

Νόμιμος ο περιορισμός των δικαιωμάτων της μειοψηφίας των μετόχων της ανώνυμης εταιρείας για την απαίτηση της εφαρμογής του λειτουργικού διαχωρισμού

ΘΕΟΔΩΡΟΥ Κ. ΠΑΝΑΓΟΥ

Δικηγόρου Δ.Ν., Αντιπροέδρου Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (Ρ.Α.Ε.)

(1) Εισαγωγή

1. Σύμφωνα με τις διατάξεις της § 3 του άρθρου 18 του κ.ν. 2190/1920, παρέχεται στη μειοψηφία των μετόχων της ανώνυμης εταιρείας, η δυνατότητα διορισμού ορισμένου αριθμού μελών του διοικητικού συμβουλίου αυτής. Η άσκηση του εν λόγω δικαιώματος γίνεται υπό την προϋπόθεση ότι, η ως άνω δυνατότητα προβλέπεται στο καταστατικό και τα κατά τον τρόπο αυτό διοριζόμενα μέλη δεν υπερβαίνουν το ένα τρίτο του προβλεπόμενου συνολικού αριθμού των μελών του διοικητικού συμβουλίου. Περαιτέρω, η σχετική πρόβλεψη του καταστατικού, πρέπει να ορίζει και τις προϋποθέσεις άσκησης του ανωτέρω δικαιώματος, ιδίως καθόσον αφορά στο ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο και στη δέσμευση των μετοχών. Η άσκηση του δικαιώματος πραγματοποιείται πριν από την εκλογή του διοικητικού συμβουλίου από τη γενική συνέλευση, ούτως ώστε αυτή (η εκλογή) να πραγματοποιείται μόνο για τον υπόλοιπο αριθμό των μελών.

2. Η σχετική διάταξη τέθηκε από το νομοθέτη, προκειμένου να διασφαλισθούν έτι περισσότερο τα δικαιώματα της μειοψηφίας μετόχων, οι οποίοι δεν θα επιθυμούσαν να επενδύσουν τα κεφάλαιά τους, αν δεν συμμετείχαν στοιχειωδώς στη διοίκηση και τη διαχείριση της ανώνυμης εταιρείας και προκειμένου οι ως άνω μέτοχοι να ασκούν, άμεσα, το δικαίωμα παρακολούθησης της πορείας των εταιρικών υποθέσεων¹.

1. Για την άσκηση του συγκεκριμένου δικαιώματος και τον επιδιωκόμενο σκοπό, βλ. ενδεικτικά Ν. Ρόκα, Εμπορικές Εταιρείες, 4η έκδ., 1996, σ. 205, Ε. Περγάκη, Το δικαίωμα της ανώνυμης εταιρείας, 1992, σ. 694 επ., Γ. Παμπούκη, Άσκηση δικαιώματος του μετόχου να διορίζει μέλη του διοικητικού συμβουλίου, Αρμ 1985, σ. 191, Χρ. Μαστροκόστα, Το ατομικό δικαίωμα του μετόχου να διορίζει μέλη του διοικητικού συμβουλίου, ΧΡΙΔ, 2003, 481, του ίδιου, Η ελευθερία διαμόρφωσης στο καταστατικό ανώνυμης εταιρείας, των δικαιω-

(2) Ο λειτουργικός διαχωρισμός στις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην αγορά της ενέργειας

3. Στην κοινοτική νομοθεσία που διέπει τη λειτουργία της απελευθερωμένης αγοράς ενέργειας, θεσπίζονται κανόνες για το λεγόμενο διαχωρισμό, ήτοι την υποχρέωση των κάθετα ολοκληρωμένων επιχειρήσεων² που δραστηριοποιούνται στην παραπάνω αγορά, να διαχωρίζουν τις ανταγωνιστικές από τις μονοπωλιακές δραστηριότητές τους³,

μάτων της εκλογής και ανάκλησης των μελών του διοικητικού συμβουλίου, ΧΡΙΔ 2004, 289, Λ. Κοτσιρή, Η πλειοψηφική δύναμη στην ανώνυμη εταιρεία, υπό τον έλεγχο για καταχρηστικότητα. Εγκυρότητα καταστατικών ρητρών περί υποχρεωτικού διορισμού ενός διευθύνοντος συμβούλου κα αυξημένης πλειοψηφίας κατά τη λήψη απόφασης διοικητικού συμβουλίου διορισμού και ανάκλησης διευθύνοντος συμβούλου, ΕΕμπΔ 2005, 166. Η γενική συνέλευση των μετόχων δεν μπορεί να καταργήσει το δικαίωμα, χωρίς τη συναίνεση του δικαιούχου (ΕφΑθ 14292/1988, σε ΕΕμπΔ 1989, 238). Περαιτέρω, βλ. ενδεικτικά στη νομολογία, ΜΠρΑθ 3324/1989, ΜΠρΖακ 278/2001, σε ΕΕμπΔ 2003, 346. Πρέπει να σημειωθεί ότι δικαίωμα διορισμού ορισμένου αριθμού μελών του διοικητικού συμβουλίου παρέχεται και στο δημόσιο ή τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, στη περίπτωση που τα εν λόγω μετέχουν ως ιδρυτές σε ανώνυμες εταιρείες (ν.δ. 4015/1959).

2. Κάθετα Ολοκληρωμένη Επιχείρηση, είναι η επιχείρηση ή ο όμιλος επιχειρήσεων, των οποίων οι μεταξύ τους σχέσεις καθορίζονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 3 του κανονισμού 4064/1989 του Συμβουλίου (ΕΕΕΚ L. 395), όπως ισχύει και, οι οποίες ασκούν τουλάχιστον μία από τις δραστηριότητες μεταφοράς ή διανομής και τουλάχιστον μία από τις δραστηριότητες παραγωγής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας (άρθρο 2 του ν. 2773/1999). Σημειωτέον ότι, ο ως άνω κανονισμός έχει καταργηθεί μετά την έναρξη ισχύος του κανονισμού 139/2004.

3. Ως ανταγωνιστικές δραστηριότητες, νοούνται οι δραστηριότητες της παραγωγής και της προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας και ως μονοπωλιακές, οι δραστη-

κατά τρόπο που οι εν λόγω δραστηριότητες να ασκούνται από, τουλάχιστον, διακεκριμένα νομικά πρόσωπα. Ένα από τα στοιχεία του ως άνω διαχωρισμού είναι και ο λειτουργικός. Με τον όρο «*λειτουργικός διαχωρισμός*», νοείται, κυρίως, η δυνατότητα των εταιρικών οργάνων των διαχειριστών του συστήματος μεταφοράς⁴ και του δικτύου διανομής⁵, να λαμβάνουν τις αποφάσεις τους, με αυτοτέλεια και ανεξαρτησία, σε σχέση με την κάθετα ολοκληρωμένη επιχείρηση, της οποίας, ενδεχομένως, αποτελούν τμήμα ή συνδεδεμένη επιχείρηση.

4. Η υποχρέωση της τήρησης των κανόνων του λειτουργικού διαχωρισμού των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας, τέθηκε από την κοινοτική νομοθεσία και συγκεκριμένα από τις διατάξεις των οδηγιών «*δεύτερης γενιάς*»⁶. Ειδικότερα, στην παραπάνω νομοθεσία προβλέφθηκε, κατ' αρχήν, ότι, τόσο ο διαχειριστής του συστήματος μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας, όσο και αυτός της διαχείρισης του δικτύου, πρέπει να είναι ανεξάρτητοι τουλάχιστον από άποψη νομικής μορφής, οργάνωσης και λήψης αποφάσεων, από τις λοιπές δραστηριότητες που δεν συνδέονται με τη μεταφορά ή τη διανομή αντίστοιχα⁷. Εξειδικεύοντας, περαιτέρω, τη σχετική υ-

ριότητες της μεταφοράς και της διανομής.

4. Σύστημα είναι οι γραμμές υψηλής τάσης, οι εγκατεστημένες στην ελληνική επικράτεια διασυνδέσεις, χερσαίες ή θαλάσσιες και όλες οι εγκαταστάσεις, εξοπλισμός και εγκαταστάσεις ελέγχου που απαιτούνται για την ομαλή, ασφαλή και αδιάλειπτη διακίνηση ηλεκτρικής ενέργειας από έναν σταθμό παραγωγής σε έναν υποσταθμό, από έναν υποσταθμό σε έναν άλλο ή προς ή από οποιαδήποτε διασύνδεση (άρθρο 2 του ν. 2773/1999).

5. Δίκτυο, είναι το δίκτυο διανομής ηλεκτρικής ενέργειας της ΔΕΗ Α.Ε. που είναι εγκατεστημένο στην ελληνική επικράτεια, το οποίο αποτελείται από γραμμές μέσης και χαμηλής τάσης και εγκαταστάσεις διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, καθώς και από γραμμές και εγκαταστάσεις υψηλής τάσης που έχουν ενταχθεί στο δίκτυο αυτό (άρθρο 2 του ν. 2773/1999).

6. Πρόκειται για τις οδηγίες 2003/54/ΕΚ για την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και 2003/55/ΕΚ για την αγορά φυσικού αερίου.

7. Άρθρα 10 και 15 της οδηγίας 2003/54/ΕΚ και 9 και 13 της οδηγίας 2003/55/ΕΚ. Οι σχετικές ρυθμίσεις της κοινοτικής νομοθεσίας έχουν μεταφερθεί στην εσωτερική έννομη τάξη με τις διατάξεις του άρθρου 22 του

ποχρέωση, ο κοινοτικός νομοθέτης έθεσε ορισμένα ελάχιστα απαιτούμενα για την εφαρμογή των κανόνων του λειτουργικού διαχωρισμού. Κατ' αρχήν, τα πρόσωπα που είναι υπεύθυνα για τη διαχείριση του συστήματος μεταφοράς και του δικτύου διανομής, δεν επιτρέπεται να συμμετέχουν στις διαρθρωτικές δομές της ολοκληρωμένης επιχείρησης. Πρόκειται για τα φυσικά πρόσωπα που στελεχώνουν, είτε εταιρικά όργανα, είτε λοιπές δομές των ως άνω επιχειρήσεων, με, άμεση ή έμμεση, ευθύνη για την καθημερινή εκτέλεση των δραστηριοτήτων παραγωγής, διανομής και προμήθειας ενέργειας. Στη συνέχεια, με τις ίδιες διατάξεις προβλέπεται η λήψη μέτρων για την επαγγελματική διασφάλιση των παραπάνω φυσικών προσώπων, καθώς και για την ανεξαρτησία των οργάνων των διαχειριστών κατά τη λήψη αποφάσεων, σχετικά με την ανάπτυξη του συστήματος και του δικτύου ηλεκτρικής ενέργειας που ανήκει στο πεδίο της αρμοδιότητάς τους.

5. Σκοπός των ως άνω ρυθμίσεων είναι, η διασφάλιση της δίκαιης και αμερόληπτης πρόσβασης στο σύστημα και το δίκτυο, κάθε τρίτου που το επιθυμεί, πράγμα που δεν θα ήταν δυνατόν να πραγματοποιηθεί, αν κατά την άσκηση της εν λόγω διαχείρισης ασκούσε επιρροή η ολοκληρωμένη επιχείρηση. Με τον τρόπο αυτό λειτουργεί ο ανταγωνισμός και, η πρόσβαση στο σύστημα ή το δίκτυο όσων νέων φορέων το επιθυμούν, παρέχεται χωρίς διακρίσεις, με διαφάνεια και σε λογικές τιμές. Με άλλα λόγια, παρέχεται η δυνατότητα της προώθησης νέων επενδύσεων, χωρίς η δαπάνη για τις συγκεκριμένες επενδύσεις να επιβαρύνει το κράτος, πράγμα που δεν είναι επιτρεπτό στο πλαίσιο της ενιαίας εσωτερικής αγοράς.

(3) Το ζήτημα του ελέγχου επί των διαχειριστών του συστήματος και του δικτύου

6. Με την επιχειρούμενη τροποποίηση της ως άνω κοινοτικής νομοθεσίας, το λεγόμενο «*τρίτο πακέτο*» ή άλλως και κατ' ουσίαν, «*νομοθεσία τρίτης γενιάς*», επεκτείνεται ή άλλως ισχυροποιείται, η υποχρέωση τήρησης του λειτουργικού διαχωρισμού. Ο κοινοτικός νομοθέτης εισάγει, κατ'

ν. 2773/1999 για την αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και της § 3 του άρθρου 7 του ν. 3428/2005 για την αγορά του φυσικού αερίου.

αρχήν, στο πλαίσιο εφαρμογής του πλήρους διαχωρισμού (ownership unbundling) και των λοιπών προτύπων, το στοιχείο της αποφυγής του ελέγχου εκ μέρους της ολοκληρωμένης επιχείρησης επί του διαχειριστή⁸, ζήτημα που ανάγεται, κυρίως, στην υποχρέωση τήρησης του λειτουργικού διαχωρισμού, όπως προηγουμένως, αναφέρθηκε.

7. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα, προκύπτει ότι, κατά τον κοινοτικό νομοθέτη δεν επαρκεί το στοιχείο του λειτουργικού διαχωρισμού, στην έκταση που είχε θεσπισθεί με τις οδηγίες δεύτερης γενιάς και, για το λόγο αυτό, εισάγονται περαιτέρω ενισχυτικοί κανόνες, για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Συγκεκριμένα, με τη σχετική κοινοτική νομοθετική παρέμβαση, προτείνεται, μεταξύ άλλων, η τροποποίηση του ορισμού της «κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης», κατά τρόπο που εισάγεται η υποχρέωση αποφυγής του ελέγχου της μιας επιχείρησης επί της άλλης⁹. Η έννοια του ελέγχου, κατά τη σχετική κοινοτική νομοθεσία¹⁰, εξειδικεύεται ως η ύπαρξη διαφόρων εννόμων σχέσεων μεταξύ των νομικών προσώπων, η λειτουργία των οποίων (εννόμων σχέσεων) μπορεί να συντελέσει στην απόκτησή του (του ελέγχου). Γενικά, ο έλεγχος μπορεί να απορρέει από δικαιώματα, συμβάσεις ή άλλες έννομες σχέσεις που, είτε μεμονωμένα, είτε σε συνδυασμό μεταξύ τους, παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης επί της δραστηριότητας μιας επιχείρησης¹¹. Είναι

προφανές ότι, το όργανο που είναι αρμόδιο για τη διαπίστωση της ύπαρξης του ελέγχου, πρέπει να λαμβάνει υπόψη του, μεταξύ άλλων, τις σχετικές πραγματικές και νομικές συνθήκες. Συγκεκριμένα, μπορεί ο μέτοχος μικρής μειοψηφίας να έχει τέτοιες καταστατικές εξουσίες που να συνιστούν έλεγχο, ενώ, αντίθετα, ένας μέτοχος που έχει μεγαλύτερο ποσοστό να μη διαθέτει ανάλογες εξουσίες. Περαιτέρω, μπορεί πολλοί μικροί μέτοχοι να ελέγχουν την επιχείρηση μέσω εξωεταιρικών συμφωνιών κ.ο.κ.

8. Στη συνέχεια, ο κοινοτικός νομοθέτης παραθέτει ενδεικτικά και όχι περιοριστικά, ορισμένες έννομες σχέσεις που θα συνιστούσαν στοιχείο ελέγχου. Τέτοιες, θεωρούνται τα δικαιώματα κυριότητας ή χρήσης επί του συνόλου ή τμήματος των παγίων της επιχείρησης ή ακόμα τα δικαιώματα και οι συμβάσεις που παρέχουν δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης της σύνθεσης, των συσκέψεων ή των αποφάσεων των οργάνων του νομικού προσώπου.

9. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι, η παράμετρος που είναι κρίσιμη για την αξιολόγηση της ύπαρξης του ελέγχου, είναι ο βαθμός της καθοριστικής επίδρασης που η σχετική έννομη σχέση μπορεί να έχει στη λήψη αποφάσεων που ανάγονται στη σφαίρα της επιχειρηματικής δραστηριότητας μιας επιχείρησης. Με βάση το ανωτέρω κριτήριο, η σχετική κοινοτική νομοθεσία κατατάσσει τον εν λόγω βαθμό, σε δύο κατηγορίες. Η πρώτη αφορά στην ύπαρξη εμπραγμάτων δικαιωμάτων κυριότητας ή χρήσης των περιουσιακών στοιχείων ή σύστασης ενεχύρου επί των μετοχών. Υπό την έννοια αυτή, αναφερόμαστε σε ένα «σκληρό πυρήνα» εννόμων σχέσεων (εμπραγμάτων δικαιωμάτων) με καθοριστική επίδραση, την οποία ο κοινοτικός νομοθέτης θεωρεί απόλυτη. Η δεύτερη κατηγορία αναφέρεται σε ενοχικές σχέσεις, για τις οποίες τεκμαίρεται ότι, μπορεί να επηρεάσουν τη σύνθεση ή τις αποφάσεις των εταιρικών οργάνων.

8. Σημειώνεται ότι το «τρίτο πακέτο» αναφέρεται στις μεταβολές που πρέπει να επέλθουν στο καθεστώς που πρέπει να διέπει το διαχειριστή του συστήματος μεταφοράς.

9. Κατά την προτεινόμενη τροποποίηση, ως κάθετα ολοκληρωμένη επιχείρηση, νοείται το νομικό πρόσωπο ή η ένωση τέτοιων προσώπων, όπου το ίδιο πρόσωπο ή πρόσωπα μπορεί, άμεσα ή έμμεσα, να ασκούν έλεγχο το ένα επί του άλλου, κατά την έννοια των διατάξεων της § 2, του άρθρου 3 του κανονισμού 139/2004 που αφορά στον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων και που το νομικό πρόσωπο ή η ένωση νομικών προσώπων ασκούν τουλάχιστον μια από τις δραστηριότητες της μεταφοράς ή της διανομής και τουλάχιστον μια από τις δραστηριότητες της προμήθειας ή της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας (στοιχείο 21 του άρθρου 2 της πρότασης τροποποίησης της οδηγίας 2003/54/ΕΚ).

10. § 2, του άρθρου 3 του κανονισμού 139/2004.

11. Βλ. σχετικά και ΕπΑντ 250/1995, ΔΕΕ 1995. 610, ΕπΑντ 76/1997, ΔΕΕ 1997. 959, ΔΕφΑθ 3727/1997, ΔΔικη 2000. 481, ΕπΑντ 1/11/1998, ΔΕΕ 1999. 410,

ΕπΑντ 81/1999, έλεγχος μέσω απόλυτου ελέγχου των μελών του δ.σ., ΔΕΕ 2000. 274, ΣτΕ 412/1999, ΔΕφΑθ 3548/1999, ΔΕΕ 1999/1135, ΕπΑντ 53/1999, υφίσταται ζήτημα ελέγχου, ακόμη κι αν ο σχετικός έλεγχος δεν ασκείται εν τοις πράγμασι, ΔΕΕ 2000. 979, ΕπΑντ 45/11/1999, ΕΕμπΔ, 1999. 607, ΕπΑντ 40/1999, ΔΕΕ 2000, 976, ΣτΕ 2320/2001, ΝοΒ 2003. 323, ΔΕφΑθ 3066/2002, ΕΕμπΔ 2003. 431.

Ως τέτοιες, προφανώς και κυρίως, θεωρεί τις εξωεταιρικές συμφωνίες των μετόχων ή τις διάφορες προβλέψεις που συνήθως υπάρχουν στα καταστατικά των νομικών προσώπων, για τη διασφάλιση των δικαιωμάτων της μειοψηφίας και αφορούν π.χ. στον ορισμό ορισμένου αριθμού μελών στο διοικητικό όργανο. Περαιτέρω, η κοινοτική νομοθεσία επεκτείνει τους φορείς του ελέγχου από τις ανωτέρω έννομες σχέσεις, όχι μόνο στους φυσικούς κατόχους τους, αλλά και στους τυχόν δικαιούχους τους¹².

(4) Το περιεχόμενο του λειτουργικού διαχωρισμού κατά την πρόταση τροποποίησης της οδηγίας 2003/54/EK

10. Σύμφωνα με τη φιλοσοφία και το δικαιολογητικό λόγο για την εισαγωγή και την εφαρμογή του πλήρους διαχωρισμού ή των εναλλακτικών του λύσεων, η οποία αποτελεί και το βασικό άξονα της πρότασης της κοινοτικής νομοθεσίας «τρίτης γενιάς» στον τομέα της ενέργειας, ο λειτουργικός διαχωρισμός εκφέρεται σε δύο επίπεδα¹³. Πρώτα, στο επίπεδο του τυχόν ελέγχου μέσω των μετόχων των εταιρειών, όπως ειδικά αναλύθηκε ανωτέρω και, στη συνέχεια, στο επίπεδο της επιλογής των φυσικών προσώπων που στελεχώνουν τα διάφορα εταιρικά όργανα. Κατά την έννοια αυτή, εισάγεται γενικός κανόνας, σύμφωνα με τον οποίο, το αυτό πρόσωπο ή πρόσωπα δεν επιτρέπεται να ασκούν, άμεσα ή έμμεσα, έλεγχο σε ένα τρίτο νομικό πρόσωπο που ασκεί δραστηριότητα παραγωγής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας και ταυτόχρονα, άμεσα ή έμμεσα, να ασκούν έλεγχο ή *οιοδήποτε δικαίωμα* επί του διαχειριστή του συστήματος μεταφοράς ή επί του συστήματος μεταφοράς γενικότερα. Ο ανωτέρω απαγορευτικός κανόνας λειτουργεί και αντίστροφα, κατά τρόπο που δεν επιτρέπεται στο νομικό πρόσωπο που ασκεί δραστηριότητα διαχείρισης του συστήματος μεταφοράς, να ασκεί, άμεσα ή έμμεσα, έλεγχο ή *οιοδήποτε δικαίωμα* επί μιας επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητα παραγωγής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας¹⁴.

11. Στη συνέχεια, δεν επιτρέπεται σε πρόσωπο ή πρόσωπα που, άμεσα ή έμμεσα, ασκούν έλεγχο ή *οιοδήποτε δικαίωμα* επί νομικών προσώπων που δραστηριοποιούνται στον τομέα της παραγωγής ή προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας να διορίζουν μέλη σε διοικητικά, διαχειριστικά ή ελεγκτικά εταιρικά όργανα του διαχειριστή του συστήματος. Προκειμένου να γίνει σαφές το πνεύμα του κοινοτικού νομοθέτη, η πρόταση τροποποίησης προβλέπει, επίσης, ότι δεν επιτρέπεται το ίδιο πρόσωπο να είναι ταυτόχρονα μέλος διοικητικών, διαχειριστικών ή ελεγκτικών εταιρικών οργάνων, επιχειρήσεων που ασκούν μονοπωλιακές δραστηριότητες και επιχειρήσεων που ασκούν ανταγωνιστικές δραστηριότητες¹⁵. Για την άρση αμφιβολιών περί το περιεχόμενο της έννοιας «*οιοδήποτε δικαίωμα*», ο κοινοτικός νομοθέτης με ρητή διατύπωση διευκρινίζει ότι, η έννοια «*οιοδήποτε δικαίωμα*» περιλαμβάνει, τόσο την άσκηση του δικαιώματος ψήφου, όσο και την εξουσία του διορισμού μελών σε διοικητικό ή διαχειριστικό όργανο ή σε όργανο εκπροσώπησης νομικού προσώπου¹⁶.

12. Τέλος, η πρόταση τροποποίησης της οδηγίας, απαιτεί από τα κράτη μέλη να λάβουν τα απαραίτητα διασφαλιστικά μέτρα, προκειμένου οι ευαίσθητες επιχειρηματικές πληροφορίες που περιέρχονται σε γνώση του διαχειριστή του συστήματος μεταφοράς και του προσωπικού του, όταν αυτός είναι συνδεδεμένη επιχείρηση ή τμήμα της κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης, δεν θα περιέρχονται κατά *οιοδήποτε* τρόπο σε πρόσωπα που ασκούν δραστηριότητες παραγωγής και προμήθειας. Σημειώνεται ότι, με την προτεινόμενη κοινοτική ρύθμιση, εισάγεται και υποχρέωση λειτουργικού διαχωρισμού και για τον κύριο του συστήματος μεταφοράς¹⁷. Στο εν λόγω πλαίσιο, εντάσσεται και η επέκταση της υποχρέωσης της εμπιστευτικότητας των ευαίσθητων επιχειρηματικών πληροφοριών, πέραν του διαχειριστή και στον κύριο του συστήματος μεταφοράς¹⁸.

άρθρου 9 της οδηγίας 2003/54/EK.

15. Περιπτώσεις (c) και (d) της παραγράφου 1 της τροποποίησης του άρθρου 9 της οδηγίας 2003/54/EK.

16. § 2 του τροποποιούμενου άρθρου 9 της οδηγίας 2003/54/EK.

17. Βλ. τροποποιούμενο άρθρο 14 της οδηγίας 2003/54/EK.

18. Βλ. τροποποιούμενο άρθρο 16 της οδηγίας 2003/54/EK.

12. § 3 του άρθρου 3 του κανονισμού 139/2004.

13. Περίπτωση (b), (i) της § 1 της πρότασης τροποποίησης του άρθρου 9 της οδηγίας 2003/54/EK.

14. Περίπτωση (b), (ii) της § 1 της τροποποίησης του

(5) Ο περιορισμός του δικαιώματος της μειοψηφίας των μετόχων για τον ορισμό μελών στο διοικητικό συμβούλιο ανώνυμης εταιρείας, χάριν του γενικού συμφέροντος

13. Κατ' αρχάς, η δυνατότητα της μειοψηφίας των μετόχων να διορίζουν ορισμένο αριθμό μελών στα διοικητικά συμβούλια των ανώνυμων εταιρειών τους, εφόσον επιτρέπεται με σχετική πρόβλεψη του καταστατικού, συνιστά απόρροια της ελευθερίας των συμβάσεων, της εξ αυτής άσκησης του συνταγματικού δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας και της εκείθεν ελευθερίας της επιχειρηματικής δραστηριότητας¹⁹.

14. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα, όμως, είναι σαφές ότι, η, εκ του καταστατικού ή του νόμου, προβλεπόμενη άσκηση παρόμοιων δικαιωμάτων, δεν θα είναι στο εξής συμβατή με τις διατάξεις της κοινοτικής νομοθεσίας, για τις ανώνυμες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στον τομέα της αγοράς ενέργειας. Συγκεκριμένα, για την αποφυγή καταστράτηγησης της εφαρμογής του απαιτούμενου λειτουργικού διαχωρισμού, όπως ανωτέρω εκτέθηκε, πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν επιτρέπεται η άσκηση του δικαιώματος του ορισμού μελών στα εποπτικά, διαχειριστικά ή διοικητικά όργανα των σχετικών νομικών προσώπων, εκ μέρους των νομικών προσώπων που ασκούν μονοπωλιακές δραστηριότητες, σε αντίστοιχα που ασκούν ανταγωνιστικές και αντίστροφα. Η αντίθετη άποψη θα συνιστούσε ευθεία παραβίαση της σχετικής κοινοτικής νομοθεσίας.

15. Κατ' ακολουθίαν, η, κατά τα ανωτέρω, εκτεθείσα απαίτηση του κοινοτικού νομοθέτη, μέσω της πρότασης της Επιτροπής, συνιστά νόμιμο, και χάριν του γενικού συμφέροντος, περιορισμό των δικαιωμάτων της μειοψηφίας των μετόχων ή των εταίρων των κεφαλαιουχικών ή μεικτών νομικών προσώπων που συνιστώνται κατά τις διατάξεις του εμπορικού δικαίου. Ο δικαιολογητικός λόγος του ως άνω περιορισμού είναι η διασφάλιση της ανεξαρτησίας της λειτουργίας του συστήματος μεταφοράς, αλλά και του δικτύου διανομής, από την παραγωγή και την προμήθεια, με

σκοπό την αποφυγή λήψης κάθε φύσης αποφάσεων προς όφελος της κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης και σε βάρος των ανταγωνιστών της, αν το ίδιο πρόσωπο είναι μέλος διοικητικών οργάνων ταυτόχρονα, τόσο του διαχειριστή, όσο και της κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης που δραστηριοποιείται στην παραγωγή και την προμήθεια και αντίστροφα, αλλά και της πρόληψης ανταλλαγής εμπιστευτικών πληροφοριών. Η αποδοχή αντίθετης άποψης θα συνιστούσε μη επιτρεπτή κατάσταση για την επιδίωξη του λειτουργικού διαχωρισμού.

16. Ο, κατά τα ανωτέρω, εκτεθείς δικαιολογητικός λόγος της εισαγωγής των παραπάνω ρυθμίσεων, συνιστά, ταυτόχρονα, και το περιεχόμενο της έννοιας του γενικού συμφέροντος, το οποίο εξυπηρετείται από τις εν λόγω ρυθμίσεις. Συγκεκριμένα, στην προκειμένη περίπτωση, το γενικό συμφέρον συνίσταται στην επίτευξη της ολοκλήρωσης μιας εσωτερικής αγοράς ενέργειας, κατά τρόπο που να διασφαλίζεται στους εμπλεκόμενους σε αυτήν, η δίκαιη και αμερόληπτη πρόσβαση στο σύστημα και το δίκτυο, με αποτέλεσμα τη λειτουργία ενός υγιούς ανταγωνισμού, επ' ωφελεία του καταναλωτή και του κοινωνικού συνόλου γενικότερα. Επί πλέον, όπως προαναφέρθηκε, η ως άνω πρόσβαση στο δίκτυο, πρέπει να παρέχεται χωρίς διακρίσεις, με διαφάνεια και σε λογικές τιμές, πράγμα το οποίο δεν διασφαλίζεται, αν δεν επιτευχθεί μεταξύ άλλων, ορθά, και ο λειτουργικός διαχωρισμός.

17. Για να επιτευχθεί ο ανωτέρω στόχος, τα κράτη μέλη πρέπει, με τη νομοθεσία μεταφοράς στο εσωτερικό τους δίκαιο, να διασφαλίσουν ότι, το ίδιο πρόσωπο ή πρόσωπα δεν δικαιούνται να ασκούν έλεγχο, και μέσω μειοψηφιών, να προκαλούν τεχνητή εμπλοκή των αποφάσεων στρατηγικής σημασίας, όπως π.χ. επενδύσεις στους κλάδους παραγωγής και εμπορίας και την ίδια στιγμή να κατέχουν δικαιώματα ή να ελέγχουν τους διαχειριστές του συστήματος και αντιστρόφως.

18. Στις διατάξεις του ισχύοντος εσωτερικού νομοθετικού πλαισίου, περίπτωση ορισμού, εκ μέρους της μειοψηφίας, μελών στο διοικητικό συμβούλιο του διαχειριστή του συστήματος μεταφοράς, απαντάται στην κείμενη νομοθεσία για την αγορά του ηλεκτρισμού²⁰. Ειδικότερα, σύμφωνα

19. Βλ. ειδικότερα, Κ. Χρυσόγονου, Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα, 3η έκδ., 2006, σ. 189 επ. και Ε. Βενιζέλου, Το γενικό συμφέρον και περιορισμοί συνταγματικών δικαιωμάτων, 1990, σ. 67 επ.

20. § 1 του άρθρου 16 του ν. 2773/1999.

με τις εν λόγω προβλέψεις σε συνδυασμό και με τις αντίστοιχες διατάξεις του κανονιστικού πλαισίου που συνιστά το καταστατικό του Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε. (Δ.Ε.Σ.Μ.Η.Ε.)²¹, ένα μέλος στο διοικητικό συμβούλιο του διαχειριστή ορίζει η ΔΕΗ Α.Ε. και ένα άλλο μέλος η μειοψηφία των μετόχων, λοιπών παραγωγών. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα, προκύπτει ότι οι εν λόγω διατάξεις θα είναι αντίθετες με το νέο γράμμα και το πνεύμα του κοινοτικού νομοθέτη, θα συνιστούν παραβίαση των κανόνων του λειτουργικού διαχωρισμού, όπως αυτοί θα τεθούν με την κοινοτική νομοθεσία «τρίτης γενιάς» και θα πρέπει, με την έναρξη ισχύος της τροποποίησης της οδηγίας 2003/54/ΕΚ, να τροποποιηθούν δεόντως. Συγκεκριμένα, αυτό που απαιτείται είναι ότι κανένα μέλος του διοικητικού συμβουλίου του διαχειριστή του συστήματος, δεν πρέπει να ορίζεται από μειοψηφίες μετόχων που δραστηριοποιούνται στις ανταγωνιστικές δραστηριότητες του τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας και ασκούν έλεγχο επί της επιχείρησης, αλλά πρέπει να είναι πρόσωπα ανεξάρτητα από τέτοια συμφέροντα, ώστε να ασκούν τις αρμοδιότητές τους ανεπηρέαστα. Αντίθετα, η περίπτωση του Διαχειριστή Εθνικού Συστήματος Φυσικού Αερίου Α.Ε. (Δ.Ε.Σ.Φ.Α), κατά το μέρος που αναφέρεται στο λειτουργικό διαχωρισμό, είναι συμβατή με την επερχόμενη τροποποίηση του κοινοτικού δικαίου. Συγκεκριμένα, στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας για την αγορά του φυσικού αερίου²², προβλέπεται ότι όλα τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου του Δ.Ε.Σ.Φ.Α. διορίζονται από τον Υπουργό Ανάπτυξης, ανεξάρτητα από τη μετοχική σύνθεση της Δημόσιας Επιχείρησης Παροχής Αερίου (Δ.Ε.Π.Α.) που είναι και ο μόνος μέτοχος του σχετικού Διαχειριστή²³.

21. Άρθρο 13 του π.δ. 328/2000.

22. § 5 του άρθρου 7 του ν. 3428/2005 «Αγορά Φυσικού Αερίου».

23. Σήμερα η μετοχική σύνθεση της Δ.Ε.Π.Α. είναι 65% το Ελληνικό Δημόσιο και 35% τα Ελληνικά Πετρέλαια Α.Ε.

(6) Τελικά συμπεράσματα

19. Η ύπαρξη ρητρών ή προβλέψεων στα καταστατικά των ανωνύμων εταιρειών που ασκούν δραστηριότητα διαχειριστή συστήματος μεταφοράς ή δικτύου διανομής στον τομέα της ενέργειας, σύμφωνα με τις οποίες είναι δυνατός ο ορισμός μελών του διοικητικού συμβουλίου από μετόχους μειοψηφίας, κατά τα προβλεπόμενα στις διατάξεις του άρθρου 18 του κ.ν. 2190/1920, συνιστά περίπτωση ελέγχου και, συνεπώς, επίδρασης στη λήψη αποφάσεων των εταιρικών οργάνων των παραπάνω διαχειριστών, κατά τα ανωτέρω εκτεθέντα.

20. Υπό την έννοια αυτή, οι σχετικές ρήτρες ή οι προβλέψεις, ευθύς με την έναρξη ισχύος των τροποποιήσεων των οδηγιών 2003/54/ΕΚ και 2003/55/ΕΚ, θα είναι αντίθετες προς το γράμμα και το πνεύμα του κοινοτικού και, κατ' επέκταση και του εθνικού νομοθέτη που θέσπισε το ειδικό πλαίσιο που διέπει την απελευθερωμένη αγορά ενέργειας και, συνεπώς, οι σχετικές ρήτρες ή προβλέψεις δεν θα είναι συμβατές με το πλαίσιο αυτό.

21. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι, ο περιορισμός του σχετικού δικαιώματος της μειοψηφίας των μετόχων των ανωνύμων εταιρειών που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά, κατά παρέκκλιση των σχετικών προβλέψεων του δικαίου των ανωνύμων εταιρειών, είναι νόμιμος, επειδή αφενός εξυπηρετεί το γενικό συμφέρον και αφετέρου διότι θα ερείδεται σε συγκεκριμένη διάταξη της κείμενης κοινοτικής νομοθεσίας, αλλά και της εσωτερικής έννομης τάξης και μάλιστα σε διάταξη ειδικότερη, σε σχέση με το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει τη λειτουργία των ανωνύμων εταιρειών.

22. Συνεπώς, τα καταστατικά των ανωνύμων εταιρειών που δραστηριοποιούνται ως διαχειριστές του συστήματος μεταφοράς ή του δικτύου διανομής ενέργειας, δεν πρέπει να περιέχουν αντίστοιχες προβλέψεις και, σε αντίθετη περίπτωση, οι εν λόγω προβλέψεις θα είναι άκυρες, ως αντίθετες στο πνεύμα και το γράμμα του ειδικότερου θεσμικού πλαισίου που διέπει την απελευθερωμένη αγορά ενέργειας.