Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ATHANASIOS RANTOS
presentadas el 2 de marzo de 2023 [1]

Asunto C-331/21

Autoridade da Concorrência,
EDP — Energias de Portugal, S. A.,
EDP Comercial — Comercialização de Energia, S. A.,
Sonae MC SGPS, S. A., anteriormente Sonae Investimentos y Sonae MC — Modelo Continente SGPS,
Modelo Continente Hipermercados, S. A.
con intervención de:
Ministério Público

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Artículo 101 TFUE — Acuerdo entre un proveedor de electricidad y un minorista del sector de la alimentación que explota hipermercados y supermercados — Cláusula de no competencia — Competencia potencial — Distinción entre acuerdo vertical y acuerdo horizontal — Restricción de la competencia "por el objeto" o "por el efecto" — Reglamento (UE) n.º 330/2010 — Acuerdo de agencia — Liberalización del mercado de la comercialización de electricidad»

I. Introducción

1. Una cláusula de no competencia incluida en un contrato de asociación entre empresas que operan en mercados de producto diferentes ¿puede constituir un acuerdo cuyo objeto es contrario a la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE? ¿En qué condiciones? Esa es, en esencia, la cuestión que constituye el objeto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal).

2. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre cuatro aspectos de la interpretación del artículo 101 TFUE, apartado 1, en los cuales pueden subsumirse las cuestiones prejudiciales planteadas: i) apreciación de una relación de competencia potencial entre empresas que operan en mercados de producto distintos; ii) calificación jurídica de un acuerdo de asociación dirigido a

[1] Lengua original: francés.

la promoción de las actividades de las partes; iii) carácter accesorio de una cláusula de no competencia en ese acuerdo, y iv) calificación de esa cláusula como restricción de la competencia «por el objeto».

II. Procedimiento principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

3. En el litigio principal, la Autoridade da Concorrência (Autoridad de competencia, Portugal; en lo sucesivo, «AdC») se enfrenta a las demandantes en el litigio principal, a saber, EDP — Energias de Portugal, S. A. (en lo sucesivo, «EDP Energias»), EDP Comercial — Comercialização de Energia, S. A (en lo sucesivo, «EDP Comercial»), Sonae MC, SGPS, S. A. (anteriormente denominada Sonae Investimentos SGSP, S. A, y Sonae MC — Modelo Continente SGPS; en lo sucesivo, «Nueva Sonae MC»), y Modelo Continente Hipermercados, S. A (en lo sucesivo, «MCH»), en relación con diversas sanciones económicas que les impuso la AdC [2] con arreglo al artículo 9, apartado 1, letra c), de la Ley portuguesa de Competencia [3] por haber incluido una cláusula de no competencia en un acuerdo de asociación. El Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal) redujo el importe de esas sanciones económicas.

4. Por un lado, MCH y Nueva Sonae MC forman parte de un grupo de empresas portuguesas que operan en múltiples sectores de actividad [4] (en lo sucesivo, «grupo Sonae»). En ese grupo, MCH desarrolla su actividad en el sector de la distribución de productos de alimentación en Portugal y explota una serie de establecimientos (hipermercados y supermercados). Nueva Sonae MC, cuyo objeto social consiste en la gestión de participaciones en sociedades y opera en el mismo sector, es titular de la totalidad del capital social de MCH.

5. Por otro lado, EDP Energias y EDP Comercial forman parte de un grupo portugués cuya sociedad matriz es EDP Energias, que desarrolla su actividad, en particular, en el sector de la producción, de la distribución y de la comercialización de electricidad y gas natural. Ese grupo es el operador portugués más importante en el mercado de la producción, distribución y comercialización de electricidad.

A. Acuerdo de asociación objeto del litigio principal

6. El 5 de enero de 2012, EDP Comercial y MCH celebraron un acuerdo de asociación denominado «Programa EDP Continente» (en lo sucesivo, «acuerdo de asociación») con el fin de captar clientes, estimular las ventas y ofrecer descuentos a los consumidores. En la fecha de celebración de ese acuerdo, las sociedades parte en él no competían en ningún mercado de producto o geográfico, incluido el de la comercialización al por menor y del suministro de electricidad y de gas natural.

2 A excepción de Sonae MC — Modelo Continente SGPS, a la que no se le impuso ninguna sanción económica al no tener volumen de negocios y que fue absorbida por Sonae Investimentos, que modificó su denominación social por la de Sonae MC.

3 El artículo 9, apartado 1, de la lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei n.º 2/99, de 13 de janeiro [Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo, por la que se aprueba el nuevo régimen de la competencia] (*Diário da República*, série I, n.º 89, de 8 de mayo de 2012; en lo sucesivo, «Ley portuguesa de Competencia») establece que: «quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas […] que tengan por objeto o efecto impedir […] la competencia en una parte o en la totalidad del mercado nacional, en particular los que consistan en: […] c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento».

4 En particular, en los sectores de la distribución minorista, de las telecomunicaciones y servicios audiovisuales, de la gestión de centros comerciales, de los productos de madera, del turismo y de la producción de energía fotovoltaica o por cogeneración.

7. Ese acuerdo incluía una cláusula 2.1, que definía en los siguientes términos el objeto del acuerdo de asociación: «Favorecer el desarrollo de las actividades de comercialización de electricidad en régimen libre, por parte de EDP Comercial, y de distribución al por menor de productos alimenticios y no alimenticios, por parte de MCH, en los hipermercados y supermercados [titularidad de MCH], así como en los establecimientos comerciales, explotados por otras sociedades participadas por Sonae Investimentos, SGPS, S. A., además de [MCH] […]».

8. Desde el punto de vista comercial, esa asociación implicaba la concesión de descuentos en el precio de la electricidad reservados a los clientes titulares de la «Tarjeta Continente», una tarjeta de descuentos propiedad de MCH inscrita en el programa de fidelización creado por esta. Al margen de la titularidad de esa tarjeta, los clientes que quisieran adherirse al «Programa EDP Continente» debían celebrar con EDP Comercial un contrato de suministro eléctrico de baja tensión para el mercado liberalizado en Portugal continental. Esos clientes se beneficiaban así de un descuento del 10 % en su consumo de electricidad suministrada por EDP Comercial. Este descuento daba lugar a la emisión de vales de descuento de un importe igual al del descuento, cargados en la tarjeta Continente de los clientes en cuestión, que podían utilizarlos para realizar compras en los establecimientos del grupo Sonae indicados en la cláusula 2.1.

9. Inicialmente, EDP Comercial debía soportar en exclusiva el coste de los descuentos.[5] No obstante, estaba previsto que, una vez aumentara el tráfico en los citados establecimientos y el volumen de negocios resultante del «Programa EDP Continente», MCH asumiera parte del coste de los descuentos concedidos. Los demás costes de la asociación vinculados a la publicidad, marketing, comunicación y defensa procesal debían correr a cargo de EDP Comercial y MCH por partes iguales.

10. La cláusula 12.1 del acuerdo de asociación, titulada «Exclusividad», tenía el siguiente tenor: «Durante la vigencia del presente acuerdo, y durante el plazo de un año después de su vencimiento, [MCH] se compromete a: a) no desarrollar, directamente o a través de las sociedades en cuyo capital posee una participación mayoritaria [Sonae Investimentos], la actividad de comercialización de electricidad y de gas natural en Portugal continental; b) no negociar o establecer, con ningún proveedor de electricidad o de gas natural que no se halle en una relación de control o en una relación de grupo con EDP Comercial […], acuerdos de asociación, empresas conjuntas, acuerdos de principio, campañas publicitarias u otros, que tengan por objeto o efecto conceder descuentos u otros beneficios patrimoniales relacionados con la electricidad o el gas natural […]». En virtud de la cláusula 12.2, EDP Comercial asumió las mismas obligaciones con respecto al mercado de la distribución minorista de productos alimenticios en Portugal continental.

11. El acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2012, si bien el plazo de adhesión de los consumidores transcurrió únicamente entre los días 9 de enero de 2012 y 4 de marzo de 2012. Podían celebrarse contratos de suministro eléctrico en una red de 180 locales comerciales explotados por MCH, cuyo suministro compartían EDP Comercial y MCH. En total, 146 775 clientes se adhirieron al «Programa EDP Continente», de los cuales 137 144 estuvieron vinculados contractualmente a EDP Comercial durante y después de la finalización de la campaña. La suma de los descuentos de que se beneficiaron los miembros del «Programa EDP Continente» ascendió a 6 907 354 euros, y la tasa total de activación de los cupones alcanzó cerca de 6 024 252 euros. De ese valor, 1 795 912 euros fueron soportados por MCH.

[5] MCH debía emitir mensualmente una nota de adeudo por el importe de los vales emitidos y activados durante el mes anterior, que debía abonarse al final del mes de emisión de cada factura.

B. Marco jurídico

12. El órgano jurisdiccional remitente indica que ese acuerdo de asociación coincidió con una etapa crucial del proceso de liberalización del mercado de la comercialización de electricidad en Portugal, dado que los precios regulados para la baja tensión iban a expirar a finales del año 2012.

13. A este respecto, el proceso de liberalización de la comercialización de electricidad en Portugal se llevó a cabo de manera progresiva a partir de 1995. El marco normativo portugués aplicable a la comercialización de energía eléctrica favoreció, a partir de 1995, un régimen de libre competencia en el sector, simplificando las condiciones legales de acceso y de ejercicio de la actividad de suministro eléctrico, que ya solo estaba sujeta a registro y no a una licencia, favoreciendo así la entrada de operadores independientes. En 2006, se estableció un período transitorio durante el que los consumidores pudieron elegir entre el mercado regulado y el mercado liberalizado basándose exclusivamente en la oferta que les resultaba más atractiva, sin ningún tipo de carga o restricción desde el punto de vista reglamentario.

14. A partir del 1 de enero de 2011 se suprimieron los precios regulados aplicables a los clientes finales para la comercialización de electricidad de muy alta, alta y media tensión y de baja tensión específica. El 1 de julio de 2012 y el 1 de enero de 2013 se suprimieron, respectivamente, los precios regulados aplicables a la comercialización de electricidad de baja tensión (pequeño comercio/hogares) para clientes finales cuya potencia contratada fuera igual o superior a 10,35 kVA y para clientes cuya potencia contratada fuera inferior a 10,35 kVA. Después de esas fechas, solo pudieron celebrarse nuevos contratos en el mercado liberalizado. [6]

C. Decisión controvertida

15. El 4 de mayo de 2017, a raíz de una denuncia presentada durante el mes de enero por el Ministério da Economia e do Emprego (Ministerio de Economía y de Trabajo, Portugal) por supuestas irregularidades derivadas del acuerdo de asociación, la AdC adoptó una decisión (en lo sucesivo, «decisión controvertida») mediante la cual impuso a las demandantes en el litigio principal sanciones económicas por un importe total igual a 38 300 000 euros por haber cometido una infracción en materia de competencia «por el objeto» de conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Ley portuguesa de Competencia.

16. Según la AdC, la infracción del Derecho de la competencia consistía en la celebración de un acuerdo entre empresas que tenía por objeto el reparto de mercados y que revestía la forma de una cláusula de no competencia incorporada al acuerdo de asociación [es decir, las cláusulas 12.1(a) y 12.2(a)]. Los mercados afectados por esa cláusula, todos ellos situados en Portugal continental, eran i) el mercado de la comercialización de electricidad, ii) el mercado de la comercialización de gas, y iii) el mercado de la distribución minorista de productos alimenticios. Esa autoridad reprochó a las demandantes en el litigio principal haber ejecutado ese acuerdo durante un período de dos años, en un momento crucial para el proceso de liberalización del mercado nacional de la comercialización de electricidad, lo cual reforzó aún más su carácter contrario a la competencia.

[6] Se establecieron, no obstante, regímenes tarifarios transitorios para los consumidores que no habían optado, llegadas esas fechas, por celebrar un contrato en el mercado liberalizado. Se aplicaron a esos consumidores los precios definidos por la Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Autoridad de Regulación de los Servicios Energéticos, Portugal) con un margen para incitarles a acudir al mercado liberalizado. El último de esos regímenes expiró el 31 de diciembre de 2017.

17. A raíz de diversos recursos interpuestos por las demandantes en el litigio principal, el 30 de septiembre de 2020 el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) confirmó la decisión controvertida, reduciendo en un 10 % el importe de las sanciones económicas a la luz de las ventajas que el acuerdo en cuestión había procurado a los hogares a través de los descuentos. [7]

18. Al igual que la AdC, ese órgano jurisdiccional consideró que, en el marco del acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal, las demandantes en el litigio principal habían celebrado un «pacto de no competencia» constitutivo de una restricción de la competencia por su objeto. Para llegar a esa conclusión, el citado órgano jurisdiccional tuvo en cuenta, en particular, las actividades del grupo Sonae en los mercados de la producción y de la comercialización de electricidad antes y durante la ejecución de ese acuerdo de asociación, a saber: i) la creación de una asociación entre una empresa del grupo Sonae y Endesa SA, mediante la constitución de la empresa conjunta Sodesa — Comercialização de Energia SA (en lo sucesivo, «Sodesa»), [8] ii) la creación de una asociación entre MCH y Petróleos de Portugal — Petrogal SA (en lo sucesivo, «GALP»), [9] y iii) el ejercicio de actividades en los mercados de la minigeneración, de la microgeneración y de la cogeneración de energía eléctrica por MCH y otras empresas pertenecientes a grupo Sonae. [10] Según ese mismo órgano jurisdiccional, únicamente empresas competidoras, actuales o potenciales, podrían haber tenido un eventual interés en la celebración de ese pacto.

19. Las demandantes en el litigio principal y la AdC recurrieron la sentencia del Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) ante el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa), órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto. En su recurso, dirigido exclusivamente contra el importe de las sanciones económicas, la AdC solicita la anulación de la sentencia del Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) en la medida en que reduce en un 10 % el importe de las sanciones económicas que dicho organismo había impuesto. [11] Por su parte, las demandantes en el litigio principal consideran, entre otras cosas, que no han cometido ningún acto contrario a la competencia y solicitan en consecuencia al órgano jurisdiccional remitente que anule esa sentencia en su totalidad y, con carácter subsidiario, que reduzca el importe de la sanción económica. [12] Por lo demás, las demandantes en el litigio principal solicitan al órgano jurisdiccional remitente que plantee una petición de decisión prejudicial. Las once cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente reproducen, en esencia, las formuladas por esas demandantes.

7 El Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) justificó esta reducción por el hecho de que el acuerdo de asociación había permitido beneficiarse a las familias portuguesas de importantes descuentos y adquirir bienes de primera necesidad. Las demandantes en el litigio principal fueron condenadas al pago de las siguientes sanciones: EDP Energias, 2 610 000 euros, EDP Comercial, 23 220 000 euros, Sonae Investimentos, 2 520 000 euros y MCH, 6 120 000 euros.

8 Véase el punto 76 de las presentes conclusiones.

9 Véase el punto 81 de las presentes conclusiones.

10 Véase el punto 83 de las presentes conclusiones.

11 La AdC aduce que no pueden invocarse las ventajas que el acuerdo de asociación ha procurado a los consumidores para fundamentar una reducción del importe de la sanción económica y que, en todo caso, una reducción del 10 % resulta excesiva.

12 Las demandantes en el litigio principal alegaron, en particular: i) que no existía ninguna competencia, ni real ni potencial, en la fecha en la que se celebró el acuerdo de asociación y que, por lo tanto, no puede considerarse que la cláusula de no competencia tenga efectos contrarios a la competencia, ii) que el objeto de ese acuerdo no era restrictivo de la competencia y iii) que no había ningún elemento de hecho o de Derecho que permitiera imputar responsabilidades a las sociedades matrices interesadas.

D. Cuestiones prejudiciales

20. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si el acuerdo de asociación y, más concretamente, la cláusula de no competencia, ha podido tener un impacto negativo en la competencia en los mercados en cuestión.

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

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 101 [TFUE], en el que se inspira el artículo 9 de [la Ley portuguesa de la Competencia], en el sentido de que permite clasificar una cláusula de no competencia como las que figuran en las cláusulas 12.1 y 12.2 […] del acuerdo de asociación como un acuerdo de restricción por el objeto, celebrado entre un proveedor de electricidad y un minorista del sector de la alimentación que explota hipermercados y supermercados, con el fin de conceder descuentos a los clientes que simultáneamente se adhieran a un determinado plan de tarifas energético del proveedor de electricidad, disponible en Portugal continental, y sean titulares de una tarjeta de fidelización del minorista del sector de la alimentación, descuentos que únicamente pueden ser utilizados para adquirir productos en los establecimientos de este último o de sociedades vinculadas al mismo, cuando forman parte de dicho acuerdo otras cláusulas que establecen que el objeto del mismo era favorecer el desarrollo de las actividades de las sociedades intervinientes […] y se constatan los beneficios para los consumidores […], sin analizar los efectos concretos nocivos para la competencia que resultan de las citadas cláusulas 12.1 y 12.2?

2) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que un acuerdo por el que se prohíbe desarrollar ciertas actividades económicas y que corresponde a un supuesto reparto de mercados entre dos empresas puede [ser] considerado restrictiv[o] de la competencia por el objeto cuando se celebre entre entidades que no compiten entre sí, ni actual ni potencialmente, en ninguno de los mercados afectados por dicha obligación, aun cuando los mercados afectados por la misma pueden considerarse liberalizados o sin obstáculos legales insuperables a la entrada?

3) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que deben considerarse competidores potenciales un proveedor de electricidad y un minorista del sector de la alimentación que explota hipermercados y supermercados que han celebrado entre sí el citado acuerdo, con objeto de favorecer recíprocamente las actividades empresariales y el incremento de las ventas de la contraparte (y, en el caso del minorista del sector de la alimentación, de sociedades en cuyo capital posee una participación mayoritaria una de sus sociedades matrices), cuando el minorista del sector de la alimentación y estas últimas sociedades vinculadas al mismo no desarrollaban, en el momento en que se celebró el acuerdo, la actividad de proveedor de electricidad, ni en el mercado geográfico en cuestión ni en ningún otro, y cuando en el procedimiento no se ha demostrado que tuvieran la intención de desarrollar dicha actividad en ese mercado o que hubieran realizado algún trámite de cara al ejercicio de la misma?

4) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuestión prejudicial anterior si otra sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una sociedad matriz del minorista del sector de la alimentación que es parte del acuerdo (pero sin que ninguna de esas dos entidades haya sido inculpada o condenada por la Autoridad de la Competencia nacional ni haya sido parte en el

procedimiento sustanciado ante este tribunal), que no se hallaba comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación de no competencia, poseía una participación del 50 % en una tercera entidad que ha desarrollado actividades de comercialización de electricidad en Portugal, que finalizaron tres años y medio antes de la celebración del acuerdo como consecuencia de la disolución de esta última?

5) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuestión prejudicial anterior cuando la empresa minorista que es parte del acuerdo produce electricidad a través de sus instalaciones de minigeneración y de microgeneración situadas en la azotea de sus establecimientos, si bien entrega la totalidad de la energía producida, a precios regulados, al comercializador de último recurso?

6) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial en caso de que la empresa minorista que es parte del acuerdo haya celebrado ocho años antes de la fecha del mismo otro contrato de cooperación comercial (que sigue estando vigente en la fecha del acuerdo) con un tercero, distribuidor de combustibles líquidos, con objeto de conceder descuentos cruzados, relativo a la compra de dichos productos y de los productos vendidos en los hipermercados y supermercados de la empresa, cuando la empresa contraparte, a su vez, además de comercializar combustibles líquidos, también comercializa electricidad en Portugal continental, y cuando no ha quedado acreditado que las partes, en el momento en que se celebró el acuerdo, tuvieran la intención de extender dicho contrato a la comercialización de electricidad o hubieran realizado algún trámite para ello?

7) ¿Se mantiene invariable la respuesta a la cuarta cuestión prejudicial en caso de que otra sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una sociedad matriz del minorista del sector de la alimentación que es parte del acuerdo (pero, igualmente, sin que ninguna de esas dos entidades haya sido inculpada o condenada por la Autoridad de la Competencia nacional ni haya sido parte en el procedimiento sustanciado ante este tribunal), que no se hallaba comprendida en el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación de no competencia, producía electricidad en una instalación de cogeneración, si bien entregaba la totalidad de la energía producida, a precios regulados, al comercializador de último recurso?

8) En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones prejudiciales anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que puede considerarse restrictiva por el objeto una cláusula que prohíbe a dicho minorista del sector de la alimentación, durante la vigencia del acuerdo y en el año inmediatamente posterior, desarrollar actividades de comercialización de electricidad, por sí mismo o mediante una sociedad en cuyo capital posee una participación mayoritaria una de sus sociedades matrices, que es objeto del procedimiento, en el territorio cubierto por el acuerdo?

9) ¿Puede interpretarse el concepto de "competidor potencial", a efectos del artículo 101 TFUE, del artículo 1, apartado 1, letra c), del [Reglamento (UE) n.º 330/2010 [13]] y del apartado 27 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales (DO 2010, C 130, p. 1), [14] en el sentido de que incluye una empresa vinculada por una cláusula de no competencia que está presente en un mercado de producto completamente separado del de la contraparte en el acuerdo, cuando en los documentos que constan en los autos del litigio

13 Reglamento de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2010, L 102, p. 1)

14 En lo sucesivo, «Directrices relativas a las restricciones verticales».

sustanciado ante el tribunal nacional no existe ningún indicio concreto (como proyectos, inversiones u otros preparativos) de que, antes y a falta de dicha cláusula, la empresa en cuestión pudiera entrar a corto plazo en el mercado de la otra parte, ni ha quedado acreditado que dicha empresa fuera, antes y a falta de dicha cláusula, percibida por la contraparte en el acuerdo como una competidora potencial en el mercado de que se trata?

10) ¿Puede interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, en el sentido de que el mero hecho de que un acuerdo de asociación entre una empresa que se dedica a la comercialización de electricidad y una empresa que se dedica a la venta al por menor de productos alimenticios y no alimenticios de consumo doméstico, para la promoción cruzada de sus respectivas actividades (en cuyo marco, en particular, la primera empresa concede descuentos a sus clientes por su consumo de electricidad que la segunda empresa deduce del precio de las compras de dichos clientes en los establecimientos al por menor), contenga una cláusula en virtud de la cual ambas partes se comprometen a no competir entre sí ni a celebrar acuerdos similares con competidores de la otra, significa que el objeto de dicha cláusula es restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, aunque:

– el alcance temporal de la cláusula en cuestión (plazo de un año del acuerdo, más un año) coincida con el período, establecido en el mismo acuerdo, durante el cual las partes no están autorizadas a utilizar secretos comerciales o conocimientos técnicos adquiridos en el marco de la puesta en práctica de la asociación en proyectos con terceros;

– el alcance geográfico de la cláusula se limite al alcance geográfico del acuerdo;

– el alcance subjetivo de la cláusula se limite a las partes del acuerdo y a las empresas en cuyo capital poseen una participación mayoritaria y a otras empresas del mismo grupo que también poseen u operan establecimientos de venta al por menor incluidos en el ámbito de aplicación de dicho acuerdo;

– el alcance subjetivo de la cláusula excluya a la amplia mayoría de las sociedades pertenecientes al mismo grupo económico de las partes, las cuales, en consecuencia, no están vinculadas por la cláusula y pueden competir con la contraparte durante y después de la vigencia del acuerdo;

– las empresas sujetas a la cláusula de no competencia estén presentes en mercados de producto completamente separados y no haya quedado acreditado que en el momento en que se celebró el acuerdo hubieran desarrollado algún proyecto o plan, o realizado algún tipo de inversión u otro trámite, para entrar en el mercado de producto de la otra parte?

11) ¿Debe interpretarse el concepto de “acuerdo vertical”, a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, del artículo 1, apartado 1, letra a), del [Reglamento n.º 330/2010], y del apartado 25, letra c), de las [Directrices relativas a las restricciones verticales], en el sentido de que incluye un acuerdo con las características descritas en las cuestiones anteriores, en cuyo marco las partes están presentes en mercados de producto completamente separados y no se ha demostrado que hayan realizado, antes y a falta del acuerdo, ningún proyecto, inversión o plan para entrar en el mercado de producto de la otra parte, pero en cuyo marco las partes, a efectos del acuerdo en cuestión, ponen a disposición de la contraparte sus respectivas redes comerciales, equipos de ventas y conocimientos técnicos para promover, conseguir y aumentar la clientela y el negocio de la otra parte?»

22. Han presentado observaciones escritas las demandantes en el litigio principal, el Gobierno portugués y la Comisión Europea. Esas partes y la AdC, que no ha presentado observaciones escritas, formularon además observaciones orales en la vista que se celebró el 9 de noviembre de 2022.

III. Análisis

23. Antes de abordar las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente (sección B), considero conveniente aclarar determinados aspectos relativos a la competencia del Tribunal de Justicia para responderlas y pronunciarme sobre su admisibilidad (sección A).

A. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia y sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

24. Por un lado, en lo que respecta a la competencia del Tribunal de Justicia ha de señalarse que las demandantes en el litigio principal han sido condenadas exclusivamente sobre la base del artículo 9, apartado 1, de la Ley portuguesa de Competencia, pero no en virtud de una disposición del Derecho de la Unión. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional, ya que esta tarea incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente. [15] Se suscita pues la cuestión de si el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

25. A este respecto, es preciso subrayar que, según una jurisprudencia consolidada, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial relativa a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del litigio principal no estaban directamente comprendidos en el ámbito de aplicación de ese Derecho, pero en las que tales disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional mediante una remisión al contenido de aquellas. [16]

26. En este caso, no se discute que el artículo 9 de la Ley portuguesa de Competencia está inspirado en el contenido del artículo 101 TFUE [17] con el que, en esencia, se corresponde. Por lo tanto, esa disposición debe aplicarse conforme al artículo 101 TFUE, sobre todo teniendo en cuenta que el órgano jurisdiccional remitente estima que, para resolver el litigio de que conoce, es básico obtener aclaraciones sobre el alcance de determinados conceptos propios del Derecho de la competencia de la Unión.

27. De ello se desprende, desde mi punto de vista, que el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones prejudiciales.

15 Sentencia de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros [C-307/18, en lo sucesivo, «sentencia Generics (UK)», EU:C:2020:52)], apartado 25 y jurisprudencia citada.

16 Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, por ejemplo, de evitar eventuales distorsiones de la competencia, o incluso de garantizar un procedimiento único en situaciones comparables, existe un interés de la Unión manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme [véase, en ese sentido, la sentencia Generics (UK), apartados 26 y 27].

17 Según el órgano jurisdiccional remitente, el tenor de esa disposición «coincide sustancialmente con el tenor del artículo 101 TFUE, apartado 1».

28. Por otra parte, en lo que respecta a las exigencias relativas al contenido de una petición de decisión prejudicial que figuran en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, es preciso recordar que, a tenor de esa disposición, toda petición de decisión prejudicial debe contener, en particular, «una *exposición concisa del objeto* del litigio y de los *hechos pertinentes*, según se hayan constatado por el órgano jurisdiccional remitente, o al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones». [18] Esta exigencia también se aplica, en particular, en el ámbito de la competencia que se caracteriza por situaciones de hecho y de Derecho complejas. [19]

29. A este respecto, ha de señalarse que en el presente asunto el órgano jurisdiccional remitente no ha hecho un gran esfuerzo por realizar una «exposición concisa del objeto del litigio» [20] o por limitar esa exposición a los «hechos pertinentes», [21] aunque ha diferenciado, de entre los hechos pertinentes, los que se consideran probados [22] y los que no. [23] Las cuestiones prejudiciales deben analizarse exclusivamente a la luz de los hechos que se consideran probados.

30. Pues bien, es preciso observar que la segunda cuestión prejudicial se basa en un elemento fáctico que no se considera probado. Más concretamente, esa cuestión atañe a la calificación de la cláusula de no competencia como restricción por el objeto, cuando se refiere a «entidades que no son competidoras actuales o *potenciales*», y parte de la premisa de que no existe competencia potencial a pesar de que esa es precisamente una de las principales cuestiones que justifican la remisión prejudicial. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente subraya que una de las preguntas a las que debe responderse es si «las empresas a las que se dirige la decisión controvertida deben considerarse [competidoras potenciales]». [24]

31. Por consiguiente, aunque, en principio, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente disfrutan de una presunción de pertinencia, [25] y de que no corresponde al Tribunal de Justicia verificar la exactitud del marco fáctico, [26] la interpretación solicitada del artículo 101 TFUE, apartado 1, mediante esa cuestión prejudicial es, en el presente asunto, de carácter hipotético.

32. A la luz de todo lo anterior, considero que procede declarar la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial.

18 Las exigencias del artículo 94 del Reglamento de Procedimiento se recuerdan en el apartado 15 de las Recomendaciones [del Tribunal de Justicia] a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DO 2019, C 380, p. 1).

19 Véase la sentencia de 3 de marzo de 2021, Poste Italiane y Agenzia delle entrat — Riscossione (C-434/19 y C-435/19, EU:C:2021:162), apartado 77 y jurisprudencia citada.

20 La petición de decisión prejudicial consta de 277 páginas, carece de estructura y de coherencia y en ella no se ha realizado prácticamente ningún esfuerzo por sintetizar.

21 Únicamente una parte limitada de los 298 apartados dedicados a los «hechos probados» resulta pertinente para ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente.

22 Véase la petición de decisión prejudicial original, pp. 84 a 146 (apartados 1 a 298).

23 Véase la petición de decisión prejudicial original, pp. 167 a 169 (apartados 1 a 13).

24 Véase la petición de decisión prejudicial original, p. 229.

25 Véase la sentencia de 6 de octubre de 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800), apartado 28.

26 Véase la sentencia de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros (C-179/16, en lo sucesivo, «sentencia Hoffmann-La Roche», EU:C:2018:25), apartado 45.

B. Sobre las cuestiones prejudiciales

33. Al igual que todas las partes e interesados que han presentado observaciones escritas, considero que las cuestiones prejudiciales deben agruparse en torno a cuatro temas respecto de los cuales el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaraciones, a saber:

– el concepto de «competencia potencial» y, más concretamente, si empresas que operan en mercados de producto distintos pueden considerarse competidoras potenciales a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE y, en caso afirmativo, en qué condiciones (*cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena*);

– la calificación jurídica de un acuerdo de asociación celebrado entre empresas dirigido a la promoción cruzada de sus respectivas actividades (*undécima cuestión prejudicial*);

– las condiciones en las que una restricción de la competencia puede considerarse accesoria a un acuerdo cuyo objetivo no es contrario a la competencia (*décima cuestión prejudicial*); y

– la calificación de una cláusula de no competencia como restricción de la competencia «por el objeto» o «por el efecto» (*cuestiones prejudiciales primera y octava*).

34. Propongo examinar esos temas en el orden arriba indicado en la medida en la que el hecho de que las partes sean o no competidoras potenciales (sección 1) y el análisis de la naturaleza de ese acuerdo (sección 2) constituyen elementos importantes para determinar si la cláusula de no competencia debe considerarse accesoria al acuerdo (sección 3) o, en caso de respuesta negativa, una restricción de la competencia por el objeto (sección 4).

1. Sobre el concepto de «competencia potencial»

35. Mediante sus cuestiones prejudiciales tercera a séptima y novena, que conviene examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un minorista del sector de la alimentación que ha celebrado un acuerdo de asociación con un proveedor de electricidad cuyo objeto consiste en promover sus respectivas actividades y que contiene una cláusula de no competencia, puede considerarse competidor potencial en el mercado de la comercialización de electricidad, a pesar de que, en el momento en que celebró el acuerdo, no ejercía ninguna actividad en ese mercado y, en caso afirmativo, en qué condiciones.

36. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la pertinencia de los distintos elementos probatorios enumerados a continuación para determinar la existencia de una relación de competencia potencial en el mercado de la comercialización de electricidad:

– la intención de dicho minorista del sector de la alimentación de entrar en el mercado de la comercialización de electricidad (*tercera cuestión prejudicial*);

– las acciones preparatorias para esa entrada, incluidos indicios concretos que demuestran que ese minorista podía entrar a corto plazo en el mercado en cuestión, como proyectos, inversiones u otros preparativos (*cuestiones prejudiciales tercera y novena*);

– la percepción del proveedor de electricidad en cuanto a la presión competitiva que ejerce el minorista (*novena cuestión prejudicial*);

– las actividades de las sociedades del grupo de empresas al que pertenece el minorista en mercados adyacentes o conexos al mercado de la comercialización de electricidad (*cuestiones prejudiciales cuarta y sexta*); y

– la actividad del minorista del sector de la alimentación en el mercado anterior de la producción de electricidad (*cuestiones prejudiciales quinta y séptima*).

37. Mediante esas cuestiones que implican a los elementos de prueba que se examinaron en la sentencia Generics (UK), el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se aclare el alcance de esa sentencia y, más concretamente, si esos elementos constituyen a partir de ahora un criterio general para apreciar la existencia de competencia potencial.

38. Conviene recordar que, en la sentencia Generics (UK), el Tribunal de Justicia declaró que se encuentran en situación de competencia potencial, por una parte, un fabricante de medicamentos de referencia titular de una patente de procedimiento de fabricación de un principio activo que ha pasado a ser de dominio público y, por otra parte, una serie de fabricantes de medicamentos genéricos que se están preparando para comercializar el medicamento que contiene este principio activo, que mantienen una controversia sobre la validez de dicha patente o sobre si los medicamentos genéricos en cuestión infringen la patente, cuando quede acreditado que el fabricante de medicamentos genéricos tiene efectivamente la determinación firme y la capacidad inherente de entrar en el mercado y que este no se enfrenta a barreras a la entrada de carácter insuperable. [27]

39. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal de Justicia se basó en un criterio bien asentado en la jurisprudencia [28] consistente en determinar si existían *posibilidades reales y concretas* de que la empresa que no está en el mercado pertinente se integre en él y compita con la o las empresas que ya operan en él. De este modo, cuando se trata de un acuerdo cuya consecuencia es mantener temporalmente fuera del mercado a una empresa, es preciso determinar si habrían existido, a falta de dicho acuerdo, posibilidades reales y concretas de acceso. El Tribunal de Justicia explicó que este criterio excluye que una relación de competencia potencial pueda resultar de la mera posibilidad, puramente hipotética, de dicha entrada o incluso de una simple voluntad en tal sentido. A la inversa, no exige en absoluto que se demuestre con certeza que dicho fabricante entrará efectivamente en el mercado en cuestión ni, aún menos, que posteriormente estará en condiciones de mantenerse en él. Por último, confirmó que la apreciación de la existencia de una competencia potencial debe efectuarse atendiendo a la estructura del mercado y al contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento. [29]

27 Sentencia Generics (UK), apartado 58.

28 Véase el punto 47 y la nota a pie de página 38 de las presentes conclusiones.

29 Sentencia Generics (UK), apartados 36 a 39 y jurisprudencia citada.

40. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia apreció la existencia de una relación de competencia basándose exclusivamente en el criterio de las «posibilidades reales y concretas» de entrada en el mercado, teniendo en cuenta las particularidades reglamentarias y jurídicas del sector farmacéutico. [30]

41. Las demandantes en el litigio principal sostienen que, mediante la sentencia Generics (UK), el Tribunal de Justicia pretendió precisar el criterio general relativo al concepto de «competencia potencial» cuando las empresas en cuestión no están presentes en el mismo mercado de producto, exigiendo la concurrencia de tres requisitos que deben cumplirse de forma acumulativa y sucesiva: i) la empresa interesada debe tener la posibilidad real y concreta de acceder al mercado en cuestión; ii) debe tener la voluntad firme y la capacidad inherente de acceder a ese mercado; y iii) debe haber emprendido acciones preparatorias suficientes para acceder al citado mercado a corto plazo.

42. En ese contexto considero que, en primer término, conviene precisar el marco del análisis del concepto de «competencia potencial» [sección a)], en segundo término, recordar cómo se apreciaba la competencia potencial en la jurisprudencia anterior a la sentencia Generics (UK) [sección b)], y, en tercer término, examinar de forma concreta los distintos elementos de prueba a los que se refiere el órgano jurisdiccional remitente [sección c)].

a) Sobre el marco del análisis de la «competencia potencial»

43. Con carácter preliminar, es preciso recordar que, en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que «tengan por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Del tenor de dicha disposición se desprende, por lo tanto, que considerar que un acuerdo entre empresas puede restringir la competencia presupone la existencia de una competencia que pueda verse obstaculizada. [31] De esta manera, si el examen del contexto fáctico, económico y jurídico en el que se produce un acuerdo mostrara que las empresas de que se trata no pueden considerarse competidoras entre sí, tampoco cabría calificar automáticamente tal acuerdo como restrictivo de la competencia.

44. Ahora bien, las condiciones de competencia que existen en un mercado no descansan únicamente en la *competencia actual* —también denominada *real*— entre las empresas ya presentes en ese mercado de producto, sino también en la *competencia potencial* entre estas

30 A tal efecto, en la sentencia Generics (UK), el Tribunal de Justicia comprobó si: i) en la fecha en que se celebró el acuerdo, el fabricante de medicamentos genéricos había emprendido acciones preparatorias suficientes que le permitieran acceder al mercado en cuestión en un plazo idóneo para ejercer una presión competitiva sobre el fabricante de medicamentos de referencia (apartados 43 y 44); ii) la entrada en el mercado de dicho fabricante no se enfrentaba a barreras a la entrada de carácter insuperable (apartados 45 a 53), y si iii) existían elementos adicionales que corroborasen la constatación de la determinación firme y de la capacidad inherente del fabricante de medicamentos genéricos de acceder al mercado en cuestión, como el hecho de que la empresa en cuestión operara en el mismo nivel de la cadena de producción o la voluntad, manifestada por un fabricante de medicamentos de referencia y llevada a la práctica posteriormente, de efectuar transferencias de valores importantes en favor de un fabricante de medicamentos genéricos a cambio de que este último posponga la entrada en el mercado (apartados 55 a 57).

31 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Generics (UK) y otros [C-307/18, en lo sucesivo, «conclusiones presentadas en el asunto Generics (UK)», EU:C:2020:28], punto 57 y jurisprudencia citada.

últimas y las empresas que todavía no están presentes.[32] Esta constatación explica por qué, a falta de competencia actual o potencial, un acuerdo no puede ser restrictivo, con independencia de que tenga o no un objeto contrario a la competencia.[33]

45. En ese sentido, el concepto de «competencia potencial» pretende determinar el *grado de las presiones desde el punto de vista de la competencia* que ejercen las empresas que no operan en el mismo mercado de producto o mercado geográfico[34] y no se tiene en consideración para la definición de esos mercados, puesto que las condiciones en que representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso en esos mercados. Por lo tanto, el análisis de la competencia potencial no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia.[35] Desde esta perspectiva, la competencia potencial supone realizar un análisis prospectivo, lo cual explica por qué es pertinente al aplicar el artículo 102 TFUE[36] y para el control de las concentraciones.[37]

b) Sobre la apreciación de la «competencia potencial»

46. A la hora de aplicar el artículo 101 TFUE puede distinguirse entre dos supuestos: i) aquellos en los que las empresas desarrollan sus actividades en los mismos mercados de producto, pero en ámbitos geográficos diferentes y ii) aquellos en los que están presentes en mercados de producto diferentes.

47. Por un lado, *en cuanto a la competencia potencial entre empresas que desarrollan sus actividades en los mismos mercados de producto, pero en ámbitos geográficos diferentes*, el juez de la Unión ha tenido que analizar a menudo la existencia de una relación de competencia potencial en relación con acuerdos entre empresas que operan en el mismo mercado de producto, pero en

32 Véanse las conclusiones presentadas en el asunto Generics (UK), punto 58 y jurisprudencia citada.

33 Eso explica por qué es errónea, desde mi punto de vista la tesis que mantiene la Comisión en su observaciones, que se inspira en la sentencia de 12 de diciembre de 2018, Servier y otros/Comisión (T-691/14, en lo sucesivo, «sentencia Servier del Tribunal General», EU:T:2018:922, apartados 318 a 320), según la cual el nivel a partir del cual se reconoce la existencia de una competencia potencial puede variar en función del carácter nocivo del acuerdo.

34 Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5), apartado 13. Las demás fuentes de presión desde el punto de vista de la competencia son i) la sustituibilidad de la demanda y ii) la sustituibilidad de la oferta.

35 Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, apartado 24 y sentencia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión (T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245), apartado 834.

36 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Servizio Elettrico Nazionale y otros (C-377/20, EU:C:2021:998), punto 110.

37 La naturaleza prospectiva de este concepto hace que sea muy pertinente a efectos del control de las concentraciones entre empresas [véase el artículo 2, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 24, p. 1), así como el anexo I del Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 [DO 2004, L 133, p. 1, en su versión modificada, en particular, por el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013], a saber, el «Formulario CO» relativo a la notificación de las operaciones de concentración, que, en su apartado 6.4, en relación con el análisis de «otros mercados en que la operación notificada pueda tener un impacto significativo», prevé que «puede considerarse que una parte es un *competidor potencial* especialmente cuando tenga planeado entrar en un mercado o haya desarrollado o haya puesto en práctica en los últimos tres años tales planes»]. Véanse, asimismo, los apartados 58 a 60 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, C 31, p. 5).

mercados geográficos separados.[38] Esos asuntos, en los que básicamente se ha considerado que se trataba de acuerdos para el reparto de mercados geográficos que claramente tenían un objeto contrario a la competencia, han permitido a los órganos jurisdiccionales de la Unión determinar el umbral a partir del cual la puede constatarse la existencia de una restricción a una competencia potencial a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE. Más concretamente, en la sentencia ENS, inspirándose en la sentencia Delimitis,[39] el Tribunal General se refirió por primera vez al criterio de la existencia de *posibilidades reales y concretas* de acceso de otra empresa al mercado pertinente para apreciar la existencia de una competencia potencial.[40] Desde entonces, ese criterio ha sido retomado en multitud de ocasiones por los órganos jurisdiccionales de la Unión, cuando han tenido que determinar si un acuerdo podía hacer más difícil el acceso al mercado de competidores potenciales.[41]

48. Esa misma jurisprudencia también ha permitido constatar que, a efectos de comprobar la existencia de competencia potencial es preciso tener en cuenta las condiciones en las que se produce la competencia en el mercado de referencia y que, si la posibilidad de entrar en ese mercado fuera irreal o puramente teórica, no podría ser tomada en consideración.[42] En otras palabras, este examen debe llevarse a cabo sobre una base objetiva de esas posibilidades.[43] Esta apreciación caso por caso ha tenido como consecuencia que los órganos jurisdiccionales de la Unión se hayan visto obligados a analizar múltiples indicios relacionados con las particularidades de los mercados de producto en cuestión y referidos, en particular, a la facilidad para acceder a él para determinar el carácter plausible de ese acceso.[44]

49. Por otro lado, *en cuanto a la competencia potencial entre empresas que desarrollan sus actividades en mercados de producto diferentes*, he de señalar, de entrada, que ni el marco normativo ni la jurisprudencia exigen que la competencia potencial se produzca entre empresas que operan en el mismo mercado de producto.[45] Pues bien, los únicos hitos jurisprudenciales que podrían ser pertinentes a este respecto son las sentencias dictadas en asuntos relativos a acuerdos «pay-for-delay»,[46] por cuanto en el contexto de esos acuerdos las empresas en cuestión, en

38 Véanse las sentencias de 25 de enero de 2007, Salzgitter Mannesmann/Comisión (C-411/04 P, EU:C:2007:54); de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión (C-373/14 P, en lo sucesivo, «sentencia Toshiba», EU:C:2016:26); de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión (T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, en lo sucesivo, «sentencia ENS», EU:T:1998:198); de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión (T-44/00, EU:T:2004:218); de 14 de abril de 2011, Visa Europe y Visa International Service/Comisión (T-461/07, en lo sucesivo, «sentencia Visa Europe», EU:T:2011:181); de 29 de junio de 2012, E.ON Ruhrgas y E.ON/Comisión (T-360/09, en lo sucesivo, «sentencia E.ON Ruhrgas», EU:T:2012:332); de 21 de mayo de 2014, Toshiba/Comisión (T-519/09, no publicada, en lo sucesivo, «sentencia Toshiba del Tribunal General», EU:T:2014:263); y de 28 de junio de 2016, Portugal Telecom/Comisión (T-208/13, en lo sucesivo, «sentencia Portugal Telecom», EU:T:2016:368).

39 Sentencia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91), apartados 21 y 22.

40 Sentencia ENS, apartados 137 a 142.

41 Véase la nota a pie de página38 de las presentes conclusiones y las sentencias de 22 de marzo de 2011, Altstoff Recycling Austria/Comisión (T-419/03, EU:T:2011:102), apartado 65, y Visa Europe, apartados 22 y 83.

42 Sentencia Visa Europe, apartados 84 y 85.

43 Sentencia E.ON Ruhrgas, apartado 105.

44 A título ilustrativo, se han considerado pertinentes el carácter limitado del mercado doméstico de una ruta de transporte aéreo (sentencia de 4 de julio de 2006, easyJet/Comisión, T-177/04, EU:T:2006:187, apartado 118); los obstáculos a la entrada en el mercado ante la existencia de un monopolio histórico (sentencia E.ON Ruhrgas, apartado 94); las particularidades del tráfico transatlántico del transporte marítimo (sentencia de 28 de febrero de 2002, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-395/94, EU:T:2002:49, apartado 356), y la aceptación de proyectos de clientes situados en otro mercado geográfico (sentencia Toshiba del Tribunal General, apartado 232).

45 Véase, en tal sentido el apartado 10 de la Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DO 2011, C 11, p. 1; en lo sucesivo, «Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal»).

46 A saber, acuerdos celebrados, por un lado, por fabricantes de medicamentos de referencia titulares de una patente de procedimiento de fabricación de un principio activo que ha pasado a ser de dominio público y, por otro lado, fabricantes de medicamentos genéricos, en virtud de los cuales estos últimos se comprometen a no entrar (o a retrasar su entrada) en el mercado del medicamento de referencia que contiene ese principio activo genérico a cambio de que el fabricante de los medicamentos patentados efectúe pagos a su favor.

particular, no desarrollaban sus actividades en el mismo mercado de producto, dado que los fabricantes de medicamentos genéricos no tenían ninguna actividad en el mercado del medicamento de referencia cuando se concluyeron los acuerdos en cuestión.

50. A este respecto, ha de señalarse que es lógico que esas sentencias constituyan el único hito jurisprudencial habida cuenta de que la configuración de un acuerdo contrario a la competencia entre empresas que no desarrollan sus actividades en los mismos mercados de producto es infrecuente y difícil de concebir, en particular cuando las respectivas actividades de las empresas no se producen en mercados conexos (como mercados anteriores o posteriores en la cadena de producción). No obstante, esa configuración podría producirse especialmente cuando un mercado es expugnable. [47]

51. En este caso, no se discute que las partes del acuerdo de que se trata en el litigio principal no competían en los mismos mercados de producto, ni en Portugal ni en ningún otro lugar. En ese sentido la jurisprudencia relativa a las empresas que desarrollan sus actividades en los mismos mercados de producto podría parecer menos pertinente a primera vista, dado que, en principio, es más fácil determinar una relación de competencia potencial cuando las empresas ya están presentes en el mercado de producto, pero en ámbitos geográficos diferentes. Las demandantes en el litigio principal se basan fundamentalmente en esa consideración cuando aducen que, en situaciones en las que las empresas no operan en los mismos mercados de producto, el nivel de prueba exigible para demostrar la existencia de una relación de competencia potencial debería depender de criterios más estrictos. A falta de hitos jurisprudenciales útiles, la reciente jurisprudencia derivada de las sentencias relativas a acuerdos «pay-for-delay» resultaría pues pertinente.

52. No obstante, aunque es objetivamente más difícil probar la existencia de posibilidades reales y concretas de entrada en lo que respecta a empresas que desarrollan sus actividades en mercados de producto diferente, a diferencia de lo que sostienen las demandantes en el litigio principal no creo que mediante la sentencia Generics (UK) el Tribunal de Justicia pretendiera apartarse de su jurisprudencia anterior, exigiendo criterios más estrictos o elevando el nivel de prueba exigible para constatar la existencia de una relación de competencia.

53. En efecto, por un lado, en la sentencia Generics (UK), el Tribunal de Justicia recordó en un primer momento la jurisprudencia consolidada relativa al concepto de «competencia potencial», confirmando que el único criterio pertinente es el de las «posibilidades reales y concretas de que la empresa que no está en el mercado pertinente se integre en él y compita con otras empresas». [48] Así, los apartados 36 a 39 de la sentencia Generics (UK) no hacen más que reiterar la jurisprudencia existente. [49] Desde mi punto de vista, la necesidad de distinguir la «competencia potencial» de la «mera especulación» de un eventual acceso al mercado, [50] con independencia de que la empresa desarrolle o no sus actividades en el mismo mercado de producto, constituye el núcleo esencial de ese criterio. Este criterio excluye, por tanto, que la constatación de una

47 Un mercado se considera «expugnable» cuando: i) no existen barreras a la entrada o salida; ii) todas las empresas, ya presentes o que puedan entrar potencialmente, tienen acceso a la misma tecnología de producción; iii) existe una información perfecta sobre los precios, accesible a todos los consumidores y empresas; iv) los entrantes pueden entrar y salir antes de que la empresa presente pueda ajustar los precios [véase «Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law», Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE (1993), p. 29, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf].

48 Véanse los puntos 39 y 47 de las presentes conclusiones.

49 Véase, también en ese sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2021, Lundbeck/Comisión (C-591/16 P, en lo sucesivo, «sentencia Lundbeck», EU:C:2021:243), apartado 54 y jurisprudencia citada.

50 Véase, en ese sentido, «Concept of potential competition», OECD Competition Committee Discussion Paper, OCDE, 2021, p. 15; y Dunne, N., «Potential competition in EU law», ECLR 2021, 42, 12, p. 639.

relación de competencia potencial pueda resultar de la mera posibilidad, puramente hipotética, de dicha entrada.[51] Además, esa demostración debe estar apoyada por factores de hecho o un análisis de las estructuras del mercado pertinente. No puede calificarse a una empresa de competidora potencial si su entrada en el mercado no corresponde a una estrategia económica viable.[52]

54. Por otra parte, en la sentencia Generics (UK) el Tribunal de Justicia no examinó hasta un segundo momento de su análisis, cuando apreció la competencia potencial atendiendo a la estructura del mercado farmacéutico y al contexto económico que regula su funcionamiento, los distintos elementos probatorios citados en el punto 40 de las presentes conclusiones. El tenor de la parte introductoria del apartado 43 de esa sentencia no puede ser más claro en tal sentido.

55. De ello resulta que la motivación del Tribunal de Justicia en la sentencia Generics (UK) no puede extrapolarse a todos los supuestos de competencia potencial, de manera que no cabe atribuir a esos elementos probatorios la calificación de «requisitos» que deben concurrir para configurar una relación de competencia potencial entre empresas que desarrollan sus actividades en mercados de producto distintos.

56. Sin embargo, eso no significa que los elementos de prueba mencionados en esa sentencia y reiterados en sentencias posteriores no proporcionen indicaciones útiles para el análisis del presente asunto, que podría aportar precisiones para orientar al órgano jurisdiccional remitente en su interpretación. Pese a referirse al sector farmacéutico y tener particularidades únicas que no pueden extrapolarse al presente asunto, esas sentencias permiten enmarcar los distintos elementos de prueba que pueden caracterizar una situación de competencia potencial. Propongo analizarlos a la luz de estas consideraciones.

c) Sobre la aplicación en el presente asunto de los elementos que pueden caracterizar una situación de competencia potencial

57. Procede recordar que el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión), al igual que la AdC, calificó la cláusula de no competencia como acuerdo para el reparto del mercado de la comercialización de electricidad en Portugal continental, al considerar que MCH era competidora potencial de EDP Comercial en ese mercado. Para constatar la existencia de esa relación de competencia potencial se basó i) en el contexto en el que el acuerdo de asociación se había celebrado, es decir, en plena fase de liberalización de la oferta en el sector de la energía; ii) en que las partes se consideraban recíprocamente competidoras potenciales; y iii) en las distintas actividades de las sociedades del grupo Sonae, es decir, en a) la existencia de una asociación con Endesa, b) la presencia del grupo Sonae en el mercado anterior de la producción de electricidad y c) la asociación comercial con GALP.

58. Las demandantes en el litigio principal replican que MCH no puede ser considerada una competidora potencial y que, a falta de esa consideración, el propio fundamento de la decisión controvertida se desmorona. Más concretamente aducen que los elementos que la AdC y el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) tuvieron en cuenta y, en particular, las tres circunstancias fácticas antes citadas, no eran pertinentes y no podían demostrar la existencia de una relación de competencia potencial.

51 Sentencia Generics (UK), apartado 38.

52 Sentencia de 8 de septiembre de 2016, Lundbeck/Comisión (T-472/13, en lo sucesivo, «sentencia Lundbeck del Tribunal General», EU:T:2016:449), apartado 100 y jurisprudencia citada.

59. A este respecto, dado que la cláusula de no competencia, por su naturaleza y por su objeto, podía mantener temporalmente fuera del mercado de la comercialización de electricidad a MCH o a cualquier otra empresa participada de forma mayoritaria por Sonae Investimentos, es preciso determinar si, a falta de esa cláusula, habrían existido *posibilidades reales y concretas* de que, al menos una de esas empresas, accediera a tal mercado. Por lo tanto, la apreciación de la existencia de una competencia potencial debe pues determinarse, por un lado, atendiendo a la estructura del mercado y al contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento y, por otro lado, estar apoyada en factores de hecho.

60. De ello se desprende que el punto de partida del análisis debe ser necesariamente el marco normativo portugués aplicable a la comercialización de energía eléctrica y, en particular, el análisis de las barreras a la entrada de nuevos operadores. A este respecto, de los autos resulta que ese marco normativo, favorece, a partir de 1995, un régimen de libre competencia en el sector, simplificando las condiciones legales de acceso y de ejercicio de la actividad de suministro eléctrico, que ya solo estaba sujeta a registro y no a una licencia.[53] Sin embargo, la AdC ha reconocido que los costes de entrada o de expansión siguen existiendo incluso tras la liberalización.[54]

61. A pesar de la importancia que tiene el análisis del marco normativo, el órgano jurisdiccional remitente parece interrogar al Tribunal de Justicia más bien sobre los otros criterios tomados en consideración por la AdC y el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) preguntando, en esencia, si cada uno de los elementos fácticos en los que se basa el análisis, tomado aisladamente, sería suficiente para concluir que existe competencia potencial entre las partes del acuerdo de asociación.

62. A este respecto recuerdo que la apreciación de la competencia potencial se basa en múltiples elementos de prueba que difieren en función del mercado de que se trate.[55] Este planteamiento contextual se ajusta además al nivel de prueba exigido para constatar una infracción con arreglo al artículo 101 TFUE.[56] Así, aunque ciertos elementos de prueba no son, en sí mismos, determinantes, pueden reforzarse mutuamente. En el presente asunto es pues importante establecer si los elementos de prueba, tomados en su conjunto, constituyen una demostración suficiente de la existencia de una competencia potencial,[57] apreciación que incumbe en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente.[58]

1) Sobre la pertinencia de la intención de una empresa de entrar en el mercado pertinente (tercera cuestión prejudicial)

63. En primer lugar, en lo concerniente al valor que debe atribuirse a la intención de una empresa de entrar en un mercado, de reiterada jurisprudencia se desprende que, aunque esa intención puede ser «*eventualmente pertinente*» para comprobar si puede considerarse a una empresa

53 Véase el hecho probado n.º 32 de la resolución de remisión.

54 Véase el apartado 686 de la decisión en litigio.

55 Véase el punto 48 de las presentes conclusiones.

56 Véase la sentencia Toshiba del Tribunal General, apartado 93.

57 Véase, en ese sentido, la sentencia E.ON Ruhrgas, apartado 106.

58 Ante la naturaleza eminentemente fáctica de las cuestiones prejudiciales planteadas es preciso señalar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, el papel del Tribunal de Justicia se limita a la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión. Por tanto, no corresponde al Tribunal de Justicia, sino al órgano jurisdiccional remitente, apreciar en definitiva si, habida cuenta de todos los datos pertinentes que caracterizan la situación del litigio principal y del contexto económico y jurídico en el que este se inscribe, el acuerdo de que se trata tiene por objeto restringir la competencia (véase, en ese sentido, la sentencia de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, apartados 51 y 52).

competidora potencial, el elemento esencial en el que debe descansar tal calificación es su capacidad de entrar en dicho mercado.[59] Esa calificación debe pues realizarse sobre la base de una apreciación objetiva en relación con el criterio de la «capacidad» de entrada. Un elemento de prueba de carácter subjetivo, como la intención, no puede pues constituir un elemento autónomo, básico o indispensable para demostrar la existencia de una relación de competencia potencial.[60] Este planteamiento es coherente con la regla general de que, aunque la intención de las partes no es un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo, nada impide tenerla en cuenta.[61]

64. Las demandantes en el litigio principal aducen no obstante que, a raíz de la sentencia Generics (UK), la «determinación firme» de entrar en el mercado de que se trata debería constituir, a partir de ahora, uno de los requisitos que deben concurrir para establecer la existencia de una relación de competencia potencial.

65. Por las razones que ya se han expuesto en los puntos 53 a 55 de las presentes conclusiones, no creo que el Tribunal de Justicia haya deseado imponer ese requisito o, al menos, adaptar el criterio relativo a la intención de entrar en el mercado, haciéndolo más exigente. Opino, por el contrario, que la importancia que se atribuyó a la intención de las partes en ese caso estaba estrictamente ligada a las particularidades fácticas de los asuntos en cuestión.[62] En efecto, en la sentencia Generics (UK), la «voluntad», manifestada por un fabricante de medicamentos de referencia de realizar transferencias de valores a favor de un fabricante de medicamentos genéricos para aplazar su entrada en el mercado de un principio activo que ha pasado a ser de dominio público, aunque el primero imputa al segundo una vulneración de sus patentes, se consideró un *indicio firme* de la existencia de competencia que corroboraba la propia capacidad del fabricante de medicamentos genéricos para acceder a ese mercado. Ese planteamiento fue ratificado en la sentencia Lundbeck[63] y en la sentencia Servier del Tribunal General.[64]

66. Por consiguiente, si, en situaciones en las que empresas que no están presentes en los mismos mercados de producto, un elemento fáctico que ilustra la intención de acceder a un mercado puede, sin duda, corroborar la capacidad de entrar, es meramente complementario y no resulta indispensable para demostrar una relación de competencia potencial.

2) Sobre la pertinencia de las acciones preparatorias para entrar en el mercado pertinente (cuestiones prejudiciales cuarta y sexta)

67. En segundo lugar, en lo concerniente a la importancia que debe atribuirse a las acciones preparatorias para acceder a un mercado a corto plazo, he de observar que, aunque ese elemento fue examinado en la sentencia Generics (UK),[65] por las razones que se derivan del análisis que acabo de realizar, no puede constituir un requisito imprescindible para demostrar la existencia de una competencia potencial.

59 Véanse las sentencias Visa Europe, apartado 168; E.ON Ruhrgas, apartado 87; Portugal Telecom, apartado 186 y Servier del Tribunal General, apartado 318.

60 Véanse las sentencias de 29 de junio de 2012, GDF Suez/Comisión (T-370/09, EU:T:2012:333), apartado 84; Visa Europe, apartado 169, y Lundbeck del Tribunal General, apartado 102.

61 Véase la sentencia de 2 de abril de 2020, Budapest Bank y otros (C-228/18, EU:C:2020:265), apartado 53 y jurisprudencia citada.

62 Véase la sentencia Generics (UK), apartado 55.

63 Sentencia Lundbeck, apartados 56, 57, y 117.

64 Sentencia Servier del Tribunal General, apartado 382.

65 Sentencia Generics (UK), apartado 43.

68. En efecto, la elección de referirse a las acciones preparatorias en la sentencia Generics (UK) estaba intrínsecamente vinculada a las particularidades del sector farmacéutico y, en particular, al hecho de que el acceso al mercado de un medicamento que contiene un principio activo que ha pasado a ser de dominio público estaba sujeto a restricciones reglamentarias y jurídicas particulares. Además, el Tribunal de Justicia explicó que esas acciones permitían establecer, en particular, la *capacidad inherente* de un fabricante de medicamentos genéricos para acceder a ese mercado. [66]

69. De ello se desprende que el elemento de las acciones preparatorias no constituye, en sí, una exigencia autónoma para demostrar una relación de competencia potencial y debe analizarse en relación con el elemento de la *capacidad*. Su pertinencia dependerá, por lo tanto, del contexto específico del mercado, pues tal elemento resulta de escasa pertinencia cuando el mercado en cuestión es expugnable.

70. Incumbe pues al órgano jurisdiccional remitente apreciar la pertinencia de ese elemento de prueba examinando, por un lado, si la entrada de una empresa en el mercado de la comercialización de electricidad estaba sujeta a restricciones reglamentarias o inherentes a la apertura del mercado de la electricidad y, por otro lado, la duración necesaria para obtener las autorizaciones que eventualmente sean necesarias para obtener el derecho a suministrar electricidad. Esa apreciación debería enmarcarse en el contexto de la apreciación más general de la *capacidad* de una empresa para entrar en ese mercado en un plazo idóneo para ejercer una presión competitiva. En este caso, ese plazo corresponde al período de dos años posterior a la celebración del acuerdo en cuestión (igual a la vigencia de la cláusula de no competencia). [67] A este respecto, a diferencia de lo que ocurre en el sector de los medicamentos, no parece que existan restricciones de tipo administrativo que pudieran impedir a un nuevo operador entrar en el mercado de la comercialización de electricidad en la última etapa del proceso de liberalización de ese mercado. [68]

3) Sobre la pertinencia de la percepción de la empresa presente en el mercado pertinente (novena cuestión prejudicial)

71. En tercer lugar, en lo que respecta a la percepción de la empresa presente en el mercado en cuestión, en la sentencia Generics (UK) el Tribunal de Justicia pudo presumir esa percepción del fabricante de medicamentos de referencia por el hecho de que este había realizado transferencias de valores importantes, acción que revelaba el riesgo que el fabricante de medicamentos genéricos representaba para sus intereses comerciales. [69] Al igual que otros elementos fácticos, ese factor fue considerado pertinente a la luz de las particularidades del mercado en cuestión, pero no puede constituir una exigencia probatoria para demostrar la existencia de una relación de competencia potencial.

66 Sentencia Generics (UK), apartados 41 y 44. Los condicionamientos de naturaleza reglamentaria y jurídica eran: i) las autorizaciones exigidas para la comercialización de una versión genérica del medicamento en cuestión (concesión de una autorización de comercialización por la autoridad nacional competente); ii) disponer de existencias suficientes, y iii) acciones judiciales emprendidas para poner en entredicho las patentes de procedimiento de un fabricante de medicamentos de referencia. Para una exposición de las etapas que deben superarse para entrar en ese mercado véase, asimismo, la sentencia Servier del Tribunal General, apartado 337.

67 Véase, por analogía, la sentencia Servier del Tribunal General, apartados 333 a 336.

68 Véanse, a este respecto, los puntos 13 y 85 de las presentes conclusiones. Véase también la sentencia E.ON Ruhrgas en la que el Tribunal General no constató la existencia de ninguna acción preparatoria al apreciar las posibilidades reales y concretas de entrada en el mercado de aprovisionamiento de gas natural.

69 Sentencia Generics (UK), apartados 56, 57 y 42, y las conclusiones presentadas en el asunto Generics (UK), puntos 60 y 86. Véase, también en ese sentido, la sentencia Lundbeck del Tribunal General, apartado 104.

72. En el presente asunto, los autos no indican de forma clara si el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) se basó en pruebas relativas a la existencia de una (eventual) percepción, pues el órgano jurisdiccional remitente precisa que, para pronunciarse en primera instancia, dicho órgano jurisdiccional tuvo en cuenta que las «partes se *consideraban mutua y recíprocamente competidoras potenciales*»,[70] sin precisar, no obstante, el tipo de prueba que se sometió a su consideración. A falta de estos elementos de prueba se plantea la cuestión de si la propia existencia de una cláusula de no competencia podría revelar esa percepción, sobre todo en el contexto de un mercado liberalizado.

73. A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la celebración de un acuerdo entre empresas al objeto de mantener a una de ellas fuera de un determinado mercado constituye un «indicio importante» de la existencia de una relación de competencia.[71] Ese análisis parece lógico. Si las partes de un acuerdo de no competencia no se percibieran como competidoras potenciales no tendrían en principio[72] ningún motivo para celebrar ese acuerdo. La existencia de ese acuerdo solo tendría sentido si existiera una competencia que restringir y la celebración de tal acuerdo constituye un reconocimiento de que las partes son al menos competidoras potenciales.[73]

74. Sin embargo, como sucede con los demás elementos citados, si bien la propia existencia de la cláusula de no competencia constituye, al menos, un *fuerte indicio* de la existencia de una relación de competencia potencial, tal relación debe ser corroborada por otros elementos que guarden relación con la realidad del mercado. Incumbe pues al órgano jurisdiccional remitente examinar, a la luz de los motivos invocados para justificar la cláusula de no competencia, si esa percepción confirma la existencia de dicha competencia potencial.

4) Sobre la pertinencia de las actividades de las sociedades del grupo Sonae en mercados de producto o geográficos adyacentes (cuestiones prejudiciales cuarta y séptima)

75. En cuarto lugar, en lo tocante a la pertinencia de las actividades de las sociedades del grupo Sonae en mercados de producto o geográficos adyacentes, es preciso distinguir entre la existencia de la empresa conjunta Sodesa y la producción de electricidad de la central de cogeneración.

76. Por un lado, en lo que respecta a la empresa conjunta Sodesa (*cuarta cuestión prejudicial*), procede recordar que en la sentencia recurrida, el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) estimó que el grupo Sonae había adquirido unos conocimientos técnicos en el sector de la comercialización de electricidad, gracias a la asociación entre una empresa titularidad de Sonae Capital y Endesa, operador histórico en España en el mercado de la producción y de la comercialización de electricidad.[74] Según el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión), esos conocimientos técnicos adquiridos habrían facilitado la entrada en el mercado y eran, por tanto, pertinentes a la hora de apreciar la competencia potencial.

70 Véase la petición de decisión prejudicial original, p. 244.

71 Véanse, en ese sentido, las sentencias Toshiba, apartados 33 y 34; Portugal Telecom, apartado 180; de 28 de junio de 2016, Telefónica/Comisión (T-216/13, en lo sucesivo, «sentencia Telefónica», EU:T:2016:369), apartados 218 y 227, y Lundbeck del Tribunal General, apartado 144.

72 Véase, no obstante, el punto 104 de las presentes conclusiones, sobre la eventual justificación de las cláusulas de no competencia.

73 Véase, en ese sentido, la sentencia Portugal Telecom, apartados 178 a 180.

74 Esa asociación revistió la forma de una empresa conjunta, Sodesa, participada en un 50 % por cada una de las entidades socias, y que tenía como objeto la comercialización de electricidad en el mercado liberalizado portugués. Sonae Capital participó en esa empresa conjunta entre 2002 y 2008, fecha en la que Sodesa cesó en su actividad.

Además, la disolución de esa asociación más de tres años antes de la celebración del acuerdo de asociación objeto del litigio principal no impide que MCH pueda recibir la calificación de competidora potencial.

77. A este respecto, ha de señalarse, en primer término, que el hecho de que Sodesa cesara en su actividad en 2008, tres años y medio antes de la firma del acuerdo de asociación, no significa que la AdC no pudiera tener en cuenta, como elemento de prueba de una competencia potencial, el hecho de que el grupo Sonae hubiera adquirido unos conocimientos técnicos en el mercado en cuestión y que ya hubiera desarrollado, en un pasado relativamente reciente, una actividad de comercialización de electricidad en Portugal. Todo elemento, incluso anterior a la celebración del acuerdo de asociación, puede resultar pertinente a la hora de determinar la existencia de competencia potencial.[75] En ese sentido, esos conocimientos técnicos podrían haber sido efectivamente útiles para entrar en el mercado de la comercialización de electricidad a corto plazo, lo que habría representado así una fuente de presión competitiva para EDP Comercial.

78. En segundo término, en lo que respecta a la alegación de que Sonae SGPS, que adquirió unos conocimientos técnicos en el sector de la comercialización de electricidad gracias a su participación (a través de una de sus filiales) en Sodesa, no era parte en el acuerdo de asociación ni se mencionaba en la cláusula de no competencia, es preciso señalar que, con independencia de si cabía considerar que Sonae SGPS constituía una única empresa con MCH, con arreglo al Derecho de la competencia, nada impide tener en cuenta, como elemento de contexto fáctico, la circunstancia de que determinadas sociedades del grupo Sonae habían desarrollado sus actividades a través de Sodesa en el mismo mercado que EDP Comercial. En este sentido, una empresa que opera en el sector del comercio minorista de alimentación que forma parte de un grupo que también opera en el sector de la energía puede indudablemente ejercer una presión más importante por su potencial entrada en el mercado que una empresa que forma parte de un grupo económico que opera exclusivamente en el sector del comercio minorista de alimentación. Sin embargo, en este análisis, los argumentos invocados por MCH referidos a las posibilidades reales de transferencia de conocimientos técnicos por parte de Sonae Capital en el seno del Grupo y, en particular, a MCH tras la disolución de Sodesa[76] pertenecen al ámbito de las apreciaciones de hecho que, aun siendo decisivas en lo que respecta al peso que debe atribuirse a la asociación con Endesa, incumben en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente.

79. Por otra parte, en cuanto a la central de cogeneración (*séptima cuestión prejudicial*), de los autos se desprende que una de las sociedades del grupo Sonae, en concreto Sonae Capital SGPS, que no está incluida en el ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula de no competencia, desarrolló su actividad en el sector de la producción de electricidad en Portugal a partir de septiembre de 2009 mediante la adquisición, en particular, de la totalidad del capital social de una empresa que es titular y que explota una central de cogeneración de ciclo combinado con turbina de gas natural en la zona de Paiã (Portugal).

80. Pues bien, sobre la base de esas constataciones, es imposible apreciar el valor probatorio que ha de atribuirse a ese elemento de prueba. En la medida en que la cláusula de no competencia no se aplica a Sonae Capital y en que la decisión controvertida no está dirigida a esa entidad, incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar los vínculos entre las actividades de producción en una central de cogeneración y la eventual facilitación de la entrada de MCH en el mercado de la comercialización de electricidad.[77]

75 Véanse, en ese sentido, las sentencias Lundbeck del Tribunal General, apartado 138 y Servier del Tribunal General, apartado 385.

76 MCH aduce que tras la disolución de Sodesa los empleados que participaron en esa asociación dejaron de trabajar para el grupo Sonae.

77 Véase, a este respecto, el análisis recogido en el punto 85 de las presentes conclusiones.

5) Sobre la pertinencia de la asociación con GALP (sexta cuestión prejudicial)

81. En quinto lugar, sobre la pertinencia de la asociación con GALP, conviene recordar que, como fundamento adicional de la existencia de una relación de competencia potencial entre las demandantes, el Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) se basa en su sentencia en que, desde 2004, MCH y GALP, un operador presente en el mercado de la comercialización de electricidad en Portugal y en el mercado del suministro de carburantes, entraron en una asociación para conceder descuentos a sus clientes comunes en la compra de carburantes (en las estaciones de servicio de GALP) y de bienes de consumo (en los establecimientos explotados por MCH) en forma de bonos o cupones (en lo sucesivo, «Programa vice-versa»).

82. A este respecto, a la luz del anterior análisis considero que, estando en curso una liberalización del mercado, y habida cuenta de que GALP era una competidora directa de EDP, no puede reprocharse a la AdC que analizara la asociación entre MCH y GALP, aunque dicha asociación se conviniera siete años antes de la celebración del acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal, en la medida en que aún estaba en vigor en el momento de tal celebración. Sin embargo, sin perjuicio de la apreciación del valor probatorio que ha de atribuirse a esa asociación, es preciso señalar que parece menos plausible que el Programa vice-versa, que guarda relación exclusivamente con la distribución minorista de carburante para vehículos, generara directamente beneficios que facilitaran la entrada de MCH en el mercado del suministro de energía eléctrica.

6) Sobre la pertinencia de las actividades de la empresa en el mercado ascendente de la producción de electricidad (cuestiones prejudiciales quinta y séptima)

83. En sexto y último lugar, en lo que respecta a la pertinencia de las actividades de las partes en el mercado de la producción de electricidad, de la sentencia recurrida se desprende que MCH y otras sociedades titularidad de Sonae Investimentos, todas ellas obligadas por la cláusula de no competencia, desarrollaron desde 2009 sus actividades en el mercado de la producción de electricidad a través de instalaciones de mini y de microgeneración mediante paneles fotovoltaicos situados en la azotea de los establecimientos de venta minorista explotados por esas sociedades. Esta presencia en el mercado anterior de la producción de electricidad llevó al Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) a concluir que existía una competencia potencial entre MCH y EDP Comercial en el mercado de la comercialización de electricidad.

84. A este respecto es preciso señalar que los mercados de producción de electricidad y de comercialización de electricidad a clientes finales son mercados diferentes. Sin embargo, ha de destacarse, como hace la Comisión, que las empresas presentes en una fase anterior (o posterior) en la cadena de producción suelen ser operadores potenciales bien situados para entrar en un nuevo mercado, incluso en el sector de la electricidad y del gas, sobre todo cuando existe integración vertical entre esos mercados. En ese sentido, tampoco puede reprocharse a la AdC que también tuviera en cuenta esa circunstancia.

85. En cuanto a la importancia que debe atribuirse al hecho de que MCH produzca electricidad mediante instalaciones situadas en la azotea de sus establecimientos con sujeción a un régimen especial con arreglo al cual la energía producida se entrega a precios regulados al comercializador de último recurso, esa cuestión constituye una apreciación puramente fáctica respecto de la cual el Tribunal de Justicia no debe pronunciarse. Corresponde pues al órgano jurisdiccional remitente

comprobar si esas instalaciones confirieron ventajas reales y concretas a MCH de cara a una eventual entrada en el mercado del suministro de energía. Sin embargo, en mi opinión parece poco probable que esa circunstancia, por sí sola, permita a MCH, o a cualquier otra empresas mayoritariamente participada por Sonae Investimentos, convertirse en un operador particularmente bien situado en el mercado posterior de la comercialización de electricidad, teniendo en cuenta, por un lado, la inexistencia de vínculos jurídicos, técnicos y económicos entre la actividad de generación sujeta al régimen especial antes citado y la actividad de comercialización de electricidad y, por otro lado, al ínfimo volumen de energía producida, cuya principal finalidad consiste en rentabilizar un activo existente más que en obtener un beneficio.

2. Sobre la calificación jurídica del acuerdo de asociación como «acuerdo vertical»

86. Mediante su undécima cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si un acuerdo de asociación como el que constituye el objeto del litigio principal, está comprendido en el concepto de «acuerdo de agencia» o, al menos, en el de «acuerdo vertical», en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento n.ºº330/2010.

87. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas, en esencia, en relación con una de las líneas argumentativas de las demandantes en el litigio principal según la cual el acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal consistía en poner a disposición sus redes de venta, su fuerza de ventas y sus conocimientos técnicos respectivos para atraer, captar o desarrollar la clientela y los negocios de la otra parte, características que están englobadas en el concepto de «acuerdo vertical» y, más concretamente, en el de «acuerdo de agencia». Esas calificaciones jurídicas son pertinentes para apreciar la cláusula de no competencia puesto que el riesgo comercial y la protección de las inversiones realizadas por las partes podrían servir para contextualizar y justificar su inclusión. [78]

88. Antes de examinar si el acuerdo de que se trata en el litigio principal puede calificarse de «acuerdo de agencia» [sección b)] o, al menos, de «acuerdo vertical» [sección c)], considero útil recordar brevemente el marco en que el artículo 101 TFUE resulta de aplicación a los acuerdos verticales [sección a)].

a) Sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos verticales

89. El artículo 101 TFUE se aplica a los acuerdos verticales que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que falseen el juego de la competencia (en lo sucesivo, «restricciones verticales»). Ofrece pues un marco jurídico para la evaluación de las restricciones verticales, teniendo en cuenta la distinción entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma. El artículo 101 TFUE, apartado 1, prohíbe los acuerdos que restringen la competencia de forma significativa, mientras que el artículo 101 TFUE, apartado 3, permite conceder una exención a los acuerdos que ofrezcan suficientes ventajas para compensar los efectos contrarios a la competencia. [79]

[78] Estas cláusulas están previstas, en particular, en la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO 1986, L 382, p. 17), artículos 7, apartado 2, y 20.

[79] Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO 2010, C 130, p. 1; en lo sucesivo, «Directrices sobre las restricciones verticales»), apartados 5 a 7.

90. A efectos de la aplicación de esa disposición, la Comisión ha establecido mediante reglamento las categorías de acuerdos verticales que considera que cumplen normalmente las condiciones previstas en el artículo 101 TFUE, apartado 3, como por ejemplo los acuerdos verticales de compra o venta de bienes o servicios cuando esos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras. [80] Están comprendidos en esta categoría determinados tipos de acuerdos verticales que se considera que pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una reducción de los costes de transacción y distribución. [81] La probabilidad de que dicha mejora de la eficiencia económica compense los efectos contrarios a la competencia depende, en particular, del peso en el mercado de las partes del acuerdo y, por tanto, de la medida en que dichas partes estén expuestas a la competencia de otros proveedores. [82] Por esa razón el reglamento de exención establece una presunción según la cual siempre y cuando la cuota de mercado de cada una de las empresas parte del acuerdo en el mercado de referencia no exceda del 30 %, los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones de competencia especialmente graves conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y ofrecen a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes.

b) Sobre la calificación de «acuerdo de agencia»

91. Un «acuerdo de agencia» es un tipo específico de acuerdo vertical que no suele estar comprendido en la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1. [83] Ese acuerdo se define como un acuerdo celebrado entre una empresa (el principal) y un agente, a saber, «una persona física o jurídica que dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta [del principal], ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la compra de bienes o servicios por parte del principal, o venta de bienes o servicios suministrados por el principal». [84] A efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, el acuerdo se calificará como «acuerdo de agencia» si el agente no asume riesgo alguno, o el riesgo asumido es insignificante, con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal. [85] En el caso de esos acuerdos de agencia, la función de venta o de compra del agente forma parte de las actividades del principal, que soporta los riesgos comerciales y financieros, lo que implica que ninguna de las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos concluidos en nombre del principal se incluya en el ámbito del artículo 101 TFUE, apartado 1. [86]

92. En el presente asunto, las demandantes en el litigio principal sostienen que el acuerdo de asociación debería haber sido calificado como «dos acuerdos de agencia cruzados» o como un «acuerdo de agencia bilateral», por cuanto cada uno de los contratantes promueve las ventas de la otra parte. [87]

93. No estoy de acuerdo con esa calificación.

80 Véase el Reglamento n.º 330/2010, considerandos 3 a 5.

81 Véase el Reglamento n.º 330/2010, considerando 6.

82 Véase el Reglamento n.º 330/2010, considerando 7.

83 Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales, apartados 12 a 21.

84 Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales, apartado 12

85 Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales, apartados 15 y 18

86 Véanse las Directrices relativas a las restricciones verticales, apartado 18. Las obligaciones derivadas de un acuerdo de agencia que permiten determinar la estrategia comercial del principal son las que imponen limitaciones sobre el territorio en el que el agente puede vender estos bienes o servicios y sobre los clientes a los que puede venderlos, así como sobre los precios y las condiciones a las que puede hacerlo.

87 Más concretamente, aducen que ese acuerdo reunía todos los elementos que caracterizan un acuerdo de agencia, es decir: i) obligación recíproca de promover los contratos por cuenta de otra persona; ii) autonomía, y iii) carácter oneroso del acuerdo de asociación, que se corresponde con la retribución del agente y consiste en la remuneración a la que estaba obligada la otra parte.

94. En primer lugar, aunque a la luz de la cláusula 2.1 del acuerdo de asociación consta que este tenía por objeto favorecer las actividades de comercialización de electricidad de EDP Comercial y de distribución minorista de MCH,[88] del contenido de ese acuerdo no se desprende que las partes contratantes quisieran revender los productos de la otra parte como distribuidores independientes, de manera que tuvieran que negociar o concluir los contratos en calidad de agentes en nombre de la otra parte.[89]

95. En segundo lugar, según se desprende de las Directrices relativas a los acuerdos verticales, el factor determinante para la definición de un acuerdo de agencia a efectos de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal.[90] Pues bien, de la resolución de remisión resulta que, aunque los costes de puesta en marcha de la asociación (vinculados a las rebajas en el precio, a la publicidad, al marketing y a la comunicación) fueron soportados a partes iguales por las partes del acuerdo de asociación, no sucedía lo mismo con el importe de esas rebajas.[91]

96. Por último, suponiendo que los costes de puesta en marcha de la asociación hayan constituido la «contraprestación» por los servicios de agencia, es preciso observar que las partes parecen haber realizado una campaña de promoción referida a sus respectivos productos y no a los productos individuales de cada parte. En efecto, de los términos del acuerdo de asociación se desprende claramente que MCH solo se beneficiaba de la promoción de los contratos de suministro de electricidad de EDP Comercial si sus clientes se habían adherido simultáneamente al programa de fidelización de MCH. Asimismo, EDP Comercial no inducía a sus clientes a participar en el programa de fidelización de MCH si no celebraban al mismo tiempo un contrato de suministro de electricidad. Por lo tanto, no puede considerarse que las acciones de cada una de esas empresas fueran actuaciones autónomas de promoción de los productos de la otra.

c) Sobre la calificación de «acuerdo vertical»

97. En lo que concierne a la calificación del acuerdo de asociación como «acuerdo vertical» de manera que pueda aplicarse el Reglamento de exención por categoría, es preciso recordar que el artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento n.ºº330/2010 define los «acuerdos verticales» como «los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, *a efectos del acuerdo o de la práctica concertada*, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios».[92] La apreciación del carácter vertical del acuerdo se realiza, por lo tanto, «a efectos del acuerdo». En consecuencia, también puede existir un acuerdo vertical entre dos competidores si, a efectos del acuerdo, las partes operan en planos distintos de la cadena de producción o distribución. Por consiguiente, la calificación de acuerdo vertical de un acuerdo de asociación debe apreciarse con independencia de la competencia potencial constatada.

88 Véase el punto 7 de las presentes conclusiones.

89 Aunque la denominación que se asigna a un acuerdo no es decisiva para determinar su naturaleza, es cierto que las demandantes no designaron su acuerdo como un «acuerdo de agencia» o de «distribución», sino como un acuerdo de «asociación».

90 Véase el punto 91 de las presentes conclusiones.

91 Véase el punto 11 de las presentes conclusiones.

92 Conviene señalar que esa definición se ha mantenido en el artículo 1, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 3, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2022, L 134, p. 4), que entró en vigor el 1 de junio de 2022 y que ha sustituido al Reglamento n.º 330/2010. Véanse también la Directrices relativas a las restricciones verticales, apartados 24 a 26.

98. En el presente asunto, y a pesar del análisis expuesto a continuación, deseo señalar de entrada que debe relativizarse la importancia de la calificación jurídica del acuerdo de asociación como «acuerdo vertical» dado que la apreciación del carácter contrario a la competencia de la cláusula de no competencia debe realizarse de forma independiente y, más concretamente en relación con su carácter accesorio.[93] En efecto, en el presente asunto no es el acuerdo de asociación como tal el que plantea problemas, sino la cláusula de no competencia.[94] Dudo pues que el hecho de que el acuerdo de asociación pueda calificarse de «acuerdo vertical» incida de algún modo en la apreciación del carácter contrario a la competencia de esa cláusula.

99. Hechas estas observaciones conviene subrayar que, por los motivos ya mencionados en los puntos 94 a 96 de las presentes conclusiones, el objetivo principal de la asociación era incrementar las ventas de productos de las dos partes y no la voluntad de actuar como distribuidores independientes de los productos de la otra parte. Por lo tanto, las partes realizaron una campaña de promoción común relativa a sus respectivos productos y no a los productos individuales de cada parte. Sin perjuicio de la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, los elementos fácticos que ha proporcionado llevan a pensar que el acuerdo presenta similitudes con un «acuerdo comercialización», en el sentido de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal,[95] celebrado para realizar una campaña publicitaria común para los respectivos productos de las partes. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, sobre la base de una eventual definición de los mercados de referencia, si ese acuerdo implica una cooperación para la venta, dado que las partes actúan, a efectos del acuerdo de asociación, en el mismo plano de la cadena de producción.

3. Sobre el carácter accesorio de la cláusula de no competencia

100. Mediante su décima cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si una cláusula de no competencia, como la recogida en el acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal, puede considerarse una restricción accesoria a la operación principal contemplada en ese acuerdo a la luz, sobre todo, de su alcance temporal, geográfico y subjetivo.[96]

a) Sobre el marco de apreciación de las «restricciones accesorias» de los acuerdos comerciales

101. En primer lugar, es preciso recordar que se califica de «restricción accesoria» toda restricción a la competencia *directamente vinculada* a la realización de una operación principal y *necesaria* para ella que no reviste, en sí misma, un carácter contrario a la competencia.[97] La teoría

93 Este aspecto se analiza en la sección III.B.3 de las presentes conclusiones.

94 Por lo demás, el hecho de que un acuerdo sea un acuerdo vertical no excluye la posibilidad de que tal acuerdo tenga «por objeto» restringir la competencia. Si bien los acuerdos verticales son con frecuencia, por su naturaleza, menos perjudiciales con respecto a la competencia que los acuerdos horizontales, pueden, no obstante, en determinadas circunstancias, conllevar también un potencial restrictivo particularmente elevado [véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 43, y de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784), apartado 21].

95 Véanse las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, apartados 225 a 228.

96 Véanse, respectivamente, los guiones i) primero, ii) segundo y iii) tercero y cuarto de la décima cuestión prejudicial.

97 Véase la sentencia de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión (T-112/99, EU:T:2001:215), apartados 104 a 106. Véase también la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C-56/03) (DO 2005, C 56, p. 24), apartado 12.

de las restricciones accesorias, inicialmente desarrollada en relación con acuerdos puramente comerciales pero hecha extensiva al ámbito reglamentario,[98] permite pues apreciar los efectos de ciertas restricciones en un momento anterior a la aplicación del artículo 101 TFUE.

102. Más concretamente, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si una operación o una actividad determinada no está comprendida en el principio de prohibición previsto en el artículo 101 TFUE, apartado 1, por su neutralidad o por su efecto positivo en el ámbito de la competencia, una restricción de la autonomía comercial de uno o varios de los participantes en dicha operación o actividad tampoco está comprendida en dicho principio si tal restricción es *necesaria objetivamente* para llevar a cabo la mencionada operación y actividad y *proporcionada a los objetivos* de una u otra.[99]

103. Así, cuando no es posible disociar tal restricción de la operación o de la actividad principal sin comprometer la existencia y el objeto de esa operación o de esa actividad, se debe examinar la compatibilidad de dicha restricción con el artículo 101 TFUE conjuntamente con la compatibilidad de la operación o de la actividad principal de la cual es accesoria, y ello aun cuando, tomada de forma aislada, dicha restricción pudiera parecer, a primera vista, comprendida en el principio de prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1.[100]

104. Por último, en lo que respecta a las cláusulas de no competencia, conviene señalar que, en la práctica decisoria del Derecho de la competencia existen motivos perfectamente legítimos para dejar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, las cláusulas de no competencia incorporadas a acuerdos que constituyen operaciones de concentración, acuerdos horizontales y acuerdos verticales, sobre todo cuando son esenciales para proteger a las partes frente a un riesgo asociado al acuerdo en cuestión o bien para alinear los estímulos para una y otra parte en cuanto a la obtención de un determinado resultado.

105. En este contexto debe apreciarse si la cláusula de no competencia de que se trata en el litigio principal puede calificarse de «accesoria» de la operación consistente en el acuerdo de asociación y puede quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1.

b) Sobre la aplicación en el presente asunto

106. De la petición de decisión prejudicial se desprende que las demandantes en el litigio principal sostienen que en el contexto del acuerdo de asociación de que se trata en el presente asunto, la cláusula de no competencia tenía la función de proteger la confidencialidad de información sensible desde el punto de vista comercial, intercambiada para la puesta en marcha del «Programa EDP Continente». En este sentido, esa cláusula era estrictamente accesoria a ese

98 Véanse las sentencias de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte/Comisión (26/76, EU:C:1977:167), y de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Para la aplicación en el ámbito reglamentario, véanse mis conclusiones presentadas en el asunto European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993), puntos 85 a 124.

99 Véanse, en ese sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P, en lo sucesivo, «sentencia MasterCard», EU:C:2014:2201), apartado 89 y jurisprudencia citada, y Hoffmann-La Roche, apartado 69.

100 Véanse, en ese sentido, las sentencias MasterCard, apartado 90, y Hoffmann-La Roche, apartado 70. Cuando se trata de determinar si una restricción contraria a la competencia puede eludir la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1, sobre la base de que es accesoria con respecto a una operación principal que no es contraria a la competencia, debe averiguarse si sería *imposible llevar a cabo dicha operación sin la restricción en* cuestión. Por el hecho de que dicha operación solo sería más difícilmente realizable, o generaría menos beneficios sin la restricción en cuestión, no puede considerarse que dicha restricción tenga el carácter de «objetivamente necesaria» exigido para ser calificada de accesoria. En efecto, tal interpretación llevaría a ampliar dicho concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Dicho resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 1 (véase, en este sentido, las sentencias MasterCard, apartado 91, y Hoffmann-La Roche, apartado 71).

acuerdo. En efecto, esas partes consideran que las cláusulas de confidencialidad (cláusula 16), de protección de la propiedad industrial e intelectual (cláusula 11) y de protección de datos personales (cláusula 9) del acuerdo de asociación no eran suficientes para proteger sus inversiones y sus conocimientos técnicos compartidos durante su colaboración. Por otra parte, también aducen que el alcance de la cláusula de no competencia era suficientemente limitado, pues no se extendía más allá de los sectores económicos cubiertos por la asociación y de las sociedades con acceso a información sensible desde el punto de vista comercial. Por último, según las demandantes, el flujo de información se mantuvo cierto tiempo después de concluida la asociación, lo que permitía prolongar la vigencia de esa cláusula.

107. Por los motivos que se indican a continuación y a la luz de las exigencias resultantes de la jurisprudencia recordada en los puntos 102 a 104 de las presentes conclusiones, considero que, aunque los autos en poder del Tribunal de Justicia no incluyen ningún elemento que permita poner en duda el carácter favorable o, al menos, neutro para la competencia del acuerdo de colaboración celebrado entre MCH y EDP Comercial, no puede considerarse, en cambio que una cláusula de no competencia haya sido *necesaria objetivamente* para ejecutar el mencionado acuerdo y *proporcionada a sus objetivos*.

108. Por un lado, *en cuanto al carácter objetivamente necesario de la cláusula*, aun admitiendo que la protección de datos sensibles desde el punto de vista comercial puede considerarse un objetivo legítimo en el contexto de un acuerdo de asociación que precisa de medidas apropiadas que restringen el comportamiento de las partes en el citado acuerdo, opino que una cláusula de no competencia, como la del litigio principal, no puede considerarse *estrictamente necesaria* a la luz de ese objetivo.

109. En efecto, en primer término ha de observarse que aunque el objetivo declarado por las partes del acuerdo de asociación es el de impedirse mutuamente utilizar información sensible desde el punto de vista comercial en su propio beneficio iniciando una actividad competidora y, en particular, impedir a MCH que entre en el mercado de la comercialización de electricidad de baja tensión y de gas a los consumidores, la solución contractual elegida consiste en impedir incluso la posibilidad de ejercer esa actividad. Pues bien, desde mi punto de vista, esa solución es desproporcionada con respecto al objetivo perseguido, en la medida en que, para evitar lo que podría constituir una competencia desleal mediante la utilización de información perteneciente a una de las partes, la cláusula suprime pura y simplemente la posibilidad misma de ejercer esa actividad competidora. Esta diferencia manifiesta entre el objetivo perseguido y la solución contractual elegida debería bastar, en sí misma, para llegar a la conclusión de que la cláusula de no competencia es desproporcionada, habida cuenta de que la prohibición contractual de entrar en el mercado de la comercialización de electricidad impuesta a MCH coincidió con un período crítico de la liberalización del mercado de la comercialización de electricidad de baja tensión.

110. En segundo término, y como consecuencia del anterior análisis, creo que podrían haberse adoptado soluciones menos restrictivas para proteger los flujos de información sensible desde el punto de vista comercial. Por ejemplo, la instauración de un sistema de compartimentación de la información («chinese wall»), combinado con las cláusulas de confidencialidad, de protección de la propiedad industrial e intelectual y de protección de datos ya existentes, habría sido una opción apropiada e igual de eficaz para proteger los datos sensibles desde el punto de vista comercial en cuestión.

111. Por otro lado, aun suponiendo que la cláusula de no competencia fuera objetivamente necesaria para el desarrollo de la asociación, creo que su aplicación no puede considerarse *proporcionada a los objetivos* del acuerdo de asociación.

112. En efecto, en primer término, en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de la cláusula de no competencia, es preciso recordar que, si bien el acuerdo de asociación hace referencia a la comercialización de electricidad de baja tensión a los consumidores, la cláusula de no competencia abarca toda la comercialización de electricidad de cualquier tensión, incluida la comercialización de electricidad de media y alta tensión a clientes industriales, y el suministro de gas.

113. En segundo término, en cuanto a la circunstancia de que el alcance temporal de la cláusula de no competencia coincida con el período durante el que las partes en el acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal no estaban autorizadas para utilizar secretos comerciales o conocimientos técnicos adquiridos durante su existencia, es forzoso señalar que, incluso admitiendo que esa circunstancia ha quedado acreditada,[101] de los hechos del asunto parece desprenderse que dado que los últimos bonos de descuento emitidos a los consumidores se basaban en su consumo hasta el 31 de diciembre de 2012, una restricción que pretenda proteger información sensible desde el punto de vista comercial hasta el 31 de diciembre de 2013 me parece desproporcionada a primera vista.

4. Sobre la calificación de la cláusula de no competencia como restricción de la competencia «por su objeto»

114. Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y octava, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia si una cláusula de no competencia que, en un acuerdo asociación, prohíbe a un minorista del sector de la alimentación parte en ese acuerdo que entre en el mercado de la comercialización de electricidad en el que la otra parte del acuerdo es un operador líder, en la última etapa de la liberalización de ese mercado, puede constituir una restricción por el objeto aun cuando los consumidores obtengan ciertos beneficios de ese acuerdo (*primera cuestión prejudicial*) y esa cláusula se circunscriba a la vigencia del acuerdo y al año inmediatamente posterior (*octava cuestión prejudicial*).

a) Sobre el concepto de «objeto contrario a la competencia» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1

115. La distinción entre restricción por el objeto o por el efecto sobre la que pregunta el órgano jurisdiccional remitente mediante esas cuestiones prejudiciales, ya ha sido objeto de una jurisprudencia abundante y detallada. Por lo tanto, me limitaré a recordar que para incurrir en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior, siendo el objeto y el efecto contrarios a la competencia de un acuerdo requisitos no acumulativos, sino alternativos.[102]

[101] Véase, a este respecto, la petición de decisión prejudicial original, p. 168, apartados 5 y 6, donde se indica que la circunstancia de que la cláusula de no competencia pretendiera proteger «la confidencialidad de la información sensible desde el punto de vista comercial compartida entre las partes y los conocimientos técnicos derivados de la asociación» y los «secretos comerciales, la información confidencial, la información sensible desde el punto de vista comercial y las inversiones que las partes han compartido en el ámbito del Programa EDP Continente» forma parte de los «hechos no probados».

[102] Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en el asunto European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993), puntos 58 a 63, y jurisprudencia citada.

116. A este respecto, recuerdo que el criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo conlleva una restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, *un grado suficiente de nocividad con respecto a la competencia para considerar que no es necesario investigar sus efectos*.[103] Ello atiende a que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.[104] Para apreciar si un acuerdo tiene tal grado de nocividad, procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe.[105] Al apreciar dicho contexto, se debe tomar también en consideración la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes.[106] Por último, el concepto de «restricción por el objeto» debe interpretarse de manera restrictiva.[107]

b) Sobre la apreciación de la cláusula de no competencia

117. La cláusula de no competencia de que se trata en el litigio principal, en caso de que no constituya una restricción accesoria del acuerdo de asociación y se haya constatado la existencia de una relación de competencia potencial, puede asimilarse a un acuerdo para el reparto de mercados que, al igual que los acuerdos de fijación de los precios, constituye una restricción patente de la competencia, tradicionalmente considerada como una infracción particularmente grave de las normas de competencia. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos para el reparto de mercados tienen un objeto restrictivo de la competencia por sí mismos y pertenecen a una categoría de acuerdos expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1. En relación con esos acuerdos, el análisis del contexto económico y jurídico en el que se inserta la práctica puede limitarse a lo que se manifieste estrictamente necesario para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto.[108]

118. A pesar de que, con arreglo a esa jurisprudencia, no es necesario tener en cuenta el contexto económico en el que se inscribe la cláusula de no competencia, su toma en consideración en el presente asunto confirma aún más su carácter restrictivo. En efecto, en este asunto, la aplicación de la cláusula de no competencia coincidió con el contexto particular de la liberalización del mercado de la comercialización de electricidad de baja tensión en Portugal continental. Más concretamente, esa cláusula se pactó algunos meses antes de la plena liberalización del mercado de la comercialización de electricidad, que suponía el fin de los precios regulados para todos los consumidores finales. En ese contexto, el operador portugués histórico en ese mercado, EDP, tenía interés en aplazar la entrada de competidores potenciales en ese mercado. Creo, por lo tanto, que ese contexto puede reforzar aún más el carácter nocivo de un acuerdo para el reparto de mercados entre un operador histórico y nuevo operador potencial.

103 Véase la sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19 P, EU:C:2023:11), apartado 106 y jurisprudencia citada.

104 Sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 50 y jurisprudencia citada.

105 Véanse las sentencias de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 34, y de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 53.

106 Véase la sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19 P, EU:C:2023:11), apartado 107 y jurisprudencia citada.

107 Sentencia Generics (UK), apartado 67 y jurisprudencia citada.

108 Véase la sentencia Toshiba, apartados 28 y 29.

119. Por último, estimo que el hecho de que esa cláusula de no competencia se inscriba en una colaboración más amplia, a saber, el acuerdo de asociación, que puede generar mejoras de eficacia en favor de ciertos consumidores, no altera la conclusión de que ese acuerdo para el reparto de mercados constituye, en sí, una restricción por el objeto. En efecto, por las razones antes expuestas, esa cláusula no constituía una restricción necesaria para la aplicación del acuerdo de asociación y, por consiguiente, para la obtención de las mejoras de eficacia a las que podía dar lugar. En ese sentido, tales eventuales mejoras no estaban vinculadas a la cláusula de no competencia, sino al acuerdo de asociación por lo que no pueden ser invocadas para justificar la naturaleza beneficiosa para la competencia de dicha cláusula. En todo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando las partes de un acuerdo invoquen efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, estos efectos deben ser tenidos debidamente en cuenta, como elementos del contexto de ese acuerdo, a efectos de su calificación de «restricción por el objeto», en la medida en que pueden poner en tela de juicio la apreciación global del grado de nocividad suficiente para la competencia de la práctica colusoria y, en consecuencia, su calificación de «restricción por el objeto». [109]

120. De ello se desprende que, en las particulares circunstancias del presente asunto, presumiendo que se determine que la cláusula de no competencia constituye una restricción accesoria del acuerdo de asociación y que las partes de ese acuerdo son, como mínimo, competidores potenciales, tal cláusula debe considerarse una restricción de la competencia por el objeto, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, que no requiere que se realice ningún análisis específico de sus efectos.

IV. Conclusión

121. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa, Portugal) del modo siguiente:

«1) El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que puede considerarse competidor potencial en el mercado de la comercialización de electricidad a un minorista del sector de la alimentación que ha celebrado un acuerdo de asociación con un proveedor de electricidad cuyo objeto consiste en promover, a través de un sistema de ventas vinculadas, sus respectivas actividades y que contiene una cláusula de no competencia, a pesar de que, en el momento en que celebró el acuerdo, no ejercía ninguna actividad en ese mercado, siempre y cuando, a la luz de las condiciones de entrada en ese mercado y del contexto económico y jurídico que regula su funcionamiento, quede acreditado que existían posibilidades reales y concretas de que ese minorista entrara en ese mismo mercado, demostración que debe estar apoyada en elementos de prueba específicos del mercado de la comercialización de electricidad. Para comprobar si esa empresa puede considerarse una competidora potencial que ejerce presión competitiva sobre el proveedor de electricidad, resultan eventualmente pertinentes, tomados en su conjunto y no necesariamente determinantes en sí mismos, los elementos de prueba que guarden relación con i) la intención del minorista del sector de la alimentación de entrar en el mercado de la comercialización de electricidad, como elemento que corrobora su capacidad para entrar en ese mercado; ii) las acciones preparatorias para acceder al mercado, en particular, a la luz de eventuales restricciones reglamentarias o inherentes a la apertura del mercado de la

[109] Sentencia de 12 de enero de 2023, HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19 P, EU:C:2023:11), apartados 139 a 141, y jurisprudencia citada.

comercialización de electricidad, que podrían corroborar la capacidad de esa empresa para acceder a ese mercado en un plazo que supusiera una presión competitiva y que, en el presente asunto, corresponde a la vigencia de la cláusula de no competencia; iii) la percepción que el proveedor de electricidad tiene del minorista del sector de la alimentación, constituyendo un importante indicio de la existencia de una relación de competencia potencial el hecho de haber incluido una cláusula de no competencia, extremo que debe quedar no obstante avalado por otros elementos relativos a la realidad de las condiciones de acceso al mercado; iv) las distintas actividades de las demás empresas del grupo a que pertenece el minorista en el mercado de la comercialización de electricidad o en mercados adyacentes, siempre que se acredite la existencia de un vínculo entre esas actividades y la capacidad para entrar en ese mercado a corto plazo, incluso cuando dichas actividades hayan sido anteriores a la celebración del acuerdo de asociación y con independencia de que esas empresas estuvieran obligadas o no por la cláusula de no competencia, y v) las actividades del minorista del sector de la alimentación en el mercado ascendente de la producción de electricidad, siempre que esas actividades le confieran una ventaja real y concreta para una eventual entrada en el mercado de la comercialización de electricidad.

2) El artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101 [TFUE], apartado 3, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe interpretarse en el sentido de que no está comprendido en el concepto de "acuerdo vertical" un acuerdo de asociación entre un minorista del sector de la alimentación y un proveedor de electricidad, cuyo objeto consiste en promover, mediante un sistema de ventas vinculadas, sus respectivas actividades, al margen de que esas empresas deban considerarse competidoras reales o potenciales, dado que las partes actúan, a efectos del acuerdo de asociación, en el mismo plano de la cadena de producción.

3) El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de no competencia convenida entre las partes en un acuerdo de asociación, como el que constituye el objeto del litigio principal, no debería quedar excluida del ámbito de aplicación de esa disposición por el hecho de tener carácter accesorio en ese citado acuerdo, a menos que se demuestre que la citada cláusula es necesaria objetivamente para la puesta en marcha de la asociación y proporcionada a sus fines.

4) El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de no competencia, como la del acuerdo de asociación de que se trata en el litigio principal, siempre que haya sido pactada por dos empresas que, como mínimo, sean consideradas competidoras potenciales, debe considerarse un acuerdo para el reparto de mercados constitutivo de una restricción de la competencia por el objeto, sin que sea necesario demostrar los efectos perjudiciales concretos, a menos que esa cláusula pueda considerarse una restricción accesoria del acuerdo principal.»