



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 26 października 2023 r. *

Odesłanie prejudycjalne – Artykuł 101 TFUE – Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki – Zakaz porozumień, decyzji i uzgodnionych praktyk – Porozumienia między przedsiębiorstwami – Rozróżnienie między porozumieniem wertykalnym a porozumieniem horyzontalnym – Potencjalna konkurencja – Ograniczenie konkurencji ze względu na cel lub ze względu na skutek – Umowa pomiędzy dostawcą energii elektrycznej a sprzedawcą detalicznym produktów masowego użytku prowadzącym hipermarkety i supermarkety – Postanowienie o zakazie konkurencji – Rozporządzenie (UE) nr 330/2010 – Umowa agencyjna – Liberalizacja rynku dostaw energii elektrycznej

W sprawie C-331/21

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal da Relação de Lisboa (sąd apelacyjny w Lizbonie, Portugalia) postanowieniem z dnia 6 kwietnia 2021 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 26 maja 2021 r., w postępowaniu:

EDP – Energias de Portugal SA,

EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,

MC retail SGPS SA, dawniej Sonae MC SGPS SA,

Modelo Continente Hipermercados SA

przeciwko

Autoridade da Concorrência,

przy udziale:

Ministério Público,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Jürimäe (sprawozdawczyni), prezes izby, N. Piçarra, M. Safjan, N. Jääskinen i M. Gavalec, sędziowie,

rzecznik generalny: A. Rantos,

* Język postępowania: portugalski.

sekretarz: M. Ferreira, główna administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 9 listopada 2022 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

- w imieniu EDP – Energias de Portugal SA – C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny i L. Nascimento Ferreira, advogados,
- w imieniu EDP Comercial – Comercialização de Energia SA – C. Botelho Moniz, T. Coelho Magalhães, T. Geraldo, P. Gouveia e Melo, J. Lima Cluny i L. Nascimento Ferreira, advogados,
- w imieniu MC retail SGPS SA, dawniej Sonae MC SGPS SA – I. Gouveia, G. Rosas, D. Silva Ramalho i C. Vieira Peres, advogados,
- w imieniu Modelo Continente Hipermercados SA – J. Vieira Peres, advogado,
- w imieniu Autoridade da Concorrência – D. Cardoso, A. Cruz Nogueira i I. Nascimento, advogadas,
- w imieniu rządu portugalskiego – P. Barros da Costa i C. Chambel Alves, w charakterze pełnomocników, które wspierała S. Assis Ferreira, avogada,
- w imieniu Komisji Europejskiej – S. Baches Opi, T. Baumé, P. Caro de Sousa i B. Rechena, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 2 marca 2023 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 101 TFUE oraz art. 1 ust. 1 lit. a) i c) rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. 2010, L 102, s. 1).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między EDP – Energias de Portugal SA (zwaną dalej „EDP Energias”), EDP Comercial – Comercialização de Energia SA (zwaną dalej „EDP Comercial”), MC retail SGPS SA (dawniej Sonae MC SGPS SA, a w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, Sonae Investimentos SGSP SA i SONAE MC – Modelo Continente SGPS) (zwaną dalej „MC retail”) oraz Modelo Continente Hipermercados SA (zwaną dalej „Modelo Continente”) a Autoridade da Concorrência (organem ochrony konkurencji, zwanym dalej „AdC”) w przedmiocie grzywien nałożonych w związku z zawarciem porozumienia antykonkurencyjnego.

Ramy prawne

Prawo Unii

Rozporządzenie nr 330/2010

3 Artykuł 1 rozporządzenia nr 330/2010, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„1. Do celów niniejszego rozporządzenia stosuje się następujące definicje:

- a) »porozumienie wertykalne« oznacza porozumienie lub praktykę uzgodnioną zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony;
- b) »ograniczenie wertykalne« oznacza ograniczenie konkurencji zawarte w porozumieniu wertykalnym wchodzącym w zakres stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE];
- c) »przedsiębiorstwo konkurujące« oznacza rzeczywistego lub potencjalnego konkurenta; »rzeczywisty konkurent« oznacza przedsiębiorstwo działające na tym samym rynku właściwym; »potencjalny konkurent« oznacza przedsiębiorstwo, co do którego można realnie, a nie tylko teoretycznie zakładać, że gdyby porozumienie wertykalne nie istniało, to w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych takie przedsiębiorstwo zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy;

[...]”.

Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych

4 Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych, zawarte w zawiadomieniu Komisji z dnia 10 maja 2010 r. [SEK(2010) 411 wersja ostateczna, zwane dalej „wytycznymi w sprawie ograniczeń wertykalnych”] określają między innymi zakres stosowania rozporządzenia nr 330/2010.

5 W tytule II wytycznych w sprawie ograniczeń wertykalnych, zatytułowanym „Porozumienia wertykalne, które zasadniczo nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE]”, znajduje się pkt 2, zatytułowany „Umowy agencyjne”, który zawiera między innymi ppkt 12–17 tych wytycznych o następującym brzmieniu:

„(12) Agent jest osobą prawną lub fizyczną, której udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby (dającego zlecenie), we własnym imieniu albo w imieniu dającego zlecenie, na:

- zakup towarów lub usług przez dającego zlecenie, lub
- sprzedaż towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie.

- (13) Czynnikiem decydującym przy definiowaniu umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE] jest ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. W tym względzie dla oceny nie jest istotne, czy agent działa dla jednego czy dla kilku dających zlecenie. Dla potrzeb niniejszej oceny nie jest również istotna kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe.
- (14) Trzy rodzaje ryzyka finansowego lub handlowego są istotne dla zdefiniowania umowy agencyjnej dla celów stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE]. Po pierwsze, jest to ryzyko bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie, np. finansowanie zapasów. Po drugie, chodzi o ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Są to inwestycje specjalnie wymagane przy danym rodzaju działalności, do której agent został wyznaczony przez dającego zlecenie, tj. które są konieczne, aby umożliwić agentowi zawarcie lub negocjowanie tego rodzaju umowy. Takie inwestycje są zwykle utopione, co oznacza, że po zaprzestaniu konkretnej działalności inwestycji tych nie można wykorzystać do innych działań lub sprzedać inaczej niż ze znaczącą stratą. Po trzecie, istnieje ryzyko związane z innymi działaniami podejmowanymi na tym samym rynku produktowym w tej mierze, w jakiej dający zlecenie wymaga podjęcia takich działań przez agenta – ale nie w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko.
- (15) Dla celów stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE] porozumienie zostanie uznane za umowę agencyjną, jeżeli agent nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczące ryzyko w związku z umowami zawartymi lub negocjowanymi na rzecz dającego zlecenie i w związku ze specyficznymi inwestycjami rynkowymi w danej dziedzinie działalności oraz w związku z innymi działaniami, których podjęcia na tym samym rynku produktowym wymaga dający zlecenie. Jednakże ryzyko związane ogólnie z działalnością polegającą na świadczeniu usług agencyjnych, takie jak ryzyko, iż dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta, lub ogólne inwestycje, na przykład w lokal lub personel, nie mają istotnego znaczenia dla tej oceny.
- (16) Dla celów stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE] porozumienie będzie zasadniczo uznane za umowę agencyjną, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności do zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem lub jeżeli sam nie dostarcza usług objętych porozumieniem i jeżeli agent:
- a) nie uczestniczy w kosztach związanych z dostawą/zakupem towarów lub usług objętych porozumieniem, w tym w kosztach transportu towarów. Nie wyklucza to możliwości zapewnienia usług transportowych przez agenta, pod warunkiem iż dający zlecenie te koszty pokrywa;
 - b) nie utrzymuje na własny koszt lub ryzyko zapasów towarów objętych porozumieniem, z uwzględnieniem kosztów finansowania zapasów oraz kosztów ubytku zapasów, i może zwrócić dającemu zlecenie niesprzedane towary bez opłaty, o ile nie ponosi winy (na przykład za nieprzestrzeganie stosownych środków bezpieczeństwa w celu uniknięcia ubytku zapasów);
 - c) nie ponosi odpowiedzialności wobec osób trzecich za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (odpowiedzialność za produkt), o ile – jako agent – nie ponosi winy w tym względzie;

d) nie bierze na siebie odpowiedzialności za niewypełnienie umowy przez klienta, z wyjątkiem straty prowizji, o ile nie ponosi winy (na przykład z powodu nieprzestrzegania wystarczających środków bezpieczeństwa lub przeciwdziałania kradzieży lub nieprzestrzegania wystarczających środków związanych ze zgłoszeniem kradzieży dającemu zlecenie lub policji lub nieprzekazaniem dającemu zlecenie wszystkich niezbędnych dostępnych mu

informacji dotyczących wiarygodności finansowej klienta);

e) nie jest bezpośrednio lub pośrednio obowiązany inwestować w stymulowanie zbytu; na przykład w formie uczestnictwa w budżecie na reklamę dającego zlecenie;

f) nie czyni związanych z konkretnym rynkiem inwestycji w wyposażenie, lokale lub szkolenie personelu, takich jak np. zbiornik zasobnikowy na benzynę w przypadku sprzedaży detalicznej benzyny lub określone oprogramowanie do sprzedaży polis ubezpieczeniowych w przypadku agentów ubezpieczeniowych, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot tych kosztów;

g) nie podejmuje na tym samym rynku produktowym innych działań wymaganych przez dającego zlecenie, chyba że otrzymuje od dającego zlecenie pełen zwrot kosztów takich działań.

(17) Wykaz ten nie jest wyczerpujący. Jeżeli jednak agent ponosi jeden lub więcej z rodzajów ryzyka lub kosztów wspomnianych w pkt 14, 15 i 16, umowa pomiędzy agentem a dającym zlecenie nie zostanie uznana za umowę agencyjną. Kwestię ryzyka należy oceniać w każdym indywidualnym przypadku i w odniesieniu do rzeczywistego kontekstu ekonomicznego danej sytuacji, a nie pod względem formalno-prawnym. Ze względów praktycznych analizę ryzyka można rozpocząć od oceny ryzyka bezpośrednio związanego z umową. Jeżeli ryzyko bezpośrednio związane z umową ponosi agent, jest to wystarczające do stwierdzenia, że agent jest niezależnym dystrybutorem. Natomiast, jeżeli agent nie ponosi ryzyka bezpośrednio związanego z umową, konieczne będzie kontynuowanie analizy poprzez ocenę ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem. Ponadto, jeżeli agent nie ponosi ryzyka związanego z umową ani ryzyka dotyczącego inwestycji związanych z konkretnym rynkiem, może być konieczne uwzględnienie ryzyka związanego z innymi wymaganymi działaniami na tym samym rynku produktowym”.

6 Zgodnie z ppkt 24 i 25 rzeczonych wytycznych:

„(24) Porozumienie wertykalne zostało zdefiniowane w art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia [nr 330/2010] jako »porozumienie lub praktyka uzgodniona zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony«.

(25) Definicja porozumienia wertykalnego, o której mowa w pkt 24, zawiera cztery główne elementy:

[...]

c) porozumienie lub uzgodniona praktyka między dwoma przedsiębiorstwami lub większą ich liczbą, z których każde działa w ramach porozumienia na różnym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji. Oznacza to na przykład, że jedno przedsiębiorstwo produkuje surowiec, który drugie przedsiębiorstwo używa jako nakład, bądź też pierwsze jest

producentem, drugie hurtownikiem, a trzecie detalistą. Nie wyłącza to możliwości prowadzenia przez przedsiębiorstwa działalności na więcej niż jednym szczeblu łańcucha produkcji lub dystrybucji;

[...]”.

7 Podpunkt 27 tych wytycznych wyjaśnia:

„Artykuł 2 ust. 4 rozporządzenia [nr 330/2010] wyraźnie wyklucza z jego zakresu zastosowania »porozumienia wertykalne zawierane między przedsiębiorstwami konkurującymi«. Porozumienia wertykalne między konkurentami – w odniesieniu do ewentualnych skutków w postaci zmywy – są przedmiotem [wytycznych w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych]. Wertykalne aspekty takich porozumień powinny być jednak oceniane na podstawie niniejszych wytycznych. Artykuł 1 ust. 1 lit. c) [rozporządzenia nr 330/2010] definiuje przedsiębiorstwa konkurujące jako »rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów«. Jeżeli dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność na tym samym rynku właściwym, traktuje się je jako rzeczywistych konkurentów. Dane przedsiębiorstwo traktuje się jako potencjalnego konkurenta innego przedsiębiorstwa, jeżeli w przypadku braku porozumienia istnieje prawdopodobieństwo, że to pierwsze przedsiębiorstwo, w odpowiedzi na niewielki, lecz trwały wzrost cen względnych zdecydowałoby się przeprowadzić w krótkim czasie, zwykle nie dłuższym niż jeden rok, konieczne dodatkowe inwestycje lub ponieść inne niezbędne koszty dostosowawcze, aby wejść na rynek właściwy, na którym działa to drugie przedsiębiorstwo. Ta ocena musi opierać się na realistycznych podstawach; nie wystarczy czysto teoretyczna możliwość wejścia na dany rynek. Dystrybutor dostarczający producentowi specyfikacje w celu wyprodukowania przez niego konkretnych towarów pod marką dystrybutora nie będzie uważany za producenta tego rodzaju towarów sprzedawanych pod własną marką”.

Prawo portugalskie

8 Artykuł 9 ust. 1 Lei n° 19/2012 – 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 (ustawy nr 19/2012 zatwierdzającej nowy system prawny konkurencji, uchylającej ustawy nr 18/2003 z dnia 11 czerwca 2003 r. i nr 39/2006 z dnia 25 sierpnia 2006 r. oraz zmieniającej po raz drugi ustawę nr 2/99 z dnia 13 stycznia 1999 r.) z dnia 8 maja 2012 r. (*Diário da República*, seria I, nr 89/2012 z dnia 8 maja 2012 r., zwanej dalej „NSPK”), stanowi:

„Zakazane są porozumienia między przedsiębiorstwami, praktyki uzgodnione między przedsiębiorstwami i decyzje związków przedsiębiorstw, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, zakłócenie lub znaczące ograniczenie konkurencji na całym rynku krajowym lub jego części [...]”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

9 Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że Modelo Continente i MC retail należą do grupy spółek prowadzących działalność w wielu sektorach działalności, między innymi w sektorze dystrybucji detalicznej, telekomunikacji i audiowizualnym, centrów handlowych, produktów z drewna, turystyki i energii, pod egidą spółek holdingowych i subholdingowych, zorganizowanych według sektora działalności lub obszaru działalności gospodarczej (zwanej dalej „Grupą Sonae”).

- 10 W ramach tej grupy Modelo Continente prowadzi działalność w sektorze dystrybucji produktów spożywczych oraz towarów powszedniej konsumpcji w Portugalii. Prowadzi ona bezpośrednio lub pośrednio – poprzez udziały, szereg sklepów działających pod szyldami Continente, Continente Modelo i Continente Bom Dia. MC retail, której przedmiotem działalności było zarządzanie udziałami, prowadziła w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, działalność w sektorze dystrybucji detalicznej. Posiadała ona 100 % kapitału Modelo Continente Hipermercados.
- 11 EDP Energias i EDP Comercial stanowią część portugalskiego konglomeratu, którego spółką dominującą jest EDP Energias, działająca między innymi w sektorze produkcji i dostaw energii elektrycznej i gazu ziemnego w Portugalii (zwana dalej „Grupą EDP”). Grupa EDP jest największym portugalskim graczem na rynkach produkcji, dystrybucji i dostaw energii elektrycznej, trzecim co do wielkości producentem energii elektrycznej oraz jednym z największych dystrybutorów gazu na Półwyspie Iberyjskim.
- 12 W dniu 5 stycznia 2012 r. EDP Comercial i Modelo Continente zawarły umowę partnerską, w której określono warunki „Programu EDP Continente”. Umowa ta miała na celu przyciągnięcie klientów, pobudzenie sprzedaży i zaoferowanie konsumentom obniżek cen. W chwili zawarcia rzeczony umowy obie te spółki nie konkurowały ze sobą na odrębnych rynkach sprzedaży detalicznej produktów spożywczych i towarów powszedniej konsumpcji oraz dostaw energii elektrycznej i gazu ziemnego w Portugalii.
- 13 Postanowienie 2.1 umowy partnerskiej określało jej przedmiot i zakres, przewidując zasadniczo wspieranie rozwoju działalności EDP Comercial w zakresie dostaw energii elektrycznej oraz Modelo Continente w zakresie dystrybucji detalicznej artykułów spożywczych w różnych hipermarketach i supermarketach, a także w placówkach handlowych prowadzonych przez inne spółki powiązane z Grupą Sonae.
- 14 Z handlowego punktu widzenia „Program EDP Continente” przewidywał obniżki cen energii elektrycznej wyłącznie dla klientów posiadających „kartę Continente”, kartę zniżkową wydawaną przez Modelo Continente w ramach programu lojalnościowego.
- 15 Poza posiadaniem tej karty klienci, którzy chcieli przystąpić do „Programu EDP Continente”, musieli zawrzeć z EDP Comercial umowę o dostawę energii elektrycznej niskiego napięcia w ramach zliberalizowanego systemu w Portugalii. Klienci ci korzystali wówczas z 10 % obniżki za zużycie energii elektrycznej. Obniżka ta polegała na wydawaniu bonów zniżkowych odpowiadających kwocie tej obniżki i zapisanych na karcie Continente zainteresowanych klientów. Mogli oni je następnie wykorzystać przy dokonywaniu zakupów w placówkach, o których mowa w postanowieniu 2.1 umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym.
- 16 Początkowo kwoty obniżek były ponoszone w całości przez EDP Comercial. Modelo Continente miała wystawiać co miesiąc notę obciążeniową na kwotę wydanych i faktycznie aktywowanych bonów w poprzednim miesiącu, która to nota miała być zapłacona na koniec miesiąca, w którym wystawiono każdą fakturę. Jednakże przewidziano, aby w miarę wzrostu ruchu w placówkach Grupy Sonae oraz obrotów wynikających z „Programu EDP Continente” częścią kwoty przyznanych obniżek była obciążana Modelo Continente.
- 17 Pozostałe koszty partnerstwa związane z reklamą, marketingiem, komunikacją i obroną w postępowaniach EDP Comercial i Modelo Continente ponosiły w równych częściach.

18 Postanowienie 12.1 umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym, zatytułowane „Wyłączność”, stanowiło:

„W trakcie obowiązywania niniejszej umowy i w okresie jednego roku po jej zakończeniu Modelo Continente zobowiązuje się do:

- a) nieprowadzenia bezpośrednio lub za pośrednictwem spółki, w której większość udziałów posiada Sonae Investimentos SGPS SA, działalności w zakresie sprzedaży energii elektrycznej i gazu ziemnego w kontynentalnej części Portugalii;
- b) nienegocjowania ani niezawierania z jakimkolwiek dostawcą energii elektrycznej lub gazu ziemnego, który nie pozostaje w stosunku dominacji lub nie pozostaje w grupie z EDP Comercial [...], umów partnerskich, wspólnych przedsięwzięć, porozumień o współpracy, kampanii reklamowych lub innych, których celem lub skutkiem będzie przyznanie zniżek lub innych korzyści finansowych związanych z energią elektryczną lub gazem ziemnym, bez względu na sposób ich stosowania.

[...]”.

19 Na mocy postanowienia 12.2 tej umowy EDP Comercial przyjęła tożsame zobowiązania na rynku sprzedaży detalicznej artykułów spożywczych w kontynentalnej części Portugalii.

20 Rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa partnerska obowiązywała do dnia 31 grudnia 2012 r., aczkolwiek członkostwo konsumentów w „Programie EDP Continente” było możliwe wyłącznie w okresie od 9 stycznia 2012 r. do 4 marca 2012 r.

21 Zawieranie umów o dostawę energii elektrycznej umożliwiono w sieci 180 centrów handlowych prowadzonych przez Modelo Continente, zaopatrywanych wspólnie przez EDP Comercial i Modelo Continente. Do „Programu EDP Continente” przystąpiło 146 775 klientów, z czego 137 144 kontynuowało swoje umowy z EDP Comercial w trakcie i po zakończeniu kampanii.

22 Suma obniżek, z których skorzystali członkowie „Programu EDP Continente”, wyniosła 6 907 354 EUR, a łączna kwota aktywacji bonów osiągnęła blisko 6 024 252 EUR. Częścią tej sumy, to jest kwotą 1 795 912 EUR, została obciążona Modelo Continente.

23 Sąd odsyłający wskazuje, że umowa partnerska rozpatrywana w postępowaniu głównym zbiegła się z kluczowym etapem procesu liberalizacji rynku dostaw energii elektrycznej, gdyż regulowane taryfy dla zwykłego niskiego napięcia przestały obowiązywać z końcem 2012 r. Grupa EDP starała się zatem zdobyć znaczną liczbę klientów na zliberalizowanym rynku krajowym, korzystając z okresu, w którym rynek ten nie doświadczył jeszcze szczytowego okresu przejścia klientów korzystających z niskiego napięcia.

24 W tym względzie z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że proces liberalizacji dostaw energii elektrycznej przebiegał w Portugalii stopniowo, począwszy od 1995 r. Od 1995 r. portugalskie przepisy prawne mające zastosowanie do sprzedaży energii elektrycznej sprzyjają systemowi wolnej konkurencji w tym sektorze, poprzez uproszczenie warunków prawnych dostępu do działalności w zakresie dostawy energii elektrycznej i prowadzenia tej działalności, która podlega jedynie rejestracji, a nie koncesji, co zachęca do wejścia na rynek niezależnych operatorów.

- 25 Sąd odsyłający wyjaśnia, że w 2006 r. Portugalia wprowadziła okres przejściowy, w którym konsumenci mogli dokonać wyboru między rynkiem regulowanym a rynkiem zliberalizowanym wyłącznie na podstawie zachęty i atrakcyjności handlowej ofert, bez żadnych obciążeń lub ograniczeń regulacyjnych.
- 26 Z dniem 1 stycznia 2011 r. zniesiono obowiązujące odbiorców końcowych taryfy regulowane dla dostaw energii elektrycznej bardzo wysokiego, wysokiego i średniego napięcia, a także określonego niskiego napięcia. Z dniem 1 lipca 2012 r. zniesiono obowiązujące taryfy regulowane dla dostaw energii elektrycznej niskiego napięcia (małe przedsiębiorstwa/gospodarstwa domowe) dla odbiorców końcowych, których moc umowna była równa lub większa niż 10,35 kVA, a z dniem 1 stycznia 2013 r. – dla odbiorców o mocy umownej mniejszej niż 10,35 kVA. Po tych datach zawarcie nowych umów było możliwe wyłącznie na zliberalizowanym rynku. Jednakże dla konsumentów, którzy nie zdecydowali się w tym czasie na zawarcie umowy na zliberalizowanym rynku, ustanowiono przejściowe mechanizmy taryfowe. Wobec tych konsumentów zastosowano taryfy ustalone przez Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (urząd regulacji usług energetycznych, Portugalia), przy czym wyższe ceny miały zachęcić do przejścia na zliberalizowany rynek. Ostatni z tych systemów przejściowych wygasł w dniu 31 grudnia 2017 r.
- 27 Zdaniem sądu odsyłającego w tym kontekście Grupa Sonae rozwinęła w latach 2002–2008 działalność na rynku dostaw energii elektrycznej w Portugalii poprzez partnerstwo ze spółką Endesa, historycznym graczem na rynku wytwarzania i dostaw energii elektrycznej w Hiszpanii. Partnerstwo to przyjęło formę wspólnej spółki, utworzonej w dniu 1 maja 2002 r., Sodesa – Comercialização de Energia SA (zwanej dalej „Sodesa”), należąca w 50 % do każdej z uczestniczących spółek, w celu dostarczania energii elektrycznej i świadczenia usług na zliberalizowanym rynku portugalskim.
- 28 W maju 2007 r. Grupa EDP utraciła udziały w zliberalizowanym rynku dostaw energii elektrycznej w Portugalii. Jej konkurentom, takim jak Sodesa i Unión Fenosa, udało się osiągnąć łączne udziały w rynku przekraczające 50 %, jako że klienci zdecydowali się na zmianę dostawcy. Ta utrata udziałów w rynku była jednak ograniczona do segmentu przemysłowego.
- 29 Ponadto od 2004 r. Modelo Continente i Petróleos de Portugal – Petrogal SA, podmiot obecny między innymi na rynku dostaw energii elektrycznej w Portugalii oraz na rynku dostaw paliw, nawiązały partnerstwo, w ramach którego udzielano rabatów wspólnym klientom. Ponadto Grupa Sonae prowadzi od 2009 r. działalność na rynku wytwarzania energii elektrycznej za pośrednictwem paneli fotowoltaicznych zainstalowanych na dachach prowadzonych przez nią placówek.
- 30 Decyzją z dnia 4 maja 2017 r. AdC nałożył na skarżące w postępowaniu głównym grzywny za naruszenie art. 9 NSPK, który zasadniczo powiela art. 101 TFUE.
- 31 Zdaniem AdC naruszenie prawa konkurencji polegało na zawarciu między tymi przedsiębiorstwami umowy partnerskiej mającej na celu podział rynków w formie klauzuli o zakazie konkurencji na rynkach dostaw energii elektrycznej, gazu ziemnego i dystrybucji detalicznej żywności, które to wszystkie trzy rynki znajdują się w Portugalii kontynentalnej. Ponadto umowa ta została wprowadzona w życie w kluczowym momencie procesu liberalizacji krajowego rynku dostaw energii elektrycznej, co wzmocniło antykonkurencyjny charakter tej umowy.

- 32 Ponadto AdC uznał w szczególności, że rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa partnerska nie stanowi ani umowy agencyjnej, ani porozumienia wertykalnego do celów stosowania reguł konkurencji, oraz że nie można wykluczyć, iż postanowienie 12.1 lit. a) i postanowienie 12.2 tej umowy wchodzi w zakres „współpracy horyzontalnej”. Tak więc postanowienie o zakazie konkurencji zawarte w tej umowie powinno być zostać zakwalifikowane jako ograniczenie ze względu na cel i stanowiło naruszenie zakazu ustanowionego w art. 9 NSPK.
- 33 W następstwie skargi wniesionej przez skarżące w postępowaniu głównym Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sąd ds. konkurencji, regulacji i nadzoru, Portugalia) wyrokiem z dnia 30 września 2020 r. utrzymał w mocy decyzję o nałożeniu kary rozpatrywaną w postępowaniu głównym, lecz obniżył o 10 % kwotę nałożonych grzywien. W celu stwierdzenia istnienia ograniczenia konkurencji ze względu na cel sąd ten wziął pod uwagę między innymi działalność Grupy Sonae na rynkach produkcji i dostaw energii elektrycznej przed wprowadzeniem w życie umowy partnerskiej i w trakcie jej obowiązywania.
- 34 Skarżące w postępowaniu głównym oraz AdC odwołały się od tego wyroku do Tribunal da Relação de Lisboa (sądu apelacyjnego w Lizbonie, Portugalia), będącego sądem odsyłającym.
- 35 Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy umowa partnerska rozpatrywana w postępowaniu głównym, a ściślej rzecz ujmując zawarte w niej postanowienie o zakazie konkurencji, mogły mieć negatywny wpływ na konkurencję na rynkach właściwych. W tym względzie podkreśla on, że skarżące w postępowaniu głównym nie znajdowały się w sytuacji rzeczywistej konkurencji na tych rynkach. Ponadto sąd ten stwierdza brak dowodów mogących wykazać istnienie znaczących i wystarczających przygotowań lub inwestycji ze strony Modelo Continente lub spółek należących do Grupy Sonae.
- 36 Sąd odsyłający zastanawia się również nad przesłankami wymaganymi do tego, aby taką umowę można było uznać za ograniczenie konkurencji ze względu na cel, w przeciwieństwie do ograniczenia konkurencji ze względu na skutek, zważywszy na okoliczność, że konsumenci czerpali z niej pewne korzyści.
- 37 Przypomina on, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem Trybunału możliwe jest obalenie domniemania, zgodnie z którym pewne praktyki, które są wystarczająco restrykcyjne ze względu na cel, aby móc poważnie zaszkodzić konkurencji, wywołują skutki antykonkurencyjne, jeżeli porozumienia te służą realizacji zgodnych z prawem i proporcjonalnych celów lub jeżeli zostaną wykazane cele lub skutki prokonkurencyjne. Sąd ten zastanawia się ponadto, czy ustawę partnerską rozpatrywaną w postępowaniu głównym można uznać za umowę agencyjną, a tym samym uznać, że nie podlega ona – na podstawie przepisu krajowego będącego odpowiednikiem art. 101 ust. 3 TFUE – zakazowi przewidzianemu w ust. 1 tego przepisu.
- 38 W tych okolicznościach Tribunal da Relação de Lisboa (sąd apelacyjny w Lizbonie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy art. 101 TFUE, na którym opiera się art. 9 [NSPK], należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na zaklasyfikowanie postanowienia o zakazie konkurencji w brzmieniu wynikającym z postanowień 12.1 i 12.2 [...] umowy partnerskiej [rozpatrywanej w postępowaniu głównym] jako porozumienia ograniczającego konkurencję ze względu na cel, zawartej pomiędzy dostawcą energii elektrycznej a sprzedawcą detalicznym w sektorze żywnościowym, który prowadzi hipermarkety i supermarkety, i przewidującej przyznawanie

obniżek klientom, którzy jednocześnie przystąpią do określonego programu taryfowego energii elektrycznej dostawcy energii elektrycznej, dostępnego w kontynentalnej części Portugalii, i będą posiadaczami karty stałego klienta detalicznego sprzedawcy w sektorze żywnościowym, które to obniżki mogą być stosowane jedynie do zakupów towarów w placówkach tego sprzedawcy detalicznego lub w placówkach spółek powiązanych z tym sprzedawcą, jeżeli w umowie tej znajdują się również i inne postanowienia, które stanowią, że jej celem jest wspieranie rozwoju działalności spółek będących stronami umowy [...] i wykazano korzyści dla konsumentów [...], bez dokonywania analizy konkretnych szkodliwych dla konkurencji skutków, jakie wynikają ze wspomnianych postanowień 12.1 i 12.2?

- 2) Czy art. 101 ust. 1 TFUE może być interpretowany w ten sposób, że porozumienie o nieprowadzeniu określonych rodzajów działalności odpowiadające zarzucanemu podziałowi rynków pomiędzy dwoma spółkami może zostać uznane za ograniczające konkurencję z uwagi na cel, jeżeli zostało ono zawarte pomiędzy spółkami, które nie są rzeczywistymi ani potencjalnymi konkurentami na żadnym z rynków objętych wspomnianym zobowiązaniem, nawet jeżeli wspomniane rynki można uznać za zliberalizowane oraz bez żadnych niemożliwych do pokonania utrudnień w wejściu na nie?
- 3) Czy art. 101 ust. 1 TFUE powinien być interpretowany w ten sposób, że należy uznać za potencjalnych konkurentów dostawcę energii elektrycznej i sprzedawcę detalicznego w sektorze żywnościowym, prowadzącego hipermarkety i supermarkety, którzy zawarli między sobą umowę partnerską w celu wzajemnego promowania działalności i wzrostu sprzedaży drugiej strony umowy (a w przypadku detalicznego sprzedawcy w sektorze żywnościowym, spółek posiadanych w większości przez spółkę dominującą), jeżeli detaliczny sprzedawca w sektorze żywnościowym i ostatnie z wymienionych powiązanych z nim spółek nie prowadzili w chwili zawarcia umowy działalności w zakresie dostawy energii elektrycznej na odnośnym rynku lub na jakimkolwiek innym rynku, i jeżeli nie wykazano w postępowaniu, że mieli oni zamiar prowadzenia na nim takiej działalności lub że podjęli jakiegokolwiek kroki przygotowawcze w celu przygotowania prowadzenia takiej działalności?
- 4) Czy odpowiedź na wcześniejsze pytanie pozostaje bez zmian, jeżeli inna spółka posiadana w większości przez spółkę dominującą detalicznego sprzedawcy w sektorze żywności, który jest stroną umowy (przy czym żaden z owych dwóch podmiotów nie został oskarżony lub ukarany przez [AdC] i nie był stroną postępowania przed tutejszym sądem), która nie była objęta podmiotowym zakresem zakazu konkurencji, posiadała udział w wysokości 50 % w trzecim podmiocie, który prowadził działalność w zakresie sprzedaży energii elektrycznej w Portugalii, która to działalność zakończyła się trzy i pół roku przed zawarciem umowy w wyniku rozwiązania tego podmiotu?
- 5) Czy odpowiedź na wcześniejsze pytanie pozostaje bez zmian, jeżeli spółka będąca sprzedawcą detalicznym i stroną umowy produkuje energię elektryczną za pomocą instalacji mini- i mikrogenerujących umieszczonych na dachach jej placówek, z której całość jest dostarczana po regulowanych cenach dostawcy z urzędu?
- 6) Czy odpowiedź na pytanie czwarte pozostaje bez zmian, jeżeli będąca stroną umowy spółka sprzedaży detalicznej zawarła osiem lat przed datą tej umowy inną umowę (obowiązującą w chwili zawarcia umowy partnerskiej) o współpracy handlowej z trzecim podmiotem, będącym sprzedawcą paliw płynnych, mającą na celu udzielanie krzyżowych obniżek związanych z zakupem tych produktów i produktów sprzedawanych w hipermarketach

i supermarketach tej spółki, jeżeli spółka będąca drugą stroną umowy, poza dostawą paliw płynnych dostarczała również energię elektryczną w kontynentalnej części Portugalii, przy czym nie wykazano, że w chwili zawarcia umowy partnerskiej strony miały zamiar rozciągnąć rzeczoną umowę na dostawę energii elektrycznej?

- 7) Czy odpowiedź na pytanie czwarte pozostaje bez zmian, jeżeli inna spółka posiadana w większości przez spółkę dominującą sprzedawcy detalicznego w sektorze żywnościowym będącego stroną umowy partnerskiej (przy czym podobnie, żaden z tych dwóch podmiotów nie został oskarżony ani ukarany przez [AdC], ani też nie był stroną postępowania przed tutejszym sądem), która nie była objęta podmiotowym zakresem stosowania zakazu konkurencji, wytwarzała energię elektryczną w elektrociepłowni, z której to energii całość była dostarczana po cenach regulowanych dostawcy z urzędu?
- 8) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na wcześniejsze pytania, czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że za ograniczające konkurencję ze względu na cel należy uznać porozumienie, które zakazuje wspomnianemu sprzedawcy detalicznemu w sektorze żywności w okresie obowiązywania umowy partnerskiej i bezpośrednio w rok po jej rozwiązaniu prowadzenia działalności w zakresie dostawy energii elektrycznej przez niego samego lub przez spółkę posiadaną w większości przez jedną z jego spółek dominujących, której dotyczy postępowanie, na terytorium objętym tą umową?
- 9) Czy pojęcie »potencjalnego konkurenta« w rozumieniu art. 101 TFUE [i] art. 1 ust. 1 lit. c) [rozporządzenia nr 330/2010] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono spółkę związaną postanowieniem o zakazie konkurencji, która istnieje na rynku produktu całkowicie innego niż produkt drugiej strony umowy, jeżeli w aktach, jakimi dysponuje sąd krajowy, brak jest jakichkolwiek konkretnych wskazówek (takich jak projekty, inwestycje lub inne kroki przygotowawcze) świadczących o tym, że przed tym postanowieniem lub w jego braku spółka ta byłaby w stanie w krótkim okresie czasu wejść na rynek drugiej strony, ani nie wykazano, że wspomniana spółka mogłaby przed tym postanowieniem lub w jego braku być postrzegana przez drugą stronę umowy jako potencjalny konkurent na odnośnym rynku?
- 10) Czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że sama tylko okoliczność, że umowa partnerska [rozpatrywana w postępowaniu głównym] pomiędzy spółką działającą w zakresie dostawy energii elektrycznej a spółką działającą w zakresie sprzedaży detalicznej artykułów żywnościowych i nieżywnościowych konsumowanych w gospodarstwie domowym w celu krzyżowej promocji ich odpowiedniej działalności (w ramach której, między innymi, pierwsza spółka przyznaje obniżki swoim klientom od ich konsumpcji energii elektrycznej, które druga spółka odlicza od ceny zakupów tych klientów w placówkach sprzedaży detalicznej), zawiera postanowienie, przez które obydwie strony zobowiązują się do niekonkurowania ze sobą i do niezawierania podobnych umów z konkurentami drugiej strony, oznacza, że celem tego postanowienia jest ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, pomimo że:
 - czasowy zakres rozpatrywanego postanowienia (jednoroczny okres obowiązywania umowy, powiększony o jeden rok) zbiega się z okresem określonym w tej umowie, w trakcie którego strony nie mogą posługiwać się nabytymi w ramach wykonywania umowy partnerskiej tajemnicą handlową lub know-how w projektach z osobami trzecimi;
 - zakres geograficzny postanowienia ogranicza się do zakresu geograficznego umowy;

- zakres podmiotowy postanowienia jest ograniczony do stron umowy i spółek, w których posiadają one udział większościowy, oraz do pozostałych spółek tej samej grupy, które również posiadają lub prowadzą placówki sprzedaży detalicznej objęte umową;
- podmiotowy zakres postanowienia wyłącza dużą większość spółek należących do tej samej grupy gospodarczej co strony, które tym samym nie były związane postanowieniem i mogły konkurować z drugą stroną w trakcie i po wygaśnięciu umowy;
- spółki objęte postanowieniem o zakazie konkurencji działają na rynkach produktów całkowicie odmiennych i nie wykazano, że w chwili zawarcia umowy przygotowywały one jakiegokolwiek projekty lub plany, lub dokonały inwestycji lub podjęły jakiegokolwiek kroki przygotowawcze w celu wejścia na rynek produktu drugiej strony?

11) Czy pojęcie »porozumienia wertykalnego« w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE [i] art. 1 ust. 1 lit. a) [rozporządzenia nr 330/2010] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono umowę o cechach opisanych we wcześniejszych pytaniach, w ramach której strony działają na rynkach produktów całkowicie odmiennych i nie wykazano, że przed umową lub w jej braku miałyby one jakiegokolwiek projekty, inwestycje lub plany wejścia na rynek produktu drugiej strony, lecz w ramach której strony do celów umowy udostępniały drugiej stronie odpowiednie sieci handlowe, sprzedawców i know-how w celu promocji, zdobycia i zwiększenia klienteli i działalności drugiej strony?”.

W przedmiocie właściwości Trybunału i dopuszczalności pytań prejudycjalnych

- 39) Co się tyczy, po pierwsze, właściwości Trybunału, należy zauważyć, że skarżące w postępowaniu głównym zostały obciążone grzywnami na podstawie prawa portugalskiego, a mianowicie na podstawie NSPK, a nie na podstawie przepisu prawa Unii. Sąd odsyłający zauważa jednak, że właściwe przepisy krajowe stanowią w istocie powtórzenie art. 101 TFUE i są interpretowane w taki sam sposób jak ten przepis prawa Unii w świetle orzecznictwa Trybunału.
- 40) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach postępowania przewidzianego w art. 267 TFUE Trybunał nie jest właściwy do dokonywania wykładni prawa krajowego, ponieważ zadanie to należy wyłącznie do sądu odsyłającego [zob. podobnie wyroki: z dnia 1 grudnia 1965 r., Dekker, 33/65, EU:C:1965:118, s. 1116; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 25].
- 41) Trybunał jest jednak właściwy do orzekania w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego przepisów prawa Unii w sytuacjach, w których – nawet jeżeli stan faktyczny sprawy w postępowaniu głównym nie mieścił się bezpośrednio w zakresie stosowania prawa Unii – przepisy tego prawa znalazły zastosowanie do sprawy za pośrednictwem prawa krajowego ze względu na zawarte w prawie krajowym odesłanie do ich treści [zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 1990 r., Dzodzi, C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 41, 42; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 26].
- 42) Jeśli bowiem ustawodawstwo krajowe dostosowuje się w zakresie rozwiązań sytuacji czysto wewnętrznych do rozwiązań przyjętych w prawie Unii, na przykład w celu uniknięcia ewentualnego zakłócenia konkurencji czy też zapewnienia jednolitej procedury dla porównywalnych sytuacji, istnieje niewątpliwy interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były

- interpretowane w sposób jednolity, bez względu na warunki, w jakich mają być stosowane [zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 1990 r., Dzodzi, C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 37; a także z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 27].
- 43 W niniejszej sprawie, jak wynika z informacji przekazanych przez sąd odsyłający, art. 9 NSPK powtarza zasadniczo treść art. 101 TFUE i jest stosowany przez właściwe organy krajowe oraz przez sądy krajowe w sposób zgodny z tym ostatnim postanowieniem.
- 44 Wynika stąd, że Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania prejudycjalne.
- 45 Po drugie, co się tyczy dopuszczalności pytań prejudycjalnych należy przypomnieć, że odesłanie prejudycjalne, będące instrumentem współpracy między Trybunałem a sądami krajowymi, opiera się na dialogu pomiędzy sądami. O ile do sądu odsyłającego należy ocena, czy aby rozstrzygnąć zawisły przed nim spór, zachodzi potrzeba dokonania wykładni normy prawa Unii, zgodnie z przewidzianym w art. 267 TFUE mechanizmem proceduralnym, o tyle również do rzeczonoego sądu należy zadecydowanie, w jaki sposób jego pytania powinny zostać sformułowane. O ile sąd ten może wezwać strony toczącego się przed nim sporu do przedstawienia ich sugestii co do tego, jak pytania prejudycjalne mogą zostać ostatecznie sformułowane, o tyle to jednak na nim jedynym spoczywa obowiązek podjęcia ostatecznej decyzji w kwestii zarówno formy, jak i treści pytań (wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, pkt 21 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 46 Pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy na gruncie stanu prawnego i faktycznego, za którego ustalenie jest on odpowiedzialny, a prawidłowość tych ustaleń nie podlega ocenie Trybunału, korzystają z domniemania, iż mają one znaczenie dla sprawy. Odmowa rozpatrzenia przez Trybunał wniosku sądu krajowego jest możliwa tylko wtedy, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, gdy problem jest natury hipotetycznej bądź gdy Trybunał nie dysponuje elementami stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytania, które zostały mu przedstawione (wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 47 W tym ostatnim względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, odzwierciedlonym obecnie w art. 94 lit. a) i b) regulaminu postępowania przed Trybunałem, konieczność dokonania użytecznej dla sądu krajowego wykładni prawa Unii wymaga, by sąd ten określił faktyczne i prawne ramy, w jakich mieszczą się stawiane przez niego pytania, lub by przynajmniej wyjaśnił założenia faktyczne, na których owe pytania są oparte. Wymogi te odnoszą się w szczególności do dziedziny konkurencji, w której występują złożone stany faktyczne i prawne (wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 48 Ponadto jest niezbędne – jak stanowi art. 94 lit. c) regulaminu postępowania – by wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zawierał omówienie powodów, dla których sąd odsyłający rozpatruje kwestię wykładni lub ważności określonych przepisów prawa Unii, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, które znajdują zastosowanie w postępowaniu głównym.

- 49 W niniejszym przypadku, w duchu współpracy nieodłącznie towarzyszącym dialogowi pomiędzy sądami i w celu umożliwienia Trybunałowi wydania najbardziej użytecznego orzeczenia, pożądanym byłoby, aby sąd odsyłający przedstawił w sposób bardziej zwięzły i jasny swoje własne rozumienie zawisłego przed nim sporu oraz kwestii prawnych leżących u podstaw wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zamiast powtarzać w sposób nadmiernie długi liczne fragmenty akt sprawy, które zostały mu przedłożone.
- 50 Podobnie, jak podnoszą w istocie Komisja i rząd portugalski, o ile sąd odsyłający przedstawił powody, które skłoniły go do zwrócenia się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, o tyle w interesie sprawnej współpracy leżałoby, aby przeformułował on również pytania, które zostały mu zasugerowane przez strony w postępowaniu głównym, aby uniknąć niepotrzebnego pokrywania się tych pytań, oraz aby wyjaśnił założenia prawne i faktyczne, na których pytania te są oparte.
- 51 Ponadto należy zauważyć, że w postanowieniu odsyłającym pośród istotnych okoliczności faktycznych dokonano rozróżnienia pomiędzy tymi, które uznaje się za ustalone, a tymi, które takie nie są. Tymczasem pytanie drugie opiera się na założeniach faktycznych, które zostały uznane za nieustalone, ponieważ opiera się ono na założeniu braku potencjalnej konkurencji, podczas gdy jedna z głównych kwestii prawnych uzasadniających odesłanie prejudycjalne dotyczy tego pojęcia.
- 52 Podobnie pytanie dziewiąte zakłada, że nie ma dowodów na to, iż przedsiębiorstwo obecne na rynku dostaw energii elektrycznej postrzegało swojego kontrahenta, prowadzącego sprzedaż detaliczną produktów spożywczych, jako potencjalnego konkurenta. Założenie to nie wynika jednak z ustalonych okoliczności faktycznych przedstawionych przez sąd odsyłający. Przeciwnie, jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, orzekający w pierwszej instancji Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (sąd ds. konkurencji, regulacji i nadzoru) uwzględnił okoliczność, że skarżące w postępowaniu głównym uważały się wspólnie i wzajemnie za potencjalnych konkurentów.
- 53 Wreszcie założenie faktyczne zawarte w pytaniu dziesiątym, zgodnie z którym zakres postanowienia o zakazie konkurencji zbiega się z okresem, w którym strony umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym nie mogły posługiwać się nabytymi w ramach wykonywania tej umowy tajemnicą handlową lub know-how, nie wynika z ustalonych okoliczności faktycznych, lecz, przeciwnie, z okoliczności faktycznych, które nie zostały udowodnione.
- 54 W świetle powyższego należy uznać pytanie drugie za niedopuszczalne. Jeśli chodzi o pytania dziewiąte i dziesiąte, należy je uznać za niedopuszczalne w zakresie, w jakim opierają się one na założeniach przedstawionych w poprzednich punktach.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- 55 Na wstępie należy zauważyć, że pytania prejudycjalne pokrywają się częściowo w zakresie, w jakim dotyczą wykładni ograniczonej liczby pojęć prawa Unii, przy jednoczesnym zróżnicowaniu założeń faktycznych.

- 56 W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. Mając to na uwadze, Trybunał powinien w razie potrzeby reformułować przedłożone mu pytania. W tym względzie do Trybunału należy wyprowadzenie z ogółu informacji przedstawionych przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, elementów prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 listopada 1978 r., Redmond, 83/78, EU:C:1978:214, pkt 26; a także z dnia 20 kwietnia 2023 r., Blue Air Aviation, C-775/21 i C-826/21, EU:C:2023:307, pkt 58).
- 57 W niniejszej sprawie, zgodnie z sugestią rzecznika generalnego zawartą w pkt 33 i 34 opinii, należy reformułować zadane pytania i pogrupować je według wspólnej problematyki wymagającej wyjaśnień, do czego dąży sąd odsyłający.
- 58 W tym względzie pytania od trzeciego do siódmego i dziewiąte dotyczą kryteriów istotnych dla ustalenia, czy dwa przedsiębiorstwa obecne na odrębnych rynkach produktowych znajdują się w stosunku potencjalnej konkurencji. Pytanie jedenaste dotyczy pojęć „umowy agencyjnej” i „porozumienia wertykalnego”. Pytanie dziesiąte dotyczy warunków, w jakich ograniczenie konkurencji może być uznane za akcesoryjne w stosunku do umowy, której cel nie jest antykonkurencyjny. Pytania pierwsze i ósme również można rozpatrzeć łącznie, ponieważ dotyczą one rozróżnienia między pojęciami „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” i „ograniczenia konkurencji ze względu na skutek”.

W przedmiocie pytań od trzeciego do siódmego i dziewiątego, dotyczących pojęcia „potencjalnej konkurencji”

- 59 Poprzez pytania od trzeciego do siódmego i dziewiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy i pod jakimi warunkami art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo zarządzające siecią sprzedawców detalicznych produktów masowego użytku może zostać uznane za będące na rynku energii elektrycznej potencjalnym konkurentem dostawcy energii elektrycznej, z którym zawarło ono umowę partnerską zawierającą postanowienie o zakazie konkurencji, nawet jeśli przedsiębiorstwo to nie prowadzi żadnej działalności na tym rynku produktowym.
- 60 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w celu dokonania oceny, czy nieobecne na rynku przedsiębiorstwo pozostaje w stosunku potencjalnej konkurencji z jednym lub z kilkoma innymi przedsiębiorstwami obecnymi już na rynku, należy ustalić, czy istnieją rzeczywiste i konkretne możliwości, by dane przedsiębiorstwo mogło wejść na ów rynek oraz konkurować z tymi innymi przedsiębiorstwami [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 61 Tak więc, jeśli chodzi o porozumienie, którego skutkiem jest czasowe utrzymanie przedsiębiorstwa poza rynkiem, należy ustalić, czy w braku takiego porozumienia istniałyby rzeczywiste i konkretne możliwości, by to przedsiębiorstwo weszło na rzeczony rynek oraz konkurowało z przedsiębiorstwami na nim obecnymi [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 37].

- 62 Kryterium to wyklucza twierdzenie, że stosunek potencjalnej konkurencji może wynikać z samej czysto hipotetycznej możliwości takiego wejścia na rynek lub jedynie z woli przedsiębiorstwa, które nie jest obecne na danym rynku. Nie wymaga ono natomiast, by udowodniono ponad wszelką wątpliwość, że przedsiębiorstwo to faktycznie wejdzie na dany rynek, ani tym bardziej że następnie będzie ono w stanie utrzymać się na nim [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 38].
- 63 Tak więc wykazanie istnienia stosunku potencjalnej konkurencji musi być poparte całokształtem zgodnych okoliczności faktycznych, uwzględniających strukturę rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny regulujący jego funkcjonowanie, świadczących o tym, że w braku porozumienia zainteresowane przedsiębiorstwo miałyby rzeczywiste i konkretne możliwości wejścia na dany rynek [zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 39].
- 64 W wyroku z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in. (C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 58), Trybunał uwzględnił zatem specyfikę rynku produktów leczniczych, a także kontekst gospodarczy i prawny właściwy dla tego rynku, aby orzec zasadniczo, że wytwórcę generycznych produktów leczniczych należy uznać za potencjalnego konkurenta wytwórcy oryginalnych produktów leczniczych, uprawnionego z patentów farmaceutycznych na dany produkt leczniczy, jeżeli rzeczywiście posiada on silną determinację oraz własną zdolność do wejścia na dany rynek.
- 65 Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 55 opinii i wbrew temu, co twierdzą skarżące w postępowaniu głównym, nie można uznać, że wykładnia pojęcia „potencjalnej konkurencji” dokonana przez Trybunał w wyroku wspomnianym w poprzednim punkcie ma generalny charakter. Taki bowiem standard dowodowy wymagany w celu wykazania, że dane przedsiębiorstwo miałyby, w braku porozumienia, rzeczywiste i konkretne możliwości wejścia na dany rynek, opiera się na analizie właściwej dla rynków produktów leczniczych rozpatrywanych w sprawie, w której zapadł wspomniany wyrok.
- 66 W niniejszej sprawie z postanowienia odsyłającego wynika, że umowa partnerska rozpatrywana w postępowaniu głównym zbiegła się z kluczowym etapem procesu liberalizacji rynku dostaw energii elektrycznej, gdyż regulowane taryfy dla zwykłego niskiego napięcia przestały obowiązywać z końcem 2012 r. Uzyskanie zezwolenia na rozwój działalności na tym rynku nie było już zatem konieczne. Grupa EDP starała się zatem zdobyć znaczną liczbę klientów na zliberalizowanym rynku krajowym, korzystając z okresu, w którym rynek ten nie doświadczył jeszcze szczytowego okresu przejścia klientów korzystających z niskiego napięcia. Z takiego opisu wynika zatem, że – z zastrzeżeniem weryfikacji, które należą do wyłącznej właściwości sądu odsyłającego – kontekstu gospodarczego i prawnego szczególnego dla tego rynku nie można porównywać z rynkiem produktów leczniczych, który jest w wysokim stopniu uregulowany i posiada bariery wejścia, takie jak patenty chroniące te produkty lecznicze.
- 67 W tym kontekście sąd odsyłający zwraca się zasadniczo do Trybunału z pytaniem o znaczenie szeregu poszlak, które mogą być brane pod uwagę w celu wykazania istnienia stosunku potencjalnej konkurencji. W szczególności sąd ten zwraca się do Trybunału z pytaniem, czy należy wziąć pod uwagę zamiar lub sposób postrzegania przez strony tej umowy partnerskiej działalności podmiotów należących do grupy, w której skład wchodzi przedsiębiorstwo, które nie jest obecne na danym rynku, czy też działalność wspomnianego przedsiębiorstwa na tym rynku i na rynkach wyższego szczebla lub rynkach powiązanych przed podpisaniem umowy rozpatrywanej w postępowaniu głównym, a także kroki przygotowawcze tego przedsiębiorstwa, aby wejść na ten rynek.

- 68 O ile to do sądu odsyłającego należy ocena znaczenia informacji, którymi dysponuje w niniejszej sprawie, o tyle Trybunał może udzielić mu pewnych użytecznych wskazówek w tym względzie.
- 69 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o znaczenie dowodów subiektywnych, Trybunał orzekł już, zgodnie z tym, co zostało przypomniane w pkt 63 niniejszego wyroku, że wykazanie istnienia stosunku potencjalnej konkurencji musi być poparte całokształtem zgodnych okoliczności faktycznych, uwzględniających strukturę rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny regulujący jego funkcjonowanie. Dlatego też poszlaka o charakterze subiektywnym, taka jak zwykła wola przedsiębiorstwa, które nie jest obecne na danym rynku, aby wejść na ten rynek, czy też sposób postrzegania tego przedsiębiorstwa przez przedsiębiorstwo już działające na tym rynku, nie może stanowić samodzielnej, decydującej lub niezbędnej wskazówki do wykazania istnienia stosunku potencjalnej konkurencji.
- 70 Niemniej jednak, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 66 opinii, nic nie stoi na przeszkodzie, aby taki element subiektywny został uwzględniony w celu poparcia obiektywnych, zgodnych poszlak, wzmacniając tym samym wykazanie istnienia rzeczywistych i konkretnych możliwości wejścia na dany rynek.
- 71 Jeśli chodzi w szczególności o postrzeganie przez przedsiębiorstwo już obecne na rynku przedsiębiorstwa, z którym zawarło ono umowę przewidującą utrzymanie tego przedsiębiorstwa poza tym rynkiem, należy zauważyć, jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 73 opinii, że zawarcie takiej umowy stanowi poważną poszlakę wskazującą na istnienie stosunku potencjalnej konkurencji. Gdyby bowiem strony porozumienia o zakazie konkurencji nie postrzegały się wzajemnie jako potencjalnych konkurentów, to zasadniczo nie miałyby żadnego powodu do zawarcia takiego porozumienia. Taka wskazówka może zatem stanowić przydatne wsparcie obiektywnych dowodów mających na celu wykazanie rzeczywistych i konkretnych możliwości wejścia na ten rynek przez przedsiębiorstwo, które nie jest na nim obecne.
- 72 Co się tyczy, w drugiej kolejności, działalności podmiotów należących do grupy, w skład której wchodzi to przedsiębiorstwo, jak również działalności tego przedsiębiorstwa na danym rynku, a także na rynkach wyższego szczebla i rynkach powiązanych przed podpisaniem rozpatrywanej umowy, należy uznać, że takie elementy można również wziąć pod uwagę w celu ustalenia istnienia stosunku potencjalnej konkurencji. Prawdą jest, że istnienie rzeczywistych i konkretnych możliwości wejścia na dany rynek należy oceniać w dniu zawarcia danej umowy, w związku z czym należy logicznie wykluczyć wskazówki dotyczące okoliczności zaistniałych po zawarciu tej umowy. Nie dotyczy to jednak wcześniejszej działalności gospodarczej prowadzonej na danym rynku lub na rynkach wyższego szczebla lub rynkach powiązanych przez podmioty należące do grupy przedsiębiorstwa, które nie jest obecne na tym rynku lub tego przedsiębiorstwa na tych rynkach. Taka działalność może bowiem w szczególności okazać się istotna dla określenia ewentualnych barier wejścia na rynek lub struktury rynku lub też stanowić wskazówki co do możliwej opłacalnej strategii gospodarczej wejścia na dany rynek.
- 73 W niniejszej sprawie sąd odsyłający podnosi, że Sodesa, kontrolowana wspólnie przez Grupę Sonae i spółkę Endesa, historycznego gracza na rynku wytwarzania i dostaw energii elektrycznej w Hiszpanii, prowadziła w Portugalii działalność na rynku dostaw energii elektrycznej w latach 2002–2008. Podobnie Grupa Sonae nabyła, za pośrednictwem jednego ze swych podmiotów, przedsiębiorstwo, które było właścicielem i operatorem elektrociepłowni. Ponadto w chwili zawarcia umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym Modelo Continente wytwarzała energię elektryczną za pomocą instalacji mini- i mikrogenerujących umieszczonych na dachach jej placówek i odsprzedawała tę energię dostawcy z urzędu. Wreszcie,

jeśli chodzi o rynki powiązane, sąd ten wskazuje również na fakt, że Modelo Continente zawarła z dostawcą paliw płynnych umowę dotyczącą krzyżowych obniżek, podobną do umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

- 74 W tym względzie, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 78 opinii, należy stwierdzić, że niezależnie od kwestii, czy Grupę Sonae można było uznać za jedno i to samo przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa konkurencji, można uwzględnić działalność gospodarczą różnych podmiotów należących do grupy na odnośnym rynku przed podpisaniem umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym, ponieważ stanowi ona okoliczność faktyczną mającą znaczenie dla stwierdzenia istnienia stosunku potencjalnej konkurencji. Poza możliwym stworzeniem lub przekazaniem know-how przydatnego dla wejścia na dany rynek, takie elementy mogą w szczególności mieć znaczenie dla oceny, czy dane przedsiębiorstwo mogło dysponować racjonalną strategią gospodarczą wejścia na ten rynek. Mogłoby tak być w szczególności w przypadku, gdyby przedsiębiorstwo to wykazało już zdolność do wykorzystania swojej silnej obecności na danym rynku geograficznym, aby zaangażować się w nowe sektory działalności poprzez partnerstwo z przedsiębiorstwami już działającymi na właściwych rynkach produktowych. Podobnie można wziąć pod uwagę działalność rozpatrywanego przedsiębiorstwa na rynkach powiązanych z danym rynkiem, jeżeli pozwala ona na wykazanie rzeczywistych i konkretnych możliwości wejścia tego przedsiębiorstwa na ten rynek.
- 75 W trzeciej kolejności, jeśli chodzi o znaczenie kroków przygotowawczych podjętych przez zainteresowane przedsiębiorstwo w celu wejścia na dany rynek, nie mogą one stanowić, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 69 opinii, samodzielnego wymogu do celów wykazania istnienia stosunku potencjalnej konkurencji. Tego rodzaju kroki są bowiem istotne jedynie w zakresie, w jakim mogą być przydatne do wykazania, że dane przedsiębiorstwo miało rzeczywiste i konkretne możliwości wejścia na dany rynek. Nie można zatem uznać, że konieczne jest wykazanie, iż dane przedsiębiorstwo podjęło kroki przygotowawcze, aby można je było uznać za potencjalnego konkurenta na danym rynku.
- 76 W każdym wypadku, ewentualne znaczenie takich działań w celu wejścia na dany rynek zależy w szczególności od struktury tego rynku, a także od kontekstu gospodarczego i prawnego regulującego jego funkcjonowanie. I tak Trybunał orzekł zasadniczo, że takie działania mogą okazać się istotne, jeżeli na rynku tym występują liczne bariery wejścia, podobnie jak na rynku produktów leczniczych [zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 43].
- 77 Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, odpowiedź na pytania od trzeciego do siódmego i dziewiąte brzmi następująco: art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo zarządzające siecią sprzedawców detalicznych produktów masowego użytku należy uznać za będące na rynku energii elektrycznej potencjalnym konkurentem dostawcy energii elektrycznej, z którym zawarło ono umowę partnerską zawierającą postanowienie o zakazie konkurencji, nawet jeśli w chwili zawarcia tej umowy przedsiębiorstwo to nie prowadziło na tym rynku żadnej działalności, o ile zostanie wykazane na podstawie całokształtu spójnych okoliczności faktycznych uwzględniających strukturę rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny regulujący jego funkcjonowanie, że istnieją rzeczywiste i konkretne możliwości, by przedsiębiorstwo to weszło na ten rynek i konkurowało z tym dostawcą.

W przedmiocie pytania jedenastego, dotyczącego rozróżnienia między porozumieniem wertykalnym a porozumieniem horyzontalnym

- 78 Poprzez pytanie jedenaste sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 101 ust. 3 TFUE w związku z art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 330/2010 należy interpretować w ten sposób, że do kategorii „porozumień wertykalnych” i „umów agencyjnych” należy umowa partnerska dotycząca handlu zawarta między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych, które to rynki nie są względem siebie rynkami wyższego lub niższego szczebla, jeżeli umowa ta polega na wspieraniu rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek, przy czym każde z tych przedsiębiorstw ponosi część kosztów związanych z realizacją tego partnerstwa.
- 79 Na wstępie, po pierwsze, należy zauważyć, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 98 opinii, że do sądu odsyłającego będzie należało dokonanie oceny antykonkurencyjnego charakteru postanowienia o zakazie konkurencji, niezależnie od charakteru umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym, w szczególności w świetle jego akcesoryjnego charakteru względem tej umowy. Na to pytanie należy zatem odpowiedzieć wyłącznie w świetle tej ostatniej hipotezy.
- 80 Po drugie, art. 101 ust. 3 TFUE przewiduje wyłączenie stosowania art. 101 ust. 1 TFUE w odniesieniu do porozumień, które przynoszą wystarczająco dużo korzyści, aby zrekompensować skutki antykonkurencyjne. Do celów stosowania tego pierwszego postanowienia rozporządzenie nr 330/2010 określa, w odniesieniu do niektórych kategorii porozumień, warunki, na jakich można wprowadzić w życie przewidziane w tym postanowieniu wyłączenie. Do sądu odsyłającego będzie zatem należało nie tylko zbadać, czy rozpatrywana w postępowaniu głównym umowa partnerska należy do jednej z kategorii tak określonych porozumień, lecz również, w stosownym wypadku, czy wszystkie warunki przewidziane w tym rozporządzeniu zostały rzeczywiście spełnione, aby umowa partnerska rozpatrywana w postępowaniu głównym mogła zostać objęta wyjątkiem przewidzianym w tym przepisie.
- 81 Uściśliwszy powyższe, należy zauważyć, że art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 330/2010 definiuje „porozumienie wertykalne” jako porozumienie lub praktykę uzgodnioną zawierane między co najmniej dwoma przedsiębiorstwami, działającymi – w ramach takiego porozumienia lub praktyki uzgodnionej – na różnych szczeblach obrotu w zakresie produkcji lub sprzedaży, które dotyczą warunków zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży niektórych towarów lub usług przez ich strony.
- 82 Otóż wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych zaliczają umowy agencyjne do porozumień wertykalnych, które co do zasady nie są objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1 TFUE, i definiują je jako umowy, na podstawie których agentowi udziela się pełnomocnictwa do negocjowania lub zawierania umów na rzecz innej osoby – dającego zlecenie – w szczególności w celu sprzedaży towarów lub usług dostarczonych przez dającego zlecenie. W pkt 13 tych wytycznych wyjaśniono, że czynnikiem decydującym przy definiowaniu umowy agencyjnej do celów stosowania art. 101 ust. 1 TFUE jest ryzyko handlowe lub finansowe ponoszone przez agenta w związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie. Innymi słowy, do celów stosowania tego postanowienia porozumienie uważa się za umowę agencyjną, jeżeli przedstawiciel handlowy nie ponosi żadnego ryzyka lub ponosi tylko nieznaczną część ryzyka w ramach umów, które negocjuje lub zawiera w imieniu dającego zlecenie.

- 83 W niniejszej sprawie skarżące w postępowaniu głównym utrzymują, że umowę partnerską rozpatrywaną w postępowaniu głównym należy analizować jako dwie wzajemne umowy agencyjne, gdyż każdy z kontrahentów jest odpowiedzialny za promowanie sprzedaży drugiego kontrahenta. Z postanowienia odsyłającego wynika jednak, że koszty realizacji „Programu EDP Continente” zostały poniesione w równych częściach przez strony tej umowy partnerskiej.
- 84 W tym względzie z pkt 81 i 82 niniejszego wyroku wynika, że nie można uznać za umowę agencyjną umowy, która dzieli między kontrahentów ryzyko związane z przewidzianymi w niej transakcjami. Podobnie nie można przyjąć takiej kwalifikacji w sytuacji, gdy strony umowy nie działają, dla celów danego porozumienia lub danej uzgodnionej praktyki, w ramach tego samego łańcucha produkcji lub dystrybucji.
- 85 Niemniej jednak wyłącznie do sądu odsyłającego należy kwalifikacja rozpatrywanej w postępowaniu głównym umowy partnerskiej z uwzględnieniem wszystkich powyższych wyjaśnień.
- 86 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie jedenaste brzmi następująco: art. 101 ust. 3 TFUE w związku z art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 330/2010 należy interpretować w ten sposób, że do kategorii „porozumień wertykalnych” i „umów agencyjnych” nie należy umowa partnerska dotycząca handlu zawarta między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych, które to rynki nie są względem siebie rynkami wyższego lub niższego szczebla, jeżeli umowa ta polega na wspieraniu rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek, przy czym każde z tych przedsiębiorstw ponosi część kosztów związanych z realizacją tego partnerstwa.

W przedmiocie pytania dziesiątego, dotyczącego pojęcia „ograniczenia akcesoryjnego”

- 87 Poprzez pytanie dziesiąte sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienie o zakazie konkurencji zawarte w umowie partnerskiej dotyczącej handlu zawartej między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych i mającej na celu wspieranie rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek może zostać uznane za ograniczenie akcesoryjne w stosunku do tej umowy partnerskiej.
- 88 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, jeśli określona operacja lub działalność nie jest objęta zasadą zakazu przewidzianą w art. 101 ust. 1 TFUE z powodu jej neutralności lub pozytywnego skutku w zakresie konkurencji, ograniczenie autonomii handlowej uczestnika lub uczestników tej operacji lub działalności także nie jest objęte wspomnianą zasadą zakazu, jeżeli to ograniczenie jest obiektywnie konieczne do realizacji wspomnianej operacji lub działalności oraz proporcjonalne do celów jednej lub drugiej (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 89; a także z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 69).
- 89 W przypadku zatem gdy nie można oddzielić takiego ograniczenia od operacji lub działalności głównej bez zagrożenia istnieniu i celom tej operacji lub tej działalności, należy zbadać zgodność tego ograniczenia z art. 101 TFUE wspólnie ze zgodnością operacji lub działalności głównej, w stosunku do której jest ono akcesoryjne, nawet jeśli ograniczenie takie, rozpatrywane osobno, może się wydawać na pierwszy rzut oka objęte zasadą zakazu przewidzianą w art. 101

ust. 1 TFUE (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 90; a także z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 70).

- 90 W przypadku gdy chodzi o ustalenie, czy ograniczenie antykonkurencyjne może uniknąć objęcia zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 TFUE z tego względu, że jest ono akcesoryjne w stosunku do operacji głównej pozbawionej takiego antykonkurencyjnego charakteru, należy zbadać, czy realizacja tej operacji byłaby niemożliwa w braku danego ograniczenia. To, iż wspomniana operacja staje się po prostu trudniejsza do zrealizowania – czy wręcz mniej korzystna – w braku danego ograniczenia, nie może być równoznaczne z nadaniem temu ograniczeniu charakteru „obiektywnie koniecznego”, co jest wymagane do uznania tegoż ograniczenia za akcesoryjne. Taka wykładnia prowadziłaby bowiem do rozszerzenia tego pojęcia na ograniczenia, które nie są ściśle niezbędne do realizacji operacji głównej. Taki wynik naruszałby skuteczność zakazu przewidzianego w art. 101 ust. 1 TFUE (zob. podobnie wyroki: z dnia 11 września 2014 r., MasterCard i in./Komisja, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, pkt 91; a także z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in., C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 71).
- 91 W niniejszej sprawie z postanowienia odsyłającego wynika, że każdy z kontrahentów umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym zobowiązał się na podstawie zawartego w niej postanowienia o zakazie konkurencji do nieprowadzenia, bezpośrednio lub pośrednio, przez okres dwóch lat, czyli o rok dłużej niż okres obowiązywania tej umowy partnerskiej, działalności na rynku, na którym działał drugi kontrahent. Jeśli chodzi konkretnie o rynek dostaw energii elektrycznej, to postanowienie o zakazie konkurencji nie ograniczało się wyłącznie do dostaw energii elektrycznej niskiego napięcia, jak miało to miejsce w przypadku wspomnianej umowy partnerskiej, lecz obejmowało również dostawę energii elektrycznej średniego i wysokiego napięcia dla odbiorców przemysłowych. Wspomniane postanowienie zakazywało również Modelu Continente negocjowania lub zawierania z innym dostawcą energii elektrycznej umowy, której celem lub skutkiem byłoby przyznanie obniżek lub innych korzyści pieniężnych związanych z dostawą energii elektrycznej.
- 92 Skarżące w postępowaniu głównym podnoszą, że postanowienie o zakazie konkurencji zawarte w umowie partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym miało jedynie na celu uniemożliwienie stronom tej umowy wykorzystywania na swoją korzyść wrażliwych informacji handlowych wymienianych w celu realizacji „Programu EDP Continente” oraz że informacje te dotyczyły między innymi wzorców zużycia energii elektrycznej przez odbiorców, którzy przystąpili do „Programu EDP Continente”. Klauzule poufności oraz ochrony własności intelektualnej i danych nie były wystarczające do ochrony poczynionych inwestycji oraz wspólnego know-how. Postanowienie o zakazie konkurencji rozpatrywane w postępowaniu głównym pozwoliło zatem zabezpieczyć się przed tym ryzykiem.
- 93 W tym względzie do sądu odsyłającego będzie należało dokonanie oceny, czy to postanowienie o zakazie konkurencji było obiektywnie konieczne do wprowadzenia w życie umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym i czy było proporcjonalne do celów zamierzonych przez tę umowę. W związku z tym konieczne będzie w szczególności zbadanie, czy nie istniało rozwiązanie mniej ograniczające konkurencję, z którego strony wspomnianej umowy mogłyby skorzystać w chwili jej zawarcia, aby osiągnąć te cele. Zatem sąd odsyłający będzie mógł w szczególności wziąć pod uwagę zakres postanowienia o zakazie konkurencji w celu ustalenia, czy odpowiada ono przedmiotowi i zakresowi przestrzenno-czasowemu umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym.

- 94 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytanie dziesiąte brzmi następująco: art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienia o zakazie konkurencji zawartego w umowie partnerskiej dotyczącej handlu zawartej między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych i mającej na celu wspieranie rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek nie można uznać za ograniczenie akcesoryjne w stosunku do tej umowy partnerskiej, chyba że ograniczenie wynikające z tego postanowienia jest obiektywnie konieczne do realizacji wspomnianej umowy partnerskiej i proporcjonalne do jej celów.

W przedmiocie pytań pierwszego i ósmego, dotyczących rozróżnienia między „ograniczeniem konkurencji ze względu na cel” a „ograniczeniem konkurencji ze względu na skutek”

- 95 Poprzez pytania pierwsze i ósme sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienie o zakazie konkurencji, które polega między innymi – w ramach umowy partnerskiej dotyczącej handlu – na zakazaniu jednej ze stron tej umowy wejścia na krajowy rynek dostaw energii elektrycznej, na którym druga strona tej umowy jest znaczącym graczem, i to na końcowych etapach liberalizacji tego rynku, stanowi porozumienie mające na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, nawet jeśli konsumenci czerpią z tej umowy określone korzyści, a to postanowienie o zakazie konkurencji jest ograniczone w czasie.
- 96 Na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.
- 97 Zakazem przewidzianym w tym postanowieniu objęte jest porozumienie, którego „celem lub skutkiem” jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku wewnętrznym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału począwszy od wydania wyroku z dnia 30 czerwca 1966 r., LTM (56/65, EU:C:1966:38) alternatywny charakter tej przesłanki wyrażony za pomocą spójnika „lub” skutkuje w pierwszej kolejności koniecznością zbadania samego celu porozumienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 26 listopada 2015 r., Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 18 listopada 2021 r., Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, pkt 54, 55 i przytoczone tam orzecznictwo). W ten sposób, jeżeli ustalono istnienie antykonkurencyjnego celu porozumienia, nie ma potrzeby poszukiwać jego skutków dla konkurencji (wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 98 Ponadto pojęcie „ograniczenia konkurencji ze względu na cel” wymaga ścisłej wykładni. Pojęcie to można zatem stosować tylko do niektórych rodzajów współpracy między przedsiębiorstwami, wykazujących stopień szkodliwości dla konkurencji wystarczający, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania ich skutków (wyrok z dnia 29 czerwca 2023 r., Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 99 Niektóre praktyki o znamionach zmywy między przedsiębiorstwami same w sobie i ze względu na treść swych postanowień, cele, do których zmierzają, a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisują, są bowiem szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania ich skutków, jako że pewne rodzaje współpracy

między przedsiębiorstwami można z uwagi na sam ich charakter uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji [zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 67 i przytoczone tam orzecznictwo].

- 100 Wśród tych mających znamiona zmowy praktyk, które mogą należeć do kategorii ograniczeń ze względu na cel, znajdują się porozumienia w sprawie podziału rynków. Takie porozumienia stanowią bowiem szczególnie poważne naruszenia konkurencji (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 grudnia 2013 r., Solvay Solexis/Komisja, C-449/11 P, EU:C:2013:802, pkt 82; a także z dnia 4 września 2014 r., YKK i in./Komisja, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, pkt 26); mają same w sobie cel polegający na ograniczeniu konkurencji i należą do kategorii porozumień wyraźnie zakazanej przez art. 101 ust. 1 TFUE, ponieważ taki cel nie może być uzasadniony w oparciu o analizę kontekstu gospodarczego, w który wpisuje się rozpatrywane antykonkurencyjne zachowanie (zob. podobnie wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba Corporation/Komisja, C-373/14 P, EU:C:2016:26, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 101 To samo dotyczy porozumień w sprawie wykluczenia z rynku, których celem jest wyeliminowanie potencjalnej konkurencji i zapobieżenie wolnej konkurencji poprzez utrzymanie potencjalnego konkurenta poza danym rynkiem.
- 102 W takim przypadku analiza kontekstu gospodarczego i prawnego, w jaki wpisuje się dane porozumienie, może ograniczyć się do tego, co jest ściśle konieczne w celu stwierdzenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel (zob. podobnie wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., Toshiba Corporation/Komisja, C-373/14 P, EU:C:2016:26, pkt 29). W tym względzie antykonkurencyjny tego rodzaju cel porozumienia może potwierdzać okoliczność, że ma ono miejsce w szczególnym kontekście liberalizacji rynku, który polega na zniesieniu istotnych barier wejścia.
- 103 Podobnie Trybunał orzekł, że jeśli strony danego porozumienia powołują się na związane z nim skutki korzystne dla konkurencji, skutki te trzeba należycie uwzględnić jako elementy kontekstu tego porozumienia celem jego kwalifikacji jako „ograniczenia ze względu na cel”, w zakresie, w jakim mogą one podważyć ogólną ocenę wystarczającego stopnia szkodliwości odnośnej praktyki o znamionach zmowy dla konkurencji i tym samym podważyć jej kwalifikację jako „ograniczenia ze względu na cel” (wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r., HSBC Holdings i in./Komisja, C-883/19 P, EU:C:2023:11, pkt 139 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 104 Jednakże samo istnienie skutków korzystnych dla konkurencji nie jest wystarczające do wykluczenia takiej klasyfikacji. Jedynie bowiem wtedy, gdy skutki te są udowodnione, istotne, właściwe dla danego porozumienia, wystarczająco znaczące i mogą budzić uzasadnione wątpliwości co do wystarczająco szkodliwego dla konkurencji charakteru tego porozumienia, należy odrzucić kwalifikację tego porozumienia jako ograniczenia ze względu na cel [zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 103, 105–107].
- 105 W niniejszej sprawie do sądu odsyłającego należy uwzględnienie wskazanej przez niego w postanowieniu odsyłającym okoliczności, że stosowanie postanowienia o zakazie konkurencji rozpatrywanego w postępowaniu głównym zbiegło się ze szczególnym kontekstem ostatniego etapu liberalizacji rynku dostaw energii elektrycznej w Portugalii. Podobnie do sądu odsyłającego należy zbadać, w przypadku gdyby postanowienie o zakazie konkurencji nie miało charakteru

akcesoryjnego względem umowy partnerskiej rozpatrywanej w postępowaniu głównym, czy skutki korzystne dla konkurencji, na które powołują się skarżące w postępowaniu głównym, były rzeczywiście właściwe dla tego postanowienia, a nie jedynie związane z tą umową.

- 106 W świetle całości powyższych rozważań odpowiedź na pytania pierwsze i ósme brzmi następująco: art. 101 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że postanowienie o zakazie konkurencji, które polega między innymi – w ramach umowy partnerskiej dotyczącej handlu – na zakazaniu jednej ze stron tej umowy wejścia na krajowy rynek dostaw energii elektrycznej, na którym druga strona tej umowy jest znaczącym graczem, i to na końcowych etapach liberalizacji tego rynku, stanowi porozumienie mające na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, nawet jeśli konsumenci czerpią z tej umowy określone korzyści, a to postanowienie o zakazie konkurencji jest ograniczone w czasie, o ile z analizy treści tego postanowienia oraz z jego kontekstu gospodarczego i prawnego wynika, że owo postanowienie jest szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania jego skutków.

W przedmiocie kosztów

- 107 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

1) Artykuł 101 ust. 1 TFUE

należy interpretować w ten sposób, że:

przedsiębiorstwo zarządzające siecią sprzedawców detalicznych produktów masowego użytku należy uznać za będące na rynku energii elektrycznej potencjalnym konkurentem dostawcy energii elektrycznej, z którym zawarło ono umowę partnerską zawierającą postanowienie o zakazie konkurencji, nawet jeśli w chwili zawarcia tej umowy przedsiębiorstwo to nie prowadziło na tym rynku produktowym żadnej działalności, o ile zostanie wykazane na podstawie całokształtu spójnych okoliczności faktycznych uwzględniających strukturę rynku oraz kontekst gospodarczy i prawny regulujący jego funkcjonowanie, że istnieją rzeczywiste i konkretne możliwości, by przedsiębiorstwo to weszło na ten rynek i konkurowało z tym dostawcą.

- 2) Artykuł 101 ust. 3 TFUE w związku z art. 1 ust. 1 lit. a) rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych**

należy interpretować w ten sposób, że:

do kategorii „porozumień wertykalnych” i „umów agencyjnych” nie należy umowa partnerska dotycząca handlu zawarta między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych, które to rynki nie są względem siebie rynkami

wyższego lub niższego szczebla, jeżeli umowa ta polega na wspieraniu rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek, przy czym każde z tych przedsiębiorstw ponosi część kosztów związanych z realizacją tego partnerstwa.

3) Artykuł 101 ust. 1 TFUE

należy interpretować w ten sposób, że:

postanowienia o zakazie konkurencji zawartego w umowie partnerskiej dotyczącej handlu zawartej między dwoma przedsiębiorstwami działającymi na różnych rynkach produktowych i mającej na celu wspieranie rozwoju sprzedaży produktów tych dwóch przedsiębiorstw za pomocą mechanizmu promocji i krzyżowych obniżek nie można uznać za ograniczenie akcesoryjne w stosunku do tej umowy partnerskiej, chyba że ograniczenie wynikające z tego postanowienia jest obiektywnie konieczne do realizacji wspomnianej umowy partnerskiej i proporcjonalne do jej celów.

4) Artykuł 101 ust. 1 TFUE

należy interpretować w ten sposób, że:

postanowienie o zakazie konkurencji, które polega między innymi – w ramach umowy partnerskiej dotyczącej handlu – na zakazaniu jednej ze stron tej umowy wejścia na krajowy rynek dostaw energii elektrycznej, na którym druga strona tej umowy jest znaczącym graczem, i to na końcowych etapach liberalizacji tego rynku, stanowi porozumienie mające na celu zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, nawet jeśli konsumenci czerpią z tej umowy określone korzyści, a to postanowienie o zakazie konkurencji jest ograniczone w czasie, o ile z analizy treści tego postanowienia oraz z jego kontekstu gospodarczego i prawnego wynika, że owo postanowienie jest szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym do tego, aby można było uznać, iż nie ma konieczności badania jego skutków.

Podpisy