

ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΡΙΘ. *729/2021

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

ΣΕ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1ου ορόφου του κτηρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1Α, Αθήνα, την 8η Ιανουαρίου 2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00π.μ., με την εξής σύνθεση:

Πρόεδρος: Ιωάννης Λιανός

Μέλη: Καλλιόπη Μπενετάτου (Αντιπρόεδρος)

Παναγιώτης Φώτης

Ιωάννης Στεφάτος

Σωτήριος Καρκαλάκος και

Ιωάννης Πετρόγλου

Γραμματέας: Ηλιάνα Κούτρα

Τα Μέλη της Επιτροπής Μαρία Ιωαννίδου και Μαρία Ιωάννα Ράντου δεν συμμετείχαν στη συζήτηση της υπόθεσης λόγω δικαιολογημένου κωλύματος

Θέμα της συνεδρίασης: Λήψη απόφασης επί της αυτεπάγγελτης έρευνας για παράλειψη γνωστοποίησης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4β του ν. 703/77, όπως ίσχυε, και πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης που αφορά στη σύσταση κοινής επιχείρησης από τις εταιρείες ΔΕΗ Ανανεώσιμες και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ με την επωνυμία «ΔΕΗ Ανανεώσιμες-ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε.».

Η συνεδρίαση πραγματοποιήθηκε μέσω τηλεδιάσκεψης με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων, σύμφωνα με την παρ. 9, άρθρου 22 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Πριν την έναρξη της συζήτησεως, ο Πρόεδρος της Επιτροπής όρισε Γραμματέα της υπόθεσης την υπάλληλο της Γραμματείας Προέδρου, Αντιπροέδρου και Εισηγητών, Ηλιάνα Κούτρα με αναπληρώτρια την Ευγενία Ντόρντα

*Η παρούσα απόφαση εκδίδεται σε δυο επιπλέον εκδόσεις με τα διακριτικά: 1) Προς Δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και 2) Έκδοση προς τα ενδιαφερόμενα μέρη, «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ Α.Ε.» και «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ ΑΕ». Από τις παραπάνω εκδόσεις έχουν αφαιρεθεί τα απόρρητα επιχειρηματικά στοιχεία (όπου η ένδειξη [...]) τα οποία δεν θα πρέπει να περιέλθουν σε γνώση τρίτων, σύμφωνα με το άρθρο 41 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93 Α'/20.4.2011), όπως ισχύει, και τον Κανονισμό Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 54 Β'/16.1.2013).

Στη συζήτηση της υπόθεσης τα νομίμως κλητευθέντα μέρη παραστάθηκαν (μέσω τηλεδιάσκεψης με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων) ως εξής: α) η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ ΑΕ δια των πληρεξουσίων δικηγόρων Σταμάτη Δρακακάκη και Ασημίνας Μπίστολα και β) η εταιρεία ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ δια των πληρεξουσίων δικηγόρων Σταμάτη Δρακακάκη και Δήμητρας Χατζηαρσενίου. Επίσης με την άδεια του Προέδρου την συνεδρίαση παρακολούθησαν ο [...] και η [...].

Στην αρχή της συζήτησης τον λόγο έλαβε ο Εισηγητής της υπόθεσης, Ιωάννης Στεφάτος, ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά το περιεχόμενο της υπ' αριθ. πρωτ. 8639/6.10.2021 γραπτής Εισήγησης επί της κρινόμενης υπόθεσης και πρότεινε, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην Εισήγηση:

Να μην επιβληθεί στην υπόχρεη εταιρεία ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ, συμμετέχουσα στην δημιουργία κοινής επιχείρησης πρόστιμο, κατά το άρθρο 4β παρ. 4 του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, για την παράβαση της μη γνωστοποίησης, και κατά το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011, ως ισχύει, και το άρθρο 4ε παρ. 1 του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, για την παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης της εν λόγω συγκέντρωσης.

Να μην επιβληθεί στην υπόχρεη εταιρεία ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ, συμμετέχουσα στην δημιουργία κοινής επιχείρησης πρόστιμο, κατά το άρθρο 4β παρ. 4 του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, για την παράβαση της μη γνωστοποίησης, και κατά το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011, ως ισχύει, και το άρθρο 4ε παρ. 1 του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, για την παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης της εν λόγω συγκέντρωσης.

Να ζητηθεί από τις υπόχρεες εταιρείες ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ όπως προβούν σε γνωστοποίηση της εν λόγω συγκέντρωσης που αφορά τη δημιουργία κοινής επιχείρησης σε εύλογο χρόνο εφόσον διαπιστωθεί από την ΕΑ ότι η δημιουργία κοινής επιχείρησης έχει χαρακτήρα συγκέντρωσης σύμφωνα με την έννοια του Κανονισμού 139/2004 και δραστηριοποιείται σήμερα στην σχετική αγορά υπό καθεστώς λειτουργικής αυτονομίας όπως η εν λόγω έννοια εξειδικεύεται στην Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση Δικαιοδοσίας ΕΕ και άρα η υπό κρίση πράξη εμπίπτει πλέον στην δικαιοδοσία του εν λόγω Κανονισμού και των άρθρων 5-10 του ν. 3959/2011 περί διαδικασίας προληπτικού ελέγχου συγκεντρώσεων από την ΕΑ.

Κατά την ως άνω συνεδρίαση οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των εμπλεκομένων μερών, έδωσαν διευκρινίσεις και απάντησαν σε ερωτήσεις, που τους υπέβαλαν ο Πρόεδρος και τα μέλη της Επιτροπής.

Με την ολοκλήρωση της ακροαματικής διαδικασίας, οι πληρεξούσιοι δικηγόροι ζήτησαν και ο Πρόεδρος της Επιτροπής χορήγησε προθεσμία επτά εργάσιμων ημερών μετά την παραλαβή των πρακτικών από τα ενδιαφερόμενα μέρη, προκειμένου να υποβάλουν το συμπληρωματικό υπομνήματά τους.

Η Επιτροπή συνήλθε σε διάσκεψη την 22η Μαρτίου 2021, ημέρα Δευτέρα και ώρα 12:30, η οποία συνεχίστηκε και ολοκληρώθηκε την 26η Μαρτίου 2021, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12:00, με τη συμμετοχή του Εισηγητή της υπόθεσης, Ιωάννη Στεφάτου, ο οποίος δεν έλαβε μέρος στην ψηφοφορία, και αφού έλαβε υπόψη την υπ' αριθ. πρωτ. 8639/6.10.2021 Έκθεση του αρμοδίου Εισηγητή, τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, το ισχύον νομικό πλαίσιο, και τις απόψεις που διατυπώθηκαν εγγράφως με τα υπομνήματα που κατέθεσαν και προφορικώς κατά τη συζήτηση της υπόθεσης τα ενδιαφερόμενα Μέρη,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ

I. ΕΙΣΑΓΩΓΗ – ΣΥΝΤΟΜΟ ΙΣΤΟΡΙΚΟ

1. Την 31.05.2013, στο πλαίσιο της γνωστοποίησης συγκέντρωσης¹ από τις γνωστοποιούσες εταιρείες «Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού Α.Ε.» (εφεξής και «ΔΕΗ») και «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ Α.Ε.» (εφεξής και «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ») σχετικά με τη μεταβολή του κοινού ελέγχου στην εταιρεία «WASTESYCLO ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ ΑΕ»², η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (εφεξής και «ΓΔΑ») έλαβε γνώση από το αρχικό έγγραφο της πλήρους γνωστοποίησης³ ότι οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις λειτουργούν από κοινού ορισμένα Υδροηλεκτρικά έργα που δεν εντάσσονταν στη γνωστοποιηθείσα πράξη.

2. Μετά από σχετικό ερώτημα της υπηρεσίας, οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις απάντησαν⁴ ότι έχουν συστήσει από το έτος 2000 μία κοινή επιχείρηση με την επωνυμία «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ-ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΕ» σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2244/1994 (εφεξής και «ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ» ή «κοινή επιχείρηση» ή «κοινή») που ασκεί δραστηριότητες στην αγορά παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής, η οποία ελέγχεται κατά ποσοστό 51% από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ και κατά ποσοστό 49% από τη ΔΕΗ μέσω της κατά 100% θυγατρικής της «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ ΑΕ» (εφεξής και «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ»). Σύμφωνα με τις γνωστοποιούσες, η κοινή επιχείρηση λειτουργεί αυτοτελώς⁵ με ιδίους πόρους, προσωπικό και μέσα και διοικείται από πενταμελές Διοικητικό Συμβούλιο (εφεξής και «ΔΣ»)⁶. Επιπλέον, οι γνωστοποιούσες ανέφεραν ότι η άσκηση του ελέγχου γίνεται από κοινού από τα μέρη, καθώς και ότι «[η] «ΔΕΗ Ανανεώσιμες – ΤΕΡΝΑ

¹ Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 4467/31.05.2013.

² Επί της οποίας εκδόθηκε η 577/VI/2013 απόφαση με την οποία εγκρίθηκε.

³ Το υπ' αριθμ. πρωτ. 4467/31.05.2013, παρ. 6.2.6.

⁴ Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013 επιστολή, παρ. 4.2.

⁵ Βλ. απάντ. 4.4 του υπ' αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013.

⁶ Σύμφωνα με το καταστατικό της, το οποίο απέστειλαν ως Παράρτημα 32 του αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013 σε κωδικοποιημένη μορφή κατόπιν της από 08.12.2011 έκτακτης ΓΣ.

Ενεργειακή» συστάθηκε στις 20/6/2000, ωστόσο ξεκίνησε την παραγωγική της δραστηριότητα το Νοέμβριο του 2008»^{7,8}.

3. Κατά την εξέταση από τη ΓΔΑ των προαναφερθέντων εγγράφων, προέκυψε ότι οι συγκεκριμένες πράξεις ενδεχομένως ενέπιπταν στις διατάξεις του άρθρου 4β (Προηγούμενη γνωστοποίηση συγκεντρώσεων επιχειρήσεων) του ν. 703/1977, όπως ίσχυε, και απέστειλε την 31.10.2013, τις υπ' αριθμ. οικ. 8588 και οικ. 8589 επιστολές προς τη ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ και την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ αντίστοιχα, ζητώντας να γνωρίσουν τους λόγους για τους οποίους δεν προέβησαν σε προηγούμενη γνωστοποίηση συγκέντρωσης σχετικά με τη δημιουργία της κοινής επιχείρησης ΔΕΗ – ΤΕΡΝΑ, σύμφωνα με τις διατάξεις του προαναφερθέντος άρθρου του ν. 703/77, όπως ίσχυε κατά τον επίμαχο χρόνο που έλαβε χώρα η σύσταση της κοινής επιχείρησης.

4. Την 15.11.2013 με την υπ' αριθμ. πρωτ. 9025 κοινή επιστολή τους οι εν λόγω εταιρείες απάντησαν ότι η κοινή επιχείρηση δεν αποτελεί μία λειτουργικά αυτόνομη κοινή επιχείρηση και επομένως δεν συνιστά συγκέντρωση κατά την έννοια του Κανονισμού Συγκεντρώσεων και του ν.703/1977. Ανέφεραν δε μεταξύ άλλων, ότι σε κάθε περίπτωση η λειτουργία της – δηλ. η εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ -δεν θα μπορούσε να επιφέρει οποιαδήποτε επίδραση στον ανταγωνισμό στην ελληνική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις που αφορούν την παραγωγή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής.

5. Η ΓΔΑ στις 19.03.2014 έστειλε την υπ' αριθμ. πρωτ. 2267 επιστολή παροχής πρόσθετων στοιχείων, σε απάντηση της οποίας η κοινή επιχείρηση ΔΕΗ- ΤΕΡΝΑ με την υπ' αριθμ. πρωτ. 2598/04.04.2014 επιστολή έστειλε τα πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) για το έτος 2000, την έως το 2014 κωδικοποιημένη έκδοση του καταστατικού της κοινής επιχείρησης και τιμολόγια πώλησης ηλεκτρικού ρεύματος στην τότε ανώνυμη εταιρεία «ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ ΗΛΕΚΤΡΙΚΗΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ» (εφεξής και «ΔΕΣΜΗΕ») για τα έτη 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 και 2014.

6. Κατόπιν νέων επιστολών της ΓΔΑ για την παροχή περαιτέρω στοιχείων, την 12.06.2020 και 06.07.2020 η ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ έστειλε τις υπ' αριθμ. πρωτ. 5287 και 6223 αντίστοιχα επιστολές προσκομίζοντας, τις σε ισχύ άδειες εγκατάστασης, λειτουργίας και παραγωγής ηλεκτρικού ρεύματος που κατέχει, την από 20.11.2019 κωδικοποιημένη έκδοση του καταστατικού της κοινής επιχείρησης και την υπ' αριθμ. 116/2007 σύμβαση πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας στην τότε ανώνυμη εταιρεία «ΔΕΣΜΗΕ» νυν «ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΗΣ ΑΠΕ & ΕΓΓΥΗΣΕΩΝ ΠΡΟΕΛΕΥΣΗΣ Α.Ε.» (εφεξής και «ΔΑΠΕΕΠ») βάσει της οποίας προμηθεύει ηλεκτρικό ρεύμα στο Σύστημα.

⁷Βλ. απάντηση 15.2 της υπ' αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013 απαντητικής επιστολής.

⁸[...].

II. ΤΑ ΜΕΡΗ

II.1.1 ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε.

7. Η επιχείρηση με την επωνυμία «Ανώνυμη Εταιρεία Διαχείρισης Ανανεώσιμων Πηγών Ενέργειας» και το διακριτικό τίτλο «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε.» συστάθηκε το 1998 σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2244/1994 με πενήνταετή διάρκεια και εδρεύει στην Αγία Παρασκευή, [...]. Σκοπός της εταιρείας, σύμφωνα με το καταστατικό σύστασής της,⁹ είναι: *«Η ίδρυση εταιρειών, καθώς και η συμμετοχή σε κάθε είδους εταιρείες ή Κ/Ξ οποιουδήποτε εταιρικού τύπου στην ημεδαπή ή αλλοδαπή, οι οποίες θα έχουν τους ακόλουθους σκοπούς: I) Τη μελέτη, σχεδιασμό, κατασκευή, εγκατάσταση, οργάνωση, λειτουργία, διαχείριση και εκμετάλλευση σταθμών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε πηγής, ως και δικτύων μεταφοράς και διανομής, μετά των συναφών τους εγκαταστάσεων καθώς και των μέσων και προϊόντων που σχετίζονται άμεσα ή έμμεσα με τις δραστηριότητες της παραγωγής, μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας, που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε πηγής. II) Την ανάπτυξη στην ημεδαπή ή αλλοδαπή δραστηριοτήτων σχεδιασμού, μελέτης, εκπαίδευσης, κατασκευής, εγκατάστασης, λειτουργίας, διαχείρισης και εκμετάλλευσης υπηρεσιών, εγκαταστάσεων, μέσων και προϊόντων, με σκοπό την επιχειρηματική αξιοποίηση κύριων ή υποστηρικτικών ή υπαρχουσών εγκαταστάσεων και λειτουργιών της ΔΕΗ που σχετίζονται με ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε πηγής. Για την επίτευξη του σκοπού της, η Εταιρεία μπορεί: α) Να ιδρύει υποκαταστήματα ή αντιπροσωπείες είτε στην Ελλάδα είτε στο εξωτερικό. β) Να συνεργάζεται με φυσικά ή νομικά πρόσωπα».*¹⁰

⁹ Βλ. ΦΕΚ ΑΕ & ΕΠΕ 7796/02.10.1998.

¹⁰ Στη συνέχεια ο σκοπός της εταιρίας τροποποιήθηκε. Έτσι, σύμφωνα με την Ετήσια Οικονομική Έκθεση ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε. (1 Ιανουαρίου – 31 Δεκεμβρίου 2012, σελ. 6), σκοπός της εταιρίας είναι η μελέτη, ο σχεδιασμός, η κατασκευή, επίβλεψη, εγκατάσταση, οργάνωση, λειτουργία, συντήρηση, επέκταση, διαχείριση και εκμετάλλευση έργων και σταθμών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε πηγής, κάθε σχετική προς τα ανωτέρω δραστηριότητα παροχής υπηρεσιών, η αξιοποίηση της ακίνητης περιουσίας της, η ίδρυση εταιριών, ως και η με οποιονδήποτε τρόπο σύμπραξη ή και συμμετοχή σε κάθε είδους και εθνικότητας εταιρίες, επιχειρήσεις ή κοινοπραξίες οποιουδήποτε τύπου με όμοιους, συναφείς ή επ' ωφελεία των δραστηριοτήτων της σκοπούς, στην ημεδαπή ή και στην αλλοδαπή. Περαιτέρω, ο καταστατικός της σκοπός τροποποιήθηκε ως εξής: i. η μελέτη, ο σχεδιασμός, η κατασκευή, επίβλεψη, εγκατάσταση, οργάνωση, λειτουργία, συντήρηση, επέκταση, διαχείριση και εκμετάλλευση έργων και σταθμών παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε πηγής χωρίς περιορισμό στο ύψος του προϋπολογισμού αυτών, μετά των συναφών τους εγκαταστάσεων καθώς και των μέσων και προϊόντων που σχετίζονται άμεσα ή έμμεσα με τις δραστηριότητες της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας οποιασδήποτε μορφής. ii. η έρευνα, ανάπτυξη και κατασκευή μέσων και προϊόντων, καθώς και των επιμέρους οργάνων, τμημάτων και συστατικών αυτών, που επιτρέπουν άμεσα ή έμμεσα τη μετατροπή της ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές σε ηλεκτρική. Η προμήθεια στην εγχώρια αγορά ή σε αγορές του εξωτερικού των παραγομένων προϊόντων, καθώς και κάθε άλλου συναφούς με το αντικείμενο της εταιρείας προϊόντος και η παροχή υπηρεσιών συντήρησης αυτών. iii. η διαχείριση αποβλήτων γενικά. iv. η επεξεργασία θαλασσίου ή υφάλμυρου ύδατος με σκοπό την αφαλάτωση και την εμπορία πόσιμου ύδατος ή/και για άρδευση. v. η προμήθεια, εγκατάσταση, θέση σε λειτουργία και τεχνική υποστήριξη ενεργειακών συστημάτων. vi. η παροχή κάθε σχετικής προς τις ανωτέρω δραστηριότητες υπηρεσίας. vii. η παροχή ενεργειακών υπηρεσιών στις εγκαταστάσεις των καταναλωτών – πελατών

8. Η εν λόγω εταιρεία δραστηριοποιείται και στις πέντε μορφές Ανανεώσιμων Πηγών Ενέργειας (ΑΠΕ) (ήτοι Αιολική, Υδροηλεκτρική, Ηλιακή, Γεωθερμική, Βιομάζα), διαθέτοντας συνολικά 20 αιολικά πάρκα, 17 μικρούς υδροηλεκτρικούς σταθμούς και 28 φωτοβολταϊκούς σταθμούς συνολικής εγκατεστημένης ισχύος 153 MW, κατέχοντας μερίδιο στην αγορά ΑΠΕ το έτος 2020 σχεδόν 2,9%¹¹, όταν το 2012 με εγκατεστημένη ισχύ 144,7 MW κατείχε μερίδιο στην αγορά ΑΠΕ σχεδόν 10%. Η ΔΕΗ Ανανεώσιμες αποτελεί 100% θυγατρική εταιρεία της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ).

9. Επισημαίνεται ότι η ΔΕΗ Ανανεώσιμες δεν είχε κύκλο εργασιών τα έτη 1999 και 2000¹².

II.1.2 ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ

10. Η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ εδρεύει στην Αθήνα, στη Λεωφόρο Μεσογείων 85, συστάθηκε το έτος 1997, είναι θυγατρική εταιρεία του Ομίλου ΓΕΚ-ΤΕΡΝΑ και η διάρκεια της ορίστηκε στα πενήντα έτη. Σκοπός της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ σύμφωνα με το καταστατικό της είναι: (α) Η ανάληψη και εκτέλεση πάσης φύσεως Τεχνικών Έργων, Δημοσίων, Δημοτικών, Ιδιωτικών και γενικά νομικών προσώπων ή οργανισμών ή συνεταιρισμών πάσης φύσεως, (β) Η ανάληψη, εκτέλεση, συντήρηση και λειτουργία τεχνικών έργων πάσης φύσεως στο εσωτερικό ή το εξωτερικό για τα οποία απαιτείται ειδικό πτυχίο Εργολήπτη Δημοσίων Έργων οποιασδήποτε κατηγορίας και τάξης είτε όχι, (γ) Η ανέγερση πολυκατοικιών ή άλλων οικοδομών προς μεταπώληση σε ιδιότητα οικοπέδα της εταιρείας ή και σε ανήκοντα σε τρίτους με αντιπαροχή, (δ) Η παραγωγή και εμπορία πάσης φύσεως οικοδομικών, οδοποιητικών και γενικά αδρανών υλικών, (ε) Η κατασκευή, εγκατάσταση, λειτουργία και εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής και θερμικής ενέργειας σύμφωνα με τις διατάξεις των ν. 2244/1994 και ν. 2773/1999 όπως ισχύουν σήμερα και όπως τροποποιηθούν στο μέλλον αλλά και με οποιεσδήποτε άλλες διατάξεις νόμων επιτρέπεται η κατασκευή, εγκατάσταση, λειτουργία και εκμετάλλευση Μονάδων Παραγωγής Ηλεκτρικής και Θερμικής ενέργειας. Η εταιρεία ιδρύθηκε αρχικά για την παραγωγή ενέργειας μέσω ΑΠΕ ωστόσο πλέον παράγει ενέργεια και από μη ανανεώσιμες πηγές (ορυκτούς πόρους).

11. Το 2000 ξεκίνησε να λειτουργεί πρώτο αιολικό πάρκο της εταιρείας στην Εύβοια, συνολικής ισχύος 11,22 MW¹³ ωστόσο το έργο έλαβε άδεια λειτουργίας το 2001 σύμφωνα με

σύμβασης ενεργειακής απόδοσης και η παροχή υπηρεσιών εξοικονόμησης ενέργειας. viii. η πρακτόρευση ή/και αντιπροσώπευση προϊόντων και υπηρεσιών συναφών με τα ανωτέρω αντικείμενα. ix. η αξιοποίηση της ακίνητης περιουσίας της. x. η ίδρυση εταιρειών, ως και η με οποιονδήποτε τρόπο σύμπραξη ή και συμμετοχή σε κάθε είδους και εθνικότητας εταιρείες, επιχειρήσεις ή κοινοπραξίες οποιουδήποτε τύπου με όμοιους, συναφείς ή επ' ωφελεία των δραστηριοτήτων της σκοπούς, στην ημεδαπή ή και στην αλλοδαπή (βλ. Ετήσια Οικονομική Έκθεση ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε. (1 Ιανουαρίου – 31 Δεκεμβρίου 2018), σελ. 22).

¹¹ Βλ. επίσημη ιστοσελίδα της εταιρίας ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε., <https://www.ppcr.gr/el/company/profile-targets-history> (ημερομηνία πρόσβασης 07.04.2020).

¹² Βλ. υπ' αριθμ. 2781/11.04.2014 απάντηση της εταιρίας σε σχετικό ερωτηματολόγιο της Υπηρεσίας.

¹³ <https://www.alpha.gr/-/media/alphagr/pdf-files/enimerotika-deltia/enimerotiko-deltio-terna-energeiaki-10-2007.pdf?la=el&hash=02C4BBE392B1037A9D610433F9C72B2EB60FB0AF>

την θετική γνωμοδότηση της ΡΑΕ υπ'αριθμ. 69/2001 (αριθ. Μητρώου Αδειών ΡΑΕ ΑΔ00025) και την υπ'αριθμ.Α.Π.Γ6/Φ17.579/3790/18.06.2001 άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας που εκδίδεται από τον Υπουργό Ανάπτυξης¹⁴. Περαιτέρω, η εταιρεία με στόχο την επέκταση των δραστηριοτήτων της σε άλλους τομείς για την παραγωγή ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές, προέβη στην υποβολή αιτήσεων για την άδεια παραγωγής ενέργειας από υδροηλεκτρικά έργα. Μέχρι το 2007 η παραγωγή της εταιρείας σε ηλεκτρική ενέργεια προέρχεται αποκλειστικά από ΑΠΕ, ενώ η εταιρεία λειτουργούσε 8 αιολικά πάρκα με εγκατεστημένη ισχύ τα 115,77MW.

12. Σήμερα η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δραστηριοποιείται στην παραγωγή ενέργειας, στον κλάδο διαχείρισης απορριμμάτων και στις κατασκευές. Το 2018 η εγκατεστημένη ισχύς στην Ελλάδα της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ σε ΑΠΕ (αιολικά, υδροηλεκτρικά, φωτοβολταϊκά και βιομάζα) ήταν 585,9 MW¹⁵, ενώ το 2019 ανήλθε στα 606,4 MW¹⁶.

13. Η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ κατά τον χρόνο της υπό εξέταση μη γνωστοποιηθείσας πράξης έως και σήμερα αποτελεί θυγατρική της εταιρείας ΤΕΡΝΑ Α.Ε. Η τελευταία, αποτελεί τη μητρική εταιρεία ενός διευρυμένου ομίλου εταιρειών που δραστηριοποιούνται στις κατασκευές, την ενέργεια¹⁷, το real estate και τις παραχωρήσεις (βλ. Διάγραμμα 1).

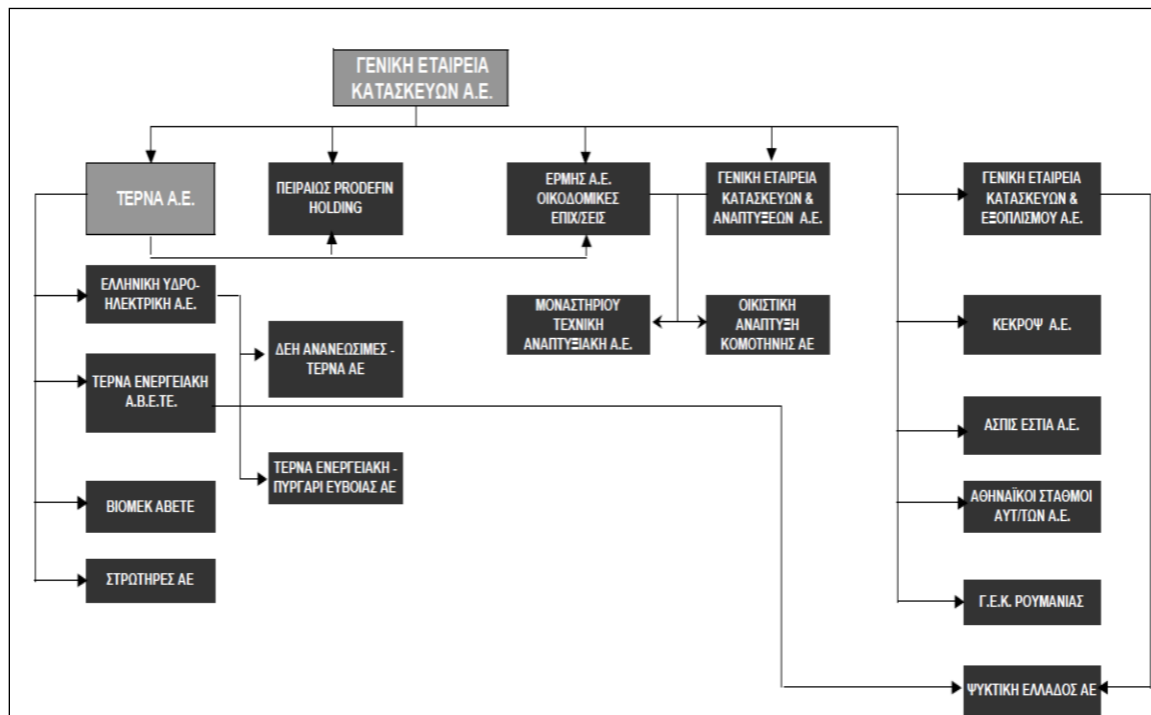
Διάγραμμα 1:Συνδεδεμένες και συγγενείς επιχειρήσεις του ομίλου ΓΕΚ-ΤΕΡΝΑ (2000)

¹⁴Βλ την υπ' αριθμ. πρωτ 29666/2750/16.03.2011 Απόφαση της Γενικής Γραμματέως Διοίκησης Θεσσαλίας Στερεάς Ελλάδας Ανανέωσης με ΑΔΑ: 4Α1ΤΟΡ10-4Ν ως προς τον χρόνο ισχύος «της άδειας λειτουργίας του αιολικού σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ισχύος 11,22 MW στην θέση «Τσικνα-Πρινιά-Προφήτης Ηλίας-Πυργάρι» του Δήμου Κύμης Αλιβερίου του Νομού Εύβοιας της «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δτ. ΤΕΡΝΑ Α.Β.Ε.Τ.Ε.», το σχετικό 4.

¹⁵ Βλ. Ετήσια Οικονομική Έκθεση ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ (1 Ιανουαρίου – 31 Δεκεμβρίου 2018), σελ. 13.

¹⁶ Βλ. Ετήσια Οικονομική Έκθεση ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ (1 Ιανουαρίου – 31 Δεκεμβρίου 2019), σελ. 13.

¹⁷Το 2004 ο Όμιλος ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ δημιουργεί επίσης την εταιρεία ΗΡΩΝ ΘΕΡΜΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΑΕ.



Πηγή: Ετήσιο Δελτίο Απολογισμού Χρήσης ΓΕΚ Α.Ε. για το έτος 2000, σελ. 9.

14. Ο κύκλος εργασιών της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ συμπεριλαμβανομένου του κύκλου εργασιών από συμμετοχή της εταιρείας σε κοινοπραξίες ανήλθε το 1999 στα 2.785.610.000 δρχ., ήτοι 8.174.938 ευρώ¹⁸.

II.1.3 ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ

15. Η εταιρεία ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με το διακριτικό τίτλο «ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗΑΕ» (εφεξής και «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ») ιδρύθηκε το 1998 με έδρα την Αθήνα και πενήνταετή διάρκεια. Καταστατικός σκοπός της εταιρείας ήταν: (α) Η κατασκευή, εγκατάσταση, λειτουργία και εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, και (β) Η ανάληψη και εκτέλεση τεχνικών έργων. Για την επίτευξη του σκοπού της (α) η εταιρεία μπορούσε να συμμετέχει σε οποιαδήποτε επιχείρηση που υφίσταται ή θα ιδρυθεί μελλοντικά, ημεδαπή ή αλλοδαπή, με όμοιο ή παρεμφερή σκοπό, οποιοδήποτε εταιρικού τύπου, (β) να συνεργάζεται με οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο και με οποιοδήποτε τρόπο, (γ) να ιδρύει υποκαταστήματα ή γραφεία οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το εξωτερικό, και (δ) να αντιπροσωπεύει οποιαδήποτε επιχείρηση, ημεδαπή ή αλλοδαπή, με όμοιο ή παρεμφερή σκοπό.

16. Η εταιρεία ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα της υπό εξέταση μη γνωστοποιηθείσας πράξης (2000) ανήκε στον όμιλο ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ. Ειδικότερα, η

¹⁸ Βλ. Ετήσιο Δελτίο Χρήσης ΓΕΚ Α.Ε. για το έτος 2000, σελ. 82.

ΤΕΡΝΑ ΑΕ κατείχε το 70% των μετοχών της, ενώ το υπόλοιπο 30% το κατείχε ο [...].¹⁹ Το ΔΣ της εταιρείας αποτελούνταν –σύμφωνα με το καταστατικό της - από 3 έως 5 μέλη και η θητεία του ήταν τριετής. Το πρώτο ΔΣ της εταιρείας αποτελούνταν από τους: (α) Γεώργιο Περιστέρα, (β) Ευανθία Περιστέρα, (γ) Μιχαήλ Γουρζή, (δ) [...], και (ε) [...]. Σύμφωνα με το από 18.11.1998 Πρακτικό του ΔΣ της εταιρείας ο [...] ορίστηκε Πρόεδρος, Διευθύνων Σύμβουλος και εκπρόσωπος της εταιρείας.²⁰

17. Τέλος, σημειώνεται ότι, η εν λόγω εταιρεία στις 29.12.2003 απορροφήθηκε από την εταιρεία ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ μετά από σχετικές αποφάσεις των Γενικών Συνελεύσεων και τη σχετική συμβολαιογραφική πράξη.²¹

Π.1.4 Η κοινή επιχείρηση ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ

18. Η ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ συστάθηκε το έτος 2000, εδρεύει στην Αθήνα, στη Λεωφόρο Μεσογείων 85²² και ο βασικός κλάδος στον οποίο δραστηριοποιείται είναι η κατασκευή, εγκατάσταση, λειτουργία και εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας.

19. Σκοπός της εταιρείας σύμφωνα με το αρχικό καταστατικό της²³ ήταν: (α) η Κατασκευή, Εγκατάσταση, Λειτουργία και Εκμετάλλευση Μονάδων Παραγωγής Ηλεκτρικής Ενέργειας σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2244/1994 όπως ισχύει, αλλά και με οποιοσδήποτε άλλες διατάξεις νόμων επιτρέπεται η κατασκευή, εγκατάσταση, λειτουργία και Εκμετάλλευση Μονάδων Παραγωγής Ηλεκτρικής ενέργειας από Ανανεώσιμες Πηγές και (β) η ανάληψη και εκτέλεση σχετικών με τα ανωτέρω έργων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας μελετών, επιβλέψεων και ερευνών.

20. Για την επίτευξη του σκοπού της, η εταιρεία μπορούσε: (α) να συμμετέχει ή να αντιπροσωπεύει ή να συνεργάζεται με οποιοδήποτε τρόπο με εταιρείες και γενικά επιχειρήσεις, που υφίστανται ή θα ιδρυθούν μελλοντικά, ημεδαπές ή αλλοδαπές, που έχουν τον ίδιο ή σχετικό σκοπό, (β) να εκτελεί τις παραπάνω δραστηριότητες είτε για λογαριασμό της, είτε για λογαριασμό τρίτων με προμήθεια ή ποσοστά είτε συνεταιρικά, είτε σε σύμπραξη

¹⁹ Βλ. Ετήσιο Δελτίο Χρήσης ΓΕΚ Α.Ε. για το έτος 2000, σελ. 87.

²⁰ Βλ. Ανακοίνωση καταχώρησης στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών της σύστασης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», ΦΕΚ ΑΕ ΑΠΕ 8822/18.11.1998 και ΦΕΚ ΑΕ ΑΠΕ 923/17.02.1999.

²¹ Πρόκειται για την υπ' αριθμ. 42176/29.12.2003 συμβολαιογραφική πράξη. Βλ. ΦΕΚ ΑΕ & ΕΠΕ 31/2004, «Ανακοίνωση καταχώρησης στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών της συγχώνευσης της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία “ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ” με δ.τ. “ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΑΕ” και της διαγραφής της από το Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών».

²² Η αρχική έδρα της εταιρείας ήταν ο δήμος Αθηναίων οδός [...]. Η μεταφορά της έδρας της εταιρείας στη [...] του ίδιου δήμου πραγματοποιήθηκε το 2003, όπως προκύπτει από το πρακτικό της συνεδρίασης ΔΣ ημερομηνίας 14.01.2003.

²³ Βλ. ΦΕΚ ΑΕ & ΕΠΕ 5007/2000, «Ανακοίνωση καταχώρησης στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών της σύστασης της Ανώνυμης Εταιρείας με την Επωνυμία “Δ.Ε.Η. Ανανεώσιμες – ΤΕΡΝΑ Ενεργειακή Ανώνυμος Εταιρεία” και το διακριτικό τίτλο “Δ.Ε.Η. – ΤΕΡΝΑ Α.Ε.”».

με τρίτα φυσικά ή νομικά πρόσωπα, (γ) να ιδρύει υποκαταστήματα ή γραφεία οπουδήποτε στην Ελλάδα ή το Εξωτερικό.

21. Με απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της κοινής επιχείρησης ημερομηνίας 08.12.2011²⁴ επεκτάθηκε ο σκοπός της και στον τομέα της ανάπτυξης, κατασκευής, λειτουργίας και εκμετάλλευσης και σύνθετων έργων που εξυπηρετούν μορφές ΑΠΕ, σύμφωνα με τις διατάξεις της νομοθεσίας, ως εκάστοτε ισχύει και τροποποιήθηκε αντίστοιχα το άρθρο 3 του Καταστατικού της. Η διάρκεια της εταιρείας σύμφωνα με το άρθρο 4 του καταστατικού είναι πενήντα (50) έτη.

22. Στο πλαίσιο της δραστηριοποίησής της η εταιρεία είχε αναλάβει την κατασκευή, λειτουργία και εκμετάλλευση των ακόλουθων μικρών υδροηλεκτρικών (ΜΥΗΕ) έργων που θεωρούνται ΑΠΕ:²⁵

(1) ΜΥΗΕ²⁶Ελεούσας (σε λειτουργία),

(2) ΜΥΗΕ Καλαμά,

(3) ΜΥΗΕ Λάδωνα,

(4) ΜΥΗΕ Καλογιάννη και

(5) έργο αντλιοστασίων αποθήκευσης (εκκρεμεί η διαδικασία αδειοδότησης).

23. Σύμφωνα με σχετική απάντηση της ΔΕΗ – ΤΕΡΝΑ σε επιστολή παροχής στοιχείων της ΓΔΑ²⁷, προκύπτει ότι επί του παρόντος λειτουργεί μόνο το ΜΥΗΕ Ελεούσα, ενώ έχουν αδειοδοτηθεί τα ΜΥΗΕ Καλαμά (5,8 MW), Λάδωνα (10 MW), Γρεβενίτη (7,8 MW) και Παμβώτιδα (5,3 MW).²⁸

24. Το μετοχικό κεφάλαιο ίδρυσης της κοινής επιχείρησης, ανέρχεται σε πενήντα εκατομμύρια (50.000.000) δρχ. διαιρούμενο σε πενήντα χιλιάδες (50.000) ονομαστικές

²⁴ Βλ. Κωδικοποιημένο Καταστατικό της «ΔΕΗ Ανανεώσιμες – ΤΕΡΝΑ Ενεργειακή» κατόπιν της από 8 Δεκεμβρίου 2011 Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης και «Ανακοίνωση καταχώρησης στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών της τροποποίησης του καταστατικού της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία “Δ.Ε.Η. ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ – ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ” και δ.τ. “Δ.Ε.Η. – ΤΕΡΝΑ ΑΕ”» (ΦΕΚ ΑΕ και ΕΠΕ 2856/24.04.2012).

²⁵ Βλ. ν. 4001/2011 άρθ. 1 παρ. 3 εδ. β: «Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας (Α.Π.Ε.): Οι μη ορυκτές ανανεώσιμες πηγές ενέργειας, όπως η αιολική ενέργεια, η ηλιακή ενέργεια, η ενέργεια κυμάτων, η παλιρροϊκή ενέργεια, η βιομάζα, τα αέρια που εκλύονται από χώρους υγειονομικής ταφής και από εγκαταστάσεις βιολογικού καθαρισμού, τα βιοαέρια, η γεωθερμική ενέργεια, η υδραυλική ενέργεια που αξιοποιείται από υδροηλεκτρικούς σταθμούς». Αντίστοιχος είναι και ο ορισμός που δίνεται στο άρθρο 2α της Οδηγίας 2001/77/ΕΚ. Σημειώνεται ότι ο ν. 3468/2006 «Παραγωγή Ηλεκτρικής Ενέργειας από Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας και Συμπαράγωγή Ηλεκτρισμού και Θερμότητας Υψηλής Απόδοσης και λοιπές διατάξεις» ενέταξε στο ειδικό καθεστώς τιμολόγησης της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από σταθμούς ΑΠΕ μόνο τα μικρά υδροηλεκτρικά με εγκατεστημένη ισχύ έως 15MW.

²⁶ Μικρά υδροηλεκτρικά έργα (ΜΥΗΕ).

²⁷ Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 4802/02.06.2020 επιστολή παροχής στοιχείων.

²⁸ Βλ. την υπ' αριθμ. πρωτ. 5287/12.06.2020 απαντητική επιστολή.

μετοχές ονομαστικής αξίας εκάστης χιλίων (1.000) δρχ.²⁹ Ιδρυτικοί μέτοχοι της εταιρείας όπως προκύπτει από τα πρακτικά της Τακτικής Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της 28^{ης} Ιουνίου 2002 είναι οι εξής εταιρείες: (α) η ΔΕΗ Ανανεώσιμες ΑΕ με 24.500 μετοχές, (β) η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΑΕ με 13.000 μετοχές, και (γ) η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ με 12.500 μετοχές.³⁰ Σε κάθε μετοχή αντιστοιχεί μία ψήφος. Δεν υπάρχει αναφορά σε προνομιακές μετοχές.

²⁹ Βλ. άρθρα 4 και 5 της περίληψης του καταστατικού που δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ σύστασης της κοινής επιχείρησης.

³⁰ Με την από 30 Ιουνίου 2003 απόφαση της Τακτικής Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της κοινής επιχείρησης, το μετοχικό της κεφάλαιο και η ονομαστική αξία κάθε μετοχής μετατράπηκαν σε ευρώ. Επιπλέον, με την ίδια απόφαση αυξήθηκε το μετοχικό κεφάλαιο της κοινής επιχείρησης κατά [...] ευρώ λόγω στρογγυλοποίησης της ονομαστικής αξίας της μετοχής σε [...] ευρώ. Με την από 12 Νοεμβρίου 2003 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνελεύσεως των μετόχων το μετοχικό κεφάλαιο αυξήθηκε κατά [...] ευρώ, με την έκδοση [...] νέων μετοχών ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Στη συνέχεια, με την από 3 Δεκεμβρίου 2004 απόφαση της έκτακτης γενικής συνελεύσεως των μετόχων της εταιρείας το μετοχικό κεφάλαιο αυξήθηκε κατά [...] ευρώ, με αύξηση της ονομαστικής αξίας της μετοχής από [...] ευρώ σε [...] ευρώ και παράλληλη ακύρωση των παλαιών μετοχών και έκδοση [...] νέων ονομαστικών μετοχών. Με την από 30 Ιουνίου 2007 απόφαση της Τακτικής Γενικής Συνελεύσεως των Μετόχων της εταιρείας το μετοχικό κεφάλαιο αυξήθηκε κατά [...] ευρώ, με την έκδοση [...] νέων μετοχών ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Με την από 15 Νοεμβρίου 2007 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης των μετόχων της εταιρείας το μετοχικό κεφάλαιο αυξήθηκε κατά [...] ευρώ με την έκδοση [...] νέων μετοχών ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Έτσι το μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας ανήλθε σε [...] ευρώ ολοσχερώς καταβεβλημένο και διηρημένο σε [...] κοινές ονομαστικές μετοχές αξίας [...] ευρώ. Με την από [...] Ιουνίου 2008 απόφαση της Γενικής Συνέλευσης των μετόχων, καθορίστηκε νέα ονομαστική αξία μετοχών στα [...] ευρώ, ακυρώθηκαν οι [...] μετοχές της εταιρείας ονομαστικής αξίας [...] ευρώ και εκδόθηκαν [...] μετοχές ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Κατόπιν πραγματοποιήθηκε αύξηση μετοχικού κεφαλαίου με την καταβολή μετρητών ποσού [...] ευρώ και έκδοση [...] νέων μετοχών. Επομένως, μετά τη συνέλευση της 20^{ης} Ιουνίου 2008 το μετοχικό κεφάλαιο ανήλθε σε [...] ευρώ διηρημένο σε [...] κοινές ονομαστικές μετοχές ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Με την από 1 Ιουλίου 2010 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης των μετόχων, το μετοχικό κεφάλαιο της κοινής επιχείρησης αυξήθηκε εκ νέου κατά [...] ευρώ με καταβολή μετρητών, με την έκδοση [...] νέων ονομαστικών μετοχών, ονομαστικής αξίας 100 ευρώ εκάστης και τιμή διάθεσης [...] ευρώ. Η διαφορά μεταξύ ονομαστικής αξίας της μετοχής και τιμής διαθέσεως συνολικού ποσού [...] ευρώ αποφασίστηκε να αχθεί στον ειδικό λογαριασμό αποθεματικού «διαφορά εκδόσεως μετοχών υπέρ το άρτιο». Επομένως, το μετοχικό κεφάλαιο της κοινής επιχείρησης ανήλθε στο ποσό των [...] ευρώ διηρημένο σε [...] κοινές ονομαστικές μετοχές ονομαστικής αξίας [...] ευρώ. Με την από 08.12.2011 απόφαση της Έκτακτης Γενικής Συνέλευσης των μετόχων το μετοχικό κεφάλαιο της κοινής επιχείρησης μειώθηκε κατά το ποσό των 2.100.000 ευρώ, με επιστροφή μετρητών στους μετόχους, διά ακυρώσεως [...] μετοχών της εταιρείας. Η απόφαση πάρθηκε μετά από σχετική εισήγηση του Προέδρου της, [...] «*με δεδομένο ότι η Εταιρία δεν πρόκειται να προβεί άμεσα σε νέες μεγάλες επενδύσεις, αλλά θα συνεχίσει την ολοκλήρωση της αδειοδότησης των υπό ανάπτυξη έργων και θα εκμεταλλεύεται τον εν λειτουργία Υδροηλεκτρικό Σταθμό, και συνεπώς, αφ' ενός τα αυξημένα διαθέσιμα ύψους € [...], εκ των οποίων περίπου €[...] είναι κατατεθειμένα σε ελεύθερες προθεσμιακές καταθέσεις, αφ' ετέρου τα ποσά που θα εισπράττει από την πώληση της παραγόμενης ενέργειας επαρκούν να καλύπτουν τις υποχρεώσεις της από την ανωτέρω σύμβαση ομολογιακού δανείου και τις λοιπές υποχρεώσεις της*». Έτσι, το μετοχικό κεφάλαιο της κοινής επιχείρησης διαμορφώθηκε σε [...] ευρώ διηρημένο σε [...] μετοχές ονομαστικής αξίας [...] ευρώ, παραμένοντος του αποθεματικού από την έκδοση μετοχών υπέρ το άρτιο ποσού [...] ευρώ.

III. Η ΥΠΟ ΔΙΕΡΕΥΝΗΣΗ ΜΗ ΓΝΩΣΤΟΠΟΙΗΘΕΙΣΑ ΣΥΝΑΛΛΑΓΗ

25. Οι τρεις εταιρείες ΔΕΗ Ανανεώσιμες, ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δυνάμει του από 28.03.2000 Μνημονίου Συμφωνίας συμφώνησαν στην ίδρυση ανώνυμης εταιρείας με σκοπό την εξέλιξη, κατασκευή, χρηματοδότηση, λειτουργία και εκμετάλλευση των παρακάτω ενεργειακών έργων: (α) Μικρό Υδροηλεκτρικό Έργο «Μ.Υ/Η.Ε. Ελεούσας στον π. Αξιό, ενταγμένο στο ΕΠΕ³¹ (2^η προκήρυξη) με αρχική μελέτη εγκατεστημένης ισχύος 5 MW, (β) Αιολικό Πάρκο «Α/Π στο Σερβούνι Ν. Ευβοίας» εγκατεστημένης ισχύος 30 MW, (γ) Μικρό Υδροηλεκτρικό Έργο «Μ.Υ/Η.Ε. Βενέτικου π.», ενταγμένο στο ΕΠΕ (2^η προκήρυξη), εγκατεστημένης ισχύος 4,6 MW, (δ) Μικρό Υδροηλεκτρικό Έργο «Μ.Υ/Η.Ε. στον π. Καλαμά» εγκατεστημένης ισχύος 4 MW, (ε) Μικρά Υδροηλεκτρικά Έργα (Μ.Υ/Η.Ε.) σε διάφορες περιοχές της χώρας που αναφέρονται ενδεικτικά σε συνημμένο πίνακα.

26. Τα ποσοστά συμμετοχής στην κοινή επιχείρηση ορίστηκαν, σύμφωνα με το Μνημόνιο Συμφωνίας, ως 49% για τη ΔΕΗ, 26% για την Ελληνική Υδροηλεκτρική και 25% για την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ. Το ΔΣ της εταιρείας συμφωνήθηκε να αποτελείται συνολικά από πέντε (5) μέλη, δύο (2) από τα οποία θα ορίζονται από τη ΔΕΗ, δύο (2) από την Ελληνική Υδροηλεκτρική και ένα (1) από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ. Τα προτεινόμενα από τα Μέρη μέλη του ΔΣ πρέπει να τυγχάνουν της έγκρισης και αποδοχής των υπολοίπων Μερών. Τη θέση του Προέδρου ΔΣ προβλέπεται ότι καταλαμβάνει μέλος που προέρχεται από τη ΔΕΗ και τη θέση του Διευθύνοντος Συμβούλου που αποτελεί και τον εκπρόσωπο της κοινής επιχείρησης θα καταλαμβάνει μέλος που προέρχεται από την ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ. Οι αποφάσεις του ΔΣ λαμβάνονται με πλειοψηφία των παρισταμένων μελών του. Η αυξημένη πλειοψηφία των 4/5 των παρισταμένων μελών που δεν εντάσσεται στις διατάξεις του ν. 2190/1920, απαιτείται για τη λήψη σημαντικών αποφάσεων που αφορούν: (α) στη δημιουργία οικονομικών υποχρεώσεων της κοινής επιχείρησης εξαιρουμένων των αμοιβών προσωπικού για ποσά άνω των [...] δραχμών, (β) στη σύναψη δανείων και την έκδοση εγγυητικών επιστολών, πέραν του ποσού των [...] δραχμών, (γ) στη σύναψη συμβάσεων προμήθειας πέρα του ποσού των [...] δραχμών, (δ) στην έγκριση των οικονομικών καταστάσεων της κοινής επιχείρησης, (ε) στην έγκριση υλοποίησης των προτεινόμενων έργων.³² Σύμφωνα με το άρθρο 7 του μνημονίου συμφωνίας, η ΔΕΗ «θα καταβάλει κάθε προσπάθεια να παράσχει στην Εταιρεία πληροφορίες και στοιχεία (π.χ. υδρολογικά, γεωλογικά και λοιπά στοιχεία των υπόψη έργων) προκειμένου να διευκολυνθεί η δραστηριότητα της Εταιρείας».

³¹ Προφανώς εννοείται το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα Ενέργειας, από το οποίο όμως (όπως προκύπτει από τα πρακτικά ΓΣ και ΔΣ) που προσκόμισε η εταιρία απεντάχθηκε λόγω καθυστερήσεων και εντάχθηκε εκ νέου στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα Ανταγωνιστικότητα (ΕΠΑΝ) το 2007.

³² Αντίστοιχη αναφορά γίνεται και στο άρθρο 7.2.3 της αρχικής σύμβασης μετόχων.

27. Τα τρία μέρη υπέγραψαν στις 18.04.2000 την υπ' αριθμ. 39067 Πράξη Συμβάσεως Μετόχων.³³ Στο άρθρο 1 της Σύμβασης Μετόχων «Καθορισμός εισφορών, ποσοστών συμμετοχής και αναλογίας συμμετοχής στο μετοχικό κεφάλαιο της εταιρείας» αναφέρεται ότι: «Τα συμβαλλόμενα μέρη προέβησαν στην μεταξύ τους σύσταση ανωνύμου εταιρείας με ποσοστά συμμετοχής 51% για το πρώτο συμβαλλόμενο μέρος – δηλαδή 26% για την «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ Α.Ε.» και 25% για την «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε. – και 49% για το δεύτερο εκ των συμβαλλομένων μερών».³⁴ Επιπλέον, στην παράγραφο 1.3 αναφέρεται ότι σε περίπτωση μη υλοποίησης από την κοινή επιχείρηση ενός ή περισσότερων από τα συμφωνηθέντα προς υλοποίηση έργα, για οποιοδήποτε λόγο ή αιτία που καθιστά την υλοποίηση αδύνατη ή μη συμφέρουσα, η κοινή επιχείρηση συνεχίζει τη δραστηριότητά της για την υλοποίηση των υπολοίπων έργων.

28. Στην παράγραφο 7.2.9 αναφέρεται ότι: «Η Εταιρεία θα εκπροσωπείται και θα δεσμεύεται από την υπογραφή του Διευθύνοντος Συμβούλου αυτής. Ενδεικτικά και όχι περιοριστικά αναφέρεται ότι το προσωπικό της Εταιρείας θα προσλαμβάνεται και θα απολύεται από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο, σύμφωνα με τους γενικούς όρους εργασίας που θα ορίζονται εκάστοτε από το Διοικητικό Συμβούλιο. Η πρόσληψη και η απόλυση διευθυντικών στελεχών θα εγκρίνεται από το Διοικητικό Συμβούλιο. Επίσης το Δ.Σ. θα πρέπει να εγκρίνει τον διορισμό οποιονδήποτε εξωτερικών συμβούλων και τις αμοιβές αυτών»³⁵. Στη συνέχεια η παράγραφος 7.2.10 αναφέρει ότι: «Σε περίπτωση εργαζομένων, οι οποίοι έχουν παραχωρηθεί ή αποσπαστεί στην Εταιρεία από κάποιο από τα Μέρη ή από Συνδεδεμένη Επιχείρηση κάποιου Μέρους, τα Μέρη συμφωνούν με την παρούσα ότι έκαστο εξ αυτών υποχρεούται να μεριμνήσει και είναι αποκλειστικά υπεύθυνο ώστε να παρέχεται σ' αυτούς (δηλ. τους ανωτέρω εργαζομένους), το δικαίωμα επιστροφής τους στην προηγούμενη εργασία τους χωρίς να υποστούν οποιαδήποτε απώλεια ως προς την ιεραρχία ή σε σχέση με οποιοδήποτε δικαίωμα τους ή προνόμιο τους το οποίο τυχόν θα είχαν ή θα είχαν αποκτήσει εάν δεν είχαν αποκοπεί δια μεταφοράς ή αποσπάσεως ή παραχωρήσεως από το συμβαλλόμενο Μέρος προς την Εταιρεία»³⁶. Στην παράγραφο 7.3 Δανεισμός αναφέρεται ότι: «Τα απαιτούμενα ποσά για την χρηματοδότηση των σκοπών της Εταιρείας τα οποία δεν μπορούν να καλυφθούν με εισφορά των Μερών στο κεφάλαιο της Εταιρείας, όπως προβλέπεται στον όρο «Συμμετοχή στο Κεφάλαιο» της Σύμβασης ή από δανεισμό των Μερών προς την Εταιρεία, σύμφωνα με αυτά τα οποία αποφασίζονται στο επίπεδο των αρμοδίων οργάνων της εταιρείας, θα δύναται να καλυφθούν με εύλογο δανεισμό από τράπεζες του εσωτερικού ή του εξωτερικού. Για τη σύναψη όλων των δανείων αυτών θα αποφασίζει το Διοικητικό Συμβούλιο, σύμφωνα με τα ανωτέρω. Επίσης, τα Μέρη συμφωνούν ότι εάν για τον κατά άνω δανεισμό ζητηθεί να χορηγήσουν εγγυήσεις προς τις δανείστριες τράπεζες, θα υποχρεούνται να πράττουν τούτο κατ' αναλογία της συμμετοχής τους στο κεφάλαιο

³³ Βλ. Παράρτημα 1 της υπ' αριθμ. πρωτ. 9705/11.12.2013 απαντητικής επιστολής.

³⁴ Ο.π., σελ. 4, παρ. 1.1.

³⁵ Ο.π. σελ. 9-10.

³⁶ Ο.π. σελ. 10.

της Εταιρείας»³⁷. Στο άρθρο 9 ΔΗΛΩΣΕΙΣ – ΔΙΑΒΕΒΑΙΩΣΕΙΣ ΤΩΝ ΜΕΡΩΝ, «Τα Μέρη και καθένα απ' αυτά χωριστά δηλώνει και διαβεβαιώνει τα ακόλουθα: 9.1 Ότι είναι Εταιρεία δεόντως συσταθείσα και νομίμως υφισταμένη, ότι λειτουργεί σύμφωνα με τους Ελληνικούς Νόμους, ότι εδρεύει όπου αναφέρεται στην αρχή της παρούσας, και ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος της είναι ειδικά εξουσιοδοτημένος για την κατάρτιση και υπογραφή της παρούσας Σύμβασης».³⁸

29. Στις 08.12.2011 τροποποιήθηκε η Σύμβαση Μετόχων που υπογράφηκε πλέον από τα δύο μέρη ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ, καθώς η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ απορροφήθηκε από την τελευταία τον Δεκέμβριο του 2003.³⁹ Στο άρθρο 4 της τροποποιημένης Σύμβασης Μετόχων αναφέρεται ότι: «Η εταιρεία λειτουργεί αυτοτελώς με δικούς της πόρους, προσωπικό και μέσα». Στο άρθρο 1.1 αναφέρεται ότι: «Τα συμβαλλόμενα Μέρη πρόέβησαν στην μεταξύ τους σύσταση της ανωνύμου εταιρείας «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ – ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε.» με ποσοστά συμμετοχής 51% για το πρώτο συμβαλλόμενο Μέρος και 49% για το δεύτερο συμβαλλόμενο Μέρος».⁴⁰

30. Το ΔΣ της εταιρείας αποτελείται από πέντε (5) μέλη και η θητεία του είναι πενταετής.⁴¹ Μετά την απορρόφηση της ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ το 2003, δύο (2) μέλη ορίζονται από τη ΔΕΗ και τρία (3) μέλη ορίζονται από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ.

31. Η εταιρεία ΔΕΗ– ΤΕΡΝΑ εμφανίζει για πρώτη φορά κύκλο εργασιών το 2009, καθώς τέθηκε σε λειτουργία το ΜΥΗΕ Ελεούσα.

32. Έως και το 2019 όλα τα οικονομικά αποτελέσματα της εταιρείας προέρχονται από δραστηριότητες παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από την εκμετάλλευση ενός Υδροηλεκτρικού Σταθμού ισχύος 6,6 MW στη θέση Ελεούσα επί του ποταμού Αξιού στο Νομό Θεσσαλονίκης⁴²

³⁷Ο.π.

³⁸Ο.π. σελ. 12-13.

³⁹ Σημειώνεται ότι η απορρόφηση της εταιρείας Ελληνική Υδροηλεκτρική Τεχνική ΑΕ από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δεν συνιστά πράξη συγκέντρωσης, καθώς αφορά σε ενδοομιλική συναλλαγή με απουσία μεταβολής ελέγχου και ως εκ τούτου δεν γνωστοποιήθηκε στην Επιτροπή Ανταγωνισμού.

⁴⁰ Βλ. Παράρτημα 1 της υπ' αριθμ. πρωτ. 9705/11.12.2013 απαντητικής επιστολής, «Τροποποίηση και Κωδικοποίηση σε ενιαίο κείμενο της υπ' αρ. 39067/2000 Συμβολαιογραφικής Συμβάσεως μεταξύ των μετόχων της Ανωνύμου Εταιρείας με την επωνυμία ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ – ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε., σελ. 2.

⁴¹ Όπως προαναφέρθηκε, σύμφωνα με το Μνημόνιο Συνεργασίας που υπογράφηκε το 2000, δύο (2) μέλη θα ορίζονται από τη ΔΕΗ, δύο (2) μέλη από την Ελληνική Υδροηλεκτρική και ένα (1) μέλος από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ.

⁴² Βλ. Ετήσια Οικονομική Έκθεση ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ (1 Ιανουαρίου – 31 Δεκεμβρίου 2019), σελ. 4.

III.1 Κύκλοι εργασιών - συμμετέχουσες επιχειρήσεις

33. Προκειμένου να αξιολογηθεί εάν η υπό διερεύνηση μη γνωστοποιηθείσα πράξη μεταξύ των εταιρειών ΔΕΗ Ανανεώσιμες και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ενέπιπτε στις διατάξεις των άρθρων 4β του ν. 703/77, όπως ίσχυε, η ΓΔΑ στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της απέστειλε σχετικά ερωτηματολόγια στις συμμετέχουσες εταιρείες, ενώ παράλληλα αξιολόγησε το υπάρχον υλικό, το οποίο συλλέχθηκε για τους σκοπούς της γνωστοποίησης συγκέντρωσης σχετικά με τη μεταβολή ελέγχου στην εταιρεία WasteSyclo.⁴³ Από την αξιολόγηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης, προκύπτουν τα ακόλουθα.

34. Σύμφωνα με την Ανακοίνωση Δικαιοδοσίας ΕΕ στην παρ. 139 στην περίπτωση της απόκτησης κοινού ελέγχου νεοσυσταθείσας επιχείρησης, ως συμμετέχουσες επιχειρήσεις θεωρούνται όλες οι εταιρείες, οι οποίες αποκτούν τον έλεγχο της νεοσυσταθείσας κοινής επιχείρησης (η οποία, καθώς δεν υπάρχει ακόμα, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως συμμετέχουσα επιχείρηση, και επιπλέον δεν έχει ακόμα δικό της κύκλο εργασιών).

35. Στην κοινή επιχείρηση συμμετείχαν κατά το χρόνο σύστασής της οι εταιρείες «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ» (100% θυγατρική της εταιρείας ΔΕΗ) και «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ», που αποτελεί θυγατρική της εταιρείας ΤΕΡΝΑ Τουριστική Τεχνική και Ναυτιλιακή Α.Ε., (ΤΕΡΝΑ Α.Ε.), η οποία συμμετέχει κατά 63,55% στο μετοχικό της κεφάλαιο, καθώς και η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ, η οποία, όπως προελέχθη, απορροφήθηκε από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ τον Δεκέμβριο του 2003. Περαιτέρω, η εταιρεία ΤΕΡΝΑ Α.Ε., εξαγοράσθηκε το 1999 από τη Γενική Εταιρεία Κατασκευών Α.Ε. (εφεξής και «ΓΕΚ Α.Ε.»). Σύμφωνα με τα ενοποιημένα αποτελέσματα χρήσης του ομίλου ΓΕΚ, ο συνολικός κύκλος εργασιών του το έτος 1999 (προηγούμενο της μη γνωστοποιηθείσας πράξης έτος) διαμορφώθηκε σε 84.998.000 ευρώ.⁴⁴ Σημειώνεται δε ότι το σύνολο σχεδόν του κύκλου εργασιών του ομίλου ΓΕΚ (νυν ΓΕΚ-ΤΕΡΝΑ) αφορά στην ελληνική επικράτεια.

36. Ο κύκλος εργασιών της ΔΕΗ σε ενοποιημένη βάση για το έτος 1999 διαμορφώθηκε σε 2.659.563.000 ευρώ, το σύνολο του κύκλου εργασιών του ομίλου της οποίας αφορά στην ελληνική επικράτεια.⁴⁵ Σημειώνεται ότι η εταιρεία ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ, δεν παρουσίασε κύκλο εργασιών το έτος 1999, καθώς δεν είχε ακόμη συσταθεί.

⁴³Βλ. παρ. 1 της παρούσας Εισήγησης. Συγκεκριμένα έχουν ληφθεί στοιχεία από: (α) το υπ' αριθμ. πρωτ. 4467/31.05.2013 Έντυπο Γνωστοποίησης, σελ. 20, 22, (β) την υπ' αριθμ. 4947/18.06.2013 απαντητική επιστολή, (γ) το Παράρτημα 7.3 της υπ' αριθμ. πρωτ. 5438/08.07.2013 επιστολής και (δ) το υπ' αριθμ. πρωτ. 9025/15.11.2013 Υπόμνημα. Με την υπ' αριθμ. 2781/11.04.2014 επιστολή, μεταξύ άλλων, δόθηκε η συναίνεση των μητρικών εταιριών για τη χρήση περιεχομένου των ανωτέρω εγγράφων.

⁴⁴Στις χρήσεις 1999 και 2000 προστέθηκαν οι ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις της εταιρίας ΤΕΡΝΑ ΑΕ με τις θυγατρικές της ΒΙΟΜΕΚ ΑΒΕΤΕ, ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ (ενοποιημένη με την θυγατρική της «ΙWECO ΠΥΡΓΑΡΙ ΕΥΒΟΙΑΣ Α.Ε.»), ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΑΕ, και ΣΤΡΩΤΗΡΕΣ ΑΕΒΕ (μόνο για τη χρήση 2000).

⁴⁵ Βλ. Ενοποιημένες οικονομικές καταστάσεις αποτελεσμάτων για τις χρήσεις 1998, 1999, 2000 και 2001.

IV. ΘΕΣΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ – ΣΧΕΤΙΚΕΣ ΑΓΟΡΕΣ⁴⁶

IV.1 Η Αγορά Ηλεκτρικής Ενέργειας κατά τον χρόνο δημιουργίας της κοινής επιχείρησης ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ

37. Σύμφωνα με την έρευνα της ΓΔΑ, τον Απρίλιο του 2000, δηλ. κατά τον χρόνο δημιουργίας της κοινής επιχείρησης ΔΕΗ – ΤΕΡΝΑ, στην παραγωγή ενέργειας από ΑΠΕ η αγορά εν γένει ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα παραμένει απολύτως ρυθμιζόμενη και στην αγορά δεν υφίσταται απολύτως κανένας ανταγωνισμός. Η ΔΕΗ, μητρική εταιρεία της ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ, κατέχει το αποκλειστικό δικαίωμα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα από οποιαδήποτε πηγή, από το 1950, οπότε και εθνικοποιείται η παραγωγή και διανομή της ηλεκτρικής ενέργειας και η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας θεωρήθηκε πλέον υπηρεσία κοινής ωφέλειας. Συγκεκριμένα η ΔΕΗ ιδρύθηκε το 1950 με τον ν.1468/50 ως δημόσια επιχείρηση ανήκουσα κατά 100% στο Δημόσιο και έχουσα αποκλειστικό δικαίωμα παραγωγής, μεταφοράς και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε ολόκληρη την Ελλάδα⁴⁷.

38. Σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2244/1994 «*Ρύθμιση θεμάτων Ηλεκτροπαραγωγής από Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας και από συμβατικά καύσιμα και άλλες διατάξεις*»⁴⁸, η ΔΕΗ εξακολουθούσε να κατέχει το αποκλειστικό δικαίωμα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα από οποιαδήποτε πηγή καθώς και της μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας σε όλη τη χώρα. Ωστόσο, ο νόμος αυτός άλλαξε σημαντικά το τοπίο ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα για τις ανανεώσιμες πηγές επιχειρώντας να δώσει ισχυρά οικονομικά κίνητρα

⁴⁶ Η σχετική αγορά προϊόντων περιλαμβάνει το σύνολο των προϊόντων ή υπηρεσιών που θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα ή δυνάμενα να υποκατασταθούν μεταξύ τους λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών τους και της σκοπούμενης χρήσης τους. Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή όπου οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις συμμετέχουν στην προμήθεια προϊόντων ή υπηρεσιών και οι όροι του ανταγωνισμού είναι επαρκώς ομοιογενείς και η οποία μπορεί να διακριθεί από γειτονικές κυρίως περιοχές, διότι στις εν λόγω περιοχές οι όροι του ανταγωνισμού διαφέρουν σημαντικά. Βλ. σχετικά Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (97/C 372/03) και Φώτης (2013) Βιομηχανική Οργάνωση και Πολιτική Ανταγωνισμού Θεωρία Βιομηχανικής Οργάνωσης, Πολιτική και Δίκαιο Ανταγωνισμού και Έλεγχος Συγκεντρώσεων, κεφ. Δ.1.

50.43. Με τον όρο «επηρεαζόμενη αγορά» νοείται (α) κάθε σχετική αγορά προϊόντος στην οποία ασκούν επιχειρηματικές δραστηριότητες δύο ή περισσότερες από στις συμμετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις, εφόσον εκτιμάται ότι η συγκέντρωση θα οδηγήσει σε συνολικό μερίδιο στην αγορά αυτή ύψους τουλάχιστον 15% (η περίπτωση αφορά στις οριζόντιες σχέσεις), καθώς και (β) κάθε σχετική αγορά στην οποία ασκεί επιχειρηματικές δραστηριότητες οποιαδήποτε συμμετέχουσα επιχείρηση και βρίσκεται σε προηγούμενο ή επόμενο στάδιο στις παραγωγικής ή εμπορικής διαδικασίας του προϊόντος σε σχέση με την αγορά στην οποία δραστηριοποιείται άλλη συμμετέχουσα επιχείρηση και οποιοδήποτε από τα ατομικά ή συνδυασμένα μερίδια αγοράς των επιχειρήσεων αυτών, σε οποιοδήποτε στάδιο στις παραγωγικής ή εμπορικής διαδικασίας, ανέρχεται σε 25% τουλάχιστον, ανεξάρτητα αν μεταξύ των μερών υφίσταται σχέση προμηθευτή/πελάτη (η περίπτωση αφορά στις κάθετες σχέσεις). Βλ. σχετικά ΕπΑντ 558/VII/2013, Παράρτημα Ι και Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 802/2004 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 21 Απριλίου 2004 για την εφαρμογή του κανονισμού του (ΕΚ) αριθ. 139/2004 του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων.

⁴⁷Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας, τόμος Α, τεύχος 169.

⁴⁸Βλ. ΦΕΚ τεύχος Α' 168/07.10.1994.

για την ανάπτυξη των ΑΠΕ στην Ελλάδα με την προσέλκυση ιδιωτικών κεφαλαίων. Η βασική κατεύθυνση του ν. 2244/94 εναρμονίζεται με τα μέτρα και τις διατάξεις που ίσχυαν τότε σχεδόν σε όλες τις χώρες της Ε.Ε. με σκοπό την αύξηση της συμμετοχής των ΑΠΕ στο ενεργειακό ισοζύγιο έναντι των ορυκτών πόρων⁴⁹. Οι ανανεώσιμες πηγές ενέργειας (αιολική ενέργεια, ηλιακή ενέργεια, υδροηλεκτρική ενέργεια, ενέργεια από τους ωκεανούς, γεωθερμική ενέργεια, βιομάζα και βιοκαύσιμα) αποτελούν εναλλακτικές λύσεις αντί των ορυκτών καυσίμων και συμβάλλουν στη μείωση των εκπομπών αερίων του θερμοκηπίου, στη διαφοροποίηση του ενεργειακού εφοδιασμού και στη μείωση της εξάρτησης από αναξιόπιστες και ασταθείς αγορές ορυκτών καυσίμων, ειδικότερα πετρελαίου και φυσικού αερίου.

39. Ο ν. 2244/1994 παρείχε το δικαίωμα στην ΔΕΗ να συστήνει θυγατρικές επιχειρήσεις με οποιαδήποτε μορφή ή και σε συνεργασία με άλλα νομικά και φυσικά πρόσωπα με σκοπό την ανάπτυξη των δραστηριοτήτων της. Σύμφωνα με το άρθρο 1, επιτρέπεται η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας για ίδια χρήση σε ιδιώτες υπό προϋποθέσεις. Εισάγεται επίσης η έννοια του «αυτοπαραγωγού» ηλεκτρικής ενέργειας, δηλ. του παραγωγού ηλεκτρικής ενέργειας για την κάλυψη των δικών του αναγκών και μόνο. Επίσης, εισάγεται και η έννοια του ανεξάρτητου παραγωγού, ο οποίος όμως υποχρεούται να παραδίδει την παραγόμενη ηλεκτρική ενέργεια αποκλειστικά στην ΔΕΗ και σε καθοριζόμενες τιμές. **Η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από ανεξάρτητους παραγωγούς επιτρέπεται μόνο με την χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας** και δη αιολικής ή ηλιακής ενέργειας ή βιομάζας ή ενέργειας από την θάλασσα ή εκμετάλλευσης υδάτινου δυναμικού με μικρούς υδροηλεκτρικούς σταθμούς ισχύος ωστόσο με εγκατεστημένη ισχύ μέχρι τα 5 MW σύμφωνα άρθρο 1 παρ. 4.

40. Με τον ως άνω νόμο επιτρέπεται μεν η είσοδος ιδιωτών - ανεξαρτήτων παραγωγών ηλεκτρικής ενέργειας ωστόσο μόνο από ΑΠΕ και Σταθμούς Θερμότητας Ηλεκτρισμού (εφεξής ΣΘΗ) όπως η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ, οι οποίοι έχουν την υποχρέωση να διαθέτουν την ηλεκτρική ενέργεια που παράγουν αποκλειστικά στην ΔΕΗ. Επιβάλλεται στη ΔΕΗ ακολούθως η υποχρέωση να αγοράζει την ενέργεια που παράγεται από τους ανεξάρτητους παραγωγούς. Σύμφωνα με την Απόφαση C(2008)824 της ΕΕ της 5ης Μαρτίου 2008 σχετικά με τη χορήγηση ή τη διατήρηση σε ισχύ από την Ελληνική Δημοκρατία δικαιωμάτων για την εξόρυξη λιγνίτη υπέρ της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε «Πριν από την έκδοση του νόμου 2773/1999, οι περισσότερες μονάδες ηλεκτροπαραγωγής κατασκευάζονταν από τη ΔΕΗ και μόνο μερικές, μικρού μεγέθους μονάδες του τύπου ΣΘΗ ή ΑΠΕ λάμβαναν κατ' εξαίρεση άδεια λειτουργίας βάσει ειδικών καθεστώτων».

41. Μάλιστα από την έρευνα προκύπτει ότι βάσει των εν λόγω διατάξεων του ν. 2244/1994 η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ ίδρυσε και έτερη κοινή επιχείρηση με τον Όμιλο Ελλάκτωρ και συγκεκριμένα την εταιρεία ΔΕΗ-ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ-ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ ΤΕΒ-

⁴⁹http://www.rae.gr/site/el_GR/categories_new/global_regulation/global_national/global_national_laws/N2_244_2004_APE.csp

ΑΕΙΦΟΡΟΣ-ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΙΑ κατά το έτος 2004, η οποία δραστηριοποιείται στον κλάδο των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας⁵⁰.

42. Σε κάθε περίπτωση, στο άρθρο 2 του ν. 2244/1994 ρητά προβλέπεται ότι απαγορεύεται στους ανεξάρτητους παραγωγούς (και τους αυτοπαραγωγούς) να διαθέτουν την ηλεκτρική ενέργεια που παράγουν από ΑΠΕ από τους σταθμούς τους σε τρίτους. Οι ανεξάρτητοι παραγωγοί υποχρεώνονται να συνάψουν δεκαετή σύμβαση πώλησης της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγουν από ΑΠΕ με την ΔΕΗ στο 90% των εκάστοτε εφαρμοζόμενων τιμολογίων υψηλής τάσης που εφαρμόζει η ΔΕΗ. Ωστόσο, ο εν λόγω νόμος δίνει προτεραιότητα έγχυσης στο σύστημα ηλεκτρικής ενέργειας παραγόμενης από ανανεώσιμες πηγές έναντι οποιασδήποτε άλλης μορφής παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας.

43. Τα ως άνω αποτυπώνονται στην ως άνω Απόφαση C(2008) 824 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 5ης Μαρτίου 2008 σχετικά με τη χορήγηση ή τη διατήρηση σε ισχύ από την Ελληνική Δημοκρατία δικαιωμάτων για την εξόρυξη λιγνίτη υπέρ της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε.⁵¹, σύμφωνα με την οποία «*επετράπη στις ιδιωτικές εταιρείες να είναι ιδιοκτήτριες μόνο μονάδων στηριζόμενων στη χρήση ανανεώσιμων πηγών ενέργειας ή του τύπου ΣΘΗ· οι εν λόγω μονάδες αντιστοιχούσαν σε συνολική ισχύ 223 MW. Οι επιχειρήσεις αυτές δεν μπορούσαν να πωλούν ελεύθερα την παραγωγή τους. Ειδικότερα, οι διαχειριστές του συστήματος μεταφοράς ή διανομής είχαν λάβει βάσει νόμου την εντολή να απορροφούν το σύνολο της ηλεκτρικής ενέργειας που παραγόταν από ανανεώσιμες πηγές και από μικρές μονάδες του τύπου ΣΘΗ και να καταβάλουν γι' αυτήν τιμή καθοριζόμενη από το κράτος*».

44. Στο πλαίσιο αυτό, στις 27.09.2000 συνάφθηκε σύμβαση αγοραπωλησίας ηλεκτρικής ενέργειας μεταξύ της παραγωγού εταιρείας «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ» (για τον τότε

⁵⁰Η Εταιρία έχει συσταθεί την 24η Δεκεμβρίου 2004 και είναι εγκατεστημένη στην Ελλάδα και η διεύθυνση της έδρας της και τα κεντρικά γραφεία της είναι στην [...], Κηφισιά. Η Εταιρεία δραστηριοποιείται στην Ελλάδα, με σκοπό την λειτουργία, συντήρηση και εκμετάλλευση μικρού υδροηλεκτρικού Έργου (ΜΥΗΕ), ισχύος περίπου 5 MW, στη θέση Αλατόπετρα, στο ρέμα Σμιξιώτικο στο Δήμο Θ. Ζιάκα, Ν. Γρεβενών στην Περιφέρεια Δ. Μακεδονίας (ΜΥΗΕ Αλατόπετρα). Η ΕΛΛΑΚΤΩΡ Α.Ε. συμμετέχει έμμεσα με ποσοστό 32,90%, μέσω της θυγατρικής της ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ ΑΝΕΜΟΣ Α.Ε. η οποία κατέχει το 51% αυτής. Η εταιρεία ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ – ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ ΤΕΒ – ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ Α.Ε. η οποία κατέχει την υπ' αριθμ. πρωτ. Δ6/Φ20.017/3155/04.12.2001 άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας όπως αυτή έχει τροποποιηθεί με την υπ' αριθμ. πρωτ. Δ6/Φ20.078/οικ.5908/31.03.2005 απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, για μικρό υδροηλεκτρικό έργο ισχύος 4,95 MW στον ποταμό «Σμιξιώτικο» του Δήμου Θεοδώρου Ζιάκα του Νομού Γρεβενών. Σύμφωνα με την Απόφαση ΕΑ 446V//2009 η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ διατηρεί πέραν των αναφερόμενων και τις ακόλουθες κοινοπραξίες στα ΑΠΕ: 1. ΔΕΗ Ανανεώσιμες ΡΟΚΑΣ Α.Β.Ε.Ε. 2. ΔΕΗ Ανανεώσιμες ΔΙΕΚΑΤ Ενέργεια Α.Ε. 2. ΔΕΗ Ανανεώσιμες ΜΕΚ Ενέργεια Α.Ε. 3. ΔΕΗ Ανανεώσιμες ΕΛΤΕΒ ΑΕΙΦΟΡΟΣ Α.Ε. 4. ΔΕΗ Ανανεώσιμες EDF EN GREECE Α.Ε.

⁵¹ Βλ. Απόφαση Τ169/08 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 5ης Μαρτίου 2008 σχετικά με τη χορήγηση ή τη διατήρηση σε ισχύ από την Ελληνική Δημοκρατία δικαιωμάτων για την εξόρυξη λιγνίτη υπέρ της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. υποσημείωση 95 σελ 33.

μοναδικό αιολικό σταθμό της εταιρείας) και της ΔΕΗ που ενεργούσε τότε ως διαχειριστής του δικτύου μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας^{52, 53}.

45. Η ΔΕΗ μετατράπηκε σε Ανώνυμη Εταιρεία τον Δεκέμβριο, του 2000 με το ΠΔ 33/2000 και σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 43 του ν. 2773/1999 «Απελευθέρωση Αγοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας – Ρύθμιση Θεμάτων ενεργειακής πολιτικής και λοιπές διατάξεις»⁵⁴ και ως καθολική διάδοχος της προϋφιστάμενης ιδιότυπης Δημόσιας Επιχείρησης με τον τίτλο «Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού».

46. Με ημερομηνία έναρξης ισχύος την 1η Ιανουαρίου 2001, σύμφωνα με το άρθρο 43 του ν. 2773/1999 σχετικά με την απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, με τον οποίο μεταξύ άλλων ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία η Οδηγία ΕΚ 96/923, και με αψώτατο χρόνο εφαρμογής τον Φεβρουάριο του 2001 (πρώτη Οδηγία της ΕΚ για την απελευθέρωση της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας), η προσπάθεια απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας εντάθηκε.

47. Σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2773/1999, στην Ελλάδα διακρίνονται πλέον οι εξής τέσσερις κατηγορίες δραστηριότητας ηλεκτρικής ενέργειας (άρθρο 1 ν. 2773/1999): α) η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από σταθμούς παραγωγής. β) η προμήθεια, δηλ. η πώληση ηλεκτρικής ενέργειας σε πελάτες – τελικούς καταναλωτές, οι οποίοι διακρίνονται σε Επιλέγοντες και μη Επιλέγοντες. γ) η μεταφορά ηλεκτρικής ενέργειας μέσω του Συστήματος Μεταφοράς υψηλής τάσης. Οι πελάτες – τελικοί καταναλωτές της πωλούμενης ηλεκτρικής ενέργειας διακρίνονται σε Επιλέγοντες και Μη Επιλέγοντες. Στην κατηγορία των Επιλεγόντων πελατών παρέχεται, σύμφωνα με τα άρθρα 2 και 25 ν. 2773/1999, το δικαίωμα επιλογής προμηθευτή της ηλεκτρικής ενέργειας.

48. Όπως αναφέρεται στην έκθεση πεπραγμένων της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (ΡΑΕ)των ετών 2000-2002, με τον εν λόγω νόμο παρασχέθηκε το δικαίωμα επιλογής προμηθευτή σε 7500 περίπου καταναλωτές οι οποίοι συνδέονται στο σύστημα υψηλής ή μέσης τάσης. Έτσι περίπου το 34% της κατανάλωσης ηλεκτρικής ενέργειας της χώρας εκτέθηκε στον

⁵²Βλ. την υπ' αριθμ.πρωτ. 29666/2750/16.03.2011 Απόφαση της Γενικής Γραμματέως Διοίκησης Θεσσαλίας Στερεάς Ελλάδας Ανανέωσης με ΑΔΑ: 4Α1ΤΟΡ10-4Ν ως προς τον χρόνο ισχύος «της άδειας λειτουργίας του αιολικού σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ισχύος 11,22 MW στην θέση «Τσικνα-Πρινιά-Προφήτης Ηλίας-Πυργάρι» του Δήμου Κύμης Αλιβερίου του Νομού Εύβοιας της «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ με δ.τ. ΤΕΡΝΑ Α.Β.Ε.Τ.Ε.», το σχετικό 6.

⁵³ Στο πληροφοριακό δελτίο εισόδου της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ στο Χρηματιστήριο πλέον κατά το έτος 2007 στην σελ 32 αναφέρεται « Η ηλεκτρική ενέργεια που παράγεται από Α.Π.Ε πωλείται στον ΔΕΣΜΗΕ, στην περίπτωση ηλεκτροπαραγωγικών μονάδων Α.Π.Ε. οι οποίες είναι εγκατεστημένες σε περιοχές που καλύπτονται από το διασυνδεδεμένο σύστημα μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας και στη ΔΕΗ, στην περίπτωση ηλεκτροπαραγωγικών μονάδων Α.Π.Ε. οι οποίες είναι εγκατεστημένες σε μη διασυνδεδεμένα με το σύστημα μεταφοράς νησιά. Η πώληση της ηλεκτρικής ενέργειας που παράγεται από Α.Π.Ε γίνεται βάσει δεκαετών συμβάσεων, οι οποίες δύνανται να παραταθούν για δέκα επιπλέον έτη μονομερώς από τον αντίστοιχο ηλεκτροπαραγωγό».

⁵⁴ Βλ. ΦΕΚ τεύχος Α' 286/22.12.199

ανταγωνισμό της αγοράς από τις 19 Φεβρουαρίου 2001. Για λόγους που εξηγούνται στην εν λόγω έκθεση, σχεδόν ουδείς καταναλωτής άλλαξε προμηθευτή και δεν αναπτύχθηκε ανταγωνισμός μέχρι και μετά το τέλος του 2002⁵⁵.

49. Με τον ν. 2773/1999 επιχειρήθηκε η συνολική ρύθμιση της απελευθέρωσης αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, συμπεριλαμβανομένης της παραγωγής από Α.Π.Ε. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 2 του νόμου ορίζεται ως «παραγωγός από Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας» «ο παραγωγός, ο οποίος παράγει ηλεκτρική ενέργεια από Ανανεώσιμες Πηγές Ενέργειας (Α.Π.Ε.)». Στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ πέρα από την αιολική ενέργεια περιλαμβάνεται και πάλι η εκμετάλλευση υδάτινου δυναμικού με μικρούς υδροηλεκτρικούς σταθμούς ισχύος ωστόσο αυξάνεται η ισχύς μέχρι τα 10 MW.

50. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ 3, το άρθρο 9 και το άρθρο 24 παρ. 1 ν. 2773/1999, η κατασκευή εγκαταστάσεων παραγωγής και η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας επιτρέπεται σε όσους ενδιαφερόμενους έχει χορηγηθεί προηγουμένως άσκηση Δραστηριότητας Ηλεκτρικής Ενέργειας ή έχουν νομίμως εξαιρεθεί από την υποχρέωση αυτή ενώ η άδεια προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας χορηγείται από τον Υπουργό Ανάπτυξης, ύστερα από γνωμοδότηση της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (εφεξής ΡΑΕ) ⁵⁶. Σύμφωνα δε με το άρθρο 28 οι εν λόγω άδειες άσκησης δραστηριότητας χορηγούνται σύμφωνα με τους ειδικότερους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στον Κανονισμό Αδειών και που θα εκδοθεί με Υπουργική Απόφαση. Σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 4, ο Υπουργός Ανάπτυξης και η ΡΑΕ ασκούν τις αρμοδιότητες που τους παρέχονται με την υποχρέωση «α) να προστατεύει το φυσικό περιβάλλον από τις επιπτώσεις των δραστηριοτήτων ηλεκτρικής ενέργειας, β) να ικανοποιείται το σύνολο των ενεργειακών αναγκών της χώρας, ...δ) **να προάγεται ο υγιής ανταγωνισμός στους τομείς της παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας και κάθε άλλης μορφής ενέργειας...**»⁵⁷.

51. Συνεπώς, με τον ν. 2773/1999 καταρχήν επιτρέπεται η είσοδος ιδιωτών και σε λοιπές μορφές παραγωγής ενέργειας (πέραν των ΑΠΕ) και οποιαδήποτε επιχείρηση (είτε η ΔΕΗ είτε άλλη επιχείρηση) δύναται να υποβάλει αίτηση για άδεια ηλεκτροπαραγωγής για οποιονδήποτε τύπο τεχνολογίας που πρόκειται να χρησιμοποιηθεί για την εκάστοτε νέα μονάδα. Η ΔΕΗ και ορισμένες ιδιωτικές επιχειρήσεις ζήτησαν και έλαβαν άδεια για ηλεκτροπαραγωγή. Η ΔΕΗ έλαβε ατομικές άδειες για την κατασκευή μερικών νέων σταθμών ηλεκτροπαραγωγής με βάση το φυσικό αέριο, ενώ 11 οντότητες έλαβαν άδειες ομοίως για σταθμούς ηλεκτροπαραγωγής με

⁵⁵http://www.rae.gr/site/system/docs/ActionReports/report2000_2002.csp?viewMode=normal.

⁵⁶ Επίσης σύμφωνα με το άρθρο 24 παρ. 2 και την Υπουργική Απόφαση ΥΑ Δ5/Β/Φ1/οικ17773 ΦΕΚ Β 1423 2001 επιτρέπονται σε ιδιώτες να αποκτούν άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας υπό την προϋπόθεση ότι εγκατεστημένο στην Ελλάδα ή άλλο κράτος - μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, του οποίου η συνολική καθαρή ηλεκτρική ισχύς δεν μπορεί να είναι μικρότερη από το άθροισμα της συνολικής ανώτατης ζήτησης των Μη Επιλεγόντων Πελατών του και της συνολικής ανώτατης ζήτησης των Επιλεγόντων Πελατών, που μπορεί νόμιμα να προμηθεύει.

⁵⁷Περαιτέρω ο ν. 2773/1999 τροποποιείται εν μέρει από τις διατάξεις του ν. 2873/2000.

βάση το φυσικό αέριο και μόνο. Οι προαναφερθείσες έντεκα άδειες με αποδέκτες δυνητικούς ανταγωνιστές της ΔΕΗ χορηγήθηκαν έπειτα από πρόσκληση υποβολής προσφορών που προκηρύχθηκε από τη ΡΑΕ τον Φεβρουάριο του 2001 (και ολοκληρώθηκε τον Απρίλιο του ίδιου έτους), η οποία, κατά απροσδόκητο τρόπο σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Απόφαση C(2008)824⁵⁸(δεδομένης της ουδετερότητας της νομοθεσίας έναντι των διαφόρων τύπων τεχνολογίας) απέκλεισε τις μονάδες που στηρίζονταν στη χρήση ορισμένων τύπων τεχνολογίας, ιδίως δε τις λιγνιτικές μονάδες ηλεκτροπαραγωγής.

52. Σε ό,τι αφορά την είσοδο ιδιωτών, και δη της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ στην παραγωγή ενέργειας, η ΡΑΕ στην έκθεση έτους 2003 επισημαίνει ότι στο διάστημα των δύο ετών εφαρμογής του ν. 2773/1999, χορηγήθηκαν σε ιδιωτικές επιχειρήσεις οκτώ άδειες προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας συνολικής ισχύος περίπου 2000 MW χωρίς όμως να προχωρήσει η κατασκευή των εν λόγω μονάδων. Συγκεκριμένα, η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ φαίνεται να λαμβάνει άδεια παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας μέσω φυσικού αερίου 400 MW στον Άγιο Νικόλαο Βοιωτίας (στην διαγωνιστική διαδικασία του Φεβρουαρίου 2001) ωστόσο ενάμιση χρόνο μετά τη χορήγηση της άδειας παραγωγής(τον Ιούλιο του 2003), η έκθεση επισημαίνει ότι σε τρεις μονάδες (συγκεκριμένα της Enelco στη Βοιωτία, ΤΕΡΝΑ στη Βοιωτία και Όμιλος Μυτιληναίου στο Βόλο) συνολικής ισχύος 1200 MW θα μπορούσαν τις επόμενες λίγες εβδομάδες να αρχίσουν εργασίες εργοταξίου για την κατασκευή των μονάδων. Σύμφωνα με την έκθεση, αν άρχιζαν τις εργασίες, θα μπορούσαν να τεθούν σε λειτουργία πριν το τέλος του πρώτου εξαμήνου του 2005, οπότε και είναι απαραίτητες για την επάρκεια της εγκατεστημένης ηλεκτρικής ισχύος στη χώρα, δεδομένης της συνεχούς αύξησης της ζήτησης φορτίου.

53. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ούτε η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ούτε άλλος ιδιώτης φαίνεται να δραστηριοποιούνται ουσιαστικά στην αγορά παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ως ανταγωνιστές της ΔΕΗ κατά τα έτη από τη θέση σε ισχύ του ν. 2773/1999 έως και τα τέλη του 2003. Εξάιρεση αποτελεί, σύμφωνα με την έκθεση της ΡΑΕ, η δραστηριοποίηση παραγωγής ενέργειας από ΑΠΕ, καθεστώς το οποίο ευνοείται από την σύναψη συμβάσεων πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας στην ΔΕΗ και επιδοτήσεων των σχετικών επενδύσεων.

⁵⁸Βλ Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 5ης Μαρτίου 2008 στην υπόθεση C(2008) 824 σχετικά με τη χορήγηση ή τη διατήρηση σε ισχύ από την Ελληνική Δημοκρατία δικαιωμάτων για την εξόρυξη λιγνίτη υπέρ της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. Στην εν λόγω υπόθεση κρίθηκε ότι το άρθρο 22 παράγραφος 1 του νομοθετικού διατάγματος 4029/1959, το άρθρο 3 παράγραφος 1 του νόμου 134/1975 και οι υπουργικές αποφάσεις των ετών 1976, 1988 και 1994 (αποφάσεις του Υπουργού Βιομηχανίας, Ενέργειας και Τεχνολογίας που δημοσιεύθηκαν στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, τεύχος Β,ΦΕΚ 282 της 3ης Μαρτίου 1976, τεύχος Β, ΦΕΚ 596 της 24ης Αυγούστου 1988 και τεύχος Β, ΦΕΚ 633 της 22ας Αυγούστου 1994) αντιβαίνουν στο άρθρο 86 παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 82 της συνθήκης ΕΚ, στο μέτρο που παρέχουν και διατηρούν σε ισχύ προνομιακά δικαιώματα υπέρ της ΔΕΗ για την εκμετάλλευση λιγνίτη στην Ελλάδα, με αποτέλεσμα να δημιουργείται ανισότητα ευκαιριών μεταξύ επιχειρήσεων όσον αφορά την πρόσβαση σε πρωτογενή καύσιμα για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας και να παρέχεται στη ΔΕΗ η δυνατότητα να διατηρεί ή να ενισχύει τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει στην ελληνική αγορά χονδρικής προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας μέσω του αποκλεισμού ή της παρεμπόδισης της εισόδου νέων ανταγωνιστών στην εν λόγω αγορά.

54. Στην πράξη, σύμφωνα με την ΕΕ στην Απόφαση C(2008) 824, αυτό το κανονιστικό σύστημα συνεπαγόταν ότι η παραγωγή ενέργειας μέσω ΑΠΕ και ΣΘΗ δεν ασκούσε άμεσο ανταγωνισμό στην αγορά χονδρικής προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας: όποιο κι αν ήταν το επίπεδό της, η παραγωγή των μονάδων τύπου ΑΠΕ και ΣΘΗ αγοραζόταν σε ρυθμιζόμενες τιμές. Όλως επικουρικός, αναφορικά με τη λιανική προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας κατά τον χρόνο εκείνο, οι μη επιλέγοντες πελάτες στην Ελλάδα μπορούσαν νομίμως να προμηθεύονται την ηλεκτρική ενέργεια που χρειάζονται αποκλειστικά και μόνο από τη ΔΕΗ. Συνεπώς, η άσκηση ανταγωνισμού ήταν δυνατή μόνο στην αγορά των επιλεγόντων πελατών⁵⁹.

55. Η ΡΑΕ μάλιστα στην εν λόγω έκθεση της του 2003 παρατηρεί ότι «οι κάτοχοι άδειας προμήθειας είχαν απολύτως μηδενική δραστηριοποίηση στην Ελλάδα κατά τα δύο έτη εφαρμογής του καθεστώτος απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας σύμφωνα με το νόμο 2773/1999». Η Αρχή σημειώνει ότι δύο χρόνια μετά την έναρξη της απελευθέρωσης δεν υπάρχει απολύτως κανένας ανταγωνισμός στην αγορά ούτε διαφαίνεται πιθανότητα εισόδου νέου ανταγωνιστή ενώ επισημαίνει ότι το πρόβλημα αυτό επιπλέον θα έχει σημαντικότερες αρνητικές συνέπειες για την επάρκεια ηλεκτρικής τροφοδοσίας της χώρας στο άμεσο μέλλον.

56. Εν τέλει, με τον ν. 3175/2003 περί «Αξιοποίησης του γεωθερμικού δυναμικού, τηλεθέρμανσης και άλλες διατάξεις» καταβλήθηκε νέα προσπάθεια απελευθέρωσης της αγοράς ενέργειας και προβλέπεται μεταξύ άλλων η δημιουργία αγοράς χονδρικής (περιλαμβανομένης μιας υποχρεωτικής «αγοράς της επόμενης ημέρας» - «day-aheadmarket» και με τον ίδιο ως άνω νόμο διευρύνθηκε η έννοια των «προμηθευτών» ώστε να συμπεριλαμβάνει τους εμπόρους ηλεκτρικής ενέργειας και όχι μόνο τους παραγωγούς ηλεκτρικής ενέργειας, ενώ καθιερώθηκε μηχανισμός εξισορρόπησης, διευρύνθηκε το πεδίο ανταγωνισμού όσον αφορά την προμήθεια σε επίπεδο λιανικής κατά τρόπον ώστε να καλύπτεται το σύνολο των μη οικιακών πελατών από 1ης Ιουλίου 2004 και καθιερώθηκε μηχανισμός διεξαγωγής διαγωνισμών με αντικείμενο το δυναμικό ηλεκτροπαραγωγής, ούτως ώστε να κατοχυρώνεται η ασφάλεια του συστήματος⁶⁰.

⁵⁹ Βλ. Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 5ης Μαρτίου 2008 σχετικά με τη χορήγηση ή τη διατήρηση σε ισχύ από την Ελληνική Δημοκρατία δικαιωμάτων για την εξόρυξη λιγνίτη υπέρ της Δημόσιας Επιχείρησης Ηλεκτρισμού Α.Ε. υποσημείωση 189.

⁶⁰ Ωστόσο η Ε.Α. με την υπ' αριθμ. 389/2008 Απόφαση λαμβάνοντας υπόψη της και τα αποτελέσματα της εφαρμογής του ν. 2773/1999 (έως την τροποποίησή του με τον ν. 3175/03, ΦΕΚ 207/29/08/03), που ουσιαστικά προκάλεσε περιορισμό εισόδου νέων προμηθευτών στην ελληνική αγορά ηλεκτρισμού, αφού απαιτούσε από κάθε προμηθευτή να είναι ιδιοκτήτης ηλεκτροπαραγωγικού δυναμικού εγκατεστημένου σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ισχύος τουλάχιστον ίσης με την ισχύ κατανάλωσης των πελατών του στην Ελλάδα. Υπό αυτές τις συνθήκες ήταν προφανώς αδύνατο να εισέλθουν στην αγορά ηλεκτρισμού στην Ελλάδα νέοι προμηθευτές. Στην αγορά προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας έμεινε μόνο η δραστηριότητα των ευκαιριακών εισαγωγών ηλεκτρικής ενέργειας, που εκ των πραγμάτων έχουν περιορισμένη ικανότητα μεταφοράς, ενώ δεν είναι βέβαιη η συνεχής και αδιάλειπτη λειτουργία τους. Οι ευκαιριακοί εισαγωγείς από το 2000 και έως το 2004 δεν μπόρεσαν να γίνουν προμηθευτές τελικών καταναλωτών και περιορίστηκαν σε μεταπώληση ηλεκτρικής ενέργειας προς τη ΔΕΗ Α.Ε. ή προς δύο – τρεις μεγάλες βιομηχανίες της χώρας.

57. Ωστόσο, όπως διαπίστωσε η ΕΑ στην απόφαση 446/2009, ο ν. 3175/2003 δεν εναρμόνισε πλήρως το εθνικό νομοθετικό πλαίσιο με την Οδηγία 2003/54/ΕΚ και το πρόβλημα της ελλιπούς ενσωμάτωσης της κοινοτικής οδηγίας (που οδήγησε και σε παραπομπή της χώρας στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο) αναμενόταν να επιλύσει ο ν. 3426/2005 με της καταλυτικής σημασίας για τη λειτουργία της απελευθερωμένης αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας ρυθμίσεις που εισάγουν οι κώδικες διαχείρισης του συστήματος και συναλλαγών ηλεκτρικής ενέργειας. Ο ενιαίος Κώδικας Διαχείρισης του Συστήματος και Συναλλαγών Ηλεκτρικής Ενέργειας αποτελεί το σύνολο των κανόνων που καθορίζουν το πλαίσιο βάσει του οποίου ο ανεξάρτητος Διαχειριστής του Συστήματος Μεταφοράς αφενός σχεδιάζει, λειτουργεί και αναπτύσσει το Σύστημα Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας, αφετέρου λειτουργεί την ημερήσια αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και δύνανται να δραστηριοποιηθούν και να συμμετέχουν στον Ημερήσιο Ενεργειακό Προγραμματισμό, οι Ανεξάρτητοι Παραγωγοί, οι οποίοι μπορούν να εγγέουν στο Σύστημα την ενέργεια που παράγουν οι Μονάδες τους ή να εξάγουν ενέργεια μέσω των διασυνδέσεων, οι Προμηθευτές, οι οποίοι απορροφούν ενέργεια από το Σύστημα και τροφοδοτούν τους τελικούς Πελάτες τους, καθώς και διενεργούν εισαγωγές ή εξαγωγές ηλεκτρικής ενέργειας μέσω των διασυνδέσεων, και οι Αυτοπρομηθευόμενοι Πελάτες οι οποίοι μπορούν να προμηθεύονται από την ημερήσια αγορά ηλεκτρικής ενέργειας την ενέργεια που καταναλώνουν οι ίδιοι.

IV.2 Σχετικές αγορές προϊόντων / υπηρεσιών

IV.2.1 Κατασκευή μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας

58. Οι μονάδες παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας διακρίνονται με βάση το είδος της πρώτης ύλης που χρησιμοποιούν για να παραχθεί η ηλεκτρική ενέργεια. Οι εν λόγω μονάδες διακρίνονται σε θερμικές (λιγνιτικές, φυσικού αερίου, πετρελαϊκές), υδροηλεκτρικές και μονάδες παραγωγής Ανανεώσιμων Πηγών Ενέργειας/ΑΠΕ (αιολικά, φωτοβολταϊκά πάρκα, μικρά υδροηλεκτρικά).

59. Όπως έχει κριθεί στο παρελθόν, η απαιτούμενη εξειδικευμένη τεχνική ικανότητα και το μέγεθος, η αξία και ο διεθνής ή εθνικός χαρακτήρας των έργων δεν επιτρέπει τη δραστηριοποίηση του συνόλου των κατασκευαστικών εταιρειών στα έργα κατασκευής μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας.⁶¹ Αυτό επιρρωνύεται και από σχετικές αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στις οποίες η κατασκευή μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας αποτελεί ενδεχόμενη διακριτή υπό-αγορά.⁶²

60. Με βάση τα ανωτέρω και για τους σκοπούς εξέτασης της παρούσας υπόθεσης, δύναται να ληφθεί υπόψη η αγορά της κατασκευής μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ως

⁶¹Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.1877 – *Boskalis/HBG*, σκ. 7 επ.

⁶²Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.5445 – *Mytilineos/MotorOil/CorinthosPower*, σκ. 28, 30, 39-40, COMP/M.3653 – *Siemens/VATech*, σκ. 13- 20 και COMP/M.6350 – *Siemens/NEMHolding*.

διακριτή σχετική προϊόντική αγορά⁶³, στην οποία δραστηριοποιείται (κατ' ουσίαν από το 2003 έως και) σήμερα η ΤΕΡΝΑ.

IV.2.2 Παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής

61. Σύμφωνα με την ενωσιακή⁶⁴ και εθνική νομολογία,⁶⁵ ο κλάδος της ηλεκτρικής ενέργειας περιλαμβάνει ως επιμέρους σχετικές προϊόντικές αγορές: (α) την παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας (χονδρεμπορική αγορά),⁶⁶ και (β) τη μεταφορά, τη διανομή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο λιανικής.

62. Συνεπώς, για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, εκτιμάται ότι η παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής συνιστά διακριτή σχετική αγορά προϊόντος, καθώς σε αυτή δραστηριοποιούνται τα μέρη.

63. Επισημαίνεται ότι η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ δραστηριοποιείται αποκλειστικά στην παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ ενώ η μητρική της εταιρεία ΔΕΗ δραστηριοποιείται στην αγορά παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής και μέσω εισαγωγών ηλεκτρικής ενέργειας,

IV.3 Σχετικές γεωγραφικές αγορές

IV.3.1 Κατασκευή μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας

64. Για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, εκτιμάται ότι η κατασκευή μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας καλύπτει το σύνολο της ελληνικής επικράτειας, όπου οι

⁶³Με τη διαπίστωση αυτή συνάδει και η ΕπΑντ 577/VI/2013, ΔΕΗ/ΤΕΡΝΑ.

⁶⁴Βλ. αποφάσεις Ε.Επ. COMP/M.2209 EDFGROUP/COTTAMPOWERSTATION (29.11.2000, παρ. 10), COMP/M.2679 EDF/TXUEUROPE/24 SEVEN (20.12.2001, παρ. 9), COMP/M.2801 RWE/INNOGY (17.05.2002, παρ. 12), COMP/M.2890 EDF/SEEBOARD (25.07.2002, παρ. 14), COMP/M.3007 E.ON/TXUEUROPEGROUP (18.12.2002, παρ. 11), COMP/M.3075 ECS/Intercommunale IVEKA(13.02.2003, παρ. 11), COMP/M.3076 ECS/ Intercommunale IGAO(13.02.2003, παρ. 11), COMP/M.3077 ECS/Intercommunale INTERGEM(13.02.2003, παρ. 11), COMP/M.3078 ECS/ Intercommunale GASELWEST (13.02.2003, παρ. 11), COMP/M.3079 ECS/Intercommunale IMEWO(13.02.2003, παρ. 11), COMP/M.3080 ECS/ Intercommunale IVERLEK (13.02.2003, παρ. 11),COMP/M.3210 EDF/EDFT (26.08.2003, παρ. 8), COMP/M.3268 SYDKRAFT /GRANINGE (30.10.2003, παρ. 14 και 19), COMP/M.3318 ECS/ Sibelga (19.12.2003, παρ. 12), COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP (09.12.2004, παρ. 31), COMP/M.3696 E.ON/MOL (21.12.2005, παρ. 224), COMP/M.4180 Gazde France/Suez (14.11.2006, παρ. 674), COMP/M.5519 E.ON/ELECTRABELACQUIREDASSETS (13.10.2009, παρ. 15 και 16), COMP/M.5978 GDFSUEZ/INTERNATIONALPOWER (26.01.2011, παρ. 18), COMP/M.5979 KGHM/TAURONWYTWARZANIE/JV (23.07.2012, παρ. 15), COMP/M.7131 COMPALELECTRONICS/TOSHIBATELEVISIONCENTRALEUROPE (22.01.2014, παρ. 29).COMP/M.7137 EDF/DALKIAENFRANCE (25.06.2014, παρ. 28).

⁶⁵Βλ. αποφάσεις ΕΑ 389/V/2008, 577/VI/2013, 587/2014, 621/2015, 666/2018 και 694/2019.

⁶⁶ Ειδικότερα, ως χονδρεμπορική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας νοείται η παραγωγή και προμήθεια μέσω εισαγωγών ηλεκτρικής ενέργειας με σκοπό τη μεταπώληση αυτής στις επιχειρήσεις λιανικής εμπορίας ή σε μικρότερο βαθμό απευθείας στους μεγάλους βιομηχανικούς καταναλωτές. Βλ. DG-Competition report on energy sector inquiry – 10.01.2007, παρ. 397 επ., σελ. 131.

δραστηριοποιούμενες επιχειρήσεις ανταγωνίζονται μεταξύ τους υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού, για τους λόγους που αναλύθηκαν και στην ανωτέρω αγορά.

IV.3.2 Παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής

65. Σύμφωνα με την ενωσιακή και εθνική πρακτική, η γεωγραφική αγορά της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ορίζεται σε εθνικό επίπεδο.⁶⁷ Ειδικά για την περίπτωση της Ελλάδας, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή αναφέρει ότι θα μπορούσε να γίνει μια διάκριση μεταξύ της ηπειρωτικής και της νησιωτικής Ελλάδας, ήτοι του διασυνδεδεμένου και του μη διασυνδεδεμένου συστήματος.⁶⁸

66. Για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, η εν λόγω αγορά μπορεί ωστόσο να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει το σύνολο της ελληνικής επικράτειας όπου οι δραστηριοποιούμενες επιχειρήσεις ανταγωνίζονται μεταξύ τους υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού.

IV.4 Μερίδια αγοράς

67. Σε ό,τι αφορά τις μητρικές της κοινής επιχείρησης κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα της δημιουργίας της κοινής επιχείρησης, τα μερίδια αγοράς της ΔΕΗ στην αγορά της παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής ανέρχονταν στα επίπεδα του 99,7% και 99,4% αντίστοιχα για τα έτη 1999 και 2000, δηλαδή η ΔΕΗ κατείχε ήδη υπερ-δεσπόζουσα θέση⁶⁹.

68. Δεν υφίστανται σχετικά στοιχεία για το μερίδιο του Ομίλου ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ στην αγορά της παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας για τα έτη 1999 έως και 2003 σε επίπεδο χονδρικής. Η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ φαίνεται να εκκινεί την παραγωγή από αιολική ενέργεια το 2000⁷⁰. Από την Απόφαση C(2008) 824 της ΕΕ προκύπτει ωστόσο ότι γενικά το μερίδιο του Ομίλου ΓΕΚ (για τις εταιρείες ΗΡΩΝ και ΤΕΡΝΑ) ήταν από το 2004 έως το 2006 περί το 2,1% και αφορούσε πιθανότατα αιολική ενέργεια για την ΤΕΡΝΑ και φυσικό αέριο για την ΗΡΩΝ⁷¹.

69. Σε μακροχρόνιο επίπεδο, η ένταση του δυνητικού ανταγωνισμού κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα της μη γνωστοποιηθείσας πράξης δεν αναμένεται να μειωνόταν ως απόρροια της δημιουργίας της κοινής επιχείρησης καθώς ο κλάδος της ηλεκτρικής ενέργειας στο σύνολο του απελευθερωνόταν σταδιακά σύμφωνα με τις Ενωσιακές Οδηγίες. Υπό τον στενότερο ορισμό της αγοράς, ήτοι παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής από

⁶⁷Βλ. ΕπΑντ 446/V/2009, ΔΕΗ/ΧΑΛΥΒΟΥΡΓΙΚΗ, και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.3099 – Areva/Urenco/ETCJV, COMP/M.3729 – EDF/AEM/Edison, COMP/M.5023 – Cofathec /Edison, COMP/M.5154 – CASCJV, COMP/M.5249 – Edison /Hellenic Petroleum/JV, COMP/M.5445 – Mytilineos /Motor Oil/Corinthos Power, COMP/M.5468 – GDFSUEZ/GEK, και COMP/M.6068 – ENI/AcegasAPS/JV.

⁶⁸Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.5445 – Mytilineos /Motor Oil/Corinthos Power, σκ. 23.

⁶⁹ Βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. 3108/30.04.2014 απάντηση της εταιρίας σε σχετικό ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ.

⁷⁰<https://www.terna-energy.com/i-etaireia/istoriko-about/>.

⁷¹Βλ. Απόφαση ΕΕ C(2008) 824.

ΑΠΕ, η αγορά ήταν κατακερματισμένη. Σημειώνεται δε ότι το μερίδιο της ΔΕΗ – ΤΕΡΝΑ θα παραμείνει μικρό και μετά τη λειτουργία των αδειοδοτημένων ΜΥΗΕ, αφενός γιατί η συνολική εγκατεστημένη ισχύς της κοινής επιχείρησης σε ΜΥΗΕ θα ανέλθει από 6,6MW σε 41,8 MW και με τη λειτουργία του συστήματος Αντλησοταμίευσης στην Πελοπόννησο στην ισχύ παραγωγής της ΔΕΗ – ΤΕΡΝΑ θα προστεθούν επιπλέον 174,80 MW και αφετέρου γιατί το μέγεθος της αγοράς ΑΠΕ θα αυξηθεί.

70. Εξάλλου, το 2018 το μερίδιο αγοράς της ΔΕΗ σε εγκατεστημένη ισχύ στην παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής ανέρχεται στο 53,27% και της ΤΕΡΝΑ στο 5,67%. Το ίδιο έτος το μερίδιο αγοράς της ΔΕΗ σε εγκατεστημένη ισχύ στην παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής από ΑΠΕ ανέρχεται στο 2,01% και της ΤΕΡΝΑ στο 5,94%.⁷²

Υ.ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΥ

71. Ο προϊσχύσας ν. 703/1977 καταργήθηκε με το άρθρο 51 του ν. 3959/2011, οι διατάξεις του οποίου συνιστούν το νέο εθνικό νομοθετικό πλαίσιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εντούτοις, η υπό εξέταση υπόθεση αξιολογείται με βάση τις προϊσχύουσες διατάξεις, καθώς οι πιθανολογούμενες παραβάσεις έλαβαν χώρα κατά τη χρονική περίοδο ισχύος του ν. 703/1977, όπως προκύπτει από προαναφερόμενα. Ειδικότερα, βάσει των αρχών που διέπουν τη διαχρονική εφαρμογή του δικαίου, καθώς και βάσει των αρχών της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης των διοικουμένων, εφαρμοστέες είναι οι διατάξεις ουσιαστικού δικαίου, οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο επελεύσεως των γεγονότων που συνιστούν την παράβαση, χωρίς να έχει σημασία ο χρόνος κατά τον οποίο εφαρμόζονται οι σχετικές διατάξεις και επιβάλλονται οι σχετικές κυρώσεις. Έτσι, κάθε συμπεριφορά η οποία έλαβε χώρα μέχρι την 20.4.2011 (ημερομηνία κατάργησης του ν. 703/1977 και θέσης σε ισχύ του ν. 3959/2011) και η οποία πιθανολογείται ότι πληροί την αντικειμενική και υποκειμενική υπόσταση των προβλεπόμενων στα άρθρα 4β-4ε του ν. 703/1977 παραβάσεων, αξιολογείται βάσει των προαναφερόμενων άρθρων⁷³. Ωστόσο, οι διαδικαστικοί κανόνες έχουν, κατά κανόνα, εφαρμογή κατά τον χρόνο έναρξης της ισχύος τους, η έκδοση δε μιας πράξης από τη Διοίκηση ερείδεται στη νομική εκείνη βάση που είναι εν ισχύ κατά τον χρόνο έκδοσης της πράξης.

72. Η υπό εξέταση υπόθεση έχει ως αντικείμενο την εξέταση δύο ενδεχόμενων παραβάσεων: αφενός της παράλειψης γνωστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 4β του ν. 703/1977⁷⁴, όπως

⁷² Βλ. απόφαση ΕΑ 694/2019.

⁷³ Επισημαίνεται ότι η ΕΑ διατηρεί την αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων για αντίστοιχες παραβάσεις και υπό το σημερινό νομοθετικό καθεστώς του ν. 3959/2011 (βλ. σχετικά άρθρα 6 παρ. 4 και 9 παρ. 1). Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις 752/2021, 559/VII/2013, 555/VII/2012, 536/VII/2012, 553/VII/2012, 520/VI/2011, 531/VI/2011.

⁷⁴ Το άρθρο 4β του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον επίμαχο χρόνο, όριζε: «1. Κάθε συγκέντρωση επιχειρήσεων πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε 10 εργάσιμες ημέρες από τη σύναψη της συμφωνίας ή τη δημοσίευση της προσφοράς ή ανταλλαγής ή την απόκτηση συμμετοχής, που εξασφαλίζει τον

ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, και το αντίστοιχο άρθρο 6 ν. 3959/2011⁷⁵, και αφετέρου της πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4ε του ν. 703/1977⁷⁶, όπως ίσχυε τότε, και του άρθρου 9 παρ. 1 ν. 3959/2011⁷⁷.

έλεγχο της επιχείρησης όταν (...) ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, κατά τα οριζόμενα στο άρθ. 4στ, ανέρχεται στην εθνική αγορά, τουλάχιστον σε 150.000.000 € και δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, καθεμία χωριστά, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 15.000.000 €. 2. Η προθεσμία των 10 ημερών αρχίζει από την επέλευση της πρώτης από τις πράξεις, που αναφέρονται στην προηγούμενη παράγραφο. 3. Υποχρεούνται σε γνωστοποίηση: α. σε περίπτωση που η συγκέντρωση αποτελεί αντικείμενο συμφωνίας των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, η καθεμία από αυτές, β. σε όλες τις άλλες περιπτώσεις τα πρόσωπα, οι επιχειρήσεις ή ομάδες προσώπων ή επιχειρήσεων, που αποκτούν έλεγχο στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων. 4. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της υποχρέωσης προς γνωστοποίηση η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιβάλλει στον καθένα από τους, κατά την παρ. 3 του παρόντος άρθρου, υπόχρεους προς γνωστοποίηση πρόστιμο ύψους τουλάχιστον 5.000.000 δρχ το οποίο δεν υπερβαίνει το 7% του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθ. 4στ.(...). Η έμφαση έχει προστεθεί.

Παρόλο που ο νόμος 2837/2000 τέθηκε σε ισχύ με τη δημοσίευση του στο ΦΕΚ Α 178/03.08.2000, ήτοι τέσσερις περίπου μήνες μετά τη σύναψη της εν λόγω Σύμβασης Μετόχων, ωστόσο οι διατάξεις του ως άνω νόμου διέπουν την εν προκειμένω μη γνωστοποιηθείσα συναλλαγή, καθώς με την παρ. 26 του άρθ. 1 ν. 2837/2000 προβλέπεται ότι: «Οι συγκεντρώσεις, που έχουν πραγματοποιηθεί ή γνωστοποιηθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού κατ' εφαρμογή των άρθ. 4α και 4β του Ν. 703/1977, για τις οποίες δεν έχει εκδοθεί απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού μέχρι την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου, κρίνονται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 703/1977, όπως αυτές τροποποιήθηκαν με τις διατάξεις των προηγούμενων παραγράφων».

⁷⁵ Το άρθρο 6 του ν. 3959/2011 ορίζει: «1. Κάθε Συγκέντρωση επιχειρήσεων πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε 30 ημέρες από τη σύναψη της συμφωνίας ή τη δημοσίευση της προσφοράς ή ανταλλαγής ή την ανάληψη υποχρέωσης για την απόκτηση συμμετοχής, που εξασφαλίζει τον έλεγχο της επιχείρησης, όταν ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση κατά το άρθ. 10 ανέρχεται, στην παγκόσμια αγορά τουλάχιστον σε 150.000.000 € και δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, η καθεμία χωριστά, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 15.000.000 € στην ελληνική αγορά. 2. Η προθεσμία των 30 ημερών αρχίζει από την επέλευση της πρώτης από τις πράξεις, που αναφέρονται στην προηγούμενη παράγραφο. 3. Υποχρεούνται σε γνωστοποίηση: α) όταν οι συγκεντρώσεις συνίστανται σε συγχώνευση κατά την έννοια της περίπτωσης α' της παρ. 2 του άρθ. 5 ή σε απόκτηση κοινού ελέγχου κατά την έννοια της περίπτ. β' της παρ. 2 του άρθ. 5, από κοινού οι επιχειρήσεις που συμμετέχουν στις πράξεις αυτές, β) σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, το πρόσωπο ή η επιχείρηση που αποκτά τον έλεγχο στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων. 4. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της υποχρέωσης προς γνωστοποίηση η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιβάλλει στον καθένα από τους υπόχρεους προς γνωστοποίηση κατά την παρ. 3 πρόστιμο ύψους τουλάχιστον 30.000 €, το οποίο δεν υπερβαίνει το 10% του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθ. 10. Κατά την επιμέτρηση του προστίμου λαμβάνονται ιδίως υπόψη η οικονομική ισχύς των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, το πλήθος των επηρεαζόμενων αγορών και το επίπεδο του ανταγωνισμού σε αυτές, καθώς και η εκτιμώμενη επίδραση της συγκέντρωσης στον ανταγωνισμό(...). Η έμφαση έχει προστεθεί.

⁷⁶ Το άρθρο 4ε του ν. 703/1977, ως ίσχυε κατά τον επίμαχο χρόνο, ορίζει: «1. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των επόμενων παρ. 2 και 3, απαγορεύεται η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης μέχρι την έκδοση μιας από τις αποφάσεις που προβλέπονται στο άρθ. 4δ παρ. 2, 3, 4, 5, 6 και 7. Η παραπάνω απαγόρευση ισχύει και για τις συγκεντρώσεις που, ενώ έπρεπε, δεν γνωστοποιήθηκαν σύμφωνα με το άρθ. 4β παρ. 1. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της απαγόρευσης αυτής, η Επιτροπή επιβάλλει στους κατά την παρ. 3 του άρθ. 4β υπόχρεους προς γνωστοποίηση πρόστιμο ύψους τουλάχιστον 10.000.000 δρχ, το οποίο δεν υπερβαίνει το 15% του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθ. 4στ». Η έμφαση έχει προστεθεί.

⁷⁷ Το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011 ορίζει: «1. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των παρ. 2 και 3, απαγορεύεται η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης μέχρι την έκδοση μιας από τις αποφάσεις που προβλέπονται στις παρ. 2, 3 και 6 του άρθ. 8. Η απαγόρευση αυτή ισχύει και για τις συγκεντρώσεις που δεν γνωστοποιήθηκαν σύμφωνα με όσα ορίζονται στην παρ. 1 του άρθ. 6. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης

V.1 Η πρακτική της ΕΑ στις μέχρι το 2011 συγκεντρώσεις στον κλάδο της ενέργειας.

73. Σε ό,τι αφορά τις αποφάσεις της ΕΑ επί συγκεντρώσεων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην ηλεκτρική ενέργεια κατά την έννοια του άρθρου 4 του ν. 703/1977, από τη θέση σε ισχύ του ν. 2773/1999, οπότε τυπικά απελευθερώνεται η αγορά ενέργειας και εισέρχονται ιδιωτικές επιχειρήσεις μέχρι και το 2011, επισημαίνονται οι ακόλουθες αποφάσεις:

74. Στην απόφαση ΕΑ 120/Π/2000, η οποία αφορά στην απόκτηση από την εταιρεία ΑΚΤΩΡ ΑΝΩΝΥΜΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ του ενός τρίτου του μετοχικού κεφαλαίου της εταιρείας ENERCOM ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΣΤΟΝ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΟ ΤΟΜΕΑ, κοινής θυγατρικής των εταιρειών ΙΝΤΡΑΚΟΜ Α.Ε. ΕΛΛΗΝΙΚΗ - ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΙ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΚΗΣ και ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΤΕΧΝΟΔΟΜΙΚΗ Α.Ε., και την τροποποίηση/διεύρυνση του σκοπού αυτής, αναφέρεται ότι « σύμφωνα και με διευκρινίσεις των συμβαλλομένων μερών, για τον σωστό προγραμματισμό και ανάπτυξη των συγκεκριμένων έργων είναι απαραίτητος ο «συνεργειακός-συνδυασμός» επιχειρήσεων που θα αποδώσουν στον νέο αυτό τομέα την βαρύτητα που απαιτείται για την ανάπτυξη του. Για τον λόγο αυτό, επί του παρόντος η «ENERCOM Α.Ε.» θα δραστηριοποιηθεί στις ως άνω αγορές, μόνο στα πλαίσια της Συμφωνίας Συνεργασίας που έχει υπογράψει με την «ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε.», με σκοπό την από κοινού, μέσω νέας κάθε φορά εταιρείας που θα συσταθεί ειδικά για αυτό το σκοπό, εγκατάστασης, λειτουργίας και εκμετάλλευσης ενεργειακών/περιβαλλοντικών έργων. [...] Τόσο η παραγωγή και διανομή ενέργειας όσο και η λειτουργία ή/και εκμετάλλευση περιβαλλοντικών έργων που σχετίζονται με έργα ενεργειακά από τον ιδιωτικό τομέα, όπου θα δραστηριοποιηθεί η «ENERCOM Α.Ε.», επί του παρόντος μονοπωλούνται από την Δημόσια Επιχείρηση Ηλεκτρισμού ή από άλλες δημόσιες επιχειρήσεις (π.χ. ΕΥΔΑΠ). [...] Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, οι τομείς στους οποίους θα δραστηριοποιηθεί η εταιρεία ENERCOM, δηλ. τόσο η παραγωγή και διανομή ηλεκτρικής ενέργειας όσο και η λειτουργία ή/και εκμετάλλευση περιβαλλοντικών έργων, από τον ιδιωτικό τομέα αποτελούν καινοτομίες στην Ελλάδα, δεδομένου ότι οι σχετικοί τομείς επί του παρόντος μονοπωλούνται από τη ΔΕΗ ή άλλους δημόσιους οργανισμούς».

75. Εξάλλου, το 2009 υποβλήθηκε γνωστοποίηση συγκέντρωσης που αφορούσε στη δημιουργία λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης στην ηλεκτρική ενέργεια κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 703/1977, και συγκεκριμένα τη δημιουργία σταθμού

της απαγόρευσης αυτής, επιβάλλεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, σε όσους υπέχουν την υποχρέωση γνωστοποίησης κατά την παρ. 3 του άρθ. 6, πρόστιμο τουλάχιστον 30.000 €, το οποίο σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να υπερβαίνει το 10% του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθ. 10. Κατά την επιμέτρηση του προστίμου λαμβάνονται ιδίως υπόψη η οικονομική ισχύς των συμμετεχουσών στη Συγκέντρωση επιχειρήσεων, ο αριθμός των επηρεαζόμενων από τη συγκέντρωση σχετικών αγορών και οι συνθήκες του ανταγωνισμού που επικρατούν σε αυτές, καθώς και τα εκτιμώμενα αποτελέσματα στον ανταγωνισμό από τη συγκέντρωση». Η έμφαση έχει προστεθεί.

παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας, από τις εταιρείες 1) «ΧΑΛΥΒΟΥΡΓΙΚΗ Α.Ε.» (με ποσοστό μετοχών 51%) και 2) «ΔΗΜΟΣΙΑ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΗΛΕΚΤΡΙΣΜΟΥ» (ΔΕΗ) (με ποσοστό μετοχών 49%), σύμφωνα με το από 21 Φεβρουαρίου 2009 Συμφωνητικό Μετόχων. Η ΕΑ-Τμήμα Α' με την υπ' αριθμ., 446/Υ/2009 Απόφαση της, επέτρεψε, κατ' άρθρο 4β του ν. 703/1977, την γνωστοποιηθείσα την από 16.2.2009 συγκέντρωση που αφορούσε στην δημιουργία λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 5 του ν. 703/1977, για τη δημιουργία σταθμού παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από τις ενδιαφερόμενες εταιρείες και υπό την ανάληψη διορθωτικών δεσμεύσεων, με την επιφύλαξη όμως εφαρμογής των διατάξεων των ν. 2773/1999 (Α' 286), ν. 3175/2003 (Α' 207) και ν. 3426/2005 (Α' 309) που αφορούν στην άσκηση των αρμοδιοτήτων της Ρυθμιστικής Αρχής Ενέργειας (Ρ.Α.Ε.) για την τήρηση στη λειτουργία της αγοράς ενέργειας σε όλους τους τομείς της, και της αγοράς του φυσικού αερίου, των κανόνων ανταγωνισμού και την προστασία των καταναλωτών⁷⁸.

V.2 Η πρακτική της ΕΑ επί υποθέσεων παράλειψης γνωστοποίησης συγκέντρωσης ή/και πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης

76. Από την σταχυολόγηση της διοικητικής πρακτικής της ΕΑ προκύπτουν οι εξής αποφάσεις της σε σχέση με τις παραβάσεις της παράλειψης γνωστοποίησης (ή εκπρόθεσμης γνωστοποίησης) και ακολούθως της πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης (είτε μόνο της πρόωρης πραγματοποίησης), με τις οποίες επιβλήθηκαν πρόστιμα: ΕΑ 132/Π/2000, ΕΑ 152/Π/2000, η ΕΑ 201/ΠΙ/2001, ΕΑ 280/ΙΥ/2005, ΕΑ 427/Υ/2009, ΕΑ 451/Υ/2009, ΕΑ 499/ΥΙ/2010, 498/ΥΙ/2010, ΕΑ 530/ΥΙ/2011, ΕΑ 533/ΥΙ/2012, ΕΑ 536/2012, ΕΑ 595/2014, ΕΑ 652/2017, ΕΑ 655/2018 και η Απόφαση ΕΑ 659/2018. Οι εν λόγω αποφάσεις είχαν όλες το κοινό χαρακτηριστικό ότι αφορούσαν την απόκτηση αποκλειστικού ελέγχου επί προηγουμένως λειτουργικών επιχειρήσεων (ή τμημάτων επιχειρήσεων) που ήδη δραστηριοποιούνταν στην αγορά, και όχι τη δημιουργία νέων κοινών επιχειρήσεων ή τη μετατροπή μη λειτουργικά αυτόνομων σε αυτόνομες κοινές επιχειρήσεις, για τις οποίες δεν είχε υποβληθεί γνωστοποίηση ή είχε πρόωρα πραγματοποιηθεί η συγκέντρωση κατά παράβαση των σχετικών διατάξεων του ν. 703/1977 ή/και του ν. 3959/2011, και για τις οποίες

⁷⁸ Για λόγους πληρότητας, επισημαίνεται ότι το 2004, ενόσω ήταν σε ισχύ η διατύπωση της παρ.19 άρθρ.1 Ν.2837/2000, με το υπ' αριθμ 321/21.01.04 έγγραφο (αρ. πρωτ. ΠΑΕ 0-540/20.1.2004) κατατέθηκε στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού η παραπομπή από τη ΡΑΕ υπόθεσης που αφορούσε σε απόφαση του Δ.Σ. της ΔΕΗ Α.Ε. (το υπ' αριθμ. 52/28.03.2003) «για τροποποίηση των όρων σύμβασης ηλεκτροδότησης Πελατών Υψηλής Τάσης», με έναρξη ισχύος την 01-02-2003. Η ΡΑΕ θεωρώντας ότι η συμπεριφορά της ΔΕΗ Α.Ε. θέτει ζήτημα κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της στην σχετική αγορά, με την από 12.01.2004 απόφασή της, παρέπεμψε την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, προκειμένου η τελευταία να ασκήσει τις αρμοδιότητές της που απορρέουν από τις διατάξεις του ν. 703/77 αναφορικά με την καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης από επιχείρηση, καθώς και την επιβολή των προβλεπόμενων σε περίπτωση παραβάσεως των ως άνω διατάξεων, κυρώσεων του νόμου αυτού. Η σχετική απόφαση της ΕΑ 389/Υ/2008 μόλις τον Απρίλιο του 2008 που αφορούσε σε αρνητική πιστοποίηση.

είχαν αξιολογηθεί τα αποτελέσματα στον ανταγωνισμό παρόλο που για τις εν λόγω παραβάσεις δεν υφίστατο τυπικά τέτοια υποχρέωση.

77. Εξάιρεση φαίνεται να αποτελεί η Απόφαση 500/VI/2010 με την οποία επιβλήθηκε πρόστιμο για εκπρόθεσμη γνωστοποίηση και η οποία αφορούσε σε μεταβολή ελέγχου από αποκλειστικό σε κοινό σε επιχείρηση όμως που ήδη λειτουργούσε στην αγορά⁷⁹.

78. Εξάλλου, κατά την Απόφαση ΕΑ υπ' αριθ. 586/2014, που αφορούσε την απόκτηση κοινού ελέγχου σε προηγούμενως λειτουργική επιχείρηση, υπήρχαν αμφιβολίες ότι προέκυπτε η δυνατότητα κοινού ελέγχου και ότι τελέστηκε η παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης. Η Απόφαση καταλήγει ότι, σε κάθε περίπτωση, δεν προέκυπτε επαρκώς, κατά νόμο, το στοιχείο της υπαιτιότητας, και άρα δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις για την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι υπήρξε πρόωρη πραγματοποίηση, και η ΕΑ έκρινε ότι δεν έπρεπε να επιβληθεί πρόστιμο. Ομοίως στην απόφαση της ΕΑ υπ' αριθμ. 595/2014 κρίθηκε ότι συνέτρεχε ειδική περίπτωση ή συγγνωστή πλάνη και αποφάσιστηκε η μη επιβολή προστίμου. Συγκεκριμένα, η ΕΑ έλαβε μεταξύ άλλων ιδίως υπόψη ότι αφενός μεν η υπόθεση αναφορικά με τη φύση των υπό κρίση πράξεων ως συγκέντρωσης ήταν καινοφανής και έχρηζε αποσαφήνισης και αφετέρου δε ότι κατά το χρόνο της πραγματοποίησης της συγκέντρωσης δεν υπήρχε σαφής περί τούτου νομολογία.

V.2.1 Η ενδεχόμενη φύση της μη γνωστοποιηθείσας συναλλαγής ως συμπραξιακού τύπου κοινής επιχείρησης.

79. Δεδομένου του τύπου των δραστηριοτήτων που έχουν τόσο η υπό ίδρυση κοινή επιχείρηση όσο και οι επιχειρήσεις ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ και ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ, με βάση τον καταστατικό τους σκοπό, στον κλάδο παραγωγής ενέργειας μέσω ΑΠΕ υπό το ειδικό καθεστώς του ν. 2244/1994, ερωτήματα προκύπτουν για τον χαρακτήρα της υπό κρίση πράξης, και συγκεκριμένα ως προς το ενδεχόμενο να επρόκειτο για δημιουργία μη λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης συνεργατικού χαρακτήρα (cooperative jointventure) στο πνεύμα της Απόφασης ΕΑ 120/Π/2000 περί «συνεργειακού συνδέσμου» που συνήπτε η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ κατά την κρίσιμη χρονική περίοδο με εταιρείες του τομέα, και όχι για δημιουργία κοινής επιχείρησης με χαρακτήρα συγκέντρωσης (concentrative jointventure). Κατά την παρ. 5 του ίδιου ως άνω άρθρου 4 του ν. 703/77, όπως το εδαφ. β' είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 1 παρ. 2 του ν. 2837/2000, οι πράξεις, συμπεριλαμβανομένης της σύστασης κοινής επιχείρησης, που έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα το συντονισμό της συμπεριφοράς σε θέματα ανταγωνισμού επιχειρήσεων, που παραμένουν ανεξάρτητες, δεν αποτελούν συγκέντρωση κατά την παρ. 2 στοιχ. β'. Σχετικώς, σημειώνονται τα εξής:

⁷⁹ Σημειώνεται, ότι σύμφωνα με τα μέρη (βλ. υπ' αριθμ. 95/24.02.2021 Συμπληρωματικό Υπόμνημα), δεν υπάρχει κανένα προηγούμενο σε ενωσιακό και εθνικό επίπεδο όπου η δημιουργία νέας κοινής επιχείρησης να θεωρήθηκε ότι υπαιτίως είχε παραβιάσει την υποχρέωση γνωστοποίησης ή την υποχρέωση αναστολής πραγμάτωσης (πρβλ. και Υπόμνημα -Παράρτημα Ι και παρ. 176- 177 της Εισήγησης).

80. Σύμφωνα με την ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Καν. 4064/89 ως ίσχυε (94/C 385/01, τμήμα 3.1, παρ. 18, περίπτωση τέταρτη) όσον αφορά τη διάκριση μεταξύ κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συγκέντρωσης και κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συνεργασίας, δεν θεωρείται ότι υπάρχει συντονισμός της ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των μητρικών επιχειρήσεων και ως εκ τούτου περίπτωση σύμπραξης, όταν κάποια από αυτές ειδικεύεται σε έναν μικρής σημασίας τομέα, από την άποψη των κυρίων δραστηριοτήτων των υπόλοιπων συμμετεχουσών εταιρειών⁸⁰.

81. Στην υπό εξέταση περίπτωση, από την πλευρά των συμμετεχουσών εταιρειών τόσο για την μητρική ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ όσο για την μητρική του ομίλου της ΔΕΗ, δεν μπορεί να θεωρηθεί κρίσιμης σημασίας η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας μέσω ΑΠΕ έναντι των κύριων δραστηριοτήτων των Ομίλων.

82. Σε κάθε περίπτωση, η υποχρέωση γνωστοποίησης των λεγόμενων κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συνεργασίας (cooperative joint venture) έχει πάψει να υφίσταται.

83. Επίσης, παρόλο που ρητά προβλέπεται ότι η δημιουργία νέων κοινών επιχειρήσεων από προηγουμένως ανεξάρτητες επιχειρήσεις (που εκπληρώνει μόνιμα όλες τις λειτουργίες μιας αυτόνομης οικονομικής μονάδας - οι λεγόμενες λειτουργικά αυτόνομες κοινές επιχειρήσεις) εμπίπτουν στην έννοια της συγκέντρωσης του άρθρου 4 ν. 703/1977, όπως ίσχυε (και ακολούθως του άρθρου 5 παρ. 5 του ν 3959/2011) και άρα υπόκεινται σε προληπτικό έλεγχο, στις Κατευθυντήριες Γραμμές ΕΕ για οριζόντιες συμφωνίες συνεργασίας αναφέρεται (παρ. 21) ότι η ανάλυση των συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας εμφανίζει ορισμένα κοινά στοιχεία με την ανάλυση των οριζόντιων συγκεντρώσεων ως προς τα δυνητικά αποτελέσματα περιορισμού του ανταγωνισμού, ιδίως όσον αφορά τις κοινές επιχειρήσεις.

84. Συχνά η διαχωριστική γραμμή μεταξύ των λειτουργικά αυτόνομων κοινών επιχειρήσεων που υπάγονται στον προληπτικό έλεγχο συγκεντρώσεων και των μη λειτουργικά αυτόνομων επιχειρήσεων που εξετάζονται στο πλαίσιο των άρθρων 1 ν. 3959/2011 ή/και 101 ΣΛΕΕ είναι πολύ λεπτή. Ως εκ τούτου, τα αποτελέσματά τους μπορεί να είναι παρόμοια σε μεγάλο βαθμό.

85. Υπό το φως των ανωτέρω, εάν θεωρηθεί ότι η κοινή επιχείρηση ήταν κατά το χρόνο πραγματοποίησής της συμπραξιακού τύπου, αφενός δεν υφίστατο υποχρέωση γνωστοποίησής της κατά το άρθρο 4β ν. 703/1977, όπως ίσχυε, αφετέρου δε, τόσο τυχόν υποχρέωση γνωστοποίησής της κατά το άρθρο 21 ν. 703/1977, όπως ίσχυε, όσο και η, κατά το ίδιο άρθρο, εξουσία της ΕΑ για την επιβολή προστίμου, έχουν καταργηθεί.

86. Σε κάθε περίπτωση, αξιολογείται αμέσως κατωτέρω τυχόν υπαγωγή της μη γνωστοποιηθείσας συναλλαγής στην έννοια της συγκέντρωσης κατά τα άρθρα 4 ν. 703/1977, όπως ίσχυε, και 5 ν. 3959/2011, όπως ισχύει.

⁸⁰Βλ. Απόφαση ΕΑ190/III/2001.

V.3 Έννοια Συγκέντρωσης

87. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε κατά τον επίμαχο χρόνο (και την αντίστοιχου περιεχομένου διάταξη του άρθρου 5 του ν. 3959/2011), συγκέντρωση θεωρείται ότι υπάρχει όταν προκύπτει μόνιμη μεταβολή του ελέγχου: (α) με τη συγχώνευση δύο ή περισσότερων προηγουμένως ανεξάρτητων επιχειρήσεων, ή (β) με την απόκτηση από ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη τουλάχιστον μία επιχείρηση ή από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, του ελέγχου άλλης επιχείρησης (είτε στο σύνολό της είτε ως προς ένα μέρος αυτής)⁸¹.

88. Επιπλέον, συγκέντρωση δύναται να επέλθει και στην περίπτωση δημιουργίας νέας δομής, νέας νομικής οντότητας με τη μορφή κοινής επιχείρησης (joint venture)⁸², υπό τον όρο ότι αυτή θα χαρακτηρίζεται από διάρκεια και από δυνατότητα λειτουργίας ως αυτόνομη οικονομική ενότητα (βλ. και άρθρο 4 παρ. 5 εδ. 1 του ν. 703/1977, καθώς και άρθρο 5 παρ. 5 ν. 3959/2011)⁸³.

89. Οι προϋποθέσεις που πρέπει επομένως να πληρούνται προκειμένου η δημιουργία κοινής επιχείρησης να συνιστά συγκέντρωση είναι η άσκηση κοινού ελέγχου από τις μητρικές εταιρείες⁸⁴ και η κοινή επιχείρηση να εκπληρώνει μόνιμα όλες τις λειτουργίες μίας αυτόνομης οικονομικής ενότητας⁸⁵.

V.3.1 Προϋποθέσεις δημιουργίας κοινής επιχείρησης: κοινός έλεγχος

90. Βάση για την εννοιολογική προσέγγιση κάθε συγκέντρωσης αποτελεί η αρχή της μεταβολής στον έλεγχο της επιχείρησης. Κατά τη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 3 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 4 παρ. 3 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ο έλεγχος απορρέει από δικαιώματα, συμβάσεις ή άλλα μέσα, τα οποία είτε μεμονωμένα είτε από κοινού με άλλα και λαμβανομένων υπόψη των σχετικών πραγματικών ή νομικών συνθηκών, παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης στη σύνθεση, στις συσκέψεις ή

⁸¹ Βλ. επίσης παρ. 24 της Κωδικοποιημένης Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (εφεξής «Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση»), ΕΕ C 95/01 της 16.04.2008 και τις εκεί παραπομπές στις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

⁸² Για τις κοινές επιχειρήσεις που συνιστούν συγκεντρώσεις, βλ. μεταξύ άλλων, Goyder, *EC Competition Law*, 4th edition, Oxford University Press, 2003, σελ. 406 επ. Βλ. επίσης σχετικά Σουφλερό, Η κοινή θυγατρική επιχείρηση στο εταιρικό δίκαιο και στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, *ΧρΙΔ*, 2004, σελ. 865 επ.

⁸³ Βλ. άρθρο 3 παρ. 4 του Κανονισμού 139/2004, άρθρο 3 παρ. 2 προϊσχύσαντα Κανονισμού 4064/1989 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων, άρθρο 5 παρ. 5 του ν. 3959/2011 και άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 703/1977. Βλ. επίσης ΔικΕΕ, C-248/16, *Austria Asphalt*, σκ. 22.

⁸⁴ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του Κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (εφεξής και «Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής»), σκ. 91.

⁸⁵ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 92 και 93. Βλ. και ΕπΑντ509/VI/2010, *NordmilchII*, σκ. 2.

στις αποφάσεις των οργάνων μιας επιχείρησης, και ιδίως από: α) δικαιώματα κυριότητας ή επικαρπίας επί του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών στοιχείων μιας επιχείρησης, β) δικαιώματα ή συμβάσεις που παρέχουν δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης στη σύνθεση, στις συσκέψεις ή στις αποφάσεις των οργάνων μιας επιχείρησης⁸⁶. Συνεπώς, η έννοια του ελέγχου ορίζεται ως η δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της δραστηριότητας μιας επιχείρησης και ως εκ τούτου δεν είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι ο καθοριστικός επηρεασμός ασκείται πράγματι ή ότι θα ασκηθεί στο μέλλον. Πάντως, η δυνατότητα επηρεασμού πρέπει να είναι πραγματική⁸⁷.

91. Ο έλεγχος μπορεί να είναι είτε αποκλειστικός είτε κοινός. Αποκλειστικός έλεγχος αποκτάται εάν μία και μόνη επιχείρηση μπορεί να επηρεάσει καθοριστικά μια άλλη επιχείρηση. Κοινός έλεγχος υφίσταται όταν δύο ή περισσότερες επιχειρήσεις ή πρόσωπα έχουν τη δυνατότητα να ασκούν από κοινού αποφασιστική επιρροή σε μια άλλη επιχείρηση. Ως αποφασιστική επιρροή με την έννοια αυτή νοείται, κατά κανόνα, η εξουσία αναστολής ενεργειών που καθορίζουν την εμπορική στρατηγική συμπεριφορά μιας επιχείρησης. Ο κοινός έλεγχος χαρακτηρίζεται από τη δυνατότητα δημιουργίας αδιεξόδου, λόγω της εξουσίας ενός ή περισσότερων μητρικών επιχειρήσεων να απορρίπτουν τις προτεινόμενες στρατηγικές αποφάσεις. Ως εκ τούτου, οι μέτοχοι αυτοί πρέπει να καταλήξουν σε μια από κοινού συνεννόηση για τον καθορισμό της εμπορικής πολιτικής της κοινής επιχείρησης και πρέπει να συνεργασθούν. Μάλιστα, μόνο η δυνατότητα άσκησης της επιρροής αυτής και η απλή ύπαρξη των δικαιωμάτων αρνησικυρίας είναι αρκετή, χωρίς να είναι ανάγκη να αποδειχθεί ότι αυτός που αποκτά κοινό έλεγχο στην κοινή εταιρεία θα ασκήσει πραγματικά την αποφασιστική του επιρροή⁸⁸.

92. Κοινός έλεγχος μπορεί να υπάρχει και στην περίπτωση που δεν υπάρχει ισότητα ψήφων ή εκπροσώπησης στα όργανα λήψης αποφάσεων μεταξύ των δύο μητρικών επιχειρήσεων ή υπάρχουν περισσότερες από δύο μητρικές επιχειρήσεις. Αυτό συμβαίνει όταν οι μειοψηφούντες μέτοχοι έχουν πρόσθετα δικαιώματα τα οποία τους επιτρέπουν να ασκούν αρνησικυρία σε αποφάσεις που έχουν ουσιώδη σημασία για την εμπορική στρατηγική συμπεριφορά της κοινής επιχείρησης⁸⁹. Αυτά τα δικαιώματα αρνησικυρίας μπορεί να προβλέπονται στο καταστατικό της κοινής επιχείρησης ή σε συμφωνία μεταξύ των επιχειρήσεων ή προσώπων που ασκούν τον κοινό έλεγχο (συμφωνίες μετόχων) ή να

⁸⁶ Βλ. ΕπΑντ 536/VI/2012, *ΕΛΓΕΚΑ*, σκ. 21 (επικυρωμένη από ΔιοικΕφΑθ 1799/2015).

⁸⁷ Βλ. και Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 16 και ΓενΔικ, T-282/02, *CementbouwHandel*, σκ. 58.

⁸⁸ Βλ. ΓενΔικ, T-282/02, *CementbouwHandel*, σκ. 42, 52 και 67.

⁸⁹ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.10 - *Conagra/Idea*, σκ. 6, όπου απαιτούνταν πλειοψηφία 75% στη Γενική Συνέλευση προκειμένου να εγκριθούν ζητήματα στρατηγικής σημασίας όπως η έγκριση του προϋπολογισμού και των στρατηγικών σχεδίων, σημαντικές επενδύσεις της εταιρίας, κ.λπ., και M.409 - *ABB/RenaultAutomation*, σκ. 6, όπου η ύπαρξη κοινού ελέγχου θεμελιώθηκε στην ανάγκη ύπαρξης ομοφωνίας στο ΔΣ σε θέματα βασικά όπως ο διορισμός διευθύνοντος συμβούλου, η αποδοχή του προϋπολογισμού, η έγκριση δανείων και επενδύσεων.

προκύπτουν από την ειδική πλειοψηφία που απαιτείται για τις αποφάσεις της γενικής συνέλευσης ή του διοικητικού συμβουλίου, στον βαθμό που οι ιδρυτικές επιχειρήσεις εκπροσωπούνται στο εν λόγω συμβούλιο. Τα ως άνω δικαιώματα αρνησικυρίας τα οποία συνήθως συνεπάγονται κοινό έλεγχο αφορούν αποφάσεις και θέματα, όπως ο προϋπολογισμός, το επιχειρηματικό σχέδιο, σημαντικές επενδύσεις ή διορισμός των ανώτερων διοικητικών στελεχών⁹⁰. Το κρίσιμο στοιχείο είναι τα δικαιώματα αρνησικυρίας να παρέχουν επαρκείς δυνατότητες στις ιδρυτικές επιχειρήσεις, ώστε να ασκούν την εν λόγω επιρροή όσον αφορά την στρατηγική επιχειρησιακή συμπεριφορά της κοινής επιχείρησης.

V.3.2 Προϋποθέσεις δημιουργίας κοινής επιχείρησης: λειτουργική αυτονομία της κοινής επιχείρησης⁹¹

93. Σύμφωνα με το άρθρο 4 παρ. 5 του ν. 703/1977 όπως ίσχυε, και το άρθρο 5 παρ. 5 του ν. 3959/2011, απαραίτητη προϋπόθεση για να χαρακτηριστεί ως συγκέντρωση νεοδημιουργηθείσα κοινή επιχείρηση που συστήνεται εκ του μηδενός είναι να εκπληρώνει μόνιμα όλες τις λειτουργίες μίας αυτόνομης οικονομικής ενότητας. Η κοινή επιχείρηση εκπληρώνει μόνιμα όλες τις λειτουργίες μίας αυτόνομης επιχείρησης όταν αυτή δραστηριοποιείται στην αγορά εκτελώντας τις συνήθεις λειτουργίες των επιχειρήσεων που ασκούν δραστηριότητες στην ίδια αγορά, έχει αυτοτελή διαχείριση και διαθέτει επαρκείς πόρους, ιδίως χρηματοδότηση, προσωπικό και περιουσιακά στοιχεία, κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ασκεί την επιχειρηματική της δραστηριότητα σε μόνιμη βάση⁹². Σημειώνεται ότι το προσωπικό δεν πρέπει κατ' ανάγκη να απασχολείται από την ίδια την κοινή επιχείρηση, ενώ είναι δυνατή και η απόσπαση προσωπικού από τις ιδρυτικές εταιρείες, ιδίως εάν αυτό γίνεται μόνο για την περίοδο εκκίνησης ή εάν η κοινή επιχείρηση συναλλάσσεται με τις ιδρυτικές εταιρείες υπό όρους ανταγωνισμού και συνεπώς είναι ελεύθερη να προσλάβει τους δικούς της εργαζομένους ή να βρει προσωπικό μέσω τρίτων⁹³.

94. Αντίθετα, όταν η κοινή επιχείρηση περιορίζεται στην άσκηση επικουρικών δραστηριοτήτων σε σχέση με τις δραστηριότητες των ιδρυτικών της επιχειρήσεων, ή έχει

⁹⁰Βλ. Και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.9040 – *France Télévisions/Métropole Télévision/TF1/JV*, «*Chaque Mère détiendra un tiers du capital social et des droits de vote dans Salto. Par ailleurs, chacune des Mères disposera d'un droit de veto sur les principales décisions concernant Salto qui relèvent des décisions «stratégiques» au sens de la pratique décisionnelle de la Commission (i.e. approbation du budget et du plan d'affaires, et nomination ou révocation des dirigeants). Salto sera donc contrôlée conjointement par chacune de ses Mères*», σκ. 9, όπου παραπομπή και στην Κωδικοποιημένη ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 65 και 67.

⁹¹ Βλ. και ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Καν. 4064/89 ως ίσχυε όσον αφορά τη διάκριση μεταξύ κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συγκέντρωσης και κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συνεργασίας, παρ. 12-16.

⁹² Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του κανονισμού (ΕΚ) αριθμ. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων, παρ. 94. Βλέπε επίσης αποφάσεις Ε. Επ. COMP/M.3003 – *Electrabel/EnergiaItaliana/Interpower*, IV/JV.22 – *Fujitsu/Siemens*, COMP/M.1926-*Telefonica/Tyco/JV* και COMP/M.1913-*LufthansaMenzies/ LGS/ JV*.

⁹³ Βλ. σχετικά παρ. 94 της Κωδικοποιημένης Ανακοίνωσης Δικαιοδοσίας.

ευκαιριακό χαρακτήρα, τότε δεν πρόκειται για λειτουργικά αυτόνομη επιχειρηματική μονάδα. Το ίδιο συμβαίνει όταν η λειτουργία της κοινής επιχείρησης βασίζεται σε σημαντικό βαθμό σε αγορές ή πωλήσεις που πραγματοποιεί με τις ιδρυτικές επιχειρήσεις, όχι μόνο κατά τη διάρκεια εκκίνησης της επιχείρησης, οπότε και η συνδρομή αυτή θα ηδύνατο να θεωρηθεί δικαιολογημένη προκειμένου η κοινή επιχείρηση να κατορθώσει να διεισδύσει στη σχετική αγορά, αλλά για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα⁹⁴. Συνεπώς εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι το βασικό κριτήριο για την εξαγωγή συμπερασμάτων σχετικά με το αν μία κοινή επιχείρηση εκπληρώνει τις λειτουργίες μίας αυτόνομης επιχείρησης είναι το αν είναι επαρκώς ανεξάρτητη από τις μητρικές της⁹⁵. Αναφορικά με τον βαθμό της ανεξαρτησίας αυτής, το Γενικό Δικαστήριο της ΕΕ (εφεξής και «Γενικό Δικαστήριο») έχει προσδιορίσει ότι «*Το γεγονός ότι μια κοινή επιχείρηση μπορεί να είναι μια επιχείρηση που ασκεί πλήρως όλες τις λειτουργίες και είναι, από λειτουργικής άποψης, οικονομικά αυτόνομη δεν σημαίνει ότι έχει αυτονομία όσον αφορά [και] τη λήψη των στρατηγικών αποφάσεων. Το αντίθετο συμπέρασμα θα κατέληγε στο ότι ουδέποτε θα υφίστατο κοινός έλεγχος σε μια “κοινή επιχείρηση”*»⁹⁶. Αρκεί επομένως, όπως έχει συμπεράνει και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, για το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, η επιχείρηση να είναι αυτόνομη «*από επιχειρησιακή άποψη*»⁹⁷.

95. Γενικά, θεωρείται ότι δεν έχει από επιχειρησιακή άποψη αυτονομία μία κοινή επιχείρηση που εξαρτάται εξ ολοκλήρου από τις μητρικές της για να πωλήσει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες της, ή που αποκτά από αυτές όλα τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που πωλεί, ή που πωλεί μόνο προϊόντα ή υπηρεσίες μαζί με αυτά των μητρικών⁹⁸. Έτσι, το Γενικό Δικαστήριο έχει κρίνει ότι μία κοινή επιχείρηση δεν απολάμβανε αυτονομίας επειδή η λειτουργικότητά της εξαρτιόταν από τις υπηρεσίες που συνολικά της παρείχαν οι μητρικές της επιχειρήσεις, παροχή που εκτεινόταν και πέραν της αρχικής περιόδου εκκινήσεως, κατά τη διάρκεια της οποίας η βοήθεια μπορεί να θεωρηθεί δικαιολογημένη, για να μπορεί η κοινή επιχείρηση να εισδύσει στην αγορά⁹⁹.

96. Η παροχή υπηρεσιών και οι αγοραπωλησίες μεταξύ μιας κοινής επιχείρησης και των μητρικών της έχουν ληφθεί υπόψη για να διαπιστωθεί η τυχόν αυτονομία της και σε άλλες

⁹⁴Σημειώνεται ότι, κατά κανόνα, η ανεκτή χρονική διάρκεια της περιόδου εκκίνησης για μία κοινή επιχείρηση δεν δύναται να υπερβεί την τριετία, ανάλογα με τις ειδικές συνθήκες που επικρατούν στην εν λόγω αγορά.

⁹⁵Levy, *European Merger Control Law*, par. 5.04[7][a].

⁹⁶Βλ. ΓενΔικ, T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie*, σκ. 62.

⁹⁷Βλ. Κωδικοποιημένη ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 93.

⁹⁸ Βλ. και Levy, *European Merger Control Law*, par. 5.04[7][a] και Γεώργιος Σωτηρόπουλος, Η κοινή επιχείρηση στο δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, *ΕΕμπΔ*, 1998, «Όταν αποκλειστικός ή κύριος αντισυμβαλλόμενος της κοινής επιχείρησης είναι οι μητρικές της επιχειρήσεις, οι οποίες δραστηριοποιούνται σε προηγούμενα ή επόμενα στάδια της παραγωγής, τότε δεν μπορεί να γίνει λόγος για οικονομική αυτονομία της κοινής επιχείρησης», σελ. 759.

⁹⁹Βλ. ΓενΔικ, T-87/96, *Assicurazioni Generali et Unicredito*, σκ. 76 επ.

υποθέσεις που εξετάστηκαν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή¹⁰⁰ και από την ΕΑ¹⁰¹, ενώ δεν έχει αποκλειστεί ο αυτόνομος χαρακτήρας κοινής επιχείρησης, της οποίας οι συναλλαγές με τις μητρικές της θα είχαν καθαρά εμπορικό χαρακτήρα¹⁰².

97. Εξάλλου, η ΕΑ έχει αποφανθεί ότι η αυτονομία μίας κοινής επιχείρησης πρέπει να αποκλειστεί και όταν η τελευταία περιορίζεται στην άσκηση απλώς και μόνο επικουρικών δραστηριοτήτων σε σχέση με τις επιχειρηματικές δραστηριότητες των μητρικών της ή έχει ευκαιριακό χαρακτήρα¹⁰³. Ακόμη, όπως έχει επισημάνει και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή¹⁰⁴, η κοινή επιχείρηση δεν είναι λειτουργικά αυτόνομη αν «αναλαμβάνει μόνο μία ειδική λειτουργία»¹⁰⁵ στο πλαίσιο των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων των μητρικών επιχειρήσεων χωρίς να έχει δική της πρόσβαση ή παρουσία στην αγορά¹⁰⁶.

98. Κατά βάση, λειτουργικά αυτόνομος χαρακτήρας της κοινής επιχείρησης σημαίνει ότι η τελευταία πρέπει να δραστηριοποιείται σε μια αγορά εκπληρώνοντας τις λειτουργίες που

¹⁰⁰Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.3003 – *Electrabel/EnergiaItaliana/Interpower*, «most of the electricity produced by Interpower will be committed to the parties, in proportion of their shareholdings, save for a [...] amount required to be sold on the Pool Market (i.e. approximately [5%-15%]). The electricity thus purchased by the parties will be sold either on the Pool or to their respective eligible customers via bilateral contracts. Furthermore, Interpower will have neither its own customers nor an independent commercial strategy. It will therefore depend for the greatest part of its turnover upon the sales to its parent companies. In the light of the above and in accordance with the Commission notice on the concept of full-function joint ventures, it can be concluded that the proposed joint-venture will not perform on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity within the meaning of Article 3(2) of the Merger Regulation», σκ. 10-11.

¹⁰¹ Βλ. ΕπΑντ 31/1996, ΠΕΤΡΟΛΙΝΑ, «Η ισχυρή παρουσία των ιδρυτικών επιχ/σεων σε αγορές στο προηγούμενο και στο επόμενο στάδιο της παραγωγής αποτελεί στοιχείο που πρέπει να ληφθεί υπόψη για να εκτιμηθεί κατά πόσο μία κοινή επιχ/ση έχει αυτόνομο χαρακτήρα όταν αυτή η παρουσία οδηγεί σε αξιόλογες αγοραπωλησίες μεταξύ των ιδρυτικών επιχ/σεων και της κοινής επιχ/σης. Όταν υπάρχει πρόθεση οι πωλήσεις από την κοινή επιχ/ση προς τις ιδρυτικές της να παρουσιάζουν χαρακτήρα διάρκειας το βασικό ερώτημα είναι αν ανεξάρτητα από τις πωλήσεις αυτές η κοινή επιχ/ση προορίζεται να παίζει ενεργητικό ρόλο στην αγορά. Από την άποψη αυτή συνιστά σημαντικό στοιχείο το ποσοστό που αντιπροσωπεύουν αυτές οι πωλήσεις [της κοινής προς τις μητρικές της] επί του συνόλου της παραγωγής της κοινής», § V [η έμφαση της απόφασης].

¹⁰² Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.8855 – *Otary/Eneco/Electrabel/JV*, σκ. 13-14. Βλ. και Autorité de la concurrence, décision n° 18-DCC-235, *Global Blue/Planet Payment*, σκ. 6.

¹⁰³ Βλ. και ΕπΑντ 509/VI/2010, *NordmilchII*, σκ. 4.

¹⁰⁴ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 95.

¹⁰⁵ Άλλως, «αναλαμβάνει έναν ειδικό τομέα», βλ. ΕπΑντ 447/V/2009, *Odeon/Πήγασος*, § VII.2, βλ. και ΕπΑντ 114/1998, *SPRINGTIME*, σκ. 6^α.

¹⁰⁶ Για μία περίπτωση όπου η κοινή επιχείρηση κρίθηκε ότι είχε αυτόνομη (δική της) παρουσία στην αγορά, βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M. 9040 – *France Télévisions/Métropole Télévision/TF1/JV*, « (b) Les activités de Salto iront au-delà d'une fonction spécifique pour les Mères dans la mesure où Salto développera une activité propre de distribution de chaînes de télévision de la TNT en clair sur sa propre plateforme OTT et sous sa propre marque. Salto développera également une activité propre d'éditeur SVOD à partir d'achats qu'elle effectuera directement auprès d'ayants droit de son choix, au regard de la ligne éditoriale qu'elle aura définie; (c) Sur la base de son Plan d'Affaires, les revenus de Salto seront essentiellement composés de recettes provenant des abonnements commercialisés auprès des consommateurs. Il est également prévu que Salto distribuera un certain nombre de chaînes et services tiers non édités par les Mères et, en ce qui concerne son offre SVOD, les achats de droits se feront quasi-exclusivement auprès d'ayants droits tiers [stratégie commerciale – négociation avec les tiers]», σκ. 10.

πραγματοποιούν συνήθως οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά¹⁰⁷. Η αξιολόγηση αυτή γίνεται κατά περίπτωση, ανάλογα με τις ειδικές συνθήκες και τα χαρακτηριστικά της σχετικής αγοράς και της υπό κρίση πράξης¹⁰⁸. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει προσδιορίσει ότι η κοινή επιχείρηση πρέπει να έχει μια διοίκηση που να ασχολείται με τις καθημερινές της δραστηριότητες και να διαθέτει πρόσβαση σε επαρκείς πόρους, με ενδεικτική αναφορά σε χρηματοδότηση, προσωπικό και περιουσιακά στοιχεία (ενσώματα και άυλα) προκειμένου να ασκεί σε μόνιμη βάση τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες στον τομέα που προβλέπει η συμφωνία σύστασης της κοινής επιχείρησης¹⁰⁹. Υπογραμμίζεται ότι οι συγκεκριμένοι αυτοί πόροι δεν αποτελούν απαραίτητες προϋποθέσεις που πρέπει σωρευτικά να πληρούνται για να κριθεί ότι μία κοινή επιχείρηση λειτουργεί αυτόνομα, αλλά συναξιολογούνται και εξετάζονται από κοινού στην κάθε υπόθεση. Έτσι, υπάρχουν περιπτώσεις που ένας ή περισσότεροι από αυτούς τους πόρους παρέχονταν στην κοινή επιχείρηση από τις μητρικές της, κρίθηκε όμως ότι η εν λόγω κοινή επιχείρηση ήταν αυτόνομη.

99. Περαιτέρω, όπως έχει αποφανθεί και η ΕΑ, «*βασικό στοιχείο αποτελεί η άσκηση ή μη, από την κοινή επιχείρηση, δικής της εμπορικής πολιτικής, που θα της επιτρέπει να αποφασίζει και να δρα ανεξάρτητα, να είναι δηλ. σε θέση να αποφασίσει τη θέση της σε θέματα ανταγωνισμού, λαμβάνοντας υπόψη μόνο τα δικά της συμφέροντα*»¹¹⁰. Η πρακτική αυτή της ΕΑ είναι σύμφωνη με τη θεωρία, σύμφωνα με την οποία «*Το γεγονός ότι οι μητρικές επιχειρήσεις διατηρούν το δικαίωμα να λαμβάνουν ορισμένες αποφάσεις που είναι σημαντικές για την ανάπτυξη της κοινής επιχείρησης, όπως είναι οι αποφάσεις που αφορούν μεταβολές των στόχων της επιχείρησης, αυξήσεις ή μειώσεις του κεφαλαίου ή χρησιμοποίηση κερδών δεν αναιρεί την οικονομική ανεξαρτησία της επιχείρησης. Αρκεί η κοινή επιχείρηση να μην χρησιμοποιείται από τις μητρικές επιχειρήσεις ως μέσο για την εξυπηρέτηση των συμφερόντων των τελευταίων*»¹¹¹.

100. Ειδικά, για το προσωπικό της κοινής επιχείρησης, σημειώνεται ότι, όπως προαναφέρθηκε, γενικά λαμβάνεται υπόψη ως πόρος της κατά την αξιολόγηση αναφορικά με τον αυτόνομο ή μη χαρακτήρα της¹¹². Το κρίσιμο στοιχείο όμως δεν είναι το αν το προσωπικό της κοινής υπάγεται στην ίδια ή στις μητρικές της επιχειρήσεις, αν αποσπάται από τις τελευταίες ή αν εργάζεται παράλληλα σε αυτές κ.λπ., αλλά το αν διοικείται και λαμβάνει εντολές από τη διοίκηση της κοινής. Έτσι, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει παγίως αξιολογήσει σε περιπτώσεις κοινών επιχειρήσεων, ότι, παρότι το προσωπικό τους δεν τους ανήκε, απολάμβαναν

¹⁰⁷ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 94.

¹⁰⁸ Βλ. και Levy, European Merger Control Law, παρ. 5.04[7], και Δημήτρης Τζουγανάτος (επιμ.), *Δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού*, § 17 Συγκεντρώσεις επιχειρήσεων (Ι. Κόκκορης – Δ. Λουκάς), σελ. 762.

¹⁰⁹ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 94.

¹¹⁰ Βλ. ΕπΑντ 447/V/2009, *Odeon/Πήγασος*, § VII.2 (έμφαση της απόφασης).

¹¹¹ Βλ. Δημήτρης Κουτσούκης, *Έλεγχος συγκεντρώσεων επιχειρήσεων (ερμηνεία των άρθρων 4-4στ Ν. 703/1977)*, σελ. 128.

¹¹² Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 94.

αυτονομίας καθώς αυτό τελούσε υπό τις εντολές της δικής τους διοίκησης και όχι των μητρικών τους¹¹³.

101. Σχετικά με τα περιουσιακά στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη ως πόροι για την αυτόνομη ή μη λειτουργία της κοινής επιχείρησης¹¹⁴, σημειώνεται ότι και αυτά δεν είναι απαραίτητο να της ανήκουν για να της προσδώσουν αυτό το χαρακτήρα. Ο παράγοντας από τον οποίο μπορεί να εξαρτηθεί η αυτονομία της κοινής επιχείρησης δεν είναι η μίσθωση ή η με αντίστοιχο τρόπο παραχώρηση σε αυτήν ορισμένων εγκαταστάσεων, όπως είναι π.χ. τα κτίρια, από τις μητρικές της, αλλά το αν, μέσω της παραχώρησης, οι τελευταίες μπορούν να την επηρεάζουν σε βαθμό που να την καθιστούν εξαρτημένη από αυτές¹¹⁵. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει κρίνει σε πολλές αποφάσεις της ότι η χρήση ακινήτων ή κινητών εγκαταστάσεων των μητρικών από την κοινή τους επιχείρηση δεν είχε επίδραση στην αξιολόγηση περί αυτονομίας, όπως για παράδειγμα ήταν η διατήρηση από τη μητρική της κυριότητας του επίμαχου ακινήτου ή η μίσθωσή του από την μητρική στην κοινή, καθώς οι μητρικές δεν μπορούσαν, εξ αυτού του λόγου, να αποκτήσουν οποιαδήποτε σημαντική επιρροή στην κοινή¹¹⁶.

¹¹³Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.7307, *Electricity Supply Board /Vodafone Ireland/JV*, όπου τμήμα του προσωπικού της κοινής παρείχετο από τις μητρικές, σκ. 9, COMP/M.1135 – *ELF/TEXACO/AntifreezeJV*, όπου το αποσπασμένο προσωπικό από τις μητρικές στην κοινή θα ήταν κάτω από την αρμοδιότητα της διοίκησης της κοινής, σκ. 7, COMP/M.648 – *McDermott/ETPM*, όπου το προσωπικό της κοινής ανήκε στις μητρικές της, σκ. 10, COMP/M.527 – *Thomson/Deutsche Aerospace AG*, όπου τμήμα του προσωπικού της κοινής παρείχε το από τις μητρικές, σκ. 10, COMP/M.310 – *Harrissons & Crosfield/AKZO*, ομοίως, σκ. 10, και COMP/M.266 – *RhônePoulencChimie/SITA*, όπου ρητά αναφέρεται ότι το τεχνικό προσωπικό της κοινής, προερχόμενο από τη μία μητρική της, θα εξακολουθούσε να ανήκει διοικητικά στην τελευταία αλλά θα υπαγόταν ιεραρχικά στην κοινή από όπου θα ελάμβανε εντολές, σκ. 12b.

¹¹⁴ Βλ. Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 94.

¹¹⁵Βλ. Levy, *European Merger Control Law*: «*Where a joint venture depends on (...) infrastructure (...) that are integrated into its parents' businesses, it may nevertheless be considered autonomous, provided its parents are unable to exercise undue influence over the joint venture so as to render it dependent on them. (...) The mere opportunity to use a parent's facilities will not necessarily undermine a joint venture's commercial autonomy*», παρ. 5.04[7][a][iii].

¹¹⁶ Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.3056 – *Celanese/Degussa/JV (EuropeanOxoChemicals)*, όπου οι μητρικές διατήρησαν και δεν μεταβίβασαν σημαντικές ακίνητες εγκαταστάσεις τους στην κοινή, ΕΕ L 38 της 10.02.2004, σελ. 47, σκ. 6, COMP/M.2694 – *Metronet/Infracore*, όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξομοίωσε, σχετικά με το θέμα της αυτονομίας, τη μίσθωση εγκαταστάσεων από τη μητρική στην κοινή, με την απόκτηση κυριότητας επί των εγκαταστάσεων αυτών από την κοινή, σκ. 18, COMP/M.727 – *BP/Mobil*, όπου κρίθηκε ότι αρκεί η αποκλειστική χρήση εγκαταστάσεων των μητρικών από την κοινή για να θεωρηθεί η τελευταία αυτόνομη, χωρίς να απαιτείται και η μεταβίβασή τους σε αυτή, σκ. 13, COMP/M.686 – *Nokia/Autoliv*, όπου η κοινή θα υπεκμίσθωνε από τη μητρική ακίνητες εγκαταστάσεις, διατηρώντας τη δυνατότητα να αποχωρήσει από αυτές, σκ. 7, και COMP/M.113 – *Courtaulds/SNIA*, όπου αναφέρεται ότι η σύναψη τεσσάρων συμβάσεων μίσθωσης ακινήτων από τις μητρικές στην κοινή δεν έθετε υπό αμφισβήτηση την αυτονομία της καθώς οι μητρικές δεν μπορούσαν, εξ αυτού του λόγου, να αποκτήσουν οποιαδήποτε σημαντική επιρροή στην κοινή, σκ. 8. Βλ. ακόμη και COMP/M.1020 – *GeCapital/SeaContainers*, όπου κινητά δεν μεταβιβάστηκαν από τη μητρική στην κοινή, σκ. 8, COMP/M.791 – *BritishGasTradingLtd/Group 4 UtilityServices*, όπου ακίνητα και κινητά θα μισθώνονταν στην κοινή, σκ. 9, και COMP/M.310 – *Harrissons&Crosfield/AKZO*, ομοίως για ακίνητα, σκ. 11.

V.3.3 Προϋποθέσεις δημιουργίας κοινής επιχείρησης: μόνιμος χαρακτήρας της κοινής επιχείρησης – λειτουργία σε μόνιμη βάση

102. Η κοινή επιχείρηση πρέπει να συστήνεται για να λειτουργεί σε μόνιμη βάση. Αυτό αποδεικνύεται κατά κανόνα από το γεγονός ότι οι ιδρυτικές εταιρείες της παρέχουν τους προαναφερθέντες πόρους και οι συμφωνίες για τη σύσταση κοινής επιχείρησης συνήθως προβλέπουν ορισμένους κινδύνους, όπως αποτυχία της κοινής επιχείρησης ή θεμελιώδη διαφωνία μεταξύ των ιδρυτικών εταιρειών. Αυτό γίνεται με την προσθήκη διατάξεων για την ενδεχόμενη λύση της ίδιας της κοινής επιχείρησης ή τη δυνατότητα μίας ή περισσότερων ιδρυτικών εταιρειών να αποχωρήσουν από την κοινή επιχείρηση. Αυτού του είδους οι διατάξεις δεν εμποδίζουν την κοινή επιχείρηση να θεωρηθεί ότι λειτουργεί σε μόνιμη βάση. Το ίδιο ισχύει κατά κανόνα και στην περίπτωση που η συμφωνία ορίζει μια χρονική περίοδο για τη διάρκεια της κοινής επιχείρησης, εφόσον είναι αρκετά μεγάλη ώστε να επιφέρει μόνιμη μεταβολή στη διάρθρωση των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, ή εφόσον η συμφωνία προβλέπει τη δυνατότητα συνέχισης της λειτουργίας της και πέρα από την περίοδο αυτή. Αντίθετα, η κοινή επιχείρηση δεν θεωρείται ότι λειτουργεί σε μόνιμη βάση, εφόσον ιδρύεται για ορισμένο σύντομο χρονικό διάστημα. Αυτό συμβαίνει, για παράδειγμα, εφόσον η κοινή επιχείρηση ιδρύεται για την εκτέλεση ενός συγκεκριμένου έργου, όπως η κατασκευή μιας μονάδας ηλεκτροπαραγωγής, χωρίς να συμμετέχει στη λειτουργία της μόλις ολοκληρωθεί η κατασκευή.

103. Η κοινή επιχείρηση δεν λειτουργεί επίσης σε επαρκώς μόνιμη βάση, αν εκκρεμούν αποφάσεις εκ μέρους τρίτων, με θεμελιώδη σημασία για την έναρξη των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων της. Οι περιπτώσεις αυτές αφορούν μόνο αποφάσεις που δεν περιορίζονται απλώς σε τυπικά ζητήματα και η έκβαση των οποίων συνήθως είναι αβέβαιη. Πρόκειται, για παράδειγμα, για αποφάσεις που αφορούν την ανάθεση σύμβασης (π.χ. σε δημόσιους διαγωνισμούς), άδειες εκμετάλλευσης (π.χ. στον τομέα των τηλεπικοινωνιών) ή δικαιώματα πρόσβασης σε ιδιοκτησία (π.χ. δικαιώματα άντλησης πετρελαίου και αερίου). Εφόσον δεν έχουν ληφθεί οι εν λόγω αποφάσεις, δεν είναι σαφές αν θα λειτουργήσει καν η κοινή επιχείρηση. Έτσι, στο στάδιο αυτό, η κοινή επιχείρηση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εκτελεί οικονομικές λειτουργίες σε μόνιμη βάση, και συνεπώς δεν χαρακτηρίζεται ως λειτουργικά αυτόνομη. Ωστόσο, μόλις ληφθεί απόφαση υπέρ της εν λόγω κοινής επιχείρησης, το σχετικό κριτήριο πληρούται και προκύπτει συγκέντρωση¹¹⁷.

V.3.4 Μεταβολές στις δραστηριότητες της κοινής επιχείρησης

104. Συγκέντρωση προκύπτει, αν μια μεταβολή στις δραστηριότητες υφιστάμενης κοινής επιχείρησης που δεν είναι λειτουργικά αυτόνομη οδηγεί στη δημιουργία κοινής επιχείρησης λειτουργικά αυτόνομης. Μπορούν να αναφερθούν τα ακόλουθα παραδείγματα: μεταβολή της

¹¹⁷Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 103 - 105. Βλ. και ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Καν. 4064/89 ως ίσχυε όσον αφορά τη διάκριση μεταξύ κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συγκέντρωσης και κοινών επιχειρήσεων με χαρακτήρα συνεργασίας, παρ. 12-16.

οργανωτικής δομής της κοινής επιχείρησης, ώστε να εκπληρώνει το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, κοινή επιχείρηση που εφοδίαζε προηγουμένως μόνο τις ιδρυτικές εταιρείες, και αρχίζει να δραστηριοποιείται σημαντικά στην αγορά ή περιπτώσεις όπως αυτές που περιγράφονται παραπάνω στο σημείο, όπου η κοινή επιχείρηση έχει ανάγκη από σημαντική εισροή πόρων για να αρχίσει στην δραστηριότητάς της στην αγορά, όπως άδεια εκμετάλλευσης για τον κλάδο των τηλεπικοινωνιών. Η εν λόγω μεταβολή στη δραστηριότητα της κοινής επιχείρησης συνήθως απαιτεί απόφαση των μετόχων της ή της διοίκησής της.

Συνεπώς, εφόσον ληφθεί η απόφαση βάσει της οποίας η κοινή επιχείρηση πληροί το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, προκύπτει συγκέντρωση¹¹⁸. Επισημαίνεται συναφώς ενδεικτικά, η απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση COMP/M.5241, American Express/Fortis/Alpha Card JV. Στο πλαίσιο της ως άνω υπόθεσης, η Alpha Card ήταν μια προϋπάρχουσα κοινή επιχείρηση (μη λειτουργικά αυτόνομη) που λειτουργούσε ήδη αρκετά χρόνια, έως ότου οι μητρικές εταιρείες αποφάσισαν να της χορηγήσουν μεγαλύτερη αυτονομία, μέσω τροποποίησης της συμφωνίας μετόχων, και, με αυτόν τον τρόπο, ενεργοποίησαν την υποχρέωση γνωστοποίησης της πράξης.

VI. ΥΠΑΓΩΓΗ ΣΤΗΝ ΠΑΡΟΥΣΑ ΥΠΟΘΕΣΗ

105. Στην υπό κρίση περίπτωση, του ελέγχου δηλ. της υποχρέωσης των εταιρειών ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ, ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ και ΔΕΗ ΤΕΡΝΑ να γνωστοποιήσουν τη σύσταση της κοινής επιχείρησης ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ, με βάση τα συλλεχθέντα από τη ΓΔΑ στοιχεία, τα υπομνήματα και τις απόψεις των μερών και τη νομολογία, λεκτέα είναι τα εξής:

VI.1 Αναφορικά με την προϋπόθεση της ύπαρξης κοινού ελέγχου

106. Όπως προαναφέρθηκε, στις 18 Απριλίου 2000¹¹⁹, οι εταιρείες α) ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ (η οποία ανήκει στον όμιλο ΔΕΗ με κύκλο εργασιών, το έτος 1999, 2.659.563.000 ευρώ), β) ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ (η οποία ανήκει στον όμιλο ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ με κύκλο εργασιών, το έτος 1999, 84.998.000 ευρώ)¹²⁰, και γ) ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΤΕΧΝΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ (η οποία ήδη ανήκε στον όμιλο ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ και το 2003 απορροφήθηκε από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ¹²¹) συνέστησαν την κοινή επιχείρηση ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ-ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΕ και απέκτησαν κοινό έλεγχο επ' αυτής.

¹¹⁸Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, παρ. 109.

¹¹⁹ Με το υπ' αριθμ. 39066/18.04.2000 συμβολαιογραφικό έγγραφο του συμβολαιογράφου Αθηνών Κωνσταντίνου Σπυρίδωνος Βέννη.

¹²⁰ Όπως αναφέρεται και παραπάνω στην οικονομική ανάλυση, τα ποσοτικά κριτήρια του άρθρου 4β του ν. 703/1977 πληρούνται, αφού ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση ανέρχεται στην εθνική αγορά, τουλάχιστον σε 150.000.000 ευρώ και δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, καθεμία χωριστά, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 15.000.000 ευρώ.

¹²¹ ΦΕΚ ΑΕ & ΕΠΕ 31/05.01.2004.

107. Στο άρθρο 15 της με αριθμό 39067/18.04.2000 Σύμβασης Μετόχων προβλέπεται ότι εάν τα αρμόδια όργανα της Εταιρείας (ΔΣ και ΓΣ) αδυνατούν να συμφωνήσουν στη λήψη ορισμένων αποφάσεων με την προβλεπόμενη από τη Σύμβαση για τις αποφάσεις αυτές πλειοψηφία, τότε η διαφωνία θα παραπέμπεται από το επιμελέστερο Μέρος στη Διαιτησία του όρου 14 της ίδιας ως άνω Σύμβασης Μετόχων. Συγκεκριμένα ο εν λόγω όρος της Σύμβασης Μετόχων ορίζει: «14.1 Οποιαδήποτε διαφορά των συμβαλλομένων που σχετίζεται με την εφαρμογή των όρων ή την ερμηνεία της παρούσας Σύμβασης ή με τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των Μερών ή και με οποιοδήποτε θέμα που προκύπτει από αυτές θα ή σχετίζεται με αυτές θα παραπέμπεται προς επίλυση σε Διαιτησία. Κάθε Μέρος θα ορίζει έναν Διαιτητή και στη συνέχεια οι δύο διοριζόμενοι Διαιτητές θα ορίζουν έναν τρίτο. Σε περίπτωση διαφωνίας, ο τρίτος Διαιτητής (Επιδιαιτητής) θα καθορίζεται από τον Πρόεδρο του Αρείου Πάγου». Συνεπεία αυτών, η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ έχει δικαίωμα με την ψήφο των μελών της επιλογής της να εμποδίσει τη λήψη απόφασης. Συνεπώς το εν λόγω δικαίωμα αρνησικυρίας, το οποίο μέχρι σήμερα δεν έχει τροποποιηθεί και συνεχίζει να ισχύει, προσδίδει κοινό έλεγχο επί της κοινής επιχείρησης.

108. Σε κάθε περίπτωση, όπως αναλύθηκε ανωτέρω από το κωδικοποιημένο καταστατικό της κοινής επιχείρησης και τη με αριθμό 39067/18.04.2000 Σύμβαση Μετόχων, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει προκύπτει ότι παρέχονται επαρκείς δυνατότητες στις αφορώσες επιχειρήσεις, ώστε να ασκούν επιρροή όσον αφορά τη στρατηγική επιχειρησιακή συμπεριφορά της κοινής επιχείρησης.

109. Σχετικά με τη δομή ιδιοκτησίας και ελέγχου της κοινής επιχείρησης, οι μητρικές εταιρείες ισχυρίζονται ότι η μετοχική της σύνθεση από τη σύστασή της το 2000 έως σήμερα έχει ως εξής: «ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ – 51% του μετοχικού κεφαλαίου και των δικαιωμάτων ψήφου και ΔΕΗ Ανανεώσιμες – 49% του μετοχικού κεφαλαίου και των δικαιωμάτων ψήφου».122

110. Από το τελευταίο κωδικοποιημένο (στις 20 Νοεμβρίου 2019) καταστατικό123 της κοινής επιχείρησης και από την ισχύουσα σύμβαση μετόχων προκύπτει ότι η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ, συνεχίζει να κατέχει το 51% του μετοχικού κεφαλαίου της κοινής και επιλέγει τα τρία (3) από τα πέντε (5) μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, ενώ η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ κατέχει το 49% του μετοχικού κεφαλαίου, και επιλέγει τα άλλα δύο (2) μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου

¹²²Ο.π. σελ. 2. Βλ. επίσης κοινό Υπόμνημα (αριθμ. πρωτ. 675/21.12.2020).

¹²³ Βλ. υπ' αριθμ. 6223/07.07.2020 απαντητική επιστολή παροχής στοιχείων της κοινής επιχείρησης.

(άρθρο 7.2.1)¹²⁴. Επιπλέον προκύπτει ότι σε σχέση με θέματα στρατηγικής σημασίας¹²⁵ οι αποφάσεις του διοικητικού συμβουλίου λαμβάνονται με αυξημένη πλειοψηφία 4/5 του συνολικού αριθμού των μελών του (άρθρο 7.2.3), ήτοι απαιτείται η παρουσία και η θετική ψήφος τουλάχιστον ενός εκ των διοριζομένων από τη μέτοχο μειοψηφίας ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ.

111. Με βάση τα ανωτέρω, οι μητρικές της κοινής εταιρείας επιχειρήσεις, ασκούν από το έτος 2000 έως και σήμερα κοινό έλεγχο επ'αυτής, γεγονός, που δεν αμφισβητείται, σε κάθε περίπτωση, από τα μέρη.

VI.2 Αναφορικά με την αυτονομία της κοινής επιχείρησης

112. Όπως προαναφέρθηκε, οι μητρικές της κοινής επιχείρησης στο πλαίσιο εξέτασης έτερης συγκέντρωσης, είχαν υποστηρίξει στην υπ' αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013 επιστολή τους, ότι η κοινή επιχείρηση λειτουργεί αυτοτελώς με δικούς της πόρους, προσωπικό και μέσα και διοικείται από πενταμελές Διοικητικό Συμβούλιο. Στο πλαίσιο διερεύνησης της παρούσας υπόθεσης με την υπ' αριθμ. πρωτ. 9705/11.12.2013 επιστολή, απαντώντας στην υπ' αριθμ. πρωτ. οικ. 9074/19.11.2013 επιστολή της ΓΔΑ, υποστηρίζουν ότι: «*Η δραστηριότητα της ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ που αφορά την παραγωγή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής διενεργείται από υπαλλήλους της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΒΕΤΕ («ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ»). Η παραγόμενη ενέργεια διοχετεύεται στην υποχρεωτική χονδρεμπορική αγορά του Ημερήσιου Ενεργειακού Προγραμματισμού, κατά τα περιγραφόμενα στο από 15ης Νοεμβρίου 2013 υπόμνημά μας. Συγκεκριμένα, όσον αφορά το ΜΥΗΕ της Ελεούσας, το μόνο έργο της εταιρείας το οποίο λειτουργεί σήμερα (ισχύος 6,60 MW, επί του ποταμού Αζιού, το οποίο λειτουργεί από το 2009), (α) η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ αποτελεί τον*

¹²⁴ Στο αρχικό καταστατικό σύστασης της κοινής (υπ' αριθμ. 39066/18.04.2000 του συμβολαιογράφου Αθηνών Κωνσταντίνου Σπυρίδωνος Βέννη) στο άρθρο 13 προβλέπεται ότι ο Πρόεδρος του πενταμελούς Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) θα προέρχεται από τα υποδειχθέντα από τη ΔΕΗ μέλη του ΔΣ, ενώ ο Διευθύνων Σύμβουλος θα προέρχεται από τα μέλη του ΔΣ τα οποία έχουν υποδειχθεί από την ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ ΑΕ και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΕ. Στην αρχική σύμβαση μετόχων υπ' αριθμόν 39067/18.04.2000, όπου προβλέπεται στο άρθρο 1.1 ότι τα ποσοστά συμμετοχής της εταιρίας ΥΔΡΟΗΛΕΚΤΡΙΚΗ είναι 26%, της εταιρίας ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ 25% και της εταιρίας ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ 49%, ορίζεται στο άρθρο 7.2.1 ότι το πρώτο ΔΣ θα απαρτίζεται από τα πρόσωπα που θα αναφέρονται στο συμφωνητικό συστάσεως της εταιρίας (καταστατικό) και εξ αυτών τρία θα είναι πρόσωπα επιλογής του πρώτου συμβαλλόμενου μέρους και τα δύο πρόσωπα επιλογής του δεύτερου συμβαλλόμενου μέρους (το άρθρο 7.2.1 προβλέπει ότι κατά τη συγκρότηση σε σώμα του ΔΣ θα εκλέγεται ως Πρόεδρος αυτού μέλος του το οποίο θα έχει διορισθεί από το δεύτερο συμβαλλόμενο μέρος και ως Διευθύνων Σύμβουλος μέλος το οποίο έχει εκλεγεί από το πρώτο συμβαλλόμενο μέρος).

¹²⁵ Οι αποφάσεις αυτές είναι: α) η δημιουργία οικονομικών υποχρεώσεων της εταιρίας εκτός εκείνων που αναφέρονται σε πρόσληψη διοικητικού ή εργατοτεχνικού προσωπικού της εταιρίας και για την πληρωμή των εν γένει υποχρεώσεων της εταιρίας πέραν του ποσού των 70.000 ευρώ, (β) η σύναψη δανείων και την έκδοση εγγυητικών επιστολών και εν γένει παροχή εγγυήσεων πέραν του ποσού των 160.000 ευρώ, (γ) η σύναψη συμβάσεων προμήθειας πέραν του ποσού των 35.000 ευρώ, (δ) η έγκριση των οικονομικών καταστάσεων της εταιρίας, (ε) η έγκριση υλοποίησης των προτεινόμενων έργων της παραγράφου 1.2 της Σύμβασης Μετόχων (άρθρο 7.2.3 της από 08.12.2011 κωδικοποιημένης Σύμβασης Μετόχων).

διαχειριστή του ΜΥΗΕ Ελεούσας, και (β) η παραγωγή του ΜΥΗΕ Ελεούσας παρακολουθείται από υπηρεσία της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ. Η εταιρεία ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ χρησιμοποιεί ως έδρα της ακίνητο, το οποίο ανήκει στη μητρική εταιρεία ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ και η χρήση του οποίου της παραχωρείται δωρεάν».

113. Επιπλέον, η κοινή επιχείρηση υποστήριξε ότι: «Οι μόνες συναλλαγές που έχουν καταγραφεί ανάμεσα στη ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ και τις μητρικές εταιρείες (ΔΕΗ Ανανεώσιμες Α.Ε. και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ αντίστοιχα) είναι οι ακόλουθες: (i) η κατασκευή του Μικρού Υδροηλεκτρικού Έργου («ΜΥΗΕ») της Ελεούσας από την κατασκευαστική εταιρεία του Ομίλου ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ, ΤΕΡΝΑ Α.Ε. (συγγενής επιχείρηση της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ)· (ii) η παροχή ηλεκτρικής ενέργειας από τη ΔΕΗ Α.Ε. προς το ΜΥΗΕ Ελεούσας (δηλαδή η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ είναι καταναλωτής ηλεκτρικής ενέργειας/πελάτης της ΔΕΗ Α.Ε. σε επίπεδο λιανικής)· και (iii) η δωρεάν παραχώρηση από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ του ακινήτου στο οποίο η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ στεγάζει τα κεντρικά γραφεία της».

114. Στην ερώτηση της ΓΔΑ σχετικά με τους κυριότερους προμηθευτές και πελάτες της, η κοινή επιχείρηση παραθέτει πίνακα με δεκαπέντε (15) προμηθευτές για το έτος 2012 που περιλαμβάνει τους εργαζομένους που απασχολούσε η κοινή επιχείρηση με συμβάσεις αορίστου χρόνου.

115. Αντιστοίχως, σε υπόμνημα που έχουν καταθέσει οι μητρικές εταιρείες (ΔΕΗ Ανανεώσιμες και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ)¹²⁶ στη ΓΔΑ σχετικά με τη δράση της κοινής επιχείρησης, αναφέρουν τα εξής: «Η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ συστάθηκε το 2000 με σκοπό την ανάπτυξη, κατασκευή, λειτουργία και εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας («ΑΠΕ»). Παρά το γεγονός ότι συστάθηκε το έτος 2000, η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ άρχισε την παραγωγική της δραστηριότητα στην αγορά για την παραγωγή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής μόλις τον Δεκέμβριο του έτους 2008. Σήμερα η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ λειτουργεί ένα μικρό υδροηλεκτρικό έργο («ΜΥΕ») στην Ελαιούσα, το οποίο έχει εγκατεστημένη ισχύ 6,6 MW και μέση ετήσια παραγωγή περίπου 30 GWh. Η εταιρεία έχει υποβάλει αίτηση για άδειες παραγωγής σε σχέση με άλλα τέσσερα ΜΥΕ».¹²⁷ Σημειώνεται ότι και σήμερα η κοινή επιχείρηση λειτουργεί μόνο το ΜΥΗΕ Ελεούσα.

116. Περαιτέρω, οι μητρικές εταιρείες προβάλλουν ότι : «4.1 Κατόπιν περαιτέρω επισταμένης νομικής ανάλυσης και λεπτομερούς εξέτασης των σχετικών με την ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ εγγράφων και του τρόπου λειτουργίας της, ενόψει του νομικού ζητήματος που εγείρεται κατά το πρώτον στην ως άνω επιστολή σας, τα Μέρη θεωρούν ότι η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δεν αποτελεί μία λειτουργικά αυτόνομη κοινή

¹²⁶ Με την υπ' αριθμ. πρωτ. 9025/15.11.2013 επιστολή.

¹²⁷ Ο.π. σελ. 1-2.

επιχείρηση¹²⁸. 4.2 Η δημιουργία μίας κοινής επιχείρησης που ασκεί μόνιμα όλες τις λειτουργίες μιας αυτόνομης οικονομικής μονάδας (της επονομαζόμενης “λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης”) αποτελεί συγκέντρωση κατά την έννοια του Κανονισμού Συγκεντρώσεων και του Νόμου 703/1977. 4.3 Η Ανακοίνωση Δικαιοδοσίας ΕΕ ορίζει στην παράγραφο 94 (Βλ. επίσης την παράγραφο 12 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην Ανακοίνωση για την έννοια των λειτουργικά αυτόνομων κοινών επιχειρήσεων με βάση τον Κανονισμό (ΕΚ) 4064/89 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (“**Ανακοίνωση λειτουργικής αυτονομίας**”) τα βασικά κριτήρια σύμφωνα με τα οποία μία κοινή επιχείρηση χαρακτηρίζεται ως «λειτουργικά αυτόνομη». Συγκεκριμένα, η Ανακοίνωση Δικαιοδοσίας ΕΕ ορίζει ότι προκειμένου να χαρακτηριστεί ως “λειτουργικά αυτόνομη”, μία κοινή επιχείρηση πρέπει να δραστηριοποιείται σε μια αγορά εκπληρώνοντας τις λειτουργίες που πραγματοποιούν συνήθως οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά. Για το σκοπό αυτό, η κοινή επιχείρηση πρέπει να έχει διοίκηση που ασχολείται με τις καθημερινές της δραστηριότητες και πρόσβαση σε επαρκείς πόρους, ιδίως χρηματοδότηση, προσωπικό και περιουσιακά στοιχεία προκειμένου να ασκεί σε μόνιμη βάση τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες στον τομέα που προβλέπει η συμφωνία σύστασης κοινής επιχείρησης. 4.4 Ωστόσο, όπως εξηγείται κατωτέρω, η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ εξαρτάται από τις μητρικές εταιρείες και την οικονομική και τεχνική τους υποστήριξη: (α) η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τις μητρικές εταιρείες και από κρατικές επιχορηγήσεις για την χρηματοδότηση των επενδύσεων της· (β) το τεχνικό και διοικητικό προσωπικό αποσπάται από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ στη ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ή κατέχει παράλληλα θέσεις και στις δύο εταιρείες· και (γ) η έδρα της εταιρείας ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ βρίσκεται σε ακίνητο της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ που της παραχωρείται δωρεάν (δηλαδή, δεν καταβάλλεται μίσθωμα). 4.5 Επιπλέον, η δραστηριότητα της ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ που αφορά την παραγωγή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής (“**χονδρεμπορική αγορά**”) διενεργείται από υπαλλήλους της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ. Συγκεκριμένα, όσον αφορά το μόνο έργο της εταιρείας το οποίο λειτουργεί σήμερα, δηλαδή το ΜΥΕ της Ελαιούσας:

- η ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ αποτελεί τον διαχειριστή του ΜΥΕ Ελαιούσας·
- η παραγωγή του ΜΥΕ Ελαιούσας παρακολουθείται από υπηρεσία της ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ.

4.6 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δε διαθέτει επαρκείς πόρους ώστε να λειτουργεί ανεξάρτητα στην αγορά και δεν ασκεί οποιαδήποτε δραστηριότητα έναντι των παραγόντων της αγοράς. Ως αποτέλεσμα, μπορεί να θεωρηθεί ότι η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ δεν αποτελούσε κατά τη σύσταση της και δεν αποτελεί έως σήμερα “λειτουργικά αυτόνομη κοινή επιχείρηση” και, επομένως, δε συνιστά

¹²⁸ Έμφαση των Συντακτών της Απόφασης.

“συγκέντρωση” κατά την έννοια του Κανονισμού Συγκεντρώσεων και του Νόμου 703/1977». ¹²⁹Οι μητρικές επιχειρήσεις καταλήγουν δε, ότι: «5.1 Τα Μέρη θεωρούν, επομένως, ότι ουδεμία υποχρέωση γνωστοποίησης σύμφωνα με την ελληνική νομοθεσία ελέγχου των συγκεντρώσεων (Νόμος 703/1977) προκύπτει από τη σύσταση της ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ το έτος 2000 δεδομένου ότι αυτή δε διαθέτει επαρκείς πόρους ώστε να λειτουργεί ανεξάρτητα στην αγορά και δεν ασκεί οποιαδήποτε δραστηριότητα έναντι των παραγόντων της αγοράς. Επομένως, δεν αποτελεί μία “λειτουργικά αυτόνομη κοινή επιχείρηση” και δεν συνιστά “συγκέντρωση” κατά την έννοια του Κανονισμού Συγκεντρώσεων και του Νόμου 703/1977. 5.2 Σε κάθε περίπτωση, η ΔΕΗ Ανανεώσιμες/ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ από το καταστατικό της συστάθηκε και λειτουργεί έως σήμερα με σκοπό την εκμετάλλευση μονάδων παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ. Επομένως, η λειτουργία της δεν θα μπορούσε να επιφέρει οποιαδήποτε επίδραση στον ανταγωνισμό στην ελληνική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, λαμβάνοντας υπόψη τις διατάξεις που αφορούν την παραγωγή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής, σύμφωνα με τις οποίες η προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ σε επίπεδο χονδρεμπορικής αγοράς στην Ελλάδα δεν πραγματοποιείται υπό συνθήκες ανταγωνισμού». ¹³⁰ Σχετικώς επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην υπόθεση C(2008)824 κατά της Ελληνικής Δημοκρατίας για την παραχώρηση αποκλειστικών δικαιωμάτων στην χρήση λιγνίτη, η κατάσταση αυτή οφειλόταν αποκλειστικά και μόνο στο γεγονός ότι η ΔΕΗ έχει ήδη μονοπωλήσει τη συγκεκριμένη δραστηριότητα (την εξόρυξη λιγνίτη) κι έχει μεθοδεύσει την κάθετη ολοκλήρωσή της (με την αγορά χονδρικής προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας). Η χονδρική προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας από τρίτους, πλην της ΔΕΗ, παραγωγούς κατέστη δυνατή στην Ελλάδα μόλις από τον Μάιο του 2005 και μετά, οπότε δημιουργήθηκε ο υποχρεωτικός

¹²⁹Ο.π. σελ. 3-4.

¹³⁰Ο.π. σελ. 4.

μηχανισμός χονδρικής (του ν. 3826/2005). **Προ του Μαΐου του 2005, η ΔΕΗ ήταν ο οιονεί αποκλειστικός παραγωγός ηλεκτρικής ενέργειας**^{131,132}.

117. Σημειώνεται, ότι τόσο στα υπομνήματα (βλ. υπόμνημα και συμπληρωματικό υπόμνημα), όσο και κατά την ακροαματική διαδικασία (βλ. Πρακτικό υπ' αριθμ. 3/08.01.2021), τα μέρη αναφέρουν επίσης ότι, τόσο κατά την σύσταση (2000) όσο και την αδειοδότησή της (2001), η ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ δεν ήταν λειτουργικά αυτόνομη, λαμβάνοντας υπόψη τις πωλήσεις αυτής το κρίσιμο χρονικό διάστημα μόνο προς την μία μητρική (ΔΕΗ). Εάν ληφθούν, συνεπώς, οι πωλήσεις προς τρίτους (διάδοχες της ΔΕΗ νομικές οντότητες) ως κριτήριο μετάβασης στη λειτουργική αυτονομία, επισημαίνεται ότι αυτό προέκυψε από εξωγενείς παράγοντες (ήτοι την αλλαγή του νομοθετικού πλαισίου - απελευθέρωση της αγοράς), το οποίο δεν μπορεί να καταλογιστεί στη βούληση των μερών.

118. Σε σχέση με την πλήρωση των απαιτούμενων κριτηρίων προκειμένου να κριθεί εάν η κοινή επιχείρηση λειτουργικά αυτόνομη παρατηρούνται τα εξής:

(α) Επαρκείς πόροι για την ανεξάρτητη λειτουργία στην αγορά

119. Από την έρευνα της ΓΔΑ προκύπτει ότι οι μητρικές εταιρείες κατέβαλαν μετοχικό κεφάλαιο για τη δημιουργία της κοινής επιχείρησης, και το επαύξαναν κάθε φορά που αυτό

¹³¹Η περιορισμένη παραγωγή των υπολοίπων Ελλήνων παραγωγών επωλείτο στον ΔΕΣΜΗΕ σε υποκείμενες σε κρατική ρύθμιση τιμές, και η μοναδική εναλλακτική πηγή χονδρικής προμήθειας ήταν οι εισαγωγές, οι οποίες χρησιμοποιούνταν απευθείας για τη λιανική προμήθεια. Σύμφωνα με την εν λόγω Απόφαση η περίοδος της ως άνω παράβασης άρχεται από το 1981 οπότε και προσχώρησε στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα η Ελλάδα. Αν ληφθεί υπόψη ότι το 1996, με την έκδοση της οδηγίας 96/92/ΕΚ, κατέστη σαφές για την Ελλάδα ότι θα ήταν υποχρεωμένη να απελευθερώσει την ελληνική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, δεν είναι δυνατό να παραβλεφθούν οι πρακτικές της Ελλάδας από το συγκεκριμένο χρονικό σημείο και μετά. Επίσης για την περίοδο προ του 2008 όπου και διαπιστώνεται η ενίσχυση και η διατήρηση της δεσπόζουσας θέσης της ΔΕΗ στην ελληνική αγορά χονδρικής παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας με την ως άνω απόφαση η Ευρωπαϊκή Επιτροπή απέστειλε στις 13 Οκτωβρίου 2004 επίσημη προειδοποιητική επιστολή προς την Ελλάδα καλώντας τη να ενσωματώσει στην ελληνική νομοθεσία τη δεύτερη οδηγία περί ηλεκτρικής ενέργειας (2003/54/ΕΚ), δεδομένου ότι η Ελλάδα δεν είχε προβεί στην ενσωμάτωση αυτή εντός της ταχθείσας προθεσμίας. Στις 22 Δεκεμβρίου 2005 θεσπίζεται ο ν.3426/2005 με σκοπό την ενσωμάτωση της οδηγίας στην εσωτερική νομοθεσία. Στις 4 Απριλίου 2006, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή απέστειλε και άλλη επίσημη προειδοποιητική επιστολή προς την Ελλάδα για μη ενσωμάτωση στην ορισμένων στοιχείων της οδηγίας 2003/54/ΕΚ, ιδίως σε σχέση με την παράλειψη κοινοποίησης υποχρεώσεων δημόσιας υπηρεσίας και σε σχέση με τον μη διαχωρισμό ή τον ανεπαρκή διαχωρισμό, των φορέων διαχείρισης του συστήματος μεταφοράς και του συστήματος διανομής, κατά τρόπον ώστε να διασφαλίζεται η ανεξαρτησία τους. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή απέστειλε αιτιολογημένη γνώμη στην Ελλάδα στις 15 Δεκεμβρίου 2006.

¹³²Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου άλλωστε, ένα μέτρο κράτους μέλους δύναται να παραβιάζει το άρθρο 86 παράγραφος 1 νυν άρθρο 106 ΣΛΕΕ σε συνδυασμό με το άρθρο 82 νυν άρθρο 102 ΣΛΕΕ όταν η άσκηση και μόνο των εν λόγω αποκλειστικών δικαιωμάτων που έχουν χορηγηθεί στην οικεία επιχείρηση την άγει σε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσεώς της ή όταν τα δικαιώματα αυτά είναι ικανά να δημιουργήσουν μια τέτοια κατάσταση, που οδηγεί εκ των πραγμάτων την επιχείρηση αυτή σε τέτοια καταχρηστική συμπεριφορά. Βλ. C-163/96 Raso Συλλογή 1998, I-533, σκέψη 27-29. Το Δικαστήριο έχει ακόμη αποφανθεί ότι αν η ανισότητα ευκαιριών μεταξύ επιχειρηματιών και, συνεπώς, η στρέβλωση του ανταγωνισμού αποτελούν συνέπεια κρατικού μέτρου, το μέτρο αυτό αποτελεί παράβαση του άρθρου 86 παράγραφος 1, σε συνδυασμό με το άρθρο 82. Βλ. C-462/99 ConnectAustria, σκέψη 84.

κρινόταν απαραίτητο. Επιπλέον, από την αρχή της σύστασης της εταιρείας και καθώς αυτή δεν είχε το απαραίτητο οικονομικό μέγεθος οι μητρικές είχαν δεσμευτεί ότι θα κάλυπταν στο ακέραιο τις ανάγκες των επενδύσεων. Επιπλέον η κοινή επιχείρηση διαθέτει περιουσιακή αυτοτέλεια, υπό την έννοια ότι ήταν φορέας της υλοποίησης του υδροηλεκτρικού έργου ισχύος 6,6MW στην θέση φράγμα Αξιού Ελεούσας του Δήμου Χαλκηδόνος του Νομού κατέχοντας όμως από το 2001 και εντεύθεν τις απαιτούμενες άδειες λειτουργίας και εγκατάστασης και παραγωγής ηλεκτρικού ρεύματος μέσω υδροηλεκτρικής ενέργειας, την ιδιοκτησία επί των ακινήτου στο οποία είναι εγκατεστημένο το υδροηλεκτρικό, καθώς και τον απαιτούμενο για τη λειτουργία και την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας εξοπλισμό και συγκεκριμένα δύο στροβίλους τύπου Kaplan οριζοντίου άξονα ισχύος 3400 KW έκαστος.

120. Περαιτέρω σημειώνεται, όπως προαναφέρθηκε, ότι στο πλαίσιο της γνωστοποίησης της συγκέντρωσης σχετικά με τη μεταβολή του κοινού ελέγχου στην εταιρεία «WASTESYCLO»¹³³, τα μέρη (μητρικές εταιρείες) ανέφεραν ότι η κοινή επιχείρηση ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ είναι αυτόνομη¹³⁴. Ωστόσο, ακολούθως, αναφέρουν ότι η ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ δεν διαθέτει αυτονομία¹³⁵. Συγκεκριμένα, αναφορικά με το προσωπικό της κοινής, αναφέρουν ότι είναι αποσπασμένο από τις μητρικές ή διατηρεί παράλληλη απασχόληση σε αυτές¹³⁶, το οποίο όπως επικαλούνται, αποκλείει τον αυτόνομο χαρακτήρα¹³⁷. Περαιτέρω, η κοινή έχει προσκομίσει κατάλογο εργαζομένων για τα έτη 2001 – 2013 όπου απασχολεί μισθωτούς υπαλλήλους και υπαλλήλους με σύμβαση παροχής υπηρεσιών χωρίς να απασχολούνται παράλληλα σε κάποια από τις δύο μητρικές (ήδη από το 2001¹³⁸)¹³⁹. Επισημαίνεται ότι σύμφωνα με την Έκθεση του 2019 της κοινής επιχείρησης για το εν λόγω προσωπικό καταγράφονται αμοιβές για τους μισθούς του, ασφαλιστικές εισφορές κ.α.. Το 2012 ο μέσος όρος απασχολούμενου προσωπικού στην εταιρεία ήταν έξι (6) άτομα. Τα έτη 2018 και 2019 το προσωπικό της εταιρείας ήταν πέντε (5) άτομα.

¹³³ Αριθμ. πρωτ. 4467/31.05.2013.

¹³⁴ Βλ. απάντ. 4.4 του αριθμ. πρωτ. 4947/18.06.2013. Βλ. επίσης και άρθρο 4 της από 08.12.2011 κωδικοποιημένης Σύμβασης Μετόχων όπου ορίζεται ότι η κοινή επιχείρηση «*λειτουργεί αυτοτελώς με δικούς της πόρους, προσωπικό και μέσα*».

¹³⁵ Βλ. αριθμ. πρωτ. 9025/15.11.2013 σελ. 3 παρ. 4.4.

¹³⁶ Οι μητρικές εταιρείες προσκόμισαν πλήρη κατάλογο των εργαζομένων της κοινής, περιόδου 2001-2013, βλ. υπ' αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.2013, Παράρτημα 5.

¹³⁷ Σε άλλο σημείο οι εμπλεκόμενες μητρικές αναφέρουν ότι «*Η δραστηριότητα της [κοινής] που αφορά την παραγωγή και την προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής διενεργείται από υπαλλήλους της ΤΕΡΝΑ*», αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.2013.

¹³⁸ Βλ. Κατάσταση Αποτελεσμάτων Χρήσεως 1^{ης} Διαχειριστικής Περιόδου από 14.07.2000 – 31.12.2001, όπου αναφέρεται ότι ο «Μέσος όρος Διοικητικού Προσωπικού: 1 άτομο» το «Συνολικό κόστος Αμοιβών προσωπικού: 3.847.770 δρχ.». Βλ. επίσης Ετήσια Οικονομική Έκθεση της κοινής για την περίοδο 01.01.2006 έως 31.12.2006. Συγκεκριμένα η εν λόγω έκθεση αναφέρει: «*Η Εταιρεία απασχόλησε 2 άτομα προσωπικό τόσο κατά την κλειόμενη όσο και κατά την προηγούμενη χρήση*» (Συν. στην υπ' αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.2013 απαντητική επιστολή).

¹³⁹ Βλ. Παράρτημα 5 της υπ' αριθμ. 9605/06.12.2013 απαντητικής επιστολής.

121. Οι μητρικές εταιρείες ισχυρίζονται επίσης, σχετικά με το ακίνητο της έδρας της κοινής, επιχείρησης¹⁴⁰, ότι της παραχωρείται δωρεάν από τη μία μητρική της και συνεπώς της στερεί την αυτονομία της, επισημαίνεται ότι, ανεξάρτητα από το γεγονός ότι φαίνεται να πρόκειται για μικρών διαστάσεων γραφεία που στεγάζουν μονοψήφιο αριθμό υπαλλήλων, ουσιαστικό κριτήριο περί αυτονομίας ή μη της κοινής συνιστά, όπως προαναφέρθηκε, το αν η τελευταία τελεί σε σχέση εξάρτησης από τις μητρικές της εξαιτίας της εν λόγω παραχώρησης του συγκεκριμένου ακινήτου^{141,142} δεν προέκυψε ώστε να αποκλεισθεί λόγω αυτού η αυτονομία της. Επιπλέον, δεν υπάρχει καμία ρήτρα ή όρος που να μην επιτρέπει στην κοινή να αποχωρήσει από τα συγκεκριμένα γραφεία¹⁴³.

122. Επίσης, οι εμπλεκόμενες μητρικές υποστηρίζουν ότι η κοινή «εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τις μητρικές εταιρείες και από κρατικές επιχορηγήσεις για την χρηματοδότηση των επενδύσεών της»¹⁴⁴.

123. Η ΓΔΑ απέστειλε ερωτηματολόγια¹⁴⁵ στην κοινή επιχείρηση από τις απαντήσεις της οποίας¹⁴⁶ προέκυψε ότι η κοινή επιχείρηση δημοσίευε οικονομικές καταστάσεις, ήτοι ισολογισμούς και καταστάσεις αποτελεσμάτων χρήσεων για τις περιόδους από τον Ιούλιο του 2000. Οι κύκλοι εργασιών της εταιρείας τα έτη 2000 – 2007 είναι μηδενικοί. Στον πίνακα 3 αναφέρονται οι κύκλοι εργασιών της εταιρείας τα έτη 2008 – 2019.

Πίνακας 3: Οι κύκλοι εργασιών της κοινής επιχείρησης από το 2008 έως το 2019

Έτος	Ποσά σε Ευρώ ('000)
2008 ¹⁴⁷	1
2009	2.575
2010	2.739
2011	2.652
2012	2.272
2013	2.483
2014	2.219
2015	2.445
2016	3.167
2017	1.668
2018	3.034
2019	1.967

Πηγή: Οι οικονομικές καταστάσεις χρήσεως της κοινής επιχείρησης

¹⁴⁰ Βλ. και αριθμ. πρωτ. 9025/15.11.2013.

¹⁴¹ Βλ. σχετικά και την ΕπΑντ 694/2019 για την έγκριση της απόκτησης κοινού ελέγχου από τις εταιρίες ΔΕΗ ΑΝ και VOLTERRA επί των εταιριών VOLTERRA K-R και VOLTERRA ΛΥΚΟΒΟΥΝΙ.

¹⁴² Οι εμπλεκόμενες προσκόμισαν τα Πρακτικά ΓΣ και ΔΣ περιόδου 2001-2012.

¹⁴³ Βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.686 – Nokia/Autoliv, σκ. 7.

¹⁴⁴ Αριθμ. πρωτ. 9025/15.11.2013.

¹⁴⁵ Βλ. τις υπ' αριθμ. οικ. 9074/19.11.2013 και οικ. 2267/19.03.2014 επιστολές.

¹⁴⁶ Βλ. τις υπ' αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.2013, 9705/11.12.2013 και 2598/04.04.2014 απαντήσεις της κοινής επιχείρησης.

¹⁴⁷ Η δραστηριοποίηση της ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ ξεκίνησε τον Δεκέμβριο του 2008.

124. Επομένως, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η κοινή επιχείρηση πραγματοποιεί έσοδα από το 2009 και εντεύθεν¹⁴⁸.

125. Η εταιρεία απέκτησε πόρους αρχικά από χρηματοδότηση από το ΕΠΕ (την οποία στη συνέχεια υποχρεώθηκε να επιστρέψει) και στη συνέχεια χρηματοδότηση από το ΕΠΑΝ. Από το 2006 όμως εμφανίζονται δάνεια αρχικά βραχυπρόθεσμα και στη συνέχεια μακροπρόθεσμα. Επιπλέον, όπως ελέγχθη αμέσως ανωτέρω, η κοινή επιχείρηση εμφανίζει έσοδα από το 2009¹⁴⁹. Οι εκκαθαρίσεις από τον πρώην ΛΑΓΗΕ νυν ΔΑΠΕΕΠ εκδίδονται από το 2009 στο δικό της όνομα και για δικό της λογαριασμό. Αυτό ενισχύει την κρίση ότι το κριτήριο της αυτονομίας, ότι δηλ. η κοινή επιχείρηση πρέπει να εκτελεί τις λειτουργίες που συνήθως και κανονικά αναλαμβάνονται από επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά¹⁵⁰, πληρούται στην παρούσα υπόθεση.

126. Εξάλλου, το 2011 πραγματοποιήθηκε η πρώτη μείωση του μετοχικού κεφαλαίου ύστερα από απόφαση της Γενικής Συνέλευσης. Επομένως, η κοινή επιχείρηση φαίνεται να εξασφαλίζει επαρκείς χρηματοοικονομικούς πόρους για την ανεξάρτητη λειτουργία της στην αγορά και από το 2009 έχει κύκλο εργασιών¹⁵¹.

127. Επιπλέον, η κοινή επιχείρηση αναλαμβάνει η ίδια τον επιχειρηματικό κίνδυνο της δραστηριότητάς της¹⁵². Κατά την Ετήσια Οικονομική Έκθεση της 31.12.2012 της κοινής αναφέρεται ότι *«Η εταιρεία καθορίζει το ύψος του κεφαλαίου αναλογικά με τον κίνδυνο των δραστηριοτήτων, παρακολουθεί τις εξελίξεις στο οικονομικό περιβάλλον και την επίδρασή τους στα χαρακτηριστικά κινδύνου, και διαχειρίζεται την κεφαλαιακή δομή (σχέση δανεισμού προς κεφάλαια) με την προσαρμογή του ύψους και της διάρκειας του δανεισμού, την έκδοση νέων μετοχών ή την επιστροφή κεφαλαίου στους μετόχους, την προσαρμογή του ύψους του μερίσματος ή και την πώληση μεμονωμένων ή ομάδων περιουσιακών στοιχείων. Η εταιρεία χρηματοδοτεί την κατασκευή των έργων της μέσω ενός μείγματος ιδίων κεφαλαίων, τραπεζικού δανεισμού και κρατικών επιχορηγήσεων»*¹⁵³, χωρίο που περιέχει και η Ετήσια Οικονομική Έκθεση της 31.12.2019 (παρ. 29).

¹⁴⁸ Βλ. και τις καταστάσεις χρήσεως της κοινής.

¹⁴⁹ Από το 2009 η επιχείρηση εμφανίζει έσοδα από τον λειτουργούντα υδροηλεκτρικό σταθμό Ελεούσα.

¹⁵⁰ Βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.2439 – *HitachiSTMicroelectronics/SuperHJV*, σκ. 12, όπου για να κριθεί η κοινή επιχείρηση ως αυτόνομη λήφθηκε υπόψη η πηγή των εσόδων της που θα ήταν, εκτός από τις μητρικές της, κατά το μεγαλύτερο μέρος τρίτοι αδειούχοι βιομηχανικών δικαιωμάτων.

¹⁵¹ Ενώ, σύμφωνα με τις Οικονομικές Καταστάσεις του 2019 τα χρηματικά διαθέσιμα της κοινής εταιρείας στις 31 Δεκεμβρίου 2019 ήταν 8,7 εκατομμύρια ευρώ, τα οποία διατηρούσε σε καταθέσεις όψεως, ενώ είχε αναλάβει και τραπεζικό δανεισμό αξίας 10,4 εκατομμυρίων ευρώ για τις ανάγκες ανάπτυξης του Υδροηλεκτρικού Σταθμού της Εταιρείας. Βλ. Ετήσια Οικονομική Έκθεση του 2019.

¹⁵² Βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.102 – *TNT/CanadaPost, DBPPostdienst, LaPoste, PTTPost&SewdenPost*, σκ. 13.

¹⁵³ Προσκομίσθηκε με το αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.13, Παράρτ. 2.

128. Επιπροσθέτως, σύμφωνα με τις Οικονομικές Καταστάσεις του 2019, η κοινή επιχείρηση διέθετε συνολικά πάγια περιουσιακά στοιχεία αξίας 17,6 εκατομμυρίων ευρώ εκ των οποίων, κτίρια και εγκαταστάσεις αξίας 4,6 εκατομμυρίων ευρώ, μηχανολογικό εξοπλισμό αξίας 12,7 εκατομμυρίων ευρώ, κ.α.¹⁵⁴. Όσον αφορά τα μέσα, προβαίνει στην αγορά του αναγκαίου εξοπλισμού (π.χ. έπιπλα, αυτοκίνητο), προκειμένου να καλύψει τις ανάγκες της ενώ οι ως άνω πόροι (πάγια στοιχεία, μηχανήματα και προσωπικό) αναμένεται να αυξηθούν περαιτέρω με την έναρξη λειτουργίας των λοιπών εγκαταστάσεων παραγωγής ηλεκτρικού ρεύματος της κοινής επιχείρησης¹⁵⁵.

129. Ωστόσο, πρέπει να σημειωθεί ότι, λαμβανομένου υπόψη του ειδικού καθεστώτος ΑΠΕ που εισήχθη με τον ν. 2244/1994 και παραμένει σε ισχύ στην ελληνική έννομη τάξη (ν. 3468/2006 και σχετικές τροποποιήσεις του εν λόγω νομικού πλαισίου), και ιδίως της σε ισχύ υπ' αριθμ. 116/2007 σύμβαση πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας με τον «ΔΕΣΜΗΕ» νυν «ΔΑΠΕΕΠ», η κοινή επιχείρηση δεν διαθέτει δική της εμπορική πολιτική, που της επιτρέπει να αποφασίζει και να δρα ανεξάρτητα. Η κοινή επιχείρηση δεν είναι σε θέση να αποφασίσει τη στρατηγική της σε θέματα ανταγωνισμού και να διαμορφώσει την δική της ανεξάρτητη εμπορική πολιτική, λαμβάνοντας υπόψη μόνο τα δικά της συμφέροντα, και τούτο λόγω του ειδικού καθεστώσ τιμολόγησης και δραστηριοποίησης των ΑΠΕ, σύμφωνα με το οποίο η παραγόμενη ενέργεια από ΑΠΕ εγγέεται κατά προτεραιότητα στο σύστημα ηλεκτρικής ενέργειας αλλά σε κάθε περίπτωση ρυθμίζεται τιμολογιακά.

(β) Δραστηριότητες πέραν μιας ειδικής λειτουργίας για τις ιδρυτικές εταιρείες

130. Από τον σκοπό της σύστασης της κοινής επιχείρησης προκύπτει ότι δημιουργήθηκε για να αναλάβει μόνο μια ειδική λειτουργία στο πλαίσιο των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων των ιδρυτικών επιχειρήσεων της που ήταν η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας μέσω ΑΠΕ υπό ρυθμιζόμενο καθεστώς και σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 2244/1994 όπως ίσχυε τότε και εντεύθεν (ν. 3468/2006). Η διαπίστωση αυτή κατατείνει υπέρ της κρίσης ότι κατά το χρόνο σύστασής της η κοινή επιχείρηση δεν είχε λειτουργική αυτονομία.

131. Ωστόσο, από τα ανωτέρω αναφερόμενα προκύπτει ότι πλέον εν έτει 2020 η εταιρεία έχει πρόσβαση και παρουσία στην αγορά της ηλεκτρικής ενέργειας ως προς τις μητρικές της. Η λειτουργικότητά της συνεπώς πλέον δεν εξαρτάται από τις μητρικές της ούτε ασκεί μία ειδική ή επικουρική προς αυτές οικονομική δραστηριότητα με την ανάληψη μίας

¹⁵⁴ Βλ. Οικονομικές Καταστάσεις 2019 της ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ.

¹⁵⁵ Υπενθυμίζεται σχετικά ωστόσο ότι στην εν λόγω αγορά παραγωγής ηλεκτρικού ρεύματος από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας (εν προκειμένω από την υδροηλεκτρική ενέργεια) κυριαρχούν οι αυτοματισμοί κατά την παραγωγική διαδικασία και ως εκ τούτου δεν υπάρχει ανάγκη για απασχόληση αυξημένου προσωπικού. Βλ Απόφαση Επιτροπής Ανταγωνισμού 694/2019 σελ. 30.

«ειδικής λειτουργίας» στα πλαίσια των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων τους¹⁵⁶, αλλά αντίθετα διαθέτει πρόσβαση και αυτόνομη παρουσία στην αγορά, καθώς εκπληρώνει τις λειτουργίες που πραγματοποιούν και οι λοιπές αντίστοιχες εταιρείες στην ίδια αγορά¹⁵⁷. Επιπλέον, έχει δική της διοίκηση¹⁵⁸ που ασχολείται με τις καθημερινές της δραστηριότητες, ενώ εξάλλου συνάπτει η ίδια συμβάσεις στο όνομα και για λογαριασμό δικό της, και σε καμία περίπτωση δεν ενεργεί ως εμπορικός αντιπρόσωπος των μητρικών της¹⁵⁹.

(γ) Σχέσεις αγοράς/πώλησης με τις ιδρυτικές εταιρείες

132. Σύμφωνα με την Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση Δικαιοδοσίας ΕΕ (παρ. 98), εφόσον η κοινή επιχείρηση πρόκειται να πραγματοποιεί σε μόνιμη βάση πωλήσεις προς τις ιδρυτικές της εταιρείες, το βασικό ζήτημα είναι κατά πόσον, ανεξάρτητα από τις πωλήσεις αυτές, η κοινή επιχείρηση μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι οικονομικά αυτόνομη από επιχειρησιακή άποψη. Σύμφωνα με την Ανακοίνωση, αν η κοινή επιχείρηση πραγματοποιεί πάνω από το 50 % του κύκλου εργασιών της με τρίτους, αυτό συνήθως αποτελεί ένδειξη ότι έχει λειτουργική αυτονομία. Κάτω από αυτό το ενδεικτικό όριο, για τη διαπίστωση της λειτουργικής αυτονομίας, πρέπει να εξετάζεται κατά περίπτωση αν η σχέση μεταξύ της κοινής επιχείρησης και των ιδρυτικών της εταιρειών έχει πραγματικά εμπορικό χαρακτήρα.

133. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, εάν η κοινή επιχείρηση ήταν ενεργή από την περίοδο ιδρύσεως την τον Απρίλιο του 2000 μέχρι το 2003, υποχρεωτικά θα είχε συναλλακτική σχέση (με την μητρική ΔΕΗ) για την εν λόγω περίοδο, καθώς η ΔΕΗ ασκούσε επί της ουσίας καθήκοντα διαχειριστή του δικτύου και προ της ουσιαστικής άσκησης της αρμοδιότητας του ΔΕΣΜΗΕ ως ανεξάρτητης οντότητας, εφόσον η ΔΕΗ παραλάμβανε όλη εκείνη τη διάστημα την παραγόμενη ενέργεια από ΑΠΕ έναντι ρυθμιζόμενης αμοιβής για να την εκχύσει κατά προτεραιότητα στο σύστημα. Ως εκ τούτου, στην ως άνω περίπτωση η κοινή επιχείρηση θα πραγματοποιούσε το 100% του κύκλου εργασιών της

¹⁵⁶ Οι εμπλεκόμενες μητρικές αναγνωρίζουν ότι «Οι μόνες συναλλαγές που έχουν καταγραφεί ανάμεσα [στις μητρικές και στην κοινή] είναι οι ακόλουθες: (i) η κατασκευή του ΜΥΗΕ της Ελεούσας από την κατασκευαστική εταιρία του Ομίλου ΓΕΚ ΤΕΡΝΑ (...) (ii) η παροχή ηλεκτρικής ενέργειας από τη ΔΕ προς το ΜΥΗΕ Ελεούσας (δηλαδή η [κοινή] είναι καταναλωτής ηλεκτρικής ενέργειας/πελάτης της ΔΕΗ σε επίπεδο λιανικής) και (iii) η δωρεάν παραχώρηση από την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ του ακινήτου στο οποίο η [κοινή] στεγάζει τα κεντρικά γραφεία της», απάντ. 9, αρ. πρωτ. 9605/06.12.2013, ενώ στο ίδιο έγγραφο προσκομίζουν και κατάλογο των κυριότερων προμηθευτών και πελατών της κοινής, στους οποίους δεν συμπεριλαμβάνονται οι μητρικές, απάντ. 10.

¹⁵⁷ Βλ. και Επιχειρηματικό σχέδιο και επενδυτικό πρόγραμμα της κοινής, αρ. πρωτ. 9605/06.12.2013, Παράρτ. 6.

¹⁵⁸ Οι εμπλεκόμενες μητρικές προσκόμισαν κατάλογο με πλήρη σύνθεση του ΔΣ της κοινής από το έτος 2001, αριθμ. πρωτ. 9605/06.12.2013, Παράρτ. 3.

¹⁵⁹ Βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COMP/M.550 – UnionCardibe/Enichem, σκ. 15, και Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής, σκ. 95.

συναλλασσόμενη με την μητρική ΔΕΗ με αποτέλεσμα να μην προκύπτει λειτουργική αυτονομία κατά την έννοια της παρ. 98 της Ανακοίνωσης Δικαιοδοσίας της ΕΕ.

134. Ωστόσο, η κοινή επιχείρηση φαίνεται να μην διατηρεί καμία συναλλακτική κάθετη σχέση με τις μητρικές της από το έτος 2009 και εντεύθεν που πραγματοποιεί έσοδα. Η παραγόμενη από αυτήν ηλεκτρική ενέργεια δεν πωλείται στη ΔΕΗ, ή σε οποιαδήποτε άλλη εταιρεία, αλλά εγγέται στο σύστημα, όπως προαναφέρθηκε. Ο τρόπος λειτουργίας της αγοράς παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας επιβεβαιώνει ότι δεν υφίσταται εν τοις πράγμασι σχέση πελάτη – προμηθευτή μεταξύ της κοινής επιχείρησης και των μητρικών της αναφορικά με την κύρια δραστηριοποίησή της κοινής καθώς, ως παραγωγός ηλεκτρικού ρεύματος, πωλεί απευθείας στο σύστημα. Ο ως άνω τρόπος λειτουργίας της αγοράς αποκλείει τη σύναψη συμβολαίων φυσικής παράδοσης ηλεκτρικής ενέργειας μεταξύ της κοινής επιχείρησης και των μητρικών της.

135. Η ΤΕΡΝΑ ΑΕ που ανήκει στον ίδιο όμιλο με την ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ, τη μία από τις δύο μητρικές εταιρείες, ανέλαβε την κατασκευή του ΜΥΗΕ Ελεούσα μετά από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης με την κοινή επιχείρηση. Επιπλέον, η κοινή επιχείρηση από το 2009 παράγει ηλεκτρικό ρεύμα που το πωλούσε αρχικώς στον Διαχειριστή του Ελληνικού Συστήματος Μεταφοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας (ΔΕΣΜΗΕ), μεταγενέστερα στον Λειτουργό Αγοράς Ηλεκτρικής Ενέργειας Α.Ε. (ΛΑΓΗΕ) και πρόσφατα στον Διαχειριστή ΑΠΕ & Εγγυήσεων Προέλευσης Α.Ε. (ΔΑΠΕΕΠ).¹⁶⁰

(δ) Λειτουργία σε μόνιμη βάση

136. Στην Πράξη Συμβάσεως Μετόχων (παράγραφος 1.3), όπως προαναφέρθηκε, φέρεται ότι σε περίπτωση υλοποίησης από την κοινή επιχείρηση ενός ή περισσοτέρων από τα συμφωνηθέντα προς υλοποίηση έργων, για οποιοδήποτε λόγο ή αιτία που καθιστά την υλοποίηση αδύνατη ή μη συμφέρουσα, η κοινή επιχείρηση συνεχίζει τη δραστηριότητά της για την υλοποίηση των υπολοίπων έργων. Αυτό σημαίνει ότι η κοινή επιχείρηση δεν συστάθηκε για να εξυπηρετήσει έναν συγκεκριμένο σκοπό περιορισμένης διάρκειας, όπως είναι για παράδειγμα η κατασκευή ενός έργου, αλλά για να λειτουργήσει σε μόνιμη βάση. Άλλωστε, η κοινή επιχείρηση συμπληρώνει είκοσι (20) χρόνια λειτουργίας.

VI.3 Αναφορικά με τον μόνιμο χαρακτήρα της κοινής επιχείρησης

137. Η διάρκεια της κοινής επιχείρησης έχει όπως προαναφέρθηκε συμφωνηθεί για 50 έτη. Επιπλέον, η σύμβαση μετόχων προβλέπει και την περίπτωση αδιεξόδου λήψης αποφάσεως. Επιπροσθέτως, από την έρευνα προκύπτει ότι η κοινή επιχείρηση προγραμματίζει και επενδύσεις πολύ υψηλού κόστους που απαιτούν πολλά χρόνια για την

¹⁶⁰ Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. πρωτ. 6223/07.07.2020 απαντητική επιστολή, έχει υπογραφεί μία σύμβαση πώλησης ηλεκτρικής ενέργειας το 2007 μεταξύ της κοινής και του ΔΕΣΜΗΕ, η οποία έχει παραταθεί αυτοδίκαια βάσει του ν. 4254/2014 έως τις 25.06.2026 (βλ. και Παράρτημα της απαντητικής επιστολής 1^α).

υλοποίησή τους, όπως είναι το σύστημα αντλησοταμείωσης στην Πελοπόννησο. Τα μέρη, εξάλλου, δεν έχουν αμφισβητήσει ότι η κοινή επιχείρηση έχει μόνιμο χαρακτήρα.

VI.4 ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

138. Βάσει των ανωτέρω αναφερόμενων, προκύπτει ότι κατά τη σύσταση της κοινής επιχείρησης ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ δεν πληρούνταν το κριτήριο της λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης, καθώς αυτή τελούσε σε εξάρτηση τόσο από οικονομικής όσο και από εμπορικής απόψεως (δεν διέθετε δικούς της πελάτες και δεν είχε ανεξάρτητη εμπορική πολιτική) από τις μητρικές της.

139. Περαιτέρω, σχετικά με τυχόν μεταβολή μετά το 2000 στην οργανωτική δομή της κοινής επιχείρησης ή/και τις δραστηριότητές της, ώστε να εκπληρώνει το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, προέκυψε από την έρευνα της ΓΔΑ και από την ακροαματική διαδικασία, ότι από το 2009, μετά την αλλαγή του νομοθετικού πλαισίου, φαίνεται να πληρούνται πλέον το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, καθώς οι μητρικές δεν αποτελούν πλέον τον βασικό πελάτη της κοινής επιχείρησης. Σημειώνεται ότι από την έρευνα της ΓΔΑ δεν προέκυψε η ύπαρξη τυχόν απόφασης των μετόχων της ή της διοίκησής της, βάσει της οποίας η κοινή επιχείρηση να πληροί το κριτήριο της λειτουργικής αυτονομίας, ώστε να προκύπτει συγκέντρωση¹⁶¹.

140. Ενόψει των ανωτέρω, η ΕΑ κρίνει ότι, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων του φακέλου, μεταξύ αυτών δε, και των εξηγήσεων των μερών κατά την ακροαματική διαδικασία και μέσω των υπομνημάτων τους, προκύπτει ότι η μη γνωστοποίηση και η μη αναστολή της πραγματοποίησης της συγκέντρωσης δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα των υπόχρεων επιχειρήσεων^{162 163}. Ειδικότερα, συνεκτιμώντας τις ιδιαίτερες συνθήκες της συγκεκριμένης αγοράς και της κρινόμενης υπόθεσης, και, ιδίως σωρευτικώς ότι (α) η μετάβαση της κοινής επιχείρησης σε καθεστώς λειτουργικής αυτονομίας συνιστά εν προκειμένω συνέπεια της τροποποίησης του ρυθμιστικού πλαισίου και της απελευθέρωσης της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας, (β) το ζήτημα της φύσης ως συγκέντρωσης της υπό κρίση πράξης, της μετατροπής δηλ. μιας μη λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης σε λειτουργικά αυτόνομη (και δη συνεπεία μεταβολής του ρυθμιστικού πλαισίου)- ήταν, κατά τον κρίσιμο χρόνο (2009), καινοφανές και έχρηζε αποσαφήνισης, δεν υπήρχε δε, σαφής σχετική διοικητική πρακτική και νομολογία, (γ) η συγκέντρωση δεν

¹⁶¹ Βλ. παρ. 109 της Κωδικοποιημένη ανακοίνωση της Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων. Βλ. επίσης, απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 3 Οκτωβρίου 2018, υπόθεση COMP/M.5241 – American Express Fortis/Alpha Card, σκ. 5-7, όπου η μεγαλύτερη αυτονομία πρόκυψε από απόφαση των μετόχων της κοινής επιχείρησης.

¹⁶² Βλ. ενδεικτικώς ΣτΕ 892/2016, σκ. 11.

¹⁶³ Βλ. και αποφάσεις ΕΑ 338/Υ/2007 και 366/Υ/2007. .

περιορίζει τον ανταγωνισμό στις επιμέρους σχετικές αγορές στις οποίες αφορά¹⁶⁴, και (δ) τα μέρη συνεργάστηκαν αποτελεσματικά με την Υπηρεσία και ανταποκρίθηκαν άμεσα σε κάθε αίτημα παροχής στοιχείων¹⁶⁵, η ΕΑ κρίνει, για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης και μόνο, ότι δεν προκύπτει επαρκώς, κατά νόμο, το στοιχείο της υπαιτιότητας, ή ότι πάντως το σχετικό τεκμήριο ανατράπηκε¹⁶⁶, και άρα δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την επιβολή του προβλεπομένου από τα άρθρα 4β παρ. 4 και 4ε παρ. 1 ν. 703/1977 (πλέον άρθρα 6 παρ. 4 και 9 παρ. 1 ν. 3959/2011 αντιστοίχως) προστίμου στις υπόχρεες επιχειρήσεις.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Η Επιτροπή Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια, ομόφωνα :

- Διαπιστώνει ότι οι εταιρείες ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ και ΤΕΡΝΑ ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ παραβίασαν την υποχρέωσή τους να προβούν σε γνωστοποίηση της μετατροπής σε λειτουργικά αυτόνομη της αρχικώς μη λειτουργικά αυτόνομης κοινής επιχείρησης ΔΕΗ-ΤΕΡΝΑ, κατά το άρθρο 4β παρ. 1 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, και του άρθρου 6 παρ. 1 ν.3959/2011, όπως ισχύει, και προέβησαν σε πρόωρη πραγματοποίηση συγκέντρωσης κατά το άρθρο 4ε παρ. 1 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, και το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και τούτο από το έτος 2009, οπότε κατέστη λειτουργικά αυτόνομη η κοινή επιχείρηση.

- Δεν επιβάλλει πρόστιμο κατά το άρθρο 4β παρ. 4 ν. 703/1977 (πλέον άρθρο 6 παρ. 4 του ν. 3959/2011) και 4ε§1 του ν. 703/1977 (πλέον άρθρο 9§1 του ν. 3959/2011), σε σχέση με την παραβίαση της υποχρέωσης γνωστοποίησης και της απαγόρευσης πραγματοποίησης συγκέντρωσης πριν την έκδοση σχετικής εγκριτικής απόφασης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για τους αναφερόμενους στο σκεπτικό της παρούσης λόγους.

Η απόφαση εκδόθηκε την 26η Μαρτίου 2021.

¹⁶⁴ Άλλωστε σύμφωνα με την Απόφαση του ΓενΔικ, Τ-704/14, MarineHarvest, δεν πρέπει η πρόωρη πραγματοποίηση συγκεντρώσεων που προκαλούν σοβαρές αμφιβολίες ως προς τη συμβατότητά τους με την εσωτερική αγορά να τύχει της ίδιας μεταχείρισης με την πρόωρη πραγματοποίηση συγκεντρώσεων που δεν προκαλούν κανένα πρόβλημα ανταγωνισμού. Βλ. Απόφαση του ΓενΔικ, Τ-704/14, MarineHarvest, σκ 497.

¹⁶⁵ Βλ. σχετικά ΕΑ 530/VI/2011. Βλ. και απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 10.6.2009, υπόθεση COMP/M.4994-ELECTRABEL, ό.π., σκ. 219.

¹⁶⁶ Ο.π. υποσημείωση 162.

Η απόφαση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, σύμφωνα με το άρθρο 27 παρ. 1 του ν. 3959/2011.

Ο Πρόεδρος

Οι Συντάκτες της Απόφασης

Ιωάννης Λιανός

Καλλιόπη Μπενετάτου (Αντιπρόεδρος ΕΑ)

Ιωάννης Στεφάτος

Η Γραμματέας

Ηλιάνα Κούτρα