

ΟΙ ΙΔΙΩΤΙΚΟΠΟΙΗΣΕΙΣ ΚΑΙ ΤΑ ΟΡΙΑ ΤΟΥΣ

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ Σ. ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗΣ

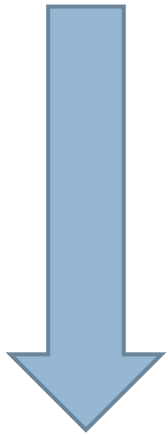
ΔΝ – ΕΝΤΕΤΑΛΜΕΝΟΣ ΔΙΔΑΣΚΑΛΙΑΣ (ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ)

ΑΝΩΤΕΡΟΣ ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ (KLC LAW FIRM)

24ο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου – 17-19
Οκτωβρίου 2014 – Ιωάννινα

Εισαγωγή – κοινωνικοοικονομική θεώρηση

Αγορά



Κράτος



...και πάλι Αγορά

Οι ιδιωτικοποιήσεις από τη σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού

Από τη σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού το κρίσιμο είναι η δημόσια μονοπώληση της δραστηριότητας.

- Contracting out (outsourcing) της αγγλοσαξωνικής πρακτικής
- Παραχώρηση δημόσιας υπηρεσίας

→ Μέχρι το 2001 το Σ προέβλεπε «ενοικιάσεις» δημοσίων ή κοινοτικών φόρων

→ Ειδική περίπτωση παραχώρησης δημόσιας υπηρεσίας μπορεί να συνιστά η προβλεπόμενη «σύμβαση σύμπραξης» που προβλέπει ο Ν. 3389/2005 περί ΣΔΙΤ.

Πάντως, το κοινό χαρακτηριστικό αυτών των περιπτώσεων συνίσταται στο γεγονός ότι δεν προκύπτει μόνιμο «άνοιγμα» της δραστηριότητας στον ανταγωνισμό.

Τι μπορεί να ιδιωτικοποιηθεί ; – Συνταγματικές οριοθετήσεις [1]

Αδυναμία ιδιωτικοποίησης των δραστηριοτήτων που άπτονται του σκληρού πυρήνα του Κράτους (*imperium*).

- Θεωρία των *services publics constitutionnels* (stricto sensu).
- Αποδοχή στην ελληνική πρακτική – α. 26 του Σ (βλ. θέσεις που καταγράφονται στην ΣτΕ (Ολ) **1434/1998**).
- «Περιμετρικές» δραστηριότητες. Π.χ.
 - υπηρεσίες ιδιωτικής αστυνόμευσης
 - Περιβαλλοντική αστυνόμευση ακτών
 - Διαιτησία [;]

«Πυρήνας» του σκληρού πυρήνα ;

Τι μπορεί να ιδιωτικοποιηθεί ; – Συνταγματικές οριοθετήσεις [2]

Δημόσια υπηρεσία (*public service*) / Δραστηριότητες κοινής ωφέλειας (*public utilities*)

- Απόφαση ΕΡΤ (ΣτΕ Ολομ **1901/2014**). Βέβαια δεν επρόκειτο για ιδιωτικοποίηση του δημόσιου φορέα ραδιοτηλεόρασης, αλλά για ανδιοργάνωσή του. Ωστόσο, παρέχεται από την άποψη που επικράτησε στο Δικαστήριο ένδειξη και για τη δυνατότητα ιδιωτικοποίησης : σκ. 16: « Το κράτος (η νομοθετική και η εκτελεστική εξουσία, καθώς και το Εθνικό Συμβούλιο Ραδιοτηλεόρασης, ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή) υποχρεούται, [...] να λαμβάνει όλα τα αναγκαία θετικά μέτρα [...] ώστε να διασφαλίζεται η καθολική παροχή της ραδιοτηλεοπτικής υπηρεσίας στην εθνική επικράτεια [...] Από τις ως άνω όμως συνταγματικές διατάξεις δεν προκύπτει ότι επιβάλλεται η λειτουργία δημόσιου φορέα ραδιοτηλεόρασης». Αντίθετες μειοψηφίες.
- Απόφαση ΕΥΔΑΠ (ΣτΕ Ολομ. **1906/2014**) Προστασία της υγείας 5 παρ. 5 και 21 παρ. 3 του Σ. σκ. 21: «Με τη μεταβίβαση και αυτών των μετοχών στο ΤΑΙΠΕΔ, δια της προσβαλλομένης αποφάσεως, το Ελληνικό Δημόσιο αποξενώνεται πλήρως από το μετοχικό κεφάλαιο της ΕΥΔΑΠ Α.Ε. *Εξ άλλου, οι ως άνω μεταβιβάσεις έγιναν χωρίς να έχει παραλλήλως ιδρυθεί «ρυθμιστική αρχή υδάτων» και διαχωρισθεί το δίκτυο «από την υπηρεσία που θα μεταβιθασθεί», σύμφωνα με το «Πρόγραμμα Αποκρατικοποιήσεων 2011 - 2015» και την παρουσίασή του στην αιτιολογική έκθεση του ν. 3985/2011 / σκ. 22: «Η δε κατ' ουσίαν μετατροπή της δημοσίας επιχειρήσεως σε ιδιωτική, που λειτουργεί με γνώμονα το κέρδος, καθιστά αβέβαιη τη συνέχεια της εκ μέρους της παροχής προσιτών υπηρεσιών κοινής ωφελείας, και δη υψηλής ποιότητας, η οποία δεν εξασφαλίζεται πλήρως με την κρατική εποπτεία».*
- Σειρά λοιπών αποφάσεων της Ολομέλειας του ΣτΕ επί αιτήσεων ακύρωσης αποφάσεων ΔΕΑΑ που μεταφέρουν μετοχές δημοσίων επιχειρήσεων στο ΤΑΙΠΕΔ. Έλλειψη εννόμου συμφέροντος εργαζομένων (η θέση με αντίθετη μειοψηφία) ή /και γενικά των ελλήνων πολιτών (ομόφωνη θέση)

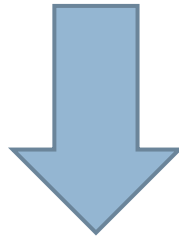
2179/2014 (ΟΛΠ ΑΕ), **2180/2014** (ΟΛΘ), **2181/2014** (ΟΔΙΕ), **2182/2014**, ΟΠΑΠ, **2183/2014** Εγνατία Οδός ΑΕ, **2184/2014** ΕΛΠΕ ΑΕ, **2185/2014**, **2186/2014**, «ΕΛΛΗΝΙΚΟ – ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΑΞΙΟΠΟΙΗΣΗΣ ΑΚΙΝΗΤΩΝ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΑΕΡΟΔΡΟΜΙΟΥ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», **2187/2014**, **2188/2014**, **2189/2014** ΔΕΠΑ.

Τι μπορεί να ιδιωτικοποιηθεί ; – Ενωσιακές οριοθετήσεις

- Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) – άρθρο 345 : «Οι Συνθήκες δεν προδικάζουν με κανένα τρόπο το καθεστώς ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη» (αρχή της ιδιοκτησιακής ουδετερότητας)
- Άρθρο 120 εδ β' ΣΛΕΕ → αρχή της οικονομίας της αγοράς
- Επομένως, το ενωσιακό δίκαιο καταρχάς λειτουργεί όχι υποδεικνύοντας τι μπορεί να ιδιωτικοποιηθεί αλλά παρέχοντας επιτρεπτικές διατάξεις (κυρίως 106 παρ. 2 ΣΛΕΕ) κατά παρέκκλιση δυνατότητας δημόσιας μονοπώλησης

Τι πρέπει να ιδιωτικοποιηθεί (ή καλύτερα τι δεν μπορεί να τίθεται υπό δημόσια μονοπώληση) ; - Συνταγματικές οριοθετήσεις

Οριοθετημένη αρχή της οικονομικής ουδετερότητας του Συντάγματος, επομένως τόσο η *άκρατα ατομοκεντρική*, όσο και η *πλήρως διευθυνόμενη* οικονομία βρίσκονται εκτός των ορίων του συντάγματος (θέσεις της νομολογίας του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου της Γερμανίας)



Θα συνιστούσε παραβίαση της αρχής της οικονομικής ελευθερίας (5.1 του Σ) η δημόσια μονοπώληση χωρίς αποχρώντα λόγο υπέρτερου (γενικού) συμφέροντος (πρβλ. 106 παρ. 1-3 του Σ)

Προβληματική η αναφορά του άρθρου 106 παρ. 3 του Σ σε «μονοπώλιο». Πάντως ο κίνδυνος μιας αποκτώμενης θέσης ιδιωτικού μονοπωλίου θα πρέπει να θεωρηθεί απίθανος ενόψει ιδιαίτερα των ενωσιακών και εθνικών διατάξεων περί ελέγχου των συγκεντρώσεων.

Τι πρέπει να ιδιωτικοποιηθεί (ή καλύτερα τι δεν μπορεί να τίθεται υπό δημόσια μονοπώληση) ; – Ενωσιακές οριοθετήσεις [1]

Αρχή της ιδιοκτησιακής ουδετερότητας (ανωτέρω)

Όμως

Συσταλτική ερμηνεία : δεν περιορίζει την εφαρμογή των οικονομικών ελευθεριών (ελευθεριών διακίνησης) και την πρακτική αποτελεσματικότητα των περί ανταγωνισμού διατάξεων. Π.χ.

- Σώρευση (αποκλειστικών) δικαιωμάτων / κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων - απόφαση π.χ. ΔΕΕ, ΕΡΤ **C-260/89**
- Θεωρία του «αποτυχημένου» μονοπωλίου (*théorie du monopole défaillant*) - **C-41/90**, Höfner Macroton.

Τι πρέπει να ιδιωτικοποιηθεί (ή καλύτερα τι δεν μπορεί να τίθεται υπό δημόσια μονοπώληση) ; – Ενωσιακές οριοθετήσεις [2]

Ενωσιακές τομεακές απελευθερώσεις : Ενέργεια (ηλεκτρισμός – φυσικό αέριο), τηλεπικοινωνίες, ταχυδρομικός τομέας, μεταφορές.

- Αδυναμία μονοπώλησης της υποκείμενης δραστηριότητας / αδειοδότηση
- Θέσπιση καθολικής υπηρεσίας

Δημόσια υπηρεσία σε περιβάλλον ανταγωνισμού (υιοθέτηση / επιβίωση των επονομαζόμενων αρχών Rolland)

- Αρχή της αδιάλειπτης παροχής
- Αρχή της καθολικότητας
- Αρχή της ισότητας (συμπεριλαμβανομένης της προσιτότητας).
- Αρχή της διαφάνειας
- Αρχή της ποιοτικής παροχής – αρχή της προσαρμογής

Πάντως, το ενωσιακό δίκαιο *stricto sensu* δεν επιβάλλει την ιδιωτικοποίηση των επονομαζόμενων ιστορικών μονοπωλίων (*incumbent operators*)

Τι πρέπει να ιδιωτικοποιηθεί (ή καλύτερα τι δεν μπορεί να τίθεται υπό δημόσια μονοπώληση) ; – Ενωσιακές οριοθετήσεις [3]

Ενωσιακές τομεακές απελευθερώσεις : Το ειδικότερο ζήτημα του ελέγχου των υποδομών. Το ενωσιακό δίκαιο **δεν** επιτάσσει την απόσυρση του δημοσίου ελέγχου. Εντούτοις :

Υποχρέωση ανοικτής / ισότιμης πρόσβασης

Λογιστικός / νομικός διαχωρισμός

Συστήματα Ουσιαστικής Ανεξαρτησίας - ΑΔΣ / ΑΔΜ

Πλήρης Ιδιοκτησιακός Διαχωρισμός

Πως πρέπει να γίνει μια ιδιωτικοποίηση ; - Ενωσιακές οριοθετήσεις [1]

Έλεγχος μέσω των διατάξεων περί ελέγχου των κρατικών ενισχύσεων (Market Economy Vendor Principle)

Κριτήρια της 23^{ης} Έκθεσης Πολιτικής Ανταγωνισμού (παρ. 402-403)

Η πώληση δημοσίων επιχειρήσεων σε ιδιώτες τεκμαίρεται ότι δεν ενέχει στοιχείο κρατικής ενίσχυσης προς τον αγοραστή ή την πωλούμενη επιχείρηση (ανάλογα), όταν :

- ✓ Η πώληση γίνεται μέσω οργανωμένης χρηματιστηριακής αγοράς ή
- ✓ Όταν διενεργείται μέσω δημόσιου, ανοικτού και διαφανούς διαγωνισμού και
 - Δεν περιέχει πρόσθετους όρους (όπως είναι απόκτηση άλλων περιουσιακών στοιχείων εκτός από αυτά για τα οποία υποβάλλεται προσφορά ή η συνέχιση της άσκησης ορισμένων επιχειρηματικών δραστηριοτήτων).
 - Επαρκής χρόνος και στοιχεία στους προσφέροντες προκειμένου να διαμορφώσουν την προσφορά τους
 - Κατακύρωση στον πλειοδότη / οικονομικά συμφερότερη προσφορά (au plus offrant / au «mieux offrant»)

Πως πρέπει να γίνει μια ιδιωτικοποίηση ; - Ενωσιακές οριοθετήσεις [2]

Νομολογία «Golden Share» (ελευθερία εγκατάστασης – α. 49 επ. ΣΛΕΕ / ελευθερία κινήσεως κεφαλαίων – α. 63 επ. ΣΛΕΕ) : Το κράτος όταν αποφασίζει να προχωρήσει σε μια ιδιωτικοποίηση δεν μπορεί να επιφυλάσσει στον εαυτό του ως καταμένοντος μετόχου ειδικά προνόμια (αρχή της ισότητας).

Το ΔΕΚ στάθηκε ιδιαίτερα επικριτικό σε κάθε λογής ρυθμίσεις που επεφύλλασσαν ιδιαίτερα προνόμια στις δημόσιες συμμετοχές.

Το ΔΕΚ μόνο σε μια περίπτωση (υπόθ. **C-503/99**, Επιτροπή κατά Βελγίου – απόφαση Distrigaz) δέχθηκε ότι εθνική ρύθμιση που επεφύλλασε συγκεκριμένα προνόμια του Υπουργού Ενέργειας συνδεδεμένα με την ασφάλεια του ενεργειακού εφοδιασμού μπορούσαν να δικαιολογηθούν (δεν υπερέβαιναν τα αναγκαίο μέτρο – αναλογικότητα).

Αγορά – κράτος και πάλι αγορά ; Η προβληματική των ιδιωτικοποιήσεων στο φως της κρίσης

- Οι εκτεταμένες εθνικοποιήσεις (κρατικοποιήσεις) ήταν αποτέλεσμα κρίσεων (Κραχ του 1929 – New Deal)
- Αντιστροφή οικονομικού δόγματος / «απαξίωση» του κράτους
- Σήμερα επιχειρείται το ξεπέραςμα της κρίσης με απόσυρση του κράτους :
- ✓ **Κρισιακό δίκαιο [1]** Εκτεταμένα προγράμματα ιδιωτικοποιήσεων στις χώρες του ευρωπαϊκού νότου (Βλ. για την Ελλάδα την απόφαση του Συμβουλίου **2011/734/ΕΕ** → θέμα σύγκρουσης ενωσιακού δικαίου / συντάγματος ;
- ✓ **Κρισιακό Δίκαιο [2]** Ευρωπαϊκό πλαίσιο διάσωσης των Τραπεζών (αρχή της προσωρινότητας)
- ✓ Ανάγκη δημοσίων επενδύσεων – Ρόλος ενωσιακών χρηματοδοτικών προγραμμάτων

Συμπεράσματα

- Το συνταγματικό και το ενωσιακό πλαίσιο κινούνται στη γραμμή της *οριοθετημένης ουδετερότητας*.
- Ο ρόλος του παράγωγου ενωσιακού δικαίου της κρίσης (προγράμματα ιδιωτικοποιήσεων) – το κρισιακό δίκαιο έχει αλλοιώσει την αρχή της ιδιοκτησιακής ουδετερότητας.
- Εξισορρόπηση ανάμεσα στο δίπολο : απόσυρση του κράτους / προγράμματα δημοσίων επενδύσεων
- Ο ρόλος (ευστοχία) της ρύθμισης

*ΕΥΧΑΡΙΣΤΩ ΓΙΑ ΤΗΝ
ΠΡΟΣΟΧΗ ΣΑΣ !*

24ο Συνέδριο Εμπορικού Δικαίου – 17-19 Οκτωβρίου
2014 – Ιωάννινα