ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

M. POIARES MADURO

της 7ης Σεπτεμβρίου 2006 [1]

1. Στο πλαίσιο δύο δικών κατά του Comune di Milano (Δήμου Μιλάνου), το Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Ιταλία) υπέβαλε ορισμένα ερωτήματα στο Δικαστήριο αφορώντα την ερμηνεία του άρθρου 56 ΕΚ. Τα ερωτήματα, τα οποία είναι πανομοιότυπα στις δύο υποθέσεις, αφορούν την περίπτωση στην οποία ένας δημόσιος οργανισμός, ο οποίος μειοψηφεί στο κεφάλαιο ιδιωτικοποιημένης εταιρίας, διατηρεί, όσον αφορά τον έλεγχο της εταιρίας αυτής, προνομιακή θέση σε σχέση με τους λοιπούς μετόχους. Η εταιρία την οποία αφορά η διαφορά της κύριας δίκης είναι η AEM, στην οποία ο Comune di Milano, αφού πώλησε μέρος των μετοχών του οι οποίες του παρείχαν την πλειοψηφία στο κεφάλαιο, διατήρησε συμμετοχή στο κεφάλαιο ποσοστού 33,4 %. Διατήρησε ωστόσο την εξουσία διορισμού της πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου. Σύμφωνα με τους προσφεύγοντες, αυτό αντιβαίνει στο άρθρο 56 ΕΚ, όπως ερμηνεύθηκε από τη νομολογία του Δικαστηρίου περί «ειδικών μετοχών».

I — Τα πραγματικά περιστατικά, το εθνικό νομικό πλαίσιο και η προδικαστική παραπομπή

2. Η AEM συστάθηκε από τον Comune di Milano το 1996. Λειτουργεί στον τομέα παροχής δημοσίων υπηρεσιών ως διανομέας γκαζιού και ηλεκτρισμού. Το 1998, κατά την εισαγωγή της AEM στο χρηματιστήριο, ο δήμος πώλησε μια πρώτη σειρά μετοχών, διατηρώντας συγχρόνως συμμετοχή ποσοστού 51 % στο κεφάλαιο της εταιρίας.

3. Με την απόφαση 4/04 της 17ης Φεβρουαρίου 2004, ο Comune di Milano αποφάσισε να μειώσει περαιτέρω τη συμμετοχή του στο κεφάλαιο της AEM σε 33,4 %. Ωστόσο, αποφάσισε επίσης ότι η μείωση αυτή θα εξαρτιόταν από προηγούμενη τροποποίηση του καταστατικού της εταιρίας.

4. Με την απόφαση 5/04 της 8ης Μαρτίου 2004, ο Comune di Milano κατέληξε ότι ήταν αναγκαία η τροποποίηση του κατα-

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η πορτογαλική.

στατικού της ΑΕΜ, ιδίως όσον αφορά των διορισμό μελών του διοικητικού συμβουλίου, υπό το πρίσμα του νόμου 474/1994.

5. Το άρθρο 2 του κωδικοποιημένου κειμένου του νομοθετικού διατάγματος 332 της 31ης Μαΐου 1994, το οποίο κατέστη, κατόπιν τροποποιήσεως, ο νόμος 474 της 30ής Ιουλίου 1994 (νόμος 474/1994), ορίζει, καθόσον ασκεί επιρροή εν προκειμένω, τα εξής:

«1. Ο πρόεδρος του Υπουργικού Συμβουλίου καθορίζει με διάταγμα [...] τις εταιρίες που ελέγχονται άμεσα ή έμμεσα από το κράτος και δραστηριοποιούνται στον τομέα της άμυνας, των μεταφορών, των τηλεπικοινωνιών, των ενεργειακών πηγών και σε άλλους τομείς δημοσίων υπηρεσιών, το καταστατικό των οποίων πρέπει να ορίζει ότι, πριν από τη λήψη οποιουδήποτε μέτρου το οποίο καταλήγει σε απώλεια ελέγχου, θα περιλαμβάνεται, με σχετική απόφαση της έκτακτης γενικής συνελεύσεως, ρήτρα αναθέτουσα στον Υπουργό Οικονομίας και Οικονομικών μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες ειδικές εξουσίες, οι οποίες πρέπει να ασκούνται κατόπιν διαβουλεύσεως με τον Υπουργό Παραγωγικών Δραστηριοτήτων:

[...]

(d) τον διορισμό μέλους του διοικητικού συμβουλίου χωρίς δικαίωμα ψήφου

[...]

3. Το παρόν άρθρο έχει επίσης εφαρμογή στις εταιρίες που ελέγχονται, αμέσως ή εμμέσως, από δημόσιους οργανισμούς [...], οι οποίες δραστηριοποιούνται στον τομέα των μεταφορών και σε άλλους τομείς δημοσίων υπηρεσιών και καθορίζονται με απόφαση του δημοσίου οργανισμού ο οποίος είναι μέτοχος στις εταιρίες αυτές και ο οποίος έχει τις εξουσίες της παραγράφου 1.»

6. Το άρθρο 4, παράγραφος 1, ορίζει, καθόσον ασκεί επιρροή εν προκειμένω, τα εξής:

«Εταιρίες [όπως η ΑΕΜ] [...] των οποίων το καταστατικό περιορίζει τα δικαιώματα των μετόχων πρέπει να περιλάβουν στο καταστατικό τους ειδική διάταξη, η οποία δεν μπορεί να τροποποιηθεί για όσο διάστημα ισχύει ο περιορισμός αυτός, προβλέπουσα την εκλογή των μελών του διοικητικού συμβουλίου βάσει καταλόγων [...]· τουλάχιστον το ένα πέμπτο των μελών του διοικητικού συμβουλίου που δεν διορίζονται σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο δ΄, διορίζονται από τους καταλόγους της μειοψηφίας και, σε περίπτωση που ο αριθμός τους περιλαμβάνει κλάσμα, στρογγυλοποιείται προς την πλησιέστερη μεγαλύτερη μονάδα.»

7. Σε έκτακτη γενική συνέλευση της 29ης Απριλίου 2004, οι μέτοχοι της ΑΕΜ υιοθέτησαν τις αναγκαίες αποφάσεις για την τροποποίηση του καταστατικού. Κατά το άρθρο 4 του νόμου 474/1994, το νέο καταστατικό περιελάμβανε διάταξη αφορώσα την εκλογή των μελών του διοικητικού συμβουλίου με ψηφοφορία βάσει καταλόγων. Κατ' ουσίαν, ορισμένοι μέτοχοι, μεταξύ

των οποίων ο Comune di Milano, μπορούν να προτείνουν καταλόγους υποψηφίων. Ακολούθως, σε μεταγενέστερη γενική συνέλευση, όλοι οι μέτοχοι μπορούν να ψηφίσουν υπέρ ενός καταλόγου. Από τον κατάλογο που συγκεντρώνει τις περισσότερες ψήφους θα προέλθουν τα έξι δέκατα των μελών του διοικητικού συμβουλίου, ενώ από τον κατάλογο που συγκεντρώνει τον αμέσως χαμηλότερο αριθμό ψήφων θα προέλθουν τα τέσσερα δέκατα των μελών. Έτσι, με το 33,4 % των μετοχών, ο Comune di Milano, ο οποίος είναι ο μειοψηφών μέτοχος με τις περισσότερες μετοχές, μπορεί πάντοτε να είναι βέβαιος ότι ο κατάλογος υποψηφίων τον οποίο πρότεινε θα συγκεντρώσει τουλάχιστον αρκετές ψήφους ώστε να προέλθουν από αυτόν τα τέσσερα δέκατα των μελών του διοικητικού συμβουλίου.

8. Επιπλέον, το νέο καταστατικό παρέσχε στον Comune di Milano το δικαίωμα να διορίζει μέχρι το ένα τέταρτο των μελών του διοικητικού συμβουλίου απευθείας, σύμφωνα με το άρθρο 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα.

9. Κατά την επικεφαλίδα του άρθρου 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα, το άρθρο αυτό αφορά «Εταιρίες με συμμετοχή του κράτους ή δημοσίων οργανισμών». Προβλέπει τα εξής:

«Αν το κράτος ή δημόσιοι οργανισμοί κατέχουν μετοχές σε μετοχική εταιρία, το καταστατικό μπορεί να τους παρέχει την εξουσία να διορίζουν δύο ή περισσότερα μέλη του διοικητικού συμβουλίου ή ελεγκτές ή μέλη του συμβουλίου εποπτείας.

Οι διευθυντές και οι ελεγκτές ή τα μέλη του συμβουλίου εποπτείας που διορίζονται σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο μπορούν να ανακληθούν μόνον από τους οργανισμούς που τους διόρισαν.

Έχουν τα ίδια δικαιώματα και τις ίδιες υποχρεώσεις με τα πρόσωπα που διορίζει η εταιρία σε γενική συνέλευση, υπό την επιφύλαξη των διατάξεων ειδικών νόμων.»

10. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι, λόγω του συνδυασμένου αποτελέσματος του δικαιώματος απευθείας διορισμού μέχρι του ενός τετάρτου των μελών του διοικητικού συμβουλίου και του δικαιώματος συμμετοχής στην εκλογή των μελών του διοικητικού συμβουλίου διά της ψηφοφορίας βάσει καταλόγων, ο Comune di Milano μπορεί να ελέγχει την απόλυτη πλειοψηφία των διορισμών στο διοικητικό συμβούλιο, παρά τη μειοψηφούσα συμμετοχή του στο κεφάλαιο. Το διοικητικό συμβούλιο της AEM απαρτίζεται από 7, 8 ή 9 μέλη και, εφόσον ο Comune di Milano διατηρεί τη συμμετοχή του στο κεφάλαιο κατά 33,4 %, δικαιούται να

διορίζει τέσσερα μέλη σε επταμελές διοικητικό συμβούλιο (ένα με απευθείας διορισμό) πέντε μέλη σε οκταμελές διοικητικό συμβούλιο (δύο με απευθείας διορισμό) ή πέντε μέλη σε εννεαμελές διοικητικό συμβούλιο (δύο με απευθείας διορισμό). Επιπλέον, η επιρροή αυτή στον εν τοις πράγμασι έλεγχο της εταιρίας είναι κατ' ουσίαν μόνιμη. Βάσει της συμμετοχής του στο κεφάλαιο κατά 33,4 %, ο Comune di Milano, μπορεί, στην πράξη, να εμποδίσει τη λήψη αποφάσεως επί οποιασδήποτε προτάσεως περί τροποποιήσεως των άρθρων του καταστατικού που αφορούν τη διαδικασία διορισμού των μελών του διοικητικού συμβουλίου.

11. Οι Federconsumatori κ.λπ. (στο εξής: Federconsumatori, υπόθεση C-463/04) και η Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM (στο εξής: ASAD-AEM, υπόθεση C-464/04) άσκησαν προσφυγή κατά του Comune di Milano με την οποία προσέβαλαν τις αποφάσεις 4/04 και 5/04 του Comune di Milano ενώπιον του Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

12. Στις 10 Ιουνίου 2004, το αιτούν δικαστήριο, δεδομένου ότι έκρινε ότι το σύστημα διορισμού μελών του διοικητικού συμβουλίου αντέβαινε προφανώς στη νομολογία του δικαστηρίου περί ειδικών μετοχών, διέταξε ως ασφαλιστικό μέτρο την αναστολή εκτελέσεως της αποφάσεως 5/04 του Comune di Milano. Στις 10 Αυγούστου 2004, το Consiglio di Stato απέρριψε κατ' έφεση την αίτηση αναστολής εκτελέσεως, με το σκεπτικό ότι η έννοια της μετοχής που χρησιμοποιεί η νομολογία του Δικαστήριο έχει θεμελιώδεις διαφορές από τις επίμαχες ειδικές εξουσίες, οι οποίες έχουν παρασχεθεί δυνάμει του αστικού δικαίου.

13. Το αιτούν δικαστήριο εξακολούθησε να αμφιβάλλει ως προς το αν η συνδυασμένη εφαρμογή του άρθρου 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα και του άρθρου 4 του νόμου 474/1994 συμβιβαζόταν με το άρθρο 56 ΕΚ. Με απόφαση της 29ης Σεπτεμβρίου 2004, υπέβαλε, σε αμφότερες τις υποθέσεις, τα ακόλουθα ερωτήματα στο Δικαστήριο:

«1. Μπορεί να θεωρηθεί ότι το άρθρο 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα, όπως αυτό εφαρμόζεται στην υπό κρίση διαφορά, συνάδει προς το άρθρο 56 ΕΚ, όπως αυτό ερμηνεύτηκε με τις αποφάσεις της 23ης Μαΐου 2000 στην υπόθεση C-58/99, της 4ης Ιουνίου 2002 στις υποθέσεις C-503/99 και C-483/99 και της 13ης Μαΐου 2003 στις υποθέσεις C-98/01 και C-463/00, όταν το επικαλείται δημόσιος οργανισμός ο οποίος, αν και έχει απολέσει τον εκ του νόμου έλεγχο της μετοχικής εταιρίας στην οποία συμμετέχει, εντούτοις διατηρεί σημαντική συμμετοχή (εν προκειμένω ποσοστού 33,4 %) ως διαθέτων τη σχετική πλειοψηφία μέτοχος, κτώμενος με τον τρόπο αυτό δυσανάλογη εξουσία ελέγχου;

2. Μπορεί να θεωρηθεί ότι το άρθρο 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα, εφαρμοζόμενο σε συνδυασμό με το άρθρο 4 του νομοθετικού διατάγματος 332 της 31ης Μαΐου 1994, το οποίο κατέστη ο νόμος 474 της 30ής Ιουλίου 1994, συνάδει προς το άρθρο 56 ΕΚ, όπως αυτό ερμηνεύτηκε με τις αποφάσεις της 23ης Μαΐου 2000 στην υπόθεση C-58/99, της 4ης Ιουνίου 2002 στις

υποθέσεις C-503/99 και C-483/99 και της 13ης Μαΐου 2003 στις υποθέσεις C-98/01 και C-463/00, όταν το επικαλείται δημόσιος οργανισμός ο οποίος, αν και έχει απολέσει τον εκ του νόμου έλεγχο της μετοχικής εταιρίας στην οποία συμμετέχει, εντούτοις διατηρεί σημαντική συμμετοχή (εν προκειμένω ποσοστού 33,4 %) ως διαθέτων τη σχετική πλειοψηφία μέτοχος, κτώμενος με τον τρόπο αυτό δυσανάλογη εξουσία ελέγχου;

3. Μπορεί να θεωρηθεί ότι το άρθρο 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα συνάδει προς το άρθρο 56 ΕΚ, όπως αυτό ερμηνεύτηκε με τις αποφάσεις της 23ης Μαΐου 2000 στην υπόθεση C-58/99, της 4ης Ιουνίου 2002 στις υποθέσεις C-503/99 και C-483/99 και της 13ης Μαΐου 2003 στις υποθέσεις C-98/01 και C-463/00, στον βαθμό που, όπως εφαρμόζεται στην πράξη, επάγεται αποτέλεσμα αντίθετο προς άλλη διάταξη της εθνικής νομοθεσίας (συγκεκριμένα προς το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο d, του νόμου 332 της 31ης Μαΐου 1994, ο οποίος κατέστη ο νόμος 474 της 30ής Ιουλίου 1994), η οποία όντως συνάδει προς το άρθρο 56 ΕΚ και εν πάση περιπτώσει επαναλαμβάνει, όσον αφορά τις προϋποθέσεις ασκήσεως και εφαρμογής, τις αναγνωρισμένες με τις προανα-φερθείσες αποφάσεις του Δικαστηρίου σε θέματα ειδικών εξουσιών αρχές;»

14. Η Federconsumatori, η ASAD-AEM, ο Comune di Milano, η Ιταλική Κυβέρνηση, η Πολωνική Κυβέρνηση και η Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις στο Δικαστήριο. Στις 29 Ιουνίου 2006, η Federconsumatori, η ASAD-AEM, ο Comune di Milano, AEM και η Επιτροπή ανέπτυξαν τους ισχυρισμούς τους ενώπιον του Δικαστηρίου.

II — Εκτίμηση

15. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν από το Δικαστήριο να εξετάσει τις διατάξεις του εθνικού δικαίου προκειμένου να προσδιορίσει αν συμβιβάζονται προς το άρθρο 56 ΕΚ. Ωστόσο, στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 234 ΕΚ, το Δικαστήριο δεν είναι αρμόδιο να αποφανθεί ως προς το αν εθνικές διατάξεις συμβιβάζονται με το κοινοτικό δίκαιο. Η αρμοδιότητα του Δικαστηρίου περιορίζεται στο να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο όλα τα ερμηνευτικά στοιχεία που ανάγονται στο κοινοτικό δίκαιο και τα οποία μπορούν να του δώσουν τη δυνατότητα να προβεί σε μια τέτοια εκτίμηση [2]. Ως εκ τούτου, προτείνω να αναδιατυπωθούν τα ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου. Κατά την άποψή μου, το Δικαστήριο θα μπορούσε να παράσχει χρήσιμη απάντηση στο εθνικό δικαστήριο αν το ερώτημα διατυπωθεί ως εξής:

«Απαγορεύει το άρθρο 56 ΕΚ τους εθνικούς κανόνες που επιτρέπουν σε ένα δημόσιο

2 — Βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις της 30ής Απριλίου 1986, 209/84 έως 213/84, Asjes κ.λπ. (Συλλογή 1986, σ. I-1425, σκέψη 12), και απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2003, C-151/02, Jaeger (Συλλογή 2003, σ. I-8389, σκέψη 43).

οργανισμό ο οποίος διατηρεί μειοψηφική συμμετοχή (33,4 %) στο κεφάλαιο ιδιωτικοποιημένης εταιρίας να διατηρεί την εξουσία διορισμού της απόλυτης πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου;»

16. Ο Comune di Milano φρονεί ότι το άρθρο 56 ΕΚ δεν έχει εφαρμογή, δεδομένου ότι το σύστημα διορισμού μελών του διοικητικού συμβουλίου στην ΑΕΜ απορρέει από διατάξεις του καταστατικού της εταιρίας, θεσπισθείσες σύμφωνα με τη συνήθη εφαρμογή του ιδιωτικού εταιρικού δικαίου. Ο Comune di Milano ισχυρίζεται ότι η εξουσία διορισμού δεν απορρέει ούτε από νομοθετικό μέτρο ούτε από άλλη άσκηση κρατικής εξουσίας. Συναφώς, ο Comune di Milano τονίζει ότι η εφαρμογή του άρθρου 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα δεν είναι αναγκαστική, αλλά αντιθέτως αποτελεί συνέπεια αυτόβουλης αποφάσεως των μετόχων σε γενική συνέλευση, στην οποία ο εν λόγω δημόσιος οργανισμός ενεργεί ως κανονικός μέτοχος. Επομένως, η καθιέρωση ειδικών εξουσιών στο καταστατικό δεν συνιστά άσκηση δημόσιας εξουσίας.

17. Ομοίως, η Ιταλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η έννοια των «ειδικών μετοχών» αφορά καταστάσεις στις οποίες, στο πλαίσιο της ιδιωτικοποιήσεως μιας πρώην κρατικής εταιρίας, το κράτος ή ο δημόσιος οργανισμός, με νομοθετικό μέσο ή ισοδύναμη διοικητική πράξη, αποκτά ειδικά δικαιώματα που είναι ισχυρότερα αυτών τα οποία ο νόμος απονέμει γενικώς στους μετόχους. Κατά την Ιταλική Κυβέρνηση, το άρθρο 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα συνάδει προς τους γενικούς κανόνες του ιταλικού εταιρικού δικαίου. Σύμφωνα με τους κανόνες αυτούς, ο διορισμός της πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου από μειοψηφούντα μέτοχο ουδόλως απαγορεύεται. Το ιταλικό εταιρικό δίκαιο δεν επιβάλλει, κατ' αρχήν, να είναι το δικαίωμα ενός μετόχου να διορίζει μέλη του διοικητικού συμβουλίου ανάλογο προς το σχετικό μέγεθος της συμμετοχής του.

18. Με τα επιχειρήματα αυτά επισημαίνονται τρία βασικά ζητήματα. Το πρώτο έγκειται στο αν είναι σημαντικό ότι οι επίμαχες εν προκειμένω εξουσίες διορισμού στηρίζονται, τουλάχιστον εν μέρει, σε διάταξη του ιδιωτικού δικαίου. Το δεύτερο στο αν το άρθρο 56 ΕΚ έχει ratione personae εφαρμογή στους δημόσιους οργανισμούς όταν δεν ασκούν τη δημόσια εξουσία τους. Το τρίτο ζήτημα αφορά το ποια δικαιώματα, όταν φορέας τους είναι δημόσιος οργανισμός ως μέτοχος εταιρίας, «δύνανται να αποτρέψουν τους επενδυτές άλλων κρατών μελών να πραγματοποιήσουν τις επενδύσεις [στο κεφάλαιο της εταιρίας αυτής]» [3]. Θα εξετάσω με τη σειρά καθένα από τα ζητήματα αυτά.

19. Κατά τη γνώμη μου, το γεγονός ότι οι εξουσίες διορισμού του Comune di Milano βασίζονται σε διάταξη του ιδιωτικού δικαίου δεν αποκλείει την εφαρμογή του άρθρου 56 ΕΚ. Συναφώς, σημειωτέον ότι, προκειμένου να κριθεί αν η ελεύθερη κυκλοφορία των

3 — Αποφάσεις της 13ης Μαΐου 2003, C-463/00, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 2003, σ. I-4581, σκέψη 61), και C-98/01, Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου (Συλλογή 2003, σ. I-4641, σκέψη 47).

κεφαλαίων περιορίζεται οσάκις το κράτος έχει ειδικές εξουσίες σε μια επιχείρηση, δεν έχει σημασία πώς παρέχονται οι εξουσίες αυτές ή ποια νομική μορφή λαμβάνουν. Το γεγονός ότι ένα κράτος μέλος ενεργεί εντός του πλαισίου του εθνικού του εταιρικού δικαίου δεν σημαίνει ότι οι ειδικές εξουσίες του δεν μπορούν να συνιστούν περιορισμό υπό την έννοια του άρθρου 56 ΕΚ[4]. Διαφορετικά, τα κράτη μέλη θα μπορούσαν να αποφύγουν ευχερώς την εφαρμογή του άρθρου 56 ΕΚ, χρησιμοποιώντας τη θέση τους ως μετόχων προκειμένου να επιτύχουν εντός του πλαισίου του αστικού δικαίου τους ό,τι θα επιτύγχαναν άλλως χρησιμοποιώντας τις κανονιστικές τους εξουσίες.

20. Η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί παράδειγμα τέτοιας περιπτώσεως. Από τη δικογραφία προκύπτει ότι ο Comune di Milano αρχικώς πρότεινε να του παρασχεθεί με το καταστατικό η ειδική εξουσία απευθείας διορισμού του ενός τετάρτου των μελών του διοικητικού συμβουλίου, σύμφωνα με το άρθρο 2, στοιχείο d, του νόμου 474/1994. Αρχικώς, η διάταξη αυτή παρείχε τη νομική βάση για την απονομή στους δημόσιους οργανισμούς της ειδικής εξουσίας διορισμού τουλάχιστον ενός ή περισσοτέρων διευθυντών. Το άρθρο 2 του νόμου 474/1994, ως είχε αρχικώς, εξετάσθηκε με την απόφαση C-58/99, Επιτροπή κατά Ιταλίας[5]. Το Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι η Ιταλία, θεσπίζοντας τη διάταξη εκείνη, παρέβη το άρθρο 56 ΕΚ. Ακολούθως, ο νόμος τροποποιήθηκε, ιδίως όσον αφορά τις ειδικές εξουσίες που προέβλεπε το άρθρο 2. Παρά ταύτα, με την απόφαση 5/04, της 8ης Μαρτίου 2004, ο Comune di Milano θέσπισε την ίδια κατ' ουσίαν εξουσία διορισμού, βάσει όμως του άρθρου 2449 του ιταλικού αστικού κώδικα. Ανεξαρτήτως των κινήτρων του Comune di Milano για την τροποποίηση της εκ μέρους του επιλογής της νομικής βάσεως, είναι σαφές ότι δεν θα ήταν δυσχερές για τα κράτη μέλη να αποφύγουν τους περιορισμούς που επιβάλλει το άρθρο 56 ΕΚ αν εθεωρείτο ότι η διάταξη αυτή δεν έχει εφαρμογή σε καταστάσεις διεπόμενες από το ιδιωτικό δίκαιο.

21. Το δεύτερο ζήτημα έγκειται στο αν το άρθρο 56 ΕΚ έχει ratione personae εφαρμογή σε δημόσιο οργανισμό, εφόσον οι πράξεις του, ανεξαρτήτως της νομικής μορφής τους, είναι ιδιωτικής φύσεως και, επομένως, δεν διενεργούνται στο πλαίσιο της ασκήσεως της δημόσιας εξουσίας του κράτους. Γενικότερα: έχουν τα κράτη μέλη καθήκον να τηρούν της διατάξεις της Συνθήκης περί της ελεύθερης κυκλοφορίας των αγαθών, προσώπων, υπηρεσιών και κεφαλαίων οσάκις δεν ασκούν δημόσια εξουσία;

22. Κατά τη γνώμη μου έχουν. Τα κράτη μέλη υπόκεινται στους κανόνες περί ελεύθερης κυκλοφορίας, οι οποίοι έχουν σαφώς εφαρμογή ως προς αυτά, όχι υπό την ιδιότητά τους ως δημόσιας αρχής, αλλά υπό την ιδιότητά τους ως υπογραφόντων τη Συνθήκη[6]. Ως εκ τούτου, οι διατάξεις

4 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, προτάσεις του γενικού εισαγγελέα D. Ruiz-Jarabo Colomer στις προπαρατεθείσες υποθέσεις Επιτροπή κατά Ισπανίας και Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου, σημείο 48. Βλ. επίσης τις προτάσεις μου επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων στις οποίες εκδόθηκε η απόφαση της 28ης Σεπτεμβρίου 2006, C-282/04 και C-283/04, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 2006, σ. I-9141, σημείο 23).

5 — Απόφαση της 23ης Μαΐου 2000 (Συλλογή 2000, σ. I-3811).

6 — Βλ., κατ' αναλογία, αποφάσεις της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 152/84, Marshall (Συλλογή 1986, σ. 723, σκέψη 49), και της 12ης Ιουλίου 1990, C-188/89, Foster κ.λπ. (Συλλογή 1990, σ. I-3313, σκέψη 17).

περί ελεύθερης κυκλοφορίας επιβάλλουν υποχρεώσεις στις εθνικές αρχές των κρατών μελών, ανεξαρτήτως του αν οι αρχές αυτές ενεργούν υπό την ιδιότητα της δημόσιας αρχής ή του οργανισμού ιδιωτικού δικαίου. Πράγματι, κάθε οργανισμός μέσω του οποίου ενεργεί το κράτος εμπίπτει στο ratione personae πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί ελεύθερης κυκλοφορίας [7]. Επομένως, κατ' αρχήν, δημόσιος οργανισμός όπως ο Comune di Milano δεν μπορεί να στηριχτεί στο επιχείρημα ότι οι πράξεις του είναι κατ' ουσίαν ιδιωτικής φύσεως, προκειμένου να αποφύγει την εφαρμογή των διατάξεων της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας.

23. Ωστόσο, το ζήτημα αν ο δημόσιος οργανισμός βρίσκεται στην ίδια θέση και ενεργεί κατά τον ίδιο τρόπο με τον ιδιώτη μέτοχο ασκεί επιρροή για τον καθορισμό του καθ' ύλην πεδίου εφαρμογής του άρθρου 56 ΕΚ. Αποτελεί παράγοντα για τον καθορισμό του ποια δικαιώματα, των οποίων φορέας είναι ένας δημόσιος οργανισμός, υπό την ιδιότητα του μετόχου σε μια εταιρία, μπορούν να αποτρέψουν τις επενδύσεις από άλλα κράτη μέλη.

24. Όπως οι λοιπές ελευθερίες, η αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων έχει ως σκοπό να προωθήσει την ελευθέρωση των εθνικών αγορών, μέσω της ευκαιρίας που παρέχεται στους επενδυτές και στις επιχειρήσεις που αναζητούν κεφάλαιο να επωφεληθούν πλήρως από την εσωτερική αγορά της Κοινότητας. Προς επίτευξη του σκοπού αυτού, από τα κράτη μέλη ζητείται να λάβουν υπόψη τους τα αποτελέσματα των πράξεών τους όσον αφορά τους εγκατεστημένους σε άλλα κράτη μέλη επενδυτές που επιθυμούν να ασκήσουν το δικαίωμά τους ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 56 ΕΚ απαγορεύει όχι μόνον τις δυσμενείς διακρίσεις λόγω ιθαγενείας, αλλά και τις διακρίσεις οι οποίες, προκειμένου περί της ασκήσεως διεθνικής δραστηριότητας, συνεπάγονται πρόσθετες δαπάνες ή εμποδίζουν την πρόσβαση στην εσωτερική αγορά των επενδυτών που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη, είτε διότι έχει ως αποτέλεσμα την προστασία της θέσεως ορισμένων επιχειρηματιών ήδη εγκατεστημένων στην αγορά είτε διότι καθιστά το ενδοκοινοτικό εμπόριο δυσχερέστερο από το εσωτερικό εμπόριο [8]. Κάθε εθνικό μέτρο το οποίο καταλήγει στη λιγότερο ευμενή μεταχείριση διεθνικών καταστάσεων σε σχέση με τις αμιγώς εθνικές καταστάσεις συνιστά περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας. Υπό την επιφύλαξη αυτή, τα κράτη μέλη παραμένουν ελεύθερα να ρυθμίζουν την οικονομική

7 — Βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1983, 222/82 Apple & Pear Development Council (Συλλογή 1983, σ. 4083, σκέψη 17). Οσάκις οργανισμός ιδιωτικού δικαίου έχει επιφορτισθεί με την εκπλήρωση δημόσιου λειτουργήματος, μπορεί να συναχθεί ότι το κράτος ενεργεί μέσω του οργανισμού αυτού και ότι, κατά συνέπεια, πρέπει να τηρεί τους κανόνες περί ελεύθερης κυκλοφορίας: βλ., επί παραδείγματι, αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1989, συνεκδικασθείσες υποθέσεις 266/87 και 267/87, Association of Pharmaceutical Importers (Συλλογή 1989, σ. 1295, σκέψεις 13 έως 16), της 11ης Αυγούστου 1995, C-16/94, Dubois (Συλλογή 1995, σ. I-2421, σκέψη 20, της 5ης Φεβρουαρίου 2004, C-157/02, Rieser Internationale Transporte (Συλλογή 2004, σ. I-1477, σκέψη 24), και προτάσεις της γενικής εισαγγελέα J. Kokott επί της υποθέσεως στην οποία εκδόθηκε η απόφαση της 17ης Απριλίου 2007, C-470/03, AGM-COS.MET (που δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί στη Συλλογή, σημείο 87).

8 — Βλ. επίσης τις προτάσεις μου επί των προπαρατεθεισών υποθέσεων Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, σημείο 24, και επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων στις οποίες εκδόθηκε η απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2006, C-158/04 και C-159/04, Άλφα Βήτα Βασιλόπουλος και Carrefour Μαρινόπουλος (Συλλογή 2006, I-8935, σημεία 40 και 41).

δραστηριότητα στο έδαφός τους και να μετέχουν στην εθνική αγορά [9].

25. Το γεγονός απλώς και μόνον ότι ένας δημόσιος οργανισμός έχει μετοχές σε εταιρία δεν μειώνει την ελκυστικότητα των διασυνοριακών επενδύσεων στην εταιρία αυτή, εφόσον οι επενδυτές άλλων κρατών μελών μπορούν να είναι βέβαιοι ότι ο οικείος δημόσιος οργανισμός, προκειμένου να μεγιστοποιήσει τα κέρδη από την επένδυσή του, θα τηρεί τους συνήθεις κανόνες λειτουργίας της αγοράς. Ωστόσο, δεδομένου ότι οι δημόσιοι οργανισμοί υπόκεινται στους τοπικούς ή στους εθνικούς κανόνες πολιτικής ευθύνης, φυσικά τείνουν να προσαρμόσουν τη συμπεριφορά τους προς το συμφέρον όσων εκπροσωπούνται στο πλαίσιο των μηχανισμών αυτών. Επομένως, οσάκις ένας δημόσιος οργανισμός έχει μετοχές που του παρέχουν προνομιακή θέση σε σχέση με άλλους μετόχους, όσον αφορά τις εξουσίες του προς έλεγχο εντός της οικείας εταιρίας, υπάρχει πραγματικός κίνδυνος να χρησιμοποιηθούν οι εξουσίες αυτές για να παρασχεθεί επιλεκτική και εν δυνάμει συνιστώσα δυσμενή διάκριση πρόσβαση στην εγχώρια αγορά. Τούτο εξηγεί, κατά τη γνώμη μου, τη νομολογία περί ειδικών μετοχών και τα όρια που επιβάλλονται στο Δημόσιο όταν ενεργεί ως παράγων της αγοράς.

26. Κατά τη γνώμη μου, η νομολογία αυτή επιβάλλει μια επιταγή περί συνεπείας στα κράτη μέλη. Η Συνθήκη παρέχει στα κράτη μέλη το δικαίωμα να διατηρούν τη δημόσια ιδιοκτησία επί ορισμένων εταιριών. Ωστόσο, άπαξ το κράτος μέλος αποφασίσει να ελευθερώσει συγκεκριμένο τομέα της αγοράς, πρέπει να ενεργεί κατά τρόπο συνεπή προς την απόφαση αυτή και να τηρεί πλήρως τις αρχές της ελευθερώσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων που απορρέουν από τους κανόνες οι οποίοι διέπουν την εσωτερική αγορά της Κοινότητας. Με άλλες λέξεις, τα κράτη δεν δικαιούνται να περιορίζουν επιλεκτικά την πρόσβαση των επιχειρηματιών στον τομέα αυτόν της αγοράς. Στην περίπτωση της ιδιωτικοποιήσεως πρώην κρατικών εταιριών, η επιταγή αυτή είναι ιδιαίτερα σημαντική. Αν το κράτος είχε δικαίωμα να διατηρεί ειδικές μορφές επιχειρηματικού ελέγχου της αγοράς όσον αφορά τις ιδιωτικοποιημένες εταιρίες, θα μπορούσε ευχερώς να ματαιώσει την εφαρμογή των κανόνων περί ελεύθερης κυκλοφορίας, παρέχοντας μόνον επιλεκτική και ενέχουσα εν δυνάμει δυσμενή διάκριση πρόσβαση σε σημαντικά τμήματα της εγχώριας αγοράς. Τέτοιες μορφές ελέγχου είναι κατά συνέπεια ικανές να αποτρέψουν τις επενδύσεις που προέρχονται από άλλα κράτη μέλη.

27. Επομένως, όταν το κράτος ιδιωτικοποιεί μια εταιρία, οι κανόνες περί ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων επιβάλλουν να προστατεύεται η οικονομική ανεξαρτησία της εταιρίας, εκτός αν υπάρχει ανάγκη διαφυλάξεως θεμελιωδών δημοσίων συμφερόντων αναγνωριζομένων από το κοινοτικό δίκαιο. Κατά τον τρόπο αυτόν, οποιοσδήποτε κρατικός έλεγχος μιας ιδιωτικοποιημένης εταιρίας, εκτός του φυσιολογικού μηχανισμού της αγοράς, πρέπει να αφορά τη διεξαγωγή των δραστηριοτήτων γενικού οικονομικού συμφέροντος που σχετίζονται με την εταιρία αυτήν.

9 — Βλ. επίσης τις προτάσεις μου επί της υποθέσεως στην οποία εκδόθηκε η απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Δεκεμβρίου 2006, C-94/04 και C-202/04, Cipolla (Συλλογή 2006, σ. I-11421, σημείο 58).

28. Ο Comune di Milano, η AEM και η Ιταλική Κυβέρνηση φρονούν κατ' ουσίαν ότι, βάσει των γενικών κανόνων του ιταλικού εταιρικού δικαίου, οι ιδιώτες μέτοχοι μπορούν, κατ' αρχήν, να αποκτήσουν τα ίδια ειδικά δικαιώματα σε μια εταιρία όπως αυτά που ο Comune di Milano έχει στην AEM. Ωστόσο, προκειμένου να κριθεί αν ο κρατικός έλεγχος μιας εταιρίας παραμένει εντός των συνήθων μηχανισμών της αγοράς, δεν αρκεί απλώς να προσδιορισθεί αν οι ιδιώτες μέτοχοι θα μπορούσαν, θεωρητικά, να αποκτήσουν παρόμοιες μορφές ελέγχου, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η οικονομική πρακτική.

29. Επιπλέον, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως, σημειωτέον ότι, όπως ορθώς τόνισε η Πολωνική Κυβέρνηση, οι ειδικές εξουσίες του Comune di Milano απορρέουν από την εφαρμογή των διατάξεων του εθνικού δικαίου οι οποίες, ειδικά προς όφελος του κράτους ή των δημοσίων οργανισμών, επιτρέπουν τη θέσπιση ειδικών εξουσιών με τα άρθρα του καταστατικού ιδιωτικοποιημένης εταιρίας. Ωστόσο, συντρέχει παραβίαση της επιταγής περί συνεπείας οσάκις ένα κράτος μέλος θεσπίζει νομοθεσία προκειμένου να παράσχει στον εαυτό του ή στα όργανά του τη δυνατότητα να καταλάβουν προνομιακή θέση, όσον αφορά τον έλεγχο ιδιωτικοποιημένης επιχειρήσεως, σε σχέση με τους λοιπούς μετόχους της εταιρίας αυτής

30. Επομένως, οι κανόνες του εθνικού δικαίου από τους οποίους μόνον το κράτος και οι δημόσιοι οργανισμοί μπορούν να αντλούν ειδικές εξουσίες ισοδυναμούν εξ ορισμού με περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, υπό την έννοια του άρθρου 56 ΕΚ. Αυτό ισχύει όχι μόνον για τα νομοθετικά μέτρα που παρέχουν ευθέως ειδικές εξουσίες στο κράτος [10], αλλά και για τους εθνικούς κανόνες οι οποίοι, ειδικώς προς όφελος του κράτους, επιτρέπουν να περιληφθούν οι εξουσίες αυτές στο καταστατικό της εταιρίας [11]. Η εφαρμογή των εθνικών κανόνων του είδους αυτού συνιστά απομάκρυνση από «τη συνήθη λειτουργία του εταιρικού δικαίου» [12], δεδομένου ότι οι κανόνες αυτοί θέτουν το κράτος σε προνομιακή θέση σε σχέση με τους λοιπούς μετόχους. Υπό τις συνθήκες αυτές, το επιχείρημα ότι οι ιδιώτες μέτοχοι θα μπορούσαν, θεωρητικώς, να τύχουν παρεμφερών πλεονεκτημάτων κατά τους γενικούς κανόνες του εταιρικού δικαίου είναι αλυσιτελές [13].

31. Δημόσιος οργανισμός ο οποίος διατηρεί συμμετοχή ποσοστού 33,4 % στο κεφάλαιο ιδιωτικοποιημένης εταιρίας, αλλά διατηρεί την εξουσία διορισμού της απόλυτης πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου, κατέχει σαφώς προνομιακή θέση σε σχέση με τη θέση των λοιπών μετόχων. Συγκεκριμένα, όπως ορθώς παρατηρεί το αιτούν δικαστήριο, οι εξουσίες του είναι ακόμη ευρύτερες από τις παρεχόμενες με το νομοθετικό διάταγμα ως προς το οποίο κρίθηκε ότι αντιβαίνει στο άρθρο 56 ΕΚ με την απόφαση C-58/99, Επιτροπή κατά Ιταλίας [14].

10 — Αποφάσεις της 4ης Ιουνίου 2002, C-367/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (Συλλογή 2002, σ. I-4731), C-483/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2002, σ. I-4781, και C-503/99, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 2002, σ. I-4809), καθώς και απόφαση Επιτροπή κατά Ισπανίας, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 3.

11 — Απόφαση Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 3.

12 — Όπ.π., σκέψη 48.

13 — Όπ.π..

14 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5.

32. Επομένως, εθνικοί κανόνες οι οποίοι επιτρέπουν σε δημόσιο οργανισμό να διατηρεί την εξουσία διορισμού της απόλυτης πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου σε εταιρία στο κεφάλαιο της οποίας αυτός ο δημόσιος οργανισμός συμμετέχει κατά 33,4 % συνιστούν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, υπό την έννοια του άρθρου 56 ΕΚ.

III — Πρόταση

33. Κατόπιν των ανωτέρω παρατηρήσεων, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στα υποβληθέντα από το αιτούν δικαστήριο ερωτήματα την εξής απάντηση:

«Το άρθρο 56 ΕΚ απαγορεύει τους εθνικούς κανόνες που επιτρέπουν σε δημόσιο οργανισμό ο οποίος συμμετέχει κατά 33,4 % στο κεφάλαιο ιδιωτικοποιημένης εταιρίας να διατηρεί την εξουσία διορισμού της απόλυτης πλειοψηφίας των μελών του διοικητικού συμβουλίου.»