



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 26 de octubre de 2023 *

«Procedimiento prejudicial — Artículo 101 TFUE — Prácticas colusorias — Prohibición de las prácticas colusorias — Acuerdos entre empresas — Distinción entre acuerdo vertical y acuerdo horizontal — Competencia potencial — Restricción de la competencia por el objeto o por el efecto — Acuerdo entre un proveedor de electricidad y un minorista de productos de gran consumo que explota hipermercados y supermercados — Cláusula de no competencia — Reglamento (CE) n.º 330/2010 — Contrato de agencia — Liberalización del mercado de suministro de electricidad»

En el asunto C-331/21,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal), mediante resolución de 6 de abril de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de mayo de 2021, en el procedimiento entre

EDP — Energias de Portugal SA,

EDP Comercial — Comercialização de Energia SA,

MC retail SGPS SA, antiguamente Sonae MC SGPS SA,

Modelo Continente Hipermercados SA

y

Autoridade da Concorrência,

con intervención de:

Ministério Público,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por la Sra. K. Jürimäe (Ponente), Presidenta de Sala, y los Sres. N. Piçarra, M. Safjan, N. Jääskinen y M. Gavalec, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Rantos;

* Lengua de procedimiento: portugués.

Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de noviembre de 2022; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de EDP — Energias de Portugal SA, por los Sres. C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny y L. Nascimento Ferreira, abogados;
- en nombre de EDP Comercial — Comercialização de Energia SA, por los Sres. C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny y L. Nascimento Ferreira, abogados;
- en nombre de MC retail SGPS SA, antiguamente Sonae MC SGPS SA, por la Sra. I. Gouveia, los Sres. G. Rosas y D. Silva Ramalho y la Sra. C. Vieira Peres, abogados;
- en nombre de Modelo Continente Hipermercados SA, por el Sr. J. Vieira Peres, abogado;
- en nombre de la Autoridade da Concorrência, por las Sras. D. Cardoso, A. Cruz Nogueira e I. Nascimento, advogadas;
- en nombre del Gobierno portugués, por las Sras. P. Barros da Costa y C. Chambel Alves, en calidad de agentes, asistidas por la Sra. S. Assis Ferreira, advogada;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. S. Baches Opi, T. Baumé, P. Caro de Sousa y B. Rechená, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de marzo de 2023;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 101 TFUE y del artículo 1, apartado 1, letras a) y c), del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2010, L 102, p. 1).
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre, por un lado, EDP — Energias de Portugal SA (en lo sucesivo, «EDP Energias»), EDP Comercial — Comercialização de Energia SA (en lo sucesivo, «EDP Comercial»), MC retail SGPS SA (antiguamente, Sonae MC SGPS SA y, en el momento de los hechos del litigio principal, Sonae Investimentos SGSP SA y SONAE MC — Modelo Continente SGPS) (en lo sucesivo, «MC retail») y Modelo Continente Hipermercados SA (en lo sucesivo, «Modelo Continente») y, por otro lado, la Autoridade da Concorrência (Autoridad de Competencia, Portugal; en lo sucesivo, «AdC») en relación con unas multas impuestas a causa de la celebración de un acuerdo contrario a la competencia.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Reglamento n.º 330/2010

3 El artículo 1 del Reglamento n.º 330/2010, titulado «Definiciones», dispone lo siguiente:

«1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

- a) “acuerdos verticales”, los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
- b) “restricciones verticales”, restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 1;
- c) “Empresa competidora”, un competidor real o potencial; “competidor real”, una empresa activa en el mismo mercado de referencia; “competidor potencial”, una empresa que, en ausencia de un acuerdo vertical, podría emprender, por razones realistas y no según una posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes de transformación necesarios para penetrar en el mercado de referencia en un breve período de tiempo en caso de aumento ligero, aunque constante, de los precios relativos;

[...]».

Directrices relativas a las restricciones verticales

4 Las Directrices relativas a las restricciones verticales, contenidas en la Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010 [SEC(2010) 411 final; en lo sucesivo, «Directrices relativas a las restricciones verticales»], precisan, entre otros extremos, el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 330/2010.

5 En la sección II de las Directrices relativas a las restricciones verticales, titulada «Acuerdos verticales generalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 1», figura una subsección 2, cuyo epígrafe es «Acuerdos de agencia», que incluye, en particular, los apartados 12 a 17 de la referidas Directrices, los cuales tienen el siguiente tenor:

«(12) Un agente es una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la:

- compra de bienes o servicios por parte del principal, o
- venta de bienes o servicios suministrados por el principal.

- (13) El factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 1, es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal. A este respecto, es irrelevante para la evaluación que el agente actúe en nombre de uno o de más principales. También lo es la calificación que den al acuerdo las partes o la legislación nacional.
- (14) Tres son los tipos de riesgo comercial o financiero pertinentes a la hora de evaluar el carácter genuino de un acuerdo de agencia con arreglo al artículo 101 [TFUE], apartado 1. En primer lugar, deben mencionarse los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos o negociados por el agente por cuenta del principal, tales como la financiación de existencias. En segundo lugar, se encuentran los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Se trata de inversiones necesarias específicamente para el tipo de actividad para la que el principal ha designado al agente, es decir, necesarias para que este pueda celebrar o negociar este tipo de contratos. Estas inversiones suelen ser a fondo perdido, lo que significa que, tras abandonar tal ámbito específico de actividad, la inversión no puede emplearse para otras actividades ni venderse, como no sea con pérdidas cuantiosas. En tercer lugar, se encuentran los riesgos relacionados con otras actividades realizadas en el mismo mercado de producto, siempre que el principal requiera que el agente realice tales actividades, pero no como agente en nombre del principal, sino por su propia cuenta.
- (15) A efectos de la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 1, el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia si el agente no asume riesgo alguno, o el riesgo asumido es insignificante, con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal, con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad, o con otras actividades para las que haya sido designado como tal por el principal en el mismo mercado de producto. No se consideran pertinentes a efectos de esta evaluación los riesgos relacionados con la prestación de servicios de agencia en general, tales como el riesgo de que los ingresos del agente dependan de su éxito en el ejercicio de su función o de inversiones generales en locales o personal, por ejemplo.
- (16) A efectos de la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 1, un acuerdo se considerará acuerdo de agencia cuando la propiedad de los bienes comprados o vendidos objeto del contrato no le sea conferida al agente o este no preste directamente los servicios objeto del contrato y cuando este:
- a) no contribuya a los costes relacionados con el suministro o adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato, incluidos los costes del transporte de los bienes. Ello no impide que el agente se ocupe del servicio de transporte, siempre que sea el principal el que corra con los gastos;
 - b) no mantenga, corriendo personalmente con los costes y riesgos, existencias de los bienes objeto del contrato, incluidos los costes de financiación de las existencias y los de pérdida de las mismas, y pueda devolver al principal, sin recargo, los bienes no vendidos, a menos que el agente sea responsable por negligencia (como por ejemplo, en caso de que no cumpla con medidas razonables de seguridad que eviten la pérdida de existencias);
 - c) no asuma responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el producto vendido (responsabilidad del producto), a menos que, como agente, sea responsable por negligencia al respecto;

- d) no asuma responsabilidad por el incumplimiento del contrato por parte de clientes, a excepción de la pérdida de la comisión del agente, a menos que este sea responsable por negligencia al efecto (por ejemplo, al no cumplir unas medidas razonables de seguridad o antirrobo o al no cumplir medidas razonables a la hora de dar parte de robos al principal o la policía, o de comunicar al principal toda la información necesaria a su disposición sobre la fiabilidad financiera de los clientes);
- e) no esté obligado, directa o indirectamente, a invertir en promoción de ventas; por ejemplo, contribución a presupuestos de publicidad del principal;
- f) no realice inversiones específicamente destinadas al mercado en equipos, locales o formación del personal, tales como el depósito de gasolina en el caso de comercio minorista de gasolina, o de *software* específico para la venta de pólizas de seguros, cuando se trate de agentes de seguros, a menos que estos costes sean reembolsados en su totalidad por el principal;
- g) no realice otras actividades en el mismo mercado de producto solicitadas por el principal, a menos que estas actividades sean reembolsadas en su totalidad por el principal.

(17) Esta relación no es exhaustiva. No obstante, si el agente incurre en uno o varios de los riesgos o costes mencionados en los apartados 14, 15 y 16, el acuerdo entre el agente y el principal no tendrá la cualificación de acuerdo de agencia. La cuestión del riesgo debe evaluarse caso por caso y teniendo en cuenta los parámetros económicos de la situación más que la forma jurídica del acuerdo. Por razones prácticas, el análisis del riesgo puede empezar con la evaluación de los riesgos específicos del contrato. Si el agente incurre en riesgos específicos del contrato, ello bastará para considerar que el agente es un distribuidor independiente. Por el contrario, si el agente no incurre en riesgos específicos del contrato, será necesario continuar con el análisis evaluando los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado. Por último, si el agente no incurre en ningún riesgo específico del contrato ni en riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, deberán tenerse en cuenta los riesgos relacionados con otras actividades exigidas en el mismo mercado de producto.»

6 Conforme a los apartados 24 y 25 de dichas Directrices:

«(24) El artículo 1, apartado 1, letra a) del Reglamento [n.º 330/2010] define los acuerdos verticales como “los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.

(25) La definición de “acuerdo vertical” a la que se refiere el apartado 24 contiene cuatro elementos principales:

[...]

- c) el acuerdo o la práctica concertada tiene lugar entre empresas que, a efectos del acuerdo, operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Esto significa que, por ejemplo, una empresa produce una materia prima que la otra empresa utiliza como insumo, o que la primera es fabricante, la segunda mayorista y la tercera minorista. No se descarta la posibilidad de que una empresa opere en más de un plano de la cadena de producción o distribución;

[...]».

7 Según el apartado 27 de las citadas Directrices:

«El artículo 2, apartado 4, del Reglamento [n.º 330/2010] excluye explícitamente “los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras” de su ámbito de aplicación. La Comisión [Europea] aborda estos acuerdos verticales entre competidores, por lo que respecta a los posibles efectos de colusión, en las [Directrices relativas a los acuerdos de cooperación horizontal]. No obstante, los aspectos verticales de tales acuerdos deben evaluarse con arreglo a las presentes Directrices. El artículo 1, apartado 1, letra c), del Reglamento [n.º 330/2010] define una empresa competidora como “un competidor real o potencial”. Dos empresas se tratan como competidores reales si realizan actividad en el mismo mercado de referencia. Una empresa [se] considera competidor potencial de otra empresa si, a falta de [acuerdo], en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos es probable que la primera empresa, en un período de tiempo breve y normalmente no superior a un año, realice las inversiones adicionales necesarias o incurra en otros costes de cambio necesarios para introducirse en el mercado de referencia donde tiene actividad la otra empresa. Esta evaluación debe basarse en datos realistas; no basta la mera posibilidad teórica de introducirse en el mercado. No debe considerarse fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con el nombre comercial del distribuidor.»

Derecho portugués

8 El artículo 9, apartado 1, de la Lei n.º 19/2012 — Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro (Ley n.º 19/2012, por la que se establece un nuevo régimen jurídico de la competencia, y se derogan las Leyes n.ºs 18/2003, de 11 de junio, y 39/2006, de 25 de agosto, y se modifica por segunda vez la Ley n.º 2/99, de 13 de enero), de 8 de mayo de 2012 (*Diário da República*, serie I, n.º 89/2012, de 8 de mayo de 2012; en lo sucesivo, «Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia»), establece:

«Quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas que tengan por objeto o efecto impedir, falsear o restringir sensiblemente la competencia en una parte o en la totalidad del mercado nacional [...]».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

9 De la petición de decisión prejudicial se desprende que Modelo Continente y MC retail forman parte de un conjunto de sociedades que operan en múltiples sectores de actividad, en particular la distribución minorista, las telecomunicaciones y el sector audiovisual, los centros comerciales, los productos de madera, el turismo y la energía, con una organización tutelada por *holdings* y *subholdings*, estructuradas por sector de actividad o ámbito de negocios (en lo sucesivo, «Grupo Sona»).

10 Dentro de este grupo, Modelo Continente opera en el sector de la distribución de productos alimenticios y de gran consumo en Portugal. Explota directa o indirectamente, a través de participaciones, un conjunto de tiendas que operan bajo las marcas Continente, Continente

Modelo y Continente Bom Dia. MC retail, cuyo objeto era la gestión de participaciones sociales, operaba, en el momento de los hechos del litigio principal, en el sector de la distribución minorista. Era titular del 100 % del capital de Modelo Continente Hipermercados.

- 11 EDP Energias y EDP Comercial forman parte de un grupo portugués cuya sociedad matriz es EDP Energias, que opera, en particular, en el sector de la producción y del suministro de electricidad y de gas natural en Portugal (en lo sucesivo, «Grupo EDP»). El Grupo EDP es el operador portugués más importante en los mercados de la producción, la distribución y el suministro de electricidad, el tercer operador en materia de producción de electricidad y uno de los mayores distribuidores de gas de la península ibérica.
- 12 El 5 de enero de 2012, EDP Comercial y Modelo Continente celebraron un acuerdo de asociación que definía los términos y las condiciones del «Programa EDP Continente». El objetivo de este acuerdo era captar clientes, incrementar las ventas y ofrecer descuentos a los consumidores. En la fecha de celebración de dicho acuerdo, estas dos sociedades no se hallaban en situación de competencia efectiva en los mercados específicos de la venta al por menor de productos alimenticios y de gran consumo y del suministro de electricidad y gas natural en Portugal.
- 13 La cláusula 2.1 del acuerdo de asociación definía el objeto y el alcance de este y en tal sentido se contemplaba, en esencia, favorecer el desarrollo de las actividades de suministro de electricidad por parte de EDP Comercial y de distribución al por menor de productos alimenticios por parte de Modelo Continente en diferentes hipermercados y supermercados y en los establecimientos comerciales explotados por otras sociedades participadas por el Grupo Sonae.
- 14 Desde el punto de vista comercial, el «Programa EDP Continente» implicaba la concesión de descuentos en el precio de la electricidad reservados a los clientes titulares de la «Tarjeta Continente», una tarjeta de descuentos que, en el contexto de un programa de fidelización, emitía Modelo Continente.
- 15 Además de ser titulares de esa tarjeta, los clientes que quisieran adherirse al «Programa EDP Continente» debían celebrar con EDP Comercial un contrato de suministro eléctrico de baja tensión en el mercado liberalizado de Portugal. Dichos clientes se beneficiaban así de una reducción de precio del 10 % en su consumo de electricidad. Esta reducción se traducían en la emisión de vales de descuento de un importe igual al de la citada reducción que quedaban cargados en la «Tarjeta Continente» de los clientes en cuestión. A continuación, estos podían utilizarlos para hacer compras en los establecimientos contemplados en la cláusula 2.1 del acuerdo de asociación que es objeto del litigio principal.
- 16 Inicialmente, era EDP Comercial quien soportaba en exclusiva el coste de los descuentos. Modelo Continente debía emitir mensualmente una nota de adeudo por el importe de los vales emitidos y efectivamente activados durante el mes anterior, nota que debía abonarse al finalizar el mes de emisión de cada factura. No obstante, estaba previsto que, en función del aumento de tráfico en los establecimientos del Grupo Sonae y del incremento del volumen de negocios derivado del «Programa EDP Continente», Modelo Continente se hiciera cargo de una parte de los descuentos concedidos.
- 17 Los demás costes de la asociación, referidos a la publicidad, el *marketing*, la comunicación y la defensa procesal, eran soportados a partes iguales por EDP Comercial y Modelo Continente.

18 La cláusula 12.1 del convenio de asociación objeto del litigio principal, titulada «Exclusividad», estipulaba lo siguiente:

«Durante la vigencia del presente acuerdo y durante el plazo de un año después de su vencimiento, Modelo Continente se compromete a:

- a. no desarrollar, directamente o a través de las sociedades en cuyo capital posee una participación mayoritaria Sonae Investimentos SGPS SA, la actividad de suministro de electricidad y de gas natural en Portugal continental;
- b. no negociar o establecer, con ningún proveedor de electricidad o de gas natural que no se halle en una relación de control o en una relación de grupo con EDP Comercial [...], acuerdos de asociación, empresas conjuntas, acuerdos de principio, campañas publicitarias u otros, que tengan por objeto o efecto conceder descuentos u otros beneficios económicos relacionados con la electricidad o el gas natural, cualesquiera que sean sus términos.

[...]»

19 Con arreglo a la cláusula 12.2 del referido acuerdo, EDP Comercial asumía obligaciones en idéntico sentido por lo que se refiere al mercado de la distribución minorista de productos alimenticios en Portugal continental.

20 El acuerdo de asociación objeto del litigio principal estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2012, si bien el plazo de adhesión de los consumidores al «Programa EDP Continente» solo estuvo abierto entre el 9 de enero y el 4 de marzo de 2012.

21 La suscripción de contratos de suministro eléctrico fue posible en una red de 180 espacios comerciales explotados por Modelo Continente, cuyo sostenimiento fue compartido por EDP Comercial y Modelo Continente. 146 775 clientes se adhirieron al «Programa EDP Continente», de los cuales 137 144 permanecieron vinculados contractualmente a EDP Comercial durante y después de que finalizase la campaña.

22 La suma de los descuentos de que se beneficiaron los miembros del «Programa EDP Continente» ascendió a 6 907 354 euros, mientras que la tasa total de activación de los vales alcanzó cerca de 6 024 252 euros. De este importe, 1 795 912 euros fueron soportados por Modelo Continente.

23 El órgano jurisdiccional remitente indica que el acuerdo de asociación objeto del litigio principal coincidió con una etapa crucial del proceso de liberalización del mercado de suministro de electricidad, dado que las tarifas reguladas de la baja tensión normal iban a expirar a finales del año 2012. Así pues, a su entender, el Grupo EDP intentó captar un número importante de clientes en el mercado nacional liberalizado, aprovechando un período en el que dicho mercado aún no había registrado el pico de la transición de los clientes de baja tensión.

24 A este respecto, de la petición de decisión prejudicial se desprende que el proceso de liberalización del suministro de electricidad en Portugal se llevó a cabo de manera progresiva a partir de 1995. Según señala, el marco normativo portugués aplicable a la comercialización de energía eléctrica propició, a partir de 1995, un régimen de libre competencia en el sector, simplificando los requisitos legales de acceso y de ejercicio de la actividad de suministro eléctrico, al quedar únicamente sujeta a un trámite de registro en lugar de a una licencia, lo que favoreció la entrada de operadores independientes.

- 25 El órgano jurisdiccional remitente indica que, en el año 2006, Portugal estableció un período transitorio durante el cual los consumidores pudieron elegir entre el mercado regulado y el mercado liberalizado basándose exclusivamente en los incentivos y el atractivo comercial de las ofertas, sin ningún tipo de carga o restricción desde el punto de vista reglamentario.
- 26 Afirma igualmente que, a partir del 1 de enero de 2011, se suprimieron las tarifas reguladas aplicables a clientes finales referidas al suministro de electricidad de muy alta, alta y media tensión y de baja tensión específica. Las tarifas reguladas aplicables al suministro de electricidad de baja tensión (pequeños comercios/hogares) fueron suprimidas, a partir del 1 de julio de 2012, para los clientes finales cuya potencia contractual era superior o igual a 10,35 kVA y, a partir del 1 de enero de 2013, para los clientes cuya potencia contractual era inferior a 10,35 kVA. Después de esas fechas, únicamente pudieron celebrarse nuevos contratos en el mercado liberalizado. Sin embargo, añade, se establecieron mecanismos tarifarios transitorios para los consumidores que, en las fechas citadas, no hubieran optado por pasarse a un contrato del mercado liberalizado. A estos consumidores se les aplicaron las tarifas fijadas por la Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Autoridad Reguladora de los Servicios Energéticos, Portugal), con precios incrementados para favorecer la transición hacia el mercado liberalizado. El último de esos regímenes transitorios expiró el 31 de diciembre de 2017.
- 27 Según el órgano jurisdiccional remitente, en este contexto, el Grupo Sonae operó, entre los años 2002 y 2008, en el mercado del suministro de electricidad en Portugal mediante una asociación con Endesa, actor histórico en el mercado de la producción y el suministro de electricidad de España. Esta asociación adoptó la forma de una sociedad conjunta, creada el 1 de mayo de 2002, Sodesa — Comercialização de Energia SA (en lo sucesivo, «Sodesa»), participada al 50 % por cada una de las sociedades participantes, con el fin de suministrar electricidad y prestar servicios en el mercado liberalizado portugués.
- 28 En mayo de 2007, añade el órgano jurisdiccional remitente, el Grupo EDP perdió cuota de mercado en el mercado liberalizado del suministro de electricidad en Portugal. Sus competidores, como Sodesa y Unión Fenosa, alcanzaron una cuota de mercado acumulada superior al 50 % de los clientes que habían optado por cambiar de proveedor. Sin embargo, esta pérdida de cuota de mercado se limitó al segmento industrial.
- 29 Asimismo, desde el año 2004, Modelo Continente y Petróleos de Portugal — Petrogal SA, operador que, en particular, estaba presente en el mercado del suministro de electricidad en Portugal y en el mercado del suministro de carburantes, se asociaron y concedieron descuentos a los clientes comunes. Igualmente, el Grupo Sonae opera, desde el año 2009, en el mercado de la producción de electricidad a través de paneles fotovoltaicos instalados en las azoteas de los locales que explota.
- 30 Mediante decisión de 4 de mayo de 2017, la AdC impuso a las demandantes en el litigio principal multas por infracción del artículo 9 del Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia, que, en esencia, reproduce los términos del artículo 101 TFUE.
- 31 Según la AdC, la infracción del Derecho de la competencia consistió en la celebración de un acuerdo de asociación entre las referidas empresas con el objetivo de repartir mercados, en forma de cláusula de no competencia, en los mercados del suministro de electricidad, de gas natural y de la distribución al por menor de productos alimenticios, todos ellos situados en Portugal

continental. Además, ese acuerdo se puso en marcha en un momento crucial del proceso de liberalización del mercado nacional del suministro de electricidad, lo que, a juicio de la AdC, reforzó su carácter contrario a la competencia.

- 32 Por otra parte, la AdC consideró, en particular, que el acuerdo de asociación objeto del litigio principal no constituye ni un contrato de agencia ni un acuerdo vertical a efectos de la aplicación de las normas de competencia y que no podía descartarse que las cláusulas 12.1, letra a), y 12.2 del mencionado acuerdo quedasen comprendidas en la «cooperación horizontal». De este modo, la cláusula de no competencia contenida en ese acuerdo debía calificarse de restricción por el objeto y suponía infringir la prohibición que establece el artículo 9 del Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia.
- 33 A raíz de un recurso interpuesto por las demandantes en el litigio principal, el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal) confirmó, mediante sentencia de 30 de septiembre de 2020, la decisión sancionadora a que se refiere el litigio principal, aunque redujo en un 10 % el importe de las multas impuestas. Para llegar a la conclusión de que existía una restricción de la competencia por el objeto, el referido órgano jurisdiccional tuvo en cuenta, en particular, las actividades del Grupo Sonae en los mercados de la producción y del suministro de electricidad anteriores y posteriores a la ejecución del acuerdo de asociación.
- 34 Las demandantes en el litigio principal y la AdC recurrieron la anterior sentencia ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal), órgano jurisdiccional remitente.
- 35 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si el acuerdo de asociación que es objeto del litigio principal y, más concretamente, la cláusula de no competencia que incluye han podido tener un impacto negativo sobre la competencia en los mercados de que se trata. A este respecto, subraya que las demandantes en el litigio principal no se hallaban en situación de competencia efectiva en esos mercados. Asimismo, señala la falta de elementos que permitan demostrar la existencia de preparativos o de inversiones significativas y suficientes por parte de Modelo Continente o de las sociedades que forman parte del Grupo Sonae.
- 36 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta también sobre los requisitos exigidos para que un acuerdo de esa naturaleza pueda calificarse de restricción de la competencia por el objeto, en contraposición a una restricción de la competencia por los efectos, habida cuenta de que los consumidores obtuvieron de él ciertas ventajas.
- 37 Recuerda que, según la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, es posible desvirtuar la presunción de que determinadas prácticas suficientemente restrictivas por su objeto, por ser gravemente perjudiciales para la competencia, producen efectos contrarios a la competencia cuando los acuerdos persiguen objetivos legítimos y proporcionados o cuando se demuestran objetivos o efectos favorables a la competencia. Se pregunta, además, si el acuerdo de asociación que es objeto del litigio principal puede calificarse de contrato de agencia y sustraerse así, en virtud de la disposición nacional equivalente al artículo 101 TFUE, apartado 3, a la prohibición establecida en el apartado 1 de dicho precepto.

38 En estas circunstancias, el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 101 TFUE, en el que se inspira el artículo 9 del [Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia], en el sentido de que permite clasificar una cláusula de no competencia como las que figuran en las cláusulas 12.1 y 12.2 [...] del acuerdo de asociación como un acuerdo de restricción por el objeto, celebrado entre un proveedor de electricidad y un minorista del sector de la alimentación que explota hipermercados y supermercados, con el fin de conceder descuentos a los clientes que simultáneamente se adhieran a un determinado plan de tarifas energético del proveedor de electricidad, disponible en Portugal continental, y sean titulares de una tarjeta de fidelización del minorista del sector de la alimentación, descuentos que únicamente pueden ser utilizados para adquirir productos en los establecimientos de este último o de sociedades vinculadas al mismo, cuando forman parte de dicho acuerdo otras cláusulas que establecen que el objeto del mismo era favorecer el desarrollo de las actividades de las sociedades intervinientes [...] y se constatan los beneficios para los consumidores [...], sin analizar los efectos concretos nocivos para la competencia que resultan de las citadas cláusulas 12.1 y 12.2?
- 2) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que un acuerdo por el que se prohíbe desarrollar ciertas actividades económicas y que corresponde a un supuesto reparto de mercados entre dos empresas puede ser considerado restrictivo de la competencia por el objeto cuando se celebre entre entidades que no compiten entre sí, ni actual ni potencialmente, en ninguno de los mercados afectados por dicha obligación, aun cuando los mercados afectados por la misma pueden considerarse liberalizados o sin obstáculos legales insuperables a la entrada?
- 3) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que deben considerarse competidores potenciales un proveedor de electricidad y un minorista del sector de la alimentación que explota hipermercados y supermercados que han celebrado entre sí el citado acuerdo, con objeto de favorecer recíprocamente las actividades empresariales y el incremento de las ventas de la contraparte (y, en el caso del minorista del sector de la alimentación, de sociedades en cuyo capital posee una participación mayoritaria [su sociedad matriz]), cuando el minorista del sector de la alimentación y estas últimas sociedades vinculadas al mismo no desarrollaban, en el momento en que se celebró el acuerdo, la actividad de proveedor de electricidad, ni en el mercado geográfico en cuestión ni en ningún otro, y cuando en el procedimiento no se ha demostrado que tuvieran la intención de desarrollar dicha actividad en ese mercado o que hubieran realizado algún trámite de cara al ejercicio de la misma?
- 4) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuestión prejudicial anterior si otra sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una sociedad matriz del minorista del sector de la alimentación que es parte del acuerdo (pero sin que ninguna de esas dos entidades haya sido inculpada o condenada por la [AdC] ni haya sido parte en el procedimiento sustanciado ante este tribunal), que no se hallaba comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación de no competencia, poseía una participación del 50 % en una tercera entidad que ha desarrollado actividades de comercialización de electricidad en Portugal, que finalizaron tres años y medio antes de la celebración del acuerdo como consecuencia de la disolución de esta última?

- 5) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuestión prejudicial anterior cuando la empresa minorista que es parte del acuerdo produce electricidad a través de sus instalaciones de minigeneración y de microgeneración situadas en la azotea de sus establecimientos, si bien entrega la totalidad de la energía producida, a precios regulados, al comercializador de último recurso?
- 6) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial en caso de que la empresa minorista que es parte del acuerdo haya celebrado ocho años antes de la fecha del mismo otro contrato de cooperación comercial (que sigue estando vigente en la fecha del acuerdo) con un tercero, distribuidor de combustibles líquidos, con objeto de conceder descuentos cruzados, relativo a la compra de dichos productos y de los productos vendidos en los hipermercados y supermercados de la empresa, cuando la empresa contraparte, a su vez, además de comercializar combustibles líquidos, también comercializa electricidad en Portugal continental, y cuando no ha quedado acreditado que las partes, en el momento en que se celebró el acuerdo, tuvieran la intención de extender dicho contrato a la comercialización de electricidad o hubieran realizado algún trámite para ello?
- 7) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial en caso de que otra sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una sociedad matriz del minorista del sector de la alimentación que es parte del acuerdo (pero, igualmente, sin que ninguna de esas dos entidades haya sido inculpada o condenada por la [AdC] ni haya sido parte en el procedimiento sustanciado ante este tribunal), que no se hallaba comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación de no competencia, producía electricidad en una instalación de cogeneración, si bien entregaba la totalidad de la energía producida, a precios regulados, al comercializador de último recurso?
- 8) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que puede considerarse restrictiva por el objeto una cláusula que prohíbe a dicho minorista del sector de la alimentación, durante la vigencia del acuerdo y en el año inmediatamente posterior, desarrollar actividades de comercialización de electricidad, por sí mismo o mediante una sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una de sus sociedades matrices, que es objeto del procedimiento, en el territorio cubierto por el acuerdo?
- 9) ¿Puede interpretarse el concepto de “competidor potencial”, a efectos del artículo 101 TFUE [y] del artículo 1, apartado 1, letra c), del Reglamento [n.º 330/2010], en el sentido de que incluye una empresa vinculada por una cláusula de no competencia que está presente en un mercado de producto completamente separado del de la contraparte en el acuerdo, cuando en los documentos que constan en los autos del litigio sustanciado ante el tribunal nacional no existe ningún indicio concreto (como proyectos, inversiones u otros preparativos) de que, antes y a falta de dicha cláusula, la empresa en cuestión pudiera entrar a corto plazo en el mercado de la otra parte, ni ha quedado acreditado que dicha empresa fuera, antes y a falta de dicha cláusula, percibida por la contraparte en el acuerdo como [una competidora] potencial en el mercado de que se trata?
- 10) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que el mero hecho de que un acuerdo de asociación[, objeto del litigio principal,] entre una empresa que se dedica a la comercialización de electricidad y una empresa que se dedica a la venta al por menor de productos alimenticios y no alimenticios de consumo doméstico, para la promoción cruzada de sus respectivas actividades (en cuyo marco, en particular, la primera empresa concede

descuentos a sus clientes por su consumo de electricidad que la segunda empresa deduce del precio de las compras de dichos clientes en los establecimientos al por menor), contenga una cláusula en virtud de la cual ambas partes se comprometen a no competir entre sí ni a celebrar acuerdos similares con competidores de la otra, significa que el objeto de dicha cláusula es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, aunque:

- el alcance temporal de la cláusula en cuestión (plazo de un año del acuerdo, más un año) coincida con el período, establecido en el mismo acuerdo, durante el cual las partes no están autorizadas a utilizar secretos comerciales o conocimientos técnicos adquiridos en el marco de la puesta en práctica de la asociación en proyectos con terceros;
- el alcance geográfico de la cláusula se limite al alcance geográfico del acuerdo;
- el alcance subjetivo de la cláusula se limite a las partes del acuerdo y a las empresas en cuyo capital poseen una participación mayoritaria y a otras empresas del mismo grupo que también poseen u operan establecimientos de venta al por menor incluidos en el ámbito de aplicación de dicho acuerdo;
- el alcance subjetivo de la cláusula excluya a la amplia mayoría de las sociedades pertenecientes al mismo grupo económico de las partes, las cuales, en consecuencia, no están vinculadas por la cláusula y pueden competir con la contraparte durante y después de la vigencia del acuerdo;
- las empresas sujetas a la cláusula de no competencia estén presentes en mercados de producto completamente separados y no haya quedado acreditado que, en el momento en que se celebró el acuerdo, hubieran desarrollado algún proyecto o plan, o realizado algún tipo de inversión u otro trámite, para entrar en el mercado de producto de la otra parte?

11) ¿Debe interpretarse el concepto de “acuerdo vertical”, a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, [y] del artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento [n.º 330/2010], en el sentido de que incluye un acuerdo con las características descritas en las cuestiones anteriores, en cuyo marco las partes están presentes en mercados de producto completamente separados y no se ha demostrado que hayan realizado, antes y a falta del acuerdo, ningún proyecto, inversión o plan para entrar en el mercado de producto de la otra parte, pero en cuyo marco las partes, a efectos del acuerdo en cuestión, ponen a disposición de la contraparte sus respectivas redes comerciales, equipos de ventas y conocimientos técnicos para promover, conseguir y aumentar la clientela y el negocio de la otra parte?»

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia y la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

39 Por lo que respecta, en primer término, a la competencia del Tribunal de Justicia, procede señalar que las demandantes en el litigio principal fueron condenadas en aplicación del Derecho portugués, a saber, sobre la base del Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia y no con arreglo a una disposición del Derecho de la Unión. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente puntualiza que las disposiciones nacionales pertinentes reproducen, en esencia, el artículo 101 TFUE y que se interpretan al igual que la citada disposición del Derecho de la Unión, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

- 40 Según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional, ya que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente [véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de diciembre de 1965, Dekker, 33/65, EU:C:1965:118, apartado 1116, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 25].
- 41 No obstante, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial relativa a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del litigio principal no estaban directamente comprendidos en el ámbito de aplicación de ese Derecho, pero en las que tales disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional mediante una remisión al contenido de aquellas [véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi, C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360, apartados 41 y 42, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 26].
- 42 En efecto, cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, por ejemplo, de evitar eventuales distorsiones de la competencia, o incluso de garantizar un procedimiento único en situaciones comparables, existe un interés de la Unión manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse [véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi, C-297/88 y C-197/89, EU:C:1990:360, apartado 37, y de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 27].
- 43 Pues bien, en el presente asunto, como se desprende de la información comunicada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 9 del Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia reproduce la esencia del artículo 101 TFUE y es aplicado por las autoridades nacionales competentes y por los órganos jurisdiccionales nacionales de manera conforme con este último precepto.
- 44 De ello se infiere que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales.
- 45 Por lo que se refiere, en segundo término, a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, ha de recordarse que la remisión prejudicial, instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, se basa en un diálogo entre jueces. Como quiera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si la interpretación de una regla del Derecho de la Unión es necesaria para poder resolver el litigio pendiente ante él, habida cuenta del mecanismo del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, corresponde igualmente a ese mismo órgano jurisdiccional decidir de qué forma han de formularse esas cuestiones. Aunque ese órgano jurisdiccional tiene la facultad de instar a las partes en el litigio del que conoce a que sugieran formulaciones que pueden en su caso acogerse para enunciar las cuestiones prejudiciales, también es cierto que corresponde únicamente a dicho órgano jurisdiccional decidir en último término tanto la forma como el contenido de estas (sentencia de 29 de junio de 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 21 y jurisprudencia citada).
- 46 Las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano

jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado (sentencia de 29 de junio de 2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 22 y jurisprudencia citada).

- 47 A este respecto, cabe recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, que actualmente figura en el artículo 94, letras a) y b), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho de la Unión eficaz para el juez nacional exige que este defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Estas exigencias son especialmente pertinentes en el ámbito de la competencia, que se caracteriza por situaciones de hecho y de Derecho complejas (sentencia de 29 de junio de 2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 23 y jurisprudencia citada).
- 48 Por otro lado, es indispensable, como se establece en el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.
- 49 En el presente asunto, en aras de la cooperación inherente al diálogo entre jueces y para permitir que el Tribunal de Justicia dicte una resolución lo más útil posible, habría sido deseable que el órgano jurisdiccional remitente expusiera, de manera más sintética y clara, su propia visión del litigio de que conoce, así como las cuestiones de Derecho que subyacen a su petición de decisión prejudicial, en lugar de reproducir, de manera más que extensa, numerosos extractos de los documentos de los autos que obran en su poder.
- 50 Del mismo modo, como en esencia ponen de manifiesto la Comisión y el Gobierno portugués, aunque es cierto que el órgano jurisdiccional remitente ha expuesto las razones que le han llevado a plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, habría redundado en interés de una cooperación útil que también hubiese reformulado las cuestiones que le sugirieron las partes en el litigio principal, a fin de evitar solapamientos inútiles entre esas cuestiones, y que hubiese aclarado las premisas jurídicas y fácticas en las que se basan tales cuestiones.
- 51 Asimismo, ha de señalarse que, de entre los hechos pertinentes, la resolución de remisión distingue aquellos que se consideran acreditados de los no acreditados. Pues bien, la segunda cuestión prejudicial, al partir de la premisa de que no existe competencia potencial pese a ser este uno de los principales problemas jurídicos que fundamentan la remisión prejudicial, se basa en hipótesis fácticas que se reconocen como no acreditadas.
- 52 Igualmente, la novena cuestión plantea la hipótesis de que no existen pruebas de que la empresa presente en el mercado del suministro de electricidad percibiera a su otra parte contratante, minorista de productos alimenticios, como un competidor potencial. No obstante, esta hipótesis no forma parte de los hechos acreditados que ha presentado el órgano jurisdiccional remitente. Muy al contrario, de la petición de decisión prejudicial se desprende que el Tribunal da

Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión), para resolver en primera instancia, tuvo presente el hecho de que las demandantes en el litigio principal se reconocían, mutua y recíprocamente, como competidoras potenciales.

- 53 Por último, la hipótesis fáctica de la décima cuestión prejudicial, según la cual el alcance de la cláusula de no competencia coincide con el período durante el cual las partes del acuerdo de asociación objeto del litigio principal no estaban autorizadas a utilizar secretos comerciales o conocimientos técnicos adquiridos durante la vigencia de la citada asociación, no está comprendida dentro de los hechos acreditados, sino, por el contrario, de los hechos no probados.
- 54 Habida cuenta de lo anterior, procede declarar la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial. En cuanto a las cuestiones prejudiciales novena y décima, han de considerarse inadmisibles en la medida en que se basan en las hipótesis expuestas en los apartados anteriores.

Sobre las cuestiones prejudiciales

- 55 Con carácter preliminar, ha de señalarse que las cuestiones prejudiciales se solapan parcialmente, puesto que versan sobre la interpretación de un número limitado de conceptos del Derecho de la Unión, al mismo tiempo que se modifican las hipótesis fácticas.
- 56 A este respecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le planteen. Corresponde pues al Tribunal de Justicia deducir de toda la información facilitada por el órgano jurisdiccional nacional, y especialmente de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del Derecho de la Unión que requieren una interpretación teniendo en cuenta el objeto del litigio (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de noviembre de 1978, *Redmond*, 83/78, EU:C:1978:214, apartado 26, y de 20 de abril de 2023, *Blue Air Aviation*, C-775/21 y C-826/21, EU:C:2023:307, apartado 58).
- 57 En el presente asunto, tal como sugiere el Abogado General en los puntos 33 y 34 de sus conclusiones, es preciso reformular las cuestiones prejudiciales planteadas agrupándolas cuando se refieren a una problemática común sobre la que el órgano jurisdiccional remitente desea obtener aclaraciones.
- 58 En este sentido, las cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena se refieren a los criterios pertinentes para determinar si dos empresas que operan en mercados de productos separados se hallan en situación de competencia potencial. La cuestión prejudicial undécima versa sobre los conceptos de «acuerdo de agencia» y de «acuerdo vertical». La décima cuestión prejudicial trata sobre las condiciones en las que una restricción de la competencia puede considerarse accesoria a un acuerdo cuyo objetivo no es contrario a la competencia. Las cuestiones prejudiciales primera y octava pueden tratarse asimismo de modo conjunto, puesto que se refieren a la distinción entre los conceptos de «restricción de la competencia por el objeto» y de «restricción de la competencia por el efecto».

Cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena, relativas al concepto de «competencia potencial»

- 59 Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si y en qué condiciones debe interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que una empresa que gestiona una red de minoristas de productos de gran consumo puede considerarse que es competidora potencial, en el mercado de la electricidad, de un proveedor de electricidad con el que aquella ha celebrado un acuerdo de asociación que incluye una cláusula de no competencia, aun a pesar de que la referida empresa no ejerza ninguna actividad en ese mercado de producto.
- 60 Conforme a reiterada jurisprudencia, para apreciar si una empresa no presente en un mercado se encuentra en una relación de competencia potencial con una o varias empresas que ya están presentes en dicho mercado, debe examinarse si existen posibilidades reales y concretas de que esa primera empresa ingrese en ese mercado y compita con la segunda o las segundas empresas [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 36 y jurisprudencia citada].
- 61 De este modo, cuando se trata de un acuerdo cuya consecuencia es mantener temporalmente fuera del mercado a una empresa, es preciso determinar si, a falta de ese acuerdo, habrían existido posibilidades reales y concretas de que esa empresa accediera a dicho mercado y compitiera con las empresas ya establecidas en él [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 37].
- 62 Este criterio excluye que la constatación de una relación de competencia potencial pueda inferirse de la mera posibilidad, puramente hipotética, de tal entrada o incluso de la simple voluntad de la empresa que no está presente en el mercado en cuestión. A la inversa, no exige en absoluto que se demuestre con certeza que esa empresa entrará efectivamente en tal mercado ni, menos aún, que posteriormente estará en condiciones de mantenerse en él [sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 38].
- 63 Así pues, la demostración de una situación de competencia potencial debe apoyarse en un conjunto de elementos fácticos concordantes que tengan en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento, orientados a demostrar que, a falta de acuerdo, la empresa en cuestión habría tenido posibilidades reales y concretas de acceder al mercado de que se trate [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 39].
- 64 De esta forma, en la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros (C-307/18, EU:C:2020:52), apartado 58, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta las particularidades del mercado de los medicamentos y el contexto económico y jurídico propio de ese mercado para declarar, en esencia, que un fabricante de medicamentos genéricos debe ser considerado competidor potencial de un fabricante de medicamentos de referencia, titular de patentes farmacéuticas del medicamento de que se trate, cuando tiene efectivamente la determinación firme y la capacidad inherente de entrar en ese mercado específico.
- 65 Como señaló el Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones y en contra de lo que sostienen las demandantes en el litigio principal, no cabe considerar que tiene alcance general la interpretación del concepto de «competencia potencial» ofrecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada en el apartado anterior. En efecto, un nivel de prueba como el descrito,

exigido para demostrar que, a falta de acuerdo, la empresa afectada habría tenido posibilidades reales y concretas de acceder al mercado en cuestión, se basa en el análisis específico de los mercados de medicamentos a que se refería el asunto que dio lugar a la citada sentencia.

- 66 En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que el acuerdo de asociación objeto del litigio principal coincidió con una etapa crucial del proceso de liberalización del mercado del suministro de electricidad, toda vez que las tarifas reguladas correspondientes a la baja tensión iban a expirar a finales del año 2012. Por aquel entonces ya no era necesario obtener una autorización para operar en tal mercado. El Grupo EDP intentó captar un número importante de clientes en el mercado nacional liberalizado, aprovechando un período en el que este mercado aún no había sufrido el pico de la transición de los clientes de baja tensión. Por lo tanto, de tal descripción se desprende que, sin perjuicio de las comprobaciones que competen en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente, el contexto económico y jurídico particular de dicho mercado no puede compararse con el mercado de medicamentos, que es un mercado con un elevado nivel de regulación y que presenta barreras a la entrada como las patentes para proteger esos medicamentos.
- 67 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, sobre la pertinencia de una serie de indicios probatorios que pueden tenerse en cuenta para demostrar la existencia de una situación de competencia potencial. En particular, pregunta al Tribunal de Justicia si debe tenerse en cuenta la intención o la percepción que las partes de dicho acuerdo de asociación tenían de las actividades de las entidades del grupo en el que se integra la empresa que no está presente en el mercado en cuestión o si deben tenerse en cuenta también las actividades de esa empresa en el referido mercado y en los mercados anteriores o conexos antes de la firma del acuerdo objeto del litigio principal, así como las acciones preparatorias de la referida empresa para entrar en ese mercado.
- 68 Aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar la pertinencia, en el presente asunto, de los elementos de que dispone, el Tribunal de Justicia puede proporcionarle no obstante determinadas indicaciones útiles al efecto.
- 69 Por lo que respecta, en primer lugar, a la pertinencia de elementos de prueba subjetivos, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, conforme a lo que se ha recordado en el apartado 63 de la presente sentencia, que la demostración de una situación de competencia potencial debe apoyarse en un conjunto de elementos fácticos concordantes que tengan en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento. Por lo tanto, un indicio de naturaleza subjetiva, como la mera voluntad de la empresa que no está presente en el mercado en cuestión de entrar en él o incluso la percepción que de esta tiene la empresa que ya opera en tal mercado, no puede constituir un indicio autónomo, decisivo o indispensable para demostrar una situación de competencia potencial.
- 70 Dicho esto, como en esencia señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, nada impide que ese elemento subjetivo se tenga en cuenta para fundamentar indicios objetivos concordantes y reforzar de ese modo la demostración de que existen posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado de que se trata.
- 71 En lo que atañe, más específicamente, a la percepción que la empresa ya presente en el mercado tiene de la empresa con la que ha celebrado un acuerdo que contempla mantenerla fuera de dicho mercado, ha de señalarse, como ya subrayó el Abogado General en el punto 73 de sus conclusiones, que la celebración de tal acuerdo constituye un indicio importante de la existencia

de una situación de competencia potencial. En efecto, si las partes de un acuerdo de no competencia no se percibieran como competidoras potenciales, en principio, no tendrían motivo alguno para celebrar tal acuerdo. Así pues, un indicio de esa naturaleza puede contribuir válidamente a fundamentar los elementos objetivos que vengán a demostrar las posibilidades reales y concretas de que la empresa que no está presente en el mercado entre en él.

- 72 Por lo que respecta, en segundo lugar, a las actividades de las entidades del grupo en el que se integra esa empresa y a las actividades de esa empresa en el mercado en cuestión, así como en los mercados anteriores y conexos antes de la firma del acuerdo objeto del litigio principal, procede considerar que tales elementos también pueden tenerse en cuenta para identificar una situación de competencia potencial. Ciertamente, la existencia de posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado en cuestión debe apreciarse en la fecha de celebración del acuerdo objeto del litigio principal, de modo que, lógicamente, se excluyen los indicios referidos a circunstancias posteriores a la celebración de ese acuerdo. No sucede lo mismo, en cambio, con las actividades económicas anteriores en el mercado en cuestión o en mercados anteriores o conexos de las entidades del grupo de la empresa que no está presente en dicho mercado o de esta empresa en esos mercados. En efecto, tales actividades pueden resultar pertinentes, en particular, para determinar las eventuales barreras de entrada o la estructura del mercado, o incluso constituir indicios de una potencial estrategia económica viable de entrada en el mercado en cuestión.
- 73 En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente da cuenta de que Sodesa, controlada conjuntamente por el Grupo Sonae y por Endesa —operador histórico en España en el mercado de la producción y suministro de electricidad—, operaba de 2002 a 2008 en Portugal en el mercado del suministro de electricidad. Asimismo, el Grupo Sonae adquirió, a través de una de sus entidades, una empresa que poseía y explotaba una central de cogeneración de electricidad. Igualmente, en el momento del convenio de asociación objeto del litigio principal, Modelo Continente producía electricidad a través de instalaciones de minigeneración y microgeneración situadas en la azotea de sus establecimientos y revendía esta electricidad al comercializador de último recurso. Por último, por lo que respecta a los mercados conexos, el órgano jurisdiccional menciona asimismo el hecho de que Modelo Continente celebró con un proveedor de hidrocarburos un contrato de descuentos cruzados, similar al acuerdo de asociación objeto del litigio principal.
- 74 A este respecto, como señaló el Abogado General en el punto 78 de sus conclusiones, procede considerar que, con independencia de si puede estimarse que el Grupo Sonae era una única y misma empresa en el sentido del Derecho de la competencia, las actividades económicas de las diferentes entidades del grupo en el mercado en cuestión antes de la firma del acuerdo de asociación objeto del litigio principal pueden tenerse en cuenta en la medida en que constituyen elementos fácticos pertinentes para caracterizar una situación de competencia potencial. Además de la posible adquisición o transmisión de conocimientos técnicos útiles para entrar en el mercado afectado, esos elementos pueden, en particular, ser pertinentes para apreciar si la empresa en cuestión podía tener una estrategia económica viable para entrar en tal mercado. Ese podría ser el caso, en particular, si dicha empresa ya hubiera demostrado su capacidad para hacer uso de su fuerte presencia en un mercado geográfico determinado para acceder a nuevos sectores de actividad mediante asociaciones con empresas que ya operan en específicos mercados de productos. Del mismo modo, las actividades de la empresa de que se trata en mercados conexos con el mercado en cuestión pueden tenerse en cuenta si permiten fundamentar la demostración de las posibilidades reales y concretas de esa empresa de entrar en tal mercado.

- 75 Por lo que respecta, en tercer lugar, a la pertinencia de las acciones preparatorias de la empresa en cuestión para entrar en el mercado de que se trata, estas no pueden constituir, como señaló el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, una exigencia autónoma para demostrar la existencia de una situación de competencia potencial. En efecto, esas acciones solo son pertinentes en la medida en que puedan servir para demostrar que la empresa de que se trata tenía posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado en cuestión. Por lo tanto, no cabe considerar que deba acreditarse necesariamente que la empresa de que se trata inició acciones preparatorias para considerarla competidora potencial en el mercado en cuestión.
- 76 En cualquier caso, la posible importancia de tales acciones para entrar en el mercado en cuestión depende, en particular, de la estructura de ese mercado y del contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento. En tal sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado, en esencia, que esas acciones pueden resultar importantes cuando ese mercado, al igual que ocurre con el mercado de medicamentos, presenta numerosas barreras de entrada [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 43].
- 77 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una empresa que gestiona una red de minoristas de productos de gran consumo debe considerarse que es competidora potencial, en el mercado de la electricidad, de un proveedor de electricidad con el que aquella ha celebrado un acuerdo de asociación que incluye una cláusula de no competencia, aun a pesar de que la referida empresa no lleve a cabo ninguna actividad en ese mercado en el momento de celebrarse tal acuerdo, siempre y cuando se demuestre, sobre la base de un conjunto de elementos fácticos concordantes que tengan en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento, que existen posibilidades reales y concretas de que la referida empresa ingrese en ese mercado y compita con el citado proveedor.

Undécima cuestión prejudicial, relativa a la distinción entre los acuerdos verticales y los acuerdos horizontales

- 78 Mediante su undécima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 101 TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 330/2010, debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en las categorías de los «acuerdos verticales» y de los «acuerdos de agencia» un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes, mercados que no se ubican, el uno respecto del otro, en fases anteriores o posteriores de la cadena de producción, cuando dicho acuerdo consiste en fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados y en el que cada una de esas empresas asume una parte de los costes vinculados a la implementación de esa asociación.
- 79 Con carácter preliminar, por un lado, ha de señalarse que, como destacó el Abogado General en el punto 98 de sus conclusiones, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente apreciar el carácter contrario a la competencia de la cláusula de no competencia, independientemente de la naturaleza del acuerdo de asociación objeto del litigio principal, en particular a la luz del carácter accesorio de esta con respecto al citado acuerdo. Así pues, procede responder a esta cuestión únicamente desde la perspectiva que proporciona este último supuesto.

- 80 Por otro lado, el artículo 101 TFUE, apartado 3, establece una excepción a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, para los acuerdos que produzcan suficientes ventajas como para compensar los efectos contrarios a la competencia. A efectos de desarrollar la primera de esas disposiciones, el Reglamento n.º 330/2010 establece, para determinadas categorías de acuerdos, los requisitos conforme a los cuales puede aplicarse la exención que en ella se contempla. Por lo tanto, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar no solo si el acuerdo de asociación objeto del litigio principal está comprendido en una de las categorías de acuerdos allí identificadas, sino también, en su caso, si se cumplen efectivamente todos los requisitos contemplados en el referido Reglamento para que el acuerdo de asociación objeto del litigio principal pueda acogerse a la excepción establecida en tal disposición.
- 81 Efectuada esta precisión, ha de señalarse que el artículo 1, apartado 1, letra a) del Reglamento n.º 330/2010 define los acuerdos verticales como los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.
- 82 Pues bien, las Directrices relativas a las restricciones verticales incluyen los acuerdos de agencia entre los acuerdos verticales que generalmente no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, y los definen como acuerdos mediante los cuales un agente dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona, el principal, para, entre otras cosas, vender bienes o servicios suministrados por ese principal. El apartado 13 de las referidas Directrices señala que el factor determinante para definir un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, es el riesgo comercial o económico que soporta el agente en relación con las actividades para las que el principal le ha designado. En otras palabras, a efectos de la aplicación de la citada disposición, el acuerdo se calificará como acuerdo de agencia si el agente no asume riesgo alguno o el riesgo asumido es insignificante en el contexto de los contratos que celebra o negocia por cuenta del principal.
- 83 En el presente asunto, las demandantes en el litigio principal defienden que el acuerdo de asociación objeto del litigio principal debe analizarse como dos acuerdos de agencia cruzados en los que cada una de las partes contractuales se responsabiliza de promover las ventas de la otra parte contractual. Sin embargo, de la resolución de remisión se desprende que los costes de implementación del «Programa EDP Continente» fueron sufragados a partes iguales por las partes de ese acuerdo de asociación.
- 84 A este respecto, de los apartados 81 y 82 de la presente sentencia se infiere que no cabe calificar de acuerdo de agencia un acuerdo que reparte entre las partes contratantes los riesgos vinculados a las operaciones que contempla. Asimismo, cuando las partes contratantes no operan, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada de que se trate, en una misma cadena de producción o de distribución, no puede acogerse tal calificación.
- 85 No obstante, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente calificar el acuerdo de asociación objeto del litigio principal teniendo en cuenta todas las precisiones anteriores.
- 86 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la undécima cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento n.º 330/2010, debe interpretarse en el sentido de que no está comprendido en las categorías de los «acuerdos verticales» y de los «acuerdos de agencia» un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes, mercados que no

se ubican, el uno respecto del otro, en fases anteriores o posteriores de la cadena de producción, cuando dicho acuerdo consiste en fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados y en el que cada una de esas empresas asume una parte de los costes vinculados a la implementación de esa asociación.

Décima cuestión prejudicial, relativa al concepto de «restricción accesoria»

- 87 Mediante su décima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de no competencia incluida en un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes y cuyo objeto es fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados puede considerarse como una restricción accesoria al citado acuerdo de asociación.
- 88 Conforme a una reiterada jurisprudencia, si una operación o una actividad determinada no está comprendida en el principio de prohibición previsto en el artículo 101 TFUE, apartado 1, por su neutralidad o por su efecto positivo en el ámbito de la competencia, una restricción de la autonomía comercial de uno o varios de los participantes en dicha operación o actividad tampoco está comprendida en el referido principio si tal restricción es necesaria objetivamente para implementar la mencionada operación o actividad y proporcionada a los objetivos de una u otra (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 89, y de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25, apartado 69).
- 89 De este modo, cuando no es posible disociar tal restricción de la operación o la actividad principal sin comprometer la existencia y los objetos de estas, se debe examinar la compatibilidad de dicha restricción con el artículo 101 TFUE conjuntamente con la compatibilidad de la operación o de la actividad principal de la cual es accesoria, y ello aun cuando, tomada de forma aislada, la referida restricción pudiera parecer, a primera vista, comprendida en el principio de prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 90, y de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25, apartado 70).
- 90 Cuando se trata de determinar si una restricción contraria a la competencia puede eludir la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1, sobre la base de que es accesoria con respecto a una operación principal que no es contraria a la competencia, debe averiguarse si sería imposible llevar a cabo esa operación sin la restricción en cuestión. Por el hecho de que dicha operación solo sería más difícilmente realizable o generaría menos beneficios sin la restricción en cuestión no puede considerarse que tal restricción tenga el carácter de «objetivamente necesaria» exigido para ser calificada de accesoria. En efecto, tal interpretación llevaría a ampliar el citado concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Tal resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición contemplada en el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, apartado 91, y de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25, apartado 71).
- 91 En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que cada una de las partes contratantes del acuerdo de asociación objeto del litigio principal se comprometió, en virtud de la cláusula de no competencia que figura en él, durante un período de dos años, es decir, un año

más que la duración prevista para ese acuerdo de asociación, a no desarrollar, directa o indirectamente, ninguna actividad en el mercado en el que operaba la otra parte contratante. Por lo que respecta, más concretamente, al mercado del suministro de electricidad, esta cláusula de no competencia no se limitaba únicamente al suministro de electricidad de baja tensión como el citado acuerdo de asociación, sino que cubría también el suministro de electricidad de media y alta tensión destinada a clientes industriales. La referida cláusula prohibía también a Modelo Continente negociar o concluir con otro proveedor de electricidad acuerdos que tuvieran por objeto o por efecto conceder descuentos u otros beneficios monetarios vinculados al suministro de electricidad.

- 92 Las demandantes en el litigio principal aducen que la cláusula de no competencia que figura en el acuerdo de asociación objeto del litigio principal tenía simplemente por objeto impedir que las partes de ese acuerdo utilizaran en su beneficio información comercialmente sensible intercambiada para implementar el «Programa EDP Continente» y alegan que esa información se refería, en particular, al plan de consumo eléctrico de los clientes que se habían adherido al «Programa EDP Continente». Pues bien, las cláusulas de confidencialidad y de protección de la propiedad intelectual y de los datos no eran, a su juicio, suficientes para proteger las inversiones realizadas y los conocimientos técnicos compartidos. Por tanto, la cláusula de no competencia a que se refiere el litigio principal permitió, según afirman, cubrir ese riesgo.
- 93 A este respecto, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente apreciar si esta cláusula de no competencia era necesaria objetivamente para implementar el acuerdo de asociación objeto del litigio principal y si era proporcionada a los objetivos perseguidos por ese acuerdo. Para ello, habrá que comprobar, en particular, si no existía una solución menos restrictiva de la competencia, a la que las partes en dicho acuerdo hubieran podido recurrir en el momento de su celebración para alcanzar esos objetivos. A tal fin, el órgano jurisdiccional remitente podrá tener en cuenta, en particular, el alcance de la cláusula de no competencia para comprobar si concuerda con el objeto y el alcance espacio-temporal del acuerdo de asociación objeto del litigio principal.
- 94 De lo anterior se infiere que procede responder a la décima cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de no competencia incluida en un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes y cuyo objeto es fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados no puede considerarse como una restricción accesorias al citado acuerdo de asociación, salvo si la restricción generada por esa cláusula es necesaria objetivamente para implementar el citado acuerdo de asociación y es proporcionada a sus objetivos.

Cuestiones prejudiciales primera y octava, relativas a la distinción entre «restricción de la competencia por el objeto» y «restricción de la competencia por el efecto»

- 95 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y octava, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituye un acuerdo cuyo objeto es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia una cláusula de no competencia que consiste, en particular, en el contexto de un acuerdo de asociación comercial, en prohibir a una de las partes de ese acuerdo entrar en el mercado nacional del suministro de electricidad en el que la otra parte del citado acuerdo es un actor principal, lo que ocurre coincidiendo con las últimas fases de la liberalización de ese mercado, aun a pesar de que los consumidores obtienen determinadas ventajas del referido acuerdo y de que esa cláusula de no competencia está limitada en el tiempo.

- 96 Con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, son incompatibles con el mercado interior y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.
- 97 Para estar incurso en la prohibición establecida en dicha disposición, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 16 y jurisprudencia citada, y de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, apartados 54 y 55 y jurisprudencia citada). Así pues, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (sentencia de 29 de junio de 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 31 y jurisprudencia citada).
- 98 Asimismo, el concepto de «restricción de la competencia por el objeto» debe interpretarse de manera restrictiva. Así, este concepto solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos (sentencia de 29 de junio de 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 32 y jurisprudencia citada).
- 99 En efecto, ciertas prácticas colusorias entre empresas revelan, por ellas mismas y habida cuenta del contenido de sus disposiciones, de los objetivos que pretenden alcanzar y del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos, puesto que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 67 y jurisprudencia citada].
- 100 Entre estas prácticas colusorias que pueden incluirse en la categoría de las restricciones por el objeto figuran los acuerdos de reparto de mercados. En efecto, tales acuerdos constituyen violaciones especialmente graves de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de diciembre de 2013, Solvay Solexis/Comisión, C-449/11 P, EU:C:2013:802, apartado 82, y de 4 de septiembre de 2014, YKK y otros/Comisión, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, apartado 26), puesto que por sí mismos tienen un objeto restrictivo de la competencia y pertenecen a una categoría de acuerdos expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, sin que quepa justificar ese objeto mediante un análisis del contexto económico en el que se inserta la conducta anticompetitiva considerada (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 28 y jurisprudencia citada).
- 101 Lo mismo ocurre con los acuerdos de exclusión de mercados, ya que su objetivo es suprimir la competencia potencial e impedir el libre juego de la competencia manteniendo a un competidor potencial fuera del mercado de que se trate.

- 102 En tal supuesto, el análisis del contexto económico y jurídico en el que se inserta ese acuerdo puede limitarse a lo que resulte estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión, C-373/14 P, EU:C:2016:26, apartado 29). A este respecto, el objeto contrario a la competencia de un acuerdo de esta naturaleza puede verse confirmado por el hecho de que tenga lugar en un contexto particular de liberalización del mercado coincidente con la eliminación de importantes barreras de entrada.
- 103 Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando las partes de un acuerdo invoquen efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, estos efectos deben ser tenidos debidamente en cuenta, como elementos del contexto de ese acuerdo, a efectos de su calificación de «restricción por el objeto», en la medida en que pueden poner en tela de juicio la apreciación global del grado de nocividad suficiente para la competencia de la práctica colusoria y, en consecuencia, su calificación de «restricción por el objeto» (sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión, C-883/19 P, EU:C:2023:11, apartado 139 y jurisprudencia citada).
- 104 Sin embargo, la mera existencia de efectos favorables a la competencia no basta para descartar tal calificación. En efecto, únicamente debe descartarse la calificación de restricción por el objeto si esos efectos están probados, son pertinentes, inherentes al acuerdo en cuestión, suficientemente importantes y permiten albergar dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del referido acuerdo [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 103 y 105 a 107].
- 105 En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente tener en cuenta la circunstancia, que el propio órgano señaló en la resolución de remisión, de que la aplicación de la cláusula de no competencia a que se refiere el litigio principal coincidió con el contexto específico de la última fase de liberalización del mercado del suministro de electricidad en Portugal. Corresponde asimismo al órgano jurisdiccional remitente comprobar, en el supuesto de que la cláusula de prohibición de competencia no haya sido accesoria del acuerdo de asociación objeto del litigio principal, si los efectos favorables a la competencia que invocan las demandantes en el litigio principal eran efectivamente inherentes a dicha cláusula y no meramente vinculados a ese acuerdo.
- 106 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y octava que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituye un acuerdo cuyo objeto es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia una cláusula de no competencia que consiste, en particular, en el contexto de un acuerdo de asociación comercial, en prohibir a una de las partes de ese acuerdo entrar en el mercado nacional del suministro de electricidad en el que la otra parte del citado acuerdo es un actor principal, lo que ocurre coincidiendo con las últimas fases de la liberalización de ese mercado, aun a pesar de que los consumidores obtienen determinadas ventajas del referido acuerdo y de que esa cláusula de no competencia está limitada en el tiempo, en la medida en que de un análisis del contenido de dicha cláusula y de su contexto económico y jurídico se desprenda que esa cláusula pone de manifiesto un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos.

Costas

- 107 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 101 TFUE, apartado 1,

debe interpretarse en el sentido de que

una empresa que gestiona una red de minoristas de productos de gran consumo debe considerarse que es competidora potencial, en el mercado de la electricidad, de un proveedor de electricidad con el que aquella ha celebrado un acuerdo de asociación que incluye una cláusula de no competencia, aun a pesar de que la referida empresa no lleve a cabo ninguna actividad en ese mercado de producto en el momento de celebrarse tal acuerdo, siempre y cuando se demuestre, sobre la base de un conjunto de elementos fácticos concordantes que tengan en cuenta la estructura del mercado y el contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento, que existen posibilidades reales y concretas de que la referida empresa ingrese en ese mercado y compita con el citado proveedor.

2) El artículo 101 TFUE, apartado 3, en relación con el artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas,

debe interpretarse en el sentido de que

no está comprendido en las categorías de los «acuerdos verticales» y de los «acuerdos de agencia» un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes, mercados que no se ubican, el uno respecto del otro, en fases anteriores o posteriores de la cadena de producción, cuando dicho acuerdo consiste en fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados y en el que cada una de esas empresas asume una parte de los costes vinculados a la implementación de esa asociación.

3) El artículo 101 TFUE, apartado 1,

debe interpretarse en el sentido de que

una cláusula de no competencia incluida en un acuerdo de asociación comercial celebrado entre dos empresas que operan en mercados de productos diferentes y cuyo objeto es fomentar el desarrollo de las ventas de los productos de esas dos empresas mediante un mecanismo de promoción y de descuentos cruzados no puede considerarse como una restricción accesoria al citado acuerdo de asociación, salvo si la

restricción generada por esa cláusula es necesaria objetivamente para implementar el citado acuerdo de asociación y es proporcionada a sus objetivos.

4) El artículo 101 TFUE, apartado 1,

debe interpretarse en el sentido de que

constituye un acuerdo cuyo objeto es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia una cláusula de no competencia que consiste, en particular, en el contexto de un acuerdo de asociación comercial, en prohibir a una de las partes de ese acuerdo entrar en el mercado nacional del suministro de electricidad en el que la otra parte del citado acuerdo es un actor principal, lo que ocurre coincidiendo con las últimas fases de la liberalización de ese mercado, aun a pesar de que los consumidores obtienen determinadas ventajas del referido acuerdo y de que esa cláusula de no competencia está limitada en el tiempo, en la medida en que de un análisis del contenido de dicha cláusula y de su contexto económico y jurídico se desprenda que esa cláusula pone de manifiesto un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos.

Firmas