Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
ATHANASIA RANTOSE
přednesené dne 2. března 2023 [1]

**Věc C-331/21**

**Autoridade da Concorrência,**
**EDP – Energias de Portugal SA,**
**EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,**
**Sonae MC SGPS SA, dříve Sonae Investimentos a Sonae MC – Modelo Continente SGPS,**
**Modelo Continente Hipermercados SA**
**za účasti:**
**Ministério Público**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunal da Relação de Lisboa (odvolací soud v Lisabonu, Portugalsko)]

„Řízení o předběžné otázce – Hospodářská soutěž – Článek 101 SFEU – Dohoda mezi dodavatelem elektřiny a maloobchodním prodejcem potravin, který provozuje hypermarkety a supermarkety – Doložka o zákazu soutěžit – Potenciální hospodářská soutěž – Rozlišení mezi vertikální dohodou a horizontální dohodou – Omezení hospodářské soutěže ‚z hlediska účelu' nebo ‚z hlediska důsledku' – Nařízení (EU) č. 330/2010 – Dohoda o obchodním zastoupení – Liberalizace trhu dodávek elektřiny"

## I. Úvod

1. Může doložka o zákazu soutěžit obsažená v dohodě o partnerství mezi podniky působícími na odlišných výrobkových trzích představovat dohodu s protisoutěžním účelem ve smyslu článku 101 SFEU a za jakých podmínek? To je v podstatě ústřední otázka projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podané Tribunal da Relação de Lisboa (odvolací soud v Lisabonu, Portugalsko).

2. Projednávanou žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce předkládající soud žádá Soudní dvůr, aby posoudil čtyři problematické oblasti týkající se výkladu čl. 101 odst. 1 SFEU, kolem nichž lze seskupit položené předběžné otázky, a to: i) posouzení potenciálního soutěžního vztahu mezi podniky působícími na odlišných výrobkových trzích; ii) právní kvalifikaci dohody o partnerství zaměřené na podporu činností smluvních stran; iii) vedlejší povahu doložky o zákazu soutěžit v rámci takové dohody a iv) kvalifikaci takové doložky jako omezení hospodářské soutěže „z hlediska účelu".

[1] – Původní jazyk: francouzština.

## II. Spor v původním řízení, předběžné otázky a řízení před Soudním dvorem

3. Spor v původním řízení se odehrává mezi Autoridade da Concorrência (Úřad pro hospodářskou soutěž, Portugalsko, dále jen „AdC“) a navrhovatelkami v původním řízení – a sice společnostmi EDP – Energias de Portugal SA (dále jen „EDP Energias“), EDP Comercial – Comercialização de Energia SA (dále jen „EDP Comercial“), Sonae MC SGPS SA (dříve Sonae Investimentos SGSP SA a Sonae MC – Modelo Continente SGPS, dále jen „Nová Sonae MC“), jakož i Modelo Continente Hipermercados SA (dále jen „MCH“) – ohledně pokut, které jim AdC uložil [2] na základě čl. 9 odst. 1 písm. c) portugalského zákona o hospodářské soutěži [3] za to, že uzavřely doložku o zákazu soutěžit v rámci dohody o partnerství. Tyto pokuty byly sníženy Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (soud pro hospodářskou soutěž, regulaci a dohled, Portugalsko, dále jen „TCRS“).

4. Zaprvé MCH a Nová Sonae MC jsou součástí skupiny portugalských podniků působících v mnoha odvětvích činnosti [4] (dále jen „skupina Sonae“). V rámci této skupiny vykonává MCH svou činnost v oblasti distribuce potravin v Portugalsku a provozuje řadu obchodů (hypermarkety a supermarkety). Nová Sonae MC, která spravuje obchodní podíly a působí ve stejném odvětví, vlastní veškerý kapitál MCH.

5. Zadruhé EDP Energias a EDP Comercial jsou součástí portugalské skupiny, jejíž mateřskou společností je EDP Energias, která vykonává svou činnost mimo jiné v oblasti výroby, distribuce a dodávek elektřiny a zemního plynu. Tato skupina je nejvýznamnějším portugalským hráčem na trzích výroby, distribuce a dodávek elektřiny.

### A. Dohoda o partnerství dotčená v původním řízení

6. Dne 5. ledna 2012 uzavřely EDP Comercial a MCH dohodu o partnerství nazvanou jako „Plano EDP Continente“ (program EDP Continente, dále jen „dohoda o partnerství“), jejímž cílem bylo přilákat zákazníky, podpořit prodej a nabídnout spotřebitelům slevy. V době uzavření této dohody si tyto společnosti nekonkurovaly na žádném výrobkovém ani zeměpisném trhu, včetně trhu maloobchodního prodeje a dodávek elektřiny a zemního plynu.

7. Uvedená dohoda obsahovala článek 2.1, který stanovil předmět dohody o partnerství takto: „Podporovat prodej elektřiny ve volném režimu ze strany společnosti EDP Comercial a maloobchodní distribuci potravin a potravinářských výrobků společností MCH v hypermarketech a supermarketech [patřících MCH], jakož i v prodejnách provozovaných jinými společnostmi, v nichž má podíl společnost Sonae Investimentos, kromě společnosti MCH […]“.

8. Z obchodního hlediska toto partnerství stanovilo slevy z cen elektřiny, které byly vyhrazeny zákazníkům, kteří byli držiteli „Carto Continente“ (karty Continente), slevové karty ve vlastnictví společností MCH, která byla součástí věrnostního programu. Kromě držby této karty museli

[2] – S výjimkou společnosti Sonae MC – Modelo Continente SGPS, která nebyla pokutována z důvodu nedostatečného obratu a byla převzata společností Sonae Investimentos, která změnila svůj název na Sonae MC.

[3] – Článek 9 odst. 1 lei nº 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis nºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei nº 2/99, de 13 de janeiro (zákon č. 19/2012, kterým se schvaluje nový režim hospodářské soutěže, ze dne 8. května 2012) (*Diário da República*, řada I, č. 89, ze dne 8. května 2012, dále jen „portugalský zákon o hospodářské soutěži“) stanoví: „Jsou zakázané dohody mezi podniky, […] jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení […] hospodářské soutěže na části vnitrostátního trhu nebo na celém tomto trhu, a zejména ty, které spočívají v: […] c) rozdělení trhů nebo zdrojů zásobování;“.

[4] – Zejména maloobchodní distribuce, telekomunikace a audiovizuální služby, správa nákupních center, výrobky ze dřeva, cestovní ruch a výroba energie prostřednictvím kogenerace nebo fotovoltaiky.

zákazníci, kteří chtěli přistoupit k „Plano EDP Continente“, uzavřít se společností EDP Comercial smlouvu o dodávkách elektřiny nízkého napětí na liberalizovaném trhu na kontinentálním území Portugalska. Tito zákazníci tak získali slevu ve výši 10 % na spotřebu elektřiny poskytované EDP Comercial. Tato sleva byla poskytována formou vydání slevových poukázek odpovídajících výši této slevy a jejich připsáním na kartu Continente dotčených zákazníků, kteří je mohli využít při nákupech v prodejnách skupiny Sonae uvedených v článku 2.1.

9. Výši slev zpočátku plně hradila společnost EDP Comercial [5]. V závislosti na nárůstu provozu ve výše uvedených prodejnách a obratu vyplývajícího z „Plano EDP Continente“ bylo nicméně stanoveno, že část poskytnutých slev ponese MCH. Ostatní náklady partnerství související s reklamou, marketingem, komunikací a obhajobou v rámci řízení nesly rovným dílem EDP Comercial a MCH.

10. Článek 12.1 dohody o partnerství, nadepsaný „Výlučnost“, stanovil: „Po dobu trvání této dohody a po dobu jednoho roku po jejím ukončení se [MCH] zavazuje: a) neprovádět přímo nebo prostřednictvím společností, v nichž má většinový podíl [Sonae Investimentos] prodej elektřiny a zemního plynu na kontinentálním území Portugalska; b) nesjednávat ani neuzavírat s žádným dodavatelem elektřiny nebo zemního plynu, který není ve vztahu ovládání nebo ve skupině se společností EDP Comercial […], dohody o partnerství, společné podniky, rámcové dohody, reklamní kampaně nebo jiné dohody, jejichž účelem nebo důsledkem je poskytnout slevy nebo jiné finanční výhody v souvislosti s elektřinou nebo zemním plynem […]“. Na základě článku 12.2 se EDP Comercial zavázala k asymetrickým povinnostem na trhu maloobchodní distribuce potravin na kontinentálním území Portugalska.

11. Dohoda o partnerství dotčená v původním řízení platila do 31. prosince 2012, i když přistoupení spotřebitelů bylo možné pouze mezi 9. lednem 2012 a 4. březnem 2012. Uzavření smluv o dodávkách elektřiny bylo umožněno v síti 180 prodejen provozovaných MCH, přičemž na dodávkách se podílely společnosti EDP Comercial a MCH. K „Plano EDP Continente“ přistoupilo celkem 146 775 zákazníků, z nichž 137 144 zůstalo smluvně vázáno ke společnosti EDP Comercial během a po skončení kampaně. Výše slev, které obdrželi členové „Plano EDP Continente“, činila 6 907 354 eur, přičemž celková výše uplatněných slev dosahovala přibližně 6 024 252 eur. Z této hodnoty nesla společnost MCH 1 795 912 eur.

## B. Relevantní právní rámec

12. Předkládající soud uvádí, že tato dohoda o partnerství se časově shodovala s rozhodující fází procesu liberalizace trhu s dodávkami elektřiny v Portugalsku, kdy na konci roku 2012 skončila platnost regulovaných tarifů pro běžné nízké napětí.

13. V tomto ohledu probíhal proces liberalizace dodávek elektřiny v Portugalsku postupně od roku 1995. Portugalský právní rámec platný pro prodej elektrické energie od roku 1995 podpořil režim volné hospodářské soutěže v tomto odvětví tím, že zjednodušil právní podmínky přístupu k činnosti dodávek elektřiny a jejího výkonu, který podléhá pouze registraci, nikoli licenci, čímž podpořil vstup nezávislých subjektů. V roce 2006 bylo zavedeno přechodné období, během něhož si spotřebitelé mohli vybrat mezi regulovaným a liberalizovaným trhem výhradně na základě komerční atraktivity nabídek bez jakéhokoli regulatorního zatížení nebo omezení.

[5] – Společnost MCH musela každý měsíc vystavit oznámení o dluhu na částku vydaných poukázek, které byly aktivované v předchozím měsíci, přičemž dlužná částka musela být uhrazena na konci měsíce, v němž byla každá faktura vystavena.

14. Od 1. ledna 2011 byly zrušeny regulované tarify pro koncové zákazníky za dodávky elektřiny na velmi vysokém, vysokém a středním napětí a na specifickém nízkém napětí. Od 1. července 2012 a 1. ledna 2013 byly zrušeny regulované tarify za dodávku elektřiny na nízkém napětí (malé podniky/domácnosti) pro koncové zákazníky se smluvním příkonem 10,35 kVA a více a pro zákazníky se smluvním příkonem nižším než 10,35 kVA. Po těchto datech bylo možné uzavírat nové smlouvy pouze na liberalizovaném trhu [6].

## C. Sporné rozhodnutí

15. V návaznosti na upozornění v lednu 2012 Ministério da Economia e do Emprego (ministerstvo hospodářství a zaměstnanosti, Portugalsko) na údajné nesrovnalosti vyplývající z dohody o partnerství přijal AdC dne 4. května 2017 rozhodnutí (dále jen „sporné rozhodnutí"), kterým navrhovatelkám v původním řízení uložil pokutu v celkové výši 38 300 000 eur za porušení hospodářské soutěže „z hlediska účelu" podle čl. 9 odst. 1 písm. c) portugalského zákona o hospodářské soutěži.

16. Podle AdC spočívalo porušení práva hospodářské soutěže v dohodě mezi podniky o rozdělení trhů v podobě doložky o zákazu soutěžit, která byla součástí dohody o partnerství [a sice čl. 12.1 písm. a) a čl. 12.2 písm. a)]. Trhy, kterých se tato doložka týkala, přičemž všechny tři se nacházely na kontinentálním území Portugalska, byly: i) trh dodávek elektřiny, ii) trh dodávek zemního plynu a iii) trh maloobchodní distribuce potravin. Uvedený orgán vytkl navrhovatelkám v původním řízení, že tuto dohodu prováděly po dobu dvou let v rozhodujícím okamžiku procesu liberalizace vnitrostátního trhu dodávek elektřiny, což ještě více posílilo protisoutěžní povahu této dohody.

17. Na základě žalob podaných navrhovatelkami v původním řízení TCRS dne 30. září 2020 sporné rozhodnutí potvrdil, přičemž snížil výši pokut o 10 % s ohledem na výhodu poskytnutou dotčenou dohodou domácnostem prostřednictvím slev [7].

18. Stejně jako AdC měl tento soud za to, že v rámci dohody o partnerství dotčené v původním řízení navrhovatelky v původním řízení uzavřely „pakt o zákazu soutěžit", který představuje omezení hospodářské soutěže z hlediska účelu. Při přijetí tohoto závěru zohlednil uvedený soud mimo jiné činnosti skupiny Sonae na trzích výroby a dodávek elektřiny před prováděním této dohody o partnerství a během jejího provádění, a sice: i) realizace partnerství mezi společností skupiny Sonae a společností Endesa SA prostřednictvím založení společného podniku Sodesa – Comercialização de Energia SA (dále jen „Sodesa") [8], ii) realizace partnerství mezi MCH a Petróleos de Portugal – Petrogal SA (dále jen „GALP") [9] a iii) výkon činností na trzích s minivýrobou, mikrovýrobou a kombinovanou výrobou elektrické energie MCH a dalšími podniky patřícími do skupiny Sonae [10]. Podle téhož soudu mohly o uzavření takového paktu projevit zájem pouze skutečné nebo potenciální konkurenční podniky.

6 – Byly však zavedeny přechodné tarifní režimy pro ty spotřebitele, kteří se nerozhodli k posledně uvedeným datům přejít na smlouvu na liberalizovaném trhu. Na tyto spotřebitele se vztahovaly tarify stanovené Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Regulační úřad pro energetické služby, Portugalsko) obsahující vyšší ceny s cílem podpořit přechod na liberalizovaný trh. Platnost posledního z těchto režimů skončila dne 31. prosince 2017.

7 – TCRS toto snížení odůvodnil tím, že dohoda o partnerství umožnila různým portugalským rodinám využívat značné slevy a nakupovat základní zboží. Navrhovatelkám v původním řízení byly uloženy následující pokuty: společnosti EDP Energias ve výši 2 610 000 eur, společnosti EDP Comercial ve výši 23 220 000 eur, společnosti Sonae Investimentos ve výši 2 520 000 eur a společnosti MCH ve výši 6 120 000 eur.

8 – Viz bod 76 tohoto stanoviska.

9 – Viz bod 81 tohoto stanoviska.

10 – Viz bod 83 tohoto stanoviska.

19. Navrhovatelky v původním řízení a AdC podaly proti rozsudku TCRS odvolání k Tribunal da Relação de Lisboa (odvolací soud v Lisabonu), předkládajícímu soudu v projednávané věci. Ve svém odvolání, omezeném na výši pokut, se AdC domáhal zrušení rozsudku TCRS v rozsahu, v němž snížil výši pokut uložených tímto orgánem o 10 %[11]. Navrhovatelky v původním řízení se mimo jiné domnívaly, že se nedopustily žádného protisoutěžního jednání, a proto navrhly předkládajícímu soudu, aby tento rozsudek v plném rozsahu zrušil a podpůrně snížil výši pokuty[12]. Navrhovatelky v původním řízení krom toho požádaly předkládající soud o podání žádosti o rozhodnutí předběžné otázce. Jedenáct předběžných otázek položených předkládajícím soudem v podstatě přebírá otázky položené těmito navrhovatelkami.

## D. Otázky předkládajícího soudu

20. Předkládající soud má pochybnosti o tom, zda dohoda o partnerství, a konkrétněji doložka o zákazu soutěžit, mohla mít negativní dopad na hospodářskou soutěž na relevantních trzích.

21. Za těchto podmínek se Tribunal da Relação de Lisboa (odvolací soud v Lisabonu) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Musí být článek 101 [SFEU], ze kterého vychází článek 9 [portugalského zákona o hospodářské soutěži], vykládán v tom smyslu, že umožňuje klasifikovat doložku o zákazu soutěžit, která je obsažena v čl. 12 odst. 1 a 2 […] dohody o partnerství, jako dohodu o omezení z hlediska účelu uzavřenou mezi dodavatelem elektřiny a maloobchodním prodejcem potravin, který provozuje hypermarkety a supermarkety, za účelem poskytování slev zákazníkům, kteří si zvolili určitý tarif dodavatele elektřiny, dostupný na kontinentálním území Portugalska, a současně jsou držiteli věrnostní karty maloobchodního prodejce potravin, přičemž tyto slevy lze využít pouze na nákup výrobků v prodejnách tohoto maloobchodního prodejce nebo s ním spojených společností, jestliže jsou součástí uvedené dohody jiné články, které stanoví, že jejím účelem je podporovat výkon činností zúčastněných společností […] a výhody pro spotřebitele byly prokázány […], aniž jsou posouzeny konkrétní škodlivé důsledky na hospodářskou soutěž vyplývající z uvedeného čl. 12 odst. 1 a 2?

2) Lze čl. 101 odst. 1 SFEU vykládat v tom smyslu, že dohoda, která zakazuje výkon určitých hospodářských činností, odpovídající údajnému rozdělení trhů mezi dva podniky, může být považována za omezující hospodářskou soutěž z hlediska účelu, pokud je uzavřena mezi subjekty, které spolu skutečně ani potenciálně nesoutěží na žádném z trhů dotčených tímto závazkem, i když trhy dotčené tímto závazkem lze považovat za liberalizované nebo bez nepřekonatelných právních překážek vstupu?

3) Musí být čl. 101 odst. 1 SFEU vykládán v tom smyslu, že dodavatele elektřiny a maloobchodního prodejce potravin, jenž provozuje hypermarkety a supermarkety, kteří mezi sebou uzavřeli uvedenou dohodu s cílem podporovat vzájemně podnikatelskou činnost a zvýšení prodejů druhé strany (a v případě maloobchodního prodejce potravin i společností, v nichž má […] jeho mateřská společnost většinový podíl), je třeba považovat za potenciální

[11] – AdC tvrdí, že výhod pro spotřebitele plynoucích z dohody o partnerství se nelze dovolávat k odůvodnění snížení pokuty a že snížení o 10 % je v každém případě nepřiměřené.

[12] – Navrhovatelky v původním řízení mimo jiné tvrdily, že: i) v době uzavření dohody o partnerství neexistovala skutečná ani potenciální hospodářská soutěž, a proto nemůže být doložka o zákazu soutěžit považována za dohodu s protisoutěžními důsledky; ii) účelem této dohody nebylo omezit hospodářskou soutěž a iii) neexistuje žádná skutková ani právní okolnost, která by umožňovala založit odpovědnost dotčených mateřských společností.

konkurenty, pokud maloobchodní prodejce potravin a s ním spojené společnosti nevykonávají v době uzavření dohody činnost dodavatele elektřiny, a to ani na předmětném zeměpisném trhu, ani na jiném trhu, a pokud nebylo v řízení prokázáno, že měli v úmyslu tuto činnost na tomto trhu vykonávat nebo že podnikli přípravné kroky k jejímu výkonu?

4) Je odpověď na předchozí otázku stejná, pokud jiná společnost, ve které má většinový podíl mateřská společnost maloobchodního prodejce potravin, jenž je stranou dohody (avšak žádný z těchto dvou subjektů nebyl stíhán nebo odsouzen [AdC], ani nebyl účastníkem řízení před tímto soudem), která nespadala do osobní působnosti zákazu soutěžit, měla 50 % podíl ve třetím subjektu, jenž vykonával činnost prodeje elektřiny v Portugalsku, která skončila tři a půl roku před uzavřením dohody v důsledku zrušení tohoto subjektu?

5) Je odpověď na předchozí otázku stejná, pokud maloobchodní prodejce, který je stranou dohody, vyrábí elektřinu prostřednictvím svých zařízení na minivýrobu a mikrovýrobu energie umístěných na střeše svých provozoven, ale veškerou vyrobenou energii dodává za regulované ceny dodavateli poslední instance?

6) Je odpověď na čtvrtou otázku stejná v případě, kdy maloobchodní prodejce, který je stranou dohody, uzavřel osm let přede dnem uzavření této dohody jinou smlouvu o obchodní spolupráci (stále platnou ke dni uzavření dohody) s třetí osobou, distributorem kapalných paliv, za účelem poskytování vzájemných slev týkajících se nákupu těchto výrobků a výrobků prodávaných v hypermarketech a supermarketech prodejce, pokud tento smluvní partner vedle prodeje kapalných paliv rovněž prodává na kontinentálním území Portugalska elektřinu a pokud nebylo prokázáno, že strany dohody měly při jejím uzavření v úmyslu rozšířit uvedenou dohodu o prodej elektřiny nebo že k tomu podnikly přípravné kroky?

7) Je odpověď na čtvrtou otázku stejná v případě, kdy jiná společnost, v níž má většinový podíl mateřská společnost maloobchodního prodejce potravin, který je stranou dohody [avšak opět žádný z těchto dvou subjektů nebyl stíhán nebo odsouzen (AdC), ani nebyl účastníkem řízení před tímto soudem], která nespadala do osobní působnosti zákazu konkurence, vyráběla elektřinu v zařízení na kombinovanou výrobu tepla a elektřiny, třebaže veškerou vyrobenou energii dodávala za regulované ceny dodavateli poslední instance?

8) V případě kladné odpovědi na předchozí otázky, musí být čl. 101 odst. 1 SFEU vykládán v tom smyslu, že ujednání lze považovat za omezující z hlediska účelu, pokud zakazuje tomuto maloobchodnímu prodejci potravin, aby po dobu trvání dohody a v bezprostředně následujícím roce vykonával sám nebo prostřednictvím společnosti, v níž má většinový podíl jedna z jeho mateřských společností, které se týká řízení, činnost prodeje elektřiny na území, na které se vztahuje dohoda?

9) Musí být pojem ‚potenciální konkurent' ve smyslu článku 101 SFEU, čl. 1 odst. 1 písm. c) [nařízení č. 330/2010] [13] a bodu 27 pokynů Evropské komise k vertikálním omezením (Úř. věst. 2010. C 130, s. 1) [14] vykládán v tom smyslu, že zahrnuje podnik vázaný ujednáním o zákazu soutěžit, který působí na výrobkovém trhu zcela odděleném od trhu druhé strany dohody, pokud v písemnostech obsažených ve spise v řízení před vnitrostátním soudem není žádná konkrétní indicie (jako plány, investice nebo jiné přípravné kroky) pro to, že by před

[13] – Nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě (Úř. věst. 2010, L 102, s. 1).

[14] – Dále jen „pokyny k vertikálním omezením".

tímto ujednáním a bez něj mohl dotčený podnik v brzké době vstoupit na trh druhé strany, ani nebylo prokázáno, že by uvedený podnik byl před tímto ujednáním a bez něj vnímán druhou stranou dohody jako potenciální konkurent na dotčeném trhu?

10) Musí být čl. 101 odst. 1 SFEU vykládán v tom smyslu, že samotná skutečnost, že dohoda o partnerství mezi podnikem, který prodává elektřinu, a podnikem, který se zabývá maloobchodním prodejem potravinářských a nepotravinářských výrobků domácí spotřeby, za účelem vzájemné podpory jejich příslušných činností (v jejímž rámci konkrétně první podnik poskytuje svým zákazníkům slevu za spotřebu elektřiny, kterou druhý podnik odečítá od ceny nákupů těchto zákazníků v maloobchodních prodejnách), obsahuje ujednání, podle kterého se obě smluvní strany zavazují nesoutěžit mezi sebou a neuzavírat podobné dohody s konkurentem druhé strany, znamená, že účelem uvedeného ujednání je omezení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU, i když:

– časová působnost dotčeného ujednání (rok platnosti dohody plus jeden rok) se shoduje s obdobím stanoveným v téže dohodě, během něhož nejsou smluvní strany oprávněny využívat obchodní tajemství nebo know-how získané v rámci provádění partnerství v projektech se třetími osobami;

– územní působnost ujednání je omezena na územní působnost dohody;

– osobní působnost ujednání je omezena na strany dohody a na společnosti, v nichž mají většinový podíl, jakož i na jiné společnosti téže skupiny, které rovněž vlastní nebo provozují maloobchodní prodejny spadající do působnosti této dohody;

– osobní působnost ujednání vylučuje velkou většinu podniků, které patří ke stejné hospodářské skupině jako smluvní strany, a které tedy nejsou ujednáním vázány a mohou po dobu trvání dohody a po jejím uplynutí s druhou smluvní stranou soutěžit;

– podniky, na které se vztahuje doložka o zákazu soutěžit, působí na zcela odlišných výrobkových trzích a nebylo prokázáno, že v okamžiku uzavření dohody sledovaly nějaký projekt nebo plán nebo uskutečnily jakýkoliv druh investice či jiný krok za účelem vstupu na výrobkový trh druhé strany?

11) Musí být pojem ‚vertikální dohoda' ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU, čl. 1 odst. 1 písm. a) [nařízení č. 330/2010] a bodu 25 písm. c) [pokynů k vertikálním omezením] vykládán v tom smyslu, že zahrnuje dohodu, která je popsána v předchozích otázkách, v rámci které smluvní strany působí na zcela odlišných výrobkových trzích a nebylo prokázáno, že by před touto dohodou a bez ní provedly jakýkoliv projekt, investici nebo plán za účelem vstupu na výrobkový trh druhé strany, avšak v rámci níž smluvní strany pro účely této smlouvy poskytují k dispozici druhé smluvní straně své obchodní sítě, prodejní týmy a technické know-how k podpoře, získání a zvýšení počtu zákazníků a podnikání druhé strany?"

22. Písemná vyjádření předložily navrhovatelky v původním řízení, portugalská vláda a Evropská komise. Tyto zúčastněné strany a AdC, který nepředložil písemné vyjádření, se krom toho vyjádřily na jednání konaném dne 9. listopadu 2022.

## III. Analýza

23. Předtím, než posoudím předběžné otázky položené předkládajícím soudem (sekce B), považuji za užitečné objasnit body týkající se pravomoci Soudního dvora odpovědět na tyto předběžné otázky a vyjádřit se k jejich přípustnosti (sekce A).

### A. K pravomoci Soudního dvora a přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

24. Zaprvé, pokud jde o pravomoc Soudního dvora, uvádím, že navrhovatelky v původním řízení byly odsouzeny pouze na základě čl. 9 odst. 1 portugalského zákona o hospodářské soutěži, a nikoli na základě ustanovení unijního práva. Podle ustálené judikatury přitom platí, že v rámci řízení podle článku 267 SFEU nemá Soudní dvůr pravomoc k výkladu vnitrostátního práva, jelikož tento úkol přísluší výlučně předkládajícímu soudu [15]. Vyvstává tedy otázka, zda je Soudní dvůr příslušný k zodpovězení otázek položených předkládajícím soudem.

25. V tomto ohledu je třeba uvést, že podle ustálené judikatury má Soudní dvůr pravomoc rozhodnout o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se ustanovení unijního práva v situacích, kdy skutkové okolnosti v původním řízení sice přímo nespadají do působnosti tohoto práva, ale ustanovení uvedeného práva se stala použitelnými na základě vnitrostátního práva v důsledku odkazu tohoto práva na obsah ustanovení unijního práva [16].

26. V projednávané věci je nesporné, že článek 9 portugalského zákona o hospodářské soutěži je inspirován obsahem článku 101 SFEU [17] a v podstatě mu odpovídá. Toto ustanovení je proto třeba použít v souladu s článkem 101 SFEU, a to tím spíše, že předkládající soud má za to, že pro rozhodnutí sporu, který mu byl předložen, je nezbytné vyjasnit rozsah některých pojmů vlastních unijnímu právu hospodářské soutěže.

27. Z toho podle mého názoru vyplývá, že je Soudní dvůr příslušný k zodpovězení předběžných otázek.

28. Zadruhé, pokud jde o požadavky týkající se obsahu žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, které jsou obsaženy v článku 94 jednacího řádu Soudního dvora, připomínám, že podle tohoto ustanovení žádost o rozhodnutí o předběžné otázce obsahuje zejména „*stručné vylíčení předmětu* sporu, jakož i *rozhodných skutečností* tak, jak byly zjištěny předkládajícím soudem, nebo alespoň vylíčení skutkových okolností, na kterých jsou předběžné otázky založeny“ [18]. Tento požadavek platí především v oblasti hospodářské soutěže, jež se vyznačuje komplexními skutkovými a právními situacemi [19].

[15] – Rozsudek ze dne 30. ledna 2020, Generics (UK) a další [C-307/18, dále jen „rozsudek Generics (UK)“, EU:C:2020:52, bod 25 a citovaná judikatura].

[16] – Pokud vnitrostátní právní předpisy přizpůsobí řešení situací, které jsou čistě vnitrostátní záležitostí, řešením upraveným unijním právem, například za účelem předejití případným narušením hospodářské soutěže, nebo také za účelem zajištění jednotného postupu ve srovnatelných situacích, existuje jasný unijní zájem na tom, aby se za účelem předejití budoucím rozdílným výkladům dostalo ustanovením nebo pojmům převzatým z unijního práva jednotného výkladu [v tomto smyslu viz rozsudek Generics (UK), body 26 a 27].

[17] – Podle předkládajícího soudu se znění tohoto ustanovení „v podstatě shoduje se zněním čl. 101 odst. 1 SFEU“.

[18] – Požadavky článku 94 jednacího řádu jsou připomenuty v bodě 15 doporučení [Soudního dvora] pro vnitrostátní soudy o zahájení řízení o předběžné otázce (Úř. věst. 2019, C 380, s. 1).

[19] – Viz rozsudek ze dne 3. března 2021, Poste Italiane a Agenzia delle entrate – Riscossione (C-434/19 a C-435/19, EU:C:2021:162, bod 77 a citovaná judikatura).

29. V tomto ohledu uvádím, že v projednávané věci předkládající soud vynaložil jen malé úsilí, aby předložil „stručné vylíčení předmětu sporu“ [20] nebo aby toto vylíčení omezil na „rozhodné skutečnosti“ [21], při rozlišení rozhodných skutečností na ty, které považuje za prokázané [22] a které prokázané nejsou [23]. Bude potřeba zanalyzovat předběžné otázky pouze s ohledem na skutečnosti, které jsou považovány za prokázané.

30. Konstatuji přitom, že druhá předběžná otázka je založena na skutkovém předpokladu, který je označen za neprokázaný. Konkrétněji se tato otázka týká kvalifikace doložky o zákazu soutěžit jako omezení z hlediska účelu, když odkazuje na „subjekty, které nejsou skutečnými nebo *potenciálními* konkurenty“, a vychází z předpokladu neexistence potenciální hospodářské soutěže, ačkoli právě ta je jednou z hlavních otázek, které odůvodňují žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. Předkládající soud totiž zdůrazňuje, že jednou z otázek, které je třeba zodpovědět, je, zda „je třeba podniky dotčené sporným rozhodnutím považovat za potenciální konkurenty“ [24].

31. Tudíž, i když se v zásadě na předběžné otázky položené vnitrostátním soudem vztahuje domněnka relevance [25] a Soudnímu dvoru nepřísluší ověřovat správnost skutkového rámce [26], je výklad čl. 101 odst. 1 SFEU, který je požadován v rámci této předběžné otázky, v projednávané věci hypotetické povahy.

32. S ohledem na výše uvedené se domnívám, že druhou předběžnou otázku je třeba považovat za nepřípustnou.

## B. K předběžným otázkám

33. Stejně jako všichni účastníci řízení a všechny zúčastněné strany, kteří předložili písemná vyjádření, se domnívám, že položené předběžné otázky lze seskupit do čtyř otázek, u nichž požaduje předkládající soud objasnění, a to:

– pojem „potenciální hospodářská soutěž“, a konkrétněji otázka, zda a za jakých podmínek lze podniky působící na odlišných výrobkových trzích považovat za potenciální konkurenty pro účely článku 101 SFEU (*třetí až sedmá a devátá otázka*);

– právní kvalifikace dohody o partnerství uzavřené mezi podniky, jejímž cílem je vzájemná propagace jejich činností (*jedenáctá otázka*);

– podmínky, za kterých lze omezení hospodářské soutěže považovat za doplněk dohody, jejíž cíl není protisoutěžní (*desátá otázka*), a

[20] – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce obsahuje 277 stran, které nemají strukturu, nejsou konzistentní a vykazují nevelkou snahu o provedení syntézy.

[21] – Pro účely poskytnutí užitečných odpovědí předkládajícímu soudu je relevantní pouze omezená část z 298 bodů věnovaných „prokázaným skutečnostem“.

[22] – Viz původní žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, s. 84 až 146 (body 1 až 298).

[23] – Viz původní žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, s. 167 až 169 (body 1 až 13).

[24] – Viz původní žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, s. 229.

[25] – Viz rozsudek ze dne 6. října 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, bod 28).

[26] – Viz rozsudek ze dne 23. ledna 2018, F. Hoffmann-La Roche a další (C-179/16, dále jen „rozsudek Hoffmann-La Roche“, EU:C:2018:25, bod 45).

– kvalifikace ujednání o zákazu soutěžit jako omezením hospodářské soutěže „z hlediska účelu“ nebo „z hlediska důsledku“ (*první a osmá otázka*).

34. Tyto otázky navrhuji posoudit ve výše uvedeném pořadí, neboť skutečnost, zda strany jsou, či nejsou potenciálními konkurentkami (sekce 1) a analýza povahy dohody (sekce 2) jsou důležitými prvky při určování, zda má být doložka o zákazu soutěžit považována za doplněk dohody (sekce 3) nebo, pokud ne, za omezení hospodářské soutěže z hlediska účelu (sekce 4).

### *1. K pojmu „potenciální hospodářská soutěž“*

35. Podstatou třetí až sedmé a deváté předběžné otázky předkládajícího soudu, které je třeba posoudit společně, je, zda a za jakých podmínek musí být čl. 101 odst. 1 SFEU vykládán v tom smyslu, že maloobchodní prodejce potravin vázaný dohodou o partnerství s dodavatelem elektřiny, jejímž účelem je podpora jejich vzájemných činností a která obsahuje doložku o zákazu soutěžit, může být považován za potenciálního konkurenta na trhu dodávek elektřiny, i když v době uzavření této dohody nevykonával na tomto trhu žádnou činnost.

36. Konkrétněji klade předkládající soud Soudnímu dvoru dotaz, který se v rámci prokázání existence potenciálního soutěžního vztahu na trhu dodávek elektřiny týká relevance řady různých důkazů, jako jsou:

– úmysl tohoto maloobchodního prodejce potravin vstoupit na trh dodávek elektřiny (*třetí otázka*);

– přípravné úkony pro takový vstup, včetně existence konkrétních indicií, které prokazují, že tento maloobchodní prodejce pravděpodobně v krátké době vstoupí na relevantní trh, jako jsou záměry, investice nebo jiné přípravné úkony (*třetí a devátá otázka*);

– vnímání konkurenčních omezení uložených maloobchodním prodejcem ze strany dodavatele elektřiny (*devátá otázka*);

– činnosti společností ze skupiny podniků, do které maloobchodní prodejce patří, na trzích sousedících nebo souvisejících s trhem dodávek elektřiny (*čtvrtá a šestá otázka*);

– činnost maloobchodního prodejce potravin na předcházejícím trhu výroby elektřiny (*pátá a sedmá otázka*).

37. Těmito otázkami, které se týkají důkazů zkoumaných v rozsudku Generics (UK), se předkládající soud v podstatě zabývá upřesněním dosahu tohoto rozsudku, a konkrétněji tím, zda tyto důkazy nyní představují obecné kritérium pro posouzení existence potenciální hospodářské soutěže.

38. Připomínám, že v rozsudku Generics (UK) Soudní dvůr rozhodl, že výrobce originálních léčivých přípravků, který je majitelem patentu na výrobní postup účinné látky, jež se stala volnou, a výrobci generických léčivých přípravků, kteří hodlají vstoupit na trh léčivého přípravku obsahujícího tuto účinnou látku, se nacházejí v případě, kdy proti sobě stojí ve sporu týkajícím se platnosti patentu nebo toho, zda příslušné generické léčivé přípravky tento patent porušují, v situaci potenciální hospodářské soutěže, je-li prokázáno, že výrobce generických léčivých přípravků skutečně má pevné odhodlání vstoupit na trh, jakož i schopnost na něj vstoupit,

a nebrání-li mu ve vstupu na trh nepřekonatelné překážky [27].

39. Pro přijetí tohoto závěru Soudní dvůr vycházel z dobře ustáleného kritéria v judikatuře [28], a sice kritéria, které spočívá v určení, zda existují *skutečné a konkrétní možnosti*, že podnik, který nepůsobí na relevantním trhu, na uvedený trh vstoupí a bude konkurovat podniku nebo podnikům, které na trhu již působí. Jedná-li se tak o dohodu, jejímž důsledkem je, že určitý podnik dočasně zůstane mimo trh, je třeba určit, zda by v případě neexistence uvedené dohody existovaly takové skutečné a konkrétní možnosti vstupu. Soudní dvůr vysvětlil, že takové kritérium vylučuje, aby konstatování potenciálního soutěžního vztahu mohlo vyplývat pouze z čistě hypotetické možnosti takového vstupu nebo z pouhého úmyslu v tomto smyslu. Naproti tomu toto kritérium nikterak nevyžaduje, aby bylo s jistotou prokázáno, že tento výrobce na příslušný trh skutečně vstoupí, ani že bude následně schopen se na tomto trhu udržet. Soudní dvůr konečně potvrdil, že posouzení existence potenciální hospodářské soutěže musí být provedeno s ohledem na strukturu trhu a hospodářský a právní kontext, jimiž se řídí jeho fungování [29].

40. Soudní dvůr proto posuzoval existenci konkurenčního vztahu pouze s ohledem na kritérium „skutečných a konkrétních možností“ vstupu na trh, když zohlednil regulatorní a právní specifika farmaceutického odvětví [30].

41. Navrhovatelky v původním řízení tvrdí, že Soudní dvůr chtěl rozsudkem Generics (UK) upřesnit obecné kritérium týkající se pojmu „potenciální hospodářská soutěž“ v případě, že dotčené podniky nepůsobí na stejném výrobkovém trhu, když požadoval splnění tří podmínek, které by měly být splněny kumulativně a postupně: i) dotyčný podnik musí mít skutečnou a konkrétní možnost vstoupit na relevantní trh, ii) musí mít pevný záměr a schopnost vstoupit na tento trh a iii) musí podniknout dostatečné přípravné úkony ke vstupu na tento trh v krátké době.

42. V této souvislosti považuji za vhodné nejprve upřesnit rámec pro analýzu pojmu „potenciální hospodářská soutěž“ (sekce a), poté připomenout posouzení potenciální hospodářské soutěže v judikatuře před vydáním rozsudku Generics (UK) (sekce b) a nakonec provést konkrétní analýzu jednotlivých důkazů, na které odkazuje předkládající soud (sekce c).

### *a) K rámci pro analýzu „potenciální hospodářské soutěže“*

43. Úvodem připomínám, že podle čl. 101 odst. 1 SFEU jsou s vnitřním trhem neslučitelné a zakázané veškeré dohody mezi podniky, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž „účelem nebo důsledkem“ je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže. Ze znění tohoto ustanovení tedy vyplývá, že kvalifikace dohody mezi podniky jako dohody, která může omezit hospodářskou soutěž, vyžaduje existenci hospodářské soutěže, jež může být

27 – Rozsudek Generics (UK), bod 58.

28 – Viz bod 47 poznámka pod čarou 38 tohoto stanoviska.

29 – Rozsudek Generics (UK), body 36 až 39 a citovaná judikatura.

30 – Za tímto účelem Soudní dvůr v rozsudku Generics (UK) ověřil, zda: i) k okamžiku uzavření dohody výrobce generických léčivých přípravků učinil dostatečné přípravné úkony, které mu umožňovaly vstoupit na dotyčný trh v takovém termínu, aby vyvinul konkurenční tlak na výrobce originálních léčivých přípravků (body 43 a 44); ii) vstupu takového výrobce generických léčivých přípravků na trh nebrání nepřekonatelné překážky vstupu na tento trh (body 45 až 53); iii) existovaly další skutečnosti, které utvrzovaly zjištění pevného odhodlání výrobce generických léčivých přípravků vstoupit na relevantní trh, jakož i takové schopnosti tohoto výrobce na tento trh vstoupit, jako je skutečnost, že dotčený podnik působil na stejné úrovni výrobního řetězce nebo úmysl vyjádřený výrobcem originálního léčivého přípravku, v návaznosti na který posledně uvedený převede, výměnou za odklad vstupu výrobce generických léčivých přípravků na trh, významné hodnoty na výrobce generických léčivých přípravků (body 55 až 57).

narušena [31]. Pokud tedy z přezkumu skutkového, hospodářského a právního kontextu, jehož je dohoda součástí, vyplývá, že dotčené podniky nejsou konkurenty, nemůže být taková dohoda *ipso facto* kvalifikována jako omezení hospodářské soutěže.

44. Podmínky hospodářské soutěže se však zkoumají nejen s ohledem na *skutečnou hospodářskou soutěž* mezi podniky již přítomnými na tomto trhu, ale i s ohledem na *potenciální hospodářskou soutěž* mezi těmito podniky a podniky, které na tomto trhu ještě nejsou přítomny [32]. Toto zjištění vysvětluje, proč v případě neexistence skutečné nebo potenciální hospodářské soutěže nemůže být dohoda omezující bez ohledu na to, zda má protisoutěžní účel [33].

45. V tomto smyslu má pojem „potenciální hospodářská soutěž“ určit *stupeň konkurenčních omezení* ze strany podniků, které nepůsobí na stejných výrobkových nebo zeměpisných trzích [34], a nebere se v úvahu při vymezení těchto trhů, protože podmínky, za nichž může potenciální hospodářská soutěž ve skutečnosti představovat konkurenční omezení, závisejí na analýze zvláštních faktorů a okolností vztahujících se na podmínky vstupu na uvedené trhy. Analýza potenciální hospodářské soutěže se tedy provádí až v další fázi, obvykle tehdy, kdy již bylo postavení zúčastněných společností na trhu zjištěno [35]. Z tohoto pohledu potenciální hospodářská soutěž předpokládá výhledovou analýzu, což objasňuje její relevanci v rámci použití článku 102 SFEU [36] a kontroly spojování podniků [37].

### *b) K posouzení „potenciální hospodářské soutěže“*

46. V rámci použití článku 101 SFEU lze rozlišovat mezi: i) případy, kdy podniky vykonávají svou činnost na stejných výrobkových trzích, které jsou zeměpisně odlišné, a ii) případy, kdy působí na různých výrobkových trzích.

47. Zaprvé, ***pokud jde o potenciální hospodářskou soutěž mezi podniky vykonávajícími svou činnost na stejných výrobkových trzích, které jsou zeměpisně odlišné***, Soudní dvůr často analyzoval existenci potenciálního soutěžního vztahu v rámci dohod uzavřených mezi podniky

[31] – Viz stanovisko generální advokátky Kokott ve věci Generics (UK) a další, (C-307/18, dále jen „stanovisko ve věci Generics (UK)“, EU:C:2020:28, bod 57 a citovaná judikatura).

[32] – Viz stanovisko ve věci Generics (UK), bod 58 a citovaná judikatura.

[33] – To vysvětluje, proč je tvrzení podporované Komisí v jejich vyjádřeních, inspirované rozsudkem Tribunálu ze dne 12. prosince 2018, Servier a další v. Komise (T-691/14, dále jen „rozsudek Tribunálu Servier“, EU:T:2018:922, body 318 až 320), že hranice, při níž se připouští existence potenciální hospodářské soutěže, se liší podle škodlivé povahy dohody, podle mého názoru metodologicky chybné.

[34] – Viz sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (Úř. věst. 1997, C 372, s. 5) bod 13, přičemž dalšími zdroji konkurenčních omezení jsou i) nahraditelnost poptávky a ii) nahraditelnost nabídky.

[35] – Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, bod 24, a rozsudek ze dne 30. září 2003, Atlantic Container Line a další v. Komise (T-191/98 a T-212/98 až T-214/98, EU:T:2003:245, bod 834).

[36] – Viz mé stanovisko ve věci Servizio Elettrico Nazionale a další (C-377/20, EU:C:2021:998, bod 110).

[37] – Vzhledem k prospektivní povaze tohoto pojmu je tento pojem velmi relevantní v rámci kontroly spojování podniků [viz čl. 2 odst. 1 písm. a) nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 2004, L 24, s. 1; Zvl. vyd. 08/03, s. 40), jakož i příloha I nařízení Komise (ES) č. 802/2004 ze dne 7. dubna 2004, kterým se provádí nařízení (ES) č. 139/2004 (Úř. věst. 2004, L 133, s. 1; Zvl. vyd. 08/03, s. 88), ve znění zejména prováděcího nařízení Komise č. 1269/2013 ze dne 5. prosince 2013] a sice „Formulář CO“ týkající se oznámení spojení podniků, který stanoví v bodě 6.4, pokud jde o analýzu „ostatních trhů, na které může mít oznamovaná operace výrazný dopad“, že „strana může být považována za *možného konkurenta* zejména tehdy, pokud plánuje vstup na trh, nebo pokud v posledních třech letech takový plán připravovala nebo sledovala“. Viz rovněž body 58 až 60 pokynů pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 2004, C 31, s. 5; Zvl. vyd. 08/03, s. 10).

působícími na stejném výrobkovém trhu, ale na zeměpisně odlišných trzích [38]. Tyto věci, které byly v podstatě považovány za dohody o rozdělení zeměpisných trhů s protisoutěžním účelem, umožnily unijním soudům stanovit hranici, při které lze konstatovat existenci omezení potenciální hospodářské soutěže pro účely použití článku 101 SFEU. Konkrétněji Tribunál v rozsudku ENS, když vycházel z rozsudku Delimitis [39], poprvé odkázal na kritérium existence *reálných a konkrétních možností* vstupu jiného podniku na relevantní trh za účelem posouzení existence potenciální hospodářské soutěže [40]. Toto kritérium bylo od té doby mnohokrát zopakováno unijními soudy, když určovaly, zda dohoda mohla ztížit vstup potenciálních konkurentů na trh [41].

48. Stejná judikatura rovněž umožnila konstatovat, že pro ověření existence potenciální hospodářské soutěže je důležité zohlednit podmínky, v nichž soutěž na dotčeném trhu probíhá, a pokud je možnost vstupu na tento trh nerealistická nebo čistě teoretická, nelze ji zohlednit [42]. Jinými slovy, tento přezkum musí být proveden na objektivním základě těchto možností [43]. V důsledku tohoto individuálního posuzování musely unijní soudy analyzovat množství indicií týkajících se specifik relevantních výrobkových trhů, a zejména snadného přístupu na tento trh, aby prokázaly věrohodnost takového přístupu [44].

49. Zadruhé, ***pokud jde o potenciální hospodářskou soutěž mezi podniky vykonávajícími svou činnost na odlišných výrobkových trzích***, úvodem uvádím, že právní rámec ani judikatura nevyžadují, aby potenciální hospodářská soutěž probíhala mezi podniky působícími na stejném výrobkovém trhu [45]. Jediná judikaturní vodítka, která by v tomto ohledu mohla být relevantní, jsou přitom rozsudky, které byly vydány ve věcech týkajících se dohod „pay-for-delay“ [46], neboť v rámci těchto dohod dotčené podniky nevykonávaly konkrétně svou činnost na stejném výrobkovém trhu, jelikož výrobci generických léčivých přípravků v době uzavření sporných dohod nepůsobili na trhu s originálními léčivými přípravky.

50. V tomto ohledu poznamenávám, že skutečnost, že tyto rozsudky jsou jediným judikaturním vodítkem, je logická, neboť uspořádání protisoutěžní dohody mezi podniky, které nevykonávají svou činnost na stejných výrobkových trzích, je vzácné a stěží představitelné, zejména pokud

[38] – Viz rozsudky ze dne 25. ledna 2007, Salzgitter Mannesmann v. Komise (C-411/04 P, EU:C:2007:54); ze dne 20. ledna 2016, Toshiba Corporation v. Komise (C-373/14 P, dále jen „rozsudek Toshiba“, EU:C:2016:26); ze dne 15. září 1998, European Night Services a další v. Komise (T-374/94, T-375/94, T-384/94 a T-388/94, dále jen „rozsudek ENS“, EU:T:1998:198); ze dne 8. července 2004, Mannesmannröhren-Werke v. Komise (T-44/00, EU:T:2004:218); ze dne 14. dubna 2011, Visa Europe a Visa International Service v. Komise (T-461/07, dále jen „rozsudek Visa Europe“, EU:T:2011:181); ze dne 29. června 2012, E.ON Ruhrgas a E.ON v. Komise (T-360/09, dále jen „rozsudek E.ON Ruhrgas“, EU:T:2012:332); ze dne 21. května 2014, Toshiba v. Komise (T-519/09, nezveřejněný, dále jen „rozsudek Tribunálu Toshiba“, EU:T:2014:263); a ze dne 28. června 2016, Portugal Telecom v. Komise (T-208/13, dále jen „rozsudek Portugal Telecom“, EU:T:2016:368).

[39] – Rozsudek ze dne 28. února 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, body 21 a 22).

[40] – Rozsudek ENS, body 137 až 142.

[41] – Viz poznámka pod čarou 38 tohoto stanoviska a rozsudek ze dne 22. března 2011, Altstoff Recycling Austria v. Komise (T-419/03, EU:T:2011:102, bod 65), a rozsudek Visa Europe, body 22 a 83.

[42] – Rozsudek Visa Europe, body 84 a 85.

[43] – Rozsudek E.ON Ruhrgas, bod 105.

[44] – Za relevantní bylo například považováno: omezená povaha vnitrostátního trhu na lince letecké přepravy [rozsudek ze dne 4. července 2006, easyJet v. Komise (T-177/04, EU:T:2006:187, bod 118)]; překážky vstupu na trh s ohledem na historický monopol (rozsudek E.ON Ruhrgas, bod 94); specifika zaoceánské námořní přepravy [rozsudek ze dne 28. února 2002, Atlantic Container Line a další v. Komise (T-395/94, EU:T:2002:49, bod 356)]; přijetí projektů zákazníků nacházejících se na jiném zeměpisném trhu (rozsudek Tribunálu Toshiba, bod 232).

[45] – V tomto smyslu viz bod 10 sdělení Komise ze dne 14. ledna 2011, které obsahuje pokyny k použitelnosti článku 101 [SFEU] na dohody o horizontální spolupráci (Úř. věst. 2011, C 11, s. 1, dále jen „pokyny o dohodách o horizontální spolupráci“).

[46] – A sice dohod uzavřených mezi výrobci originálních léčivých přípravků, kteří jsou držiteli patentu na výrobní postup účinné látky, která se stala volnou, na jedné straně a výrobci generických léčivých přípravků na straně druhé, v nichž se tito výrobci generických léčivých přípravků zavázali, že nevstoupí (nebo odloží svůj vstup) na trh s originálním léčivým přípravkem obsahujícím tuto generickou účinnou látku výměnou za platbu v jejich prospěch ze strany výrobce patentovaných léčivých přípravků.

činnosti podniků nejsou vykonávány na souvisejících trzích (jako jsou předcházející nebo navazující trhy ve výrobním řetězci). K takovému uspořádání však může dojít zejména tehdy, je-li trh přístupný konkurentům [47].

51. V projednávané věci je nesporné, že strany dohody dotčené v původním řízení nebyly soutěžiteli na stejných výrobkových trzích, ať už v Portugalsku nebo jinde. V tomto smyslu by se judikatura týkající se podniků vykonávajících svou činnost na stejných výrobkových trzích mohla na první pohled zdát méně relevantní, protože je v zásadě snazší stanovit potenciální soutěžní vztah, pokud již podniky působí na výrobkovém trhu, i když v odlišných zeměpisných oblastech. Navrhovatelky v původním řízení v podstatě na základě této úvahy tvrdí, že v situacích, kdy podniky nepůsobí na stejných výrobkových trzích, by se důkazní standard požadovaný k prokázání potenciálního soutěžního vztahu měl odvíjet od přísnějších kritérií. Vzhledem k absenci užitečných judikaturních vodítek by proto měla být relevantní nedávná judikatura vyplývající z rozsudků o dohodách „pay-for-delay“.

52. I když je však prokázání skutečných a konkrétních možností vstupu na trh v rámci podniků vykonávajících svou činnost na odlišných výrobkových trzích objektivně obtížnější, na rozdíl od toho, co tvrdí navrhovatelky v původním řízení, se nedomnívám, že se Soudní dvůr rozsudkem Generics (UK) hodlal odchýlit od předchozí judikatury tím, že by požadoval přísnější kritéria nebo zvýšil důkazní standard nutný pro zjištění soutěžního vztahu.

53. Soudní dvůr v rozsudku Generics (UK) totiž nejprve připomněl ustálenou judikaturu týkající se pojmu „potenciální hospodářská soutěž“ a potvrdil, že jediným relevantním kritériem je kritérium „skutečných a konkrétních možností, že podnik, který na relevantním trhu nepůsobí, na tento trh vstoupí a bude konkurovat jiným podnikům“ [48]. Body 36 až 39 rozsudku Generics (UK) tedy pouze opakují stávající judikaturu [49]. Ústředním bodem tohoto kritéria je podle mého názoru nutnost rozlišovat „potenciální hospodářskou soutěž“ od „pouhé spekulace“ o případném vstupu na trh [50], a to bez ohledu na to, zda podnik vykonává svou činnost na stejném výrobkovém trhu, či nikoli. Toto kritérium proto vylučuje, aby konstatování potenciálního soutěžního vztahu mohlo vyplývat pouze z čistě hypotetické možnosti takového vstupu [51]. Takové prokázání musí být mimoto podloženo skutkovými okolnostmi nebo analýzou struktur relevantního trhu. Podnik nelze považovat za potenciálního konkurenta, pokud jeho vstup na trh neodpovídá životaschopné hospodářské strategii [52].

54. Zadruhé Soudní dvůr analyzoval různé důkazy uvedené v bodě 40 tohoto stanoviska až ve druhé fázi analýzy v rozsudku Generics (UK), když posuzoval potenciální hospodářskou soutěž s ohledem na strukturu farmaceutického trhu a hospodářský a právní kontext upravující jeho fungování. Znění úvodní části bodu 43 tohoto rozsudku nemůže být v tomto ohledu jasnější.

[47] – Trh je považován za „přístupný konkurentům“, pokud: i) neexistují žádné překážky vstupu na trh nebo odchodu z něj; ii) všechny podniky, ať už zavedené na trhu nebo potenciální vstupující na trh, mají přístup ke stejné výrobní technologii; iii) všichni spotřebitelé a firmy mají k dispozici úplné informace o cenách; iv) vstupující na trh mohou vstoupit na trh a odejít z něj dříve, než zavedené podniky mohou upravit ceny [viz „Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition law“, Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD, 1993), s. 29, dostupné na následující elektronické adrese: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf)].

[48] – Viz body 39 a 47 tohoto stanoviska.

[49] – Viz rovněž v tomto smyslu rozsudek ze dne 25. března 2021, Lundbeck v. Komise (C-591/16 P, dále jen „rozsudek Lundbeck“, EU:C:2021:243, bod 54 a citovaná judikatura).

[50] – V tomto smyslu viz „Concept of potential competition“, OECD Competition Committee Discussion Paper, OECD, 2021, s. 15; a Dunne, N., „Potential competition in EU law“, ECLR 2021, 42,12, s. 639.

[51] – Rozsudek Generics (UK), bod 38.

[52] – Rozsudek ze dne 8. září 2016, Lundbeck v. Komise (T-472/13, dále jen „rozsudek Tribunálu Lundbeck“, EU:T:2016:449, bod 100 a citovaná judikatura).

55. Z toho vyplývá, že odůvodnění Soudního dvora v rozsudku Generics (UK) nelze použít na všechny hypotézy potenciální hospodářské soutěže, takže tyto důkazy nelze kvalifikovat jako „podmínky“, které musí být splněny, aby existoval vztah potenciální hospodářské soutěže mezi podniky vykonávajícími svou činnost na odlišných výrobkových trzích.

56. Toto zjištění však neznamená, že důkazy uvedené v tomto rozsudku a zopakované v následujících rozsudcích neposkytují užitečná vodítka při analýze věci, která může poskytnout objasnění s cílem pomoci předkládajícímu soudu při jeho výkladu. Přestože se tyto rozsudky týkají farmaceutického odvětví a vykazují specifika, která nelze použít na projednávanou věc, poskytují rámec pro různé důkazy, které mohou charakterizovat situaci potenciální hospodářské soutěže. Právě ve světle těchto úvah navrhuji jejich analýzu.

### *c) K použití důkazů, které mohou charakterizovat situaci potenciální hospodářské soutěže, v projednávané věci*

57. Připomínám, že TCRS, stejně jako AdC, kvalifikoval doložku o zákazu soutěžit jako dohodu o rozdělení trhu dodávek elektřiny na kontinentálním území Portugalska, když rozhodl, že MCH byla potenciální konkurentkou společnosti EDP Comercial na tomto trhu. Za účelem konstatování existence tohoto potenciálního soutěžního vztahu vycházel z: i) kontextu, v němž byla dohoda o partnerství uzavřena, a to uprostřed liberalizace nabídky v odvětví energetiky; ii) skutečnosti, že se strany navzájem považovaly za potenciální konkurentky, a iii) jednotlivých činností společností skupiny Sonae, konkrétně: a) existence partnerství se společností Endesa; b) přítomnost skupiny Sonae na trhu předcházejícím trhu výroby elektřiny a c) obchodní partnerství se společností GALP.

58. Navrhovatelky v původním řízení tvrdí, že MCH nelze kvalifikovat jako potenciální konkurentku a v případě neexistence takové kvalifikace se ruší samotný základ sporného rozhodnutí. Konkrétněji tvrdí, že skutečnosti, které AdC a TCRS vzaly v úvahu, a zejména tři výše uvedené skutkové okolnosti, byly irelevantní a nemohou prokázat vztah potenciální hospodářské soutěže.

59. V tomto ohledu uvádím, že vzhledem k tomu, že doložka o zákazu soutěžit měla z hlediska své podstaty a svého účelu nepochybně za důsledek dočasné udržení MCH nebo jakéhokoli jiného podniku, jehož většinovým vlastníkem byla společnost Sonae Investimentos, mimo trh dodávek elektřiny, je třeba určit, zda by v případě neexistence této doložky existovaly *skutečné a konkrétní možnosti* vstupu alespoň jednoho z těchto podniků na tento trh. Posouzení existence potenciální hospodářské soutěže proto musí být zaprvé posuzována s ohledem na strukturu trhu a hospodářský a právní kontext upravující jeho fungování a zadruhé podložena skutkovými okolnostmi.

60. Z toho vyplývá, že výchozím bodem analýzy musí být nutně portugalský právní rámec platný pro prodej elektrické energie, a zejména analýza překážek vstupu nových subjektů na trh. V tomto ohledu ze spisu ve věci vyplývá, že tento právní rámec od roku 1995 podpořil režim volné hospodářské soutěže tím, že zjednodušil podmínky přístupu k činnosti dodávek elektřiny a jejího výkonu, který podléhá pouze registraci, nikoli licenci [53]. AdC však údajně uznal, že náklady na vstup nebo rozšíření přetrvávají i po liberalizaci [54].

[53] – Viz prokázaná skutečnost č. 32 překládacího rozhodnutí.

[54] – Viz bod 686 sporného rozhodnutí.

61. Navzdory významu analýzy regulačního rámce se zdá, že předkládající soud klade Soudnímu dvoru spíše otázky týkající se ostatních kritérií, která vzal v úvahu AdC a TCRS, a v podstatě se táže, zda by každá ze skutkových okolností, na nichž je analýza založena, postačovala sama o sobě k přijetí závěru, že mezi stranami dohody o partnerství existuje potenciální hospodářská soutěž.

62. V tomto ohledu připomínám, že posouzení potenciální hospodářské soutěže je založeno na mnoha důkazech, které se liší podle relevantního trhu [55]. Tento kontextuální přístup je krom toho v souladu s důkazním standardem požadovaným pro konstatování protiprávního jednání podle článku 101 SFEU [56]. I když tedy některé důkazy samy o sobě nejsou rozhodující, mohou se vzájemně posilovat. V projednávané věci je proto třeba stanovit, zda důkazy ve svém souhrnu představují dostatečné prokázání existence potenciální hospodářské soutěže [57], což přísluší posoudit pouze předkládajícímu soudu [58].

*1) K relevantnosti úmyslu podniku vstoupit na trh (třetí otázka)*

63. Zaprvé, pokud jde o hodnotu, kterou je třeba přisoudit úmyslu podniku vstoupit na trh, z ustálené judikatury vyplývá, že přestože je takový úmysl „*případně relevantní*“ pro účely ověření, zda podnik může být považován za potenciálního konkurenta, rozhodným kritériem, na němž má spočívat taková kvalifikace, je nicméně jeho schopnost vstoupit na daný trh [59]. Tato kvalifikace musí být proto provedena na základě objektivního posouzení ve spojení s kritériem „schopnosti“ začlenit se na trhu. Důkazní prostředek subjektivní povahy, jako je úmysl, proto nemůže představovat samostatný, podstatný nebo nezbytný prvek pro prokázání existence potenciálního konkurenčního vztahu [60]. Tento přístup je v souladu s obecným pravidlem, podle kterého ačkoli úmysl účastníků není k určení omezující povahy dohody nezbytný, nic nezakazuje, aby jej zohlednily [61].

64. Navrhovatelky v původním řízení však tvrdí, že s ohledem na rozsudek Generics (UK) by „pevné odhodlání“ vstoupit na relevantní trh mělo být napříště jednou z podmínek, které je třeba splnit pro prokázání existence potenciálního konkurenčního vztahu.

65. Z důvodů, které již byly uvedeny v bodech 53 až 55 tohoto stanoviska, se nedomnívám, že Soudní dvůr chtěl takovou podmínku uložit nebo přinejmenším upravit kritérium týkající se úmyslu vstoupit na trh tak, že by jej zpřísnil. Naopak, význam přisuzovaný úmyslu stran byl podle mého názoru striktně spojen se skutkovými specifiky dotčených věcí [62]. V rozsudku Generics (UK) totiž nebyl „úmysl“ výrobce originálního léčivého přípravku převést hodnoty na výrobce generických léčivých přípravků výměnou za odklad jeho vstupu na trh s účinnou látkou, která se stala volnou, i když prvně uvedený výrobce vytýká druhému, že porušil jeho patenty na postup,

55 – Viz bod 48 tohoto stanoviska.

56 – Viz rozsudek Tribunálu Toshiba, bod 93.

57 – V tomto smyslu viz rozsudek E.ON Ruhrgas, bod 106.

58 – S ohledem na velmi věcnou povahu předložených otázek upřesňuji, že v rámci řízení podle článku 267 SFEU je úloha Soudního dvora omezena na výklad ustanovení unijního práva. Nepřísluší tak Soudnímu dvoru, nýbrž předkládajícímu soudu, aby s konečnou platností posoudil, zda je účelem dotčené dohody s ohledem na všechny relevantní skutečnosti, jimiž se vyznačuje situace v původním řízení, a na hospodářský a právní kontext, do kterého tato situace zapadá, omezení hospodářské soutěže [viz rozsudek ze dne 18. listopadu 2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, body 51 a 52)].

59 – Viz rozsudek Visa Europe, bod 168; rozsudek E.ON Ruhrgas, bod 87; rozsudek Portugal Telecom, bod 186, a rozsudek Tribunálu Servier, bod 318.

60 – Viz rozsudek ze dne 29. června 2012, GDF Suez v. Komise (T-370/09, EU:T:2012:333, bod 84); rozsudek Visa Europe, bod 169, a rozsudek Tribunálu Lundbeck, bod 102.

61 – Viz rozsudek ze dne 2. dubna 2020, Budapest Bank a další (C-228/18, EU:C:2020:265, bod 53 a citovaná judikatura).

62 – Viz rozsudek Generics (UK), bod 55.

považován za *silnou indicii* podmínky hospodářské soutěže potvrzující vlastní schopnost výrobce generických léčivých přípravků vstoupit na uvedený trh. Tento přístup byl potvrzen v rozsudku Lundbeck [63] a v rozsudku Tribunálu Servier [64].

66. I když v situacích, kdy podniky nepůsobí na stejných výrobkových trzích, může skutková okolnost, která ukazuje úmysl vstoupit na trh, podporovat schopnost takového vstupu, je nicméně vedlejší a není nezbytná pro prokázání vztahu potenciální hospodářské soutěže.

*2) K relevantnosti přípravných úkonů umožňujících vstup na trh (čtvrtá a šestá otázka)*

67. Zadruhé, pokud jde o význam, který je třeba přisuzovat přípravným úkonům umožňujícím vstup na trh ve velmi krátkém čase, konstatuji, že i když byla tato skutečnost předmětem analýzy v rozsudku Generics (UK) [65], z důvodů, které vyplývají z analýzy provedené výše, nemůže představovat nutnou podmínku pro prokázání existence potenciální hospodářské soutěže.

68. Volba odkazu na přípravné kroky v rozsudku Generics (UK) byla totiž vnitřně spojena se specifiky farmaceutického odvětví, a zejména se skutečností, že vstup léčivého přípravku obsahujícího účinnou látku, která se stala volnou, na trh podléhá zvláštním regulatorním a právním omezením. Soudní dvůr mimoto vysvětlil, že tyto kroky umožnily zejména prokázat *vlastní schopnost* výrobce generických léčivých přípravků vstoupit na tento trh [66].

69. Z toho vyplývá, že prvek přípravných kroků nemůže představovat samostatný požadavek na prokázání potenciálního soutěžního vztahu a musí být analyzován ve spojení s prvkem *schopnosti*. Jeho relevance proto bude záviset na konkrétním kontextu trhu, přičemž tento prvek má omezenou relevanci, pokud je relevantní trh přístupný konkurentům.

70. Předkládajícímu soudu tedy přísluší posoudit relevanci takového důkazu tak, že zaprvé posoudí, zda vstup podniku na trh s elektřinou podléhal regulatorním omezením nebo omezením specifickým pro otevření trhu s elektřinou, a zadruhé dobu potřebnou k získání případných povolení opravňujících podnik k dodávkám elektřiny. Takové posouzení je součástí globálnějšího posouzení *schopnosti* podniku vstoupit na tento trh tak rychle, aby byl způsobilý vyvíjet konkurenční tlak. V projednávané věci tato doba odpovídá období dvou let po uzavření dotčené dohody (doba, která odpovídá době platnosti doložky o zákazu soutěžit) [67]. V tomto ohledu se zdá, že na rozdíl od farmaceutického odvětví neexistovala žádná administrativní omezení, která by mohla zabránit vstupu nového subjektu na trh dodávek elektřiny v době závěrečné fáze liberalizace tohoto trhu [68].

63 – Rozsudek Lundbeck, body 56, 57 a 117.

64 – Rozsudek Servier, bod 382.

65 – Rozsudek Generics (UK), bod 43.

66 – Rozsudek Generics (UK), body 41 a 44. Regulatorní a právní omezení představovala: i) registrace pro uvedení generické verze dotyčného léčivého přípravku na trh (udělení registrace příslušným vnitrostátním orgánem); ii) požadavky na udržování dostatečných zásob; a iii) právní kroky, které mají zpochybnit patenty na výrobní postup držené výrobcem originálního léčivého přípravku. Z hlediska shrnutí kroků nutných pro vstup na tento trh viz také rozsudek Tribunálu Servier, bod 337.

67 – Viz obdobně rozsudek Tribunálu Servier, body 333 až 336.

68 – V tomto ohledu viz body 13 a 85 tohoto stanoviska. Viz také rozsudek E.ON Ruhrgas, v němž Tribunál neshledal žádné přípravné kroky při posuzování skutečných a konkrétních možností vstupu na trh dodávek zemního plynu.

*3) K relevantnosti vnímání podniku působícího na relevantním trhu (devátá otázka)*

71. Zatřetí, pokud jde o vnímání podniku působícího na relevantním trhu, Soudní dvůr mohl předpokládat takové vnímání ze strany výrobce originálních léčivých přípravků v rozsudku Generics (UK) na základě skutečnosti, že provedl významné převody hodnot ve prospěch výrobce generických léčivých přípravků, přičemž toto jednání ukázalo riziko, které výrobce generických léčivých přípravků představuje pro jeho obchodní zájmy [69]. Stejně jako ostatní skutkové okolnosti byl i tento prvek považován za relevantní s ohledem na specifika relevantního trhu a nemůže představovat důkazní požadavek pro účely prokázání potenciálního konkurenčního vztahu.

72. V projednávané věci není ze spisu zřejmé, zda se TCRS opíral o důkazy spojené s existencí (případného) vnímání, neboť předkládající soud uvádí, že TCRS ve svém rozhodnutí v prvním stupni zohlednil skutečnost, že „dotčené strany se *navzájem považovaly za potenciální konkurentky*“ [70], aniž však upřesnil druh důkazů, které měl k dispozici. Při neexistenci takových důkazů vyvstává otázka, zda samotná existence doložky o zákazu soutěžit může svědčit o takovém vnímání, zejména v kontextu liberalizovaného trhu.

73. V tomto ohledu z judikatury Soudního dvora vyplývá, že uzavření dohody mezi podniky s účelem udržet jeden z nich mimo určitý trh je „silnou indicií“ existence konkurenčního vztahu [71]. Taková analýza mi připadá logická. Pokud by se strany dohody o zákazu soutěžit nevnímaly jako potenciální konkurentky, neměly by v zásadě [72] žádný důvod takovou dohodu uzavírat. Existence takové dohody má smysl pouze tehdy, pokud existuje hospodářská soutěž, kterou je možné omezit, a uzavření takové dohody představuje uznání skutečnosti, že strany jsou přinejmenším potenciálními konkurentkami [73].

74. Stejně jako v případě ostatních citovaných skutečností je však samotná existence doložky o zákazu soutěžit přinejmenším *silnou indicií* existence potenciálního konkurenčního vztahu, tento vztah musí být potvrzen dalšími skutečnostmi týkajícími se reality trhu. Předkládajícímu soudu proto přísluší, aby s ohledem na důvody uvedené k odůvodnění doložky o zákazu soutěžit přezkoumal, zda toto vnímání podporuje existenci takové potenciální hospodářské soutěže.

*4) K relevantnosti činností společností skupiny Sonae na sousedních výrobkových a zeměpisných trzích (čtvrtá a sedmá otázka)*

75. Začtvrté, pokud jde o relevanci činností společností skupiny Sonae na sousedních výrobkových a zeměpisných trzích, je třeba rozlišovat mezi existencí společného podniku Sodesa a existencí výroby elektřiny z kogenerační elektrárny.

76. Zaprvé, pokud jde o společný podnik Sodesa (*čtvrtá otázka*), je třeba připomenout, že v napadeném rozsudku měl TCRS za to, že skupina Sonae získala know-how v oblasti dodávek elektřiny prostřednictvím partnerství uzavřeného mezi podnikem vlastněným společností Sonae Capital a společností Endesa, která je ve Španělsku dlouholetým subjektem na trhu výroby

[69] – Rozsudek Generics (UK), body 56, 57 a 42, a stanovisko ve věci Generics (UK), body 60 a 86. V tomto smyslu viz rovněž rozsudek Tribunálu Lundbeck, bod 104.

[70] – Viz původní žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, s. 244.

[71] – V tomto smyslu viz rozsudek Toshiba, body 33 a 34; rozsudek Portugal Telecom, bod 180; rozsudek ze dne 28. června 2016, Telefónica v. Komise (T-216/13, dále jen „rozsudek Telefónica“, EU:T:2016:369, body 218 a 227); jakož i rozsudek Tribunálu Lundbeck, bod 144.

[72] – Viz nicméně bod 104 tohoto stanoviska týkající se případných odůvodnění doložky o zákazu soutěžit.

[73] – V tomto smyslu viz rozsudek Portugal Telecom, body 178 až 180.

a dodávek elektřiny[74]. Podle TCRS toto získané know-how usnadnilo vstup na tento trh a bylo proto relevantní v rámci posouzení potenciální hospodářské soutěže. Kromě toho zrušení tohoto partnerství více než tři roky před uzavřením dohody o partnerství, o kterou se jedná ve věci v původním řízení, nevylučovalo kvalifikaci MCH jako potenciální konkurentky.

77. V tomto ohledu zaprvé konstatuji, že skutečnost, že společnost Sodesa ukončila svou činnost v roce 2008, tedy tři a půl roku před podpisem dohody o partnerství, neznamená, že AdC neměl jako důkaz potenciální hospodářské soutěže zohlednit skutečnost, že skupina Sonae získala know-how na relevantním trhu a v relativně nedávné minulosti již vyvíjela činnost v oblasti dodávek elektřiny v Portugalsku. Jakákoli skutečnost, a to i před uzavřením dohody o partnerství, může být relevantní pro určení potenciální hospodářské soutěže[75]. V tomto smyslu toto know-how mohlo být skutečně užitečné pro účely vstupu na trh dodávek elektřiny v krátké době, což by pro společnost EDP Comercial představovalo konkurenční omezení.

78. Zadruhé, pokud jde o argument, že společnost Sonae SGPS, která získala know-how v odvětví dodávek elektřiny díky své účasti (prostřednictvím jedné ze svých dceřiných společností) ve společnosti Sodesa, nebyla stranou dohody o partnerství ani nebyla uvedena v doložce o zákazu soutěžit, je třeba uvést, že bez ohledu na to, zda by společnost Sonae SGPS mohla být považována za jediný podnik s MCH pro účely práva hospodářské soutěže, nic nebrání tomu, aby byla jako prvek skutkového kontextu zohledněna skutečnost, že některé společnosti skupiny Sonae vykonávaly svou činnosti prostřednictvím společnosti Sodesa na stejném trhu jako EDP Comercial. V tomto smyslu může podnik působící v odvětví maloobchodního prodeje potravin, který je součástí skupiny působící rovněž v odvětví energetiky, zajisté vyvíjet větší tlak z důvodu svého potenciálního vstupu na trh než podnik, který je součástí hospodářské skupiny působící výhradně v odvětví maloobchodního prodeje potravin. V kontextu téže analýzy jsou však argumenty předložené společností MCH ohledně skutečných možností převodu know-how ze společnosti Sonae Capital v rámci skupiny, a zejména na společnost MCH po zrušení společnosti Sodesa[76], otázkou skutkového posouzení, které je sice rozhodující, pokud jde o váhu, kterou je třeba přikládat partnerství se společností Endesa, ale spadá výlučně do pravomoci předkládacího soudu.

79. Zatřetí, pokud jde o kogenerační elektrárnu (*sedmá otázka*), ze spisu vyplývá, že jedna ze společností skupiny Sonae, konkrétně Sonae Capital SGPS, na kterou se nevztahuje subjektivní působnost doložky o zákazu soutěžit, vykonávala svou činnost v oblasti výroby elektřiny v Portugalsku od září 2009, mimo jiné prostřednictvím nabytí celého základního kapitálu podniku, který vlastní a provozuje kogenerační elektrárnu na zemní plyn v oblasti Paiã (Portugalsko).

80. Na základě těchto zjištění však nelze posoudit důkazní hodnotu, kterou je třeba tomuto důkazu přikládat. Jelikož se na společnost Sonae Capital doložka o zákazu soutěžit nevztahuje a sporné rozhodnutí jí nebylo určeno, přísluší předkládajícímu soudu, aby určil souvislost mezi výrobními činnostmi v kogenerační elektrárně a případným usnadněním vstupu společnosti MCH na trh dodávek energie[77].

[74] – Toto partnerství mělo podobu společného podniku Sodesa, který by každá ze zúčastněných společností vlastnila z 50 % a jehož cílem by bylo dodávat elektřinu na liberalizovaný portugalský trh. Účast společnosti Sonae Capital trvala od roku 2002 do roku 2008, kdy společnost Sodesa ukončila svou činnost.

[75] – V tomto smyslu viz rozsudek Tribunálu Lundbeck, bod 138, a rozsudek Tribunálu Servier, bod 385.

[76] – Společnost MCH tvrdí, že po zrušení společnosti Sodesa úředníci zapojení do partnerství přestali pracovat pro skupinu Sonae.

[77] – V tomto ohledu viz analýza uvedená v bodě 85 tohoto stanoviska.

*5) K relevantnosti partnerství se společností GALP (šestá otázka)*

81. Zapáté, pokud jde o relevanci partnerství se společností GALP, připomínám, že jako další základ pro existenci potenciálního konkurenčního vztahu mezi navrhovatelkami vychází rozsudek TCRS ze skutečnosti, že od roku 2004 společnost MCH a společnost GALP, což je subjekt působící na trhu dodávek elektřiny v Portugalsku a na trhu dodávek pohonných hmot, navázaly partnerství, v jehož rámci poskytují společným zákazníkům slevy na nákup pohonných hmot (na stanicích GALP) a spotřebního zboží (v prodejnách provozovaných společností MCH) ve formě poukázek nebo kupónů (dále jen „vzájemný program“).

82. V tomto ohledu se s ohledem na výše uvedenou analýzu domnívám, že v kontextu liberalizace trhu a vzhledem k tomu, že společnost GALP byla přímou konkurentkou společnosti EDP, nelze AdC jistě vytýkat, že analyzoval partnerství uzavřené mezi společnostmi MCH a GALP, a to bez ohledu na skutečnost, že toto partnerství bylo uzavřeno více než sedm let před uzavřením dohody, jelikož bylo v době uzavření dohody o partnerství dotčené v původním řízení stále v platnosti. Aniž je však dotčeno posouzení důkazní hodnoty, kterou je třeba tomuto partnerství přikládat, konstatuji, že vzhledem k tomu, že vzájemný program se týká výhradně maloobchodní distribuce pohonných hmot pro vozidla, zdá se méně pravděpodobné, že by přímo vytvářel výhody, které by mohly usnadnit vstup společnosti MCH na trh dodávek elektrické energie.

*6) K relevantnosti činností podniků na předcházejícím trhu výroby elektřiny (pátá a sedmá otázka)*

83. Zašesté a jako poslední, pokud jde o relevanci činností stran na trhu výroby elektřiny, z napadeného rozsudku vyplývá, že společnost MCH a další společnosti vlastněné společností Sonae Investimentos, které jsou všechny vázány doložkou o zákazu soutěžit, působily od roku 2009 na trhu výroby elektřiny prostřednictvím zařízení na mikrovýrobu a minivýrobu elektrické energie využívajících fotovoltaické panely umístěné na střechách maloobchodních prodejen provozovaných těmito společnostmi. Tato přítomnost na předcházejícím trhu výroby elektřiny přivedla TCRS k závěru o existenci potenciální hospodářské soutěže mezi společnostmi MCH a EDP Comercial na trhu dodávek elektřiny.

84. V tomto ohledu je třeba poznamenat, že trhy výroby elektřiny a dodávek elektřiny koncovým zákazníkům jsou odlišnými trhy. Je však třeba poznamenat, jak uvádí Komise, že podniky předcházející (nebo navazující) ve výrobním řetězci mají často dobré postavení jako potenciální účastníci nového trhu, a to i v odvětví elektřiny a plynu, zejména pokud mezi těmito trhy existuje vertikální integrace. Proto nelze AdC vytýkat, že zohlednil i tuto okolnost.

85. Pokud jde o význam, který je třeba přikládat skutečnosti, že společnost MCH vyrábí elektřinu pomocí zařízení umístěných na střechách svých provozoven v rámci zvláštního režimu, v němž je vyrobená elektrická energie dodávána za regulované ceny dodavateli poslední instance, tento význam je podmíněn čistě skutkovým posouzením, které Soudnímu dvoru nepřísluší. Předkládajícímu soudu proto přísluší ověřit, zda taková zařízení mohla přinést společnosti MCH skutečné a konkrétní výhody s ohledem na případný vstup na trh dodávek elektrické energie. Domnívám se však, že taková okolnost sama o sobě neumožňuje společnosti MCH nebo jakémukoli jinému podniku s většinovým podílem ve společnosti Sonae Investimentos zaujmout na navazujícím trhu dodávek elektřiny zvláště výhodné postavení, a to zaprvé s ohledem na neexistenci právních, technických a ekonomických vazeb mezi výrobní činností ve výše uvedeném zvláštním režimu a činností dodávky elektřiny a zadruhé s ohledem na značně omezený objem vyrobené elektrické energie, kdy hlavním cílem byla především ziskovost stávajícího aktiva, a nikoli dosažení zisku.

## *2. K právní kvalifikaci dohody o partnerství jako „vertikální dohody“*

86. Podstatou jedenácté předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda taková dohoda o partnerství, jako je dohoda dotčená v původním řízení, spadá pod pojem „dohoda o obchodním zastoupení“ nebo přinejmenším pod pojem „vertikální dohoda“ ve smyslu čl. 1 odst. 1 písm. a) nařízení č. 330/2010.

87. Pochybnosti předkládajícího soudu vyplývají v podstatě z jedné z argumentačních linií navrhovatelek v původním řízení, podle níž dohoda o partnerství dotčená v původním řízení spočívá v poskytnutí jejich příslušných prodejních sítí, prodejních sil a know-how za účelem přilákání, získání a zvýšení počtu zákazníků a obchodů druhé strany, což jsou vlastnosti, které spadají pod pojem „vertikální dohoda“, a konkrétněji „dohoda o obchodním zastoupení“. Tyto právní kvalifikace jsou relevantní pro posouzení doložky o zákazu soutěžit, neboť obchodní riziko a ochrana investic stran mohou sloužit ke kontextualizaci a odůvodnění jejího začlenění [78].

88. Před provedením přezkumu, zda lze dohodu dotčenou ve věci v původním řízení kvalifikovat jako „dohodu o obchodním zastoupení“ (sekce b) nebo přinejmenším jako „vertikální dohodu“ (sekce c), považuji za užitečné stručně připomenout rámec pro použití článku 101 SFEU na vertikální dohody (sekce a).

### *a) K použitelnosti článku 101 SFEU na vertikální dohody*

89. Článek 101 SFEU se vztahuje na vertikální dohody, které mohou ovlivnit obchod mezi členskými státy a které narušují hospodářskou soutěž (dále jen „vertikální dohody“). Vymezuje příslušný právní rámec pro posuzování vertikálních omezení, který přihlíží k rozlišování negativních a pozitivních účinků na hospodářskou soutěž. Ustanovení čl. 101 odst. 1 SFEU zakazuje dohody, které hospodářskou soutěž výrazně omezují, zatímco čl. 101 odst. 3 SFEU stanoví výjimku pro dohody, které poskytují dostatečné výhody, jež vyvažují jejich protisoutěžní účinky [79].

90. V rámci použití tohoto posledně uvedeného ustanovení Komise vymezila prostřednictvím nařízení kategorie vertikálních dohod, o kterých je možné se domnívat, že zpravidla splňují podmínky uvedené v čl. 101 odst. 3 SFEU, jako jsou zejména vertikální dohody o nákupu nebo prodeji zboží nebo služeb, pokud jsou tyto dohody uzavřeny mezi podniky, které mezi sebou nesoutěží [80]. Do těchto kategorií spadají určité druhy vertikálních dohod, o kterých je možné se domnívat, že mohou zlepšit hospodářskou účinnost uvnitř výrobního a distribučního řetězce zejména díky snížení obchodních a distribučních nákladů [81]. Pravděpodobnost, že dosažená účinnost převáží případné účinky škodlivé pro soutěž, závisí zejména na síle tržního postavení stran dohody, a tedy i na míře konkurenceschopnosti těchto podniků vůči dalším dodavatelům [82]. Z tohoto důvodu nařízení o výjimce zakládá domněnku, že nepřesáhne-li podíl každého z podniků účastnícího se dohody na relevantním trhu 30 %, vertikální dohody, které neobsahují určitá závažná omezení hospodářské soutěže, povedou obecně ke zlepšení výroby nebo distribuce a umožní spotřebitelům podílet se přiměřeně na výhodách, které z nich vyplývají.

[78] – Takové doložky jsou stanoveny zejména ve směrnici Rady 86/653/EHS ze dne 18. prosince 1986 o koordinaci právní úpravy členských států týkající se nezávislých obchodních zástupců (Úř. věst. 1986, L 382, s. 17; Zvl. vyd. 06/01, s. 177) v článku 7 odst. 2 a v článku 20.

[79] – Viz pokyny k vertikálním omezením (Úř. věst. 2010, C 130, s. 1), dále jen „pokyny k vertikálním omezením“, body 5 až 7.

[80] – Viz nařízení č. 330/2010, body 3 až 5 odůvodnění.

[81] – Viz nařízení č. 330/2010, bod 6 odůvodnění.

[82] – Viz nařízení č. 330/2010, bod 7 odůvodnění.

### *b) Ke kvalifikaci jako „dohoda o obchodním zastoupení“*

91. „Dohoda o obchodním zastoupení“ je specifickým typem vertikální dohody, na kterou se obecně nevztahuje zákaz čl. 101 odst. 1 SFEU[83]. Tato smlouva je vymezena jako smlouva uzavřená mezi podnikem (zmocnitel) a obchodním zástupcem, a sice „právnickou či fyzickou osobou, jíž byla svěřena pravomoc jednat nebo uzavírat smlouvy ve prospěch [zmocnitele], ať už vlastním jménem, či jménem zmocnitele, v souvislosti s nákupem zboží či služeb zmocnitelem nebo s prodejem zboží či služeb dodávaných zmocnitelem“[84]. Pro účely použití čl. 101 odst. 1 SFEU se dohoda považuje za „dohodu o obchodním zastoupení“, pokud obchodní zástupce nenese žádné nebo zanedbatelné riziko v souvislosti se smlouvami, které uzavírá nebo sjednává jménem zmocnitele[85]. V takových smlouvách je funkce obchodního zástupce při prodeji nebo nákupu nedílnou součástí činnosti zmocnitele, který nese obchodní a finanční rizika, což znamená, že žádná z povinností uložených obchodnímu zástupci v souvislosti se smlouvami, které uzavírá jménem zmocnitele, nespadá pod čl. 101 odst. 1 SFEU[86].

92. V projednávané věci navrhovatelky v původním řízení tvrdí, že dohoda o partnerství měla být považována za „dvě křížové dohody o obchodním zastoupení“ nebo za „dvoustrannou dohodu o obchodním zastoupení“, neboť každá ze smluvních stran podporuje prodej druhé strany[87].

93. S touto kvalifikací nemohu souhlasit.

94. Nejprve, ačkoli je s ohledem na článek 2.1 dohody o partnerství nesporné, že jejím účelem bylo podpořit činnosti společnosti EDP Comercial v oblasti dodávek elektřiny a činnosti společnosti MCH v maloobchodní distribuci[88], z obsahu této dohody nevyplývá, že smluvní strany měly v úmyslu dále prodávat výrobky druhé strany jako nezávislí distributoři tak, že by musely sjednávat nebo uzavírat smlouvy jako obchodní zástupci druhé smluvní strany[89].

95. Dále, jak vyplývá z pokynů k vertikálním dohodám, rozhodujícím faktorem pro definici dohody o obchodním zastoupení pro účely čl. 101 odst. 1 SFEU je obchodní nebo finanční riziko, které nese obchodní zástupce v souvislosti s činnostmi, pro které jej zmocnitel zmocnil[90]. Z předkládacího rozhodnutí přitom vyplývá, že zatímco náklady na realizaci partnerství (týkající se snížení cen, reklamy, marketingu a komunikace) nesly strany dohody o partnerství rovným dílem, toto neplatilo v případě výše slev[91].

96. Konečně za předpokladu, že náklady na realizaci partnerství byly „odměnou“ za služby obchodního zastoupení, je třeba konstatovat, že strany zřejmě realizovaly propagační kampaň pro své výrobky navzájem, a nikoli pro jednotlivé výrobky každé strany. Ze znění dohody

83 – Viz pokyny k vertikálním omezením, body 12 až 21.

84 – Viz pokyny k vertikálním omezením, bod 12.

85 – Viz pokyny k vertikálním omezením, body 15 a 18.

86 – Viz pokyny k vertikálním omezením, bod 18. Takové povinnosti vlastní dohodě o obchodním zastoupení, které určují obchodní strategii zmocnitele, jsou povinnosti, které ukládají omezení území, na kterém může obchodní zástupce toto zboží či služby prodávat, omezení zákazníků, kterým může obchodní zástupce smluvní zboží či služby prodávat a cenám a podmínkám, které musí obchodní zástupce při prodeji nebo nákupu smluvního zboží či služeb dodržovat.

87 – Přesněji tvrdí, že tato dohoda měla všechny znaky dohody o obchodním zastoupení, zejména: i) vzájemný závazek podporovat smlouvy jménem jiných osob; ii) jejich samostatnost; a iii) úplatnou povahu dohody o partnerství, kterou byla odměna obchodního zástupce spočívající v poplatku, k němuž byla druhá strana zavázána.

88 – Viz bod 7 tohoto stanoviska.

89 – Ačkoli název dohody není rozhodující pro určení její povahy, zůstává skutečností, že navrhovatelky svou dohodu nenazvaly „dohodou o obchodním zastoupení“ nebo „dohodou o distribuci“, ale „dohodou o partnerství“.

90 – Viz bod 91 tohoto stanoviska.

91 – Viz bod 11 tohoto stanoviska.

o partnerství totiž jasně vyplývá, že společnost MCH neměla prospěch z propagace smluv o dodávce elektřiny společnosti EDP Comercial, pokud se její zákazníci současně nepřipojili k věrnostnímu programu společnosti MCH. Stejně tak společnost EDP Comercial nepřesvědčovala zákazníky, aby se přihlásili do věrnostního programu MCH, pokud současně neuzavřeli smlouvu o dodávkách elektřiny. Proto nelze činnost každého z obou podniků považovat za samostatnou činnost na propagaci výrobků druhého podniku.

### *c) Ke kvalifikaci jako „vertikální dohoda“*

97. Pokud jde o kvalifikaci dohody o partnerství jako „vertikální dohody“, aby bylo možné použít nařízení o blokové výjimce, je třeba připomenout, že čl. 1 odst. 1 písm. a) nařízení č. 330/2010 definuje „vertikální dohody“ jako „dohody nebo jednání ve vzájemné shodě, jež byly uzavřeny mezi dvěma nebo více podniky, z nichž každý *pro účely dohody nebo jednání ve vzájemné shodě* jedná na různé úrovni výrobního nebo distribučního řetězce, a které se týkají podmínek, za kterých mohou strany nakupovat, prodávat nebo dále prodávat určité zboží nebo služby“ [92]. Posouzení vertikální povahy dohody se proto provádí ve vztahu k „účelům dohody“. Vertikální dohoda tedy může vzniknout i mezi konkurenty, pokud pro účely dohody strany působí na různých úrovních výrobního/distribučního řetězce. Proto je třeba otázku, zda dohoda o partnerství představuje vertikální dohodu, posuzovat nezávisle na zjištěné potenciální hospodářské soutěži.

98. V projednávané věci a navzdory následující analýze je třeba bez dalšího zdůraznit, že význam právní kvalifikace dohody o partnerství jako „vertikální dohody“ je třeba relativizovat, neboť posouzení protisoutěžní povahy doložky o zákazu soutěžit je třeba provést samostatně a konkrétněji ve vztahu k její vedlejší povaze [93]. Problémem ve věci v původním řízení totiž není dohoda o partnerství jako taková ale doložka o zákazu soutěžit [94]. Pochybuji proto, že skutečnost, že dohodu o partnerství lze kvalifikovat za „vertikální dohodu“, má nějaký vliv na posouzení protisoutěžní povahy této doložky.

99. Po učinění těchto poznámek uvádím, že z důvodů již uvedených v bodech 94 až 96 tohoto stanoviska vyplývá, že hlavním cílem partnerství bylo zvýšit prodej výrobků obou stran, a nikoli vůle působit jako nezávislí distributoři výrobků druhé strany. Strany proto prováděly společnou propagační kampaň pro jejich vzájemné výrobky, nikoli pro jednotlivé výrobky každé strany. Aniž je dotčeno posouzení předkládajícího soudu, skutkové okolnosti uvedené předkládajícím soudem naznačují, že tato dohoda má určitou podobnost s „dohodou o obchodním využití“ ve smyslu pokynů k dohodám o horizontální spolupráci [95], která byla uzavřena za účelem provedení společné reklamní kampaně na výrobky stran. Předkládajícímu soudu však přísluší, aby na základě případného vymezení relevantních trhů určil, zda taková dohoda zahrnuje spolupráci v oblasti prodeje, přičemž strany jednají pro účely dohody o partnerství na stejné úrovni hospodářského řetězce.

92 – Podotýkám, že tato definice byla zachována v čl. 1 odst. 1 nařízení Komise (EU) 2022/720 ze dne 10. května 2022 o použití čl. 101 odst. 3 [SFEU] na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě (Úř. věst. 2022, L 134, s. 4), které vstoupilo v platnost dne 1. června 2022 a nahradilo nařízení č. 330/2010. Viz rovněž pokyny k vertikálním omezením, body 24 až 26.

93 – Tato otázka je předmětem analýzy oddílu III. B.3 tohoto stanoviska.

94 – Kromě toho skutečnost, že dohoda představuje vertikální dohodu, nevylučuje možnost, že obsahuje omezení hospodářské soutěže „z hlediska účelu“. Platí totiž, že ačkoli bývají vertikální dohody ze své povahy méně škodlivé pro hospodářskou soutěž než dohody horizontální, mohou mít za jistých okolností i ony zvlášť vysoký omezující potenciál [v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 14. března 2013, Allianz Hungária Biztosító a další (C-32/11, EU:C:2013:160, bod 43), jakož i ze dne 26. listopadu 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, bod 21)].

95 – Viz pokyny o dohodách o horizontální spolupráci, body 225 až 228.

### *3. K vedlejší povaze doložky o zákazu soutěžit*

100. Podstatou desáté předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda lze takovou doložku o zákazu soutěžit, která je obsažena v dohodě o partnerství dotčené ve věci v původním řízení, považovat za omezení vedlejší k hlavní operaci této dohody, zejména s ohledem na její časovou, zeměpisnou a subjektivní působnost [96].

#### *a) K rámci pro posouzení „vedlejších omezení" obchodních dohod*

101. Nejprve je třeba připomenout, že jako „vedlejší omezení" je kvalifikováno jakékoli omezení, které se *přímo týká* provedení hlavní operace a je pro ni *nezbytné*, přičemž tato operace sama o sobě nemá protisoutěžní povahu [97]. Teorie vedlejších omezení, původně vyvinutá v rámci čistě obchodních dohod, ale rozšířená i v regulatorním odvětví [98], tak umožňuje posoudit účinky určitých omezení před uplatněním článku 101 SFEU.

102. Přesněji, v souladu s judikaturou Soudního dvora platí, že pokud se na operaci nebo určitou činnost nevztahuje zásada zákazu stanovená v čl. 101 odst. 1 SFEU, jelikož neovlivňuje hospodářskou soutěž nebo na ni má pozitivní účinek, na omezení obchodní samostatnosti jednoho nebo více subjektů zúčastněných na této operaci nebo činnosti se uvedená zásada zákazu taktéž nevztahuje, je-li tato činnost *objektivně nezbytná* k provedení uvedené operace nebo činnosti a je *přiměřená cílům* této operace nebo činnosti [99].

103. Pokud by tak oddělením takového omezení od hlavní operace nebo činnosti došlo k ohrožení její existence nebo jejích cílů, je třeba slučitelnost tohoto omezení s článkem 101 SFEU přezkoumat společně se slučitelností hlavní operace nebo činnosti, k níž přísluší, a to i v případě, že se na první pohled může totéž omezení posuzované samostatně jevit jako omezení, na něž se vztahuje zásada zákazu podle čl. 101 odst. 1 SFEU [100].

104. Konečně, pokud jde o doložky o zákazu soutěžit, je třeba konstatovat, že v rozhodovací praxi v oblasti práva hospodářské soutěže poskytují doložky o zákazu soutěžit stanovené v dohodách, které představují spojení podniků, horizontální dohody a vertikální dohody, zejména pokud jsou tyto doložky zásadní, buď k ochraně stran před rizikem spojeným s danou dohodou, nebo ke sladění pobídek jednotlivých stran, pokud jde o dosažení určitého výsledku, zcela legitimní důvody, které se mohou vyhnout použití čl. 101 odst. 1 SFEU.

[96] – Viz i) první, ii) druhá iii) třetí a čtvrtá odrážka desáté předběžné otázky.

[97] – Viz rozsudek ze dne 18. září 2001, M6 a další v. Komise (T-112/99, EU:T:2001:215, body 104 až 106). Viz také sdělení Komise o omezeních přímo se týkajících a nezbytných pro spojení podniků (2005/C 56/03) (Úř. věst. 2005, C 56, s. 24), bod 12.

[98] – Viz rozsudky ze dne 25. října 1977, Metro SB-Großmärkte v. Komise (26/76, EU:C:1977:167) a ze dne 28. ledna 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Z hlediska použití v regulatorní oblasti, viz mé stanovisko ve věci European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, body 85 až 124).

[99] – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 11. září 2014, MasterCard a další v. Komise (C-382/12 P, dále jen „rozsudek MasterCard", EU:C:2014:2201, bod 89 a citovaná judikatura) a rozsudek Hoffmann-La Roche, bod 69.

[100] – V tomto smyslu viz rozsudek MasterCard, bod 90 a rozsudek Hoffmann-La Roche, bod 70. Je-li třeba určit, zda může protisoutěžní omezení nepodléhat zákazu stanovenému v čl. 101 odst. 1 SFEU z toho důvodu, že je vedlejší ve vztahu k hlavní operaci, která nemá protisoutěžní povahu, je třeba zjistit, jestli by takovou operaci *nebylo možné bez dotčeného omezení uskutečnit*. Skutečnost, že by uvedenou operaci bez dotčeného omezení bylo možné provést jen obtížně nebo by byla méně zisková, nelze považovat za skutečnost, která tomuto omezení přiznává „objektivně nezbytnou" povahu, jež je nutná k tomu, aby mohlo být považováno za vedlejší. Takovýto výklad by se totiž rovnal rozšiřování tohoto pojmu na omezení, která nejsou zcela nezbytná k provedení hlavní operace. Takový výsledek by narušoval užitečný účinek zákazu stanoveného v čl. 101 odst. 1 SFEU (v tomto smyslu viz rozsudek MasterCard, bod 91, a rozsudek Hoffmann-La Roche, bod 71).

105. V tomto kontextu je třeba posoudit, zda lze doložku o zákazu soutěžit dotčenou ve věci v původním řízení kvalifikovat jako „vedlejší“ ve vztahu k operaci dohody o partnerství a zda se na ni nevztahuje čl. 101 odst. 1 SFEU.

### *b) K použití v projednávané věci*

106. V projednávané věci ze žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vyplývá, že navrhovatelky v původním řízení tvrdí, že v rámci dohody o partnerství dotčené v projednávané věci měla doložka o zákazu soutěžit chránit důvěrnost obchodně citlivých informací vyměňovaných za účelem realizace „Plano EDP Continente“. Taková doložka tedy byla striktně vedlejší k této dohodě. Domnívají se totiž, že doložky o důvěrnosti (doložka 16), ochraně duševního vlastnictví (doložka 11) a ochraně osobních údajů (doložka 9) dohody o partnerství nebyly dostatečné k ochraně jejich investic a know-how sdíleného v rámci jejich spolupráce. Krom toho také tvrdí, že dosah doložky o zákazu soutěžit byl dostatečně omezený, protože nepřesahoval odvětví činnosti, na něž se partnerství vztahovalo, a společnosti s přístupem k citlivým obchodním informacím. Konečně, tok informací pokračoval ještě nějakou dobu po skončení provádění partnerství, což umožnilo prodloužení doby platnosti doložky.

107. Z následujících důvodů a s ohledem na požadavky judikatury připomenuté v bodech 102 až 104 tohoto stanoviska se domnívám, že ačkoli spis předložený Soudnímu dvoru neobsahuje žádný důkaz, který by mohl zpochybnit příznivou nebo přinejmenším neutrální povahu dohody o partnerství uzavřené mezi společnostmi MCH a EDP Comercial z hlediska hospodářské soutěže, nelze naproti tomu mít za to, že doložka o zákazu soutěžit byla *objektivně nezbytná* pro provádění této dohody a *přiměřená cílům*, které tato dohoda sledovala.

108. Na jedné straně, pokud jde o *objektivní nezbytnost doložky*, i když připouštím, že ochrana citlivých obchodních údajů může být považována za legitimní cíl v rámci dohody o partnerství, který vyžaduje vhodná opatření omezující jednání smluvních stran, domnívám se nicméně, že takovou doložku o zákazu soutěžit, jako je doložka dotčená v původním řízení, nelze považovat za *nezbytně nutnou* s ohledem na tento cíl.

109. Zaprvé totiž konstatuji, že zatímco deklarovaným cílem stran dohody o partnerství je zabránit si navzájem ve využívání citlivých obchodních informací k vlastnímu prospěchu prostřednictvím konkurenční činnosti, a zejména zabránit společnosti MCH ve vstupu na trh dodávek elektřiny nízkého napětí nebo plynu spotřebitelům, přijaté smluvní řešení spočívá v zabránění samotné možnosti vykonávat tuto činnost. Toto řešení se mi přitom jeví jako nepřiměřené sledovanému cíli, neboť za účelem zabránění tomu, co by mohlo představovat nekalou soutěž prostřednictvím využití informací patřících jedné ze stran, doložka jednoduše odstraňuje samotnou možnost takové konkurenční činnosti. Tento zjevný rozdíl mezi sledovaným cílem a zvoleným smluvním řešením by měl sám o sobě postačovat k závěru, že doložka o zákazu soutěžit je nepřiměřená, zejména s ohledem na skutečnost, že smluvní zákaz uložený společnosti MCH vstoupit na trh dodávek elektřiny se časově shodoval s kritickým obdobím liberalizace trhu dodávek elektřiny nízkého napětí.

110. Zadruhé v důsledku výše uvedené analýzy mám za to, že k ochraně toku citlivých obchodních informací mohla být přijata méně omezující řešení. Například zavedení systému oddělení informací [„chinese wall“ (čínská zeď)] v kombinaci se stávajícími doložkami o důvěrnosti, ochraně duševního vlastnictví a ochraně údajů by bylo vhodné a stejně účinné k ochraně dotčených citlivých obchodních informací.

111. Na druhé straně, i kdyby doložka o zákazu soutěžit byla objektivně nezbytná pro provedení partnerství, domnívám se, že její provedení nelze považovat za *přiměřené cílům* sledovaným dohodou o partnerství.

112. Zaprvé, pokud jde o subjektivní působnost doložky o zákazu soutěžit, připomínám, že zatímco dohoda o partnerství se týká dodávek elektřiny nízkého napětí spotřebitelům, doložka o zákazu soutěžit se vztahuje na veškeré dodávky elektřiny, a to na všechna napětí dohromady, včetně dodávek elektřiny středního a vysokého napětí průmyslovým zákazníkům a dodávek plynu.

113. Zadruhé, pokud jde o okolnost, že časová působnost doložky o zákazu soutěžit se shoduje s obdobím, během něhož strany dohody o partnerství dotčené v původním řízení nebyly oprávněny využívat obchodní tajemství nebo know-how získané při jejím provádění, je třeba konstatovat, že i kdyby tato okolnost byla prokázána [101], ze skutkových okolností věci vyplývá, že vzhledem k tomu, že poslední poukázky vydané spotřebitelům byly založeny na jejich spotřebě do 31. prosince 2012, omezení zaměřené na ochranu obchodně citlivých informací do 31. prosince 2013 se mi jeví na první pohled nepřiměřené.

### *4. Ke kvalifikaci doložky o zákazu soutěžit jako omezení hospodářské soutěže „z hlediska účelu“*

114. Podstatou první a osmé předběžné otázky předkládajícího soudu, které je třeba přezkoumat společně, je, zda doložka o zákazu soutěžit, která v rámci dohody o partnerství spočívá v tom, že zakazuje zejména maloobchodnímu prodejci potravin, který je stranou této dohody, vstoupit na trh dodávek elektřiny, na němž je druhá strana této dohody významným aktérem, a to v době závěrečné fáze liberalizace tohoto trhu, může představovat omezení z hlediska účelu, třebaže spotřebitelé mají z této dohody určité výhody (*první otázka*) a tato doložka je omezena na dobu platnosti dohody plus jeden další rok (*osmá otázka*).

#### *a) K pojmu „protisoutěžní účel“ ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU*

115. Rozlišení mezi omezením z hlediska účelu nebo důsledku, ohledně kterého předkládající soud klade své otázky, již bylo předmětem rozsáhlé a podrobné judikatury. Proto pouze připomínám, že proto, aby se na dohodu vztahoval zákaz stanovený v čl. 101 odst. 1 SFEU, musí mít dohoda za „účel nebo důsledek“ zabránění, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu, přičemž protisoutěžní účel a důsledek dohody jsou podmínky, které nejsou kumulativní, ale alternativní [102].

116. Za tímto účelem připomínám, že zásadní právní kritérium pro určení, zda dohoda představuje omezení hospodářské soutěže „z hlediska účelu“, spočívá v konstatování, že taková dohoda vykazuje sama o sobě *dostatečný stupeň škodlivosti pro hospodářskou soutěž k tomu, aby bylo možné mít za to, že není třeba zkoumat její důsledky* [103]. To vychází z okolnosti, že některé formy koordinace mezi podniky mohou být považovány za škodlivé pro řádné fungování

[101] – V tomto ohledu viz původní žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, s. 168, body 5 a 6, kde je uvedeno, že okolnost, že doložka o zákazu soutěžit měla za cíl ochránit „důvěrnost obchodně citlivých informací sdílených mezi stranami a know-how vyplývající z partnerství“ a „obchodní tajemství, důvěrné informace, obchodně citlivé informace a investice, které strany sdílely v rámci Plano EDP Continente“, je součástí „neprokázaných skutečností“.

[102] – V tomto ohledu viz mé stanovisko ve věci European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, body 58 až 63 a citovaná judikatura).

[103] – Viz rozsudek ze dne 12. ledna 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, bod 106 a citovaná judikatura).

normální hospodářské soutěže již ze své povahy [104]. Při posuzování, zda dohoda mezi podniky vykazuje takový dostatečný stupeň škodlivosti, je třeba se soustředit zejména na obsah jejích ustanovení, na cíle, kterých má dosáhnout, jakož i na hospodářský a právní kontext, do kterého spadá [105]. V rámci posuzování tohoto kontextu je rovněž třeba zohlednit povahu dotčeného zboží nebo služeb, jakož i skutečné podmínky fungování a struktury dotčeného trhu nebo trhů [106]. Konečně, pojem „omezení z hlediska účelu“ musí být vykládán striktně [107].

### *b) K posouzení doložky o zákazu soutěžit*

117. Doložku o zákazu soutěžit dotčenou v původním řízení, pokud není vedlejším omezením dohody o partnerství, lze postavit na roveň dohodě o rozdělení trhů, která stejně jako dohody o stanovení cen představuje zjevné omezení hospodářské soutěže, tradičně považované za zvlášť závažné porušení pravidel hospodářské soutěže. Soudní dvůr totiž rozhodl, že dohody, jejichž cílem je rozdělení trhů, samy o sobě mají cíl omezující hospodářskou soutěž a náleží do kategorie dohod výslovně zakázaných čl. 101 odst. 1 SFEU. Pokud jde o takové dohody, analýza hospodářského a právního kontextu, do kterého je dané jednání začleněno, se tak může omezit na to, co se jeví jako nutně nezbytné pro závěr o existenci omezení hospodářské soutěže z hlediska účelu [108].

118. Ačkoli podle této judikatury není nutné zohlednit hospodářský kontext, do kterého doložka o zákazu soutěžit spadá, jeho zohlednění v projednávaném případě dále potvrzuje její omezující povahu. V projednávané věci se totiž uplatnění doložky o zákazu soutěžit prolínalo se zvláštním kontextem liberalizace trhu dodávek elektřiny nízkého napětí na kontinentálním území Portugalska. Konkrétněji byla tato doložka uzavřena několik měsíců před úplnou liberalizací trhu dodávek elektřiny, což odpovídalo ukončení regulovaných cen pro všechny koncové spotřebitele. V této souvislosti měl zavedený portugalský provozovatel na tomto trhu, společnost EDP, zájem na odrazení potenciálních konkurentů od vstupu na trh. Podle mého názoru tedy tento kontext může ještě více posilovat škodlivou povahu dohody o rozdělení trhů mezi zavedeným provozovatelem a subjektem, který by mohl potenciálně vstoupit na trh.

119. Konečně se domnívám, že skutečnost, že tato doložka o zákazu soutěžit je součástí širší spolupráce, konkrétně dohody o partnerství, která může vést ke zvýšení efektivity v zájmu některých spotřebitelů, nic nemění na závěru, že taková dohoda o rozdělení trhu je sama o sobě omezením z hlediska účelu. Z výše uvedených důvodů totiž tato doložka nepředstavovala omezení nezbytné pro uplatňování dohody o partnerství, a tudíž ani pro dosažení efektivity, kterou mohla přinést. V tomto smyslu tato případná efektivita nesouvisela s doložkou o zákazu soutěžit, nýbrž s dohodou o partnerství, a proto se jí nelze dovolávat k odůvodnění prosoutěžní povahy této doložky. V tomto smyslu tato případná efektivita nesouvisela s doložkou o zákazu soutěžit, nýbrž s dohodou o partnerství, a proto se jí nelze dovolávat k odůvodnění prosoutěžní povahy této doložky. V každém případě z judikatury Soudního dvora vyplývá, že pokud se strany dohody dovolávají prosoutěžních účinků, které jsou s dohodou spojeny, musí být tyto účinky jakožto součásti kontextu této dohody pro účely její kvalifikace jako „omezení z hlediska účelu“

[104] – Viz rozsudek ze dne 11. září 2014, CB v. Komise (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, bod 50 a citovaná judikatura).

[105] – Viz rozsudky ze dne 14. března 2013 Allianz Hungária Biztosító a další (C-32/11, EU:C:2013:160, bod 34) a ze dne 11. září 2014, CB v. Komise (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, bod 53).

[106] – Viz rozsudek ze dne 12. ledna 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, bod 107 a citovaná judikatura).

[107] – Rozsudek Generics (UK), bod 67 a citovaná judikatura.

[108] – Viz rozsudek Toshiba, body 28 a 29.

řádně zohledněny, jelikož mohou zpochybnit celkové posouzení dostatečného stupně škodlivosti příslušného koluzivního jednání z hlediska hospodářské soutěže, a tudíž její kvalifikaci jako „omezení z hlediska účelu“ [109].

120. Z toho vyplývá, že za konkrétních okolností projednávané věci je třeba doložku o zákazu soutěžit – za předpokladu, že bude shledáno, že není vedlejším omezením dohody o partnerství a že strany dohody o partnerství jsou přinejmenším potenciálními konkurentkami – posoudit jako omezení hospodářské soutěže z hlediska účelu ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU, které nevyžaduje žádnou zvláštní analýzu jejích důsledků.

## IV. Závěry

121. S přihlédnutím k výše uvedenému navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžné otázky položené Tribunal da Relação de Lisboa (odvolací soud v Lisabonu, Portugalsko) odpověděl takto:

„1) Článek 101 odst. 1 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že maloobchodní prodejce potravin, který je vázán dohodou o partnerství s dodavatelem elektřiny, jejímž účelem je prostřednictvím systému vázaného prodeje podporovat jejich činnosti a která obsahuje doložku o zákazu soutěžit, může být považován za potenciálního konkurenta na trhu dodávek elektřiny, ačkoli v době uzavření této dohody nevykonával na tomto trhu žádnou činnost, pokud je s ohledem na podmínky vstupu na uvedený trh a na hospodářský a právní kontext, který upravuje jeho fungování, prokázáno, že tento maloobchodní prodejce měl skutečné a konkrétní možnosti vstoupit na tento trh, přičemž toto prokázání musí být založeno na důkazech specifických pro trh dodávek elektřiny. Pro účely ověření, zda lze takový podnik považovat za potenciálního konkurenta a zda tedy představuje konkurenční tlak pro dodavatele elektřiny, mohou být relevantní – posuzovány společně, a nikoli nutně samy o sobě rozhodující – zejména důkazy, které se týkají (i) úmyslu maloobchodního prodejce potravin vstoupit na trh dodávek elektřiny jako důkaz jeho schopnosti vstoupit na tento trh; (ii) přípravných kroků za účelem vstupu na trh, zejména s ohledem na případná regulatorní omezení nebo omezení vlastní otevření trhu dodávek elektřiny, které by mohly potvrdit schopnost uvedeného podniku vstoupit na tento trh tak rychle, aby byl způsobilý vyvíjet konkurenční tlak, což v projednávané věci odpovídá době platnosti doložky o zákazu soutěžit; (iii) vnímání maloobchodního prodejce potravin dodavatelem elektřiny, přičemž skutečnost, že dodavatel elektřiny vložil do dohody doložku o zákazu soutěžit, je silnou indicií existence potenciálně konkurenčního vztahu, který však musí být potvrzen dalšími důkazy týkajícími se skutečných podmínek vstupu na trh; (iv) různých činností dalších podniků ve skupině, do níž maloobchodní prodejce patří, na trhu dodávek elektřiny nebo na sousedních trzích, pokud je prokázána souvislost mezi těmito činnostmi a schopností maloobchodního prodejce vstoupit na tento trh v krátkém časovém období, a to i v případě, že tyto činnosti předcházely uzavření dohody o partnerství, a bez ohledu na to, zda tyto podniky byly, či nebyly vázány doložkou o zákazu soutěžit; a (v) činností maloobchodního prodejce potravin na předcházejícím trhu výroby elektřiny, pokud tyto činnosti mohou maloobchodnímu prodejci potravin přinést skutečné a konkrétní výhody za účelem případného vstupu na trh dodávek elektřiny.

[109] – Rozsudek ze dne 12. ledna 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, body 139 až 141 a citovaná judikatura).

2) Článek 1 odst. 1 písm. a) nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 [SFEU] na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě musí být vykládán v tom smyslu, že dohoda o partnerství mezi maloobchodním prodejcem potravin a dodavatelem elektřiny, jejímž účelem je prostřednictvím systému vázaných prodejů podpořit jejich činnosti, nespadá pod pojem „vertikální dohoda“, a to bez ohledu na to, zda je třeba tyto podniky považovat za skutečné nebo potenciální konkurenty, neboť se předpokládá, že tyto podniky jednají pro účely dohody o spolupráci na stejné úrovni hospodářského řetězce.

3) Článek 101 odst. 1 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že doložka o zákazu soutěžit sjednaná mezi stranami v rámci takové dohody o partnerství, jako je dohoda ve věci v původním řízení, by neměla být vyňata z působnosti tohoto ustanovení proto, že tato doložka má vedlejší charakter v rámci této dohody, ledaže je prokázáno, že taková doložka je objektivně nezbytná pro provedení partnerství a přiměřená cílům, které tato dohoda sleduje.

4) Článek 101 odst. 1 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že taková doložka o zákazu soutěžit, jako je doložka obsažená v dohodě o partnerství dotčené v původním řízení – za předpokladu, že je uzavřena mezi dvěma podniky, které jsou považovány přinejmenším za potenciální konkurenty – musí být považována za dohodu o rozdělení trhů, která představuje omezení hospodářské soutěže z hlediska účelu, aniž je nutné prokázat její konkrétní škodlivé důsledky, ledaže lze tuto doložku považovat za omezení vedlejší k hlavní dohodě.“