

ihale işinde taraflar arasındaki sözleşmede dava dışı iş sahibinin yüklenicilere uygulayacağı cezanın taşerona oransal olarak yansıtılacağına dair bir hüküm yer almadığı sözleşmede bilirkişilerce hesaplanan cezai şart tutarının tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi doğru olmamıştır Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda verilmesi gereken teminat miktarı da yüklenici alacağına dahil edilmiş Sözleşmede kesin kabule kadar

banka garantisi verecektir hükmüne yer verilmiş olup bu hükümde yer alan tutar kesin teminat niteliğindedir Sözleşmede kesin teminatın taşeronun borcundan mahsup edilmeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır Hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda eksikliklerin giderim bedeli hesaplandığından, ayrıca taşeron tarafından yüklenicilere verilmeyen banka garantisinin kesin hesapta taşeron borcu olarak yüklenici alacağına dahil edilmemesi gerekirken tasfiye kesin hesabında yüklenici

# alacağına dahil edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur(Yargıtay K)

15. Hukuk Dairesi

2018/446 E. , 2018/4507 K.

▪

## “İçtihat Metni”

Mahkemesi :Ticaret Mahkemesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı bozmaya uyularak hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davalı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacılar vekili Avukat ... ve Avukat ... ile davalı vekili Avukat ... geldi. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

– K A R A R –

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece bozmaya uyularak davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma ilamı gereğince inceleme yapıp hüküm verilmiş olmasına delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre ve özellikle karar başlığında davacı şirketlerin eski ticaret unvanları yazılmışsa da bu hususun mahallinde her zaman düzeltilmesinin mümkün olmasına göre davalı vekilinin diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Davacılar vekili, dava dilekçesinde; davacılardan ... İnşaat Ltd. Şti. ile ... İnş. Tic. San. A.Ş.’nin, dava dışı ... tarafından ihale edilen “Muhtelif ... ve Sanayi Tesisi Doğalgaz

Hattı Projesi" inşaatı işine iş ortaklığı oluşturarak katıldıklarını ihaleyi kazanıp dava dışı ... ile sözleşme imzaladıklarını, davalı taşeron şirket ile iş ortaklığı arasında da 20.04.2006 tarihli "satış sözleşmesi" başlıklı bir sözleşme düzenlendiğini, davalı şirketin taşeron olarak sözleşmede belirlenen edimlerini 1.980.000,00 Dolar + KDV bedelle yerine getirmeyi taahhüt ettiğini, dava dışı ... tarafından 04.11.2007 tarihinde işin geçici kabulünün yapıldığını ... geçici kabul komisyonu tarafından ... ile iş ortaklığı arasında imzalanan sözleşme uyarınca yapılan işe ilişkin geçici kabul eksikliklerinin belirlendiğini, bu eksikliklerin büyük çoğunluğunun davalı taşeronun yapması gereken imalâtlar olduğunu, davalının belirlenen bu geçici kabul eksikliklerini gidermek için imalâtların bedelinin garanti edilmesini talep etmesi nedeniyle

davalı taşerona, davacılardan ... İnş. ve Tic. Ltd. Şti. (yeni unvanı: Karyol İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi) tarafından "davalının tamamlayacağını taahhüt ettiği eksik işlerin bedelinin kesin hakedişten tahsil edilmemesi halinde davalının alacağını garantisi olarak" üç adet çekin teslim edildiğini, davalının buna rağmen işe devam etmeyecek geçici kabul eksiklerini tamamlamadığını, çekleri icra takibine koyduğunu belirterek davacıların davalıya çeklerden dolayı borcu bulunmadığının tespitine davalının kötüniet tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacılar vekili 28.08.2012 tarihinde verdiği ıslah dilekçesi ile "davacılardan ... İnş. Ltd. Şti. ile ... İnş. Tic. San. A.Ş.'nin kurduğu adi ortaklık ile davalı şirket arasında imzalanan 20.04.2006 tarihli satış sözleşmesi başlıklı eser sözleşmesinden dolayı tarafların karşılıklı hak, alacak ve borçlarının tespiti ile sözleşmenin tasfiyesine, muarazanın giderilmesine, karşılıklı hak ve borçların belirlendikten sonra mahsubuna, tasfiye neticesinde dava konusu çeklerden dolayı davacıların davalıya borçlu olmadığının tespitine, kötünietli davalının %40'tan aşağı olmamak kaydıyla tazminata mahkum edilmesine" karar verilmesini istemiş ve talep sonucunu bu şekilde değiştirdiklerini ve davayı tam olarak ıslah

ettiklerini beyan etmiştir.

Mahkemece bozma ilamından sonra yeniden oluşturulan bilirkişi kurulunca düzenlenen ve hükme esas alınan 25.08.2017 tarihli ek bilirkişi raporunda, dava dışı iş sahibi ...'ın işin zamanında bitirilmemesi ve gecikmesi nedeniyle davacı yüklenici iş ortaklığına toplam 1.086.693,19 Dolar gecikme cezası kestiği, bu cezanın 181.126,15 Dolarının davalı taşeronun payına düştüğü belirtilerek, yapılan tasfiye kesin hesabında 181.126,15 Doların TL karşılığı olarak hesaplanan 274.569,13 TL yüklenici alacağına dahil edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 20.04.2006 tarihli sözleşmenin "ceza" başlıklı 6. 1 maddesinde "... kalekalıp tarafından ... ve işverene verilecek olan malzeme temin programı ve iş programında oluşacak gecikmelerde ... ile işveren arasında yapılmış olan sözleşmenin 10 nolu maddesinde belirtilen cezai hükümler uygulanacaktır" hükmüne yer verilmiştir. İş sahibi ... ile davacı yükleniciler arasındaki sözleşmenin 10.2.1 maddesinde ise "idarece verilen süre uzatımı hariç, iş zamanında bitirilemediği takdirde geçen her takvim günü için yüklenicinin hakedişinden sözleşme bedelinin %0,06 'sı (onbinde altısı) oranında gecikme cezası kesilir" hükmü yer almıştır. Bu maddede düzenlenen gecikme cezası, işin belirlenen zaman ve yerde tamamlanıp teslim edilmemesi halinde ödenmek üzere kararlaştırıldığından, sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158/II maddesinde tanımlanan ifaya ekli cezadır. Aynı maddenin son cümlesinde, alacaklının bu hakkından açıkça feragat etmiş olması veya ihtirazî kayıt dermeyeran edilmeksizin edanın kabul edilmesi halinde cezanın düşeceği hususu düzenlenmiştir. Sözleşmede ihtirazî kayıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın cezai şartın isteneceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Dosya kapsamından, davalı taşeron tarafından yüklenicilere eksik de olsa işin teslim edildiği anlaşılmakta olup, davacılar tarafından da dava dışı iş sahibi ...'a 04.11.2007 tarihinde işin teslim edilerek geçici kabulün yapılmış olduğu sabittir. Davacılar tarafından işin ihtirazî kayıt ileri sürülerek teslim alındığı iddia

edilip kanıtlanmadığından davacıların cezai şart isteme hakkının düştüğünün kabulü gerekir. Yine taraflar arasındaki sözleşmede dava dışı iş sahibinin yüklenicilere uygulayacağı cezanın taşeronu oransal olarak yansıtılacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. O halde bilirkişilerce hesaplanan cezai şart tutarının tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi doğru olmamıştır.

Ayrıca, hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda “verilmesi gereken 100.000,00 Dolar teminat miktarı” da yüklenici alacağına dahil edilmiştir. Sözleşmenin 5.3 maddesinde, “kalekalıp sözleşme kapsamındaki istasyonlar için kesin kabule kadar 100.000,00 Dolarlık banka garantisi verecektir” hükmüne yer verilmiş olup, bu hükümde yer alan 100.000,00 Dolar kesin teminat niteliğindedir. Sözleşmede kesin teminatın taşeronun borcundan mahsup edilmeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda, eksikliklerin giderim bedeli hesaplandığından, ayrıca taşeron tarafından yüklenicilere verilmeyen 100.000,00 Dolarlık banka garantisinin kesin hesapta taşeron borcu olarak yüklenici alacağına dahil edilmemesi gerekirken, 100.000,00 Doların da tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

Diğer yandan, mahkemece hükme esas alınan ek bilirkişi raporunda, taşeron tarafından yapılan işlerdeki eksikliklerin giderim bedeli hesaplanırken, dava dışı iş sahibi ...'ın eksikliklerin giderilmesi için 2012 yılında 3. kişilere yaptırdığı işler nedeniyle 3. kişi şirketlerce kesilen fatura tutarları dikkate alınmıştır. Oysa, davalı taşeron tarafından eksiklikleri ile birlikte olsa dahi sözleşme konusu iş dava dışı iş sahibine teslim yapıldığı 04.11.2007 geçici kabul tarihinden önce teslim edilmiştir. Bu durumda ise eksiklikler en geç geçici kabul tarihi itibarıyla öğrenildiğinden giderim bedelinin bu eksikliklerin tespit edildiği tarihe dava açmak için gerekecek makul sürenin eklenmesi ile bulunacak tarihteki mahalli piyasa rayıçları ile hesaplanıp yüklenici alacağına dahil edilmesi gerekirken, 2012 yılında dava dışı iş sahibi ...'ın yaptığı harcamalara göre ve 2012 yılı fiyatları ile

hesaplanarak tasfiye kesin hesabında yüklenici alacağına dahil edilmesi de doğru görülmemiştir.

Öte yandan, hükme esas alınan bilirkişi ek raporunda, tasfiye kesin hesabı çıkartılırken davalı taşeron tarafından ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2007/7838 ve 2007/7839 sayılı takip dosyaları ile yapılan icra takiplerinde, asıl alacak ile birlikte işlemiş faiz, karşılıksız çek tazminatı ve komisyon alacağı kalemleri de dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Anılan icra takip dosyalarına yapılan ödemelerle ilgili çıkartılacak tasfiye kesin hesabında, takibe konu olan alacak asıllarının ödemelere dahil edilerek hesaplama yapılması ve bunun sonucuna göre fazla ödeme olduğu kanaatine varılması halinde, fazla ödeme yapılan takip dosyası ve dayanak belgesi ile ilgili menfi tespit ve istirdat kararı verilmesi gerekirken, bu takip dosyalarında takibe konu alacakların tahsil edilen fer'ileri ile birlikte hesaba katılması da yanlış olmuştur.

0 halde mahkemece yapılması gereken iş, hükme esas raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan yukarıda belirtilen hususlarla ilgili gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp değerlendirilerek davanın sonuçlandırılmasından ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

**SONUÇ:** Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının

reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile kararın temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, 1.630,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davacılardan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 15.11.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.