



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
ATHANASIOS RANTOS IŠVADA,
pateikta 2023 m. kovo 2 d.¹

Byla C-331/21

**Autoridade da Concorrência,
EDP – Energias de Portugal SA,
EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,
Sonae MC SGPS SA, anksčiau – Sonae Investimentos ir Sonae MC – Modelo Continente
SGPS,
Modelo Continente Hipermercados SA,
dalyvaujant
Ministério Público**

(*Tribunal da Relação de Lisboa* (Lisabonos apeliacinis teismas, Portugalija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą – Konkurencija – SESV 101 straipsnis – Elektros energijos tiekėjo ir mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonės, valdančios didelius ir labai didelius prekybos centrus, susitarimas – Nekonkuravimo sąlyga – Potenciali konkurencija – Skirtumas tarp vertikaliojo ir horizontaliojo susitarimo – Konkurencijos ribojimas „dėl tikslo“ ar „dėl poveikio“ – Reglamentas (ES) Nr. 330/2010 – Atstovavimo sutartis – Elektros energijos tiekimo rinkos liberalizavimas“

I. Įžanga

1. Ar nekonkuravimo sąlyga, įtraukta į asociacijos susitarimą tarp įmonių, veikiančių skirtingose produktų rinkose, gali būti susitarimas, kurio tikslas yra antikonkurencinis, kaip tai suprantama pagal SESV 101 straipsnį, o jei taip, kokiomis sąlygomis? Iš esmės toks yra pagrindinis *Tribunal da Relação de Lisboa* (Lisabonos apeliacinis teismas, Portugalija) pateikto prašymo priimti prejudicinį sprendimą klausimas.

2. Šiuo prašymu priimti prejudicinį sprendimą jį pateikęs teismas prašo Teisingumo Teismo išnagrinėti keturis aspektus, susijusius su SESV 101 straipsnio 1 dalies išaiškinimu, pagal kuriuos galima sugrupuoti pateiktus prejudicinius klausimus, t. y.: i) įmonių, veikiančių skirtingose produktų rinkose, galimų konkurencinių santykių įvertinimas; ii) asociacijos susitarimo, kuriuo siekiama skatinti susitariančiųjų šalių veiklą, teisinis kvalifikavimas; iii) nekonkuravimo sąlygos pagalbinis pobūdis tokiam susitarime; ir iv) tokios sąlygos kvalifikavimas kaip konkurencijos ribojimo „dėl tikslo“.

¹ Originalo kalba – prancūzų.

II. Ginčas pagrindinėje byloje, prejudiciniai klausimai ir procesas Teisingumo Teisme

3. Ginčas pagrindinėje byloje kilo tarp *Autoridade da Concorrência* (Konkurencijos institucija, Portugalija, toliau – *AdC*) ir apeliančių t. y. EDP – *Energias de Portugal SA* (toliau – *EDP Energias*), *EDP Comercial – Comercialização de Energia SA* (toliau – *EDP Comercial*), *Sonae MC SGPS SA* (anksčiau – *Sonae Investimentos SGSP SA* ir *Sonae MC – Modelo Continente SGPS*, toliau – naujoji *Sonae MC*) ir *Modelo Continente Hipermercados SA* (toliau – MCH) dėl baudų, kurias *AdC* skyrė šioms įmonėms² pagal Portugalijos konkurencijos įstatymo³ 9 straipsnio 1 dalies c punktą už tai, kad jos į asociacijos susitarimą įtraukė nekonkuravimo sąlygą. *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão* (Konkurencijos, reguliavimo ir priežiūros teismas, Portugalija, toliau – TCRS) šias baudas sumažino.

4. Pirma, MCH ir naujoji *Sonae MC* priklauso Portugalijos įmonių, vykdančių veiklą įvairiuose sektoriuose, grupei⁴ (toliau – *Sonae grupė*). Šioje grupėje MCH vykdo veiklą Portugalijoje maisto prekių platinimo sektoriuje ir eksploatuoja parduotuvių (didelių ir labai didelių prekybos centrų) tinklą. Naujajai *Sonae MC*, kuri valdo akcijas ir veikia tame pačiame sektoriuje, priklauso visos MCH akcinis kapitalas.

5. Antra, *EDP Energias* ir *EDP Comercial* priklauso Portugalijos įmonių grupei, kurios patronuojančioji bendrovė yra *EDP Energias*, vykdanči veiklą, be kita ko, elektros energijos ir gamtinių dujų gamybos, paskirstymo ir tiekimo sektoriuje. Ši grupė yra svarbiausias Portugalijos subjektas elektros energijos gamybos, paskirstymo ir tiekimo rinkose.

A. Pagrindinėje byloje nagrinėjamas asociacijos susitarimas

6. 2012 m. sausio 5 d. *EDP Comercial* ir MCH sudarė asociacijos susitarimą „Plan EDP Continente“ (toliau – asociacijos susitarimas), kuriuo siekta pritraukti klientus, skatinti pardavimą ir siūlyti nuolaidas vartotojams. Šio susitarimo sudarymo dieną šios bendrovės nebuvo konkurentės jokioje produktų ar geografinėje rinkoje, įskaitant mažmeninės prekybos ir elektros bei gamtinių dujų tiekimo rinką.

7. Asociacijos susitarime buvo 2.1 punktas, jame šio susitarimo tikslas buvo apibrėžtas taip: „skatinti *EDP Comercial* elektros energijos tiekimo laisvuju režimu ir MCH vykdomos mažmeninės prekybos maisto ir ne maisto produktais veiklos vystymą [MCH priklausančiuose] dideliuose ir labai dideliuose prekybos centruose, taip pat kitų su *Sonae Investimentos* susijusių bendrovių, išskyrus MCH, valdomose prekybos įstaigose <...>“

8. Komerciniu požiūriu pagal šį asociacijos susitarimą buvo numatytos elektros energijos kainų nuolaidos, skirtos klientams, turintiems *Continente* nuolaidų kortelę, išduodamą pagal MCH lojalumo programą. Klientai, norintys prisijungti prie plano „EDP Continente“, turėjo pasirašyti žemos įtampos elektros energijos tiekimo sutartį su *EDP Comercial*, skirtą liberalizuotai

² Išskyrus *Sonae MC – Modelo Continente*, kuriai bauda nebuvo skirta dėl to, kad nebuvo apyvartos, ir kurią įsigijo bendrovė *Sonae Investimentos*, pakeitusi savo pavadinimą į *Sonae MC*.

³ *Lei n° 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis n°s 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei n° 2/99, de 13 de janeiro* (2012 m. gegužės 8 d. Įstatymas Nr. 19/2012, kuriuo patvirtinta nauja konkurencijos reglamentavimo tvarka (*Diário da República*, I serija, Nr. 89/2012); toliau – Portugalijos konkurencijos įstatymas) 9 straipsnio 1 dalyje nurodyta: „įmonių susitarimai <...> kuriais siekiama užkirsti kelią konkurencijai <...> nacionalinės rinkos dalyje ar visoje šioje rinkoje, arba kurie turi tokį poveikį, yra draudžiami <...>. Visų pirma yra draudžiama: <...> rinkų arba tiekimo šaltinių pasidalijimas“.

⁴ Be kita ko, mažmeninė prekyba, telekomunikacijos ir audiovizualinė žiniasklaida, prekybos centrų valdymas, medienos gaminiai, turizmas ir energijos gamyba kogeneracijos arba fotovoltinių būdu.

žemyninės Portugalijos rinkai. Taigi šie klientai gaudavo 10 % nuolaidą *EDP Comercial* tiekiamai elektros energijai. Nuolaida buvo suteikiama išduodant nuolaidų kuponus, atitinkančius šios nuolaidos sumą, jie buvo įkeliami į atitinkamų klientų „Continente“ kortelę ir klientai galėjo juos panaudoti, pirkdami 2.1 punkte nurodytose *Sonae* grupės įmonėse.

9. Iš pradžių visą nuolaidų sumą padengdavo *EDP Comercial*⁵. Vis dėlto, atsižvelgiant į padidėjusius srautus minėtose įmonėse ir apyvertą, gautą dėl „Plan EDP Continente“, buvo numatyta, kad MCH padengs dalį suteiktų nuolaidų. Kitas asociacijos sąnaudas, susijusias su reklama, rinkodara, komunikacija ir gynyba per procedūras, lygiomis dalimis padengdavo *EDP Comercial* ir MCH.

10. Asociacijos susitarimo 12 straipsnio 1 dalyje „Išimtinumas“ buvo nurodyta: „Šio susitarimo galiojimo laikotarpiu ir vienus metus po jo nutraukimo [MCH] įsipareigoja: a) tiesiogiai arba per bendroves, kurių kontrolinis akcijų paketas priklauso [*Sonae Investimentos*], nevykdyti prekybos elektros energija ir gamtinėmis dujomis veiklos žemyninėje Portugalijos dalyje; b) nesiderėti su jokiais elektros energijos ar gamtinių dujų tiekėjais, nesaistomais kontrolės ar grupės santykių su *EDP Comercial*, dėl asociacijos susitarimų, bendrųjų įmonių, principinių susitarimų, reklamos kampanijų ar kitų susitarimų, kurių tikslas ar pasekmė – nuolaidų ar kitos turtinės naudos, susijusios su elektros energija ar gamtinėmis dujomis, suteikimas, ir nesudaryti tokių sutarčių <...>“. Pagal 12 straipsnio 2 dalį *EDP Comercial* prisiėmė simetrinius įsipareigojimus mažmeninės prekybos maisto produktais rinkoje žemyninėje Portugalijos dalyje.

11. Pagrindinėje byloje nagrinėjamas asociacijos susitarimas galiojo iki 2012 m. gruodžio 31 d., nors vartotojai galėjo prisijungti prie jo tik nuo 2012 m. sausio 9 d. iki 2012 m. kovo 4 d. Elektros energijos tiekimo sutartis buvo galima pasirašyti 180-yje MCH valdomų prekybos centrų, kuriuos pasidalydamos aprūpino *EDP Comercial* ir MCH. Planą „EDP Continente“ iš viso užsisakė 146 775 klientai, iš kurių 137 144 kampanijos metu ir jai pasibaigus liko įsipareigoję *EDP Comercial*. „EDP Continente“ narių gautų nuolaidų suma sudarė 6 907 354 EUR, o bendra panaudotų kuponų vertė buvo apie 6 024 252 EUR. Iš šios sumos 1 795 912 EUR padengė MCH.

B. Reikšminga reglamentavimo sistema

12. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nurodė, kad šis asociacijos susitarimas sutapo su svarbiu Portugalijos elektros energijos tiekimo rinkos liberalizavimo etapu, kai 2012 m. pabaigoje baigėsi reguliuojamų žemos įtampos tarifų taikymas.

13. Šiuo klausimu elektros energijos tiekimo liberalizavimo procesas Portugalijoje nuo 1995 m. vyko laipsniškai. Nuo 1995 m. pagal prekybai elektros energija taikomą Portugalijos reglamentavimo sistemą šiame sektoriuje buvo skatinama laisvos konkurencijos sistema, supaprastinant teisinės sąlygas, taikomas elektros energijos tiekimo veiklai ir jos vykdymui, nustatant, kad jai reikalinga tik registracija, o ne licencija, taip sudarant palankias sąlygas nepriklausomiems veiklos vykdytojams patekti į rinką. 2006 m. buvo nustatytas pereinamasis laikotarpis, per kurį vartotojai galėjo rinktis reguliuojamąją arba liberalizuotąją rinką tik pagal komercinį pasiūlymų patrauklumą, be jokios reguliavimo naštos ar apribojimų.

⁵ MCH turėjo kas mėnesį išrašyti debeto avizą dėl praėjusį mėnesį išrašytų ir aktyvuotų kvitų sumos – ši turėjo būti apmokėta mėnesio, kurį buvo išrašyta kiekviena sąskaita faktūra, pabaigoje.

14. Nuo 2011 m. sausio 1 d. buvo panaikinti reguliuojami tarifai, taikomi galutiniams vartotojams už labai aukštos, aukštos ir vidutinės įtampos bei specifinės žemos įtampos elektros energijos tiekimą. Nuo 2012 m. liepos 1 d. ir 2013 m. sausio 1 d. buvo panaikinti reguliuojamieji žemos įtampos elektros energijos (mažos parduotuvės / namų ūkiai) tarifai galutiniams vartotojams, kuriems taikoma sutartinė galia yra 10,35 kVA arba didesnė, ir vartotojams, kuriems tiekiamos elektros energijos sutartinė galia yra mažesnė nei 10,35 kVA. Po šių datų naujas sutartis buvo galima sudaryti tik liberalizuotoje rinkoje⁶.

C. Ginčijamas sprendimas

15. 2017 m. gegužės 4 d. *AdC*, gavusi 2012 m. sausio mėn. *Ministério da Economia e do Emprego* (Ekonomikos ir užimtumo ministerija, Portugalija) pranešimą dėl tariamų pažeidimų, susijusių su asociacijos susitarimu, priėmė sprendimą (toliau – ginčijamas sprendimas), juo pagal Portugalijos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalies c punktą skyrė 38 300 000 EUR baudą apeliančioms pagrindinėje byloje už konkurencijos pažeidimą „dėl tikslo“.

16. *AdC* teigimu, konkurencijos teisės pažeidimas pasireiškė įmonių susitarimu, kurio tikslas buvo pasidalyti rinkas, įtraukiant į asociacijos sutartį (t. y. į 12 straipsnio 1 dalies a punktą ir 12 straipsnio 2 dalies a punktą) nekonkuravimo sąlygą. Trys rinkos, esančios Portugalijos žemyninėje dalyje, kurioms taikyta ši sąlyga, buvo: i) elektros energijos tiekimo rinka; ii) gamtinių dujų tiekimo rinka; ir iii) mažmeninės prekybos maisto produktais rinka. *AdC* priekaištavo apeliančioms pagrindinėje byloje dėl to, kad jos dvejus metus įgyvendino minėtą susitarimą esminiu nacionalinės elektros energijos tiekimo rinkos liberalizavimo proceso laikotarpiu, o tai dar labiau sustiprino susitarimo antikonkurencinį pobūdį.

17. Apeliančioms pagrindinėje byloje apskundus ginčijamą sprendimą, 2020 m. rugsėjo 30 d. TCRS jį paliko galioti ir 10 % sumažino baudas, atsižvelgiant į naudą, kurią namų ūkiai gavo iš šio susitarimo dėl nuolaidų taikymo⁷.

18. Kaip ir *AdC*, minėtas teismas manė, kad pagal pagrindinėje byloje nagrinėjamą asociacijos susitarimą apeliančės pagrindinėje byloje sudarė „nekonkuravimo sutartį“, kuri reiškė konkurencijos ribojimą dėl tikslo. Tai konstatuodamas minėtas teismas, be kita ko, atsižvelgė į *Groupe Sonae* veiklą elektros energijos gamybos ir tiekimo rinkose ir šio asociacijos susitarimo įgyvendinimo laikotarpiu, t. y.: i) *Sonae* grupės įmonės ir *Endesa SA* asociaciją, įsteigiant bendrąją įmonę *Sodesa – Comercialização de Energia SA* (toliau – *Sodesa*)⁸; ii) MCH ir *Petróleos de Portugal – Petrolgal, SA* (toliau – GALP) asociaciją⁹; ir iii) MCH ir kitų *Sonae* grupės priklausančių įmonių veiklos vykdymą labai mažos ir mažos apimties elektros energijos gamybos įrenginiais rinkose¹⁰. Kaip nurodo tas pats teismas, tik tos įmonės, kurios yra realios arba potencialios konkurentės, galėjo įrodyti suinteresuotumą sudaryti tokią sutartį.

⁶ Vis dėlto vartotojams, kurie tomis dienomis nepasirinko sudaryti sutarties liberalizuotoje rinkoje, buvo nustatytos pereinamojo laikotarpio tarifų schemos. Šiems vartotojams buvo taikomi *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos* (Energetikos paslaugų reguliavimo tarnyba, Portugalija) nustatyti tarifai padidinta kaina, siekiant paskatinti perėjimą į liberalizuotą rinką. Paskutinė iš šių schemų nustojo galioti 2017 m. gruodžio 31 d.

⁷ TCRS šį sumažinimą grindė tuo, kad pagal asociacijos susitarimą įvairios Portugalijos šeimos galėjo pasinaudoti didelėmis nuolaidomis ir pirkti būtiniausias prekes. Apeliančės pagrindinėje byloje buvo paskirtos tokios baudos: *EDP Energias* – 2 610 000 EUR, *EDP Comercial* – 23 220 000 EUR, *Sonae Investimentos* – 2 520 000 EUR, MCH – 6 120 000 EUR.

⁸ Žr. šios išvados 76 punktą.

⁹ Žr. šios išvados 81 punktą.

¹⁰ Žr. šios išvados 83 punktą.

19. Apeliančės pagrindinėje byloje ir *AdC* apskundė TCRS sprendimą *Tribunal da Relação de Lisboa* (Lisabonos apeliacinis teismas), t. y. prašymą priimti prejudicinį sprendimą šioje byloje pateikusiam teismui. Apeliaciniame skunde, kuris paduotas tik dėl baudų dydžio, *AdC* prašė panaikinti TCRS sprendimo dalį, kuria jis sumažino jos paskirtų baudų dydį 10 %¹¹. Apeliančės pagrindinėje byloje, be kita ko, laikosi nuomonės, kad neatliko antikonkurencinio veiksmo, todėl prašė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo panaikinti visą šį sprendimą, o nepatenkinus šio reikalavimo – sumažinti baudos dydį¹². Be to, apeliančės pagrindinėje byloje prašė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo pateikti prašymą priimti prejudicinį sprendimą. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo 11 prejudicinių klausimų iš esmės sutampa su šių apeliančių suformuluotais klausimais.

D. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo klausimai

20. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas abejoja, ar asociacijos susitarimas ir ypač nekonkuravimo sąlyga galėjo turėti neigiamą poveikį konkurencijai atitinkamose rinkose.

21. Šiomis aplinkybėmis *Tribunal da Relação de Lisboa* (Lisabonos apeliacinis teismas) nutarė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

- „1. Ar SESV 101 straipsnis, kuriuo pagrįstas [Portugalijos konkurencijos įstatymo] 9 straipsnis, turi būti aiškinamas taip, kad pagal jį nekonkuravimo sąlygą, kaip antai numatytą asociacijos susitarimo 12 straipsnio 1 ir 2 dalyse <...>, galima laikyti elektros energijos tiekėjo ir mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonės, eksploatuojančios labai didelius ir didelius prekybos centrus, sudarytu susitarimu taikyti ribojimą dėl tikslo, siekiant suteikti nuolaidas klientams, kurie tuo pačiu metu naudojami tam tikru elektros energijos tiekėjo energijos tarifų planu, taikomu žemyninėje Portugalijos dalyje, ir turi mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonės lojalumo kortelę – nuolaidas, kuriomis galima pasinaudoti tik perkant prekes pastarosios bendrovės arba su ja susijusių bendrovių parduotuvėse, jeigu kitose šio susitarimo sąlygose nurodyta, kad jo tikslas buvo skatinti atitinkamų bendrovių veiklos plėtrą <...>, ir nustatyta, kad tai naudinga vartotojams <...>, neanalizuojant konkrečių žalingų padarinių konkurencijai, atsirandančių dėl minėtų 12 straipsnio 1 ir 2 dalių?
2. Ar SESV 101 straipsnio 1 dalį galima aiškinti taip, kad susitarimas, kuriuo draudžiama vykdyti tam tikrą ekonominę veiklą ir pagal kurią dvi įmonės, kaip įtariama, pasidalija rinkas, gali būti laikomas ribojančiu konkurenciją dėl tikslo, jeigu jį sudarė subjektai, kurie nei faktiškai, nei potencialiai nekonkuruoja tarpusavyje nė vienoje iš rinkų, kurioms šis įsipareigojimas turi įtakos, net jei tokios rinkos gali būti laikomos liberalizuotomis ar nėra teisės aktuose numatytų neįveikiamų kliūčių patekti į jas?
3. Ar SESV 101 straipsnio 1 dalį galima aiškinti taip, kad elektros energijos tiekėjas ir labai didelius bei didelius prekybos centrus eksploatuojanti mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonė, kurie tarpusavyje sudarė susitarimą, siekdami skatinti vienas kito veiklą ir didinti kitos sutarties šalies (o mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonės atveju – bendrovių, kurių kapitalo kontrolinį akcijų paketą valdo viena iš ją patronuojančių bendrovių) pardavimo

¹¹ *AdC* tvirtina, kad asociacijos susitarimo nauda vartotojams negali būti pagrindas sumažinti baudą ir kad bet kuriuo atveju 10 % sumažinimas yra per didelis.

¹² Apeliančės pagrindinėje byloje, be kita ko, nurodė, kad: i) asociacijos susitarimo sudarymo dieną nebuvo jokios realios ar potencialios konkurencijos, todėl nekonkuravimo sąlyga negali būti laikoma turinčia antikonkurencinį poveikį; ii) šio susitarimo tikslas nebuvo riboti konkurenciją; ir iii) nebuvo jokių faktinių ar teisinių aplinkybių, dėl kurių galėtų kilti atitinkamų patronuojančiųjų bendrovių atsakomybė.

apimtis, turi būti laikomi potencialiais konkurentais, jeigu mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonė ir su ja susijusios patronuojančiosios bendrovės sudarydamos susitarimą nevykdė elektros energijos tiekimo veiklos nei atitinkamoje geografinėje rinkoje, nei bet kurioje kitoje rinkoje ir jeigu byloje nebuvo įrodyta, kad jos ketino vykdyti tokią veiklą šioje rinkoje arba ėmėsi kokių nors veiksmų, siekdamos ją vykdyti?

4. Ar atsakymas į ankstesnį prejudicinį klausimą būtų toks pat, jei kita bendrovė, kurios kapitalo kontrolinį akcijų paketą valdo mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonę patronuojanti bendrovė – susitarimo šalis, nepatekusi į subjektyvią nekonkuravimo išipareigojimo taikymo sritį (tačiau nė vienam iš šių dviejų subjektų [AdC] nepriekaištavo dėl pažeidimo ar neskyrė baudos ir jie nebuvo šiame teisme nagrinėtos bylos šalys), turėjo 50 % trečiojo subjekto, kuris Portugalijoje vykdė prekybos elektros energija veiklą, nutrauktą likus trejiems su puse metų iki susitarimo sudarymo, nes tas subjektas buvo likviduotas, akcijų?
5. Ar atsakymas į ankstesnį prejudicinį klausimą būtų toks pat tuo atveju, kai mažmeninės prekybos įmonė – susitarimo šalis – elektros energiją gamina labai mažos ir mažos apimtys energijos gamybos įrenginiais, esančiais ant jos patalpų stogo, nors visą pagamintą energiją reguliuojamomis kainomis parduoda paskutinės grandies prekybininkui?
6. Ar atsakymas į ketvirtąjį prejudicinį klausimą būtų toks pat tuo atveju, kai mažmeninės prekybos įmonė – susitarimo šalis – prieš aštuonerius metus iki sutarties sudarymo dienos buvo sudariusi kitą komercinio bendradarbiavimo sutartį su trečiuoju asmeniu, skystojo kuro platintoju (ir ji susitarimo sudarymo dieną vis dar galiojo), siekdama taikyti kryžmines nuolaidas, susijusias su šių produktų ir labai dideliuose bei dideliuose įmonės prekybos centruose parduodamų produktų pirkimu, jeigu įmonė – kita susitarimo šalis – prekiauja ne tik skystuoju kuru, bet ir elektros energija Portugalijos žemyninėje dalyje, ir nebuvo įrodyta, jog sudarydamos susitarimą šalys ketino išplėsti šį susitarimą taip, kad jis apimtų ir prekybą elektros energija, arba ėmėsi kokių nors veiksmų šiuo tikslu?
7. Ar atsakymas į ketvirtąjį prejudicinį klausimą būtų toks pat tuo atveju, kai kita bendrovė, kurios kontrolinį akcijų paketą valdo mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonę patronuojanti bendrovė – susitarimo šalis, nepatenkanti į subjektyvią nekonkuravimo išipareigojimo taikymo sritį (tačiau [AdC] nė vienam iš šių dviejų subjektų nepriekaištavo dėl pažeidimo ar neskyrė baudos ir jie nebuvo šiame teisme nagrinėtos bylos šalys), gamino elektros energiją kogeneracinėje jėgainėje, nors visą pagamintą elektros energiją reguliuojamomis kainomis tiekė paskutinės grandies prekybininkui?
8. Jei į šiuos prejudicinius klausimus būtų atsakyta teigiamai, ar SESV 101 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad sąlygą, pagal kurią tokiai mažmeninės prekybos maisto prekėmis įmonei draudžiama susitarimo galiojimo laikotarpiu ir iš karto po jo einančiais metais vykdyti prekybos elektros energija veiklą (pačiai arba per bendrovę, kurios kontrolinis akcijų paketas priklauso byloje nagrinėjamai vienai iš ją patronuojančių bendrovių) teritorijoje, kuriai taikomas susitarimas, galima laikyti ribojimu dėl tikslo?

9. Ar taikant SESV 101 straipsnį, [Reglamento Nr. 330/2010]¹³ 1 straipsnio 1 dalies c punktą ir Europos Komisijos vertikaliųjų apribojimų gairių (OL C 130, 2010, p. 1)¹⁴ 27 punktą sąvoka „galimas konkurentas“ gali būti aiškinama kaip apimanti įmonę, privalančią laikytis nekonkuravimo sąlygos ir veikiančią visiškai skirtingoje produktų rinkoje nei kita susitarimo šalis, jei nacionaliniame teisme nagrinėjamos bylos medžiagoje nėra jokių konkrečių duomenų (pavyzdžiui, apie projektus, investicijas ar kitus parengiamuosius darbus), kad prieš priimant tokią sąlygą ir jos nesant atitinkama įmonė galėjo artimiausiu metu patekti į kitos sutarties šalies rinką, taip pat nebuvo įrodyta, kad prieš priimant tokią sąlygą ir jos nesant kita susitarimo šalis šią įmonę laikė galima konkurente atitinkamoje rinkoje?
10. Ar SESV 101 straipsnio 1 dalis gali būti aiškinama taip, kad vien tai, jog elektros energija prekiaujančios įmonės ir įmonės, vykdančios mažmeninę prekybą maisto ir ne maisto prekėmis, skirtomis namų ūkiui, asociacijos susitarime dėl atitinkamos jų veiklos kryžminės reklamos (konkrečiai kalbant, pagal jį pirmoji įmonė savo klientams už suvartotą elektros energiją taiko nuolaidas, o antroji įmonė šių nuolaidų kainą išskaičiuoja iš mažmeninės prekybos vietose tų klientų įsigytų pirkinių kainos) yra nustatyta sąlyga, pagal kurią abi šalys įsipareigoja nekonkuruoti viena su kita ir nesudaryti panašių susitarimų su kitos šalies konkurentais, reiškia, kad šia sąlyga siekiama riboti konkurenciją, kaip tai suprantama pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį, nors:
- atitinkamos sąlygos taikymo sritis laiko atžvilgiu (vieni susitarimo galiojimo metai, prie kurių pridedami dar vieni metai) sutampa su tame pat susitarime nustatytu laikotarpiu, per kurį šalims neleidžiama projektuose su trečiosiomis šalimis naudoti komercinių paslapčių ar techninių žinių, įgytų įgyvendinant asociaciją,
 - geografinė sąlygos taikymo sritis yra tik geografinė susitarimo taikymo sritis,
 - subjektyvi sąlygos taikymo sritis apima tik susitarimo šalis ir įmones, kurių kapitalo kontrolinį akcijų paketą turi šios šalys, ir kitas tos pačios grupės įmones, kurioms taip pat priklauso mažmeninės prekybos įstaigos, patenkančios į susitarimo taikymo sritį, arba kurios jas valdo,
 - į subjektyvią sąlygos taikymo sritį nepatenka didžioji dauguma bendrovių, priklausančių tai pačiai šalių ekonominei grupei, taigi joms sąlyga nėra privaloma ir jos gali konkuruoti su kita sutarties šalimi jo galiojimo laikotarpiu ir jam pasibaigus,
 - įmonės, kurioms taikoma nekonkuravimo sąlyga, veikia visiškai skirtingose produktų rinkose ir neįrodyta, kad sudarydamos susitarimą jos įgyvendino kokį nors projektą ar planą arba investavo ar ėmėsi kitų veiksmų, siekdamos patekti į kitos susitarimo šalies produktų rinką?
11. Ar taikant SESV 101 straipsnio 1 dalį, [Reglamento Nr. 330/2010] 1 straipsnio 1 dalies a punktą ir [Vertikaliųjų apribojimų gairių] 25 punkto c papunktį sąvoka „vertikalusis susitarimas“ turi būti aiškinama taip, kad ji apima susitarimą, kuriam būdingi pirma pateiktuose klausimuose aprašyti požymiai ir kurių įgyvendindamos šalys veikia visiškai skirtingose produktų rinkose (neįrodžius, kad anksčiau, nesant susitarimo, jos įgyvendino kokį nors projektą, investavo ar rengė planus, siekdamos patekti į kitos sutarties šalies produktų rinką), tačiau pagal kurią

¹³ 2010 m. balandžio 20 d. Komisijos reglamentas Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims (OL L 102, 2010, p. 1).

¹⁴ Toliau – Vertikaliųjų apribojimų gairės.

šalys, taikydamos aptariamą susitarimą, leidžia kitai susitarimo šaliai naudotis atitinkamais prekybos tinklais, pardavimo grupėmis ir techninėmis žiniomis, siekdamos skatinti, užtikrinti ir didinti kitos šalies klientų ir verslo apimtis?“

22. Rašytines pastabas pateikė apeliančės pagrindinėje byloje, Portugalijos vyriausybė ir Europos Komisija. Šios šalys ir *AdC*, kuri nepateikė rašytinių pastabų, taip pat pateikė žodines pastabas 2022 m. lapkričio 9 d. vykusiame teismo posėdyje.

III. Analizė

23. Prieš pereinant prie prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pateiktų klausimų (B skirsnis), manau, tikslinga paaiškinti kai kuriuos dalykus, susijusius su Teisingumo Teismo jurisdikcija atsakyti į šiuos prejudicinius klausimus ir šių klausimų priimtumu (A skirsnis).

A. Dėl Teisingumo Teismo jurisdikcijos ir prašymo priimti prejudicinį sprendimą priimtumo

24. Pirma, dėl Teisingumo Teismo jurisdikcijos noriu pažymėti, kad apeliančėms pagrindinėje byloje baudos buvo skirtos tik pagal Portugalijos konkurencijos įstatymo 9 straipsnio 1 dalį, o ne pagal kurią nors Sąjungos teisės nuostatą. Remiantis suformuota jurisprudencija, pagal SESV 267 straipsnį Teisingumo Teismas neturi jurisdikcijos aiškinti nacionalinės teisės, nes ši užduotis tenka tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui¹⁵. Taigi kyla klausimas, ar Teisingumo Teismas turi jurisdikciją atsakyti į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimus.

25. Vis dėlto iš suformuotos Teisingumo Teismo jurisprudencijos matyti, kad jis turi jurisdikciją priimti sprendimą dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, pateikto dėl Sąjungos teisės nuostatų, tais atvejais, kai, net jeigu pagrindinės bylos aplinkybėmis Sąjungos teisė tiesiogiai netaikoma, šios Sąjungos teisės nuostatos tapo taikytinos dėl nacionalinės teisės, nes joje pateikta nuorodų į šių nuostatų turinį¹⁶.

26. Nagrinėjamu atveju neginčijama, kad Portugalijos konkurencijos įstatymo 9 straipsnis grindžiamas SESV 101 straipsnio turiniu¹⁷ ir iš esmės atitinka jo turinį. Taigi ši nuostata turi būti taikoma laikantis SESV 101 straipsnio, juo labiau kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, jog tam, kad būtų išspręstas jo nagrinėjamas ginčas, būtina išsiaiškinti tam tikrų Sąjungos konkurencijos teisei būdingų sąvokų taikymo sritį.

27. Mano nuomone, darytina išvada, kad Teisingumo Teismas turi jurisdikciją atsakyti į prejudicinius klausimus.

¹⁵ 2020 m. sausio 30 d. Sprendimas *Generics (UK) ir kt.* (C-307/18, toliau – Sprendimas *Generics (UK)*, EU:C:2020:52, 25 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

¹⁶ Kai reglamentuodamas vien vidaus pobūdžio situacijas nacionalinės teisės aktų leidėjas priima tokius pačius sprendimus kaip priimti Sąjungos teisėje, kad, pavyzdžiui, būtų išvengta galimo konkurencijos iškraipymo arba užtikrinta vienoda procedūra panašių situacijų atveju, esama tam tikro intereso Sąjungos teisės nuostatas ar sąvokas aiškinti vienodai, siekiant išvengti aiškinimo skirtumų ateityje (šiuo klausimu žr. Sprendimo *Generics (UK)* 26 ir 27 punktus).

¹⁷ Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo teigimu, šios nuostatos formuluotė „iš esmės atitinka SESV 101 straipsnio 1 dalies formuluotę“.

28. Antra, dėl Teisingumo Teismo procedūros reglamento 94 straipsnyje nustatytų reikalavimų, susijusių su prašymo priimti prejudicinį sprendimą turiniu, reikėtų priminti, kad pagal šią nuostatą kiekviename prašyme priimti prejudicinį sprendimą, be kita ko, „*trumpai išdėstomas ginčo dalykas* ir prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikiančio teismo nustatytos *reikšmingos faktinės aplinkybės* ar bent jau išdėstomi faktai, kuriais grindžiami klausimai“¹⁸. Šis reikalavimas ypač taikytinas konkurencijos srityje, kuriai būdingos sudėtingos teisinės ir faktinės situacijos¹⁹.

29. Šiuo klausimu reikėtų pažymėti, kad nagrinėjamu atveju prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas neįdėjo daug pastangų, „trumpai išdėstydamas ginčo dalyką“²⁰ ar apsiribodamas „reikšmingomis faktinėmis aplinkybėmis“²¹, ir tiesiog išskyrė faktines aplinkybes, kurios laikomos nustatytomis²², ir faktines aplinkybes, kurios nelaikomos nustatytomis²³. Taigi pateiktus prejudicinius klausimus reikėtų analizuoti atsižvelgiant tik į tas faktines aplinkybes, kurios laikomos nustatytomis.

30. Vis dėlto reikėtų atkreipti dėmesį į tai, kad antrasis prejudicinis klausimas grindžiamas faktine prielaida, kuri, kaip nurodoma, nėra įrodyta. Konkrečiau kalbant, šis klausimas susijęs su nekonkuravimo sąlygos kvalifikavimu kaip ribojimo dėl tikslo, kai kalbama apie subjektus, „kurie nei faktiškai, nei *potencialiai* nekonkuruoja tarpusavyje“, ir grindžiamas potencialios konkurencijos nebuvimo prielaida, nors kalbama būtent apie vieną iš pagrindinių klausimų, kuriais grindžiamas prašymas priimti prejudicinį sprendimą. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pabrėžia, kad vienas iš klausimų, į kuriuos reikia atsakyti, yra tas, ar „įmonės, su kuriomis susijęs [ginčijamas] sprendimas, laikytinos galimomis konkurentėmis“²⁴.

31. Taigi, nors prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo pateiktiems klausimams iš esmės taikoma svarbos prezumpcija²⁵, ir nors Teisingumo Teismas neprivalo tikrinti faktinių aplinkybių tikslumo²⁶, šiame prejudiciniame klausime prašomas SESV 101 straipsnio 1 dalies išaiškinimas šiuo atveju yra hipotetinis.

32. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, manau, kad antrasis prejudicinis klausimas turėtų būti laikomas nepriimtiniu.

¹⁸ Procedūros reglamento 94 straipsnio reikalavimai taip pat nurodyti [Teisingumo Teismo] rekomendacijų nacionaliniams teismams dėl prašymų priimti prejudicinį sprendimą pateikimo (OL C 380, 2019, p. 1) 15 punkte.

¹⁹ Žr. 2021 m. kovo 3 d. Sprendimą *Poste Italiane et Agenzia delle entrate – Riscossione* (C-434/19 ir C-435/19, EU:C:2021:162, 77 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

²⁰ Prašymą priimti prejudicinį sprendimą sudaro 277 puslapiai, kuriuose trūksta struktūros ir nuoseklumo, o apibendrinimas yra menkas.

²¹ Siekiant naudingai atsakyti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui, svarbi tik 298 punktų, skirtų „nustatytoms faktinėms aplinkybėms“, dalis.

²² Žr. prašymo priimti prejudicinį sprendimą originalą, p. 84–146 (1–298 punktai).

²³ Žr. prašymo priimti prejudicinį sprendimą originalą, p. 167–169 (1–13 punktai).

²⁴ Žr. prašymo priimti prejudicinį sprendimą originalą, p. 229.

²⁵ Žr. 2021 m. spalio 6 d. Sprendimą *Sumal* (C-882/19, EU:C:2021:800, 28 punktas).

²⁶ Žr. 2018 m. sausio 23 d. Sprendimą *F. Hoffmann-La Roche ir kt.* (C-179/16, toliau – Sprendimas *Hoffmann-La Roche*, EU:C:2018:25, 45 punktas).

B. Dėl prejudicinių klausimų

33. Kaip ir visos rašytines pastabas pateikusias šalys ir suinteresuotieji asmenys, manau, kad prejudicinius klausimus, dėl kurių prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prašo išaiškinimo, galima suskirstyti į keturias grupes, konkrečiai susijusias su:

- „potencialios konkurencijos“ sąvoka, tiksliau, su tuo, ar įmonės, veikiančios atskirose produktų rinkose, SESV 101 straipsnio taikymo tikslais gali būti laikomos galimomis konkurentėmis (*trečiasis–septintasis ir devintasis klausimai*),
- įmonių sudaryto asociacijos susitarimo, kuriuo siekiama skatinti jų atitinkamą veiklą, teisiniu kvalifikavimu (11 klausimas),
- sąlygomis, kuriomis konkurencijos ribojimas gali būti laikomas papildančiu susitarimą, kurio tikslas nėra antikonkurencinis (*dešimtas klausimas*), ir
- nekonkuravimo sąlygos kvalifikavimu kaip konkurencijos ribojimo „dėl tikslo“ arba „dėl poveikio“ (*pirmasis ir aštuntasis klausimai*).

34. Siūlau šiuos klausimus nagrinėti pirma nurodyta tvarka, nes tai, ar šalys yra, ar nėra galimos konkurentės (1 skirsnis), ir sutarties pobūdžio analizė (2 skirsnis) yra svarbūs aspektai nustatant, ar nekonkuravimo sąlyga turėtų būti laikoma pagalbine sutarties sąlyga (3 skirsnis), o neigiamai atsakius į šį klausimą, ar ši sąlyga turėtų būti laikoma konkurencijos ribojimu dėl tikslo (4 skirsnis).

1. Dėl sąvokos „potenciali konkurencija“

35. Trečiuoju–septintuoju ir devintuoju prejudiciniais klausimais, kuriuos reikia nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar SESV 101 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad mažmeninės prekybos maisto produktais įmonė, sudariusi asociacijos susitarimą su elektros energijos tiekėju, kurio tikslas – skatinti jų atitinkamą veiklą ir į kurią įtraukta nekonkuravimo sąlyga, gali būti laikoma potencialia konkurente elektros energijos tiekimo rinkoje, nors šio susitarimo sudarymo metu ji nevykdė šioje rinkoje jokios veiklos.

36. Kalbant konkrečiau, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo klausia, ar nustatant galimų konkurencinių santykių elektros energijos tiekimo rinkoje buvimą yra svarbūs toliau nurodyti įvairūs įrodymai:

- tos mažmeninę prekybą maisto prekėmis vykdančios įmonės ketinimas patekti į elektros energijos tiekimo rinką (*trečiasis klausimas*),
- pasirengimo patekti į šią rinką veiksmai, įskaitant konkrečius požymius, rodančius, kad mažmenininkas per trumpą laiką galėjo patekti į atitinkamą rinką, pavyzdžiui, planus, investicijas ar kitus parengiamuosius veiksmus (*trečiasis ir devintasis klausimai*),
- elektros energijos tiekėjo suvokimas apie mažmenininko taikomus konkurencinius ribojimus (*devintasis klausimas*),
- įmonių grupės, kuriai priklauso mažmenininkas, įmonių veikla gretimose arba su elektros energijos tiekimo rinka susijusiose rinkose (*ketvirtasis ir šeštasis klausimai*),

– mažmeninės prekybos maisto produktais įmonės veikla pradinės grandies elektros energijos gamybos rinkoje (*penktasis ir septintasis klausimai*).

37. Šiais klausimais, susijusiais su Sprendime *Generics (UK)* nagrinėtais įrodymais, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti šio sprendimo taikymo sritį, konkrečiai – tai, ar šie įrodymai dabar yra bendrasis potencialios konkurencijos buvimo vertinimo kriterijus.

38. Primintina, jog Sprendime *Generics (UK)* Teisingumo Teismas konstatavo, kad potencialiai konkuruoja, viena vertus, originalių vaistų gamintojas, kuris yra viešai pradėtos naudoti veikliosios medžiagos gamybos proceso patento savininkas, ir, kita vertus, generinių vaistų gamintojai, norintys patekti į vaisto, kurio sudėtyje yra šios veikliosios medžiagos, rinką, kai tarp jų kyla ginčas dėl šio patento galiojimo arba dėl to, ar atitinkamais generiniais vaistais pažeidžiamas patentas, jei nustatyta, kad generinių vaistų gamintojas iš tikrųjų yra tvirtai apsisprendęs, turi galimybę patekti į rinką ir nesusiduria su neįveikiamomis patekimo į ją kliūtimis²⁷.

39. Kad prieitų prie tokios išvados, Teisingumo Teismas rėmėsi jurisprudencijoje nusistovėjusiu kriterijumi²⁸, t. y. reikalavimu nustatyti, ar buvo *realių ir konkrečių galimybių*, kad veiklos atitinkamoje rinkoje nevykdanti įmonė pateks į šią rinką ir konkuruos su joje jau veikiančiomis įmonėmis. Taigi, kai nagrinėjamas susitarimas, dėl kurio įmonė laikinai paliekama už rinkos ribų, reikia nustatyti, ar, nesant minėto susitarimo, būtų buvę realių ir konkrečių patekimo į rinką galimybių. Teisingumo Teismas paaikškino, kad toks kriterijus neleidžia konstatuoti potencialios konkurencijos santykio vien dėl visiškai hipotetinės galimybės patekti į rinką arba vien dėl ketinimo ten patekti. Priešingai, pagal jį visiškai nereikalaujama, kad būtų tiksliai įrodyta, jog šis gamintojas iš tikrųjų pateks į atitinkamą rinką ir juo labiau kad paskui galės joje pasilikti. Galiausiai Teisingumo Teismas patvirtino, kad potencialios konkurencijos buvimas turi būti vertinamas atsižvelgiant į rinkos struktūrą ir jos veikimą reguliuojančias ekonomines ir teisines aplinkybes²⁹.

40. Taigi konkurencijos santykių buvimą Teisingumo Teismas vertino tik pagal „realių ir konkrečių galimybių“ patekti į rinką kriterijų, kartu atsižvelgdamas į farmacijos sektoriaus reglamentavimo ir teisinius ypatumus³⁰.

41. Apeliantės pagrindinėje byloje teigia, jog Sprendime *Generics (UK)* Teisingumo Teismas norėjo patikslinti bendrąjį kriterijų, susijusį su potencialios konkurencijos sąvoka, kai aptariamoms įmonės veikia skirtingose produktų rinkose, ir reikalavo, kad paeiliui ir kumuliatyviai būtų įvykdytos trys sąlygos: i) atitinkama įmonė turi turėti realią ir konkrečią galimybę patekti į atitinkamą rinką; ii) ji turi būti tvirtai apsisprendusi ir galėti patekti į šią rinką; ir iii) ji turi būti atlikusi pakankamus parengiamuosius veiksmus, kad per trumpą laiką patektų į minėtą rinką.

²⁷ Sprendimo *Generics (UK)* 58 punktas.

²⁸ Žr. šios išvados 47 punktą ir 38 išnašą.

²⁹ Sprendimo *Generics (UK)* 36–39 punktai ir juose nurodyta jurisprudencija.

³⁰ Šiuo tikslu Teisingumo Teismas patikrino, ar: i) susitarimo sudarymo dieną generinių vaistų gamintojas atliko parengiamuosius veiksmus, leidžiančius jam patekti į atitinkamą rinką per laikotarpį, kad originalių vaistų gamintojui būtų daromas konkurencinis spaudimas (43 ir 44 punktai); ii) tokio gamintojo patekimui į rinką nebūtų taikomos neįveikiamos patekimo į rinką kliūtys (45–53 punktai); iii) buvo papildomų aplinkybių, patvirtinančių paties generinių vaistų gamintojo tvirto apsisprendimo ir pajėgumo patekti į atitinkamą rinką konstatavimą, pavyzdžiui, tai, kad atitinkama įmonė vykdė veiklą tuo pačiu gamybos grandinės lygmeniu, arba originalių vaistų gamintojo išreikštą norą perduoti tam tikrą vertę generinių vaistų gamintojui, jei šis išipareigoja atidėti įėjimą į rinką, mainais už jo atėjimą į rinką atidėjimą, ir šio noro įgyvendinimą (55–57 punktai).

42. Šiomis aplinkybėmis manau, kad pirmiausia reikia patikslinti sąvokos „potenciali konkurencija“ analizės ribas (a skirsnis), tada priminti potencialios konkurencijos vertinimą jurisprudencijoje, suformuotoje iki Sprendimo *Generics (UK)* (b skirsnis), ir galiausiai atlikti konkrečią įvairių įrodymų, kuriais remiasi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, analizę (c skirsnis).

a) Dėl „potencialios konkurencijos“ analizės sistemos

43. Pirmiausia primenu, kad pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį nesuderinami su vidaus rinka ir draudžiami visi įmonių sudaryti susitarimai, kurie gali paveikti valstybių narių tarpusavio prekybą ir kurių „tikslas ar poveikis“ yra konkurencijos trukdymas, ribojimas arba iškraipymas. Taigi iš šios nuostatos formuluotės matyti, kad įmonių susitarimo kvalifikavimas kaip tokio, kurio tikslas ar poveikis yra riboti konkurenciją, reikalauja, kad egzistuotų konkurencija, kurią būtų galima riboti³¹. Taigi, jeigu išnagrinėjus susitarimo faktines, ekonomines ir teises aplinkybes paaiškėja, kad aptariamos įmonės negali būti laikomos konkurentėmis, toks susitarimas taip pat negali būti *ipso facto* kvalifikuojamas kaip ribojantis konkurenciją.

44. Rinkoje egzistuojančios konkurencijos sąlygos grindžiamos ne tik *esama konkurencija*, kuri dar vadinama *realia konkurencija* tarp šioje produktų rinkoje jau veikiančių įmonių, bet ir šių įmonių ir šioje rinkoje dar nesančių įmonių tarpusavio *potencialia konkurencija*³². Ši išvada paaiškina, kodėl, kai nėra esamos ar potencialios konkurencijos, susitarimas negali būti ribojantis, nepaisant to, ar jo tikslas yra antikonkurencinis, ar ne³³.

45. Šiuo požiūriu sąvoka „potenciali konkurencija“ siekiama nustatyti įmonių, veikiančių ne tose pačiose produktų ar geografinėse rinkose, daromo *konkurencinio spaudimo laipsnį*³⁴, ir į ją neatsižvelgiama apibrėžiant šias rinkas, nes sąlygos, kuriomis ji iš tikrųjų gali reikšti konkurencinį spaudimą, priklauso nuo tam tikrų veiksmų ir aplinkybių, susijusių su patekimo į šias rinkas sąlygomis, analizės. Taigi potencialios konkurencijos analizė atliekama tik vėliau, paprastai tada, kai aptariamų įmonių padėtis rinkoje jau yra nustatyta³⁵. Šiuo požiūriu potencialiai konkurencijai reikalinga perspektyvinė analizė, ir tai paaiškina, kodėl ji yra svarbi taikant SESV 102 straipsnį³⁶ ir atliekant koncentracijų kontrolę³⁷.

³¹ Žr. generalinės advokatės J. Kokott išvados byloje *Generics (UK) ir kt.* (C-307/18, EU:C:2020:28, toliau – išvada byloje *Generics (UK)*) 57 punktą ir jame nurodytą jurisprudenciją.

³² Žr. išvados byloje *Generics (UK)* 58 punktą ir jame nurodytą jurisprudenciją.

³³ Tai paaiškina, kodėl Komisijos teiginys pastabose, kurį pateikiant semtais įkvėpimo iš 2018 m. gruodžio 12 d. Bendrojo Teismo sprendimo *Servier ir kt. / Komisija* (T-691/14, toliau – Bendrojo Teismo sprendimas *Servier*, EU:T:2018:922, 318–320 punktai) ir pagal kurį riba, nuo kurios pripažįstama esant potencialią konkurenciją, skiriasi atsižvelgiant į susitarimo žalingumą, mano nuomone, yra metodologiškai klaidingas.

³⁴ Žr. Komisijos pranešimą dėl atitinkamos rinkos apibrėžimo Bendrijos konkurencijos teisės tikslams (OL C 372, 1997, p. 5; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 155; 13 punktas), o kiti konkurencinio spaudimo šaltiniai yra: i) paklausos pakeičiamumas; ir ii) pasiūlos pakeičiamumas.

³⁵ Ten pat, 24 punktas ir 2003 m. rugsėjo 30 d. Sprendimas *Atlantic Container Line ir kt. / Komisija* (T-191/98 ir T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245, 834 punktas).

³⁶ Žr. mano išvadą byloje *Servizio Elettrico Nazionale ir kt.* (C-377/20, EU:C:2021:998, 110 punktas).

³⁷ Dėl savo perspektyvinio pobūdžio ši sąvoka yra labai svarbi koncentracijų tarp įmonių kontrolės srityje (žr. 2004 m. sausio 20 d. Tarybos reglamento (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL L 24, 2004, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 3 t., p. 40) 2 straipsnio 1 dalies a punktą ir 2004 m. balandžio 7 d. Komisijos reglamento (EB) Nr. 802/2004, įgyvendinančio Tarybos reglamentą (EB) Nr. 139/2004 dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL L 133, 2004, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 3 t., p. 88), iš dalies pakeisto, be kita ko, 2013 m. gruodžio 5 d. Komisijos įgyvendinimo reglamentu Nr. 1269/2013, I priedą, t. y. „CO formą“, skirtą pranešti apie koncentraciją, kurios 6.4 punkte „Kitos rinkos, kuriose veikia, apie kurią pranešta, gali turėti didelę įtaką“, numatyta, kad „potencialiu konkurentu šalį galima laikyti ypač[ai] tada, jeigu ji planuoja patekti į rinką arba per paskutiniuosius dvejus metus tokius planus kūrė ar įgyvendino“. Taip pat žr. Gairių dėl horizontalių susijungimų vertinimo pagal Tarybos reglamentą dėl koncentracijų tarp įmonių kontrolės (OL C 31, 2004, p. 5; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 3 t., p. 10) 58–60 punktus.

b) Dėl „potencialios konkurencijos“ vertinimo

46. Taikant SESV 101 straipsnį skiriami du atvejai: i) kai įmonės vykdo veiklą geografiškai atskirose tų pačių produktų rinkose ir ii) kai jos veikia skirtingose produktų rinkose.

47. Pirma, kalbant apie *įmonių, vykdančių veiklą geografiškai atskirose tų pačių produktų rinkose*, pažymėtina, jog Sąjungos teismas yra ne kartą analizavęs potencialios konkurencijos santykių buvimą esant susitarimams, sudarytiems tarp įmonių, veikiančių tų pačių produktų, bet geografiškai atskirose rinkose³⁸. Šios bylos, kuriose iš esmės buvo nagrinėjami aiškiai antikonkurencinį tikslą turintys susitarimai dėl rinkų pasidalijimo, leido Sąjungos teismams nustatyti ribą, nuo kurios, taikant SESV 101 straipsnį, buvo galima nustatyti potencialios konkurencijos ribojimą. Kalbant konkrečiau, Sprendime *ENS* Bendrasis Teismas, semdamasis įkvėpimo iš Sprendimo *Delimitis*³⁹, pirmą kartą nurodė kitos įmonės *realių ir konkrečių galimybių* patekti į atitinkamą rinką kriterijų, skirtą potencialios konkurencijos buvimui įvertinti⁴⁰. Nuo to laiko Sąjungos teismai daug kartų nurodė šį kriterijų, kai turėjo nustatyti, ar dėl susitarimo potencialiems konkurentams tapo sunkiau patekti į rinką⁴¹.

48. Ta pati jurisprudencija taip pat leido konstatuoti, kad, siekiant patikrinti potencialios konkurencijos buvimą, reikia atsižvelgti į sąlygas, kuriomis vyksta konkurencija atitinkamoje rinkoje, o į tai, ar galimybė patekti į šią rinką buvo reali, ar visiškai teorinė, nereikia atsižvelgti⁴². Kitaip tariant, tokia analizė turi būti atliekama atsižvelgiant į objektyvų šių galimybių pagrindą⁴³. Toks kiekvieno konkretaus atvejo vertinimas lėmė, kad Sąjungos teismai turėjo išanalizuoti daugybę požymių, susijusių su aptariamų produktų rinkų specifika, visų pirma su lengvumu patekti į šią rinką, kad būtų nustatytas tokio patekimo tikėtinumas⁴⁴.

49. Antra, *dėl skirtingose produktų rinkose veikiančių įmonių potencialios tarpusavio konkurencijos* pirmiausia reikėtų pažymėti, kad nei pagal teisės aktus, nei pagal jurisprudenciją nereikalaujama, kad tarp tų pačių produktų rinkoje veikiančių įmonių būtų potenciali konkurencija⁴⁵. Vienintelė jurisprudencija, kuri galėtų būti reikšminga šiuo klausimu, yra

³⁸ Žr. 1998 m. rugsėjo 15 d. Sprendimą *European Night Services ir kt. / Komisija* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 ir T-388/94, EU:T:1998:198, toliau – Sprendimas *ENS*); 2004 m. liepos 8 d. Sprendimą *Mannesmannröhren-Werke / Komisija* (T-44/00, EU:T:2004:218); 2007 m. sausio 25 d. Sprendimą *Salzgitter Mannesmann / Komisija* (C-411/04 P, EU:C:2007:54); 2011 m. balandžio 14 d. Sprendimą *Visa Europe ir Visa International Service / Komisija* (T-461/07, EU:T:2011:181, toliau – Sprendimas *Visa Europe*); 2012 m. birželio 29 d. Sprendimą *E.ON Ruhrgas ir E.ON / Komisija* (T-360/09, EU:T:2012:332, toliau – Sprendimas *E.ON Ruhrgas*); 2014 m. gegužės 21 d. Sprendimą *Toshiba / Komisijas* (T-519/09, nepaskelbtas Rink., EU:T:2014:263, toliau – Bendrojo Teismo sprendimas *Toshiba*); 2016 m. sausio 20 d. Sprendimą *Toshiba Corporation / Komisija* (C-373/14 P, EU:C:2016:26, toliau – Sprendimas *Toshiba*) ir 2016 m. birželio 28 d. Sprendimą *Portugal Telecom / Komisija* (T-208/13, EU:T:2016:368, toliau – Sprendimas *Portugal Telecom*).

³⁹ 1991 m. vasario 28 d. Sprendimas *Delimitis* (C-234/89, EU:C:1991:91, 21 ir 22 punktai).

⁴⁰ Sprendimo *ENS* 137–142 punktai.

⁴¹ Žr. 38 išnašą ir 2011 m. kovo 22 d. Sprendimą *Altstoff Recycling Austria / Komisija* (T-419/03, EU:T:2011:102, 65 punktas) ir Sprendimo *Visa Europe* 22 ir 83 punktus.

⁴² Sprendimo *Visa Europe* 84 ir 85 punktai.

⁴³ Sprendimo *E.ON Ruhrgas* 105 punktas.

⁴⁴ Pavyzdžiui, reikšmingomis buvo laikomos tokios aplinkybės: ribotas nacionalinės oro transporto maršruto rinkos pobūdis (2006 m. liepos 4 d. Sprendimas *easyJet / Komisija* (T-177/04, EU:T:2006:187, 118 punktas); patekimo į rinką kliūtys dėl istorinio monopolio (Sprendimo *E.ON Ruhrgas* 94 punktas); transatlantinio jūrų transporto eismo specifika (2002 m. vasario 28 d. Sprendimas *Atlantic Container Line ir kt. / Komisija* (T-395/94, EU:T:2002:49, 356 punktas); kitoje geografinėje rinkoje esančių klientų projektų patvirtinimas (Bendrojo Teismo sprendimo *Toshiba* 232 punktas).

⁴⁵ Šiuo klausimu žr. 2011 m. sausio 14 d. Komisijos komunikato „[SESV] 101 straipsnio taikymo horizontaliesiems bendradarbiavimo susitarimams gairės“ (OL C 11, 2011, p. 1, toliau – Gairės dėl horizontaliųjų bendradarbiavimo susitarimų) 10 punktą.

sprendimai byloje, susijusiose su susitarimais „pay-for-delay“⁴⁶, nes pagal šiuos susitarimus aptariamose įmonėse nevykdė savo veiklos būtent tų pačių produktų rinkoje, kadangi generinių vaistų gamintojai ginčijamų susitarimų sudarymo metu nevykdė jokios veiklos originalaus vaisto rinkoje.

50. Šiuo klausimu reikėtų pažymėti, kad tai, jog šie sprendimai yra vienintelis jurisprudencijos pavyzdys, yra logiška, nes antikonkurencinis susitarimas tarp įmonių, kurios veikia ne tų pačių produktų rinkose, yra retas ir sunkiai įsivaizduojamas atvejis, ypač kai atitinkama įmonių veikla nevykdoma susijusiose rinkose (pavyzdžiui, pradinės ar galutinės grandies gamybos rinkose). Vis dėlto tokia situacija gali susiklostyti, be kita ko, kai rinka yra ginčytina⁴⁷.

51. Šiuo atveju neginčijama, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamo susitarimo šalys nekonkuravo tose pačiose produktų rinkose nei Portugalijoje, nei kitur. Šiuo požiūriu jurisprudencija, susijusi su įmonėmis, vykdančiomis veiklą tose pačiose produktų rinkose, iš pirmo žvilgsnio galėtų atrodyti mažiau reikšminga, nes nustatyti potencialios konkurencijos santykį iš esmės lengviau, kai įmonės jau veikia produktų rinkoje, nors ir skirtingose geografinėse teritorijose. Remdamosi būtent šiuo argumentu apeliančios pagrindinėje byloje iš esmės tvirtina, kad, esant tokioms situacijoms, kai įmonės nevykdo veiklos tose pačiose produktų rinkose, įrodymų, kurių reikalaujama siekiant įrodyti potencialios konkurencijos santykius, apimtis turėtų priklausyti nuo griežtesnių kriterijų. Kadangi jurisprudencijoje nėra reikšmingų gairių, galėtų būti svarbi naujausia jurisprudencija, suformuota sprendimais, susijusiais su sutartimis „pay-for-delay“.

52. Vis dėlto, nors įrodyti įmonių, veikiančių skirtingose produktų rinkose, realias ir konkrečias galimybes patekti į rinką yra objektyviai sunkiau, nemanau, kad, priešingai, nei teigia apeliančios pagrindinėje byloje, Sprendimu *Generics (UK)* Teisingumo Teismas norėjo nukrypti nuo savo ankstesnės jurisprudencijos, reikalaudamas griežtesnių kriterijų ar pakeldamas įrodymų, reikalingų konkurencijos santykiams nustatyti, kartelę.

53. Pirma, Sprendime *Generics (UK)* Teisingumo Teismas pirmiausia priminė suformuotą jurisprudenciją, susijusią su sąvoka „potenciali konkurencija“, ir patvirtino, kad vienintelis reikšmingas kriterijus yra „realių ir konkrečių galimybių“, kad veiklos atitinkamoje rinkoje nevykdanti įmonė pateks į šią rinką ir konkuruos su joje jau veikiančiomis įmonėmis“, kriterijus⁴⁸. Sprendimo *Generics (UK)* 36–39 punktuose tik pakartojama esama jurisprudencija⁴⁹. Mano nuomone, šio kriterijaus esmė yra būtinybė atskirti „potencialią konkurenciją“ nuo „paprasto spekulavimo“, kad galima patekti į rinką⁵⁰, neatsižvelgiant į tai, ar įmonė vykdo veiklą toje pačioje produktų rinkoje, ar ne. Taigi pagal šį kriterijų apie potencialios konkurencijos santykius negalima spręsti tik iš visiškai hipotetinės tokio patekimo galimybės⁵¹. Be to, toks įrodymas turi

⁴⁶ T. y. susitarimais, sudarytais tarp, viena vertus, originalių vaistų gamintojų, turinčių pradėtos viešai naudoti veikliosios sudedamosios dalies gamybos proceso patentą, ir generinių vaistų gamintojų, pagal kuriuos generinių vaistų gamintojai įsipareigojo neteikti rinkai originalaus vaisto, kurio sudėtyje yra šios veikliosios sudedamosios dalies, arba pavėlinti jo pateikimą rinkai, už tai, kad originalių vaistų gamintojas jiems sumokėtų.

⁴⁷ Rinka laikoma „ginčytina“, kai: i) nėra kliūčių patekti į rinką ar išeiti iš jos; ii) visos įmonės, nesvarbu, ar jos veikia rinkoje, ar potencialiai gali į ją patekti, gali naudotis ta pačia gamybos technologija; iii) yra tikslios, visiems vartotojams ir įmonėms prieinamos informacijos apie kainas; iv) subjektai gali patekti į rinką ir išeiti iš jos dar prieš joje veikiančioms įmonėms pakeičiant kainas (žr. „Glossary of Industrial Organisation economics and competition law“, EBPO (1993), p. 29, pateikiamas internete adresu <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>).

⁴⁸ Žr. šios išvados 39 ir 47 punktus.

⁴⁹ Šiuo klausimu taip pat žr. 2021 m. kovo 25 d. Sprendimą *Lundbeck / Komisija* (C-591/16 P, EU:C:2021:243, toliau – Sprendimas *Lundbeck*, 54 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

⁵⁰ Šiuo klausimu žr. „Concept of potential competition“, EBPO *Competition Committee Discussion Paper*, EBPO, 2021, p. 15; ir N. Dunne, „Potential competition in ES law“, ECLR 2021, 42,12, p. 639.

⁵¹ Sprendimo *Generics (UK)* 38 punktą.

būti pagrįstas faktinėmis aplinkybėmis arba atitinkamos rinkos struktūrų analize. Įmonė negali būti laikoma potencialia konkurente, jei pateikimas į rinką nėra komerciškai perspektyvi strategija⁵².

54. Antra, Sprendime *Generics (UK)* Teisingumo Teismas analizavo įvairius šios išvados 40 punkte paminėtus įrodymus tik antruoju analizės etapu, kai buvo vertinama potenciali konkurencija, atsižvelgiant į farmacijos rinkos struktūrą ir jos veikimo ekonomines bei teises aplinkybes. Šiuo klausimu minėto sprendimo 43 punkto įvadinė dalis yra labai aiški.

55. Darytina išvada, kad Teisingumo Teismo motyvai, kuriuos jis pateikė Sprendime *Generics (UK)*, negali būti pritaikyti visoms potencialios konkurencijos hipotezėms, todėl šie įrodymai negali būti laikomi „sąlygomis“, kurios turi būti įvykdytos, kad būtų galima apibrėžti skirtingose produktų rinkose veikiančių įmonių potencialios konkurencijos santykius.

56. Vis dėlto tokia išvada nereiškia, kad tame sprendime paminėti įrodymai, kurie pakartoti ir vėlesniuose sprendimuose, nepateikia naudingų gairių analizuojant šioje byloje nagrinėjamą atvejį, nes ši analizė galėtų padėti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui pateikti išaiškinimą. Nors minėti sprendimai susiję su farmacijos sektoriumi ir pasižymi unikalia specifika, kurios negalima pritaikyti šiai bylai, jie leidžia apibrėžti įvairius įrodymus, kuriais remiantis galima apibūdinti potencialios konkurencijos situaciją. Taigi siūlau juos analizuoti atsižvelgiant būtent į šiuos argumentus.

c) Dėl aplinkybių, galinčių apibūdinti potencialios konkurencijos situaciją, taikymo šioje byloje

57. Primintina, kad TCRS, kaip ir *AdC*, nekonkuravimo sąlygą kvalifikavo kaip susitarimą dėl elektros energijos tiekimo rinkų pasidalijimo žemyninėje Portugalijoje dalyje, nusprendę, kad MCH yra potenciali *EDP Comercial* konkurentė šioje rinkoje. Konstatuodami šios potencialios konkurencijos santykį, jie rėmėsi: i) asociacijos susitarimo sudarymo aplinkybėmis, t. y. visiško pasiūlos liberalizavimo energetikos sektoriuje etapu; ii) tuo, kad šalys laikė viena kitą potencialiomis konkurentėmis; ir iii) skirtinga *Sonae* grupės įmonių veikla, t. y.: a) asociacija su *Endesa*; b) *Sonae* grupės įmonių veikimu pradinės grandies elektros energijos gamybos rinkoje; ir c) komercine asociacija su GALP.

58. Apeliantės pagrindinėje byloje atsikerta, kad MCH negali būti laikoma potencialia konkurente ir kad, nesant tokio kvalifikavimo, išnyktų pats ginčijamo sprendimo pagrindas. Konkrečiau kalbant, jos tvirtina, kad įrodymai, į kuriuos atsižvelgė *AdC* ir TCRS, visų pirma minėtos trys faktinės aplinkybės, nebuvo reikšmingi ir negali įrodyti potencialios konkurencijos santykio.

59. Šiuo klausimu pažymiu: kadangi dėl nekonkuravimo sąlygos pobūdžio ir tikslo MCH ar bet kurios kitos įmonės, kurios didžioji dalis akcijų priklausė *Sonae Investimentos*, galėjo laikinai nepatekti į elektros energijos tiekimo rinką, reikia nustatyti, ar, nesant šios sąlygos, bent vienai iš šių įmonių būtų buvę *realių ir konkrečių galimybių* patekti į šią rinką. Taigi potencialios konkurencijos buvimo vertinimas turi būti, pirma, atliekamas atsižvelgiant į rinkos struktūrą ir jos veikimą reguliuojančias ekonomines, taip pat teises aplinkybes ir, antra, pagrįstas faktinėmis aplinkybėmis.

⁵² 2016 m. rugsėjo 8 d. Sprendimo *Lundbeck / Komisija* (T-472/13, toliau – Bendrojo Teismo sprendimas *Lundbeck*, EU:T:2016:449, 100 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija).

60. Darytina išvada, kad analizės atspirties taškas būtinai turi būti Portugalijos teisės aktai, taikomi prekybai elektros energija ir, be kita ko, naujų subjektų patekimo į rinką kliūčių analizė. Šiuo klausimu iš bylos medžiagos matyti, kad pagal minėtus teisės aktus nuo 1995 m. sudaromos palankesnės sąlygos laisvai konkurencijai, supaprastinant galimybes vykdyti šią veiklą ir jos vykdymo sąlygas, nes nustatomas tik registracijos, o ne licencijos reikalavimas⁵³. Vis dėlto *AdC* pripažino, kad patekimo į rinką ar plėtros sąnaudos išliko net ir po liberalizavimo⁵⁴.

61. Nepaisant teisės aktų analizės svarbos, atrodo, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas veikiau klausia Teisingumo Teismo dėl kitų kriterijų, į kuriuos atsižvelgė *AdC* ir TCRS, ir iš esmės kelia klausimą, ar kiekvienos iš faktinių aplinkybių, kuriomis grindžiama analizė, vertinant kiekvieną iš jų atskirai, pakaktų, kad būtų galima daryti išvadą, jog tarp asociacijos susitarimo šalių yra potenciali konkurencija.

62. Šiuo klausimu reikėtų priminti, kad potencialios konkurencijos vertinimas grindžiamas daugybe įrodymų, kurie skiriasi atsižvelgiant į atitinkamą rinką⁵⁵. Be to, toks kontekstu grindžiamas metodas atitinka įrodinėjimo kartelę, kurios reikalaujama konstatuojant pažeidimą pagal SESV 101 straipsnį⁵⁶. Taigi, nors tam tikri įrodymai patys nėra lemiami, jie gali vieni kitus sustiprinti. Tad šiuo atveju svarbu nustatyti, ar įrodymai, vertinami kartu, pakankamai įrodo esant potencialią konkurenciją⁵⁷, tačiau šį vertinimą turi atlikti tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas⁵⁸.

1) Dėl įmonės ketinimo patekti į atitinkamą rinką svarbos (trečiasis klausimas)

63. Pirma, dėl reikšmės, kuri turi būti suteikta įmonės ketinimui patekti į rinką, pažymėtina, jog iš suformuotos jurisprudencijos matyti, kad nors toks ketinimas „gali būti svarbus“ nustatant, ar įmonė gali būti laikoma potencialia konkurente, esminis veiksnys, kuriuo turi būti grindžiamas toks kvalifikavimas, yra jos galimybė patekti į minėtą rinką⁵⁹. Taigi šis kvalifikavimas turi būti atliekamas remiantis objektyviu vertinimu, susijusiu su patekimo „galimybės“ kriterijumi. Vadinas, subjektyvus įrodymas, pavyzdžiui, ketinimas, negali būti laikomas savarankišku kriterijumi, kuris yra būtinas ar neišvengiamas potencialios konkurencijos santykių buvimui įrodyti⁶⁰. Toks požiūris dera su bendra taisykle, pagal kurią, nors šalių valia nėra būtinas elementas įmonių susitarimo ribojamam poveikiui nustatyti, niekas nedraudžia į ją atsižvelgti⁶¹.

64. Vis dėlto apeliančės pagrindinėje byloje tvirtina, kad, atsižvelgiant į Sprendimą *Generics (UK)*, nuo šiol „tvirtas apsisprendimas“ įeiti į atitinkamą rinką turėtų būti viena iš sąlygų, kurias reikia įvykdyti, kad būtų nustatytas potencialios konkurencijos santykis.

⁵³ Žr. nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 32 punktą.

⁵⁴ Žr. ginčijamo sprendimo 686 punktą.

⁵⁵ Žr. šios išvados 48 punktą.

⁵⁶ Žr. Bendrojo Teismo sprendimo *Toshiba* 93 punktą.

⁵⁷ Šiuo klausimu žr. Sprendimo *E.ON Ruhrgas* 106 punktą.

⁵⁸ Kadangi pateikti klausimai yra itin faktinio pobūdžio, reikėtų patikslinti, kad per SESV 267 straipsnyje numatytą procedūrą Teisingumo Teismo vaidmuo apsiriboja Sąjungos teisės nuostatų išaiškinimu. Taigi ne Teisingumo Teismas, o prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas galutinai turi įvertinti, ar, atsižvelgiant į visas reikšmingas situacijai pagrindinėje byloje būdingas aplinkybes ir tos situacijos ekonominį bei teisinį kontekstą, nagrinėjamu susitarimu siekiama tikslo riboti konkurenciją (šiuo klausimu žr. 2021 m. lapkričio 18 d. Sprendimo *Visma Enterprise*, C-306/20, EU:C:2021:935, 51 ir 52 punktus).

⁵⁹ Žr. Sprendimo *Visa Europe* 168 punktą; Sprendimo *E.ON Ruhrgas* 87 punktą; Sprendimo *Portugal Telecom* 186 punktą ir Bendrojo Teismo sprendimo *Servier* 318 punktą.

⁶⁰ Žr. 2012 m. birželio 29 d. Sprendimą *GDF Suez / Komisija* (T-370/09, EU:T:2012:333, 84 punktą); Sprendimo *Visa Europe* 169 punktą ir Bendrojo Teismo sprendimo *Lundbeck* 102 punktą.

⁶¹ Žr. 2020 m. balandžio 2 d. Sprendimą *Budapest Bank ir kt.* (C-228/18, EU:C:2020:265, 53 punktą ir jame nurodyta jurisprudencija).

65. Dėl šios išvados 53–55 punktuose jau nurodytų priežasčių nematau, kad Teisingumo Teismas norėjo nustatyti tokią sąlygą arba bent pritaikyti kriterijų, susijusį su ketinimu įeiti į rinką, ir padaryti jį griežtesnį. Priešingai, manau, kad šalių valiai teikiama svarba buvo griežtai susijusi su konkrečiomis nagrinėtų bylų faktinėmis aplinkybėmis⁶². Sprendime *Generics (UK)* originalių vaistų gamintojo išreikšta „valia“ perduoti vertę generinių vaistų gamintojui mainais už išpareigojimą atidėti šios viešai pradėtos naudoti veikliosios medžiagos pateikimą rinkai, nors pirmasis subjektas priekaištavo antrajam pažeidus jo gamybos proceso patentus, buvo laikoma rimtu konkuravimo sąlygos požymiu, patvirtinančiu paties generinių vaistų gamintojo galimybę patekti į minėtą rinką. Tokia pozicija buvo patvirtinta Sprendime *Lundbeck*⁶³ ir Sprendime *Servier*⁶⁴.

66. Taigi, nors tais atvejais, kai įmonės nevykdo veiklos tose pačiose produktų rinkose, faktinė aplinkybė, parodanti ketinimą patekti į rinką, iš tikrųjų gali patvirtinti tokio patekimo į rinką galimybę, ji nurodoma tik papildomai ir nėra būtina potencialios konkurencijos santykiui įrodyti.

2) Dėl patekimo į atitinkamą rinką parengiamųjų veiksmų svarbos (ketvirtasis ir šeštasis klausimai)

67. Antra, dėl parengiamiesiems veiksams, leidžiantiems patekti į rinką per trumpą laiką, teiktinos svarbos pažymiu, kad nors šis aspektas buvo nagrinėjamas Sprendime *Generics (UK)*⁶⁵, dėl priežasčių, išplaukiančių iš pirma pateiktos analizės, jis negali būti būtina sąlyga siekiant įrodyti potencialios konkurencijos buvimą.

68. Sprendimas remtis parengiamaisiais veiksmais byloje *Generics (UK)* buvo neabejotinai susijęs su farmacijos sektoriaus ypatumais, ypač su tuo, kad vaisto, kurio sudėtyje yra viešai naudoti pradėtos veikliosios medžiagos, patekimui į rinką buvo taikomi specialūs reguliavimo ir teisiniai apribojimai. Be to, Teisingumo Teismas paaiškino, kad šios priemonės leido nustatyti, be kita ko, paties generinių vaistų gamintojo galimybę patekti į šią rinką⁶⁶.

69. Darytina išvada, kad parengiamųjų veiksmų elementas negali būti savarankiškas reikalavimas įrodinėjant potencialios konkurencijos santykį ir turi būti analizuojamas atsižvelgiant į galimybės elementą. Taigi jo reikšmingumas priklausys nuo specifinių rinkos aplinkybių, nes toks elementas yra mažai svarbus tuo atveju, kai atitinkama rinka yra ginčytina.

70. Taigi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi įvertinti tokio įrodymo tinkamumą ir išnagrinėti, pirma, ar įmonei patekti į elektros energijos tiekimo rinką trukdė reglamentavimo arba elektros energijos rinkos atvėrimui būdingi apribojimai, ir, antra, kiek laiko reikėjo gauti galimus leidimus, suteikiančius teisę tiekti elektros energiją. Toks vertinimas atliekamas bendrai vertinant įmonės galimybę įeiti į šią rinką per terminą, per kurį gali būti daromas konkurencinis spaudimas. Nagrinėjamu atveju tai yra dvejų metų terminas nuo nagrinėjamo susitarimo sudarymo (šis laikotarpis atitinka nekonkuravimo sąlygos galiojimo

⁶² Žr. Sprendimo *Generics (UK)* 55 punktą.

⁶³ Sprendimo *Lundbeck* 56, 57 ir 117 punktai.

⁶⁴ Sprendimo *Servier* 382 punktas.

⁶⁵ Sprendimo *Generics (UK)* 43 punktas.

⁶⁶ Sprendimo *Generics (UK)* 41 ir 44 punktai. Reguliavimo ir teisinius apribojimus lėmė: i) leidimai, reikalingi prekiauti generine atitinkamo vaisto versija (nacionalinės kompetentingos institucijos išduotas leidimas prekiauti); ii) reikalavimai išlaikyti pakankamą atsargų kiekį; ir iii) teisiniai procesai, kuriais siekiama užginčyti originalaus vaisto gamintojui priklausančius gamybos proceso patentus. Dėl etapų, kuriuos reikia pereiti norint įsiskverbti į šią rinką, taip pat žr. Sprendimo *Servier* 337 punktą.

terminą)⁶⁷. Šiuo klausimu, priešingai nei vaisto sektoriuje, neatrodo, kad buvo administracinio pobūdžio suvaržymų, kurie galėjo sukliudyti naujam rinkos dalyviui patekti į elektros energijos tiekimo rinką paskutiniuoju šios rinkos liberalizavimo etapu⁶⁸.

3) Dėl atitinkamoje rinkoje esančios įmonės suvokimo svarbos (devintasis klausimas)

71. Trečia, dėl atitinkamoje rinkoje esančios įmonės suvokimo pažymėtina, jog Teisingumo Teismas Sprendime *Generics (UK)* galėjo daryti tokio originalaus vaisto gamintojo suvokimo prielaidą, remdamasis tuo, kad jis perdavė didelę vertę generinių vaistų gamintojui, nes šis veiksmas rodė, kad generinių vaistų gamintojas kėlė pavojų jo komerciniams interesams⁶⁹. Kaip ir kitos faktinės aplinkybės, ši aplinkybė buvo pripažinta reikšminga, atsižvelgiant į atitinkamos rinkos ypatumus, ir negalėjo būti įrodinėjimo reikalavimas siekiant įrodyti potencialios konkurencijos santykį.

72. Nagrinėjamu atveju iš bylos medžiagos neaišku, ar TCRS rėmėsi įrodymais, susijusiais su (galimo) suvokimo buvimu, nes prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad priimdamas sprendimą pirmojoje instancijoje TCRS atsižvelgė į tai, kad „nurodytos šalys viena kitą abipusiai laikė potencialiomis konkurentėmis“⁷⁰, tačiau nenurodė turimų įrodymų rūšies. Nesant tokių įrodymų, kyla klausimas, ar pats nekonkuravimo sąlygos buvimas galėjo atskleisti tokį suvokimą, visų pirma esant liberalizuotai rinkai.

73. Šiuo klausimu iš Teisingumo Teismo jurisprudencijos aišku, kad jeigu įmonės sudaro susitarimą, kurio tikslas – išlaikyti vieną iš jų už tam tikros rinkos ribų, tai yra „rimtas požymis“, kad esama konkuravimo santykio⁷¹. Tokia analizė man atrodo logiška. Jei nekonkuravimo susitarimo šalys nelaikytų viena kitos potencialiomis konkurentėmis⁷², jos iš esmės neturėtų jokios priežasties sudaryti tokį susitarimą. Tokio susitarimo buvimas turėtų prasmę tik tuo atveju, jei būtų konkurencija, kurią reikėtų riboti, o tokio susitarimo sudarymas yra pripažinimas, kad šalys yra bent potencialios konkurentės⁷³.

74. Vis dėlto, kaip ir kitų minėtų veiksnių atveju, nors pats nekonkuravimo sąlygos buvimas yra bent jau rimtas potencialaus konkuravimo santykių buvimas požymis, tokie santykiai turi būti patvirtinti kitais įrodymais, susijusiais su rinkos realijomis. Taigi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, atsižvelgdamas į motyvus, kuriais remiantis siekiama pateisinti nekonkuravimo sąlygą, turi patikrinti, ar šis suvokimas patvirtina tokios potencialios konkurencijos buvimą.

⁶⁷ Pagal analogiją žr. Bendrojo Teismo sprendimo *Servier* 333–336 punktus.

⁶⁸ Šiuo klausimu žr. šios išvados 13 ir 85 punktus. Taip pat žr. Sprendimą *E.ON Ruhrgas*, kuriame Bendrasis Teismas nekonstatavo, kad vertinant realias ir konkrečias patekimo į gamtinių dujų tiekimo rinką galimybes reikia atsižvelgti į parengiamuosius veiksmus.

⁶⁹ Sprendimo *Generics (UK)* 56, 57 ir 42 punktai, taip pat išvados byloje *Generics (UK)* 60 ir 86 punktai. Šiuo klausimu taip pat žr. Bendrojo Teismo sprendimo *Lundbeck* 104 punktą.

⁷⁰ Žr. prašymo priimti prejudicinį sprendimą originalo 244 p.

⁷¹ Šiuo klausimu žr. Sprendimo *Toshiba* 33 ir 34 punktus; Sprendimo *Portugal Telecom* 180 punktą; 2016 m. birželio 28 d. Sprendimą *Telefónica / Komisija* (T-216/13, toliau – Sprendimas *Telefónica*, EU:T:2016:369, 218 ir 227 punktai) ir Bendrojo Teismo sprendimo *Lundbeck* 144 punktą.

⁷² Vis dėlto žr. šios išvados 104 punktą dėl galimų nekonkuravimo sąlygų pateisinimų.

⁷³ Šiuo klausimu žr. Sprendimo *Portugal Telecom* 178–180 punktus.

4) Dėl „Sonae“ grupės įmonių veiklos svarbos gretimose produktų ir geografinėse rinkose (ketvirtasis ir septintasis klausimai)

75. Ketvirta, kalbant apie „Sonae“ grupės įmonių veiklos svarbą gretimose produktų ir geografinėse rinkose, pažymėtina, kad bendrosios įmonės *Sodesa* buvimą reikia atskirti nuo elektros energijos gamybos kogeneracinėje jėgainėje klausimo.

76. Viena vertus, kalbant apie bendrąją įmonę *Sodesa* (ketvirtasis klausimas), primintina, jog ginčijamame sprendime TCRS konstatavo, kad *Sonae* grupė įgijo praktinės patirties elektros energijos gamybos sektoriuje, sudariusi asociacijos susitarimą su *Sonae Capital* priklausančia bendrove ir *Endesa*, kuri Ispanijoje yra pagrindinė elektros energijos gamybos ir tiekimo rinkos dalyvė. Kaip nurodė TCRS⁷⁴, ši įgyta praktinė patirtis palengvino patekimą į šią rinką, taigi buvo svarbi vertinant potencialią konkurenciją. Be to, šios asociacijos nutraukimas likus daugiau nei trejiems metams iki pagrindinėje byloje nagrinėjamo asociacijos susitarimo sudarymo nereiškė, kad MCH negalėjo būti laikoma potencialia konkurente.

77. Šiuo klausimu pirmiausia norėčiau pažymėti, kad tai, jog *Sodesa* nutraukė savo veiklą 2008 m., t. y. likus trejiems su puse metų iki asociacijos susitarimo pasirašymo, nereiškia, kad *AdC* kaip į potencialios konkurencijos įrodymą neturėjo atsižvelgti į tai, kad *Sonae* grupė įgijo praktinės patirties atitinkamoje rinkoje ir palyginti neseniai Portugalijoje jau vykdė elektros energijos tiekimo veiklą. Bet kuris aspektas, net ir prieš sudarant asociacijos susitarimą, gali būti svarbus nustatant galimą konkurenciją⁷⁵. Šiuo požiūriu tokia praktinė patirtis iš tiesų galėjo būti naudinga siekiant per trumpą laiką patekti į elektros energijos tiekimo rinką, todėl tai buvo konkurencinis suvaržymas *EDP Comercial*.

78. Antra, dėl argumento, kad *Sonae SGPS*, kuri įgijo praktinių žinių elektros energijos tiekimo sektoriuje dėl to, kad (per vieną iš savo patronuojamųjų įmonių) turėjo *Sodesa* akcijų, nebuvo asociacijos susitarimo šalis ir nebuvo paminėta nekonkuravimo sąlygoje, reikėtų pažymėti, kad, neatsižvelgiant į tai, ar *Sonae SGPS* galėtų būti laikoma viena įmone su MCH, kaip tai suprantama pagal konkurencijos teisę, niekas nedraudžia kaip į faktinę aplinkybę atsižvelgti į tai, kad kai kurios *Sonae* grupės įmonės per *Sodesa* vykdė veiklą toje pačioje rinkoje kaip ir *EDP Comercial*. Šiuo požiūriu mažmeninės prekybos maisto produktais sektoriuje veikianti įmonė, priklausanti ir energetikos sektoriuje veikiančiai grupei, tikrai gali daryti didesnę spaudimą dėl jos galimo patekimo į rinką nei įmonė, priklausanti ekonominei grupei, veikiančiai tik mažmeninės prekybos maisto produktais sektoriuje. Vis dėlto atliekant tą pačią analizę MCH pateikti argumentai, susiję su realiomis praktinės patirties perdavimo galimybėmis iš *Sonae Capital* grupės viduje ir visų pirma MCH po *Sodesa* likvidavimo⁷⁶, yra susiję su faktinių aplinkybių vertinimu, kuris, nors ir lemiamas nustatant reikšmę, kurią reikėtų teikti asociacijai su *Endesa*, priklauso tik prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo jurisdikcijai.

79. Kita vertus, kiek tai susiję su kogeneracinėmis jėgainėmis (septintasis klausimas), iš bylos medžiagos matyti, kad viena iš *Sonae* grupės bendrovių, t. y. *Sonae Capital SGPS*, kuri nepatenka į subjektyvią nekonkuravimo sąlygos taikymo sritį, nuo 2009 m. rugsėjo mėn. vykdė elektros

⁷⁴ Ši asociacija pasireiškė kaip bendroji įmonė *Sodesa*, kurios 50 % akcijų priklausė kiekvienai dalyvaujančiai bendrovei, ir jos tikslas buvo tiekti elektros energiją liberalizuotoje Portugalijos rinkoje. *Sonae Capital* dalyvavo nuo 2002 m. iki 2008 m., kai *Sodesa* nutraukė savo veiklą.

⁷⁵ Šiuo klausimu žr. Bendrojo Teismo sprendimo *Lundbeck* 138 punktą ir Sprendimo *Servier* 385 punktą.

⁷⁶ MCH tvirtina, kad likvidavus *Sodesa* toje asociacijoje dalyvavę darbuotojai nustojo dirbti *Sonae Group*.

energijos gamybos veiklą Portugalijoje, be kita ko, įsigijusi visą įmonės, kuri turi ir eksploatuoja kombinuotojo ciklo dujų turbinos kogeneracinę jėgainę Pajos teritorijoje (Portugalija), akcinį kapitalą.

80. Remiantis šiomis išvadomis neįmanoma įvertinti, kokią įrodomąją galią reikėtų suteikti šiems įrodymams. Kadangi nekonkuravimo sąlyga netaikoma *Sonae Capital* ir kadangi ginčijamas sprendimas nebuvo jai skirtas, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi nustatyti ryšius tarp gamybos veiklos kogeneracinėje jėgainėje ir galimo MCH patekimo į elektros energijos tiekimo rinką palengvinimo⁷⁷.

5) *Dėl asociacijos su GALP svarbos (šeštasis klausimas)*

81. Penkta, dėl asociacijos su GALP svarbos primenu, kad TCRS sprendime kaip dar vienu apeliančių galimų tarpusavio konkurencinių santykių buvimo pagrindu remtasi tuo, kad nuo 2004 m. MCH ir GALP, Portugalijos elektros energijos tiekimo rinkoje ir degalų tiekimo rinkoje veikiantis operatorius, išplėtojo asociaciją, pagal kurią bendriems klientams buvo suteikiamos nuolaidos perkant degalus (GALP degalinėse) ir vartojimo prekes (MCH valdomose įmonėse), panaudojant talonus arba kuponus (toliau – programa „Vice-versa“).

82. Šiuo klausimu, atsižvelgdamas į pirma pateiktą analizę manau, kad, vykstant rinkos liberalizavimui ir turint omenyje tai, kad GALP buvo tiesioginė EDP konkurentė, *AdC* tikrai negalima priekaištauti, kad išnagrino MCH ir GALP sudarytą asociaciją, nepaisant to, kad ši asociacija buvo sudaryta daugiau nei septyneri metai iki susitarimo sudarymo, nes ji vis dar galiojo pagrindinėje byloje nagrinėjamo asociacijos susitarimo sudarymo metu. Vis dėlto, nedarant poveikio šios asociacijos įrodomosios galios vertinimui, pažymėtina, jog dėl to, kad programa „Vice-versa“ susijusi tik su mažmeniniu transporto priemonių degalų platinimu, mažiau tikėtina, kad ji būtų tiesiogiai suteikusi pranašumų, galėjusių palengvinti MCH patekimą į elektros energijos tiekimo rinką.

6) *Dėl įmonės veiklos pradinės grandies elektros energijos gamybos rinkoje svarbos (penktasis ir septintasis klausimai)*

83. Galiausiai, šešta, dėl šalių veiklos elektros energijos gamybos rinkoje svarbos pažymėtina, jog iš ginčijamo sprendimo matyti, kad MCH ir kitos *Sonae Investimentos* priklausančios bendrovės, kurios visos buvo saistomos nekonkuravimo sąlygos, nuo 2009 m. vykdė veiklą elektros energijos gamybos rinkoje, naudodamos labai mažos ir mažos gamybos apimties jėgaines, kai ant šių bendrovių valdomų mažmeninės prekybos įmonių stogų buvo įrengiamos fotovoltinės plokštės. Dėl šio dalyvavimo pradinės grandies elektros energijos gamybos rinkoje TCRS buvo paskatinta padaryti išvadą, kad MCH ir *EDP Comercial* galėjo potencialiai konkuruoti elektros energijos tiekimo rinkoje.

84. Šiuo klausimu reikėtų pažymėti, kad elektros energijos gamybos ir elektros tiekimo galutiniams vartotojams rinkos yra atskiros rinkos. Vis dėlto reikia pabrėžti, kad, kaip pažymi Komisija, pradinėje (arba galutinėje) gamybos grandinės dalyje veikiančios įmonės neretai yra potencialūs ūkio subjektai, turintys gerų galimybių patekti į naują rinką, įskaitant elektros energijos ir dujų sektorių, ypač kai šios rinkos yra vertikaliai integruotos tarpusavyje. Taigi *AdC* negalima priekaištauti dėl to, kad atsižvelgė ir į šią aplinkybę.

⁷⁷ Šiuo klausimu žr. šios išvados 85 punkte pateiktą analizę.

85. Dėl to, kokią reikšmę reikėtų teikti tam, kad MCH gamina elektros energiją naudodama įrenginius, esančius ant jos įmonių stogų, pagal specialią schemą, pagal kurią pagaminta energija reguliuojamomis kainomis tiekiamą galutiniam tiekėjui, pažymėtina, kad šią reikšmę lemia išimtinai faktinių aplinkybių vertinimas, o Teisingumo Teismas neprivalo jo atlikti. Taigi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi patikrinti, ar dėl tokių įrenginių MCH būtų galėjusi gauti realios ir konkrečios naudos, atsižvelgiant į galimą patekimą į elektros energijos tiekimo rinką. Vis dėlto manau, kad vien dėl šios aplinkybės MCH ar bet kuri kita bendrovė, kurios kontrolinis akcijų paketas priklauso *Sonae Investimentos*, neturėtų užimti itin geros padėties galutinės grandies elektros energijos tiekimo rinkoje, atsižvelgiant į tai, kad tarp gamybos veiklos pagal minėtą specialiąją schemą ir elektros energijos tiekimo veiklos bei labai nedidelio pagamintos energijos kiekio, kai šia gamyba buvo daugiausia siekiama ne gauti pelno, o to, kad esamas turtas būtų pelningas, nėra teisinių, techninių ir ekonominių ryšių.

2. Dėl asociacijos susitarimo teisinio kvalifikavimo kaip „vertikalaus susitarimo“

86. Vienuoliktuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar toks asociacijos susitarimas, kaip nagrinėjamas pagrindinėje byloje, patenka į sąvoką „atstovavimo sutartis“ arba bent į sąvoką „vertikalusis susitarimas“, kaip tai suprantama pagal Reglamento Nr. 330/2010 1 straipsnio 1 dalies a punktą.

87. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo abejonės iš esmės kyla dėl vieno iš apeliančių pagrindinėje byloje pateiktų argumentų, kad pagrindinėje byloje nagrinėjamas asociacijos susitarimas apėmė jų atitinkamų pardavimo tinklų, pardavimo pajėgumų ir atitinkamos praktinės patirties suteikimą siekiant pritraukti ir įgyti kitos šalies klientus ir verslą ir jį plėtoti, o tai atitinka „vertikalojo susitarimo“, konkrečiau – „atstovavimo sutarties“, sąvoką. Šis teisinis kvalifikavimas yra svarbus vertinant nekonkuravimo sąlygą, nes komercinė rizika ir šalių atliktų investicijų apsauga galėtų padėti išsiaiškinti tokios sąlygos įtraukimo aplinkybes ir pateisinti jos įtraukimą⁷⁸.

88. Prieš nagrinėdamas, ar pagrindinėje byloje nagrinėjamas susitarimas gali būti laikomas „atstovavimo sutartimi“ (b skirsnis) ar bent jau „vertikaliuoju susitarimu“ (c skirsnis), manau, kad naudinga trumpai priminti SESV 101 straipsnio taikymo vertikaliesiems susitarimams (a skirsnis) ribas.

a) Dėl SESV 101 straipsnio taikytinumo vertikaliesiems susitarimams

89. SESV 101 straipsnis taikomas vertikaliesiems susitarimams, kurie gali paveikti prekybą tarp valstybių narių ir kuriais iškraipoma konkurencija (toliau – vertikalieji apribojimai). Taigi šis straipsnis yra teisinis pagrindas vertinti vertikalius apribojimus, atsižvelgiant į antikonkurencinio poveikio ir konkurenciją skatinančio poveikio atskyrimą. Pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį draudžiami susitarimai, kuriais itin ribojama konkurencija, o SESV 101 straipsnio 3 dalyje numatyta susitarimų, kurie suteikia pakankamą naudą jų antikonkurenciniam poveikiui kompensuoti, išimtis⁷⁹.

⁷⁸ Tokios sąlygos numatytos, be kita ko, Direktyvoje 86/653/EEB dėl valstybių narių įstatymų, susijusių su savarankiškai dirbančiais prekybos agentais, derinimo (OL L 382, 1986, p. 17; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 176); žr. 7 straipsnio 2 dalį ir 20 straipsnį.

⁷⁹ Žr. Vertikaliųjų apribojimų gaires (OL C 130, 2010, p. 1, toliau – Vertikaliųjų apribojimų gairės, 5–7 konstatuojamosios dalys).

90. Taikydama šią nuostatą Komisija reglamente apibrėžė tam tikrų kategorijų vertikaliuosius susitarimus, kurie paprastai laikomi atitinkančiais SESV 101 straipsnio 3 dalyje numatytas sąlygas, pavyzdžiui, vertikaliuosius prekių ar paslaugų pirkimo arba pardavimo susitarimus, kai juos sudaro tarpusavyje nekonkuruojančios įmonės⁸⁰. Prie šių kategorijų priskiriami tam tikrų rūšių vertikalieji susitarimai, kurie laikomi galinčiais pagerinti ekonominę efektyvumą gamybos arba platinimo grandinėje, visų pirma dėl sandorio ir platinimo sąnaudų sumažėjimo⁸¹. Tikimybė, kad toks padidėjęs efektyvumas nusvers bet kokią galimą antikoncepcinę poveikį, priklauso, be kita ko, nuo susitarimo šalių įtakos rinkoje, vadinasi, ir nuo kitų tiekėjų jiems keliamos konkurencijos lygio⁸². Dėl šios priežasties išimties reglamente buvo padaryta prielaida, kad jei kiekvienos įmonės, kuri yra susitarimo šalis, turima rinkos dalis neviršija 30 % atitinkamos rinkos, vertikalieji susitarimai, kuriuose nenumatyta tam tikros rūšies griežtų konkurencijos apribojimų, paprastai leidžia pagerinti gamybą arba platinimą ir skirti vartotojams teisingą iš to gautos naudos dalį.

b) Dėl „atstovavimo sutarties“ kvalifikavimo

91. „Atstovavimo sutartis“ yra specifinė vertikaliojo susitarimo rūšis, kuriai paprastai netaikomas SESV 101 straipsnio 1 dalyje numatytas draudimas⁸³. Ši sutartis apibrėžiama kaip sutartis tarp įmonės (atstovaujamojo) ir atstovo, t. y. „juridinio arba fizinio asmens, įgaliojamo kito asmens (atstovaujamojo) vardu derėtis ir arba sudaryti toliau nurodytas sutartis paties atstovo vardu arba atstovaujamojo vardu“⁸⁴. Pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį sutartis bus laikoma „atstovavimo sutartimi“, jei atstovaujamas nepriims jokios rizikos arba priims tik labai mažą jos dalį, susijusią su sutartimis, kurias jis sudarė ir (arba) dėl kurių derėjosi atstovaujamojo vardu⁸⁵. Tokių sutarčių atveju atstovui priskirtos pardavimo arba pirkimo funkcijos yra neatskiriama atstovaujamojo veiklos dalis ir atstovaujamas prisiima komercinę ir finansinę riziką, o tai reiškia, kad jokios prievolės, kurios nustatomos atstovui dėl sutarčių, kurias jis sudaro atstovaujamojo vardu, nepatenka į SESV 101 straipsnio 1 dalies taikymo sritį⁸⁶.

92. Nagrinėjamu atveju apeliančios pagrindinėje byloje teigia, kad asociacijos susitarimas turėjo būti laikomas „dviem kryžminėmis atstovavimo sutartimis“ arba „dvišale atstovavimo sutartimi“, nes kiekviena iš sutarties šalių skatina kitos šalies pardavimus⁸⁷.

93. Negalėčiau sutikti su tokiu kvalifikavimu.

⁸⁰ Žr. Reglamento Nr. 330/2010 3–5 konstatuojamąsias dalis.

⁸¹ Žr. Reglamento Nr. 330/2010 6 konstatuojamąją dalį.

⁸² Žr. Reglamento Nr. 330/2010 7 konstatuojamąją dalį.

⁸³ Žr. Vertikaliųjų apribojimų gairių 12–21 dalis.

⁸⁴ Žr. Vertikaliųjų apribojimų gairių 12 dalį.

⁸⁵ Žr. Vertikaliųjų apribojimų gairių 15 ir 18 dalis.

⁸⁶ Žr. Vertikaliųjų apribojimų gairių 18 dalį. Tokios atstovavimo sutartys būdingos prievolės, galinčios nulemti atstovaujamojo komercinę strategiją, yra tokios: jomis nustatomi apribojimai dėl teritorijos, kurioje atstovas gali parduoti atstovaujamojo prekes ar paslaugas, arba dėl klientų, kuriems atstovas gali parduoti atstovaujamojo prekes ar paslaugas, ir kainų bei sąlygų, kuriomis jis gali tai daryti.

⁸⁷ Kalbant konkrečiau, jos teigia, kad šis susitarimas atitiko visus atstovavimo sutarčiai keliamus reikalavimus, būtent: i) abipusę prievolę reklamuoti sutartis kito asmens naudai; ii) jų autonomiją; ir iii) asociacijos susitarimo atlygintą pobūdį, t. y. atstovo atlygį, atitinkantį užmokestį, dėl kurio buvo įsipareigojusi kita šalis.

94. Pirma, nors iš asociacijos susitarimo 2.1 punkto matyti, kad jos tikslas buvo skatinti *EDP Comercial* elektros energijos tiekimo veiklą ir MCH mažmeninio platinimo veiklą⁸⁸, iš šio susitarimo turinio negalima daryti išvados, kad jo šalys ketino perparduoti kitos šalies produktus kaip nepriklausomi platintojai, todėl būtų įpareigos derėtis ar sudaryti sutartis kitos šalies vardu kaip atstovės⁸⁹.

95. Be to, kaip matyti iš Vertikaliųjų susitarimų gairių, lemiamas veiksnys apibrėžiant atstovavimo sutartį SESV 101 straipsnio 1 dalies taikymo tikslais yra komercinė arba finansinė rizika, kurią atstovas prisiima dėl veiklos, kuriai vykdyti jį paskyrė atstovaujamas⁹⁰. Iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad nors asociacijos įgyvendinimo išlaidas (susijusias su kainų sumažinimu, reklama, rinkodara ir komunikacija) asociacijos susitarimo šalys padengė lygiomis dalimis, to nebuvo kalbant apie nuolaidų sumą⁹¹.

96. Galiausiai, darant prielaidą, kad asociacijos įgyvendinimo išlaidos buvo „atlygis“ už atstovavimo paslaugas, reikėtų pažymėti, kad šalys, atrodo, vykdė viena kitos, o ne atskirų kiekvienos šalies produktų reklamos kampaniją. Iš tiesų iš asociacijos susitarimo sąlygų aišku, kad MCH nebūtų gavusi naudos iš *EDP Comercial* elektros energijos tiekimo sutarčių reklamos, jeigu jos klientai tuo pat metu nebūtų dalyvavę MCH lojalumo programoje. Be to, *EDP Comercial* neįtikintų klientų dalyvauti MCH lojalumo programoje, jei tuo pat metu nesudarytų elektros energijos tiekimo sutarties. Todėl kiekvienos iš šių dviejų įmonių veiksmų negalima laikyti savarankiškais veiksmais, kuriais siekiama reklamuoti kitos įmonės produktus.

c) Dėl „vertikalojo susitarimo“ kvalifikavimo

97. Dėl asociacijos susitarimo kvalifikavimo kaip „vertikalojo susitarimo“, kad būtų galima taikyti Bendrosios išimties reglamentą, reikėtų priminti, kad Reglamento Nr. 330/2010 1 straipsnio 1 dalies a punkte „vertikalusis susitarimas“ apibrėžiamas kaip „dviejų arba daugiau įmonių, kurių kiekviena *susitarimo arba suderintų veiksmų atžvilgiu* veikia skirting[u] gamybos arba platinimo grandinės lygmen[iu], susitarimas arba suderinti veiksmai, susiję su sąlygomis, kuriomis šalys gali pirkti, parduoti arba perparduoti tam tikras prekes arba paslaugas“⁹². Taigi vertikalusis susitarimo pobūdis vertinamas atsižvelgiant į „susitarimo tikslus“. Todėl vertikalusis susitarimas gali būti sudaromas ir tarp konkurentų, jei susitarimo tikslais šalys veikia skirtingais gamybos ir (arba) platinimo grandinės lygmenimis. Vadinas, klausimas, ar asociacijos susitarimas yra vertikalusis susitarimas, turi būti vertinamas nepriklausomai nuo nustatytos potencialios konkurencijos.

98. Nagrinėjamu atveju, nepaisant toliau pateiktos analizės, pirmiausia norėtųsi pabrėžti, kad asociacijos susitarimo kvalifikavimo kaip „vertikalojo susitarimo“ svarbą reikėtų vertinti santykinai, nes nekonkuravimo sąlygos antikonkurencinis pobūdis turėtų būti vertinamas savarankiškai, o konkrečiau – atsižvelgiant į pagalbinį jos pobūdį⁹³. Pagrindinėje byloje problemą

⁸⁸ Žr. šios išvados 7 punktą.

⁸⁹ Nors susitarimo pavadinimas nėra lemiamas nustatant jo pobūdį, apeliančės savo susitarimą apibūdino ne kaip „atstovavimo sutartį“ ar „platinimo sutartį“, o kaip „asociacijos susitarimą“.

⁹⁰ Žr. šios išvados 91 punktą.

⁹¹ Žr. šios išvados 11 punktą.

⁹² Pažymėtina, kad ši apibrėžtis buvo išlaikyta 2022 m. gegužės 10 d. Komisijos reglamento (ES) 2022/720 dėl [SESV] 101 straipsnio 3 dalies taikymo tam tikrų rūšių vertikaliesiems susitarimams ir suderintiems veiksams (OL L 134, 2022, p. 4), kuris įsigaliojo 2022 m. birželio 1 d. ir kuriuo buvo pakeistas Reglamentas Nr. 330/2010, 1 straipsnio 1 dalyje. Taip pat žr. Vertikaliųjų apribojimų gairių 24–26 dalis.

⁹³ Šis aspektas analizuojamas šios išvados III dalies B skyriaus 3 dalyje.

kelia ne pats asociacijos susitarimas, o nekonkuravimo sąlyga⁹⁴. Taigi abejoju, ar tai, kad asociacijos susitarimas gali būti kvalifikuojamas kaip „vertikalusis susitarimas“, turėtų kokios nors reikšmės šios sąlygos antikonkurencinio pobūdžio vertinimui.

99. Atsižvelgdamas į šias pastabas, pažymiu, kad dėl šios išvados 94–96 punktuose jau nurodytų priežasčių darytina išvada, jog pagrindinis asociacijos tikslas buvo padidinti abiejų šalių produktų pardavimą, o ne noras veikti kaip nuo kitos šalies produktų nepriklausantys platintojai. Taigi šalys vykdė bendrą viena kitos produktų, o ne kiekvienos šalies atskirų produktų reklamos kampaniją. Nedarant poveikio prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo vertinimui, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo nurodytos faktinės aplinkybės leidžia manyti, kad šis susitarimas panašus į „komercinio susitarimą“, kaip jis suprantamas pagal Gaires dėl horizontaliųjų bendradarbiavimo susitarimų⁹⁵, sudarytą siekiant įgyvendinti bendrą atitinkamų šalių produktų reklaminę kampaniją. Vis dėlto prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, remdamasis galimu atitinkamų rinkų apibrėžimu, turi nustatyti, ar toks susitarimas apima bendradarbiavimą pardavimų srityje, kai šalys asociacijos susitarimo tikslais veikia tuo pačiu ekonomikos grandinės lygmeniu.

3. Dėl nekonkuravimo sąlygos pagalbinio pobūdžio

100. Dešimtuoju prejudiciniu klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar tokia nekonkuravimo sąlyga, kokia įtvirtinta pagrindinėje byloje nagrinėjamame asociacijos susitarime, gali būti laikoma pagalbiniu pagrindinės šio susitarimo operacijos apribojimu, atsižvelgiant, be kita ko, į jo taikymo sritį laiko atžvilgiu, geografinę taikymo sritį ir subjektinę taikymo sritį⁹⁶.

a) Dėl komercinių susitarimų „pagalbinių apribojimų“ vertinimo sistemos

101. Pirmiausia reikėtų priminti, kad „pagalbiniu apribojimu“ laikomas bet koks su pagrindinės operacijos, kuri pati nėra antikonkurencinio pobūdžio, įgyvendinimu *tiesiogiai susijęs ir būtinas* konkurencijos apribojimas⁹⁷. Pagalbinių apribojimų teorija, pirmiausia išplėtotą išimtinai komercinių susitarimų srityje, bet vėliau pradėta taikyti ir reglamentavimo sektoriuje⁹⁸, leidžia įvertinti tam tikrų vertikalųjų apribojimų poveikį prieš taikant SESV 101 straipsnį.

102. Konkrečiai kalbant, pagal Teisingumo Teismo jurisprudenciją, jei SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatytas draudimo principas netaikomas tam tikram sandoriui ar veiklai dėl jos neutralumo ar teigiamo poveikio konkurencijai, minėtas draudimo principas taip

⁹⁴ Be to, aplinkybė, kad susitarimas yra vertikalusis susitarimas, nereiškia, kad juo konkurencija negali būti ribojama „dėl tikslo“. Nors vertikalieji susitarimai dėl savo pobūdžio dažnai yra mažiau žalingi konkurencijai nei horizontalieji, tam tikromis aplinkybėmis jie taip pat gali turėti ypač didelį konkurencijos ribojimo potencialą (šiuo klausimu žr. 2013 m. kovo 14 d. Sprendimo *Allianz Hungária Biztosító ir kt.* (C-32/11, toliau – Sprendimas *Allianz Hungária*, EU:C:2013:160) 43 punktą ir 2015 m. lapkričio 26 d. Sprendimo *Maxima Latvija* (C-345/14, EU:C:2015:784, 21 punktą).

⁹⁵ Žr. Gairių dėl horizontaliųjų bendradarbiavimo susitarimų 225–228 punktus.

⁹⁶ Žr. dešimtojo prejudicinio klausimo atitinkamai pirmą, antrą, trečią ir ketvirtą įtraukas.

⁹⁷ Žr. 2001 m. rugsėjo 18 d. Sprendimą *M6 ir kt.* / *Komisija* (T-112/99, EU:T:2001:215, toliau – Sprendimas *M6*, 104–106 punktai). Taip pat žr. Komisijos pranešimą dėl būtinų ir su įmonių koncentracija tiesiogiai susijusių apribojimų (2005/C 56/03) (OL C 56, 2005, p. 24, 12 punktas).

⁹⁸ Žr. 1977 m. spalio 25 d. Sprendimą *Metro SB-Großmärkte* / *Komisija* (26/76, EU:C:1977:167) ir 1986 m. sausio 28 d. Sprendimą *Pronuptia de Paris* (161/84, EU:C:1986:41). Dėl taikymo reglamentavimo srityje žr. išvadą byloje *European Superleague Company* (C-333/21, EU:C:2022:993, 85–124 punktai).

pat netaikomas vieno ar kelių šio sandorio ar veiklos dalyvių komercinio savarankiškumo apribojimui, jeigu šis apribojimas *objektyviai reikalingas* vykdant minėtą sandorį ar veiklą ir yra *proporcingas* to sandorio arba veiklos *tikslams*⁹⁹.

103. Taigi, kai tokio ribojimo negalima atsieti nuo pagrindinės operacijos ar veiklos nepakenkiant jos buvimui ir tikslams, reikia išnagrinėti šio ribojimo suderinamumą su SESV 101 straipsniu ir su pagrindinės operacijos ar veiklos, dėl kurios tas ribojimas yra pagalbinis, suderinamumu, nors, atskirai paėmus, tokiam ribojimui iš pirmo žvilgsnio gali būti taikomas SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatytas draudimo principas¹⁰⁰.

104. Galiausiai, kalbant apie nekonkuravimo sąlygas, reikia konstatuoti, kad konkurencijos teisės sprendimų priėmimo praktikoje yra visiškai teisėtų priežasčių, dėl kurių nekonkuravimo sąlygoms, numatytoms susitarimuose, kuriais išreiškiami susijungimai, horizontalieji ir vertikalieji susitarimai, galima netaikyti SESV 101 straipsnio 1 dalies, be kita ko, kai tokios sąlygos yra būtinos siekiant apsaugoti šalis nuo rizikos, susijusios su aptariamu susitarimu, arba suderinti vienos ir kitos šalies paskatas siekiant tam tikro rezultato.

105. Šiomis aplinkybėmis reikia įvertinti, ar pagrindinėje byloje nagrinėjama nekonkuravimo sąlyga gali būti laikoma „pagalbine“ asociacijos susitarimo atžvilgiu ir ar jai galima netaikyti SESV 101 straipsnio 1 dalies.

b) Dėl taikymo šioje byloje nagrinėjamu atveju

106. Iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, jog apeliančės pagrindinėje byloje teigia, kad šioje byloje nagrinėjamo asociacijos susitarimo atveju nekonkuravimo sąlygos tikslas buvo apsaugoti neskelbtinos komercinės informacijos, kuria buvo keičiamasi įgyvendinant „EDP Continente“ planą, konfidencialumą. Taigi tokia sąlyga yra tik griežtai pagalbinis šio susitarimo elementas. Jos mano, kad asociacijos susitarimo sąlygų, susijusių su konfidencialumu (16 punktas), intelektinės nuosavybės apsauga (11 punktas) ir asmens duomenų apsauga (9 punktas), nepakanka, kad būtų apsaugotos jų investicijos ir praktinė patirtis, kuria jos dalijasi bendradarbiaudamos. Be to, apeliančės pagrindinėje byloje taip pat tvirtina, kad nekonkuravimo sąlygos taikymo sritis buvo pakankamai ribota, nes neapėmė veiklos sektorių, kuriuos apėmė asociacija, ir nebuvo taikoma bendrovėms, turinčioms prieigą prie neskelbtinos komercinės informacijos. Galiausiai informacijos srautas tęsėsi praėjus tam tikram laikui nuo asociacijos įgyvendinimo pabaigos, o tai leido pratęsti sąlygos galiojimo trukmę.

107. Dėl toliau nurodytų priežasčių ir atsižvelgdamas į reikalavimus, kylančius iš šios išvados 102–104 punktuose primintos jurisprudencijos, manau, kad nors Teisingumo Teismui pateiktoje bylos medžiagoje nėra jokios informacijos, kuri galėtų leisti suabejoti MCH ir *EDP Comercial*

⁹⁹ Šiuo klausimu žr. 2014 m. rugsėjo 11 d. Sprendimą *MasterCard ir kt. / Komisija* (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, toliau – Sprendimas *MasterCard*, 89 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija) ir Sprendimo *Hoffmann-La Roche* 69 punktą.

¹⁰⁰ Šiuo klausimu žr. Sprendimo *MasterCard* 90 punktą ir Sprendimo *Hoffmann-La Roche* 70 punktą. Siekiant nustatyti, ar ribojimui galima netaikyti SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatyto draudimo dėl to, kad tas ribojimas yra pagalbinis dėl antikonkurencinio pobūdžio neturinties pagrindinės operacijos, reikia išnagrinėti, ar atlikti tos operacijos *bus neįmanoma, nesant aptariamo ribojimo*. Aplinkybė, kad ši operacija paprasčiausiai taptų sunkiau įgyvendinama ar būtų mažiau pelninga nesant aptariamo ribojimo, negali būti laikoma šiam ribojimui suteikiančia objektyvų būtinumą, kurio reikalaujama tam, kad tas ribojimas būtų laikomas pagalbiniu. Iš tikrųjų tokiu aiškinimu ši sąvoka būtų išplečiama ir taikoma ribojimams, kurie nėra neišvengiamai būtini vykdant pagrindinę operaciją. Toks rezultatas padarytų neigiamą įtaką SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatyto draudimo veiksmingumui (šiuo klausimu žr. Sprendimo *MasterCard* 91 punktą ir Sprendimo *Hoffmann-La Roche* 71 punktą).

sudaryto asociacijos susitarimo teigiamu ar bent neutraliu poveikiu konkurencijai, vis dėlto negalima teigti, kad nekonkuravimo sąlyga buvo *objektyviai reikalinga* šiam susitarimui įgyvendinti ir *proporcinga ja siekiamiems tikslams*.

108. Pirma, kalbant apie *objektyvų šios sąlygos būtinumą*, pažymėtina, kad, nors neskelbtinų komercinių duomenų apsauga tikrai gali būti laikoma teisėtu tikslu atsižvelgiant į asociacijos susitarimą, kuriam reikalingos atitinkamos susitarimo šalių elgesio ribojimo priemonės, manau, kad tokia nekonkuravimo sąlyga, kokia nagrinėjama pagrindinėje byloje, negali būti laikoma *griežtai būtina* turint omenyje šį tikslą.

109. Pirma, konstatuoju, kad jei asociacijos susitarimo šalių nurodytas tikslas yra neleisti viena kitai savo naudai pasinaudoti konfidencialia komercine informacija vykdant konkuruojančią veiklą, ypač neleisti MCH patekti į žemos įtampos elektros energijos ar dujų tiekimo vartotojams rinką, buvo priimtas sutartinis sprendimas užkirsti kelią pačiai galimybei vykdyti minėtą veiklą. Toks sprendimas man atrodo neproporcingas siekiamam tikslui, nes, siekiant išvengti nesąžiningos konkurencijos naudojant vienai iš šalių priklausančią informaciją, tokia sąlyga paprasčiausiai panaikina pačią tokios konkuruojančios veiklos galimybę. Šio akivaizdaus skirtumo tarp siekiamo tikslo ir pasirinkto sutartinio sprendimo savaime turėtų pakakti išvada, kad nekonkuravimo sąlyga yra neproporcinga, atsižvelgiant, be kita ko, į tai, kad MCH nustatytas draudimas įeiti į elektros energijos tiekimo rinką sutapo su kritiniu žemos įtampos elektros energijos tiekimo rinkos liberalizavimo laikotarpiu.

110. Antra, ir tai susiję su pirma išdėstyta analize, man atrodo, kad siekiant apsaugoti neskelbtinos komercinės informacijos srautą buvo galima pasirinkti mažiau ribojančius sprendimus. Pavyzdžiui, keitimosi informacija blokavimo sistemos (angl. „chinese wall“) nustatymas kartu su jau taikomomis konfidencialumo, intelektinės nuosavybės ir duomenų apsaugos nuostatomis būtų buvęs tinkamas ir vienodai veiksmingas siekiant apsaugoti aptariamą neskelbtiną komercinę informaciją.

111. Kita vertus, net darant prielaidą, kad nekonkuravimo sąlyga buvo objektyviai būtina asociacijai įgyvendinti, manau, kad jos įgyvendinimas negali būti laikomas *proporcingu* asociacijos susitarimu siekiamiems *tikslams*.

112. Pirma, dėl nekonkuravimo sąlygos subjektinės taikymo srities reikėtų priminti, kad nors asociacijos susitarimas susijęs su žemos įtampos elektros energijos tiekimu vartotojams, nekonkuravimo sąlyga apima visą bet kurios įtampos elektros energijos tiekimą, įskaitant vidutinės ir aukštos įtampos elektros energijos tiekimą pramoniniams vartotojams, ir dujų tiekimą.

113. Antra, kalbant apie aplinkybę, kad nekonkuravimo sąlygos taikymas laiko atžvilgiu sutampa su laikotarpiu, per kurį pagrindinėje byloje nagrinėjamo asociacijos susitarimo šalys neturėjo teisės naudoti komercinių paslapčių ar praktinės patirties, įgytos ją įgyvendinant, pirmiausia reikia konstatuoti, kad, net ir pripažinus, jog ši aplinkybė yra nustatyta¹⁰¹, atrodo, kad iš bylos faktinių aplinkybių matyti, jog, atsižvelgiant į tai, kad paskutiniai vartotojams išduoti nuolaidų kuponai

¹⁰¹ Šiuo klausimu žr. prašymo priimti prejudicinį sprendimą originalą, p. 168, 5 ir 6 punktai, kuriuose nurodyta, kad tai, jog nekonkuravimo sąlyga buvo siekiama apsaugoti „neskelbtinos komercinės informacijos, kuria šalys keitėsi tarpusavyje, konfidencialumą ir iš asociacijos kylančią praktinę patirtį“, taip pat „verslo paslaptis, konfidencialią informaciją, neskelbtiną komercinę informaciją ir investicijų informaciją, kuria šalys keitėsi pagal EDP planą“, yra „neįrodytos faktinės aplinkybės“.

buvo grindžiami jų iki 2012 m. gruodžio 31 d. suvartotu kiekiu, apribojimas, kuriuo neskelbtiną komercinę informaciją siekta apsaugoti iki 2013 m. gruodžio 31 d., man iš pirmo žvilgsnio atrodo neproporcingas.

4. Dėl nekonkuravimo sąlygos kvalifikavimo kaip konkurencijos apribojimo „dėl tikslo“

114. Pirmuoju ir aštuntuoju prejudiciniais klausimais, kuriuos reikia nagrinėti kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia išsiaiškinti, ar nekonkuravimo sąlyga, pagal kurią asociacijos susitarimo kontekste draudžiama, be kita ko, šio susitarimo šaliai – mažmeninės prekybos maisto produktais bendrovei – patekti į elektros energijos tiekimo rinką, kurioje kita šio susitarimo šalis yra pagrindinė rinkos dalyvė, ir būtent galutiniu šios rinkos liberalizavimo etapu, gali būti laikoma apribojimu dėl tikslo, kai vartotojai iš tokio susitarimo gauna tam tikrą naudą (*pirmasis klausimas*) ir kai ši sąlyga galioja susitarimo galiojimo laikotarpiu ir dar vienus metus (*aštuntasis klausimas*).

a) Dėl sąvokos „antikonkurencinis tikslas“, kaip ji suprantama pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį

115. Ribojimo dėl tikslo ar poveikio atskyrimas, dėl kurio prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas užduoda šiuos klausimus, jau yra išsamiai išnagrinėtas jurisprudencijoje. Taigi norėčiau tik priminti, jog tam, kad susitarimui būtų taikomas SESV 101 straipsnio 1 dalyje nustatytas draudimas, jis turi turėti „tikslą ar poveikį“ užkirsti kelią konkurencijai vidaus rinkoje, ją riboti ar iškraipyti, o susitarimo antikonkurencinis tikslas ir antikonkurencinis poveikis yra ne kumuliacinės, o alternatyvios sąlygos¹⁰².

116. Šiuo tikslu reikėtų priminti, kad pagrindinis teisinis kriterijus nustatant, ar susitarimas apima konkurencijos ribojimą „dėl tikslo“, yra išvada, jog toks susitarimas savaime *daro didelę žalą konkurencijai, todėl galima daryti išvadą, kad nereikia tirti jo daromo poveikio*¹⁰³. Šioje jurisprudencijoje atsižvelgiama į tai, kad tam tikros veiksmų derinimo tarp įmonių formos gali būti savaime laikomos kenksmingomis įprastai konkurencijai¹⁰⁴. Siekiant nustatyti, ar susitarimas turi tokį antikonkurencinį tikslą, reikia išnagrinėti jo nuostatų turinį, siekiamus tikslus ir ekonomines bei teisines taikymo aplinkybes¹⁰⁵. Vertinant šias aplinkybes taip pat reikia atsižvelgti į paveiktų prekių ar paslaugų pobūdį ir į realias aptariamą rinkos ar rinkų veikimo sąlygas bei sandarą¹⁰⁶. Be to, „konkurencijos ribojimo dėl tikslo“ sąvoka turi būti aiškinama siaurai¹⁰⁷.

b) Dėl nekonkuravimo sąlygos vertinimo

117. Pagrindinėje byloje nagrinėjama nekonkuravimo sąlyga, darant prielaidą, kad ji nėra pagalbinis asociacijos susitarimo apribojimas arba kad nustatytas potencialios konkurencijos santykis, gali būti prilyginta susitarimui dėl rinkų pasidalijimo, kuris, kaip ir susitarimai dėl kainų nustatymo, yra akivaizdus konkurencijos apribojimas, tradiciškai laikomas ypač sunkiu

¹⁰² Šiuo klausimu žr. mano išvadą byloje *European Superleague Company* (C-333/21, EU:C:2022:993, 58–63 punktai ir juose nurodyta jurisprudencija).

¹⁰³ Žr. 2023 m. sausio 12 d. Sprendimo *HSBC Holdings*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, 106 punktą ir jame nurodytą jurisprudenciją.

¹⁰⁴ Žr. 2014 m. rugsėjo 11 d. Sprendimo *CB / Komisija*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 50 punktą ir jame nurodytą jurisprudenciją.

¹⁰⁵ Žr. 2013 m. kovo 14 d. Sprendimo *Allianz Hungária ir kt.*, C-32/11, EU:C:2013:160, 34 punktą ir 2014 m. rugsėjo 11 d. Sprendimo *CB / Komisija*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, 53 punktą.

¹⁰⁶ Žr. 2023 m. sausio 12 d. Sprendimo *HSBC Holdings*, C-883/19 P, EU:C:2023:11, 107 punktą ir jame nurodytą jurisprudenciją.

¹⁰⁷ Sprendimo *Generics (UK)* 67 punktas ir jame nurodyta jurisprudencija.

konkurencijos taisyklių pažeidimu. Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad susitarimai dėl rinkų pasidalijimo patys savaime turi konkurenciją ribojančią tikslą ir patenka į SESV 101 straipsnio 1 dalimi besąlygiškai draudžiamų susitarimų kategoriją. Kiek tai susiję su tokiais susitarimais, suderintų veiksmų ekonominio ir teisinio konteksto analizė gali būti apribota tuo, kas yra griežtai būtina, siekiant padaryti išvadą apie konkurencijos ribojimo dėl tikslo buvimą¹⁰⁸.

118. Nors pagal šią jurisprudenciją nebūtina atsižvelgti į nekonkuravimo sąlygos ekonominį kontekstą, šioje byloje atsižvelgimas į ją dar labiau patvirtina jos ribojamąjį pobūdį. Šiuo atveju nekonkuravimo sąlygos taikymas sutapo su konkrečiomis žemos įtampos elektros energijos tiekimo žemyninėje Portugalijoje rinkos liberalizavimo aplinkybėmis. Konkrečiau kalbant, ši sąlyga buvo sudaryta likus keliems mėnesiams iki visiško elektros energijos tiekimo rinkos liberalizavimo, o tai atitiko visiems galutiniams vartotojams reguliuojamų kainų taikymo pabaigos momentą. Šiomis aplinkybėmis Portugalijos rinkoje įsitvirtinusi EDP buvo suinteresuota užkirsti kelią potencialiems konkurentams patekti į šią rinką. Taigi man atrodo, kad šios aplinkybės gali dar labiau sustiprinti susitarimo dėl rinkų pasidalijimo tarp istorinio operatoriaus ir naujo potencialaus rinkos dalyvio kenksmingumą.

119. Galiausiai manau, kad tai, jog ši nekonkuravimo sąlyga yra dalis platesnio bendradarbiavimo, t. y. asociacijos susitarimo, kuris gali padidinti našumą tam tikrų vartotojų labui, nekeičia išvados, kad toks susitarimas dėl rinkos pasidalijimo pats savaime yra apribojimas dėl tikslo. Dėl pirma nurodytų priežasčių ši sąlyga nebuvo būtinas apribojimas asociacijos susitarimo taikymui, vadinasi, ir galimam našumo padidėjimui. Šiuo požiūriu šis galimas didesnis našumas buvo susijęs ne su nekonkuravimo sąlyga, o su asociacijos susitarimu, todėl juo negalima remtis siekiant pateisinti šios sąlygos teigiamą poveikį konkurencijai. Bet kuriuo atveju pagal Teisingumo Teismo jurisprudenciją, jeigu susitarimo šalys remiasi jo teigiamu poveikiu konkurencijai, į jį, kaip į šio susitarimo kontekstą, turi būti tinkamai atsižvelgta, siekiant jį kvalifikuoti kaip „ribojimą dėl tikslo“, nes jis gali paneigti bendrą atitinkamų slaptų veiksmų gana didelio žalingumo konkurencijai vertinimą ir atitinkamai jų kvalifikavimą kaip „ribojimo dėl tikslo“¹⁰⁹.

120. Vadinasi, konkrečiomis šios bylos aplinkybėmis nekonkuravimo sąlyga, darant prielaidą, kad ji nėra pagalbinis asociacijos susitarimo apribojimas ir kad asociacijos susitarimo šalys yra bent jau potencialūs konkurentai, turėtų būti nagrinėjama kaip konkurencijos ribojimas dėl tikslo, kaip tai suprantama pagal SESV 101 straipsnio 1 dalį, nereikalaujant konkrečios jos poveikio analizės.

IV. Išvada

121. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui taip atsakyti į *Tribunal da Relação de Lisboa* (Lisabonos apeliacinis teismas, Portugalija) pateiktus klausimus:

1. SESV 101 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad mažmeninės prekybos maisto produktais įmonė, su elektros energijos tiekėju sudariusi asociacijos susitarimą, kurio tikslas yra skatinti jų atitinkamą veiklą taikant susietųjų pardavimų sistemą ir į kurią įtraukta nekonkuravimo sąlyga, gali būti laikoma potencialia konkurente elektros energijos tiekimo rinkoje, net jei šio susitarimo sudarymo metu ji nevykdė jokios veiklos šioje rinkoje, jei, atsižvelgiant į patekimo į šią rinką sąlygas ir jos veikimą reglamentuojančias ekonomines bei

¹⁰⁸ Žr. Sprendimo *Toshiba* 28 ir 29 punktus.

¹⁰⁹ 2023 m. sausio 12 d. Sprendimo *HSBC Holdings* (C-883/19 P, EU:C:2023:11, 139–141 punktai ir juose nurodyta jurisprudencija).

teisines aplinkybes, įrodoma, kad šis mažmenininkas turėjo realių ir konkrečių galimybių patekti į elektros energijos tiekimo rinką; toks įrodymas turi būti pagrįstas konkrečiais šiai rinkai būdingais įrodymais. Siekiant patikrinti, ar tokia įmonė gali būti laikoma potencialia konkurente ir dėl to daryti konkurencinį spaudimą elektros energijos tiekėjui, gali būti svarbūs toliau nurodyti įrodymai, kurie turi būti vertinami kartu ir kurie pavieniui nebūtinai yra lemiami, susiję su: i) mažmeninės prekybos maisto produktais įmonės ketinimu patekti į elektros energijos tiekimo rinką kaip jos galimybę įeiti į minėtą rinką patvirtinančiu įrodymu; ii) pasirengimo įeiti į rinką veiksmais, ypač atsižvelgiant į galimus reglamentavimo ar elektros energijos tiekimo rinkos atvėrimo ribojimus, kurie gali sustiprinti minėtos įmonės pajėgumą patekti į šią rinką per terminą, per kurį gali būti sukeltas konkurencinis spaudimas ir kuris šiuo atveju atitinka nekonkuravimo sąlygos galiojimo trukmę; iii) tuo, kaip elektros energijos tiekėjas suvokia mažmeninės prekybos maisto produktais įmonę, o aplinkybė, kad buvo įtraukta nekonkuravimo sąlyga, yra svarus potencialiai konkurencinio santykio požymis, kurį vis dėlto turi patvirtinti kiti veiksniai, susiję su patekimo į rinką sąlygų realumu; iv) skirtinga kitų įmonių, priklausančių grupei, kuriai priklauso ir mažmeninės prekybos įmonė, veikla elektros energijos tiekimo rinkoje arba gretimose rinkose, jeigu nustatomas ryšys tarp šios veiklos ir mažmenininko galimybės įeiti į šią rinką per trumpą laiką, net jei ši veikla buvo vykdoma prieš sudarant asociacijos susitarimą ir neatsižvelgiant į tai, ar šios įmonės buvo saistomos nekonkuravimo sąlygos; ir v) mažmeninės prekybos maisto produktais įmonės veikla pradinės grandies elektros energijos gamybos rinkoje, jeigu tokia veikla gali jai suteikti realios ir konkrečios naudos, siekiant galimai integruotis į elektros energijos tiekimo rinką.

2. 2010 m. balandžio 20 d. Komisijos reglamento (ES) Nr. 330/2010 dėl SESV 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikalinių susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims 1 straipsnio 1 dalies a punktas turi būti aiškinamas taip, kad sąvoka „vertikalusis susitarimas“ neapima mažmeninės prekybos maisto produktais įmonės ir elektros energijos tiekėjo sudaryto asociacijos susitarimo, kurio tikslas – per susietųjų pardavimų sistemą skatinti jų atitinkamą veiklą, neatsižvelgiant į tai, ar šios įmonės laikytinos realiomis, ar potencialiomis konkurentėmis, nes bendradarbiavimo susitarimo tikslais laikoma, kad šios įmonės veikia tuo pačiu ekonominės grandinės lygmeniu.
3. SESV 101 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad ši nuostata neturėtų būti netaikoma nekonkuravimo sąlygai, dėl kurios šalys susitarė pagrindinėje byloje nagrinėjamame asociacijos susitarime, remiantis tuo, kad ši sąlyga yra pagalbinė šiame susitarime, nebent būtų įrodyta, kad tokia sąlyga yra objektyviai būtina asociacijai įgyvendinti ir proporcinga ja siekiamiems tikslams.
4. SESV 101 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad nekonkuravimo sąlyga, kaip antai pagrindinėje byloje nagrinėjamo asociacijos susitarimo sąlyga, jeigu ji sudaryta tarp dviejų įmonių, kurios laikomos bent jau potencialiomis konkurentėmis, turi būti laikoma susitarimu dėl rinkos pasidalijimo, kuriuo konkurencija ribojama dėl tikslo, ir nereikia įrodinėti jos realaus žalingo poveikio, išskyrus atvejus, kai ši sąlyga gali būti laikoma pagrindinį susitarimą papildančiu apribojimu arba kai šalys remiasi jo teigiamu poveikiu konkurencijai, dėl kurio gali būti paneigtas bendras tos sąlygos gana didelio žalingumo vertinimas.