this limitation cannot exceed even if the actual damage is more than pre-esti-

2. KORUYUCU TEDBİR OLARAK GÖTÜRÜ TAZMİNAT?

Esas olarak götürü tazminat kavramı, miktarı taraflarca önceden kabul edilmiş ve belirli bir olayın gerçekleşmesi durumunda ödenecek olan bir tazminatın belirlenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu konseptte taraflar, zararın gerçek miktarı belli olmadan önce tazminat miktarını belirlemektedirler.

Götürü tazminat birçok kritere bağlı olabilmekle birlikte götürü tazminat uygulanmasındaki en yaygın kriterler; performans garantileri ve proje teslim süreleri olup (Kelleher) bu bağlamda götürü tazminat, yüklenicinin başarısızlığından kaynaklanan hasar ve kayıplar açısından işvereni tazmin etme amacını taşımaktadır. Gecikme veya başarısızlıktan dolayı işverenin uğrayacağı tahmini zarar veya kayıplar, EPC sözleşmesinin işveren ve yüklenici arasındaki müzakere döneminde belirlenir.

Götürü gecikme tazminatı, ekstra sigorta ücretleri, denetim ücretleri, finansman ücretleri ve kayıplar gibi her gecikilen dönem için ödenebilecek ekstra maliyetler dikkate alınarak günlük, haftalık veya aylık gecikmeler bazında belirlenebilir. Örneğin; işveren ve yüklenici arasındaki sözleşme günlük 1.000 \$ tutarında götürü tazminat hükmü içeriyorsa ve yüklenici projenin tamamlanmasında on (10) gün gecikmiş ise, gerçek zarar tutarının farklı olabileceği gerçeğine rağmen, yüklenici işverene karşı 10.000 \$ tutarında sorumlu olacaktır (Drewry, C. s.2).

Bazı sözleşmelerde, bir formüle veya programa göre miktarı ayrı olarak hesaplanan götürü performans tazminatı, götürü gecikme tazminatı ile birlikte düzenlenir. Böyle bir durumda taraflar alt limitler belirleyebilir. Örneğin, taraflar her bir sorumluluk türü için ayrı olarak sözleşme bedelinin yüzde otuzu (%30) oranında limit belirleyip, bunları toplamda sözleşme bedelinin yüzde ellisi (%50) ile sınırlandırabilirler. Ayrıca taraflar, zararların götürü tazminat ile giderilecek olmasından bahisle dolaylı zararların talep edilebilmesini yasaklayabilirler. Ancak, her iki tarafın anlaşması şartıyla, götürü tazminata ek olarak diğer zararların ödenmesine ilişkin herhangi bir yasal yaptırım yoktur.

Götürü tazminat işveren için bir avantaj olarak görünse de, götürü tazminat hükmünü içeren sözleşmeler her zaman "işveren dostu" olmayabilir. Yükleniciler sınırsız sorumluluk ile sözleşme akdetmeyi tercih etmemektedirler. Bu sebeple, işverenin hak kazanabileceği tazminat, yüklenicinin başarısızlığı ve gecikmesi halleri için önceden belirlenen götürü tazminatın maksimum miktarına tabidir. Bu bağlamda, EPC sözleşmeleri yüklenicilerin sorumluluğunu sınırlandırır ve bu sınırlama, yürürlükteki yasalar izin verdiği ölçüde, gerçek zarar tahmini zarardan fazla olsa bile aşılamaz. Bu sorumluluk sınırlandırması, projelerin

mate damage to the extent allowed by applicable law. This limitation of liability will be different for each project depending on the projects' features and characteristics and mutual agreement of the parties of EPC contracts. Generally, the overall liability cap is not more than one hundred per cent (100%) of the contract price.

3. GENERALLY ACCEPTED ELEMENTS FOR LIQUIDATED DAMAGES IN INTERNATIONAL PRACTICE

For valid and well-established liquidated damages clauses, it is significant to consider three (3) main points; namely liquidated damage as penalty, prevention principle and certainty.

At first, understanding the differences between the liquidated damages and penalties is required to draft a valid liquidated damage clause. Penalties are generally disproportionate to the actual damage and serve as a punishment or as a deterrent against the contractor in case of breach of contract. On the other hand, as stated above, the purpose of the liquidated damages is to provide quick and easy way to compensate the owner's loss rather than punishing the contractor.

For example; under common law systems, if an amount is determined by the parties as liquidated damages but not as "genuinely covenanted pre-estimate of damage", it may be interpreted that the liquidated damages clause has been re-characterised as an illegal penalty (Huse, p.275). In this regard, when the agreed amount is materially excessive, these clauses may be deemed unenforceable (12th American Law Reports) under common law systems.

The basis of this idea is that the owner should not benefit from the breach of the contractor. Therefore, the owner should pre-estimate the amount equal to the extent of its damages in case of breach of the contract. However, liquidated damages rate can be set less than genuine pre-estimate. At this point, it is important to state that the parties should be careful to consider the law applicable to the EPC contract regarding the implementation of liquidated damages clauses as some jurisdictions may tend to reduce the agreed amount of liquidated damages instead of deeming such clauses invalid.

Secondly, liquidated damages should not breach the prevention principle. Prevention principle is that the owner shall not insist upon the performance of an undertaking if this situation occurred due to the owner's own breach of contract. As specified above, if the contractor fails to perform its obligation in due time, it will be liable for liquidated damages. The idea in this principle is to prevent the owners requesting liquidated damages from the contrac-

özellikleri ve nitelikleri ile EPC sözleşmesi taraflarının anlaşmasına bağlı olarak, her proje için farklılık arz edecektir. Genellikle, toplam sorumluluk limiti sözleşme bedelinin yüzde yüzünden (%100) fazla olmamaktadır.

3. ULUSLARARASI UYGULAMALARDA GÖTÜRÜ TAZMİNATIN GENEL OLARAK KABUL EDİLEN UNSURLARI

Geçerli ve iyi kurgulanmış götürü tazminat hükümleri için, üç (3) ana noktayı dikkate almak gerekmekte olup bunlar; ceza olarak götürü tazminat, korunma ve belirlilik ilkele-ridir.

Öncelikle, geçerli bir götürü tazminat hükmü hazırlayabilmek için götürü tazminat ve ceza arasındaki farkları anlamak gerekir. Cezalar genellikle, gerçek zararlar orantısız olacak şekildedir ve sözleşmenin ihlali durumunda yükleniciye karşı caydırıcı bir yapı veya bir ceza olarak kullanılmaktadır. Diğer taraftan, yukarıda belirtildiği gibi, götürü tazminatın amacı yükleniciyi cezalandırmak yerine işverenin kaybını telafi etmek için hızlı ve kolay bir yol sağlamaktır.

Örneğin Anglosakson hukuk sistemlerinde, taraflarca götürü tazminat olarak tespit edilen bir meblağ, "samimi olarak belirlenen tahmini zarar" niteliğini haiz değilse söz konusu götürü tazminatın, meşru olmayan ceza niteliğini kazandığı yorumuna varılabilir (Huse, s.275). Bu kapsamda, belirlenen miktarın önemli ölçüde yüksek olması halinde, bu hükümler Anglosakson hukuku sistemleri altında (12. Amerikan Hukuk Raporları) uygulanamaz kabul edilebilir.

Bu fikrin temeli, işverenin yüklenicinin ihlalden faydalanmaması gerektiğidir. Bu sebeple işveren, sözleşmenin ihlali durumunda, kendi zararlarına denk gelebilecek bir miktarı önceden tahmin etmelidir. Ancak götürü tazminatın miktarı, önceden tahmin edilenden daha az olacak şekilde belirlenebilir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümleri geçersiz kılmak yerine götürü tazminat miktarlarını azaltma eğiliminde olabilen mevcut yargı sistemlerinden dolayı taraflar, götürü tazminat hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin olarak EPC sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkatli davranmalıdırlar.

İkinci olarak, götürü tazminat korunma ilkesini ihlal etmemelidir. Korunma ilkesi, kendi ihlalinin varlığı halinde işverenin; sözleşmenin diğer tarafından ilgili edimin ifasını talep edemeyecek olmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi yüklenici, yükümlülüğünü zamanında yerine getirmez ise götürü tazminattan sorumlu olacaktır. Bu prensibin amacı; sözleşme tahtında bir gecikmeye sebebiyet veren taraf işverenin işverenin yükleniciden götürü tazminat talep et-



tors if the owner causes delay in contracts. According to common law practice, in case of delay or failure, the contractor will have the right to request the extension of time for the period of delay caused by the owner (Henry Boot Construction v Malmaison Hotel Case, 1999; De Beers UK LTD v Atos Origin It Services UK Ltd, 2010). Otherwise, the contractor will be released from the obligation to pay liquidated damages, in which case the owner will be precluded from claiming the liquidated damages as well.

Thirdly, liquidated damages clauses should set out certain and definitive terms such that the commencement date for payment of such liquidated damages as well as duration for payment thereof can be easily deduced from the EPC contract. Furthermore, it is significant to set out certain provisions regarding how liquidated damages will be enforceable considering the relevant law applicable to the EPC contracts.

4. LIQUIDATED DAMAGES UNDER TURKISH LAW

a. Delay liquidated damages

Implementation of liquidated damages under the Turkish law is not regulated as precisely as regulated under com-

mesini önlemektir. Anglosakson hukuku uygulamalarına göre, gecikme ya da başarısızlık durumlarında yüklenici, işveren tarafından kaynaklanan gecikme dönemi için süre uzatımı talep etme hakkına sahip olacaktır (Henry Boot Construction v Malmaison Hotel Case, 1999; De Beers UK LTD v Atos Origin It Services UK Ltd, 2010). Aksi takdirde, yüklenici götürü tazminat ödeme yükümlülüğünden muaf olacak ve işverenin götürü tazminat talebinde bulunması engellenecektir.

Üçüncü olarak götürü tazminat hükümleri götürü tazminat ödemelerinin başlangıç tarihi ile bu ödemelerinin süresi EPC sözleşmesinden kolayca anlaşılacak şekilde kesin ve net şartları içerecek şekilde düzenlenmelidir. Ayrıca, EPC sözleşmelerine uygulanacak hukuk dikkate alınarak götürü tazminatın nasıl uygulanabileceğine ilişkin birtakım hükümlerin düzenlenmesi de oldukça önemlidir.

4. TÜRK HUKUKUNDA GÖTÜRÜ TAZMİNAT

a. Götürü gecikme tazminatı

Türk hukukunda götürü tazminat uygulaması Anglosakson hukukunda düzenlendiği gibi açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, 6098 sayılı Türk Borçlar

mon law system. In this regard, Turkish Code of Obligations numbered 6098 (“TCO”) does not include an article specifying the difference between the penalty and liquidated damages nor it expressly defines the legal nature and characteristics of the liquidated damages.

Article 118 of the TCO spells out that the owner is entitled to request compensation for its losses and damages from the contractor due to delay in performance of its contractual obligations. However, the compensation articulated thereunder needs to be calculated after a dispute or claim arises amongst the parties. Despite the absence of any express article regarding the liquidated damages in Turkish legislation, the Court of Appeals (*Yargıtay*) has certain resolutions allowing the application of liquidated damages. In this regard, the owner and the contractor may determine a compensation in advance and state the pre-determined compensation amount in the contract. In such case, this compensation is called by the Court of Appeals as fixed compensation (*maktu tazminat*) or lump-sum compensation (*götürü tazminat*) which are almost identical to the concept of liquidated damages. In this type of compensation, as stated above, the pre-estimate amount is determined for the possible damage that may be suffered by the owner due to delay in performance of the contractor.

It should be noted that the Court of Appeals (Dep. 15, 6894/227) had an approach to allow the validity and implementation of liquidated damages clauses in the agreements to a very broad extent until 2011. By this date, the Court of Appeals changed its approach and limited the implementation of liquidated damages in Turkish practice. The Court of Appeals (Dep. 15, 6894/227) ruled that the payment of liquidated damages to owners without any limitation is contrary to good faith and morals. It has been stated in such resolution that the payment of the amount specified as liquidated damages may not last for an excessive term as it does not anymore serve for the purposes of “compensation”. Therefore, the Court of Appeals had ruled that the judge must have the right to determine the amount of liquidated damages considering the case specific elements.

b. Liquidated Damages: Compensation or Penalty?

Even though the Court of Appeals (Dep. 15, 88/3118) has an approach to validate the liquidated damages clauses under the agreements; the practitioners still hesitate whether a liquidated damages clause shall be interpreted as a penalty clause or damage clause. Accordingly, the judges have different approaches in Turkish law practice to implementation of the liquidated damages under the relevant contracts. For example, although the parties agree on a liquidated damages clause in the agreement, the judge may

Kanunu’nda (“TBK”) ceza ile götürü tazminat arasındaki farkı belirleyen bir hüküm olmadığı gibi götürü tazminatın hukuki niteliği ve özelliklerini içeren bir madde de bulunmamaktadır.

TBK’nın 118. maddesi işverenin, yüklenicinin sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmede gecikmesinden doğan kayıp ve zararları için tazminat talep etmeye hakkı olduğunu net bir şekilde açıklamaktadır. Ancak, söz konusu tazminat taraflar arasında doğacak bir ihtilaf veya iddiadan sonra hesaplanmalıdır. Türk mevzuatında götürü tazminatına ilişkin net bir hüküm olmamasına rağmen Yargıtay’ın, götürü tazminatın uygulanmasına izin veren bazı kararları vardır. Bu bağlamda, işveren ve yüklenici tazminat tutarını önceden belirleyebilir ve bu tutara sözleşmede yer verebilir. Bu durumda Yargıtay söz konusu tazminatı, Anglosakson hukuk sisteminde “liquidated damage” olarak adlandırılan tazminata neredeyse eşdeğer olan “götürü tazminat” veya “maktu tazminat” olarak isimlendirmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi bu tür tazminatlar, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmede gecikmesi halinde işverenin uğrayabileceği tahmini zararları belirleme amacını haizdir.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay (15. Hukuk Dairesi 6894/227), 2011’e kadar sözleşmelerdeki götürü tazminat hükümlerinin geçerliliğine ve bu hükümlerin çok uzun bir süre yürürlükte kalmasına müsaade eden bir tutuma sahipti. Bu tarihten itibaren Yargıtay’ın götürü tazminata ilişkin yaklaşımı değişmiş ve bunun Türkiye’deki uygulaması sınırlandırılmıştır. Yargıtay (15. Hukuk Dairesi, 6894/227) işverenlere yapılan götürü tazminat ödemelerinin limitsiz olmasının iyi niyete ve ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu kararda, götürü tazminat olarak ödeneceği belirlenen bedelin ölçsüz bir süre boyunca devam edemeyeceği, zira bu durumda söz konusu bedelin artık tazminat olmaktan çıkacağı belirtilmiştir. Bu sebeple Yargıtay, somut olaya göre hakimlerin götürü tazminatın tutarını belirleme hakkına sahip olmaları gerektiğine hükmetmiştir.

b. Götürü Tazminat: Tazminat veya Ceza?

Yargıtay’ın (15. Hukuk Dairesi, 88/3118) sözleşmelerdeki götürü tazminat hükümlerini geçerli addetmeye yönelik bir yaklaşımı olmasına rağmen uygulamada hala götürü tazminat hükmünün cezai şart olarak mı yoksa tazminat hükmü olarak mı yorumlanacağı hususunda tereddüt edilmektedir. Bu sebeple hakimler, Türk hukukunda götürü tazminatın sözleşmelerde uygulamasına ilişkin farklı yaklaşımlara sahiptirler. Örneğin; taraflar sözleşmede götürü tazminata ilişkin olarak bir hüküm üzerinde anlaşmış olsalar dahi hakim, söz konusu hüküm cezai şart olarak yorumlanabileceği gibi bu durumun tam tersi de mümkün olabilmektedir. Bu konuda hakim genellikle tarafların

interpret such clause as a penalty or *vice versa*. The judge mostly takes into consideration the purpose and intention of the parties. On the other hand, one of the basic challenges of judges in implementing liquidated damages is how to differ the penalty from the liquidated damages. Therefore, it is of a great importance to set out differences of penalty and liquidated damages in Turkish law.

Main difference between penalty and liquidated damages is based upon existence of damage. Considering the liquidated damages are pre-estimate damages, the owner must incur damages as a result of the contractor's failure to timely or duly perform its specific obligations (Court of Appeals, Dep. 11, 11465/4671). However, the owner does not need to suffer any damage in order to claim penalty from the contractor if it fails to timely or duly perform its contractual obligations.

c. Performance Liquidated Damages

Even though the performance liquidated damages are not specifically and/or explicitly governed under the Turkish law, it should be noted that the Court of Appeals allows the payment of liquidated damages in case the contractor fails to timely perform its specific obligations. However, as mentioned in the previous sentence, both the Turkish legislation and the Court of Appeals remain silent in terms of the liquidated damages for the performance guarantees. In other words, there is no provision or ruling setting out the terms and conditions for how to apply the liquidated damages clauses envisaged for failure of the contractor in providing the guaranteed limits of the performance of a facility or any part thereof.

d. Limitation of Limited-Liability

There is one more significant issue regarding the implementation of liquidated damages in Turkish law. As stated above the parties can set a provision which limits the liability of any party. However, Article 115 of the TCO states that "previous agreements which envisage the debtor to be relieved of his liabilities in case of his gross negligence shall be deemed void". It means that even if the parties agree on the limitation of liabilities of the contractor with a certain amount of money, this provision may be invalid in case of gross negligence of the contractor. Therefore, if the contractor's failure in timely and duly performance of its obligations is arising out of his gross negligence or wilful act, he may not be able to raise the limitation of liability as an objection.

amaç ve niyetlerini dikkate alır. Diğer bir taraftan, götürü tazminatın uygulanmasında hakimlerin karşılaştıkları zorluklardan biri de cezai şartın götürü tazminattan nasıl ayrılacağı hususudur. Bu sebeple, Türk hukukunda cezai şart ile götürü tazminat arasındaki farkların belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Cezai şart ile götürü tazminat arasındaki temel fark zararın varlığına dayalıdır. Götürü tazminatın tahmini bir zarar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, işverenin zarara maruz kalması; yüklenicinin yükümlülüklerini zamanında veya gerektiği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanmalıdır (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11465/4671). Ancak, işverenin cezai şart iddiasında bulunabilmesi için, yüklenicinin sözleşmesel yükümlülüklerini zamanında veya gereği gibi yerine getirememesinden dolayı zarara uğramış olması gerekmez.

c. Götürü Tazminatın Uygulanması

Türk hukukunda spesifik ve/veya açık olarak götürü performans tazminatının uygulaması düzenlenmemiş olsa da, belirtmek gerekir ki Yargıtay, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini zamanında yerine getirmediği durumda götürü tazminatın ödenmesine izin vermektedir. Ancak, bir önceki cümlede belirtildiği gibi, hem Türk mevzuatı hem de Yargıtay performans garantileri ile ilgili götürü tazminatlar açısından sessiz kalmaktadır. Diğer bir deyişle, yüklenicinin, tesisin veya tesisin herhangi bir kısmının performansına ilişkin olarak verdiği garantileri sağlayamaması ile ilgili olarak öngörülen götürü tazminat hükümlerinin nasıl uygulanacağına dair bir hüküm veya karar yoktur.

d. Sınırlı Sorumluluğun Sınırlandırılması

Türk hukukunda götürü tazminatın uygulanmasına ilişkin önemli bir konu daha bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, taraflar herhangi bir tarafın sorumluluğunu sınırlayan bir hüküm düzenleyebilir. Ancak TBK'nın 115. maddesinde belirtildiği üzere; "borçlunun ağır kusurunun bulunduğu hallerde, bunlardan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür". Buna göre taraflar yüklenicinin sorumluluğunun kesin bir miktar ile sınırlandırılması üzerinde anlaşmış olsalar bile, x yüklenicinin ağır ihmali bulunması durumunda bu hüküm geçersiz olabilecektir. Bu sebeple yüklenicinin kendi yükümlülüklerini gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi, kendi kastı ve ağır ihmalden kaynaklanıyorsa yüklenici, sorumluluk sınırlamasını bir itiraz olarak ileri süremeyebilecektir.

5. CONCLUSION

In conclusion, to sum up briefly, owners under the EPC contracts, executed for major projects, may have various agreements with third parties, such as financiers. Considering the complexity of such projects, the owner may always face diverse risks coming out of such agreements due to the failure of the contractor under the EPC contract. In this regard, even one day delay caused by the EPC contractor may result in breach of the owner in agreements concluded with third parties. Furthermore, the owner may barely predict its damages as a result of such failure of the EPC contractor. Therefore, liquidated damages clauses may be alternative for owners to recover their damages from the EPC contractor.

In case the liquidated damages clauses are not properly and duly drafted, owners under the EPC contracts may not be legally protected as much as they expect and poorly drafted liquidated damages clauses may result in legal controversy in implementation thereof. Furthermore, the Court of Appeals accepts the existence of delay liquidated damages in Turkish law, whereas the existence of performance liquidated damages is debated thereunder. In addition, determining the calculation methods and formulas of performance liquidated damages is of great importance as it may be the sole remedy of an owner under an EPC contract if the facility does not operate as compromised by the parties. In this respect, the parties must carefully draft liquidated damages clauses considering the foregoing and determine a reasonable pre-estimated amount to make such clauses valid and enforceable.

References:

1. Thomas J. Kelleher, Jr., Smith, Currie & Hancock, "Smith, Currie and Hancock's Common Sense Construction Law: A Practical Guide for the Construction Professional", John Wiley & Sons.
2. Christopher S. Drewry, "The Availability and Enforceability of Liquidated Damages in Construction Litigation", p. 2.
3. Huse, Joseph A., "Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts", p. 275.
4. 12. American Law Reports 4th 891, 899.
5. Henry Boot Construction v Malmaison Hotel Case (1999), De Beers UK Ltd v Atos Origin It Services UK Ltd (2010).
6. Department no. 15 of the Court of Appeals, January 24, 2011, 6894/227.
7. Department no. 15 of the Court of Appeals, January 24, 2011, 6894/227.
8. Department no. 15 of the Court of Appeals, October 4, 1988, 88/3118.
9. Department no. 11 of the Court of Appeals, April 29, 2010, 11465/4671.

5. SONUÇ

Sonuç olarak kısaca özetlemek gerekirse, büyük projelerin yapılabilmesi için imzalanmış EPC sözleşmelerinde işverenler, finansörler gibi üçüncü kişilerle çeşitli sözleşmeler akdetmiş olabilirler. Bu tür projelerin karmaşıklığı göz önüne alındığında işveren, yüklenicinin EPC sözleşmesi tahtındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle üçüncü kişilerle yapılan söz konusu anlaşmalardan doğabilecek çeşitli riskler ile her an karşı karşıya kalabilir. Bu bağlamda, EPC yüklenicisinden kaynaklanan bir günlük gecikme bile işverenin üçüncü kişiler ile imzaladığı sözleşmelerin ihlaline yol açabilir. Ayrıca EPC yüklenicisinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sonucu olarak ortaya çıkacak zararların işveren tarafından tahmin edilebilmesi neredeyse imkansız olabilmektedir. Bu nedenle, götürü tazminat hükümleri işverenin zararlarını EPC yüklenicisinden tahsil edebilmesi için bir alternatif olabilir.

Götürü tazminat hükümlerinin düzgün ve gereği gibi hazırlanmadığı durumlarda, EPC sözleşmeleri tahtında işverenler bekledikleri gibi hukuki olarak korunamayabilirler ve kötü hazırlanmış götürü tazminat hükümleri, bu hükümlerin uygulanmasında hukuki tartışmalara neden olabilir. Ayrıca, Türk hukukunda götürü performans tazminatının varlığı tartışmalı iken, Yargıtay götürü gecikme tazminatının varlığını kabul etmektedir. Keza götürü performans tazminatı, tesisin taraflarca anlaşıldığı şekilde işlememesi durumunda işverenin EPC sözleşmesi tahtındaki yegâne çaresi olabileceğinden, götürü performans tazminatının hesaplanma formülü ve metodunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, tarafların yukarıda bahsedilenler ışığında götürü tazminat hükümlerini dikkatli bir şekilde hazırlamaları ve bu hükümleri geçerli ve uygulanabilir hale getirmek için önceden belirlenmiş makul bir bedel belirlemeleri gerekmektedir.

Kaynakça:

1. Thomas J. Kelleher, Jr., Smith, Currie & Hancock, "Smith, Currie and Hancock's Common Sense Construction Law: A Practical Guide for the Construction Professional", John Wiley & Sons.
2. Christopher S. Drewry, "The Availability and Enforceability of Liquidated Damages in Construction Litigation", p. 2.
3. Huse, Joseph A., "Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts", p. 275.
4. 12. American Law Reports 4th 891, 899.
5. Henry Boot Construction v Malmaison Hotel Case (1999), De Beers UK Ltd v Atos Origin It Services UK Ltd (2010).
6. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24 Ocak 2011, 6894/227.
7. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 24 Ocak 2011, 6894/227.
8. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 4 Ekim 1988, 88/3118.
9. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29 Nisan 2010, 11465/4671.