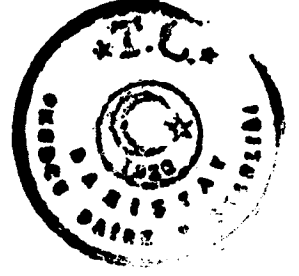


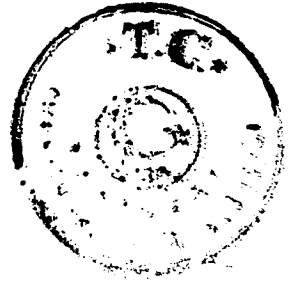
T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424



Davacı : Bor Sanayi Dış Ticaret Ltd.Şti.
Vekilleri : Av. Metin Günday - ^{Av.} Nurkut İnan
Bilir Sk. No:6/16 - Kavaklıdere/ANKARA
Davalı : Rekabet Kurumu Başkanlığı
Bilkent Plaza B-3 Blok - Bilkent/ANKARA
Vekili : Av.K.Eren Gönen, Av.Meltem Türkoğlu / Aynıyerde
Davalı Yanında Davaya Katılan : Eti Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü-Sıhhiye/ANKARA
Vekili : Av.Özgür Başkaya
M.Rauf İnan Sk. No:11 - Sıhhiye /ANKARA

İstemin Özeti : Davacı şirket tarafından, Etibank Holding A.Ş. Genel Müdürlüğünün bor pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle 4054 sayılı Kanun uyarınca hakkında soruşturma açılarak para cezası verilmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin 4.1.2000 tarih ve 1/2-2 sayılı Rekabet Kurulu kararının; 2840 sayılı Kanunun 2.maddesindeki tekel hakkının sadece madenin aranması ve bulunduğu kuracağı maden ocağının işletmesi ile sınırlı olduğu, çıkarılan madenin hammadde olarak kullanıldığı uç ürünleri ve uç ürünlerin pazarlanmasını kapsamayacağı, bir teşebbüsün yasal tekel hakkına sahip olmasının 4054 sayılı Kanuna göre hakim durumunu kötüye kullanmasını hukuka uygun hale getirmeyeceği, kanunla tekel hakkı tanınmasının teşebbüsü 4054 sayılı Kanunun 6.maddesi kapsamında çıkarmayacağı, 6.maddedeki bentlerin uygulanmamasının, ancak o eylemlerin teşebbüse açıkça yetki olarak tanınmış olması halinde mümkün olabileceği, oysa 2840 sayılı Kanunda sadece "arama ve işletme" konusunda tekel hakkı tanındığı, boraks üretimi alanında faaliyette bulunan davacı şirketin hammaddesi olan "tinkal"i, tek satıcı olan Etibank'tan almak zorunda olduğu, Etibank'ın şirketlerinin rakibi olan Etibank müesseselerine 42 Dolar/ton, yurtdışı piyasalara 141 Dolar/ton, yurtiçi piyasaya 200-230 Dolar/ton fiyattan satarak, uyguladığı fiyat politikaları ve 1.4.1997 tarihinden itibaren de satışları durdurarak 4054 sayılı Kanunun 6.maddesinin (a), (b), (d), (e) hükümlerinde öngörülen aykırı eylemleri gerçekleştirdiği belirtilerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 2840 sayılı Kanunun 2. ve 3213 sayılı Kanunun 49.maddeleri uyarınca Eti Holding A.Ş. nin, bor tuzlarının aranması ve işletilmesi konularında yasal tekel hakkı olduğu, 2840 sayılı Kanun 2.maddesindeki "işletme" kavramının içeriği hakkında Danıştay 1.Dairesince verilen 1.5.2000 tarih ve E:2000/50, K:2000/67 sayılı istişari görüşte belirtildiği gibi, bor madeni olan tinkalin istihracı, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesiyle bunların pazarlanmasının da bu tekel hakkının kapsamı içerisinde bulunduğu, bu nedenle dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.



Davalı Yanında Davaya Katılan Eti Holding A.Ş.'nin Savunmasının Özeti : Tinkalin bir uç ürün olmayıp cevher olduğu, Bandırma Boraks Müessesesinin 4054 sayılı Kanunun 3.maddesindeki teşebbüs tanımındaki "ekonomik bakımından bir bütün teşkil eden birimler" kapsamında olduğu, ona uygulanan fiyatın bünye içi tüketime yönelik sembolik fiyat olduğu, dolayısıyla davacı şirketle aynı durumdaki alıcı olarak değerlendirilemeyeceği, yurtiçindeki tüm firmalara aynı fiyatın uygulandığı, dış piyasaya iç piyasanın fiyatının üzerinde fiyatlar uygulandığı, dünya piyasası paralelinde rakip ülke ve firmaların fiyatı, müşterinin cinsi, nihai tüketici, aracı olup olmadıkları ulaşım ve taşıma masrafları gibi birçok unsurlar dikkate alınarak esnek fiyat politikasıyla pazar payının ve döviz gelirinin artırılmasına çalışıldığı, buna müdahalesinin ülkenin kaybına yol açacağı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimi : Yahya Şahin

Düşüncesi : 2840 sayılı Kanunun amacı ile Danıştay 1. Dairesinin 1.5.2000 tarih ve E:2000/50, K:2000/67 sayılı görüş bildiren kararı dikkate alındığında, davacı şirketin, Etibank'ın Rekabet Kanununun 6.maddesinde düzenlenen hakim durumu kötüye kullandığı yolundaki iddiaları, Etibank'ın yasal tekel hakkının kullanımı kapsamında bulunduğundan, Eti Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

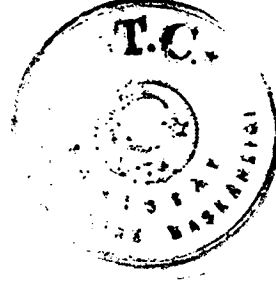
Belirtilen nedenle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Nevzat Özgür

Düşüncesi : Dava, Etibank'a bağlı müesseseler tarafından çıkarılan bir bor çeşidi olan tinkal cevherini Etibank'ın farklı fiyatlardan satarak eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yaptığı ve tinkal pazarındaki hakim durumunu boraks ve diğer bor ürünleri pazarında kötüye kullandığı iddiasıyla yapılan şikayet başvurusu üzerine başlatılan ön araştırma sonucunda hakim durumun kötüye kullanıldığı yolundaki iddiaların yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve herhangi bir yasanın uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemlerin 4054 sayılı Yasa kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ilişkin olarak Rekabet Kurulunca verilen 4.1.2000 gün ve 00-1/2-2 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Dünyadaki tek ham tinkal satıcısı olan Etibank'tan satın aldığı tinkal cevherini kullanarak 1997 yılına kadar boraks dekahidrat üretimi yaptığını ileri süren Davacı Şirket, Etibank'a bağlı Bandırma Boraks Müessesesinin tinkal hammaddesini kullanarak boraks dekahidrat, boraks pentahidrat gibi rafine bor ürünleri ürettiğini ve bu faaliyetiyle rafine bor ürünleri pazarında Şirketle rekabet ettiğini, Etibank'ın Şirketin satışları artıktça tinkal fiyatlarını

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424



düzenli olarak artırdığını, 1997 yılında bir ton tinkalin fiyatını 250 dolara çıkardığını ve 1 Nisan 1997 tarihinden itibaren de Şirkete yaptığı satışları durdurduğunu, böylece piyasayı terk etmeye zorladığını, oysa aynı dönemde tinkali yurt dışı alıcılara ortalama 141 dolar ve kendi müesseselerine ise 42 dolardan sattığını, böylece alıcılar arasında ayrımcılık yaptığını, rafine bor ürünleri pazarında yasal tekel hakkına sahip bulunmayan Etibank'ın tinkal pazarındaki hakim durumunu boraks pazarında kötüye kullandığını, bunu kar maksimizasyonunu gerçekleştirmek için kasıtlı olarak yaptığını ileri sürmekte, 4.8.1998 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 98/ 10552 sayılı Bakanlar Kurulu kararı uyarınca Etibank Genel Müdürlüğünün bankacılık kısmının özelleştirilmesi nedeniyle Eti Holding A.Ş. adıyla teşkilatlandırılan müdahil ise yurt dışına iddia edildiği gibi 141 dolar değil 250 dolara varan fiyatlarla satış yapıldığını, kendi müesseselerinin teşebbüsten mali açıdan bağımsız olmaması, sermayelerinin tek olması, konsolide bilançolarının ve kar-zarar hesaplarının tek bir bilanço ile teşebbüs merkezinde toplanması bakımından, müesseselere 42 dolarlık sembolik bir fiyat uygulandığını, Kırka Müessesesinde üretilen tinkal konsantresinin aynı Müessesese boraks üretiminde kullanılması ile Bandırma Müessesesinde boraks üretiminde kullanılması arasında bir fark bulunmadığını, bu itibarla Etibank'a bağlı Bandırma Boraks Müessesesinin Davacı ile aynı durumdaki alıcı olarak değerlendirilemeyeceğini, kaldı ki Etibank'ın piyasadaki hakim durumunun yasal düzenlemeden kaynaklandığını, bu nedenle tekel hakkının kullanılmasının hukuka aykırı olduğunun ileri sürülemediğini, söz konusu yasal düzenlemeye göre bor tuzlarının Etibank tarafından işletilmesi ve pazarlanmasının yasal bir zorunluluk olduğunu, Etibank'ın söz konusu tekel hakkından kendi isteğiyle bile vazgeçemeyeceğini, bor tuzlarının işletilmesinin Etibank açısından hem bir hak hem de bir zorunluluk olduğunu ileri sürmektedir.

Ön araştırma raporu ve dosyada bulunan belgelerin incelenmesinden, tinkal cevherinin topraktan çıkarıldığı haliyle satılmadığı, çünkü cevher haliyle içerdiği bor oranının % 22 olduğu, içinde bulunan yüksek kil oranının getireceği nakliye maliyetinin tinkalin cevher halinde uzun mesafeli ticaretini rasyonel kılmadığı, dolayısıyla çıkarıldığı yere yakın mesafeye kurulan arındırma ve zenginleştirme tesislerinde içerisinde bulunan toprak, kil gibi yabancı maddelerden arındırılarak öncelikle bor oranının % 33'e çıkarıldığı, buna konsantre tinkal denildiği, konsantre tinkalin de farklı tesislerde zenginleştirme işlemine tabi tutulmasıyla içindeki bor oranı % 48 olan boraks pentahidrat veya boraks dekahidrat elde edildiği, Dünyanın en büyük tinkal yataklarından birinin yer aldığı Eskişehir Kırka'da Eti Holding'e ait bir konsantratör tesis ve ayrıca konsantre tinkali işlemek üzere bor türevleri tesislerinin bulunduğu, üçüncü bir bor türevleri tesisinin inşasının halen sürdüğü, bu tesislerin boraks pentahidrat üretimine yönelik olduğu, keza, Bandırma'da da boraks dekahidrat üretilen Eti Holding'e bağlı Boraks Fabrikasının bulunduğu, tinkalden elde edilebilen boraks pentahidrat ve



boraks dekahidrat gibi ürünlerin birbirleriyle olan ikame esnekliklerinin oldukça yüksek olduğu, bunların birbirlerinden temel farklarının konsantrasyon dereceleri olduğu, bunların üretim süreçleri ve kimyasal kompozisyonları bakımından aralarında fazla bir fark olmadığı, zira tinkalden boraks dekahidrat veya boraks pentahidrat üretilirken yapılan işlemin kimyasal bir reaksiyon değil kimyasal operasyon, başka bir anlatımla tinkali saflaştırma işlemi olduğu, bu nedenle bazı tesislerin entegrasyon derecesine göre konsantre ara ürün aşaması atlanarak tinkal cevherinden direkt olarak boraks pentahidrat veya boraks dekahidrat üretilbildiği, bu bakımdan örneğin konsantre tinkalden bir ton kullanmak zorunda olan bir sanayi tüketicisinin boraks dekahidrat veya boraks pentahidrattan daha az miktarda kullanmasının yeterli geldiği, öte yandan, tinkalden elde edilen "rafine bor ürünlerinin" boraks dekahidrat, boraks pentahidrat ve susuz boraks olduğu, tinkal veya rafine bor ürünleri ile başka katkı maddelerinin kullanılması suretiyle elde edilen sodyum perboratın ise "uç" ürünlerden biri olduğu, Davacı Şirketin sahibi bulunduğu tesiste bor uç ürünü değil, rafine bor ürünü sayılan ve tinkalin saflaştırılmasıyla elde edilen boraks dekahidrat üretildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan bu duruma göre, Etibank'tan satın aldığı tinkali sanayi üretiminde kullanmadığı, sadece saflaştırma işlemine tabi tutarak toprak, kil ve kristal suyundan arındırdığı anlaşılan Davacı Şirketin bu şekilde elde ettiği ürünün, hem ham tinkali ve hem de aynen Davacı Şirket gibi tinkali saflaştırarak elde ettiği rafine bor ürünlerini talebin sınırlı olduğu Dünya bor pazarında satan Etibank'ın pazarladığı bor ürünlerine rakip olduğu kuşkusuzdur.

Bu itibarla, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle sözü edilen rekabet koşullarının 4054 sayılı Yasa ve bu alanda mevcut diğer özel yasa hükümleri karşısındaki durumunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

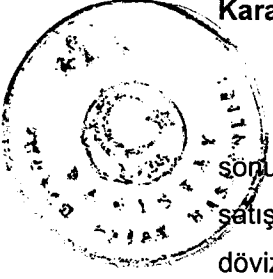
2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesini, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanunun "Devlet eliyle işletilecek madenler" başlıklı 2.maddesinde "Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır" kuralına yer verilmiştir.

Bu Yasa hükmüne göre sadece üç madenin Devlet eliyle işletilmesinin öngörüldüğü, bunların stratejik madenler olduğunda kuşku bulunmayan uranyum ve toryum ile bor tuzlarından ibaret olduğu, diğer madenler yönünden bu tür bir düzenlemeye yer verilmediği açıktır.

Nitekim, madde gerekçesinde bu madenlerin stratejik ve ekonomik nedenlerle Devlet kuruluşlarınca işletilmesinin zorunlu görüldüğü ifade edilmiştir.

Öte yandan, anılan Kanunun yasalaşma sürecine ilişkin görüşme ve tartışmaları, dolayısıyla yasama organının amacını yansıtan Meclis tutanaklarının incelenmesi

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424



sonucunda da yasama organının bor üzerinde Devlet tekeli oluşturarak yurt dışına bor satışının "rekabet olmaksızın" yüksek fiyattan yapılabilmesini ve Ülkemizin en yüksek düzeyde döviz kazancı elde etmesini sağlamayı amaçladığı görülmektedir.

Nitekim, Mecliste yapılan görüşmeler sırasında Tasarı hakkında söz alan üyeler Dünya bor rezervinin %70'inin Türkiye'de bulunduğu, 2172 sayılı Yasadan önceki düzenlemeye göre hem kamu ve hem de özel kesimin yurt dışına bor sattığı, bu yüzden Etibank ile özel kuruluşlar arasında oluşan rekabet nedeniyle ihraç fiyatının çok düştüğü ve ülkemizin elde edebileceği döviz kazancından mahrum kaldığı, oysa Dünyaya sadece Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından pazarlanan ve başka hiç bir devletin satıcı olarak yer almadığı bor pazarına yönelik olarak ABD'de tek bir holdingin faaliyet gösterdiği, ABD'de bulunan bor madenlerinin tümünün sözü edilen holdingin elinde bulunduğu ve pazarlamasının da bu holdingin alt ve yan kuruluşlarınca yapıldığı, kısaca Dünya pazarlarında Türkiye'nin rakibi olan bir tek holding bulunduğu, bu holdingin pazarlamada bir tröst oluşturduğu, Türkiye'de bor madenlerinin gerek kamu ve gerekse özel kesimin elinde bulunduğu dönemlerde her birinin maden rezervinin Dünya bor ihtiyacını yüzyıllarca karşılayacak miktarda bulunması nedeniyle kamu ve özel kesimin rakip duruma düştüğü ve böylece karşımızda bulunan Amerikan tröstünün tek elden pazarlama avantajını kullanarak kendi mamullerini yüksek fiyatla pazarlarken Türkiye'nin bu dağınık hareket ve "rekabet" sebebiyle devamlı şekilde bor fiyatlarını düşürdüğü, bu itibarla Ülkemiz açısından büyük önem taşıyan bu madenin tek elden pazarlanmasında kaçınılmaz bir zorunluluk bulunduğu, bu temin edildiği zaman Türkiye'nin ikinci bir tröst haline geleceği ve rakibi olan holdingle büyük bir pazarlık imkanına kavuşacağı, bor madenlerimizin rezervi, üretimi, kalitesi ve büyük bor pazarlarına yakınlığı itibariyle rakibimiz olan Amerikan şirketine göre önemli avantajlara sahip olduğu, bu durumu rakibimiz olan firmanın da çok iyi bildiği ve borun Türkiye'de tekrar eski durumuna dönmesini sabırsızlıkla beklediği, bu bağlamda yurt dışındaki bor alıcılarının bor sahalarının eski ruhsat sahiplerine iade edileceği ümidi ve beklentisi içinde Etibank'ı bor satışlarında azami derecede zorlayarak alımdan imtina edip alımlarını geciktirdikleri, bu itibarla söz konusu avantajları "rekabet" dolayısıyla heba etmeyip bunları tek kuruluşta birleştirerek tek satıcı olarak piyasaya çıkmamız halinde her zaman Dünya pazarlarında etkin ve hakim duruma gelmemizin mümkün bulunduğu, satışı bir elde toplayıp dışarıda fiyatları yükselterek ülke çıkarlarına uygun hareket etmenin bu yasanın amacı olduğu, zira borun diğer bütün madenlere nazaran Ülkemiz için özellik arzettiği, bu bakımdan, üretim değil, üretimin pazardan elde edeceği döviz miktarının önemli olduğu, Türkiye'ye verilmiş bir nimet olan borun bir kamu kuruluşunun tekelinde bulunmasının uygun olacağı, ülke yararına en iyi şekilde değerlendirilmesi için borun aranması, işletilmesi, işlenmesi, yatırımları ve pazarlanmasıyla bir bütün olarak mütalaa edilerek

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE

Esas No : 2001/306

Karar No : 2003/424

Dünyaya bir tek ağızdan hitap etmemiz gerektiği, Amerika'daki rezervler küçük olduğu için Amerika'nın Türkiye'den satın aldığı bor madenini gelecekte kullanmak için stokladığı, bu itibarla olaya stratejik açıdan da yaklaşmak gerektiği, zira borun harp sanayiinde de kullanılan stratejik bir madde olduğu, bu Kanun Tasarısının bor tuzları için arama ve işletme açısından ilk defa bir Devlet tekeli getirdiği, zira Devletin tek başına bu kaynağı uluslararası konjonktüre en uygun tarzda işletebileceği için Devlet tekeline ihtiyaç bulunduğu, bu yüzden Tasarı metnine "bor tekeli" adının verilebileceği, zira Tasarıda adı geçen madenlerin hepsi bir yana bor bir yana eğiliminin bulunduğu açıkça fark edildiği, bu Tasarıda yer alan hükümlerle Ülkemizde üretilen 40' tan fazla maden türünden sadece üç türüne Devletçe el konulduğu, bunların bor, uranyum ve toryum olduğu, bunun da Devletin anayasal görevleri ve politikalarından kaynaklandığı, bu bağlamda Türkiye'nin milli çıkarlarını korumak için Dünya koşullarını gözönünde tutarak arama, üretim, değerlendirme, pazarlama ve fiyatlandırma politikalarını kapsayan bir milli entegre bor politikasının saptanması ve uygulanması sonucunda Dünya pazarlarında etkinliğimizin artacağı, milli servetimizin ekonomik birim olan paraya en iyi şekilde dönüşme imkanına kavuşacağı, bor yataklarına sahip olmadıkları halde bor bileşikleri üreten tesisler kuran Avrupa ülkelerinin ihtiyaçları olan bor hammaddesini özellikle Türk özel sektörü kanalıyla rahatça temin imkanı bulabilmeleri nedeniyle Etibank'ın yarı mamul ve mamullerine dış pazarlarda Türk özel sektörünün ihraç ettiği borun rakip olduğu, hiçbir ülkenin kendi mamul maddesine yine kendi üretiminin rakip olmasına müsaade edemeyeceği, özel sektörün desteklenmesine ilişkin ilkelerin bor mineralleri için tümüyle geçersiz bulunduğu, zira talep ölçüsünde ihraç edilen borda maliyet değil, satış fiyatının teşekkülünün önemli olduğu, bu yüzden üretimi tüketime göre yapmak ve pazarlamayı buna göre düzenlemek gerektiği, bor mineralinden en yüksek düzeyde yararlanabilmek için tek el ve kararlı bir satış politikasının şart olduğu, böylece Dünya piyasasına Türkiye olarak tek elden çıkmak suretiyle fiyatları düşürmemenin ve ülke çıkarına hareket etmenin mümkün olabileceği, bunun da ancak bor minerallerinin Devlet eliyle aranması ve işletilmesiyle mümkün bulunduğu, Anayasanın kabul ettiği ilke doğrultusunda bazı madenlerin münhasıran Devlet tarafından işletilmek istenmesinden daha tabii bir şey olamayacağını ifade etmişler, Tasarının bazı yönlerine karşı çıkan üyeler de borun yurt dışına tek fiyatla satılmasına çözüm getirilmesine karşı olmadıkları yönünde görüş açıklamışlardır.

Keza, Danıştay 1. Dairesince verilen 1.5.2000 günlü ve E:2000/50, K:2000/67 sayılı istişari mütalâada da 2840 sayılı Yasanın amacının; bor tuzlarının maden sahasından çıkarılması, zenginleştirilmesi, "rafinasyonu", bunlardan her türlü "uç ürün" elde edilmesi ve pazarlamasının tek elden yapılmasıyla Ülkenin Dünya bor pazarlarındaki etkinliğinin artırılarak borun en verimli şekilde değerlendirilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.

T.C.

DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE

Esas No : 2001/306

Karar No : 2003/424

Bu itibarla, tekel hakkının bor cevherinin topraktan çıkartılması ve konsantre edilmesi ile sınırlı olduğu, bundan sonraki rafinasyon ve uç ürün elde edilmesi safhalarını kapsamadığı yönünde Davacı tarafından ileri sürülen iddiada isabet görülmemiştir.

Bu hale göre, 2840 sayılı Yasanın, amacı itibariyle bor tuzlarının işletilmesi ve bu bağlamda işletme kavramına dahil olduğunda kuşku bulunmayan pazarlanmasını Ülke çıkarı açısından tek elde toplamayı öngörmesi ve bu alanda kesinlikle rekabetin söz konusu olmamasını hedeflemesi bakımından, önceki tarihli olmakla birlikte 4054 sayılı Yasaya nazaran özel kanun konumunda bulunan söz konusu Yasa hükmünün öncelikli olarak uygulanması gerektiği ve bu nedenle olayda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasına olanak bulunmadığı açıktır.

Bu nedenle yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank hakkında Davacı Şirketin şikayet başvurusu üzerine yapılan ön araştırma sonucuna göre soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ilişkin olarak verilen Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediğinden, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince duruşma için taraflara bildirilmiş bulunan 4.2.2003 tarihinde davacı vekilleri Av.Metin Günday ve Av.Nurkut İnan'ın, davalı Rekabet Kurumu Başkanlığını temsilen Av.Meltem Türkoğlu'nun davalı yanında müdahil Eti Holding A.Ş. vekili Av.Özgür Başkaya'nın geldikleri, Danıştay savcısının hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten, Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan ve taraflara son kez söz verildikten sonra duruşmaya son verildi. Dava dosyası incelenip gereği düşünüldü:

Dava, davacı şirket tarafından, Etibank Holding A.Ş. Genel Müdürlüğünün bor pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle 4054 sayılı Kanun uyarınca hakkında soruşturma açılarak para cezası verilmesi yolunda yapılan başvurunun reddine ilişkin 4.1.2000 tarih ve 1/2-2 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanunun 6.maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilerek kötüye kullanma halleri arasında,

a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması yada rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın yada teknik gelişmenin kısıtlanması,

durumları olarak belirlenmiştir.

Öte yandan, 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun'un "Devlet eliyle işletilecek madenler" başlıklı 2.maddesinde, "Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır" hükmüne yer verilmiş, 3213 sayılı Maden Kanununun 49.maddesinde de, "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır" hükmü yer almıştır.

Yasa koyucunun amacını ortaya koyması bakımından önem taşıyan Kanunun gerekçesinde, bu madenlerin stratejik ve ekonomik nedenlerle Devlet kuruluşlarınca işletilmesinin zorunlu görüldüğü ifade edilmiş, anılan kanunun meclis ve komisyonlarda görüşülmesi sırasında da, Dünya bor rezervinin % 60'ının Türkiye'de bulunduğu, hem kamu hem özel kesimin yurtdışına bor sattığı, bu yüzden Etibank ile Özel kuruluşlar arasında oluşan rekabet nedeniyle ihraç fiyatının çok düştüğü, Etibank'ın yatırım yaparak mamul ve yarımamül üretecek tesisler kurduğu, Avrupa ülkelerinin, Türkiye özel sektöründen hammadde olarak bor temin edip Etibank 'ın yarı mamül ve mamül ürününe rakip olduğu, borda rezervler çok fazla olduğundan maliyetin değil, satış fiyatının teşekkülünün önemli olduğu, dünyada sadece Türkiye ve ABD tarafından pazarlanan ve başka hiç bir devletin satıcı olarak yer almadığı bor pazarına yönelik olarak ABD de tek bir holdingin faaliyet gösterdiği, bor madenlerinin tümünün bu holdingin elinde bulunduğu ve pazarlamayı da yan kuruluşlarıyla yaptığı, Türkiye'nin ise dağınık hareket ve rekabet nedeniyle sürekli fiyat düşürüp döviz kaybettiği, bor minarelerinden en yüksek düzeyde faydalanabilmemiz için tekel ve kararlı bir satış politikasının şart olduğu, bunun da ancak Devlet eliyle aranması ve işletilmesiyle mümkün olduğu, üretimin tüketime göre yapılması ve pazarlamanın da buna göre düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; boraksın hammaddesi olan tinkal cevherini Etibank'tan satın alarak boraks dekahidrat üretimi alanında faaliyet göstermiş bulunan davacı şirketin 8.7.1999 tarihli şikayet dilekçesiyle Rekabet Kurumu Başkanlığına başvurarak, Etibank'ın dünya bor madeni ticaretinin %95 ine sahip bir tekel olduğu, tinkalin boraks üretimi için ikamesi mümkün olmayan bir cevher olması nedeniyle Etibank'tan başka bir yerden temin

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424

blanağı bulunmadığı, pazarda tek ve hakim durumda olan Etibank 'ın tinkal madenini kendi müesseselerine 42 Dolar/ton, yurtdışı piyasalara 141 Dolar/ton yurtiçi piyasalara ise 200-230 Dolar /ton fiyattan sattığı, cam ve seramik sektöründe kullanılacak tinkale yapılan iskontodan boraks üretimi ile uğraşan şirketleri yararlandırmayarak alıcılar arasında ayırım yaptığı, uyguladığı fiyat politikalarıyla ve daha sonra mal vermeyi keserek 4054 sayılı Kanunun 6.maddesinde düzenlenen hakim durumunu kötüye kullandığı belirtilerek, 4054 sayılı Kanun uyarınca hakkında soruşturma açılarak para cezası uygulanmasını istediği, Rekabet Kurulunun 17.8.1999 tarihli toplantısında 4054 sayılı Kanunun 40.maddesinin birinci fıkrası uyarınca şikayet konusu hakkında ön araştırma yapılmasına karar verildiği, 8.12.1999 tarihli ön araştırma raporunu inceleyen Rekabet Kurulunun dava konusu 4.1.2000 tarih ve 0-1/2-2 sayılı kararla, Eti Holding A.Ş.'nin 2840 sayılı Kanun ve 3213 sayılı Maden Kanunu uyarınca bir bor madeni olan tinkalin istihracı, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesi ve bunların pazarlanması konularında, tekel hakkına sahip olduğu, hakim durumun kötüye kullanıldığı yolundaki iddiaların, söz konusu yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı, herhangi bir yasanın uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemlerin 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uygulamada, 2840 sayılı Kanunun 2.maddesindeki "işletme" kavramının içeriği konusunda tereddüte düşülmesi nedeniyle, Başbakanlık aracılığıyla Danıştay Birinci Dairesinden görüş istenilmesi üzerine Danıştay 1. Dairesince verilen 1.5.2000 tarih ve E:2000/50, K:2000/67 sayılı kararda; "işletme" nin ekonomik mal ve hizmet üreterek bunlardan gelir ve kâr elde etmek için pazarlamak amacıyla üretim faktörlerini fiziksel bir birim içinde toplayan kuruluş olarak tanımlanabileceği belirtilerek, "elde ettiği ürünü pazarlaması bir işletmenin ana gayelerinden olması nedeniyle pazarlamanın işletme kavramı içerisinde yer aldığı kuşku bulunmadığı, yine pazarlama safhasına ulaşıncaya kadar ürünün maden sahasından çıkarılması, konsantre edilmesi, öğütülmesi ve madenden her türlü uç ürünün elde edilmesinin de işletme kavramı içerisinde olduğu" ifadelerine yer verilerek, 2840 sayılı Yasanın 2.maddesi uyarınca bor tuzlarının aranması ve işletilmesinin Devlet eliyle yapılması zorunluluğunun, bu madenin zenginleştirilmesini, rafinasyonunu ve pazarlamasını da kapsadığı sonucuna varılmıştır.

Danıştay 1.Dairesinin anılan kararında da belirtildiği üzere, 2840 sayılı Kanunun amacının bor tuzlarının maden sahasından çıkartılması, zenginleştirilmesi, rafinasyonu, bunlardan her türlü uç ürün elde edilmesi ve pazarlanmasının tek elden yapılmasıyla ülkenin Dünya bor pazarındaki etkinliğinin artırılarak borun en verimli şekilde değerlendirilmesini sağlamak olduğu dikkate alındığında, davacı şirketin, Etibank'ın tekel hakkının bor cevherinin

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2001/306
Karar No : 2003/424

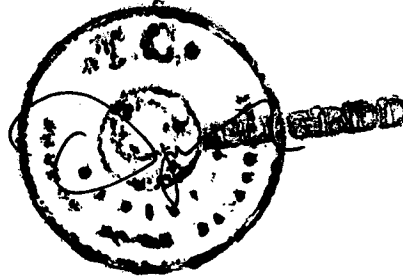
topraktan çıkartılması ve konsantre edilmesi ile sınırlı olduğu ve bundan sonraki rafinasyon ile uç ürün elde edilmesi safhalarını kapsamadığı yolundaki iddiaları yerinde görülmemiştir.

Kaldı ki davacı şirketin sahibi bulunduğu tesiste, bor uç ürünü değil, rafine bor ürünü sayılan ve tinkalin saflaştırılmasıyla elde edilen boraks dekahidrat üretildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 2840 sayılı Kanunun verdiği yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank'ın hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle yapılan şikayet başvurusu üzerine ön inceleme yaptırılarak söz konusu iddiaların, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle, Eti Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 520.000.000.- lira avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine 5.2.2003 tarihinde oyçokluğuyla ile karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Burhan	Yılmaz	Zafer	Ahmet	Orhun
ÖÇ	TAŞDELEN	KANTARCIOĞLU	BAŞPINAR	YET
				(X)



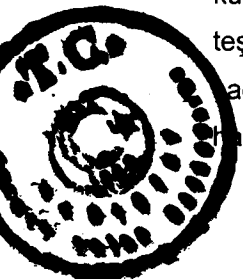
AYRISIK OY

Dava, boraks üretimi ile uğraşan davacı şirketin boraksın ham maddesi olan tinkal cevherini satın aldığı Etibank'ın, bu pazarda tekel konumunda olması nedeniyle tinkal madenini kendi müesseselerine 42 USD/ton, yurt dışı piyasalarda 141 USD/ton, yurt içi piyasalara ise 230 USD/ton fiyatlarından satarak ve seramik ile cam sektöründe kullanılacak olan tinkale yapılan iskontodan boraks üretimi ile uğraşan şirketleri yararlandırmayarak, 4054 sayılı Kanun'un 6/b maddesi anlamında, eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yaptığı, Etibank'ın bu fiyat politikasının, pazara girişleri engellediği bu suretle bir pazardaki hakim durumunu başka bir pazarda kötüye kullanma eylemini de gerçekleştirdiği iddialarıyla Rekabet Kurumuna yaptığı şikayet üzerine Rekabet Kurulunca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40/1 inci maddesi uyarınca yapılan önaraştırma sonucunda Eti Holding A.Ş.'nin 2840 sayılı ve 3213 sayılı Kanun uyarınca bir bor madeni olan tinkalin istihracı, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesi ve bunların pazarlanması konularında tekel hakkına sahip olduğundan, hakim durumun kötüye kullanıldığı yolundaki iddiaların söz konusu yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığına, herhangi bir yasanın uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı dışında kaldığından ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolundaki Rekabet Kurulu kararının iptali istemine ilişkin bulunmaktadır.

Rekabet Kuruluna 4054 sayılı Kanunun yasakladığı faaliyetlerle ilgili yapılan bir şikayet üzerine önaraştırma sonucu, eylemin kanun kapsamında olmadığı belirlendiği ahvalde soruşturma açılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak kanun kapsamında olan bir ihlalin varlığı halinde her halükarda soruşturma açılarak, kanunun 43-47. maddelerinde yer alan prosedürün işletilmesi sonucunda yapılacak değerlendirmenin, 48.maddede yer verilen nihai kararlar sonuçlandırılması kanun gereğidir.

4054 sayılı Yasanın 6.maddesinde, Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra yer verilen beş bentte de bu hallerin neler olduğu düzenlenmiştir.

Yasanın 2. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, rekabet kurallarının, kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi olmaksızın ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması zorunluluğu karşısında bir kamu işletmesinin, yasanın kendisine sağladığı tekel hakkını yasanın 6.maddesi kapsamında kötüye kullanması halinde, bu tekel hakkının, yasal düzenlemeler çerçevesinde tanınmış olması, bu işletmeye rekabet hukuku



kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmeyecektir.

2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun'un 2 nci maddesinde, "Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır. Bu madenler için 6309 sayılı Maden Kanunu gereğince gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerine verilmiş olan ruhsatlar iptal edilmiştir." hükmü yer almış, daha sonra yürürlüğe giren 3213 sayılı "Maden Kanunu" nun 49 uncu maddesinde de "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir. Bunların ihracına ait usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tesbit edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Madencilik faaliyetlerinin, arama, ön işletme ve işletme olarak belirlendiği 3213 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği hükümlerinden, madenin işletilmesi kavramının maden cevherinin istihracına ve pazarlanmasına yönelik faaliyetleri kapsadığı anlaşıldığından, 2840 sayılı Kanunda yer verilen bor madenlerinin devlet eliyle işletilmesine ilişkin düzenlemenin, bor tuzu madenlerinin bu anlamda işletilmesini öngördüğü, cevherin işlenerek yeni bir ürün elde edilmesini ifade etmeyeceği açıktır.

Bu itibarla Devlete ait olan bor madenlerini işleten, bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Eti Holding A.Ş. boraksın işlenmemiş hali olan tinkalin çıkartılması ve pazarlanması konusunda Türkiye'de yasal tekel konumunda olmasına karşın, tinkalden elde edilen boraks pentahidrat, boraks dekahidrat üretiminde yasadan doğan bir tekel hakkı bulunmamaktadır. Nitekim aksine bir düzenleme bulunsaydı davacı şirketin boraks dekahidrat üretimi yapması mümkün olmazdı.

Açıklanan nedenlerle tinkal cevheri pazarında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinde tanımlanan, Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eden hakim duruma sahip bulunan Eti Holding A.Ş. hakkında, davacı şirketin 6. madde kapsamındaki iddialarının Rekabet Kanunu gereğince soruşturulması gerekirken soruşturma açılmaması yolundaki Kurul kararının iptali gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

M/A 17.05.2003

