Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
ATHANASIOSA RANTOSA
od 2. ožujka 2023. [1]

Predmet C-331/21

Autoridade da Concorrência,
EDP – Energias de Portugal SA,
EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,
Sonae MC SGPS SA, prije Sonae Investimentos i Sonae MC – Modelo Continente SGPS,
Modelo Continente Hipermercados SA
uz sudjelovanje:
Ministério Público

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal da Relação de Lisboa (Žalbeni sud u Lisabonu, Portugal))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Članak 101. UFEU-a – Sporazum između dobavljača električne energije i trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji upravlja hipermarketima i supermarketima – Odredba o zabrani tržišnog natjecanja – Potencijalno tržišno natjecanje – Razlika između vertikalnog i horizontalnog sporazuma – Ograničavanje tržišnog natjecanja ‚s obzirom na cilj' ili ‚s obzirom na učinak' – Uredba (EU) br. 330/2010 – Ugovor o zastupanju – Liberalizacija tržišta opskrbe električnom energijom"

I. Uvod

1. Može li, i pod kojim uvjetima, odredba o zabrani tržišnog natjecanja unesena u sporazum o udruživanju između poduzetnika koji su prisutni na odvojenim tržištima proizvoda predstavljati sporazum s protutržišnim ciljem u smislu članka 101. UFEU-a? To je pitanje u biti u središtu ovog zahtjeva za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal da Relação de Lisboa (Žalbeni sud u Lisabonu, Portugal).

2. Sud koji je uputio zahtjev predmetnim zahtjevom za prethodnu odluku traži od Suda da razmotri četiri pitanja povezana s tumačenjem članka 101. stavka 1. UFEU-a na koje se mogu podijeliti postavljena prethodna pitanja, a to su: i. ocjena odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja između poduzetnika koji su prisutni na odvojenim tržištima proizvoda; ii. pravna kvalifikacija sporazuma o udruživanju kojim se nastoje promicati djelatnosti ugovornih strana; iii. akcesornost odredbe o zabrani tržišnog natjecanja u okviru takvog sporazuma i iv. kvalifikacija takve odredbe kao ograničavanja tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj".

[1] Izvorni jezik: francuski

II. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

3. Glavni postupak odnosi se na spor između Autoridadea da Concorrência (Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, Portugal, u daljnjem tekstu: AdC) i žalitelja iz glavnog postupka, odnosno društava EDP – Energias de Portugal SA (u daljnjem tekstu: EDP Energias), EDP Comercial – Comercialização de Energia SA (u daljnjem tekstu: EDP Comercial), Sonae MC SGPS SA (prije Sonae Investimentos SGSP SA i Sonae MC – Modelo Continente SGPS, u daljnjem tekstu: novo društvo Sonae MC) i Modelo Continente Hipermercados SA (u daljnjem tekstu: MCH), u pogledu novčanih kazni koje im je AdC izrekao [2] na temelju članka 9. stavka 1. točke (c) portugalskog Zakona o tržišnom natjecanju [3] jer su u sporazum o udruživanju unijeli odredbu o zabrani tržišnog natjecanja. Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Sud za tržišno natjecanje, regulaciju i nadzor, Portugal, u daljnjem tekstu: TCRS) smanjio je te novčane kazne.

4. S jedne strane, MCH i novo društvo Sonae MC dio su grupe portugalskih poduzetnika prisutnih u nekoliko sektora djelatnosti [4] (u daljnjem tekstu: grupa Sonae). Unutar te grupe, MCH obavlja svoje djelatnosti u sektoru distribucije prehrambenih proizvoda u Portugalu i upravlja nizom trgovina (hipermarketi i supermarketi). Novo društvo Sonae MC, koje upravlja društvenim udjelima i djeluje u istom sektoru, drži sav kapital društva MCH.

5. S druge strane, EDP Energias i EDP Comercial dio su portugalske grupe čije je matično društvo EDP Energias, koje među ostalim obavlja svoje djelatnosti u sektoru proizvodnje, distribucije i opskrbe električnom energijom i prirodnim plinom. Ta je grupa najvažniji portugalski subjekt na tržištima proizvodnje, distribucije i opskrbe električnom energijom.

A. Sporazum o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku

6. Društva EDP Comercial i MCH sklopila su 5. siječnja 2012. sporazum o udruživanju koji se naziva Program EDP Continente (u daljnjem tekstu: sporazum o udruživanju) kojim se nastojalo privući klijente, potaknuti prodaju i ponuditi popuste potrošačima. Ta društva na datum sklapanja tog sporazuma nisu međusobno konkurirala ni na jednom tržištu proizvoda ili zemljopisnom tržištu, uključujući tržište maloprodaje i opskrbe električnom energijom i prirodnim plinom.

7. Navedeni sporazum sadržavao je odredbu 2.1. kojom se predmet sporazuma o udruživanju utvrđivao kako slijedi: „Poticanje razvoja djelatnosti slobodne opskrbe električnom energijom, koju obavlja EDP Comercial, te djelatnosti maloprodajne distribucije prehrambenih i neprehrambenih proizvoda koju MCH obavlja u hipermarketima i supermarketima [koji pripadaju društvu MCH], kao i u trgovačkim objektima kojima upravljaju druga društva povezana s društvom Sonae Investimentos koja nisu MCH […]”.

[2] Osim društvu Sonae MC – Modelo Continente SGPS, kojem nije izrečena novčana kazna zbog nepostojanja obujma prometa i koje je preuzelo društvo Sonae Investimentos, koje je promijenilo svoj naziv u Sonae MC.

[3] Člankom 9. stavkom 1. Leija nº 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis nºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei nº 2/99, de 13 de janeiro (Zakon br. 19/2012 od 8. svibnja 2012. o utvrđivanju novog pravnog okvira tržišnog natjecanja) (*Diário da República*, Serija I, br. 89, od 8. svibnja 2012.; u daljnjem tekstu: portugalski Zakon o tržišnom natjecanju) određuje se da se: „[z]abranjuju se sporazumi među poduzetnicima, […] koji imaju za cilj ili učinak sprečavanje […] tržišnog natjecanja na cijelom nacionalnom tržištu ili jednom njegovu dijelu, a osobito oni koji uključuju: […] (c) podjelu tržištâ ili izvorâ nabave;”.

[4] Među ostalim, u sektoru maloprodajne distribucije, telekomunikacija i audiovizualne komunikacije, upravljanja trgovačkim centrima, proizvoda na bazi drva, turizma i proizvodnje energije u kogeneracijskom ili fotonaponskom postrojenju.

8. S komercijalnog stajališta, tim su se udruživanjem predviđali popusti na cijene električne energije isključivo za klijente koji su vlasnici kartice Continente, kartice za popuste koju je MCH izdavao u okviru programa vjernosti. Osim što su morali imati tu karticu, klijenti koji su se željeli pridružiti Programu EDP Continente morali su s društvom EDP Comercial sklopiti ugovor o opskrbi električnom energijom s niskim naponom za liberalizirano tržište u kontinentalnom Portugalu. Tako su ti klijenti dobivali popust od 10 % na svoju potrošnju električne energije koju je isporučivao EDP Comercial. Taj je popust podrazumijevao izdavanje kupona za popust u iznosu tog popusta koji su se učitavali na karticu Continente dotičnih klijenata, koji su ih potom mogli upotrijebiti prilikom kupnje u trgovačkim objektima grupe Sonae navedenima u odredbi 2.1.

9. EDP Comercial prvotno je u cijelosti snosio iznos popustâ [5]. Međutim, s obzirom na povećanje prometa u prethodno navedenim objektima i prihoda ostvarenih Programom EDP Continente, predvidjelo se da će MCH snositi dio odobrenih popusta. EDP Comercial i MCH u jednakim su dijelovima snosili ostale troškove udruživanja povezane s oglašavanjem, marketingom, komunikacijom i obranom u postupcima.

10. Odredba 12.1. sporazuma o udruživanju, naslovljena „Isključivost”, glasila je: „Tijekom važenja ovog sporazuma i tijekom roka od jedne godine nakon njegova prestanka važenja, [MCH] se obvezuje na sljedeće: (a) da izravno ili posredstvom društva u čijem kapitalu većinski udio ima [Sonae Investimentos], neće obavljati djelatnost opskrbe električnom energijom i prirodnim plinom u kontinentalnom Portugalu; (b) da ni s jednim dobavljačem električne energije ili prirodnog plina koji nije u odnosu kontrole ili u odnosu grupe s društvom EDP Comercial […] neće pregovarati o sporazumima o udruživanju, zajedničkim poduzećima, načelnim sporazumima, reklamnim kampanjama ili sličnom, koji imaju za cilj ili učinak dodjelu popusta ili drugih imovinskih koristi povezanih s električnom energijom ili prirodnim plinom, niti ih uspostavljati […]”. Na temelju odredbe 12.2. EDP Comercial preuzeo je simetrične obveze na tržištu maloprodajne distribucije prehrambenih proizvoda u kontinentalnom Portugalu.

11. Sporazum o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku bio je na snazi do 31. prosinca 2012., iako su se potrošači mogli pridružiti samo u razdoblju od 9. siječnja 2012. do 4. ožujka 2012. Sklapanje ugovora o opskrbi električnom energijom bilo je omogućeno u sklopu mreže od 180 poslovnih prostora kojima upravlja MCH, a koju su zajednički isporučivali EDP Comercial i MCH. Ukupno 146 775 klijenata pridružilo se Programu EDP Continente, od čega je 137 144 klijenata ostalo ugovorno vezano za EDP Comercial tijekom i nakon završetka kampanje. Zbroj popusta koji su ostvarili članovi Programa EDP Continente dosegnuo je iznos od 6 907 354 eura, a ukupan iznos aktiviranih kupona dosegnuo je gotovo 6 024 252 eura. Od tog iznosa, 1 795 912 eura platio je MCH.

B. Relevantan zakonski okvir

12. Sud koji je uputio zahtjev navodi da je taj sporazum o udruživanju donesen u vrijeme ključne faze postupka liberalizacije tržišta opskrbe električnom energijom u Portugalu, s obzirom na to da su regulirane tarife za uobičajeni niski napon vrijedile do kraja 2012.

[5] MCH je svakog mjeseca trebao izdati obavijest o terećenju za iznos kupona koji su izdani i aktivirani tijekom prethodnog mjeseca, koji je potrebno platiti na kraju mjeseca u kojem je pojedini račun izdan.

13. U tom pogledu, postupak liberalizacije opskrbe električnom energijom u Portugalu postupno se odvijao od 1995. Portugalskim zakonskim okvirom primjenjivim na stavljanje električne energije na tržište od 1995. davala se prednost sustavu slobodnog tržišnog natjecanja u tom sektoru, tako što su se pojednostavnjivali zakonski uvjeti za uspostavljanje i obavljanje djelatnosti opskrbe električnom energijom, s obzirom na to da je za tu djelatnost bila potrebna samo registracija, a ne licencija, čime se tako poticao ulazak samostalnih subjekata. U 2006. uvedeno je prijelazno razdoblje tijekom kojeg su potrošači mogli odabrati između uređenog tržišta i liberaliziranog tržišta isključivo na temelju komercijalne privlačnosti ponuda, bez ikakvih obveza ili ograničenja sa zakonskog stajališta.

14. Od 1. siječnja 2011. ukinute su regulirane tarife koje su se primjenjivale na krajnje klijente za opskrbu električnom energijom vrlo visokog, visokog i srednjeg napona te posebnog niskog napona. Od 1. srpnja 2012., odnosno 1. siječnja 2013., ukinute su regulirane tarife koje su se primjenjivale na opskrbu električnom energijom niskog napona (male trgovine/kućanstva) za krajnje klijente čija je ugovorena snaga 10,35 kVA ili veća i za klijente čija je ugovorena snaga manja od 10,35 kVA. Nakon tih datuma sklapanje novih ugovora bilo je moguće samo na liberaliziranom tržištu [6].

C. Sporna odluka

15. Nakon što je Ministério da Economia e do Emprego (Ministarstvo gospodarstva i rada, Portugal) u siječnju 2012. izdalo upozorenje o navodnim nepravilnostima koje proizlaze iz sporazuma o udruživanju, AdC je 4. svibnja 2017. donio odluku (u daljnjem tekstu: sporna odluka) kojom su žaliteljima iz glavnog postupka izrečene novčane kazne u ukupnom iznosu od 38 300 000 eura jer su počinili povredu tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj” u smislu članka 9. stavka 1. točke (c) portugalskog Zakona o tržišnom natjecanju.

16. Prema AdC-ovu mišljenju, povreda prava tržišnog natjecanja uključivala je sporazum između poduzetnika s ciljem podjele tržištâ, u obliku odredbe o zabrani tržišnog natjecanja u okviru sporazuma o udruživanju (odnosno odredbi 12.1.(a) i 12.2.(a)). Tržišta na koja se odnosi ta odredba, od kojih se sva tri nalaze u kontinentalnom Portugalu, bila su: i. tržište opskrbe električnom energijom, ii. tržište opskrbe prirodnim plinom i iii. tržište maloprodajne distribucije prehrambenih proizvoda. Navedeno tijelo prigovorilo je žaliteljima iz glavnog postupka da su taj sporazum provodili tijekom dvije godine, u ključnom razdoblju postupka liberalizacije nacionalnog tržišta opskrbe električnom energijom na razdoblje od dvije godine, što je dodatno pridonijelo protutržišnoj prirodi sporazuma.

17. Nakon žalbi koje su podnijeli žalitelji iz glavnog postupka, TCRS je 30. rujna 2020. potvrdio spornu odluku i smanjio iznos novčanih kazni za 10 % s obzirom na pogodnost koja se kućanstvima pružila primjenom popusta u okviru predmetnog sporazuma [7].

[6] Međutim, uspostavljeni su prijelazni tarifni sustavi za potrošače koji na te datume nisu odlučili sklopiti ugovor na liberaliziranom tržištu. Tarife koje je utvrdila Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Regulatorno tijelo za energetske usluge, Portugal) primjenjivale su se na te potrošače po većim cijenama kako bi se potaknuo prijelaz na liberalizirano tržište. Posljednji od tih sustava istekao je 31. prosinca 2017.

[7] TCRS je to smanjenje opravdao činjenicom da se sporazumom o udruživanju mnogim portugalskim obiteljima omogućilo da ostvare znatne popuste i kupe osnovnu robu. Žaliteljima iz glavnog postupka izrečene su sljedeće novčane kazne: društvu EDP Energias u iznosu od 2 610 000 eura, društvu EDP Comercial u iznosu od 23 220 000 eura, društvu Sonae Investimentos u iznosu od 2 520 000 eura i društvu MCH u iznosu od 6 120 000 eura.

18. Kao i AdC, taj je sud smatrao da su žalitelji iz glavnog postupka u okviru sporazuma o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku sklopili „ugovor o zabrani tržišnog natjecanja" koji predstavlja ograničavanje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. Kako bi došao do tog zaključka, navedeni sud osobito je uzeo u obzir djelatnosti grupe Sonae na tržištima proizvodnje i opskrbe električnom energijom prije i tijekom provedbe tog sporazuma o udruživanju, odnosno: i. udruživanje jednog društva grupe Sonae i društva Endesa SA, osnivanjem zajedničkog poduzeća Sodesa – Comercialização de Energia SA (u daljnjem tekstu: Sodesa) [8], ii. udruživanje društava MCH i Petróleos de Portugal – Petrogal SA (u daljnjem tekstu: GALP) [9] i iii. djelatnosti na tržištu minikogeneracije, mikrokogeneracije i kogeneracije električne energije koje obavljaju MCH i druga društva koja pripadaju grupi Sonae [10]. Prema mišljenju tog suda, samo su konkurentski poduzetnici, trenutačni ili potencijalni, mogli dokazati bilo kakav interes za sklapanje takvog ugovora.

19. Žalitelji iz glavnog postupka i AdC podnijeli su žalbu protiv TCRS-ove presude Tribunalu da Relação de Lisboa (Žalbeni sud u Lisabonu), sudu koji je uputio zahtjev u ovom predmetu. AdC je u okviru svoje žalbe, koja se odnosi samo na iznos novčanih kazni, zatražio ukidanje TCRS-ove presude jer se njome iznos izrečenih novčanih kazni smanjio za 10 % [11]. Žalitelji iz glavnog postupka pak smatraju, među ostalim, da nisu počinili protutržišnu radnju i stoga su zatražili od suda koji je uputio zahtjev da u cijelosti ukine tu presudu te da usto smanji iznos novčane kazne [12]. Osim toga, žalitelji iz glavnog postupka zatražili su od suda koji je uputio zahtjev da pokrene prethodni postupak. U jedanaest prethodnih pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev u biti se preuzimaju pitanja koja su sastavili ti žalitelji.

D. Pitanja suda koji je uputio zahtjev

20. Sud koji je uputio zahtjev dvoji o tome je li sporazum o udruživanju i, konkretnije, odredba o zabrani tržišnog natjecanja mogao imati negativan utjecaj na tržišno natjecanje na tržištima o kojima je riječ.

21. U tim je okolnostima Tribunal da Relação de Lisboa (Žalbeni sud u Lisabonu) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li članak 101. UFEU-a, na kojem se temelji članak 9. [portugalskog Zakona o tržišnom natjecanju], tumačiti na način da je u skladu s njime odredbu o zabrani tržišnog natjecanja, poput one iz članka 12. stavaka 1. i 2. […] sporazuma o udruživanju, dopušteno klasificirati kao sporazum o ograničenju s obzirom na cilj, sklopljen između dobavljača električne energije i trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji upravlja hipermarketima i supermarketima, s ciljem odobravanja popusta klijentima - koji se istodobno pridružuju određenom tarifnom modelu za električnu energiju dobavljača električne energije, koji postoji u kontinentalnom Portugalu, i koji su vlasnici kartice vjernosti trgovca na malo prehrambenim proizvodima - odnosno popusta koji se mogu odobriti samo za kupnju

8 Vidjeti točku 76. ovog mišljenja.

9 Vidjeti točku 81. ovog mišljenja.

10 Vidjeti točku 83. ovog mišljenja.

11 AdC tvrdi da se ne može pozivati na pogodnosti za potrošače koje proizlaze iz sporazuma o udruživanju kako bi se opravdalo smanjenje iznosa novčane kazne i da je smanjenje od 10 % u svakom slučaju pretjerano.

12 Žalitelji iz glavnog postupka osobito su tvrdili: i. da na datum sklapanja sporazuma o udruživanju nije postojalo ni stvarno ni potencijalno tržišno natjecanje i da se stoga ne može smatrati da odredba o zabrani tržišnog natjecanja ima protutržišne učinke; ii. da predmet tog sporazuma nije ograničavao tržišno natjecanje i iii. da nisu postojali činjenični i pravni elementi koji omogućuju da se matičnim društvima o kojima je riječ pripiše odgovornost.

proizvoda u prostorijama potonjeg trgovca na malo ili u prostorijama društava koja su s njime povezana, ako navedeni sporazum čine druge odredbe kojima se utvrđuje da je predmet tog sporazuma poticati obavljanje djelatnosti uključenih društava […], te se utvrđuju pogodnosti za potrošače […] a da se pritom ne analiziraju konkretni štetni učinci za tržišno natjecanje koji proizlaze iz navedene odredbe članka 12. stavaka 1. i 2.?

2. Treba li članak 101. stavak 1. UFEU-a tumačiti na način da se za sporazum kojim se zabranjuje obavljanje određenih gospodarskih djelatnosti i koji odgovara navodnoj podjeli tržištâ između dvaju poduzetnika može smatrati da ograničava tržišno natjecanje s obzirom na cilj ako se sklopi između subjekata koji se međusobno ne natječu niti će se međusobno natjecati ni na jednom od tržišta na koja se odnosi navedena obveza, čak i ako se za tržišta na koja se ta obveza odnosi može smatrati da su liberalizirana ili da ne postoje nepremostive pravne prepreke za ulazak u njih?

3. Treba li članak 101. stavak 1. UFEU-a tumačiti na način da potencijalnim konkurentima treba smatrati dobavljača električne energije i trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji upravlja hipermarketima i supermarketima koji su međusobno sklopili navedeni sporazum, s ciljem uzajamnog poticanja gospodarskih djelatnosti i povećanja prodaje druge strane (i, u slučaju trgovca na malo prehrambenim proizvodima, društava u čijem kapitalu većinski udio ima […] matičn[o] društ[vo]) ako trgovac na malo prehrambenim proizvodima i potonja, s njime povezana, društva nisu u trenutku sklapanja sporazuma obavljala djelatnost dobavljača električne energije, ni na predmetnom ni na bilo kojem drugom zemljopisnom tržištu, i ako u postupku nije dokazano da su imali namjeru na tom tržištu obavljati navedenu djelatnost ili da su poduzeli bilo kakve korake s ciljem obavljanja te djelatnosti?

4. Ostaje li odgovor na treće prethodno pitanje nepromijenjen ako je drugo društvo - u čijem kapitalu većinski udio ima matično društvo trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji je potpisnik sporazuma (pri čemu [AdC] nije optuž[io] niti osud[io] nijednog od tih dvaju subjekata niti su oni bili stranke u postupku pokrenutom pred ovim sudom) i koje nije bilo obuhvaćeno subjektivnim područjem primjene obveze nenatjecanja - imalo udio od 50 % u trećem društvu koje je obavljalo djelatnosti stavljanja električne energije na tržište u Portugalu, a s čime je prestalo tri i pol godine prije sklapanja sporazuma jer je potonje društvo prestalo postojati?

5. Ostaje li odgovor na četvrto prethodno pitanje nepromijenjen ako maloprodajni poduzetnik koji je potpisnik sporazuma proizvodi električnu energiju u postrojenjima za mini i mikro proizvodnju električne energije koja se nalaze na krovu njegovih objekata, iako svu proizvedenu električnu energiju po reguliranim cijenama isporučuje opskrbljivaču zadnjeg izbora?

6. Ostaje li odgovor na četvrto prethodno pitanje nepromijenjen ako je maloprodajni poduzetnik koji je potpisnik sporazuma osam godina prije datuma njegova sklapanja sklopio drugi ugovor o poslovnoj suradnji (koji je i dalje bio na snazi na dan sklapanja sporazuma) s trećom stranom, distributerom tekućih goriva, s ciljem odobravanja unakrsnih popusta, koji se odnose na kupnju navedenih proizvoda i proizvoda koji se prodaju u hipermarketima i supermarketima poduzetnika, ako poduzetnik koji je druga strana pak, osim što stavlja na tržište tekuća goriva, također stavlja na tržište električnu energiju u kontinentalnom Portugalu i ako nije dokazano da su strane u trenutku sklapanja sporazuma imale namjeru navedeni ugovor proširiti na stavljanje električne energije na tržište ili da su s tim ciljem poduzele neke radnje?

7. Ostaje li odgovor na četvrto prethodno pitanje nepromijenjen ako je drugo društvo- u čijem kapitalu većinski udio ima matično društvo trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji je potpisnik sporazuma (pri čemu, također, [AdC] nije optuž[io] niti osud[io] nijednog od tih dvaju subjekata niti su oni bili stranke u postupku pokrenutom pred ovim sudom) i koje nije bilo obuhvaćeno subjektivnim područjem primjene obveze nenatjecanja - proizvodilo električnu energiju u kogeneracijskom postrojenju, iako je svu proizvedenu električnu energiju po reguliranim cijenama isporučivalo opskrbljivaču zadnjeg izbora?

8. U slučaju potvrdnog odgovora na ranija prethodna pitanja, treba li članak 101. stavak 1. UFEU-a tumačiti na način da se može smatrati ograničavajućom s obzirom na cilj odredba kojom se navedenom trgovcu na malo prehrambenim proizvodima - tijekom važenja sporazuma i jednu godinu neposredno nakon prestanka njegova važenja - zabranjuje da sâm ili posredstvom društva u čijem kapitalu većinski udio ima jedno od njegovih matičnih društava koje je predmet postupka, obavlja djelatnosti stavljanja električne energije na tržište na državnom području obuhvaćenom sporazumom?

9. Treba li pojam ‚potencijalni konkurent', u smislu članka 101. UFEU-a, članka 1. stavka 1. točke (c) Uredbe [br. 330/2010][13] i točke 27. smjernica Europske komisije o vertikalnom skupnom izuzeću (SL 2010., C 130, str. 1.)[14], tumačiti na način da on uključuje poduzetnika obvezanog odredbom o zabrani tržišnog natjecanja koji je prisutan na tržištu proizvoda potpuno odvojenom od tržišta proizvoda druge strane u sporazumu ako u dokumentima koji se nalaze u spisu spora pokrenutog pred nacionalnim sudom ne postoji nijedna konkretna indicija (poput projekata, ulaganja ili drugih pripremnih aktivnosti) da je predmetni poduzetnik, prije navedene odredbe i u njezinu nedostatku, mogao kratkoročno ući na tržište druge strane niti je dokazano da je druga strana u sporazumu, prije navedene odredbe i u njezinu nedostatku, navedenog poduzetnika smatrala potencijalnim konkurentom na tržištu o kojem je riječ?

10. Treba li članak 101. stavak 1. UFEU-a tumačiti na način da sama činjenica da sporazum o udruživanju između poduzetnika koji stavlja električnu energiju na tržište i poduzetnika koji na malo prodaje prehrambene i neprehrambene proizvode za upotrebu u kućanstvu, sklopljen radi unakrsne promidžbe njihovih odnosnih djelatnosti (u čijem okviru, konkretno, prvi poduzetnik odobrava popuste svojim klijentima za potrošnju električne energije na temelju kojih drugi poduzetnik umanjuje iznos kupnje koju navedeni klijenti obave u trgovinama na malo), sadržava odredbu na temelju koje se obje strane obvezuju na to da se neće međusobno natjecati ili sklapati slične sporazume s konkurentima druge strane znači da je cilj navedene odredbe ograničiti tržišno natjecanje u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a iako:

   – vremensko područje primjene predmetne odredbe (trajanje sporazuma od jedne godine, uvećano za još jednu godinu) podudara se s razdobljem, utvrđenim u istom sporazumu, tijekom kojeg strane nisu ovlaštene koristiti se poslovnim tajnama ili stručnim znanjem koje su stekle u okviru provedbe udruženja u projektima s trećim stranama;

   – zemljopisno područje primjene odredbe ograničeno je na zemljopisno područje primjene sporazuma;

[13] Uredba Komisije od 20. travnja 2010. o primjeni članka 101. stavka 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 2010., L 102, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 270.)

[14] U daljnjem tekstu: smjernice o vertikalnom skupnom izuzeću

– područje primjene odredbe *ratione personae* ograničeno je na strane sporazuma i poduzetnike u čijem kapitalu imaju većinski udio te na druge poduzetnike iste grupe koji također posjeduju trgovine na malo ili njima upravljaju, a koje su obuhvaćene područjem primjene navedenog sporazuma;

– područje primjene odredbe ratione personae isključuje veliku većinu društava koja pripadaju istoj gospodarskoj skupini strana i koja posljedično nisu obvezana odredbom te se mogu natjecati s drugom stranom tijekom i nakon prestanka važenja sporazuma;

– poduzetnici na koje se primjenjuje odredba o zabrani tržišnog natjecanja prisutni su na potpuno odvojenim tržištima proizvoda te nije dokazano da su u trenutku sklapanja sporazuma razvili bilo kakav projekt ili plan ili pak izvršili bilo kakvu vrstu ulaganja ili poduzeli neku drugu radnju kako bi ušli na tržište proizvoda druge strane?

11. Treba li pojam ‚vertikalni sporazum', u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a, članka 1. stavka 1. točke (a) Uredbe [br. 330/2010] i točke 25. pod (c) [smjernica o vertikalnom skupnom izuzeću] tumačiti na način da on uključuje sporazum s obilježjima opisanima u ranije navedenim pitanjima, u okviru kojega su strane prisutne na potpuno odvojenim tržištima proizvoda te nije dokazano da su, prije navedenog sporazuma i u njegovu nedostatku, izvršile bilo kakav projekt, ulaganje ili plan kako bi ušle na tržište proizvoda druge strane, ali u okviru kojega strane, za potrebe predmetnog sporazuma, drugoj strani stavljaju na raspolaganje svoje poslovne mreže, prodajne timove i stručna znanja radi promidžbe te stjecanja i povećanja klijenata i poslova te druge strane?"

22. Pisana očitovanja podnijeli su žalitelji iz glavnog postupka, portugalska vlada i Europska komisija. Te stranke i AdC, koji nije podnio pisana očitovanja, usto su se očitovale na raspravi održanoj 9. studenoga 2022.

III. Analiza

23. Prije razmatranja prethodnih pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev (**točka B**), smatram da je korisno pojasniti argumente u pogledu nadležnosti Suda da odgovori na ta prethodna pitanja i izjasniti se o njihovoj dopuštenosti **(točka A**).

A. Nadležnost Suda i dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku

24. S jedne strane, kad je riječ o nadležnosti Suda, ističem da je žaliteljima iz glavnog postupka novčana kazna izrečena samo na temelju članka 9. stavka 1. portugalskog Zakona o tržišnom natjecanju, a ne na temelju odredbe prava Unije. Doista, prema ustaljenoj sudskoj praksi, u okviru postupka predviđenog člankom 267. UFEU-a Sud nije nadležan za tumačenje nacionalnog prava jer je ta zadaća isključivo na sudu koji je uputio zahtjev[15]. Stoga se postavlja pitanje je li Sud nadležan odgovoriti na pitanja koja je postavio sud koji je uputio zahtjev.

[15] Presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr. (C-307/18, u daljnjem tekstu: presuda Generics (UK), EU:C:2020:52, t. 25. i navedena sudska praksa)

25. U tom pogledu valja istaknuti da je Sud, prema ustaljenoj sudskoj praksi, nadležan za odlučivanje o zahtjevu za prethodnu odluku koji se odnosi na odredbe prava Unije u situacijama u kojima su, neovisno o tome što činjenice iz glavnog postupka ne ulaze izravno u područje primjene tog prava, odredbe navedenog prava nacionalnim pravom učinjene primjenjivima zbog upućivanja potonjeg na njihov sadržaj [16].

26. U ovom slučaju nije sporno da je članak 9. portugalskog Zakona o tržišnom natjecanju inspiriran sadržajem članka 101. UFEU-a [17] i da mu u bitnome odgovara. Stoga tu odredbu treba primjenjivati u skladu s člankom 101. UFEU-a, tim više jer sud koji je uputio zahtjev smatra da su za rješavanje spora koji se pred njim vodi nužna pojašnjenja o opsegu određenih pojmova svojstvenih pravu tržišnog natjecanja Unije.

27. Prema mojem mišljenju, iz toga slijedi da je Sud nadležan odgovoriti na prethodna pitanja.

28. S druge strane, kad je riječ o zahtjevima u pogledu sadržaja zahtjeva za prethodnu odluku iz članka 94. Poslovnika Suda, podsjećam na to da, u skladu s tom odredbom, svaki zahtjev za prethodnu odluku sadržava, među ostalim, „*sažeti prikaz predmeta* spora i *relevantne činjenice* kako ih je utvrdio sud koji je uputio zahtjev ili barem prikaz činjeničnih okolnosti na kojima se temelje pitanja” [18]. Taj zahtjev vrijedi osobito u području tržišnog natjecanja, za koje su karakteristične složene činjenične i pravne situacije [19].

29. U tom pogledu ističem da u ovom slučaju sud koji je uputio zahtjev nije uložio velike napore da iznese „sažeti prikaz predmeta spora” [20] ili da taj prikaz ograniči na „relevantne činjenice” [21], pri čemu među relevantnim činjenicama razlikuje one koje se smatraju utvrđenima [22] od onih koje to nisu [23]. Stoga upućena prethodna pitanja treba analizirati samo s obzirom na činjenice koje se smatraju utvrđenima.

30. Međutim, tvrdim da se drugo prethodno pitanje temelji na činjeničnoj premisi za koju se navodi da nije utvrđena. Konkretnije, to se pitanje odnosi na kvalifikaciju odredbe o zabrani tržišnog natjecanja kao ograničavanja s obzirom na cilj kad se njime upućuje na „subjekte koji nisu stvarni ili *potencijalni* konkurenti”, pri čemu se polazi od pretpostavke da ne postoji potencijalno tržišno natjecanje, iako je riječ upravo o jednom od glavnih pitanja kojim se opravdava zahtjev za prethodnu odluku. Naime, sud koji je uputio zahtjev naglašava da je jedno od pitanja na koje treba odgovoriti pitanje treba li „poduzetnike na koje se odnosi sporna odluka smatrati potencijalnim konkurentima” [24].

16 Kada nacionalno zakonodavstvo situacije koje su u cijelosti unutarnje uređuje na jednak način kao i pravo Unije kako bi se primjerice izbjeglo eventualno narušavanje tržišnog natjecanja, ili kako bi se osiguralo ujednačeno postupanje u usporedivim situacijama, postoji jasan interes da se, radi izbjegavanja budućih različitih tumačenja, odredbe ili pojmovi koji su preuzeti iz prava Unije tumače na jednak način bez obzira na okolnosti u kojima se primjenjuju (vidjeti u tom smislu presudu Generics (UK), t. 26. i 27.).

17 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, tekst te odredbe „u znatnoj se mjeri podudara s tekstom članka 101. stavka 1. UFEU-a”.

18 Na zahtjeve iz članka 94. Poslovnika podsjeća se u točki 15. Preporuka [Suda] namijenjenih nacionalnim sudovima koje se odnose na pokretanje prethodnog postupka (SL 2019., C 380, str. 1.).

19 Vidjeti presudu od 3. ožujka 2021., Poste Italiane i Agenzia delle entrate – Riscossione (C-434/19 i C-435/19, EU:C:2021:162, t. 77. i navedenu sudsku praksu).

20 Zahtjev za prethodnu odluku sadržava 277 stranica koje nisu strukturirane ni dosljedne te nije uložen gotovo nikakav napor da ih se sažme.

21 Samo je ograničeni dio od 298 točaka koje se odnose na „utvrđene činjenice” relevantan u svrhu pružanja korisnih odgovora sudu koji je uputio zahtjev.

22 Vidjeti izvorni zahtjev za prethodnu odluku, str. 84. do 146. (točke 1. do 298.).

23 Vidjeti izvorni zahtjev za prethodnu odluku, str. 167. do 169. (točke 1. do 13.).

24 Vidjeti izvorni zahtjev za prethodnu odluku, str. 229.

31. Dakle, unatoč tomu što se na prethodna pitanja koja je uputio nacionalni sud načelno primjenjuje pretpostavka relevantnosti [25] i što nije na Sudu da provjerava točnost činjeničnog okvira [26], tumačenje članka 101. stavka 1. UFEU-a koje se traži u okviru tog prethodnog pitanja je u ovom slučaju hipotetsko.

32. S obzirom na prethodno navedeno, prema mojem mišljenju, drugo prethodno pitanje treba smatrati nedopuštenim.

B. O prethodnim pitanjima

33. Kao i sve stranke i zainteresirane osobe koje su podnijele pisana očitovanja, smatram da se postavljena prethodna pitanja mogu podijeliti na četiri pitanja u pogledu kojih sud koji je uputio zahtjev traži pojašnjenja, a to su:

– pojam „potencijalno tržišno natjecanje”, i konkretnije mogu li se, i pod kojim uvjetima, poduzetnici prisutni na odvojenim tržištima proizvoda smatrati potencijalnim konkurentima za potrebe primjene članka 101. UFEU-a (*treće, četvrto, peto, šesto i sedmo pitanje te deveto pitanje*);

– pravna kvalifikacija sporazuma o udruživanju sklopljenog između poduzetnika radi unakrsne promidžbe njihovih odnosnih djelatnosti (*jedanaesto pitanje*);

– uvjeti u kojima se ograničenje tržišnog natjecanja može smatrati akcesornim sporazumu koji nema protutržišni cilj (*deseto pitanje*); i

– kvalifikacija odredbe o zabrani tržišnog natjecanja kao ograničavanje tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj” ili „s obzirom na učinak” (*prvo i osmo pitanje*).

34. Predlažem da se te problematike ispitaju prethodno navedenim redoslijedom, s obzirom na to da su činjenica jesu li stranke potencijalni konkurenti (odjeljak 1.) i analiza prirode sporazuma (odjeljak 2.) važni elementi za utvrđivanje treba li odredbu o zabrani tržišnog natjecanja smatrati akcesornom sporazumu (odjeljak 3.) ili, u slučaju niječnog odgovora, ograničavanjem tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (odjeljak 4.).

1. Pojam „potencijalno tržišno natjecanje”

35. Sud koji je uputio zahtjev trećim, četvrtim, petim, šestim i sedmim te devetim prethodnim pitanjem, koje valja ispitati zajedno, u biti pita treba li, i pod kojim uvjetima, članak 101. stavak 1. UFEU-a tumačiti na način da se trgovac na malo prehrambenim proizvodima, koji je obvezan sporazumom o udruživanju sklopljenim s dobavljačem električne energije, čiji je cilj promicanje njihovih odnosnih djelatnosti i koji sadržava odredbu o zabrani tržišnog natjecanja, može smatrati potencijalnim konkurentom na tržištu opskrbe električnom energijom, iako u trenutku sklapanja tog sporazuma nije obavljao nikakvu djelatnost na tom tržištu.

[25] Vidjeti presudu od 6. listopada 2021., Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, t. 28.).

[26] Vidjeti presudu od 23. siječnja 2018., F. Hoffmann-La Roche i dr. (C-179/16, u daljnjem tekstu: presuda Hoffmann-La Roche, EU:C:2018:25, t. 45.).

36. Konkretnije, sud koji je uputio zahtjev pita Sud o relevantnosti, u okviru utvrđivanja postojanja odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja na tržištu opskrbe električnom energijom, niza različitih dokaznih elemenata, kao što su:

– namjera tog trgovca na malo prehrambenim proizvodima da uđe na tržište opskrbe električnom energijom (*treće pitanje*);

– pripremne radnje za takav ulazak, uključujući postojanje konkretnih indicija koje dokazuju da je taj trgovac na malo mogao kratkoročno ući na predmetno tržište, kao što su projekti, ulaganja ili druge pripremne radnje (*treće i deveto pitanje*);

– percepcija dobavljača električne energije o ograničavanjima tržišnog natjecanja koja je uveo trgovac na malo (*deveto pitanje*);

– djelatnosti društava grupe poduzetnika kojoj pripada trgovac na malo na susjednim tržištima ili na tržištima povezanim s tržištem opskrbe električnom energijom (*četvrto i šesto pitanje*);

– djelatnost trgovca na malo prehrambenim proizvodima na uzlaznom tržištu proizvodnje električne energije (*peto i sedmo pitanje*).

37. Tim pitanjima, kojima se uzimaju u obzir dokazi ispitani u presudi Generics (UK), sud koji je uputio zahtjev u biti želi pojasniti doseg te presude i, konkretnije, saznati predstavljaju li ti elementi od sada opći kriterij za ocjenu postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja.

38. Podsjećam na to da je Sud u presudi Generics (UK), odlučio da se u situaciji potencijalnog tržišnog natjecanja nalaze, s jedne strane, proizvođač izvornih lijekova koji je nositelj patenta za postupak proizvodnje djelatne tvari koja je postala dostupna javnosti, te, s druge strane, proizvođači generičkih lijekova koji se spremaju ući na tržište lijeka koji sadržava tu djelatnu tvar, a koji su u sporu o valjanosti tog patenta ili povrjeđujućoj naravi dotičnih generičkih lijekova, kada se utvrdi da proizvođač generičkih lijekova ima čvrstu namjeru i vlastitu sposobnost ući na tržište i da on ne nailazi na nepremostive zapreke ulasku [27].

39. Kako bi došao do tog zaključka, Sud se oslonio na kriterij koji je ustaljen u sudskoj praksi [28], kriterij utvrđivanja postoje li *stvarne i konkretne mogućnosti* da poduzetnik koji je odsutan s mjerodavnog tržišta uđe na to tržište i konkurira drugom odnosno drugim poduzetnicima koji su već prisutni na tom tržištu. Stoga, kad je riječ o sporazumu čija je posljedica privremeno zadržavanje poduzetnika izvan tržišta, valja utvrditi bi li u slučaju da navedenog sporazuma nema postojale takve stvarne i konkretne mogućnosti ulaska. Sud je objasnio da takav kriterij isključuje da se odnos potencijalnog tržišnog natjecanja može izvesti samo iz potpuno hipotetske mogućnosti takvog ulaska ili pak same volje u tom smislu. Obrnuto, uopće nije potrebno dokazati sa sigurnošću da će taj proizvođač doista ući na relevantno tržište ili da će potom biti u mogućnosti održati se na njemu. Naposljetku je potvrdio da se ocjena o postojanju potencijalnog tržišnog natjecanja mora dati s obzirom na strukturu tržišta te ekonomski i pravni kontekst kojim je uređeno njegovo funkcioniranje [29].

27 Presuda Generics (UK), t. 58.

28 Vidjeti točku 47. i bilješku 38. ovog mišljenja.

29 Presuda Generics (UK), t. 36. do 39. i navedena sudska praksa

40. Stoga je Sud postojanje odnosa tržišnog natjecanja ocijenio samo s obzirom na kriterij „stvarnih i konkretnih mogućnosti" ulaska na tržište, pri čemu je uzeo u obzir regulatorne i pravne osobitosti farmaceutskog sektora [30].

41. Žalitelji iz glavnog postupka tvrde da je Sud presudom Generics (UK) želio pojasniti opći kriterij koji se odnosi na pojam „potencijalno tržišno natjecanje" kada poduzetnici o kojima je riječ nisu prisutni na istom tržištu proizvoda, pri čemu je zahtijevao da se kumulativno i uzastopno ispune tri uvjeta: i. dotični poduzetnik treba imati stvarnu i konkretnu mogućnost ulaska na relevantno tržište, ii. treba imati čvrstu namjeru i vlastitu sposobnost da uđe na to tržište i iii. trebao je poduzeti pripremne radnje koje su dovoljne za kratkoročan ulazak na navedeno tržište.

42. U tom kontekstu smatram da najprije valja pojasniti okvir analize pojma „potencijalno tržišno natjecanje" (pododjeljak (a)), potom podsjetiti na ocjenu potencijalnog tržišnog natjecanja u sudskoj praksi koja prethodi presudi Generics (UK) (pododjeljak (b)), i, naposljetku, provesti konkretnu analizu različitih dokaznih elemenata na koje upućuje sud koji je uputio zahtjev (pododjeljak (c)).

a) Okvir analize „potencijalnog tržišnog natjecanja"

43. Uvodno podsjećam na to da su na temelju članka 101. stavka 1. UFEU-a nespojivi s unutarnjim tržištem i zabranjeni svi sporazumi sklopljeni među poduzetnicima koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji „imaju za cilj ili [učinak]" sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja. Stoga iz teksta te odredbe proizlazi da kvalifikacija da sporazum između poduzetnika kojim se može ograničiti tržišno natjecanje pretpostavlja postojanje tržišnog natjecanja koje može biti narušeno [31]. Stoga, ako bi ispitivanje činjeničnog, ekonomskog i pravnog konteksta sporazuma otkrilo da predmetni poduzetnici nisu konkurenti, niti takav se sporazum *ipso facto* ne bi mogao biti kvalificirati kao ograničavajuć za tržišno natjecanje.

44. Međutim, uvjeti tržišnog natjecanja koji postoje na tržištu ne temelje se samo na *postojećem tržišnom natjecanju*, koje se još naziva i *stvarnim*, među poduzetnicima koji su već prisutni na tom tržištu proizvoda, nego i na *potencijalnom tržišnom natjecanju* među tim poduzetnicima i poduzetnicima koji na tržištu još nisu prisutni [32]. Tim se utvrđenjem objašnjava zašto sporazum ne može biti ograničavajući ako nema postojećeg ili potencijalnog tržišnog natjecanja, neovisno o tome ima li sporazum protutržišni cilj [33].

[30] U tu je svrhu Sud u presudi Generics (UK) provjerio: i. je li na dan sklapanja sporazuma proizvođač generičkih lijekova poduzeo pripremne radnje koje bi mu omogućile da uđe na relevantno tržište u roku kojim bi se mogao nametnuti konkurentski pritisak na proizvođača izvornih lijekova (točke 43. i 44.); ii. da ulaskom na tržište takav proizvođač ne nailazi na zapreke ulasku koje su nepremostive (točke 45. do 53.); iii. postoje li dodatni elementi kojima se potkrepljuje utvrđenje o čvrstoj namjeri i vlastita sposobnost proizvođača generičkih lijekova da uđe na mjerodavno tržište, kao što su činjenica da poduzetnik o kojem je riječ posluje na istoj razini proizvodnog lanca ili volja koju je izrazio proizvođač izvornih lijekova i koja je popraćena učincima da se prenesu znatne vrijednosti u korist proizvođača generičkih lijekova u zamjenu za odgodu ulaska tog proizvođača na tržište (točke 55. do 57.).

[31] Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, u daljnjem tekstu: mišljenje u predmetu Generics (UK), EU:C:2020:28, t. 57. i navedenu sudsku praksu).

[32] Vidjeti mišljenje u predmetu Generics (UK), t. 58. i navedenu sudsku praksu.

[33] Što objašnjava zašto je teza koju Komisija ističe u svojim očitovanjima, koja se temelji na presudi Općeg suda od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, u daljnjem tekstu: presuda Općeg suda Servier , EU:T:2018:922, t. 318. do 320.), prema kojoj prag od kojeg je dopušteno postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja može varirati ovisno o štetnosti sporazuma, prema mojem mišljenju, metodološki pogrešna.

45. U tom smislu, pojam „potencijalno tržišno natjecanje” odnosi se na utvrđivanje *stupnja ograničavanja tržišnog natjecanja* koje provode poduzetnici koji ne posluju na istim tržištima proizvoda ili zemljopisnim tržištima [34] i ne uzima se u obzir u okviru utvrđivanja tih tržišta jer uvjeti u kojima potencijalno tržišno natjecanje stvarno može predstavljati ograničenje tržišnog natjecanja ovise o analizi određenih čimbenika i okolnosti vezanih za uvjete ulaska na navedena tržišta. Stoga se analiza potencijalnog tržišnog natjecanja obavlja tek u nekoj kasnijoj fazi, uglavnom nakon što je već ustanovljen položaj poduzetnika uključenih u mjerodavno tržište [35]. U tom smislu, potencijalno tržišno natjecanje podrazumijeva prospektivnu analizu, što objašnjava zašto je ono relevantno u okviru primjene članka 102. UFEU-a [36] i kontrole koncentracija [37].

b) Ocjena „potencijalnog tržišnog natjecanja”

46. U okviru primjene članka 101. UFEU-a mogu se razlikovati dvije vrste slučajeva: i. slučajevi u kojima poduzetnici obavljaju svoje djelatnosti na istim tržištima proizvoda koja su zemljopisno odvojena i ii. slučajevi u kojima su prisutni na različitim tržištima proizvoda.

47. S jedne strane, *kad je riječ o potencijalnom tržišnom natjecanju između poduzetnika koji obavljaju svoje djelatnosti na istim tržištima proizvoda koja su zemljopisno odvojena*, Sud Unije često je morao analizirati postoji li odnos potencijalnog tržišnog natjecanja u okviru sporazuma sklopljenih između poduzetnika koji djeluju na istom tržištu proizvoda, ali na zemljopisno odvojenim tržištima [38]. Tim se predmetima, s kojima se u biti postupalo kao sa sporazumima o podjeli zemljopisnih tržišta koji očito imaju protutržišni cilj, sudovima Unije omogućilo da utvrde prag od kojeg se može utvrditi da postoji ograničenje potencijalnog tržišnog natjecanja za potrebe primjene članka 101. UFEU-a. Konkretnije, Opći sud je u presudi ENS, koja se temelji na presudi Delimitis [39], prvi put uputio na kriterij postojanja *stvarnih i konkretnih mogućnosti* da drugi

34 Vidjeti Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL 1997., C 372, str. 5.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 18.), t. 13., s obzirom na to da su drugi izvori ograničenjâ tržišnog natjecanja i. zamjenjivost potražnje i ii. zamjenjivost ponude.

35 Obavijest Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice, t. 24. i presuda od 30. rujna 2003., Atlantic Container Line i dr./Komisija (T-191/98 i T-212/98 do T-214/98, EU:T:2003:245, t. 834.)

36 Vidjeti moje mišljenje u predmetu Servizio Elettrico Nazionale i dr. (C-377/20, EU:C:2021:998, t. 110.).

37 Taj je pojam zbog svoje prospektivnosti vrlo relevantan u okviru kontrole koncentracija između poduzetnika (vidjeti članak 2. stavak 1. točku (a) Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2004., L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.) i Prilog I. Uredbi Komisije (EZ) br. 802/2004 od 7. travnja 2004. o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 (SL 2004., L 133, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 95.), kako je izmijenjena, među ostalim Provedbenom uredbom Komisije br. 1269/2013 od 5. prosinca 2013.), odnosno „obrazac CO” za prijavu koncentracije, u čijoj se točki 6.4. u pogledu analize „ostal[ih] tržišta na kojima prijavljena koncentracija može imati značajan utjecaj” predviđa da se „[s]trana […] može smatrati *potencijalnim konkurentom* naročito ako ima planove stupiti na tržište ili je planirala odnosno pokušavala provesti takve planove u posljednje tri godine”). Vidjeti i točke 58. do 60. Smjernica za ocjenu horizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2004., C 31, str. 5.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 59.)).

38 Vidjeti presude od 25. siječnja 2007., Salzgitter Mannesmann/Komisija (C-411/04 P, EU:C:2007:54), od 20. siječnja 2016., Toshiba Corporation/Komisija (C-373/14 P, u daljnjem tekstu: presuda Toshiba, EU:C:2016:26), od 15. rujna 1998., European Night Services i dr./Komisija (T-374/94, T-375/94, T-384/94 i T-388/94, u daljnjem tekstu: presuda ENS EU:T:1998:198); od 8. srpnja 2004., Mannesmannröhren-Werke/Komisija (T-44/00, EU:T:2004:218); od 14. travnja 2011., Visa Europe i Visa International Service/Komisija (T-461/07, u daljnjem tekstu: presuda Visa Europe , EU:T:2011:181); od 29. lipnja 2012., E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisija(T-360/09, u daljnjem tekstu: presuda E.ON Ruhrgas, EU:T:2012:332); od 21. svibnja 2014., Toshiba/Komisija (T-519/09, neobjavljena, u daljnjem tekstu: presuda Općeg suda Toshiba, EU:T:2014:263) i od 28. lipnja 2016., Portugal Telecom/Komisija (T-208/13, u daljnjem tekstu: presuda Portugal Telecom, EU:T:2016:368).

39 Presuda od 28. veljače 1991., Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, t. 21. i 22.)

poduzetnik uđe na relevantno tržište kako bi se ocijenilo postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja [40]. Sudovi Unije ponovili su odonda taj kriterij u više navrata kada se od njih tražilo da utvrde može li se sporazumom potencijalnim konkurentima otežati ulazak na tržište [41].

48. Na temelju te sudske prakse također se može utvrditi da u svrhu provjere postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja valja uzeti u obzir uvjete u kojima se odvija tržišno natjecanje na tržištu o kojem je riječ i da se mogućnost ulaska na to tržište, ako je nerealna ili isključivo teoretska, ne može uzeti u obzir [42]. Drugim riječima, to ispitivanje treba provesti na objektivnoj osnovi tih mogućnosti [43]. Posljedica te ocjene u svakom slučaju zasebno bila je da su sudovi Unije trebali analizirati brojne indicije, koje su povezane s posebnostima tržišta proizvoda o kojima je riječ i koje se osobito odnose na lakoću ulaska na to tržište, kako bi utvrdili je li takav ulazak vjerojatan [44].

49. S druge strane, ***kad je riječ o potencijalnom tržišnom natjecanju između poduzetnika koji obavljaju svoje djelatnosti na različitim tržištima proizvoda***, najprije ističem da se ni zakonskim okvirom ni sudskom praksom ne zahtijeva da se potencijalno tržišno natjecanje odvija između poduzetnika koji djeluju na istom tržištu proizvoda [45]. Doista, jedine smjernice iz sudske prakse koje mogu biti relevantne u tom pogledu su presude u predmetima koji se odnose na sporazume „pay-for-delay” [46] jer u okviru tih sporazuma poduzetnici o kojima je riječ nisu konkretno obavljali svoje djelatnosti na istom tržištu proizvoda, s obzirom na to da proizvođači generičkih lijekova u trenutku sklapanja spornih sporazuma nisu obavljali nikakvu djelatnost na tržištu izvornog lijeka.

50. U tom pogledu napominjem da je činjenica da su te presude jedine smjernice iz sudske prakse logična, s obzirom na to da se protutržišni sporazumi između poduzetnika koji ne obavljaju svoje djelatnosti na istim tržištima proizvoda rijetko sklapaju i teško ih je definirati, osobito kad poduzetnici ne obavljaju svoje djelatnosti na povezanim tržištima (kao što su uzlazna ili silazna tržišta u proizvodnom lancu). Međutim, takav sporazum može se sklopiti, među ostalim, ako je riječ o tržištu neograničenog tržišnog natjecanja [47].

40 Presuda ENS, t. 137. do 142.

41 Vidjeti bilješku 38. ovog mišljenja i presude od 22. ožujka 2011., Altstoff Recycling Austria/Komisija (T-419/03, EU:T:2011:102, t. 65.) i Visa Europe, t. 22. i 83.

42 Presuda Visa Europe, t. 84. i 85.

43 Presuda E.ON Ruhrgas, t. 105.

44 Primjerice, tako su se relevantnima smatrali: ograničenost domaćeg tržišta u zračnom prijevozu (presuda od 4. srpnja 2006., easyJet/Komisija (T-177/04, EU:T:2006:187, t. 118.)); prepreke ulasku na tržište s obzirom na povijesni monopol (presuda E.ON Ruhrgas, t. 94.); posebnosti prekooceanskog pomorskog prometa (presuda od 28. veljače 2002., Atlantic Container Line i dr./Komisija (T-395/94, EU:T:2002:49, t. 356.)); prihvaćanje projekata klijenata koji se nalaze na drugom zemljopisnom tržištu (presuda Toshiba Općeg suda, t. 232.).

45 Vidjeti u tom smislu točku 10. Komunikacije Komisije od 14. siječnja 2011., koja sadržava Smjernice o primjenjivosti članka 101. [UFEU-a] na sporazume o horizontalnoj suradnji (SL 2011., C 11, str. 1., u daljnjem tekstu: Smjernice o sporazumima o horizontalnoj suradnji).

46 Odnosno sporazume sklopljene između, s jedne strane, proizvođača izvornih lijekova koji su nositelji patenta za postupak proizvodnje djelatne tvari koja je postala dostupna javnosti i, s druge strane, proizvođačâ generičkih lijekova, na temelju kojih su se ti proizvođači obvezali da neće ući (ili da će odgoditi svoj ulazak) na tržište izvornog lijeka koji sadržava tu generičku djelatnu tvar u zamjenu za isplatu koju će proizvođač patentiranih lijekova izvršiti u njihovu korist.

47 Tržište se smatra „tržištem neograničenog tržišnog natjecanja” kad: i. ne postoje prepreke ulasku ili izlasku; ii. svi poduzetnici, neovisno o tome jesu li već prisutni na tržištu ili potencijalno tek žele ući, imaju pristup istoj proizvodnoj tehnologiji; iii. postoje potpune informacije o cijenama koje su dostupne svim potrošačima i poduzetnicima; iv. poduzetnici mogu ući i izaći prije nego što poduzetnici koji su već prisutni na tržištu mogu prilagoditi cijene (vidjeti „Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD, 1993., str. 29., dostupno na sljedećoj internetskoj stranici: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf).

51. U ovom slučaju nije sporno da stranke sporazuma o kojem je riječ u glavnom postupku nisu bile konkurenti na istim tržištima proizvoda, ni u Portugalu ni negdje drugdje. U tom smislu, sudska praksa koja se odnosi na poduzetnike koji obavljaju svoje djelatnosti na istim tržištima proizvoda na prvi bi se pogled mogla činiti manje relevantnom, s obzirom na to da je odnos potencijalnog tržišnog natjecanja načelno lakše utvrditi kad su poduzetnici već prisutni na tržištu proizvoda, iako se nalaze u različitim zemljopisnim područjima. Žalitelji iz glavnog postupka u biti na temelju tog razmatranja tvrde da, u slučajevima u kojima poduzetnici ne djeluju na istim tržištima proizvoda, razina dokaza koja se zahtijeva kako bi se dokazao odnos potencijalnog tržišnog natjecanja treba ovisiti o strožim kriterijima. Budući da ne postoje korisne smjernice iz sudske prakse, novija sudska praksa koja proizlazi iz presuda o sporazumima „pay-for-delay" stoga postaje relevantna.

52. Međutim, iako je podnošenje dokaza o stvarnim i konkretnim mogućnostima ulaska u okviru poduzetnika koji obavljaju svoje djelatnosti na različitim tržištima proizvoda objektivno teže, suprotno onomu što tvrde žalitelji iz glavnog postupka, ne smatram da je Sud presudom Generics (UK) želio odstupiti od ranije sudske prakse time što je zahtijevao strože kriterije ili što je povećao razinu dokaza koja se zahtijeva kako bi se utvrdio odnos tržišnog natjecanja.

53. Naime, s jedne strane, Sud je u presudi Generics (UK) najprije podsjetio na ustaljenu sudsku praksu u pogledu pojma „potencijalno tržišno natjecanje", pri čemu je potvrdio da su jedini relevantan kriterij „stvarne i konkretne mogućnosti da poduzetnik odsutan s relevantnog tržišta uđe na to tržište i konkurira drugim poduzetnicima"[48]. Dakle, u točkama 36. do 39. presude Generics (UK) samo se ponavlja postojeća sudska praksa[49]. Prema mojem mišljenju, okosnica tog kriterija jest potreba da se „potencijalno tržišno natjecanje" razlikuje od „običnog nagađanja" o mogućem ulasku na tržište[50], i to neovisno o tome obavlja li poduzetnik svoje djelatnosti na istom tržištu proizvoda. Stoga taj kriterij isključuje da se zaključak o odnosu potencijalnog tržišnog natjecanja može izvesti samo iz potpuno hipotetske mogućnosti takvog ulaska[51]. Usto, takav se zaključak mora potkrijepiti činjeničnim dokazima ili analizom struktura relevantnog tržišta. Poduzetnik se ne može smatrati potencijalnim konkurentom ako njegov ulazak na tržište nije gospodarski izvediva strategija[52].

54. S druge strane, Sud je potom u analizi u presudi Generics (UK), prilikom ocjene potencijalnog tržišnog natjecanja s obzirom na strukturu farmaceutskog tržišta te ekonomski i pravni kontekst kojim je uređeno njegovo funkcioniranje, analizirao različite dokazne elemente navedene u točki 40. ovog mišljenja. Tekst uvodnog dijela točke 43. te presude ne može biti jasniji u tom smislu.

55. Iz toga slijedi da se obrazloženje Suda iz presude Generics (UK) ne može primijeniti na sve slučajeve potencijalnog tržišnog natjecanja, tako da se ti dokazni elementi ne mogu kvalificirati kao „uvjeti" koje je potrebno ispuniti da bi se utvrdio odnos potencijalnog tržišnog natjecanja između poduzetnika koji obavljaju svoje djelatnosti na odvojenim tržištima proizvoda.

48 Vidjeti točke 39. i 47. ovog mišljenja.

49 Vidjeti u tom smislu i presudu od 25. ožujka 2021., Lundbeck/Komisija (C-591/16 P, u daljnjem tekstu: presuda Lundbeck, EU:C:2021:243, t. 54. i navedenu sudsku praksu).

50 Vidjeti u tom smislu „Concept of potential competition", OECD Competition Committee Discussion Paper, OECD, 2021., str. 15. i Dunne, N. „Potential competition in EU law", ECLR 2021, 42,12, str. 639.

51 Presuda Generics (UK), t. 38.

52 Presuda od 8. rujna 2016., Lundbeck/Komisija (T-472/13, u daljnjem tekstu: presuda Općeg suda Lundbeck, EU:T:2016:449, t. 100. i navedena sudska praksa)

56. Međutim, to utvrđenje ne znači da se dokaznim elementima navedenima u toj presudi, koji se ponavljaju u kasnijim presudama, ne pružaju smjernice koje su korisne u analizi ovog slučaja i na temelju koje se mogu dati pojašnjenja radi usmjeravanja suda koji je uputio zahtjev u njegovu tumačenju. Iako se te presude odnose na farmaceutski sektor i imaju jedinstvena posebna obilježja koja nisu primjenjiva u ovom slučaju, one omogućuju da se ograniče različiti dokazni elementi na temelju kojih se može utvrditi situacija potencijalnog tržišnog natjecanja. Predlažem da ih se ispita s obzirom na ta razmatranja.

c) Primjena elemenata na temelju kojih se može utvrditi situacija potencijalnog tržišnog natjecanja na ovaj slučaj

57. Podsjećam na to da je TCRS, kao i AdC, odredbu o zabrani tržišnog natjecanja kvalificirao kao sporazum o podjeli tržišta za isporuku električne energije u kontinentalnom Portugalu, pri čemu je smatrao da je MCH potencijalni konkurent društva EDP Comercial na tom tržištu. Kako bi utvrdio postojanje tog odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja, oslonio se na: i. kontekst u kojem je sklopljen sporazum o udruživanju, odnosno u fazi liberalizacije ponude u energetskom sektoru; ii. činjenicu da su se stranke međusobno smatrale potencijalnim konkurentima i iii. različite djelatnosti društava grupe Sonae, a to su (a) postojanje udruživanja s društvom Endesa; (b) prisutnost grupe Sonae na uzlaznom tržištu proizvodnje električne energije i (c) poslovno udruživanje sklopljeno s društvom GALP.

58. Žalitelji iz glavnog postupka odgovaraju da se MCH ne može kvalificirati kao potencijalni konkurent i da je, u nedostatku takve kvalifikacije, sama sporna odluka neosnovana. Konkretnije, tvrde da elementi koje su AdC i TCRS uzeli u obzir, a osobito tri prethodno navedene činjenične okolnosti, nisu bili relevantni i da se njima ne može dokazati odnos potencijalnog tržišnog natjecanja.

59. U tom pogledu ističem da, imajući u vidu da je odredba o zabrani tržišnog natjecanja, s obzirom na njezinu prirodu i njezin cilj, mogla dovesti do privremenog zadržavanja društva MCH i svih drugih poduzetnika koji su u većinskom vlasništvu društva Sonae Investimentos izvan tržišta opskrbe električnom energijom, valja utvrditi bi li, da nije bilo te odredbe, postojale *stvarne i konkretne mogućnosti* da barem jedan od tih poduzetnika uđe na to tržište. Stoga ocjena postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja treba, s jedne strane, utvrditi s obzirom na strukturu tržišta te ekonomski i pravni kontekst kojim je uređeno njegovo funkcioniranje i, s druge strane, potkrijepiti činjeničnim elementima.

60. Iz toga slijedi da polazište analize nužno treba biti portugalski zakonski okvir koji je primjenjiv na stavljanje električne energije na tržište i, osobito, analiza prepreka ulasku novih dionika. U tom pogledu, iz spisa predmeta proizlazi da se tim zakonskim okvirom od 1995. daje prednost sustavu slobodnog tržišnog natjecanja, pri čemu se pojednostavnjuju uvjeti za uspostavljanje i obavljanje te djelatnosti, s obzirom na to da je za nju potrebna samo registracija, a ne licencija [53]. Međutim, AdC je priznao da troškovi ulaska ili proširenja nastaju čak i nakon liberalizacije [54].

61. Unatoč važnosti analize zakonskog okvira, čini se da sud koji je uputio zahtjev više pita Sud o drugim kriterijima koje su AdC i TCRS uzeli u obzir, pri čemu u biti želi saznati je li svaki od činjeničnih elemenata na kojima se temelji analiza zasebno dovoljan da bi se zaključilo da postoji potencijalno tržišno natjecanje između stranaka sporazuma o udruživanju.

53 Vidjeti dokaz br. 32 iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku.

54 Vidjeti točku 686. sporne odluke.

62. U tom pogledu podsjećam na to da se ocjena potencijalnog tržišnog natjecanja temelji na brojnim dokazima koji se razlikuju ovisno o tržištu o kojem je riječ [55]. Osim toga, taj je kontekstualni pristup u skladu s razinom dokaza koja je potrebna da bi se utvrdila povreda na temelju članka 101. UFEU-a [56]. Prema tome, određeni dokazi mogu se međusobno podupirati, iako sami po sebi nisu odlučujući. Stoga je u ovom slučaju važno utvrditi predstavljaju li dokazi, razmatrani zajedno, dovoljnu potvrdu o postojanju potencijalnog tržišnog natjecanja [57], što je samo na sudu koji je uputio zahtjev da ocijeni [58].

1) Relevantnost namjere poduzetnika da uđe na mjerodavno tržište (treće pitanje)

63. Kao prvo, kad je riječ o vrijednosti koju treba pridati namjeri poduzetnika da uđe na tržište, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da, iako takva namjera „može imati određenu važnost" u ocjeni toga može li se poduzetnik smatrati potencijalnim konkurentom, ključan čimbenik na kojem se takva kvalifikacija mora temeljiti ipak je pitanje njegove sposobnosti da uđe na navedeno tržište [59]. Stoga tu kvalifikaciju treba izvršiti na temelju objektivne ocjene, u skladu s kriterijem „sposobnosti" ulaska. Subjektivni dokaz kao što je namjera stoga ne može predstavljati samostalan, ključan ili nužan element kako bi se dokazalo da postoji odnos potencijalnog tržišnog natjecanja [60]. Taj je pristup u skladu s općim pravilom prema kojem, iako namjera stranaka ne čini element potreban za određivanje ograničavajuće prirode sporazuma, ničime nije zabranjeno da se ona uzme u obzir [61].

64. Međutim, žalitelji iz glavnog postupka tvrde da, s obzirom na presudu Generics (UK), „čvrsta namjera" ulaska na tržište o kojem je riječ od sada treba biti jedan od uvjeta koje je potrebno ispuniti kako bi se utvrdilo da postoji odnos potencijalnog tržišnog natjecanja.

65. Zbog razloga koji su već navedeni u točkama 53. do 55. ovog mišljenja, ne smatram da je Sud želio uvesti takav uvjet ili barem prilagoditi kriterij koji se odnosi na namjeru ulaska na tržište na način da ga učini zahtjevnijim. Naprotiv, važnost koja se pridala namjeri stranaka prema mojem je mišljenju strogo povezana s činjeničnim posebnostima predmeta o kojima je riječ [62]. Naime, u presudi Generics (UK), „volja" koju je izrazio proizvođač izvornih lijekova da se prenesu vrijednosti u korist proizvođača generičkih lijekova u zamjenu za odgodu ulaska tog proizvođača na tržište djelatne tvari koja je postala dostupna javnosti, iako prvonavedeni proizvođač prigovara drugonavedenom proizvođaču da je povrijedio njegove patente za postupak, smatrala se *čvrstom naznakom* uvjeta tržišnog natjecanja kojom se potkrepljuje vlastita sposobnost proizvođača generičkih lijekova da uđe na navedeno tržište. Taj se pristup potvrdio u presudi Lundbeck [63] i presudi Općeg suda Servier [64].

55 Vidjeti točku 48. ovog mišljenja.

56 Vidjeti presudu Toshiba Općeg suda, t. 93.

57 Vidjeti u tom smislu presudu E.ON Ruhrgas, t. 106.

58 S obzirom na vrlo činjeničnu prirodu postavljenih pitanja, pojašnjavam da je, u okviru postupka iz članka 267. UFEU-a, uloga Suda ograničena na tumačenje odredbi prava Unije. Stoga nije na Sudu, nego na sudu koji je uputio zahtjev da u konačnici ocijeni ima li predmetni sporazum za cilj ograničenje tržišnog natjecanja, uzimajući u obzir sve relevantne elemente koji obilježavaju situaciju u glavnom postupku i ekonomski i pravni kontekst u kojem se on nalazi (vidjeti u tom smislu presudu od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 51. i 52.)).

59 Vidjeti presude Visa Europe, t. 168.; E.ON Ruhrgas, t. 87.; Portugal Telecom, t. 186. i presudu Općeg suda Servier, t. 318.

60 Vidjeti presudu od 29. lipnja 2012., GDF Suez/Komisija (T-370/09, EU:T:2012:333, t. 84.); presudu Visa Europe, t. 169. i presudu Općeg suda Lundbeck, t. 102.

61 Vidjeti presudu od 2. travnja 2020., Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2020:265, t. 53. i navedena sudska praksa).

62 Vidjeti presudu Generics (UK), t. 55.

63 Presuda Lundbeck, t. 56., 57. i 117.

64 Presuda Servier, t. 382.

66. Slijedom toga, iako se u situacijama u kojima poduzetnici nisu prisutni na istim tržištima proizvoda činjeničnim elementom koji pokazuje namjeru ulaska na tržište doista može potkrijepiti sposobnost za takav ulazak, on je samo dodatan i nije nužan da bi se dokazao odnos potencijalnog tržišnog natjecanja.

2) Relevantnost pripremnih radnji za ulazak na mjerodavno tržište (četvrto i šesto pitanje)

67. Kao drugo, kad je riječ o važnosti koju treba pridati pripremnim radnjama kojima se omogućuje kratkoročni ulazak na tržište, utvrđujem da, iako se taj element analizirao u presudi Generics (UK) [65] zbog razloga koji proizlaze iz prethodno provedene analize, on ipak ne može predstavljati nužan uvjet za dokazivanje postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja.

68. Naime, odluka da se u presudi Generics (UK) uputi na pripremne radnje bila je neodvojivo povezana s osobitostima farmaceutskog sektora i osobito s činjenicom da su se na ulazak na tržište lijeka koji sadržava djelatnu tvar koja je postala javno dostupna primjenjivala posebna regulatorna i pravna ograničenja. Usto, Sud je objasnio da se tim radnjama omogućuje utvrđivanje, među ostalim, *vlastite sposobnosti* proizvođača generičkih lijekova da uđe na to tržište [66].

69. Iz toga slijedi da element pripremnih radnji ne može predstavljati samostalan zahtjev za dokazivanje odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja i da ga treba analizirati u odnosu na element *sposobnosti*. Dakle, njegova relevantnost ovisi o posebnom kontekstu tržišta, s obzirom na to da je relevantnost tog elementa ograničena kad je riječ o tržištu ograničenog tržišnog natjecanja.

70. Stoga je na sudu koji je uputio zahtjev da ocijeni relevantnost takvog dokaza na način da ispita, s jedne strane, primjenjuju li se na ulazak poduzetnika na tržište opskrbe električnom energijom regulatorna ograničenja ili ograničenja svojstvena otvaranju tržišta električne energije i, s druge strane, vrijeme koje je potrebno za dobivanje mogućih odobrenja za isporuku električne energije. Takva je ocjena dio općenitije ocjene *sposobnosti* poduzetnika da uđe na to tržište u roku kojim bi se mogao nametnuti konkurentski pritisak. U ovom slučaju, taj rok odgovara razdoblju od dvije godine nakon sklapanja sporazuma o kojem je riječ (razdoblje tijekom kojeg je odredba o zabrani tržišnog natjecanja bila na snazi) [67]. U tom se pogledu, za razliku od sektora lijeka, ne čini da su postojala upravna ograničenja koja su mogla spriječiti novog dionika da uđe na tržište opskrbe električnom energijom u vrijeme posljednje faze liberalizacije tog tržišta [68].

3) Relevantnost percepcije poduzetnika prisutnog na mjerodavnom tržištu (deveto pitanje)

71. Kao treće, kad je riječ o percepciji poduzetnika prisutnog na tržištu o kojem je riječ, Sud je u presudi Generics (UK) mogao pretpostaviti takvu percepciju proizvođača izvornih lijekova zbog toga što je on prenio znatne vrijednosti u korist proizvođača generičkih lijekova, s obzirom na to da ta radnja dokazuje rizik koji je proizvođač generičkih lijekova predstavljao za njegove poslovne

65 Presuda Generics (UK), t. 43.

66 Presuda Generics (UK), t. 41. i 44. Regulatorna i zakonska ograničenja sastoje se od: i. odobrenja koja su potrebna da se generička verzija lijeka o kojem je riječ stavi na tržište (da nacionalno nadležno tijelo izda odobrenje za stavljanje u promet); ii. zahtjeva održavanja dovoljne zalihe; i iii. pravnih radnji kojima se nastoje dovesti u pitanje patenti za postupak koje drži proizvođač izvornog lijeka. Za prikaz faza koje treba prijeći kako bi se ušlo na to tržište vidjeti i presudu Općeg suda Servier, t. 337.

67 Vidjeti po analogiji presudu Općeg suda Servier, t. 333. do 336.

68 Vidjeti u tom pogledu točke 13. i 85. ovog mišljenja. Vidjeti i presudu E.ON Ruhrgas, u kojoj Opći sud nije utvrdio pripremne radnje u okviru ocjene stvarnih i konkretnih mogućnosti ulaska na tržište opskrbe prirodnim plinom.

interese[69]. Kao i drugi činjenični elementi, taj se element smatrao relevantnim s obzirom na posebnosti tržišta o kojem je riječ i ne može predstavljati zahtjev u pogledu dokazivanja odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja.

72. U ovom slučaju iz spisa predmeta ne proizlazi jasno je li se TCRS oslonio na dokaze povezane s postojanjem (moguće) percepcije, s obzirom na to da je sud koji je uputio zahtjev pojasnio da je TCRS u svrhu donošenja prvostupanjske odluke uzeo u obzir činjenicu da su se „stranke o kojima je riječ *međusobno i uzajamno smatrale potencijalnim konkurentima*"[70] a da pritom nije naveo vrstu dokaza kojim je raspolagao. U nedostatku takvih dokaza postavlja se pitanje može li sâmo postojanje odredbe o zabrani tržišnog natjecanja upućivati na takvu percepciju, osobito u kontekstu liberaliziranog tržišta.

73. U tom pogledu, iz sudske prakse Suda proizlazi da sklapanje sporazuma između poduzetnika kojim se jednog od njih nastoji zadržati izvan određenog tržišta predstavlja „čvrstu naznaku" postojanja odnosa tržišnog natjecanja[71]. Takva mi se analiza čini logičnom. Ako se stranke sporazuma o zabrani tržišnog natjecanja međusobno ne doživljavaju potencijalnim konkurentima, načelno[72] nemaju nikakvog razloga sklopiti takav sporazum. Takav sporazum ima smisla samo ako postoji tržišno natjecanje koje je potrebno ograničiti, a sklapanjem takvog sporazuma potvrđuje se činjenica da su njegove stranke u najmanju ruku potencijalni konkurenti[73].

74. Međutim, kao i u slučaju drugih navedenih elemenata, iako sâmo postojanje odredbe o zabrani tržišnog natjecanja u najmanju ruku predstavlja *čvrstu naznaku* postojanja odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja, takav odnos treba potkrijepiti drugim elementima koji se odnose na stvarno stanje na tržištu. Stoga je na sudu koji je uputio zahtjev da ispita, s obzirom na razloge koji su navedeni kako bi se opravdala odredba o zabrani tržišnog natjecanja, potvrđuje li ta percepcija postojanje takvog potencijalnog tržišnog natjecanja.

4) Relevantnost djelatnosti društava grupe Sonae na susjednim tržištima proizvoda i zemljopisnim tržištima(četvrto i sedmo pitanje)

75. Kao četvrto, kad je riječ o relevantnosti djelatnosti društava grupe Sonae na susjednim tržištima proizvoda i zemljopisnim tržištima, valja razlikovati postojanje zajedničkog poduzeća Sodesa i postojanje društva za proizvodnju električne energije u kogeneracijskom postrojenju.

76. S jedne strane, kad je riječ o zajedničkom poduzeću Sodesa (*četvrto pitanje*), podsjeća se na to da je TCRS u pobijanoj presudi smatrao da je grupa Sonae stekla stručno znanje u sektoru opskrbe električnom energijom, zahvaljujući udruživanju poduzetnika u vlasništvu društva Sonae Capital i društva Endesa, povijesnog dionika na španjolskom tržištu proizvodnje i opskrbe električnom energijom[74]. Prema TCRS-ovu mišljenju, to je stečeno stručno znanje olakšalo ulazak na to

69 Presuda Generics (UK), t. 56., 57. i 42. te mišljenje u predmetu Generics (UK), t. 60. i 86. Vidjeti u tom smislu i presudu Općeg suda Lundbeck, t. 104.

70 Vidjeti izvorni zahtjev za prethodnu odluku, str. 244.

71 Vidjeti u tom smislu presude Toshiba, t. 33. i 34.; Portugal Telecom, t. 180.; od 28. lipnja 2016., Telefónica/Komisija (T-216/13, u daljnjem tekstu: presuda Telefónica, EU:T:2016:369, t. 218. i 227.) i presudu Općeg suda Lundbeck, t. 144.

72 Međutim, vidjeti točku 104. ovog mišljenja u pogledu mogućih opravdanja odredbi o zabrani tržišnog natjecanja.

73 Vidjeti u tom smislu presudu Portugal Telecom, t. 178. do 180.

74 To je udruženje imalo oblik zajedničkog poduzeća Sodesa koje je bilo u 50-postotnom vlasništvu svakog od društava sudionika i čiji je cilj bio isporučivati električnu energiju na portugalskom liberaliziranom tržištu. Sonae Capital sudjelovao je od 2002. do 2008., datuma na koji je Sodesa prestala obavljati svoju djelatnost.

tržište i stoga je relevantno u okviru ocjene potencijalnog tržišnog natjecanja. Usto, raskid tog udruživanja više od tri godine prije sklapanja sporazuma o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku ne isključuje kvalifikaciju društva MCH kao potencijalnog konkurenta.

77. U tom pogledu ističem, kao prvo, da činjenica da je Sodesa prestala obavljati svoje djelatnosti 2008., tri i pol godine prije potpisivanja sporazuma o udruživanju, ne znači da AdC kao dokaz potencijalnog tržišnog natjecanja nije trebao uzeti u obzir činjenicu da je grupa Sonae stekla stručno znanje o tržištu o kojem je riječ i da je relativno nedavno već razvila djelatnost opskrbe električnom energijom u Portugalu. Svaki element, čak i ako je prethodio sklapanju sporazuma o udruživanju, može biti relevantan za utvrđivanje potencijalnog tržišnog natjecanja[75]. U tom smislu, takvo stručno znanje stvarno može biti korisno za to da se u kratkom roku uđe na tržište opskrbe električnom energijom, što bi predstavljalo konkurentski pritisak za EDP Comercial.

78. Kao drugo, kad je riječ o argumentu da Sonae SGPS, koji je stekao stručno znanje u sektoru opskrbe električnom energijom zahvaljujući svojem sudjelovanju (posredstvom jednog od svojih društava kćeri) u Sodesi, nije bio stranka sporazuma o udruživanju niti se navodi u odredbi o zabrani tržišnog natjecanja, valja istaknuti da, neovisno o tome može li se smatrati da Sonae SGPS s društvom MCH čini jednog poduzetnika u smislu prava tržišnog natjecanja, ništa ne sprečava to da se kao element činjeničnog konteksta uzme u obzir okolnost da su određena društva grupe Sonae, posredstvom društva Sodesa, obavljala svoje djelatnosti na istom tržištu kao i EDP Comercial. U tom smislu, poduzetnik koji djeluje u sektoru trgovine na malo prehrambenim proizvodima i koji je dio grupe koja posluje i u energetskom sektoru zbog svojeg potencijalnog ulaska na tržište svakako može izvršavati veći pritisak nego poduzetnik koji je dio gospodarske skupine koja posluje isključivo u sektoru trgovine na malo prehrambenim proizvodima. Međutim, u kontekstu te analize, argumenti koje je istaknuo MCH i koji se odnose na stvarne mogućnosti prijenosa stručnog znanja društva Sonae Capital unutar grupe, a osobito na MCH nakon likvidacije društva Sodesa[76], obuhvaćeni su činjeničnom ocjenom koja je, iako je odlučujuća u pogledu težine koju treba pripisati udruživanju s društvom Endesa, u isključivoj nadležnosti suda koji je uputio zahtjev.

79. S druge strane, kad je riječ o kogeneracijskom postrojenju (*sedmo pitanje*), iz spisa predmeta proizlazi da se jedno od društava grupe Sonae, odnosno Sonae Capital SGPS, koji nije obuhvaćen subjektivnim područjem primjene odredbe o zabrani tržišnog natjecanja, obavljalo svoje djelatnosti u okviru proizvodnje električne energije u Portugalu od rujna 2009., na način da je steklo, među ostalim, cijeli temeljni kapital poduzetnika koji posjeduje kogeneracijsko postrojenje s kombiniranim ciklusom s turbinom na prirodni plin u regiji Paiã (Portugal) i njime upravlja.

80. Međutim, na temelju tih utvrđenja nije moguće ocijeniti dokaznu vrijednost koju valja pridati tom dokazu. Budući da se odredba o zabrani tržišnog natjecanja ne primjenjuje na Sonae Capital i da se sporna odluka nije odnosila na to društvo, na sudu koji je uputio zahtjev je da utvrdi veze između djelatnosti proizvodnje u kogeneracijskom postrojenju i mogućeg olakšavanja ulaska društvu MCH na tržište opskrbe energijom[77].

[75] Vidjeti u tom smislu presude Općeg suda Lundbeck, t. 138. i presudu Općeg suda Servier, t. 385.

[76] MCH tvrdi da su službenici koji su sudjelovali u tom udruživanju prestali raditi za grupu Sonae nakon likvidacije društva Sodesa.

[77] Vidjeti u tom pogledu analizu iz točke 85. ovog mišljenja.

5) Relevantnost udruživanja s društvom GALP (šesto pitanje)

81. Kao peto, u pogledu relevantnosti udruživanja s društvom GALP, podsjećam na to da se TCRS-ova presuda, kao druga osnova za postojanje odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja među žaliteljima, temelji na činjenici da su MCH i GALP, subjekt koji je prisutan na tržištu opskrbe električnom energijom u Portugalu i na tržištu opskrbe gorivima, proveli udruženje u okviru kojeg su od 2004. zajedničkim klijentima odobravali popuste na kupnju goriva (na GALP-ovim benzinskim postajama) i robe široke potrošnje (u poslovnim objektima kojima je upravljao MCH) u obliku bonova ili kupona (u daljnjem tekstu: uzajamni program).

82. U tom pogledu, s obzirom na prethodnu analizu, smatram da se u kontekstu liberalizacije tržišta, i uzimajući u obzir to da je GALP bio izravni konkurent društvu EDP, AdC-u nikako ne može prigovoriti da je analizirao udruživanje između društava MCH i GALP, unatoč činjenici da je do tog udruživanja došlo više od sedam godina prije sporazuma, s obzirom na to da je ono i dalje bilo na snazi u trenutku sklapanja sporazuma o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku. Međutim, ne dovodeći u pitanje ocjenu dokazne vrijednosti koju treba pridati tom udruživanju, ističem da se čini manje vjerojatnim da su se uzajamnim programom, s obzirom na to da se on odnosi isključivo na maloprodajnu distribuciju goriva za vozila, izravno stvorile pogodnosti koje su mogle olakšati ulazak društva MCH na tržište opskrbe električnom energijom.

6) Relevantnost djelatnosti poduzetnika na uzlaznom tržištu proizvodnje električne energije (peto i sedmo pitanje)

83. Kao šesto i posljednje, kad je riječ o relevantnosti djelatnosti stranaka na tržištu proizvodnje električne energije, iz pobijane presude proizlazi da su MCH i druga društva u vlasništvu društva Sonae Investimentos, koja su sva obvezana odredbom o zabrani tržišnog natjecanja, od 2009. obavljala svoje djelatnosti na tržištu proizvodnje električne energije korištenjem instalacija za mikro i mini proizvodnju električne energije s fotonaponskim pločama postavljenima na krovove objekata za trgovinu na malo kojima upravljaju ta društva. Na temelju te prisutnosti na uzlaznom tržištu proizvodnje električne energije TCRS je zaključio da postoji potencijalno tržišno natjecanje između društava MCH i EDP Comercial na tržištu opskrbe električnom energijom.

84. U tom pogledu valja istaknuti da su tržišta proizvodnje električne energije i opskrbe električnom energijom krajnjim klijentima odvojena tržišta. Međutim, valja napomenuti, kao što to ističe Komisija, da su društva na početku (ili na kraju) proizvodnog lanca često potencijalni subjekti koji se nalaze na dobrom položaju za ulazak na novo tržište, uključujući u sektor električne energije i plina, osobito ako postoji vertikalna integracija između tih tržišta. Stoga se AdC-u ne može prigovoriti zbog toga što je uzeo u obzir i tu okolnost.

85. Kad je riječ o važnosti koju valja pridati činjenici da MCH proizvodi električnu energiju korištenjem instalacija koje se nalaze na krovovima njegovih objekata u okviru posebnog sustava, u skladu s kojim se proizvedena energija po reguliranim cijenama isporučuje opskrbljivaču zadnjeg izbora, ona se uvjetuje isključivo činjeničnom ocjenom o kojoj Sud ne treba donijeti odluku. Stoga je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri je li društvo MCH korištenjem takvih instalacija moglo ostvariti stvarne i konkretne prednosti u pogledu mogućeg ulaska na tržište opskrbe energijom. Međutim, smatram da takva okolnost sama po sebi teško može omogućiti društvu MCH, ili bilo kojem drugom poduzetniku koji je većinski povezan s društvom Sonae Investimentos, da postane subjekt koji je na dobrom položaju na silaznom tržištu opskrbe električnom energijom, s obzirom na, s jedne strane, nepostojanje pravnih, tehničkih i gospodarskih veza između djelatnosti

proizvodnje električne energije u okviru prethodno navedenog posebnog sustava i djelatnosti isporuke električne energije te, s druge strane, na vrlo ograničen obujam proizvedene energije jer se tom proizvodnjom prije svega želi postići isplativost postojeće imovine, a ne ostvariti zarada.

2. Pravna kvalifikacija sporazuma o udruživanju kao „vertikalnog sporazuma”

86. Sud koji je uputio zahtjev jedanaestim prethodnim pitanjem u biti pita je li sporazum o udruživanju, kao što je onaj o kojem je riječ u glavnom postupku, obuhvaćen pojmom „ugovor o zastupanju” ili barem pojmom „vertikalni sporazum”, u smislu članka 1. stavka 1. točke (a) Uredbe br. 330/2010.

87. Dvojbe suda koji je uputio zahtjev u biti proizlaze iz jedne od argumentacija žaliteljâ iz glavnog postupka, prema kojoj je sporazum o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku uključivao stavljanje na raspolaganje njihove poslovne mreže, prodajnih timova i njihovih stručnih znanja radi promidžbe te stjecanja i povećanja klijenata i poslova druge strane, što su obilježja na koja se primjenjuje pojam „vertikalni sporazum” i, konkretnije, „ugovor o zastupanju”. Te su pravne kvalifikacije relevantne za ocjenu odredbe o zabrani tržišnog natjecanja jer komercijalni rizik i zaštita ulaganja koja su izvršile stranke može poslužiti za kontekstualizaciju i opravdanje njezina uključivanja [78].

88. Prije ispitivanja može li se sporazum o kojem je riječ u glavnom postupku kvalificirati kao „ugovor o zastupanju” (pododjeljak (b)) ili barem kao „vertikalni sporazum” (pododjeljak (c)), smatram da je korisno ukratko podsjetiti na okvir primjene članka 101. UFEU-a na vertikalne sporazume (pododjeljak (a)).

a) Primjenjivost članka 101. UFEU-a na vertikalne sporazume

89. Članak 101. UFEU-a primjenjuje se na vertikalne sporazume koji mogu utjecati na trgovinu među državama članicama i koji mogu narušiti tržišno natjecanje (u daljnjem tekstu: vertikalna ograničenja). Stoga se njime pruža pravni okvir za ocjenu vertikalnih ograničenja u kojem se uzima u obzir razlika između protutržišnih učinaka i pozitivnih učinaka na tržišno natjecanje. Člankom 101. stavkom 1. UFEU-a zabranjuju se sporazumi kojima se znatno ograničava tržišno natjecanje, dok se člankom 101. stavkom 3. UFEU-a predviđa iznimka za sporazume kojima se stvaraju prednosti koje su dovoljne da se nadoknade njihovi protutržišni učinci [79].

90. U okviru primjene te odredbe, Komisija je uredbom utvrdila kategorije vertikalnih sporazuma za koje se smatra da uobičajeno ispunjavaju uvjete utvrđene u članku 101. stavku 3. UFEU-a, kao što su, među ostalim, vertikalni sporazumi za kupnju ili prodaju robe ili usluga, ako te sporazume sklapaju poduzetnici koji međusobno nisu konkurenti [80]. U te kategorije spadaju određene vrste vertikalnih sporazuma za koje se smatra da mogu poboljšati ekonomsku učinkovitost unutar proizvodnog lanca ili lanca distribucije na način da omoguće, među ostalim, smanjenje troškova transakcije i distribucije [81]. Vjerojatnost da će takvi učinci poboljšane učinkovitosti nadmašiti

78 Takve su odredbe osobito predviđene Direktivom Vijeća 86/653/EEZ od 18. prosinca 1986.o usklađivanju prava država članica u vezi [samostalnih] trgovačkih zastupnika (SL 1986., L 382, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 45.), u članku 7. stavku 2. i članku 20.

79 Vidjeti Smjernice o vertikalnim ograničenjima (SL 2010., C 130, str. 1., u daljnjem tekstu: Smjernice o vertikalnim ograničenjima), t. 5. do 7.

80 Vidjeti Uredbu br. 330/2010, uvodne izjave 3. do 5.

81 Vidjeti Uredbu br. 330/2010, uvodna izjava 6.

protutržišne učinke osobito ovisi o tržišnoj snazi stranaka sporazuma te, prema tome, i o mjeri izloženosti poduzetnika o kojima je riječ konkurenciji drugih dobavljača [82]. Zbog toga se uredbom o izuzeću stvara pretpostavka prema kojoj, kada tržišni udio svakoga od poduzetnika stranke sporazuma ne premašuje na mjerodavnom tržištu 30 %, vertikalni sporazumi koji ne sadržavaju određene vrste teških ograničenja tržišnog natjecanja obično dovode do poboljšanja proizvodnje ili distribucije te potrošačima omogućuju pravedan dio postignute koristi.

b) Kvalifikacija „ugovora o zastupanju”

91. „Ugovor o zastupanju” posebna je vrsta vertikalnog sporazuma na koji se općenito ne primjenjuje zabrana iz članka 101. stavka 1. UFEU-a [83]. Taj se ugovor definira kao ugovor sklopljen između poduzetnika (nalogodavca) i zastupnika, odnosno „fizičke ili pravne osobe koja je ovlaštena pregovarati i/ili sklapati ugovore za račun [nalogodavca], bilo u ime zastupnika ili u ime nalogodavca za kupnju robe ili usluga koju obavlja nalogodavac ili prodaju robe ili usluga koje dobavlja nalogodavac” [84]. Za potrebe primjene članka 101. stavka 1. UFEU-a, sporazum se smatra „ugovorom o zastupanju” ako zastupnik ne snosi nikakav rizik povezan s ugovorima koje sklapa i/ili o kojima pregovara za račun nalogodavca ili ako snosi samo neznatne rizike te vrste [85]. U okviru takvih ugovora, funkcija zastupnikove prodaje ili kupnje čini sastavni dio djelatnosti nalogodavca, koji snosi komercijalne i financijske rizike, što podrazumijeva da nijedna od obveza koje se zastupniku nalažu u pogledu ugovora koje sklapa za račun nalogodavca nije obuhvaćena člankom 101. stavom 1. UFEU-a [86].

92. U ovom slučaju, žalitelji iz glavnog postupka tvrde da sporazum o udruživanju treba smatrati „dvama unakrsnim ugovorima o zastupanju” ili „bilateralnim ugovorom o zastupanju”, s obzirom na to da svaki od ugovaratelja promiče prodaju druge ugovorne strane [87].

93. Ne mogu se složiti s tom kvalifikacijom.

94. Prije svega, iako nije sporno, s obzirom na odredbu 2.1. sporazuma o udruživanju, da se tim sporazumom nastojalo promicati djelatnost opskrbe električnom energijom koju obavlja EDP Comercial i djelatnost maloprodajne distribucije koju obavlja MCH [88], iz sadržaja tog sporazuma ne proizlazi da su ugovorne strane željele preprodavati proizvode druge strane kao samostalni distributeri, na način da trebaju pregovarati ili sklapati ugovore u svojstvu zastupnika u ime druge strane [89].

95. Nadalje, kao što to proizlazi iz Smjernica o vertikalnim sporazumima, odlučujući čimbenik za utvrđivanje ugovora o zastupanju za potrebe primjene članka 101. stavka 1. UFEU-a jest komercijalni ili financijski rizik koji zastupnik snosi u pogledu djelatnosti za koje ga je nalogodavac

82 Vidjeti Uredbu br. 330/2010, uvodna izjava 7.

83 Vidjeti Smjernice o vertikalnim ograničenjima, t. 12. do 21.

84 Vidjeti Smjernice o vertikalnim ograničenjima, t. 12.

85 Vidjeti Smjernice o vertikalnim ograničenjima, t. 15. do 18.

86 Vidjeti Smjernice o vertikalnim ograničenjima, t. 18. Takve obveze svojstvene ugovoru o zastupanju kojima se može utvrditi komercijalna strategija nalogodavca jesu one obveze kojima se nalažu ograničenja područja ili klijenata kojima zastupnik može prodavati nalogodavčevu robu ili usluge, kao i cijena i uvjeta po kojima to može činiti.

87 Konkretnije, tvrde da taj sporazum sadržava sve elemente koji obilježavaju ugovor o zastupanju, među ostalim: i. uzajamnu obvezu promicanja ugovorâ za račun druge osobe; ii. njihovu autonomiju; i iii. naplatnost sporazuma o udruživanju, koja odgovara zastupnikovoj proviziji koja uključuje naknadu koju je druga strana obvezna isplatiti.

88 Vidjeti točku 7. ovog mišljenja.

89 Iako naziv koji je dodijeljen sporazumu nije odlučujuć za utvrđivanje njegove prirode, žalitelji ipak nisu kvalificirali svoj sporazum kao „ugovor o zastupanju” ili o „distribuciji”, nego kao sporazum o „udruživanju”.

imenovao [90]. Međutim, iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku proizlazi da, iako su stranke sporazuma o udruživanju u jednakim dijelovima snosile troškove provedbe udruživanja (povezane sa sniženjima cijena, oglašavanjem, marketingom i komunikacijom), to nije bio slučaj s iznosima sniženjâ [91].

96. Naposljetku, pod pretpostavkom da su troškovi provedbe udruživanja predstavljali „protučinidbu" za usluge zastupanja, valja utvrditi da se čini da su stranke vodile promidžbenu kampanju koja se odnosila na njihove međusobne proizvode, a ne na pojedinačne proizvode svake stranke. Naime, iz teksta sporazuma o udruživanju jasno proizlazi da MCH ne bi ostvario korist od promicanja ugovora o opskrbi električnom energijom društva EDP Comercial da se klijenti tog društva nisu istodobno pridružili programu vjernosti društva MCH. Isto tako, EDP Comercial ne bi nagovorio klijente da pristupe programu vjernosti društva MCH da ta dva društva nisu istodobno sklopila ugovor o opskrbi električnom energijom. Stoga se djelatnost svakog od dvaju poduzetnika ne može smatrati samostalnom djelatnosti promicanja proizvoda drugog poduzetnika.

c) Kvalifikacija „vertikalnog sporazuma"

97. Kad je riječ o kvalifikaciji sporazuma o udruživanju kao „vertikalnog sporazuma" kako bi se mogla primijeniti uredba o skupnom izuzeću, valja podsjetiti na to da se člankom 1. stavkom 1. točkom (a) Uredbe br. 330/2010 „vertikalni sporazum" definira kao „bilo koji sporazum ili usklađeno djelovanje između dva ili više poduzetnika koji *za potrebe sporazuma ili usklađenog djelovanja* djeluju na različitim razinama proizvodnog ili distribucijskog lanca u odnosu na uvjete po kojima strane sporazuma mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određene robe ili usluge" [92]. Stoga se ocjenjivanje vertikalnosti sporazuma provodi s obzirom na „potrebe sporazuma". Dakle, do vertikalnog sporazuma između konkurenata može doći i ako, za potrebe sporazuma, stranke djeluju na različitim razinama proizvodnog/distribucijskog lanca. Slijedom toga, pitanje je li sporazum o udruživanju vertikalni sporazum treba ocijeniti neovisno o potencijalnom tržišnom natjecanju koje se utvrdilo.

98. U ovom slučaju, i unatoč analizi u nastavku, najprije želim naglasiti da valja relativizirati važnost pravne kvalifikacije sporazuma o udruživanju kao „vertikalnog sporazuma", s obzirom na to da ocjenu protutržišne prirode odredbe o zabrani tržišnog natjecanja treba provesti neovisno, i konkretnije, u odnosu na njezinu akcesornost [93]. Naime, u glavnom postupku nije problematičan sporazum o udruživanju kao takav, nego odredba o zabrani tržišnog natjecanja [94]. Stoga dvojim u pogledu toga da činjenica da se sporazum o udruživanju može kvalificirati kao „vertikalni sporazum" ima bilo kakav utjecaj na ocjenu protutržišne prirode te odredbe.

90 Vidjeti točku 91. ovog mišljenja.

91 Vidjeti točku 11. ovog mišljenja.

92 Napominjem da se ta definicija zadržala u članku 1. stavku 1. Uredbe Komisije (EU) 2022/720 od 10. svibnja 2022. o primjeni članka 101. stavka 3. [UFEU-a] na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja (SL 2022., L 134, str. 4.), koja je stupila na snagu 1. lipnja 2022. i zamijenila Uredbu br. 330/2010. Vidjeti i Smjernice o vertikalnim ograničenjima, t. 24. do 26.

93 Na to se pitanje odnosi analiza iz dijela III. točke B. odjeljka 3. ovog mišljenja.

94 Osim toga, okolnost da sporazum predstavlja vertikalni sporazum ne isključuje mogućnost da on sadržava ograničavanje tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj". Iako su vertikalni sporazumi po svojoj prirodi često manje štetni za tržišno natjecanje nego horizontalni sporazumi, u određenim okolnostima ipak mogu sadržavati i osobito visok ograničavajući potencijal (vidjeti u tom smislu presude od 14. ožujka 2013., Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 43.) i od 26. studenoga 2015., Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, t. 21.)).

99. Nakon tih napomena ističem, zbog razloga koji su već navedeni u točkama 94. do 96. ovog mišljenja, da je glavni cilj udruživanja bilo povećanje prodaje proizvodâ obiju stranaka, a ne volja stranaka da djeluju kao samostalni distributeri međusobnih proizvoda. Stoga su stranke vodile zajedničku promidžbenu kampanju koja se odnosila na njihove međusobne proizvode, a ne na pojedinačne proizvode svake stranke. Ne dovodeći u pitanje ocjenu suda koji je uputio zahtjev, činjenični elementi koje je on dostavio upućuju na to da je taj sporazum sličan „sporazumu o stavljanju na tržište" u smislu Smjernica o horizontalnim sporazumima o suradnji [95], sklopljenom s ciljem provedbe zajedničke reklamne kampanje stranaka za međusobne proizvode. Međutim, na sudu koji je uputio zahtjev je da na temelju mogućeg utvrđivanja relevantnih tržišta odredi uključuje li takav sporazum suradnju u području prodaje, pri čemu stranke, za potrebe sporazuma o udruživanju, djeluju na istoj razini gospodarskog lanca.

3. Akcesornost odredbe o zabrani tržišnog natjecanja

100. Sud koji je uputio zahtjev desetim prethodnim pitanjem u biti pita može li se odredba o zabrani tržišnog natjecanja, kao što je ona sadržana u sporazumu o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku, smatrati ograničenjem koje je akcesorno glavnoj transakciji tog sporazuma, osobito s obzirom na vremenski, zemljopisni i subjektivni doseg te odredbe [96].

a) Okvir ocjene „akcesornih ograničenja" trgovačkih sporazuma

101. Najprije valja podsjetiti na to da se kao „akcesorno ograničenje" kvalificira svako ograničenje tržišnog natjecanja koje je *izravno povezano* i *potrebno* za izvršenje glavne transakcije koja sama po sebi nije protutržišna [97]. Stoga teorija o akcesornim ograničenjima, koja se prvotno razvila u okviru isključivo trgovačkih sporazuma, ali se proširila na regulatorni sektor [98], omogućuje da se ocijene učinci određenih ograničenja na uzlaznom tržištu primjene članka 101. UFEU-a.

102. Konkretnije, prema sudskoj praksi Suda, ako se na neku transakciju ili neku djelatnost ne primjenjuje načelo zabrane iz članka 101. stavka 1. UFEU-a – zbog njezine neutralnosti ili zbog njezina pozitivnog učinka na tržišno natjecanje, na ograničenje gospodarske autonomije jednog ili više sudionika u toj transakciji ili djelatnosti također se ne primjenjuje navedeno načelo zabrane ako je ono *objektivno nužno* za izvršenje navedene transakcije ili djelatnosti i *proporcionalno ciljevima* jednog ili drugog [99].

95 Vidjeti Smjernice o sporazumima o horizontalnoj suradnji, t. 225. do 228.

96 Vidjeti redom i. prvu, ii. drugu te iii. treću i četvrtu alineju desetog prethodnog pitanja.

97 Vidjeti presudu od 18. rujna 2001., M6 i dr./Komisija (T-112/99, EU:T:2001:215, t. 104. do 106.). Vidjeti i Obavijest Komisije o ograničenjima koja su potrebna za provedbu koncentracija i izravno se na nju odnose (2005/C 56/03) (SL 2005., C 56, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 134.), t. 12.

98 Vidjeti presude od 25. listopada 1977., Metro SB-Großmärkte/Komisija (26/76, EU:C:1977:167) i od 28. siječnja 1986., Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Za primjenu u regulatornom području vidjeti moje mišljenje u predmetu European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, t. 85. do 124.).

99 Vidjeti u tom smislu presude od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, u daljnjem tekstu: presuda MasterCard, EU:C:2014:2201, t. 89. i navedena sudska praksa) i Hoffmann-La Roche, t. 69.

103. Stoga, kada takvo ograničenje nije moguće razlučiti od glavne transakcije ili djelatnosti a da se pritom ne ugroze postojanje i cilj te transakcije ili djelatnosti, valja ispitati usklađenost tog ograničenja s člankom 101. UFEU-a zajedno s usklađenošću glavne transakcije ili djelatnosti kojima je ono akcesorno, i to iako se, odvojeno gledano, na prvi pogled može činiti da se na takvo ograničenje primjenjuje načelo zabrane iz članka 101. stavka 1. UFEU-a [100].

104. Naposljetku, kad je riječ o odredbama o zabrani tržišnog natjecanja, valja utvrditi da se u praksi odlučivanja u području prava tržišnog natjecanja pružaju potpuno legitimna opravdanja zbog kojih se može izbjeći primjena članka 101. stavka 1. UFEU-a na odredbe o zabrani tržišnog natjecanja unesenima u sporazume koji predstavljaju koncentraciju, horizontalne sporazume i vertikalne sporazume, osobito ako se takve odredbe pokažu ključnima u svrhu zaštite stranaka od rizika povezanog s predmetnim sporazumom ili u svrhu usklađenog poticanja obiju stranaka na postizanje određenog rezultata.

105. U tom kontekstu valja ocijeniti može li se odredba o zabrani tržišnog natjecanja o kojoj je riječ u glavnom postupku kvalificirati kao „akcesorna" transakciji iz sporazuma o udruživanju i može li je se izuzeti iz primjene članka 101. stavka 1. UFEU-a.

b) Primjena na ovaj slučaj

106. Iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da žalitelji iz glavnog postupka tvrde da je, u kontekstu sporazuma o udruživanju o kojem je ovdje riječ, svrha odredbe o zabrani tržišnog natjecanja bila zaštititi povjerljivost poslovno osjetljivih informacija razmijenjenih radi provedbe Programa EDP Continente. Stoga je takva odredba strogo akcesorna tom sporazumu. Naime, smatraju da odredbe o povjerljivosti (odredba 16.), zaštiti intelektualnog vlasništva (odredba 11.) i zaštiti osobnih podataka (odredba 9.) iz sporazuma o udruživanju nisu bile dovoljne da bi se zaštitila njihova ulaganja i stručna znanja koja su razmijenili u okviru suradnje. Osim toga, tvrde i da je doseg odredbe o zabrani tržišnog natjecanja bio dovoljno ograničen jer se nije proširio na sektore djelatnosti koji nisu obuhvaćeni udruživanjem i na društva koja imaju pristup poslovno osjetljivim informacijama. Naposljetku, protok informacija nastavio se tijekom određenog vremena nakon završetka provedbe udruživanja, čime se omogućilo produljenje trajanja odredbe.

107. Zbog razloga koje ću navesti u nastavku i s obzirom na zahtjeve koji proizlaze iz sudske prakse navedene u točkama 102. do 104. ovog mišljenja, smatram da se, iako spis podnesen Sudu ne sadržava nijedan element na temelju kojeg se može dovesti u pitanje povoljan ili barem neutralan utjecaj sporazuma o udruživanju sklopljenog između društava MCH i EDP Comercial na tržišno natjecanje, suprotno tomu, ne može smatrati da je odredba o zabrani tržišnog natjecanja bila *objektivno nužna* za provedbu tog sporazuma i *proporcionalna ciljevima* koji se njime žele ostvariti.

[100] Vidjeti u tom smislu presude MasterCard, t. 90. i Hoffmann-La Roche, t. 70. Kada je potrebno utvrditi izmiče li neko protutržišno ograničenje zabrani iz članka 101. stavka 1. UFEU-a zato što je akcesorno glavnoj transakciji koja sama nije takve protutržišne prirode, valja ispitati bi li izvršenje te transakcije *bilo nemoguće da ne postoji predmetno ograničenje*. Ne može se smatrati da činjenica da bi bez predmetnog ograničenja tu transakciju bilo teže izvršiti ili da bi je bilo manje profitabilno izvršiti istu čini „objektivno nužnom", što je preduvjet da je se može kvalificirati akcesornom. Naime, takvo bi tumačenje dovelo do proširenja tog pojma na ograničenja koja nisu strogo nužna za izvršenje glavne transakcije. Takav bi rezultat ugrozio učinkovitost zabrane iz članka 101. stavka 1. UFEU-a (vidjeti u tom smislu presude MasterCard, t. 91. i Hoffmann-La Roche, t. 71.).

108. S jedne strane, *kad je riječ o objektivnoj nužnosti odredbe*, iako priznajem da se zaštita poslovno osjetljivih podataka može smatrati legitimnim ciljem u okviru sporazuma o udruživanju za koji su potrebne odgovarajuće mjere kojima se ograničava ponašanje stranaka sporazuma, smatram da se odredba o zabrani tržišnog natjecanja, kao što je ona o kojoj je riječ u glavnom postupku, ne može smatrati *strogo nužnom* s obzirom na taj cilj.

109. Naime, kao prvo, utvrđujem da, iako su stranke sporazuma o udruživanju navele da je njihov cilj međusobno spriječiti upotrebu poslovno osjetljivih informacija u vlastitu korist na način da počnu baviti konkurentnom djelatnosti, i osobito spriječiti društvo MCH da uđe na tržište isporuke električne energije niskog napona ili plina potrošačima, odabrano ugovorno rješenje uključuje sprečavanje same mogućnosti obavljanja navedene djelatnosti. Međutim, to mi se rješenje čini neproporcionalnim u odnosu na zadani cilj, s obzirom na to da se odredbom, kako bi se izbjeglo moguće nepošteno tržišno natjecanje zbog upotrebe informacija koje pripadaju jednoj od stranaka, jednostavno uklanja sama mogućnost takve konkurentne djelatnosti. Ta očita razlika između zadanog cilja i odabranog ugovornog rješenja sama po sebi treba biti dovoljna da se zaključi da je odredba o zabrani tržišnog natjecanja neproporcionalna, osobito s obzirom na činjenicu da se ugovorna zabrana, koja se društvu MCH naložila u pogledu ulaska na tržište opskrbe električnom energijom, podudarala s ključnim razdobljem liberalizacije tržišta opskrbe električnom energijom niskog napona.

110. Kao drugo i kao posljedica prethodne analize, čini mi se da su se mogla donijeti manje ograničavajuća rješenja kako bi se zaštitio protok poslovno osjetljivih informacija. Na primjer, uspostava sustava prepreka protoku informacija („chinese wall”), zajedno s već postojećim odredbama o povjerljivosti, zaštiti intelektualnog vlasništva i zaštiti podataka, bila bi prikladna i jednako učinkovita za zaštitu poslovno osjetljivih informacija o kojima je riječ.

111. Suprotno tomu, čak i pod pretpostavkom da je odredba o zabrani tržišnog natjecanja objektivno bila nužna za provedbu udruživanja, smatram da se njezina provedba ne može smatrati *proporcionalnom ciljevima* koji se žele ostvariti sporazumom o udruživanju.

112. Naime, kao prvo, kad je riječ o subjektivnom području primjene odredbe o zabrani tržišnog natjecanja, podsjećam na to da se, iako se sporazum o udruživanju odnosi na isporuku električne energije niskog napona potrošačima, odredba o zabrani tržišnog natjecanja primjenjuje na cjelokupnu opskrbu električnom energijom, na sve napone, uključujući isporuku električne energije srednjeg i visokog napona industrijskim klijentima, te na opskrbu plinom.

113. Kao drugo, kad je riječ o okolnosti da se vremenski doseg odredbe o zabrani tržišnog natjecanja podudara s razdobljem tijekom kojeg stranama sporazuma o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku nije bila dopuštena upotreba poslovnih tajni ili stručnog znanja stečenog tijekom njegove provedbe, valja utvrditi da mi se na prvi pogled čini, iako priznajem da je ta okolnost utvrđena [101], da iz činjenica predmeta proizlazi da je ograničenje kojim se poslovno osjetljive informacije nastoje zaštititi do 31. prosinca 2013. neproporcionalno jer su se posljednji bonovi za popuste izdani potrošačima temeljili na njihovoj potrošnji do 31. prosinca 2012.

[101] U tom pogledu, vidjeti izvorni zahtjev za prethodnu odluku, str. 168., t. 5. i 6., u kojem se navodi da je okolnost da su se odredbom o zabrani tržišnog natjecanja nastojale očuvati „povjerljivost poslovno osjetljivih informacija podijeljenih *inter partes* i stručnog znanja koje proizlazi iz udruživanja” i „poslovne tajne, povjerljive informacije, poslovno osjetljive informacije te ulaganja koja su stranke podijelile u okviru Programa EDP Continente” dio „neutvrđenih činjenica”.

4. Kvalifikacija odredbe o zabrani tržišnog natjecanja kao ograničenja tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj"

114. Sud koji je uputio zahtjev prvim i osmim prethodnim pitanjem, koja valja ispitati zajedno, u biti pita može li odredba o zabrani tržišnog natjecanja - koja u okviru sporazuma o udruživanju uključuje zabranu, osobito za trgovca na malo prehrambenim proizvodima koji je stranka tog sporazuma, ulaska na tržište opskrbe električnom energijom na kojem je druga stranka navedenog sporazuma važan dionik, i to u vrijeme posljednje faze liberalizacije tog tržišta - predstavljati ograničavanje s obzirom na cilj, iako se tim sporazumom potrošačima pružaju određene pogodnosti (*prvo pitanje*) i iako je ta odredba ograničena na razdoblje trajanja sporazuma uvećano za još jednu godinu (*osmo pitanje*).

a) Pojam „protutržišni cilj" u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a

115. Razlika između ograničavanja s obzirom na cilj i s obzirom na učinak, u pogledu koje sud koji je uputio zahtjev postavlja ta pitanja, već se opsežno i detaljno razmatrala u sudskoj praksi. Stoga ću samo podsjetiti na to da sporazum, kako bi bio obuhvaćen zabranom iz članka 101. stavka 1. UFEU-a, mora imati „za cilj ili učinak" sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu, pri čemu protutržišni cilj i učinak sporazuma nisu kumulativni, nego alternativni uvjeti [102].

116. U tom pogledu podsjećam na to da je temeljni pravni kriterij za određivanje sadržava li sporazum ograničavanje tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj" utvrđenje da takav sporazum sam po sebi predstavlja *dovoljan stupanj štetnosti u odnosu na tržišno natjecanje kako bi se smatralo da nije potrebno istraživati njegove učinke* [103]. To proizlazi iz činjenice da se određeni oblici koordinacije između poduzetnika mogu smatrati po svojoj prirodi štetnima za dobro funkcioniranje uobičajenog tržišnog natjecanja [104]. Kako bi se ocijenilo predstavlja li sporazum takav stupanj štetnosti, valja uzeti u obzir sadržaj njegovih odredbi, ciljeve koji se njime žele postići te njegov ekonomski i pravni kontekst [105]. U okviru ocjene navedenog konteksta valja također uzeti u obzir prirodu obuhvaćene robe ili usluga, kao i stvarne uvjete funkcioniranja i strukture jednog ili više tržišta o kojima je riječ [106]. Naposljetku, pojam „ograničenje s obzirom na cilj" treba tumačiti usko [107].

b) Ocjena odredbe o zabrani tržišnog natjecanja

117. Odredba o zabrani tržišnog natjecanja o kojoj je riječ u glavnom postupku, u slučaju da ne predstavlja akcesorno ograničenje sporazuma o udruživanju i ako se utvrdi odnos potencijalnog tržišnog natjecanja, može se poistovjetiti sa sporazumom o podjeli tržištâ koji, kao i sporazumi o utvrđivanju cijena, predstavlja očito ograničenje tržišnog natjecanja koje se uobičajeno smatra osobito teškom povredom pravilâ tržišnog natjecanja. Naime, Sud je presudio da sporazumi o podjeli tržištâ sami po sebi imaju za cilj ograničiti tržišno natjecanje te su obuhvaćeni

102 Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, t. 58. do 63. i navedena sudska praksa).

103 Vidjeti presudu od 12. siječnja 2023., HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, t. 106. i navedenu sudsku praksu).

104 Vidjeti presudu od 11. rujna 2014., CB/Komisija, (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 50. i navedenu sudsku praksu).

105 Vidjeti presude od 14. ožujka 2013., Allianz Hungária Biztosító i dr., (C 32/11, EU:C:2013:160, t. 34.) i od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 53.).

106 Vidjeti presudu od 12. siječnja 2023., HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, t. 107. i navedenu sudsku praksu.

107 Presuda Generics (UK), t. 67. i navedena sudska praksa

kategorijom sporazuma koja je izričito zabranjena člankom 101. stavkom 1. UFEU-a. Kad je riječ o takvim sporazumima, analiza ekonomskog i pravnog konteksta postupanja može se tako ograničiti samo na analizu koja je nužna kako bi se utvrdilo postojanje ograničavanja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj [108].

118. Iako prema toj sudskoj praksi nije potrebno uzeti u obzir ekonomski kontekst odredbe o zabrani tržišnog natjecanja, njezino uzimanje u obzir u ovom slučaju dodatno potvrđuje njezinu ograničavajuću prirodu. Naime, u ovom se slučaju primjena odredbe o zabrani tržišnog natjecanja podudarala s posebnim kontekstom liberalizacije tržišta opskrbe električnom energijom niskog napona u kontinentalnom Portugalu. Konkretnije, ta je odredba sklopljena nekoliko mjeseci prije potpune liberalizacije tržišta opskrbe električnom energijom, što se podudaralo sa završetkom reguliranih cijena za sve krajnje potrošače. U tom je kontekstu dugogodišnji portugalski operator na tom tržištu, društvo EDP, imao interes za odgodu ulaska potencijalnih konkurenata na navedeno tržište. Stoga mi se čini da taj kontekst može dodatno potvrditi štetnost sporazuma o podjeli tržištâ između dugogodišnjeg operatora i potencijalnog novog poduzetnika na tržištu.

119. Naposljetku, smatram da činjenica da je ta odredba o zabrani tržišnog natjecanja dio šire suradnje, odnosno sporazuma o udruživanju, koja može dovesti do stvaranja učinaka poboljšane učinkovitosti koji su u interesu određenih potrošača, ne mijenja zaključak da takav sporazum o podjeli tržištâ sâm po sebi predstavlja ograničavanje s obzirom na cilj. Naime, zbog prethodno navedenih razloga, ta odredba nije predstavljala ograničenje koje je nužno za primjenu sporazuma o udruživanju i, posljedično, za postizanje učinaka poboljšane učinkovitosti do kojih je mogla dovesti. U tom smislu, ti eventualni učinci poboljšane učinkovitosti nisu bili povezani s odredbom o zabrani tržišnog natjecanja, nego sa sporazumom o partnerstvu, i stoga se na njih ne može pozivati kako bi se opravdao pozitivan učinak te odredbe na tržišno natjecanje. U svakom slučaju, u skladu sa sudskom praksom Suda, kada se strane nekog sporazuma pozivaju na njegove učinke koji pospješuju tržišno natjecanje, njih se mora, kao elemente konteksta tog sporazuma, uzeti u obzir na odgovarajući način u svrhu kvalifikacije kao „ograničenja s obzirom na cilj” [109].

120. Iz toga slijedi da, u posebnim okolnostima ovog slučaja, odredbu o zabrani tržišnog natjecanja, čak i pod pretpostavkom da se dokaže da ona ne predstavlja akcesorno ograničenje sporazuma o udruživanju i da su stranke tog sporazuma u najmanju ruku potencijalni konkurenti, treba analizirati kao ograničavanje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a, pri čemu nije potrebna nikakva posebna analiza njezinih učinaka.

IV. Zaključak

121. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Tribunal da Relação de Lisboa (Žalbeni sud u Lisabonu, Portugal) odgovori na sljedeći način:

1. Članak 101. stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da se potencijalnim konkurentom na tržištu opskrbe električnom energijom može smatrati trgovac na malo prehrambenim proizvodima koji je obvezan sporazumom o udruživanju sklopljenim s dobavljačem električne energije, čiji je cilj promicanje njihovih odnosnih djelatnosti pomoću sustava povezane prodaje i koji sadržava odredbu o zabrani tržišnog natjecanja, iako taj trgovac u trenutku sklapanja tog sporazuma nije obavljao nikakvu djelatnost na tom tržištu, ako se s obzirom na uvjete za ulazak

[108] Vidjeti presudu Toshiba, t. 28. i 29.

[109] Presuda od 12. siječnja 2023., HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, t. 139. do 141. i navedena sudska praksa)

na navedeno tržište te na ekonomski i pravni kontekst kojim je uređeno njegovo funkcioniranje dokaže da su postojale stvarne i konkretne mogućnosti da taj trgovac na malo uđe na to isto tržište, pri čemu se takvo dokazivanje treba temeljiti na dokazima koji su svojstveni tržištu opskrbe električnom energijom. Kako bi se provjerilo može li se takav poduzetnik smatrati potencijalnim konkurentom koji na taj način izvršava konkurentski pritisak na dobavljača električne energije, mogu biti relevantni dokazi - koji se razmatraju zajedno i sami po sebi nisu nužno odlučujući - koji se odnose na, među ostalim: i. namjeru trgovca na malo prehrambenim proizvodima da uđe na tržište opskrbe električnom energijom, kao element kojim se potkrepljuje njegova sposobnost ulaska na navedeno tržište; ii. pripremne radnje u svrhu ulaska na tržište, osobito s obzirom na moguća regulatorna ograničenja ili ograničenja svojstvena otvaranju tržišta opskrbe električnom energijom, koje mogu potvrditi sposobnost navedenog poduzetnika da uđe na to tržište u roku kojim bi se mogao nametnuti konkurentski pritisak i koji u ovom slučaju odgovara razdoblju tijekom kojeg je odredba o zabrani tržišnog natjecanja bila na snazi; iii. percepciju dobavljača električne energije o trgovcu na malo prehrambenim proizvodima, s obzirom na to da okolnost da je unesena odredba o zabrani tržišnog natjecanja predstavlja čvrstu naznaku postojanja odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja koju ipak treba potkrijepiti drugim elementima koji se odnose na stvarne uvjete pristupa tržištu; iv. različite djelatnosti drugih poduzetnika grupe kojoj pripada trgovac na malo na tržištu opskrbe električnom energijom ili na susjednim tržištima, pod uvjetom da se utvrdi veza između tih djelatnosti i sposobnosti trgovca na malo da u kratkom roku uđe na to tržište, čak i ako su te djelatnosti prethodile sklapanju sporazuma o udruživanju i neovisno o tome jesu li ti poduzetnici bili obvezani odredbom o zabrani tržišnog natjecanja te v. djelatnosti trgovca na malo prehrambenim proizvodima na uzlaznom tržištu proizvodnje električne energije, pod uvjetom da je na temelju tih djelatnosti mogao ostvariti stvarne i konkretne prednosti u pogledu mogućeg ulaska na tržište opskrbe električnom energijom.

2. Članak 1. stavak 1. točku (a) Uredbe Komisije (EU) br. 330/2010 od 20. travnja 2010. o primjeni članka 101. stavka 3. [UFEU-a] na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja treba tumačiti na način da pojam „vertikalni sporazum” ne obuhvaća sporazum o udruživanju između trgovca na malo prehrambenim proizvodima i dobavljača električne energije, čiji je cilj promicanje njihovih odnosnih djelatnosti pomoću sustava povezane prodaje, neovisno o tome mogu li se ti poduzetnici smatrati stvarnim ili potencijalnim konkurentima, jer se pretpostavlja da ti poduzetnici za potrebe sporazuma o suradnji djeluju na istoj razini gospodarskog lanca.

3. Članak 101. stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da se odredba o zabrani tržišnog natjecanja sklopljena između stranaka u okviru sporazuma o udruživanju, kao što je onaj o kojem je riječ u glavnom postupku, ne može izuzeti iz primjene tog članka jer je ta odredba akcesorna tom sporazumu, osim ako se ne dokaže da je takva odredba objektivno nužna za provedbu udruživanja i proporcionalna ciljevima koji se njime žele ostvariti.

4. Članak 101. stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da odredbu o zabrani tržišnog natjecanja, kao što je sporazum o udruživanju o kojem je riječ u glavnom postupku, pod uvjetom da je sklopljena između dvaju poduzetnika koji se u najmanju ruku smatraju potencijalnim konkurentima, treba smatrati sporazumom o podjeli tržištâ koji predstavlja ograničavanje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, pri čemu nije potrebno dokazati njezine konkretne štetne učinke, osim ako se ta odredba može smatrati akcesornim ograničenjem glavnog sporazuma ili ako se strane pozivaju na njegove učinke koji pospješuju tržišno natjecanje, koji mogu dovesti u pitanje sveukupnu ocjenu o dovoljnoj štetnosti navedene odredbe.