KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
RANTOS
ippreżentati fit-2 ta' Marzu 2023 [1]

Kawża C-331/21

Autoridade da Concorrência,
EDP - Energias de Portugal SA,
EDP Comercial – Comercialização de Energia SA,
Sonae MC SGPS SA, li kienet Sonae Investimentos u Sonae MC Modelo Continente SGPS,
Modelo Continente Hipermercados SA
fil-preżenza ta':
Ministério Público

(talba għal deċiżjoni preliminari mressqa mit-Tribunal da Relação de Lisboa (il-Qorti tal-Appell ta' Lisbona, il-Portugall))

"Rinviju għal deċiżjoni preliminari – Kompetizzjoni – Artikolu 101 TFUE – Ftehim bejn fornitur tal-elettriku u bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li jopera hypermarkets u supermarkets – Klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni – Kompetizzjoni potenzjali – Distinzjoni bejn ftehim vertikali u ftehim orizzontali – Restrizzjoni tal-kompetizzjoni 'minħabba l-għan' jew 'minħabba ir-riżultat' – Regolament (UE) Nru 330/2010 – Kuntratt ta' aġenzija – Liberalizzazzjoni tas-suq tal-provvista tal-elettriku"

I. Introduzzjoni

1. Klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni introdotta fi ftehim ta' sħubija bejn impriżi preżenti fi swieq ta' prodotti distinti tista' tikkostitwixxi ftehim li għandu għan antikompetittiv fis-sens tal-Artikolu 101 TFUE u taħt liema kundizzjonijiet? Din hija, essenzjalment, il-kwistjoni fil-qofol ta' din it-talba għal deċiżjoni preliminari mressqa mit-Tribunal da Relação de Lisboa (il-Qorti tal-Appell ta' Lisbona, il-Portugall).

2. Permezz ta' din it-talba għal deċiżjoni preliminari, il-qorti tar-rinviju tistieden lill-Qorti tal-Ġustizzja tiffoka fuq erba' kwistjonijiet marbuta mal-interpretazzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE, li madwarhom jistgħu jinġabru d-domandi preliminari magħmula, jiġifieri: i) l-evalwazzjoni ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali bejn impriżi preżenti fi swieq ta' prodotti distinti; ii) il-klassifikazzjoni legali ta' ftehim ta' sħubija intiż għall-promozzjoni ta' attivitajiet ta' partijiet kontraenti; iii) in-natura anċillari ta' klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni fil-qafas ta' tali ftehim; u, iv) il-klassifikazzjoni ta' tali klawżola bħala restrizzjoni tal-kompetizzjoni "minħabba l-għan".

[1] Lingwa oriġinali: il-Franċiż.

II. Il-kawża prinċipali, id-domandi preliminari u l-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

3. Il-kawża prinċipali hija bejn l-Autoridade da Concorrência (l-Awtorità tal-Kompetizzjoni, Portugall, iktar 'il quddiem l-"AdC") u r-rikorrenti fil-kawża prinċipali – jiġifieri, EDP – Energias de Portugal, SA (iktar 'il quddiem "EDP Energias"), EDP Comercial – Comercialização de Energia, SA (iktar 'il quddiem "EDP Comercial"), Sonae MC SGPS SA (li kienet Sonae Investimentos SGSP SA u Sonae MC – Modelo Continente SGPS, iktar 'il quddiem "Sonae MC Ġdida") u Modelo Continente Hipermercados SA (iktar 'il quddiem "MCH") – dwar multi li l-AdC imponiet fuqhom [2] bis-saħħa tal-Artikolu 9(1)(c) tal-Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni [3], talli qablu dwar klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni fil-qafas ta' ftehim ta' sħubija. Dawn il-multi tnaqqsu mit-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll, il-Portugall).

4. Minn naħa, MCH u Sonae MC Ġdida jagħmlu parti minn grupp ta' impriżi Portugiżi preżenti f'diversi setturi ta' attività [4] (iktar 'il quddiem il-"grupp Sonae"). Fi ħdan dan il-grupp, MCH teżerċita l-attivitajiet tagħha fis-settur tad-distribuzzjoni ta' prodotti alimentari fil-Portugall u tiġġestixxi grupp ta' stabbilimenti (hypermarkets u supermarkets). Sonae MC Ġdida, li tiġġestixxi l-ishma u hija attiva fl-istess settur, għandha l-kapital kollu ta' MCH.

5. Min-naħa l-oħra, EDP Energias u EDP Comercial jifformaw parti minn grupp Portugiż li l-kumpannija omm tiegħu hija EDP Energias, li jeżerċita l-attivitajiet tiegħu, b'mod partikolari, fis-settur tal-produzzjoni, tad-distribuzzjoni u tal-provvista ta' elettriku u ta' gass naturali. Dan il-grupp huwa l-iktar attur Portugiż sinjifikattiv fis-swieq tal-produzzjoni, tad-distribuzzjoni u tal-provvista ta' elettriku.

A. Il-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali

6. Fil-5 ta' Jannar 2012, EDP Comercial u MCH ikkonkludew ftehim ta' sħubija msejjaħ "Pjan EDP Kontinentali" (iktar 'il quddiem il-"ftehim ta' sħubija") li kien intiż sabiex jattira klijenti, jistimula l-bejgħ u joffri skontijiet lill-konsumaturi. Fid-data tal-konklużjoni ta' dan il-ftehim, dawn il-kumpanniji ma kienu kompetituri fuq l-ebda suq ta' prodotti jew suq ġeografiku, inkluż dak tal-bejgħ bl-imnut u tal-provvista ta' elettriku u ta' gass naturali.

7. L-imsemmi ftehim kien fih klawżola 2.1, li kienet tiddefinixxi l-għan tal-ftehim ta' sħubija bil-mod segwenti: "Promozzjoni tal-iżvilupp ta' attivitajiet ta' provvista ta' elettriku b'mod ħieles, minn EDP Comercial, u tad-distribuzzjoni bl-imnut ta' prodotti alimentari u mhux alimentari minn MCH fil-hypermarkets u fis-supermarkets [li jappartjenu lil MCH] u fl-istabbilimenti kummerċjali, ġestiti minn kumpanniji oħra msieħba ma' Sonae Investimentos, minbarra MCH, […]".

[2] Bl-eċċezzjoni ta' Sonae MC – Modelo Continente SGPS, li ma rċevietx multa minħabba li ma kellhiex dħul minn bejgħ u ġiet assorbita mill-kumpannija Sonae Investimentos, li bidlet isimha għal Sonae MC.

[3] L-Artikolu 9(1) tal-lei nº19/2012, 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 (il-Liġi Nru 19/2012 li Tapprova s-Sistema l-Ġdida tal-Kompetizzjoni tat-8 ta' Mejju) (*Diário da República*, serje I, Nru 89/2012, tat-8 ta' Mejju 2012; iktar 'il quddiem il-"Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni") jiddisponi li: "[h]uma pprojbiti l-ftehimiet bejn impriżi, […] li għandhom bħala għan jew bħala riżultat li jipprekludu, […] il-kompetizzjoni fuq is-suq nazzjonali kollu jew parti minnu, u b'mod partikolari dawk li jikkonsistu f': […] c) qsim tas-swieq jew il-qsim ta' fonti ta' provvista;".

[4] B'mod partikolari, id-distribuzzjoni bl-imnut, it-telekomunikazzjonijiet u l-awdjoviżwali, il-ġestjoni ta' ċentri kummerċjali, il-prodotti li joriġinaw mill-injam, it-turiżmu u l-produzzjoni tal-enerġija permezz ta' koġenerazzjoni jew ta' fotovoltajiċi.

8. Minn perspettiva kummerċjali, din l-isħubija kienet tipprevedi skontijiet fuq il-prezzijiet tal-elettriku li kienu rriżervati għall-klijenti li għandhom il-"kard Kontinentali", kard ta' skontijiet maħruġa minn MCH fil-qafas ta' programm ta' lealtà. Minbarra li jkollhom din il-kard, il-klijenti li jixtiequ jidħlu fil-"Pjan EDP Kontinentali" kellhom jabbonaw f'kuntratt ta' provvista ta' elettriku b'vultaġġ baxx ma' EDP Comercial għas-suq liberalizzat fil-Portugall kontinentali. Dawn il-klijenti b'hekk kienu jibbenefikaw minn skont ta' 10 % fuq il-konsum ta' elettriku tagħhom ipprovdut minn EDP Comercial. Dan l-iskont kien rifless fil-ħruġ ta' kupuni li jikkorrispondu għall-ammont ta' dan l-iskont u kkreditat fuq il-kard Kontinentali tal-klijenti kkonċernati, li mbagħad setgħu jużawhom għal xiri fl-istabbilimenti tal-grupp Sonae msemmija fil-klawżola 2.1.

9. Inizjalment, l-ammont tal-iskontijiet kien kompletament sostnut minn EDP Comercial[5]. Madankollu, skont iż-żieda tal-kummerċ fl-istabbilimenti ċċitati iktar qabel u tad-dħul mill-bejgħ li jirriżulta mill-"Pjan EDP Kontinentali", kien previst li MCH terfa' parti mill-iskontijiet mogħtija. L-ispejjeż l-oħra tas-sħubija marbuta mar-reklamar, mal-marketing, mal-komunikazzjoni u mad-difiża fil-proċeduri kienu sostnuti f'partijiet indaqs minn EDP Comercial u MCH.

10. Il-klawżola 12.1 tal-ftehim ta' sħubija, intitolata "Esklużività", kienet tistipula: "Matul il-perijodu ta' dan il-ftehim, u matul perijodu ta' sena wara x-xoljiment tiegħu, [MCH] tobbliga ruħha li: a) ma tiżviluppax, direttament jew permezz ta' kumpannija li fiha [Sonae Investimentos] għandha parteċipazzjoni maġġoritarja, l-attività ta' provvista ta' elettriku u ta' gass naturali fil-Portugall kontinentali; b) ma tinnegozjax jew tistabbilixxi, ma' kwalunkwe fornitur ta' elettriku jew ta' gass naturali li ma huwiex f'relazzjoni ta' kontroll jew ta' grupp ma' EDP Comercial […], ftehimiet ta' sħubija, ta' koimpriżi, ftehim ta' prinċipju, ta' kampanji pubbliċitarji jew oħrajn, li għandhom bħala għan jew bħala riżultat l-għoti ta' skontijiet jew vantaġġi oħra finanzjarji marbuta mal-elettriku jew mal-gass naturali […]". Skont il-klawżola 12.2, EDP Comercial ikkommettiet ruħha għal obbligi simili fis-suq tad-distribuzzjoni bl-imnut ta' prodotti alimentari fil-Portugall kontinentali.

11. Il-ftehim ta' sħubija fil-kawża prinċipali kien fis-seħħ sal-31 ta' Diċembru 2012, minkejja li l-abbonament tal-konsumaturi infetaħ biss bejn id-9 ta' Jannar 2012 u l-4 ta' Marzu 2012. L-abbonament ta' kuntratti ta' provvista ta' elettriku kien miftuħ f'netwerk ta' 180 stabbiliment kummerċjali ġestiti minn MCH, li l-provvista tagħhom kienet maqsuma bejn EDP Comercial u MCH. B'kollox, 146 775 klijent abbonaw fil-"Pjan EDP Kontinentali", li minnhom 137 144 baqgħu kuntrattwalment marbuta ma' EDP Comercial matul u wara t-tmiem tal-kampanja. L-ammont ta' skontijiet li minnu bbenefikaw il-membri tal-"Pjan EDP Kontinentali" tela' għal EUR 6 907 354, u r-rata ta' attivazzjoni totali ta' kupuni laħqet madwar EUR 6 024 252. Minn dan l-ammont, EUR 1 795 912 kienu sostnuti minn MCH.

B. Il-qafas regolamentari rilevanti

12. Il-qorti tar-rinviju tindika li dan il-ftehim ta' sħubija kkoinċida ma' fażi kruċjali tal-proċess ta' liberalizzazzjoni tas-suq tal-provvista ta' elettriku fil-Portugall, peress li t-tariffi rregolati għall-vultaġġ baxx normali kienu jiskadu fi tmiem is-sena 2012.

13. F'dan ir-rigward, il-proċess ta' liberalizzazzjoni tal-provvista ta' elettriku fil-Portugall seħħ b'mod progressiv b'effett mill-1995. Il-qafas regolamentari Portugiż applikabbli għall-kummerċjalizzazzjoni tal-enerġija elettrika ppromwova, mill-1995 'il quddiem, sistema ta'

[5] Kull xahar MCH kellha toħroġ nota ta' debitu għall-ammont ta' kupuni maħruġa u attivati matul ix-xahar ta' qabel, li kellha titħallas fi tmiem ix-xahar tal-ħruġ ta' kull fattura.

kompetizzjoni ħielsa f'dan is-settur, billi ssemplifika l-kundizzjonijiet legali ta' aċċess u ta' eżerċizzju tal-attività ta' provvista ta' elettriku, b'din tkun suġġetta biss għal reġistrazzjoni u mhux liċenzja, biex b'hekk tippromwovi d-dħul ta' operaturi indipendenti. Fl-2006, ġie stabbilit perijodu tranżitorju li matulu l-konsumaturi setgħu jagħżlu bejn is-suq regolamentat u s-suq liberalizzat abbażi tal-attrazzjoni kummerċjali tal-offerti, mingħajr ebda ħlas jew restrizzjoni mill-perspettiva regolamentari.

14. B'effett mill-1 ta' Jannar 2011, it-tariffi rregolati applikabbli għall-klijenti finali għall-provvista ta' elettriku b'vultaġġ għoli ferm, għoli jew medju kif ukoll b'vultaġġ baxx speċifiku, ġew aboliti. B'effett mill-1 ta' Lulju 2012 u mill-1 ta' Jannar 2013, ġew aboliti rispettivament it-tariffi rregolati applikabbli għall-provvista tal-elettriku b'vultaġġ baxx (ħwienet żgħar/djar residenzjali), għall-klijenti finali li l-qawwa tal-vultaġġ kuntrattwali huwa iktar minn jew ugwali 10.35 kVA u għal klijenti li l-qawwa tal-vultaġġ kuntrattwali huwa inqas minn 10.35 kVA. Wara dawn id-dati, il-konklużjoni ta' kuntratti ġodda setgħu jsiru biss fis-suq liberalizzat [6].

C. Id-deċiżjoni kkontestata

15. Fl-4 ta' Mejju 2017, wara twissija maħruġa matul ix-xahar ta' Jannar 2012 mill-Ministério da Economia e do Emprego (il-Ministeru għall-Ekonomija u għall-Impjieg, il-Portugall) fuq allegati irregolaritajiet li jirriżultaw mill-ftehim ta' sħubija, l-AdC adottat deċiżjoni (iktar 'il quddiem id-"deċiżjoni kkontestata") li kkundannat lir-rikorrenti fil-kawża prinċipali għal multi f'ammont totali ta' EUR 38 300 000 talli wettqu restrizzjoni tal-kompetizzjoni "minħabba l-għan", skont l-Artikolu 9(1)(c) tal-Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni.

16. Skont l-AdC, il-ksur tad-dritt tal-kompetizzjoni kien jikkonsisti fi ftehim bejn impriżi li għandhom l-għan li jaqsmu s-swieq, taħt il-forma ta' klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni inkluża fil-qafas tal-ftehim ta' sħubija (jiġifieri, il-klawżoli 12.1(a) u 12.2(a)). Is-swieq ikkonċernati b'din il-klawżola, it-tlieta li huma jinsabu fil-Portugall kontinentali, kienu: i) is-suq tal-provvista tal-elettriku, ii) is-suq tal-provvista tal-gass naturali, u iii) is-suq tad-distribuzzjoni bl-imnut tal-ikel. L-imsemmija awtorità kkritikat lir-rikorrenti fil-kawża prinċipali li implimentaw dan il-ftehim għal perijodu ta' sentejn f'mument kruċjali tal-proċess ta' liberalizzazzjoni tas-suq nazzjonali tal-provvista tal-elettriku, li kien ikompli jsaħħaħ in-natura antikompetittiva tal-ftehim.

17. Wara r-rikors ippreżentat mir-rikorrenti fil-kawża prinċipali, it-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) ikkonfermat, fit-30 ta' Settembru 2020, id-deċiżjoni kkontestata, filwaqt li naqqset b'10 % l-ammont tal-multi fir-rigward tal-vantaġġ miksub bil-ftehim inkwistjoni mill-familji permezz ta' skontijiet [7].

18. Bħall-AdC, din il-qorti kkunsidrat li, fil-qafas tal-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali, ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali kienu kkonkludew "patt ta' nuqqas ta' kompetizzjoni" li kien jikkonsisti f'restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan. Sabiex tasal għal din il-konklużjoni, l-imsemmija qorti, b'mod partikolari, ħadet inkunsiderazzjoni l-attivitajiet ta'

[6] Madankollu, ġew stabbiliti skemi tariffarji tranżitorji għall-konsumaturi li, f'dawn l-aħħar dati msemmija, ma għażlux li jaqilbu għal kuntratt fis-suq liberalizzat. Għal dawn il-klijenti, ġew applikati tariffi ddefiniti mill-Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (l-Awtorità ta' Regolamentazzjoni tas-Servizzi tal-Enerġija, il-Portugall), flimkien ma' prezzijiet miżjuda sabiex jinċentivaw it-tranżazzjoni lejn is-suq liberalizzat. L-aħħar waħda minn dawn l-iskemi skadiet fil-31 ta' Diċembru 2017.

[7] It-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) iġġustifikat dan it-tnaqqis bil-fatt li l-ftehim ta' sħubija kien ippermetta li familji differenti Portugiżi jibbenefikaw minn skontijiet sinjifikattivi u jixtru prodotti essenzjali. Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali ġew ikkundannati għall-multi segwenti: EDP Energias għal EUR 2 610 000, EDP Comercial għal EUR 23 220 000, Sonae Investimentos għal EUR 2 520 000 u MCH għal EUR 6 120 000.

grupp Sonae fis-swieq tal-produzzjoni u tal-provvista ta' elettriku qabel u matul l-implimentazzjoni ta' dan il-ftehim ta' sħubija, jiġifieri: i) ix-xoljiment tas-sħubija bejn impriża tal-grupp Sonae u Endesa SA, permezz tal-ħolqien tal-impriża komuni Sodesa – Comercialização de Energia, SA (iktar 'il quddiem "Sodesa")[8], ii) it-twaqqif ta' sħubija bejn MCH u Petróleos de Portugal – Petrogal, SA (iktar 'il quddiem "GALP")[9], u iii) l-eżerċizzju ta' attivitajiet tal-miniġenerazzjoni, tal-mikroġenerazzjoni u tal-koġenerazzjoni ta' enerġija elettrika mill-MCH u minn impriżi oħra li jappartjenu għall-grupp Sonae[10]. Skont l-istess qorti, huma biss impriżi kompetituri – reali jew potenzjali – li setgħu juru xi interess fil-konklużjoni ta' tali ftehim.

19. Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali u l-AdC appellaw mis-sentenza tat-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) quddiem it-Tribunal da Relação de Lisboa (il-Qorti tal-Appell ta' Lisbona), il-qorti tar-rinviju f'din il-kawża. Fil-qafas tal-appell tagħha, limitat għall-ammont tal-multi, l-AdC talbet l-annullament tas-sentenza tat-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) inkwantu naqqset b'10 % l-ammont tal-multi imposti minnha[11]. Minn naħa tagħhom, ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali huma tal-opinjoni, fost l-oħrajn, li ma wettqux att antikompetittiv u, konsegwentement, talbu lill-qorti tar-rinviju tannulla din is-sentenza fit-totalità tagħha, u, sussidjarjament, tnaqqas l-ammont tal-multa[12]. Barra minn hekk, ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali talbu lill-qorti tar-rinviju tipproċedi b'rinviju għal deċiżjoni preliminari. Il-ħdax-il domanda preliminari magħmula mill-qorti tar-rinviju essenzjalment jirriproduċu d-domandi magħmula minn dawn ir-rikorrenti.

D. Id-domandi tal-qorti tar-rinviju

20. Il-qorti tar-rinviju għandha dubji dwar jekk il-ftehim ta' sħubija u, b'mod iktar partikolari, il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, setax kellha impatt negattiv fuq il-kompetizzjoni għas-swieq ikkonċernati.

21. F'dawn iċ-ċirkustanzi, it-Tribunal da Relação de Lisboa (il-Qorti tal-Appell ta' Lisbona) iddeċidiet li tissospendi l-proċeduri u tagħmel id-domandi preliminari segwenti lill-Qorti tal-Ġustizzja:

"1) L-Artikolu 101 TFUE, li minnu huwa ispirat l-Artikolu 9 [tal-Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni], għandu jiġi interpretat fis-sens li jippermetti l-klassifikazzjoni ta' klawżola ta' nonkompetizzjoni, bħal dawk inklużi fl-Artikoli 12.1 u 12.2 […] tal-Ftehim ta' Sħubija bħala ftehim ta' restrizzjoni minħabba l-għan, konkluż bejn fornitur tal-elettriku u bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li jopera hypermarkets u supermarkets, li jkollu bħala għan l-għoti ta' skontijiet lill-klijenti li fl-istess waqt jissottoskrivu għal Pjan Tariffarju għall-Enerġija speċifiku tal-fornitur tal-elettriku, disponibbli fil-Portugall kontinentali, u li għandhom karta ta' fedeltà tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, liema skontijiet jistgħu jingħataw biss f'xiri ta' prodotti fl-istabbilimenti ta' dan il-bejjiegħ jew ta' kumpanniji konnessi miegħu, meta dan il-ftehim

8 Ara l-punt 76 ta' dawn il-konklużjonijiet.

9 Ara l-punt 81 ta' dawn il-konklużjonijiet.

10 Ara l-punt 83 ta' dawn il-konklużjonijiet.

11 L-AdC issostni li l-vantaġġi għall-konsumaturi li jirriżultaw mill-ftehim ta' sħubija ma għandhomx jiġu invokati sabiex ikunu l-bażi għal tnaqqis tal-ammont tal-multa u li, fi kwalunkwe każ, it-tnaqqis ta' 10 % huwa eċċessiv.

12 Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali sostnew b'mod partikolari: i) li la kien hemm kompetizzjoni reali u lanqas kompetizzjoni potenzjali fid-data tal-konklużjoni tal-ftehim ta' sħubija u li, għalhekk, il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni ma għandhiex tiġi kkunsidrata bħala li għandha effetti antikompetittivi; ii) li l-għan ta' dan il-ftehim ma kienx jillimita l-kompetizzjoni u; iii) li ma kienx hemm elementi ta' fatt u ta' dritt li jippermettu t-teħid tar-responsabbiltà tal-kumpanniji ommijiet ikkonċernati.

ikun jinkludi klawżoli oħra li jipprovdu li l-għan tiegħu kien li jissaħħaħ l-eżerċizzju tal-attivitajiet tal-kumpanniji kkonċernati […] u meta jkun intwera li l-konsumaturi jiksbu vantaġġi […], mingħajr analiżi tal-effetti konkreti ta' ħsara għall-kompetizzjoni li jirriżultaw mill-imsemmija klawżoli 12.1 u 12.2?

2) L-Artikolu 101(1) TFUE jista' jiġi interpretat fis-sens li ftehim li ma jiġux eżerċitati ċerti attivitajiet ekonomiċi u li jikkorrispondi għal allegat tqassim ta' swieq bejn żewġ impriżi jista' jitqies bħala restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan meta dan ikun konkluż bejn entitajiet li ma huma kompetituri attwali jew potenzjali f'ebda wieħed mis-swieq koperti mill-obbligu msemmi, anki jekk is-swieq koperti mill-istess obbligu jistgħu jitqiesu li huma liberalizzati jew mingħajr ostakoli legali għad-dħul li ma jistgħux jiġu megħluba?

3) L-Artikolu 101(1) TFUE jista' jiġi interpretat fis-sens li fornitur tal-elettriku u bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li jopera hypermarkets u supermarkets li kkonkludew ftehim bejniethom intiż għall-promozzjoni reċiproka tat-twettiq tan-negozju tagħhom u għal żieda fil-bejgħ tal-prodotti tal-parti l-oħra (u, fil-każ tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, ta' kumpanniji li fihom il-kumpannija parent tiegħu jkollha sehem maġġoritarju), għandhom jitqiesu bħala kompetituri potenzjali meta l-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut u dawn il-kumpanniji tal-aħħar li għandhom konnessjoni miegħu ma kinux jeżerċitaw, fid-data ta' konklużjoni tal-Ftehim, l-attività ta' fornitur tal-elettriku, fis-suq ġeografiku inkwistjoni jew fi kwalunkwe suq ieħor, u meta ma jkunx ġie pprovat fil-proċedura li huma kellhom l-intenzjoni jeżerċitaw dik l-attività hemmhekk jew li kienu ħadu passi preparatorji għall-eżerċizzju tal-istess attività?

4) Ir-risposta għad-domanda preċedenti tibqa' valida jekk kumpannija oħra li fiha kumpannija parent tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li huwa parti fil-Ftehim ikollha sehem maġġoritarju (iżda mingħajr ma ebda waħda minn dawn iż-żewġ entitajiet tkun ġiet akkużata jew ikkundannata mill-[AdC] u mingħajr ma kienet parti fil-proċedura quddiem din il-qorti), li ma kinitx taqa' taħt il-kamp ta' applikazzjoni suġġettiv tal-obbligu ta' nonkompetizzjoni, kellha sehem ta' 50 % f'entità terza li eżerċitat attivitajiet ta' provvista tal-elettriku fil-Portugall, li waqfu tliet snin u nofs qabel il-konklużjoni tal-Ftehim bil-ħall ta' din tal-aħħar?

5) Ir-risposta għad-domanda preċedenti tkun l-istess jekk l-impriża ta' bejgħ bl-imnut li hija parti fil-Ftehim tipproduċi l-elettriku permezz ta' installazzjonijiet ta' miniġenerazzjoni u ta' mikroġenerazzjoni li jinsabu fuq is-soqfa tal-istabbilimenti tagħha iżda fejn l-elettriku kollu prodott jiġi kkonsenjat, bi prezzijiet irregolati, lill-Fornitur tal-Aħħar Istanza?

6) Ir-risposta għar-raba' domanda tibqa' valida jekk l-impriża ta' bejgħ bl-imnut li hija parti fil-Ftehim tkun ikkonkludiet kuntratt ieħor ta' kooperazzjoni kummerċjali, tmien snin qabel id-data ta' dan il-ftehim, (u li jkun għadu fis-seħħ, fid-data tal-Ftehim) ma' terz, fornitur ta' kombustibbli likwidi, li jkun intiż għall-għoti ta' skontijiet reċiproċi fir-rigward tax-xiri ta' dawn il-prodotti u tal-prodotti mibjugħin fil-hypermarkets u fis-supermarkets tal-impriża, li fiha l-impriża li hija l-parti l-oħra fil-kuntratt, min-naħa tagħha, minbarra li hija fornitur ta' kombustibbli likwidi hija wkoll fornitur tal-elettriku fil-Portugall kontinentali, u fejn ma ntweriex li l-partijiet, fid-data tal-konklużjoni tal-Ftehim, kellhom l-intenzjoni jew ħadu passi preparatorji biex jestendu l-imsemmi kuntratt għall-provvista tal-elettriku?

7) Ir-risposta għar-raba' domanda tibqa' valida jekk kumpannija oħra li fiha kumpannija parent tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li huwa parti fil-Ftehim ikollha sehem maġġoritarju (iżda wkoll mingħajr ma ebda waħda minn dawn iż-żewġ entitajiet tkun ġiet akkużata jew ikkundannata mill-[AdC] jew mingħajr ma kienet parti fil-proċedura quddiem din il-qorti), li ma kinitx taqa'

taħt il-kamp ta' applikazzjoni suġġettiv tal-obbligu ta' nonkompetizzjoni, kienet tipproduċi elettriku f'ċentrali ta' koġenerazzjoni iżda li fiha l-elettriku kollu prodott kien jiġi kkonsenjat, bi prezzijiet irregolati, lill-Fornitur tal-Aħħar Istanza?

8) Fil-każ ta' risposta fl-affermattiv għad-domandi preċedenti, l-Artikolu 101(1) TFUE għandu jiġi interpretat fis-sens li klawżola li tipprekludi lill-imsemmi bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, għall-perijodu ta' applikabbiltà tal-Ftehim u għas-sena immedjatament segwenti, milli jeżerċita attivitajiet ta' provvista ta' elettriku waħdu jew permezz ta' kumpannija li fiha kumpannija parent tiegħu ikollha sehem maġġoritarju u li hija parti fil-proċedura, fit-territorju kopert mill-Ftehim, tista' titqies bħala restrittiva minħabba l-għan?

9) Il-kunċett ta' "kompetitur potenzjali", fis-sens tal-Artikolu 101 TFUE, tal-Artikolu 1(1)(c) tar-[Regolament Nru 330/2010[13]] u tal-paragrafu 27 tal-Linji Gwida tal-Kummissjoni Ewropea dwar Restrizzjonijiet Vertikali [(ĠU 2010, C 130, p. 1)[14]], għandu jiġi interpretat fis-sens li jinkludi impriża marbuta bi klawżola ta' nonkompetizzjoni li tkun preżenti f'suq ta' prodott għalkollox distint minn dak tal-parti l-oħra fil-ftehim, meta fil-proċess quddiem il-qorti nazzjonali ma jkunux jeżistu indizji konkreti (bħal proġetti, investimenti jew tħejjijiet oħra) li, qabel u fl-assenza ta' din il-klawżola, l-impriża inkwistjoni setgħet tidħol fis-suq tal-parti l-oħra f'perijodu qasir ta' żmien, u meta lanqas ma ntwera li tali impriża, qabel u fl-assenza ta' din il-klawżola, kienet ipperċepita mill-parti l-oħra fil-kuntratt bħala kompetitur potenzjali fis-suq inkwistjoni?

10) L-Artikolu 101(1) TFUE jista' jiġi interpretat fis-sens li s-sempliċi fatt li ftehim ta' kollaborazzjoni bejn impriża attiva fis-suq tal-elettriku u impriża attiva fil-bejgħ bl-imnut kemm ta' ikel kif ukoll ta' prodotti mhux tal-ikel għal konsum domestiku, għall-promozzjoni reċiproka tal-attivitajiet rispettivi tagħhom (li fl-ambitu tiegħu, fost oħrajn, l-ewwel impriża tagħti skontijiet lill-klijenti tagħha fuq il-konsum tagħhom tal-elettriku li t-tieni impriża tapplika fuq il-prezz tax-xiri magħmul minn dawn il-klijenti fil-ħwienet), jinkludi klawżola li tgħid li ż-żewġ partijiet ma għandhomx jikkompetu kontra xulxin u li ma għandhomx jikkonkludu ftehim simili ma' kompetituri ta' waħda jew tal-oħra, ifisser li l-għan ta' din il-klawżola huwa r-restrizzjoni tal-kompetizzjoni fis-sens tal-Artikolu 101(1) TFUE meta:

– il-portata *ratione temporis* tal-klawżola inkwistjoni (perijodu ta' sena mill-ftehim, inkrementat b'sena ulterjuri) tikkoinċidi mal-perijodu ddefinit fl-istess ftehim, li matulu l-partijiet ma humiex awtorizzati jużaw sigrieti kummerċjali jew għarfien espert miksub fl-ambitu tal-implimentazzjoni tal-kollaborazzjoni fi proġetti ma' terzi;

– il-portata ġeografika tal-klawżola hija limitata għall-portata ġeografika tal-ftehim;

– il-kamp ta' applikazzjoni suġġettiv tal-klawżola jkun limitat għall-partijiet tal-ftehim u għall-impriżi li fihom dawn ikollhom sehem maġġoritarju u għall-impriżi l-oħra tal-istess grupp li wkoll ikollhom fil-pussess tagħhom u/jew joperaw stabbilimenti ta' bejgħ koperti mill-ftehim;

– il-portata suġġettiva tal-klawżola teskludi l-maġġoranza kbira tal-kumpanniji li jappartjenu għall-istess grupp ekonomiku tal-partijiet, li, għalhekk, ma humiex marbuta mill-klawżola u jistgħu jikkompetu mal-parti l-oħra matul u wara ż-żmien li fih il-ftehim ikun fis-seħħ;

[13] Regolament tal-Kummissjoni tal-20 ta' April 2010 dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 101(3) [TFUE] għal kategoriji ta' akkordji vertikali u prattiċi miftiehma (ĠU 2010, L 102, p. 1).

[14] Iktar 'il quddiem il-"Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali".

– l-impriżi koperti mill-klawżola ta' nonkompetizzjoni jkunu preżenti fi swieq ta' prodotti għalkollox distinti u ma jkunx ġie pprovat li, fil-mument tal-konklużjoni tal-ftehim, kienu żviluppaw proġetti jew pjanijiet, jew wettqu investimenti jew ħadu passi preparatorji oħra, biex jidħlu fis-suq tal-prodott tal-parti l-oħra?

11) Il-kunċett ta' "ftehim vertikali" fis-sens tal-Artikolu 101(1) TFUE, tal-Artikolu 1(1)(a) tar-[Regolament Nru 330/2010] u tal-paragrafu 25(ċ) tal-[Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali] għandu jiġi interpretat fis-sens li jkopri ftehim bil-karatteristiċi deskritti fid-domandi preċedenti, li fl-ambitu tiegħu l-partijiet jinsabu preżenti fis-swieq ta' prodotti għalkollox distinti u li ma ġiex ipprovat li kienu għamlu, qabel u fl-assenza tal-ftehim, proġetti, investimenti jew pjanijiet biex jidħlu fis-suq tal-prodotti tal-parti l-oħra, iżda li fl-ambitu tiegħu, għall-iskopijiet tal-ftehim inkwistjoni, iqiegħdu għad-dispożizzjoni reċiproka ta' xulxin in-networks kummerċjali rispettivi tagħhom, il-saħħa ta' bejgħ tagħhom u l-għarfien espert tagħhom biex jippromwovu, jiksbu u jżidu l-klijentela u n-negozju tal-parti l-oħra?"

22. Ġew ippreżentati osservazzjonijiet bil-miktub mir-rikorrenti fil-kawża prinċipali, mill-Gvern Portugiż u mill-Kummissjoni Ewropea. Barra minn hekk, dawn il-partijiet, u l-AdC, li ma ppreżentawx osservazzjonijiet bil-miktub, esprimew il-pożizzjoni tagħhom waqt is-seduta li saret fid-9 ta' Novembru 2022.

III. Analiżi

23. Qabel ma nibda niddiskuti d-domandi preliminari magħmula mill-qorti tar-rinviju (Taqsima B), inqis li huwa utli li jiġu kkjarifikati xi punti dwar il-kompetenza tal-Qorti tal-Ġustizzja sabiex nirrispondi għal dawn id-domandi preliminari u niddeċiedi dwar l-ammissibbiltà tagħhom (Taqsima A).

A. Fuq il-kompetenza tal-Qorti tal-Ġustizzja u fuq l-ammissibbiltà tat-talba għal deċiżjoni preliminari

24. Minn naħa, fir-rigward tal-kompetenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, nirrileva li r-rikorrenti fil-kawża prinċipali ġew ikkundannati biss abbażi tal-Artikolu 9(1) tal-Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni, u mhux abbażi ta' dispożizzjoni tad-dritt tal-Unjoni. Issa, skont ġurisprudenza stabbilita ferm, fil-qafas tal-proċedura prevista fl-Artikolu 267 TFUE, il-Qorti tal-Ġustizzja ma għandhiex kompetenza sabiex tinterpreta d-dritt nazzjonali, peress li dan huwa esklużivament il-kompitu tal-qorti tar-rinviju[15]. Tqum għalhekk il-kwistjoni dwar jekk il-Qorti tal-Ġustizzja għandhiex kompetenza tirrispondi għad-domandi magħmula mill-qorti tar-rinviju.

25. F'dan ir-rigward, għandu jiġi rrilevat li, skont ġurisprudenza stabbilita, il-Qorti tal-Ġustizzja għandha kompetenza tiddeċiedi dwar talba għal deċiżjoni preliminari li tirrigwarda dispożizzjonijiet tad-dritt tal-Unjoni, f'sitwazzjonijiet li fihom, għalkemm il-fatti inkwistjoni

[15] Sentenza tat-30 ta' Jannar 2020, Generics (UK) *et* (C-307/18, iktar 'il quddiem is-"sentenza Generics (UK)", EU:C:2020:52, punt 25 u l-ġurisprudenza ċċitata).

fil-kawża prinċipali jinsabu barra mill-kamp ta' applikazzjoni ta' din il-liġi, id-dispożizzjonijiet tal-imsemmi dritt saru applikabbli permezz tad-dritt nazzjonali minħabba riferiment minn dan tal-aħħar għall-kontenut tagħhom [16].

26. F'dan il-każ, huwa stabbilit li l-Artikolu 9 tal-Liġi Portugiża dwar il-Kompetizzjoni hija ispirata mill-kontenut tal-Artikolu 101 TFUE [17] u tikkorrispondi, essenzjalment, mal-kontenut ta' dan. Din id-dispożizzjoni għandha għalhekk tiġi applikata b'mod konformi mal-Artikolu 101 TFUE, iktar u iktar jekk il-qorti tar-rinviju tqis li, sabiex tingħata deċiżjoni fil-kawża li minnha hija adita, huwa essenzjali li jintalbu kjarifiki dwar il-portata ta' ċerti kunċetti li jaqgħu taħt id-dritt tal-kompetizzjoni tal-Unjoni.

27. Fl-opinjoni tiegħi, minn dan isegwi li l-Qorti tal-Ġustizzja għandha kompetenza sabiex tirrispondi għad-domandi preliminari.

28. Min-naħa l-oħra, fir-rigward tar-rekwiżiti relatati mal-kontenut ta' rinviju għal deċiżjoni preliminari li jinsabu fl-Artikolu 94 tar-Regoli tal-Proċedura, infakkar li, skont it-termini ta' din id-dispożizzjoni, kull talba għal deċiżjoni preliminari għandha tinkludi, b'mod partikolari "*espożizzjoni fil-qosor tas-suġġett* tal-kawża kif ukoll tal-*fatti rilevanti*, kif ġew ikkonstatati mill-qorti tar-rinviju jew, minn tal-inqas, espożizzjoni tal-informazzjoni fattwali li fuqha jkunu bbażati d-domandi" [18]. Dan ir-rekwiżit japplika b'mod partikolari fil-qasam tal-kompetizzjoni li huwa kkaratterizzat minn sitwazzjonijiet ta' fatt u ta' dritt kumplessi [19].

29. F'dan ir-rigward, nirrileva li, f'dan il-każ, il-qorti tar-rinviju ftit għamlet sforzi sabiex tippreżenta "espożizzjoni fil-qosor tas-suġġett tal-kawża" [20] jew sabiex tillimita din l-espożizzjoni għall-"fatti rilevanti" [21], billi tagħmel distinzjoni, fil-fatti rilevanti, bejn dawk li huma kkunsidrati bħala stabbiliti [22] u dawk li ma humiex [23]. Huwa għalhekk biss fid-dawl tal-fatti li huma kkunsidrati bħala stabbiliti li għandhom jiġu analizzati d-domandi preliminari magħmula.

30. Jiena nikkonstata li t-tieni domanda preliminari hija bbażata fuq ipoteżi fattwali li hija identifikata bħala mhux stabbilita. B'mod iktar preċiż, din id-domanda tirrigwarda l-klassifikazzjoni tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni bħala restrizzjoni minħabba l-għan, u meta tirreferi għal "entitajiet li ma huma kompetituri attwali jew *potenzjali*", titlaq mill-premessa ta' assenza ta' kompetizzjoni potenzjali minkejja li hija preċiżament waħda mid-domandi prinċipali li tiġġustifika r-rinviju għal deċiżjoni preliminari. Fil-fatt, il-qorti tar-rinviju tenfasizza li waħda mid-domandi li għandha tingħata risposta għaliha hija dik dwar jekk "l-impriżi msemmija fid-deċiżjoni kkontestata għandhomx jiġu kkunsidrati bħala kompetituri potenzjali" [24].

16 Meta leġiżlazzjoni nazzjonali tikkonforma ruħha, għas-soluzzjonijiet li toffri għal sitwazzjonijiet purament interni, ma' dawk adottati fid-dritt tal-Unjoni, sabiex, pereżempju, jiġi evitat li jkun hemm distorsjonijiet tal-kompetizzjoni, jew ukoll li tiġi żgurata proċedura unika f'sitwazzjonijiet komparabbli, jeżisti interess ċert li, sabiex jiġu evitati diverġenzi fl-interpretazzjonijiet futuri, id-dispożizzjonijiet jew il-kunċetti meħuda mid-dritt tal-Unjoni jingħataw interpretazzjoni uniformi (ara, f'dan is-sens, sentenza Generics (UK), punti 26 u 27).

17 Skont il-qorti tar-rinviju, il-kliem ta' din id-dispożizzjoni "jaqbel sostanzjalment mal-kliem tal-Artikolu 101(1) TFUE".

18 Ir-rekwiżiti tal-Artikolu 94 tar-Regoli tal-Proċedura huma mfakkra fil-punt 15 tar-Rakkomandazzjonijiet [tal-Qorti tal-Ġustizzja] lill-qrati nazzjonali, dwar l-introduzzjoni ta' talbiet għal deċiżjoni preliminari (ĠU 2019, C 380, p. 1).

19 Ara s-sentenza tat-3 ta' Marzu 2021, Poste Italiane et Agenzia delle entrate – Riscossione (C-434/19 u C-435/19, EU:C:2021:162, punt 77 u l-ġurisprudenza ċċitata).

20 It-talba għal deċiżjoni preliminari fiha 277 paġna li ma għandhomx struttura, koerenza u saru biss sforzi sabiex titqassar.

21 Hija biss parti ristretta ta' 298 punt iddedikati għall-"fatti stabbiliti" li hija rilevanti sabiex jingħataw risposti utli lill-qorti tar-rinviju.

22 Ara t-talba għal deċiżjoni preliminari oriġinali, p. 84 sa 146 (punti 1 sa 298).

23 Ara t-talba għal deċiżjoni preliminari oriġinali, p. 167 sa 169 (punti 1 sa 13).

24 Ara t-talba għal deċiżjoni preliminari oriġinali, p. 229.

31. Għalhekk, anki jekk, bħala regola, id-domandi preliminari magħmula minn qorti nazzjonali jibbenefikaw minn preżunzjoni ta' rilevanza [25] u ma hijiex il-Qorti tal-Ġustizzja li għandha tivverifika l-korrettezza tal-kuntest fattwali [26], l-interpretazzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE mitluba fil-qafas ta' din id-domanda preliminari hija, f'dan il-każ, ta' natura ipotetika.

32. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, inqis li t-tieni domanda preliminari għandha tiġi kkunsidrata bħala inammissibbli.

B. Fuq id-domandi preliminari

33. Bħall-partijiet u l-persuni kkonċernati kollha li ppreżentaw osservazzjonijiet bil-miktub, inqis li d-domandi preliminari jistgħu jinġabru madwar erba' kwistjonijiet li fuqhom il-qorti tar-rinviju titlob kjarifiki, jiġifieri:

– il-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali", u b'mod iktar preċiż il-punt dwar jekk u b'liema kundizzjonijiet impriżi preżenti fuq swieq ta' prodotti differenti jistgħu jkunu kkunsidrati bħala kompetituri potenzjali għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-Artikolu 101 TFUE (*it-tielet sas-seba' domanda u d-disa' domanda*);

– il-klassifikazzjoni legali ta' ftehim ta' sħubija konkluż bejn impriżi intiż għall-promozzjoni reċiproka tal-attivitajiet rispettivi tagħhom (*il-ħdax-il domanda*);

– il-kundizzjonijiet li fihom restrizzjoni għall-kompetizzjoni tista' tkun ikkunsidrata bħala anċillari għal ftehim li ma għandux għan antikompetittiv (*l-għaxar domanda*); u

– il-klassifikazzjoni ta' klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni bħala restrizzjoni tal-kompetizzjoni "minħabba l-għan" jew "minħabba ir-riżultat" (*l-ewwel u t-tmien domanda*).

34. Nipproponi li neżamina dawn il-kwistjonijiet fl-ordni indikata hawn fuq, inkwantu l-fatt li l-partijiet humiex jew le kompetituri potenzjali (Taqsima 1) u l-analiżi tan-natura tal-ftehim (Taqsima 2) huma elementi importanti sabiex jiġi stabbilit jekk il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni għandhiex tkun ikkunsidrata bħala anċillari għall-ftehim (Taqsima 3) jew, fin-negattiv, bħala restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan (Taqsima 4).

1. Fuq il-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali"

35. Permezz tat-tielet sas-seba', u d-disa' domanda preliminari, li għandhom jiġu eżaminati flimkien, il-qorti tar-rinviju tistaqsi, essenzjalment, jekk u b'liema kundizzjonijiet, l-Artikolu 101(1) TFUE għandu jiġi interpretat fis-sens li bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, marbut bi ftehim ta' sħubija ma' fornitur tal-elettriku li l-għan tiegħu huwa li jippromwovu l-attivitajiet rispettivi tagħhom u li jinkludi klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, jista' jitqies bħala kompetitur potenzjali fis-suq tal-provvista ta' elettriku, minkejja li, fil-mument tal-konklużjoni ta' dan il-ftehim, huwa ma kien jeżerċita l-ebda attività fuq dan is-suq.

[25] Ara s-sentenza tas-6 ta' Ottubru 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, punt 28).

[26] Ara s-sentenza tat-23 ta' Jannar 2018, F. Hoffmann-La Roche *et* (C-179/16, iktar 'il quddiem is-"sentenza Hoffmann-La Roche", EU:C:2018:25, punt 45).

36. B'mod iktar preċiż, il-qorti tar-rinviju tistaqsi lill-Qorti tal-Ġustizzja dwar ir-rilevanza, fil-kuntest li tiġi stabbilita l-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali fis-suq tal-provvista ta' elettriku, ta' sensiela ta' elementi probatorji, bħal:

– l-intenzjoni ta' dan il-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li jidħol fis-suq tal-provvista tal-elettriku (*it-tielet domanda*);

– il-passi preparatorji għal tali dħul, inkluż l-eżistenza ta' indizji konkreti li juru li dan il-bejjiegħ bl-imnut seta', f'perijodu qasir ta' żmien, jidħol fis-suq inkwistjoni, bħal proġetti, investimenti jew passi preparatorji oħra (*it-tielet u d-disa' domanda*);

– il-perċezzjoni tal-fornitur tal-elettriku fir-rigward tar-restrizzjonijiet kompetittivi imposti mill-bejjiegħ bl-imnut (*id-disa' domanda*);

– l-attivitajiet tal-kumpanniji tal-grupp ta' impriżi li fih kien jappartjeni l-bejjiegħ bl-imnut fuq swieq ġirien jew konnessi mas-suq tal-provvista ta' elettriku (*ir-raba' u s-sitt domanda*);

– l-attività tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut fis-suq tal-produzzjoni tal-elettriku upstream (*il-ħames u s-seba' domanda).*

37. B'dawn id-domandi, li jirriflettu l-provi eżaminati fis-sentenza Generics (UK), il-qorti tar-rinviju tistaqsi, essenzjalment, li tiġi kkjarifikata l-portata ta' din is-sentenza u, b'mod iktar preċiż, dwar jekk dawn l-elementi jikkostitwixxux minn issa 'l quddiem kriterju ġenerali sabiex tiġi evalwata l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali.

38. Infakkar li, fis-sentenza Generics (UK), il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet li huma f'sitwazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali, minn naħa, manifattur ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu li huwa proprjetarju ta' privattiva ta' proċess ta' produzzjoni ta' sustanza attiva li daħlet fid-dominju pubbliku u, min-naħa l-oħra, manifatturi ta' prodotti mediċinali ġeneriċi li qegħdin jippreparaw ruħhom li jidħlu fis-suq tal-prodott mediċinali li fih din is-sustanza attiva, li qegħdin f'tilwima fuq il-validità ta' din il-privattiva jew dwar in-natura ta' ksur tal-prodotti mediċinali ġeneriċi kkonċernati, meta jiġi stabbilit li l-manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi għandu fil-fatt id-determinazzjoni soda kif ukoll il-kapaċità stess li jidħol fis-suq u li dan ma jiltaqax ma' ostakoli għad-dħul ta' natura insormontabbli [27].

39. Sabiex tasal għal din il-konklużjoni, il-Qorti tal-Ġustizzja bbażat ruħha fuq kriterju stabbilit ferm fil-ġurisprudenza [28], dak li jiġi ddeterminat jekk jeżistux *possibbiltajiet reali u konkreti* li l-impriża li ma hijiex fis-suq rilevanti tidħol f'dan is-suq u tikkompeti mal-impriża jew l-impriżi l-oħrajn diġà preżenti fih. B'hekk, meta il-ftehim inkwistjoni għandu bħala konsegwenza li jżomm impriża temporanjament barra mis-suq, għandu jiġi ddeterminat jekk kinux jeżistu, fl-assenza tal-imsemmi ftehim, tali possibbiltajiet reali u konkreti ta' dħul. Il-Qorti tal-Ġustizzja spjegat li tali kriterju jeskludi li relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali tista' tirriżulta mis-sempliċi possibbiltà, purament ipotetika, ta' tali dħul, jew inkella sempliċi volontà f'dan is-sens. Għall-kuntrarju, dan bl-ebda mod ma jeħtieġ li jintwera b'ċertezza li dan il-manifattur ser jidħol effettivament fis-suq ikkonċernat jew li huwa se jkun f'pożizzjoni, sussegwentement, li jibqa'

27 Sentenza Generics (UK), punt 58

28 Ara l-punt 47 u n-nota ta' qiegħ il-paġna 38 ta' dawn il-konklużjonijiet.

fih. Finalment, hija kkonfermat l-evalwazzjoni tal-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali għandha ssir fir-rigward tal-istruttura tas-suq u tal-kuntest ekonomiku u ġuridiku li jirregola l-funzjonament tiegħu [29].

40. Huwa għalhekk fid-dawl ta' dan l-uniku kriterju ta' "possibilitajiet reali u konkreti" ta' dħul fis-suq, filwaqt li jiġu kkunsidrati l-karatteristiċi regolamentari u legali tas-settur farmaċewtiku, li l-Qorti tal-Ġustizzja evalwat l-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni [30].

41. Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali jsostnu li, bis-sentenza Generics (UK), il-Qorti tal-Ġustizzja xtaqet tispjega l-kriterju ġenerali relatat mal-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali" meta l-impriżi inkwistjoni ma humiex preżenti fl-istess suq ta' prodotti, billi talbet li jiġu ssodisfatti tliet kundizzjonijiet b'mod kumulattiv u wara xulxin i) l-impriża kkonċernata għandu jkollha l-possibbiltà reali u konkreta li tidħol fis-suq ikkonċernat, ii) hija għandu jkollu r-rieda soda u l-kapaċità stess li tidħol f'dan is-suq, u iii) hija għandha twettaq xogħol ta' tħejjija suffiċjenti sabiex tidħol fl-imsemmi suq f'terminu ta' żmien qasir.

42. F'dan il-kuntest, inqis li qabel xejn, għandu jiġi spjegat il-qafas ta' analiżi tal-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali" (Taqsima a), sussegwentement titfakkar l-evalwazzjoni tal-kompetizzjoni potenzjali fil-ġurisprudenza qabel is-sentenza Generics (UK) (Taqsima b), u, finalment, li ssir analiżi konkreta tal-provi differenti li għalihom tirreferi l-qorti tar-rinviju (Taqsima c).

a) Fuq il-qafas ta' analiżi tal-"kompetizzjoni potenzjali"

43. Preliminarjament, infakkar li, skont l-Artikolu 101(1) TFUE huma inkompatibbli mas-suq intern u pprojbiti l-ftehimiet konklużi bejn impriżi li jistgħu jolqtu l-kummerċ bejn l-Istati Membri u li għandhom "bħala għan jew riżultat" il-prevenzjoni, ir-restrizzjoni jew id-distorsjoni tal-kompetizzjoni. Mill-kliem ta' din id-dispożizzjoni jirriżulta għalhekk li l-klassifikazzjoni ta' ftehim bejn impriżi li jista' jirrestrinġi l-kompetizzjoni tippreżupponi l-eżistenza ta' kompetizzjoni li tista' tiġi ristretta [31]. B'hekk, jekk l-eżami tal-kuntest fattwali, ekonomiku u ġuridiku li fih jaqa' ftehim jirrileva li l-impriżi inkwistjoni ma humiex kompetituri, tali ftehim *ipso facto* lanqas ma għandu jiġi kklassifikat bħala li jirrestrinġi l-kompetizzjoni.

44. Il-kundizzjonijiet ta' kompetizzjoni li jeżistu f'suq huma bbażati mhux biss fuq il-*kompetizzjoni attwali* – imsejħa wkoll *reali* – li għandhom l-impriżi diġà preżenti f'dan is-suq ta' prodotti, iżda wkoll fuq il-*kompetizzjoni potenzjali* bejn dawn l-impriżi u impriżi li għadhom ma

[29] Sentenza Generics (UK), punti 36 sa 39 u l-ġurisprudenza ċċitata.

[30] Għal dan il-għan, fis-sentenza Generics (UK), il-Qorti tal-Ġustizzja vverifikat jekk: i) fid-data tal-konklużjoni tal-ftehim, il-manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi kienx wettaq xogħol ta' tħejjija suffiċjenti li jippermettilu jidħol fis-suq ikkonċernat f'terminu li jista' joħloq pressjoni kompetittiva fuq il-manifattur ta' prodotti mediċinali ta' verżjoni tal-bidu (punti 43 u 44); ii) id-dħul fis-suq ta' tali manifattur ma kellux ostakoli għad-dħul ta' natura insormontabbli (punti 45 sa 53); iii) kienu jeżistu elementi addizzjonali li jikkorroboraw il-konstatazzjoni ta' determinazzjoni soda kif ukoll tal-kapaċità stess tal-manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi li jaċċedi għas-suq inkwistjoni, bħall-fatt li l-impriża inkwistjoni kienet topera fl-istess livell tal-katina ta' produzzjoni jew ir-rieda murija minn manifattur ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu u segwita fil-fatt bit-trasferimenti ta' valuri sinjifikattivi favur manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi inkambju għall-posponiment tad-dħul ta' dan tal-aħħar fis-suq (punti 55 sa 57).

[31] Ara l-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Kokott fil-kawża Generics (UK) *et* (C-307/18, iktar 'il quddiem il-"konklużjonijiet fil-kawża Generics (UK)", EU:C:2020:28, punt 57 u l-ġurisprudenza ċċitata).

humiex preżenti fih [32]. Din il-konstatazzjoni tispjega għaliex, fl-assenza ta' kompetizzjoni attwali jew potenzjali, ftehim ma għandux ikun restrittiv, irrispettivament mill-fatt jekk il-ftehim għandux jew le għan antikompetittiv [33].

45. F'dan is-sens, il-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali" huwa intiż sabiex jistabbilixxi l-*grad ta' restrizzjonijiet kompetittivi* li jeżerċitaw l-impriżi li ma joperawx fuq l-istess swieq ta' prodotti jew ġeografiċi [34] u ma huwiex ikkunsidrat fil-qafas tad-definizzjoni ta' dawn is-swieq, inkwantu l-kundizzjonijiet li fihom huwa jista' effettivament jikkostitwixxi restrizzjoni kompetittiva jiddependu fuq l-analiżi ta' ċerti fatturi u ta' ċirkustanzi relatati mal-kundizzjonijiet ta' dħul fuq l-imsemmija swieq. L-analiżi tal-kompetizzjoni potenzjali għalhekk issir fi stadju ulterjuri, ġeneralment meta l-pożizzjoni ta' impriżi inkwistjoni fis-suq tkun diġà ġiet stabbilita [35]. F'din il-perspettiva, il-kompetizzjoni potenzjali timplika analiżi prospettiva, u dan jispjega għaliex hija rilevanti fil-qafas tal-applikazzjoni tal-Artikolu 102 TFUE [36] u tal-kontroll tal-konċentrazzjonijiet [37].

b) Fuq l-evalwazzjoni tal-"kompetizzjoni potenzjali"

46. Fil-qafas tal-applikazzjoni tal-Artikolu 101 TFUE, tista' ssir distinzjoni bejn żewġ sitwazzjonijiet: i) il-każijiet fejn l-impriżi jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fuq l-istess swieq ta' prodotti ġeografiċi distinti u ii) il-każijiet fejn huma preżenti fuq swieq ta' prodotti differenti.

47. Minn naħa, *fir-rigward tal-kompetizzjoni potenzjali bejn impriżi li jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fuq l-istess swieq ta' prodotti ġeografikament distinti*, il-qorti tal-Unjoni spiss kellha tanalizza l-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali fil-qafas ta' ftehimiet konklużi bejn impriżi attivi fuq l-istess suq ta' prodotti, iżda fuq swieq ġeografikament distinti [38]. Dawn il-kawżi,

32 Ara l-konklużjonijiet fil-kawża Generics (UK), punt 58 u l-ġurisprudenza ċċitata.

33 Dan jispjega għalfejn l-argument sostnut mill-Kummissjoni fl-osservazzjonijiet tagħha, ispirat mis-sentenza tal-Qorti Ġenerali tat-12 ta' Diċembru 2018, Servier *et* vs Il-Kummissjoni (T-691/14, iktar 'il quddiem is-"sentenza Servier tal-Qorti Ġenerali", EU:T:2018:922, punti 318 sa 320), li l-punt tat-tluq li minnu l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali hija ammessa jvarja skont in-natura dannuża tal-ftehim huwa, fl-opinjoni tiegħi, metodoloġikament żbaljat.

34 Ara l-Komunikazzjoni tal-Kummissjoni dwar id-definizzjoni tas-suq rilevanti għall-għanijiet tal-liġi dwar il-kompetizzjoni tal-Komunità (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 1, p. 155), punt 13, filwaqt li s-sorsi l-oħra ta' restrizzjonijiet kompetittivi huma i) is-sostitwibbiltà min-naħa tat-talba u ii) is-sostitwibbiltà fil-livell tal-offerta.

35 Il-Komunikazzjoni tal-Kummissjoni dwar id-definizzjoni tas-suq rilevanti għall-għanijiet tal-liġi dwar il-kompetizzjoni tal-Komunità, punt 24 u s-sentenza tat-30 ta' Settembru 2003, Atlantic Container Line *et* vs Il-Kummissjoni (T-191/98 u T-212/98 sa T-214/98, EU:T:2003:245, punt 834).

36 Ara l-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża Servizio Elettrico Nazionale *et* (C-377/20, EU:C:2021:998, punt 110).

37 In-natura prospettiva ta' dan il-kunċett hija tali li din hija rilevanti ferm fil-kuntest tal-kontroll ta' konċentrazzjonijiet bejn impriżi (ara l-Artikolu 2(1)(a) tar-Regolament tal-Kunsill (KE) Nru 139/2004 tal-20 ta' Jannar 2004 dwar il-kontroll ta' konċentrazzjonijiet bejn impriżi (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 3, p. 40), u l-Anness I tar-Regolament tal-Kummissjoni (KE) Nru 802/2004 tas-7 ta' April 2004 li jimplementa r-Regolament tal-Kunsill (KE) Nru 139/2004 (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 3, p. 88, kif emendat, b'mod partikolari mir-Regolament ta' Implimentazzjoni tal-Kummissjoni Nru 1269/2013 tal-5 ta' Diċembru 2013), jiġifieri l-"Formula KO" relatata man-notifika ta' konċentrazzjoni, li tipprevedi fil-punt 6.4, fir-rigward tal-analiżi tas-"swieq oħrajn li fihom l-operazzjoni notifikata jista' jkollha impatt sinifikanti", li "parti tista tkun meqjusa bħala *kompetitur potenzjali*, partikolarment, meta jkollha pjanijiet li tidħol f'suq, jew li tkun żviluppat jew segwiet tali pjanijiet matul l-aħħar tlett snin"). Ara wkoll, il-punti 58 sa 60 tal-Linji Gwida fuq l-istima jew kalkolu ta' l-għaqdiet orizzontali taħt ir-Regolament tal-Kunsill dwar il-kontroll tal-konċentrazzjonijiet bejn l-intrapriżi (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 8, Vol. 3, p. 10).

38 Ara s-sentenzi tal-25 ta' Jannar 2007, Salzgitter Mannesmann vs Il-Kummissjoni (C-411/04 P, EU:C:2007:54); tal-20 ta' Jannar 2016, Toshiba Corporation vs Il-Kummissjoni (C-373/14 P, iktar 'il quddiem is-"sentenza Toshiba", EU:C:2016:26); tal-15 ta' Settembru 1998, European Night Services *et* vs Il-Kummissjoni (T-374/94, T-375/94, T-384/94 u T-388/94, iktar 'il quddiem is-"sentenza ENS" EU:T:1998:198); tat-8 ta' Lulju 2004, Mannesmannröhren-Werke vs Il-Kummissjoni (T-44/00, EU:T:2004:218); tal-14 ta' April 2011, Visa Europe u Visa International Servicevs Il-Kummissjoni (T-461/07, iktar 'il quddiem is-"sentenza Visa Europe", EU:T:2011:181); tad-29 ta' Ġunju 2012, E.ON Ruhrgas u E.ON vs Il-Kummissjoni (T-360/09, iktar 'il quddiem is-"sentenza E.ON Ruhrgas", EU:T:2012:332); tal-21 ta' Mejju 2014, Toshiba vs Il-Kummissjoni (T-519/09, mhux ippubblikata, iktar 'il quddiem is-"sentenza Toshiba tal-Qorti Ġenerali", EU:T:2014:263); u tat-28 ta' Ġunju 2016, Portugal Telecom vs Il-Kummissjoni (T-208/13, iktar 'il quddiem is-"sentenza Portugal Telecom", EU:T:2016:368).

li essenzjalment ġew ittrattati bħala ftehimiet ta' qsim ta' swieq ġeografiċi li b'mod ċar għandhom għan antikompetittiv, ippermettew lill-qrati tal-Unjoni jistabbilixxu l-limitu li minnu l-eżistenza ta' restrizzjoni għal kompetizzjoni potenzjali setgħet tkun ikkonstatata għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-Artikolu 101 TFUE. B'mod iktar preċiż, il-Qorti Ġenerali, fis-sentenza ENS, ispirata mis-sentenza Delimitis [39], għall-ewwel darba rreferiet għall-kriterju tal-eżistenza ta' *possibilitajiet reali u konkreti* ta' aċċess ta' impriża oħra fis-suq rilevanti sabiex tiġi evalwata l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali [40]. Minn dak iż-żmien, dan il-kriterju ġie ripetut ħafna drabi mill-qrati tal-Unjoni, meta ġew mitluba jistabbilixxu jekk ftehim setax jagħmel iktar diffiċli l-aċċess għas-suq ta' kompetituri potenzjali [41].

48. Din l-istess ġurisprudenza ppermettiet ukoll li jiġi kkonstatat li, sabiex tiġi vverifikata l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali, għandhom jiġu kkunsidrati l-kundizzjonijiet li fihom isseħħ il-kompetizzjoni fis-suq inkwistjoni u li, jekk il-possibbiltà li tidħol f'dan is-suq, ma kinitx reali jew kienet purament teoretika, ma għandhiex tkun ikkunsidrata [42]. Fi kliem ieħor, dan l-eżami għandu jsir fuq bażi oġġettiva ta' dawn il-possibilitajiet [43]. Din l-evalwazzjoni każ b'każ kellha bħala konsegwenza li l-qrati tal-Unjoni ntalbu janalizzaw ħafna indizji relatati mal-karatteristiċi partikolari tas-swieq ta' prodotti inkwistjoni u li jirrigwardaw b'mod partikolari l-faċilità ta' aċċess għalih, sabiex tiġi stabbilita l-plawżibbiltà ta' tali aċċess [44].

49. Min-naħa l-oħra, ***fir-rigward tal-kompetizzjoni potenzjali bejn impriżi li jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fuq swieq ta' prodotti differenti***, qabel xejn nirrileva li la l-qafas regolatorju u lanqas il-ġurisprudenza ma jirrikjedu li l-kompetizzjoni potenzjali għandha tkun bejn impriżi attivi fl-istess suq ta' prodotti [45]. L-uniċi punti ta' riferiment ġurisprudenzjali li jistgħu jkunu rilevanti f'dan ir-rigward huma s-sentenzi li rriżultaw minn kawżi relatati mal-ftehimiet "pay-for-delay" [46], inkwantu, fil-qafas ta' dawn il-ftehimiet, l-impriżi inkwistjoni ma eżerċitawx b'mod konkret l-attivitajiet tagħhom fuq l-istess suq ta' prodotti, peress li l-manifatturi ta' prodotti mediċinali ġeneriċi, fil-mument tal-konklużjoni tal-ftehimiet ikkontestati, ma kellhom l-ebda attività fis-suq tal-prodott mediċinali tal-verżjoni tal-bidu.

50. F'dan ir-rigward, ninnota li l-fatt li dawn is-sentenzi jikkostitwixxu l-uniku punt ta' riferiment ġurisprudenzjali huwa loġiku, sa fejn il-konfigurazzjoni ta' ftehim antikompetittiv bejn impriżi li ma jeżerċitawx l-attivitajiet tagħhom fl-istess swieq ta' prodotti hija rari u mhux faċli li tkun

39 Sentenza tat-28 ta' Frar 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, punti 21 u 22).

40 Sentenza ENS, punti 137 sa 142.

41 Ara n-nota ta' qiegħ il-paġna 38 ta' dawn il-konklużjonijiet u s-sentenzi tat-22 ta' Marzu 2011, Altstoff Recycling Austria vs Il-Kummissjoni (T-419/03, EU:T:2011:102, punt 65), u Visa Europe, punti 22 u 83.

42 Sentenza Visa Europe, punti 84 u 85.

43 Sentenza E.ON Ruhrgas, punt 105.

44 Bħala eżempju, ġew meqjusa bħala rilevanti: in-natura limitata tas-suq domestiku fuq mezz ta' trasport tal-ajru (sentenza tal-4 ta' Lulju 2006, easyJet vs Il-Kummissjoni (T-177/04, EU:T:2006:187, punt 118)); l-ostakoli għad-dħul tas-suq fir-rigward tal-monopolju storiku (sentenza E.ON Ruhrgas, punt 94); il-karatteristiċi partikolari tat-traffiku transatlantiku tat-trasport marittimu (sentenza tat-28 ta' Frar 2002, Atlantic Container Line *et* vs Il-Kummissjoni (T-395/94, EU:T:2002:49, punt 356)); l-aċċettazzjoni ta' proġetti ta' klijenti li jinsabu f'suq ieħor ġeografiku (sentenza Toshiba tal-Qorti Ġenerali, punt 232).

45 Ara, f'dan is-sens, il-punt 10 tal-Komunikazzjoni tal-Kummissjoni tal-14 ta' Jannar 2011, li fiha l-Linji Gwida dwar l-applikabbiltà tal-Artikolu 101 [TFUE] għall-akkordji dwar kooperazzjoni orizzontali (ĠU 2011, C 11, p. 1, iktar 'il quddiem il-"Linji Gwida dwar il-ftehimiet orizzontali ").

46 Jiġifieri, ftehimiet konklużi bejn, minn naħa, il-manifatturi ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu proprjetarji ta' privattivi ta' proċess ta' manifattura ta' sustanza attiva li daħlet fid-dominju pubbliku u, min-naħa l-oħra, manifatturi ta' prodotti mediċinali ġeneriċi, li permezz tagħhom dawn tal-aħħar obbligaw ruħhom li ma jidħlux (jew li jittardjaw id-dħul tagħhom) fuq is-suq ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu li fihom din is-sustanza attiva ġenerika inkambju għal ħlas li huma jirċievu mingħand il-manifattur ta' prodotti mediċinali bi privattiva.

ikkonċepita, b'mod partikolari, meta l-attivitajiet rispettivi tal-impriżi ma jseħħux fuq swieq konnessi (bħal swieq upstream jew downstream fil-katina ta' produzzjoni). Madankollu, tali konfigurazzjoni tista' tippreżenta ruħha, b'mod partikolari, meta suq huwa kontestabbli [47].

51. F'dan il-każ, huwa stabbilit li l-partijiet fil-ftehim inkwistjoni fil-kawża prinċipali ma kinux kompetituri fuq l-istess swieq ta' prodotti, irrispettivament minn jekk hux fil-Portugall jew x'imkien ieħor. F'dan is-sens, il-ġurisprudenza relatata mal-impriżi li jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fuq l-istess swieq ta' prodotti tista', qabel xejn, tidher inqas rilevanti, sa fejn huwa, bħala regola, iktar faċli li tiġi stabbilita relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali meta l-impriżi jkunu diġà preżenti fis-suq ta' prodotti, minkejja li f'żoni ġeografiċi differenti. Huwa essenzjalment abbażi ta' din il-kunsiderazzjoni li r-rikorrenti fil-kawża prinċipali jsostnu li, fil-preżenza ta' sitwazzjonijiet fejn l-impriżi ma humiex attivi fuq l-istess swieq ta' prodotti, il-livell ta' prova rikjest sabiex turi relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali għandu jiddependi fuq kriterji iktar stretti. Fin-nuqqas ta' riferimenti ġurisprudenzjali utli, il-ġurisprudenza reċenti li rriżultat minn sentenzi relatati mal-ftehimiet "pay-for-delay" issir għalhekk rilevanti.

52. Madankollu, jekk il-prova ta' possibilitajiet reali u konkreti ta' dħul fil-kuntest ta' impriżi li jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fi swieq ta' prodotti differenti hija oġġettivament iktar diffiċli li tiġi prodotta, kuntrarjament għal dak li jsostnu r-rikorrenti fil-kawża prinċipali, jiena ma naħsibx li, bis-sentenza Generics (UK), il-Qorti tal-Ġustizzja xtaqet twarrab il-ġurisprudenza preċedenti, billi tirrikjedi kriterji iktar ristretti jew billi tgħolli l-livell ta' prova rikjesta sabiex tiġi kkonstatata relazzjoni ta' kompetizzjoni.

53. Fil-fatt, minn naħa, fis-sentenza Generics (UK), il-Qorti tal-Ġustizzja, fl-ewwel lok, fakkret il-ġurisprudenza stabbilita relatata mal-kunċett ta' "kompetizzjoni potenzjali", filwaqt li kkonfermat li l-uniku kriterju rilevanti kien dak ta' "possibbiltajiet reali u konkreti li l-impriża li ma hijiex fis-suq rilevanti tidħol f'dan is-suq u tikkompeti mal-impriżi l-oħrajn" [48]. Għalhekk, il-punti 36 sa 39 tas-sentenza Generics (UK) sempliċement jirrepetu l-ġurisprudenza eżistenti [49]. Fil-qofol ta' dan il-kriterju tinsab, fl-opinjoni tiegħi, il-ħtieġa li ssir distinzjoni bejn il-"kompetizzjoni potenzjali" tas-"sempliċi spekulazzjoni" ta' eventwali aċċess għas-suq [50], u dan irrispettivament mill-fatt jekk impriża teżerċitax jew le l-attivitajiet tagħha fuq l-istess suq ta' prodotti. Dan il-kriterju għalhekk jeskludi li l-konstatazzjoni ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali tista' tirriżulta mis-sempliċi possibbiltà, purament ipotetika, ta' tali dħul [51]. Barra minn hekk, tali prova għandha tkun sostnuta minn fatti jew minn analiżi tal-istrutturi tas-suq rilevanti. Impriża ma għandhiex tkun ikklassifikata bħala kompetitur potenzjali jekk id-dħul fis-suq ma jikkorrispondix ma' strateġija ekonomika vijabbli [52].

47 Suq huwa meqjus bħala "kontestabbli" meta: i) ma hemmx barrieri għad-dħul jew għall-ħruġ; ii) l-impriżi kollha, kemm jekk huma preżenti jew li jistgħu potenzjalment jidħlu, għandhom aċċess għall-istess teknoloġija ta' produzzjoni; iii) hemm informazzjoni perfetta fuq il-prezzijiet, aċċessibbli għall-konsumaturi u l-impriżi kollha; iv) l-impriżi ġodda li jidħlu fis-suq jistgħu jidħlu u joħorġu qabel mal-impriżi diġà preżenti ma jkunu jistgħu jaġġustaw il-prezzijiet (ara "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", Organizzazzjoni għall-Kooperazzjoni u l-Iżvilupp Ekonomiċi (OECD, 1993, p. 29, disponibbli fuq l-indirizz elettroniku segwenti: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf.).

48 Ara l-punti 39 u 47 ta' dawn il-konklużjonijiet.

49 Ara wkoll, f'dan is-sens, is-sentenza tal-25 ta' Marzu 2021, Lundbeck vs Il-Kummissjoni (C-591/16 P, iktar 'il quddiem is-"sentenza Lundbeck", EU:C:2021:243, punt 54 u l-ġurisprudenza ċċitata).

50 Ara, f'dan is-sens, "Concept of potential competition", OECD Competition Committee Discussion Paper, OECD, 2021, p. 15; u Dunne, N., "Potential competition in EU law", ECLR 2021, 42,12, p. 639.

51 Sentenza Generics (UK), punt 38.

52 Sentenza tat-8 ta' Settembru 2016, Lundbeck vs Il-Kummissjoni (T-472/13, iktar 'il quddiem is-"sentenza Lundbeck tal-Qorti Ġenerali", EU:T:2016:449, punt 100 u l-ġurisprudenza ċċitata).

54. Min-naħa l-oħra, kien biss fit-tieni parti tal-analiżi fis-sentenza Generics (UK), waqt l-evalwazzjoni tal-kompetizzjoni potenzjali fir-rigward tal-istruttura tas-suq farmaċewtiku u tal-kuntest ekonomiku u legali li jirregola l-funzjonament tiegħu, li l-provi differenti, iċċitati fil-punt 40 ta' dawn il-konklużjonijiet, ġew analizzati mill-Qorti tal-Ġustizzja. Il-kliem tal-parti introduttiva tal-punt 43 ta' din is-sentenza ma setax ikun iktar ċar f'dan is-sens.

55. Minn dan isegwi li l-motivazzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja fis-sentenza Generics (UK) ma għandhiex tkun trasposta għall-każijiet kollha ta' kompetizzjoni potenzjali, b'tali mod dawn il-provi probatorji ma għandhomx jingħataw il-klassifikazzjoni ta' "kundizzjonijiet" li għandhom ikunu ssodisfatti sabiex ikun hemm relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali bejn impriżi li jeżerċitaw l-attivitajiet tagħhom fi swieq ta' prodotti distinti.

56. Madankollu, din il-konstatazzjoni ma tfissirx li l-provi ċċitati f'din is-sentenza u rrepetuti fis-sentenzi sussegwenti ma joffrux punti ta' riferiment utli fl-analiżi tal-każ inkwistjoni, li tista' tagħti spjegazzjonijiet sabiex jiggwidaw lill-qorti tar-rinviju fl-interpretazzjoni tagħha. Minkejja li jaqgħu fis-settur farmaċewtiku u jippreżentaw karatteristiċi partikolari uniċi mhux trasponibbli għall-każ inkwistjoni, dawn is-sentenzi jiġbru l-elementi probatorji differenti li jistgħu jikkaratterizzaw sitwazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali. Huwa fid-dawl ta' dawn il-kunsiderazzjonijiet li nipproponi li jiġu analizzati.

c) Fuq l-applikazzjoni fil-każ inkwistjoni ta' elementi li jistgħu jikkaratterizzaw sitwazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali

57. Infakkar li, it-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll), bħall-AdC, ikklassifikat il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni bħala ftehim ta' qsim tas-suq għall-provvista tal-elettriku fil-Portugall kontinentali, billi qieset li MCH kienet kompetitur potenzjali ta' EDP Comercial fuq dan is-suq. Sabiex tiġi kkonstatata l-eżistenza ta' din ir-relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali, hija bbażat ruħha fuq: i) il-kuntest li fih il-ftehim ta' sħubija kien konkluż, jiġifieri fil-fażi ta' liberalizzazzjoni tal-offerta fis-settur tal-enerġija; ii) il-fatt li l-partijiet kienu jikkunsidraw ruħhom reċiprokament bħala kompetituri potenzjali, u; iii) l-attivitajiet differenti tal-kumpanniji tal-grupp Sonae, jiġifieri: a) l-eżistenza ta' sħubija ma' Endesa; b) il-preżenza tal-grupp Sonae fis-suq upstream tal-produzzjoni ta' elettriku; u c) is-sħubija kummerċjali konkluża ma' GALP.

58. Ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali jargumentaw li MCH ma għandhiex tkun ikklassifikata bħala kompetitur potenzjali u li, fl-assenza ta' tali klassifikazzjoni, il-bażi stess tad-deċiżjoni kkontestata taqa'. B'mod iktar preċiż, huma jsostnu li l-elementi li kkunsidraw l-AdC u t-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll), u b'mod partikolari t-tliet ċirkustanzi fattwali ċċitati iktar qabel ma kinux rilevanti u ma għandhomx juru relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali.

59. F'dan ir-rigward, nirrileva li, peress li l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, min-natura tagħha u mill-għan tagħha, kienet suxxettibbli li żżomm b'mod temporanju barra mis-suq tal-provvista tal-elettriku lil MCH jew kwalunkwe impriża oħra fil-parti l-kbira tagħha miżmuma minn Sonae Investimentos, hemm lok li jiġi stabbilit jekk, fl-assenza ta' din il-klawżola, kinux jeżistu *possibbiltajiet reali u konkreti* li, tal-inqas, waħda minn dawn l-impriżi tidħol f'dan is-suq. L-evalwazzjoni tal-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali għandha għalhekk, minn naħa, tkun fir-rigward tal-istruttura tas-suq u tal-kuntest ekonomiku u ġuridiku li jirregola l-funzjonament tiegħu u, min-naħa l-oħra, sostnuta minn elementi fattwali.

60. Minn dan isegwi li l-punt ta' tluq tal-analiżi għandu neċessarjament ikun il-qafas regolatorju Portugiż applikabbli għall-kummerċjalizzazzjoni tal-enerġija elettrika u, b'mod partikolari, l-analiżi ta' barrieri għad-dħul ta' atturi ġodda. F'dan ir-rigward, mill-proċess tal-kawża jirriżulta li dan il-qafas regolatorju, sa mill-1995, jiffavorixxi sistema ta' kompetizzjoni ħielsa billi jissemplifika l-kundizzjonijiet ta' aċċess u ta' eżerċizzju ta' din l-attività, peress li din hija suġġetta biss għal sempliċi reġistrazzjoni u mhux liċenzja [53]. Madankollu, l-AdC irrikonoxxiet li l-ispejjeż ta' dħul jew ta' espansjoni jissussistu anki wara l-liberalizzazzjoni [54].

61. Minkejja l-importanza li għandha l-analiżi tal-qafas regolatorju, il-qorti tar-rinviju tidher pjuttost tistaqsi lill-Qorti tal-Ġustizzja dwar il-kriterji l-oħra meħuda inkunsiderazzjoni mill-AdC u mit-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll), billi tistaqsi, essenzjalment, jekk kull element fattwali li fuqhom hija bbażata l-analiżi, meħuda waħidhom, ikunx suffiċjenti sabiex jiġi konkluż li hemm kompetizzjoni potenzjali bejn il-partijiet għall-ftehim ta' sħubija.

62. F'dan ir-rigward, infakkar li l-evalwazzjoni tal-kompetizzjoni potenzjali hija bbażata fuq diversi provi li huma differenti skont is-suq inkwistjoni [55]. Barra minn hekk, dan l-approċċ kuntestwali huwa konformi mal-livell ta' prova rikjesta għall-konstatazzjoni ta' ksur skont l-Artikolu 101 TFUE [56]. B'hekk, minkejja li wħud mill-provi ma humiex, fihom infushom, sinjifikattivi, huma jistgħu jsaħħu lil xulxin. F'dan il-każ, huwa għalhekk importanti li jiġi stabbilit jekk il-provi, meħuda flimkien, jikkostitwixxux prova suffiċjenti tal-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali [57], evalwazzjoni li għandha ssir biss mill-qorti tar-rinviju [58].

1) Fuq ir-rilevanza tal-intenzjoni tal-impriża li tidħol fis-suq rilevanti (it-tielet domanda)

63. Fl-ewwel lok, fir-rigward tal-valur li għandu jingħata lill-intenzjoni ta' impriża li tidħol f'suq, minn ġurisprudenza stabbilita jirriżulta li għalkemm tali intenzjoni hija "eventwalment rilevanti" għall-finijiet tal-verifika dwar jekk impriża tistax tiġi kkunsidrata bħala kompetitur potenzjali, l-element essenzjali li fuqu għandha tistrieħ tali kwalifika huwa kkostitwit bil-kapaċità tagħha li tidħol fl-imsemmi suq [59]. Din il-klassifikazzjoni għandha għalhekk issir abbażi ta' evalwazzjoni oġġettiva, flimkien mal-kriterju tal-"kapaċità" ta' integrazzjoni. Prova ta' natura suġġettiva, bħall-intenzjoni, ma għandhiex għalhekk tikkostitwixxi element awtonomu, essenzjali jew indispensabbli sabiex tintwera l-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali [60]. Dan l-approċċ huwa koerenti mar-regola ġenerali li, minkejja li l-intenzjoni tal-partijiet ma tikkostitwixxix element neċessarju għad-determinazzjoni tan-natura restrittiva ta' ftehim, xejn ma jipprojbixxi milli tiġi kkunsidrata [61].

53 Ara l-fatt ipprovat nru 32 tad-deċiżjoni tar-rinviju.

54 Ara l-punt 686 tad-deċiżjoni kkontestata.

55 Ara l-punt 48 ta' dawn il-konklużjonijiet.

56 Ara s-sentenza Toshiba tal-Qorti Ġenerali, punt 93.

57 Ara, f'dan is-sens, is-sentenza E.ON Ruhrgas, punt 106.

58 Fir-rigward tan-natura fattwali ferm tad-domandi magħmula, nispjega li, fil-qafas tal-proċedura koperta bl-Artikolu 267 TFUE, ir-rwol tal-Qorti tal-Ġustizzja huwa limitat għall-interpretazzjoni tad-dispożizzjonijiet tad-dritt tal-Unjoni. Għalhekk, ma hijiex il-Qorti tal-Ġustizzja, iżda l-qorti tar-rinviju li għandha fl-aħħar mill-aħħar tevalwa jekk, fid-dawl tal-fatturi rilevanti kollha li jikkaratterizzaw is-sitwazzjoni fil-kawża prinċipali u tal-kuntest ekonomiku u ġuridiku li fih iddaħħal, il-ftehim inkwistjoni għandu bħala għan ir-restrizzjoni tal-kompetizzjoni (ara, f'dan is-sens, is-sentenza tat-18 ta' Novembru 2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, punti 51 u 52)).

59 Ara s-sentenzi Visa Europe, punt 168; E.ON Ruhrgas, punt 87; Portugal Telecom, punt 186; u Servier tal-Qorti Ġenerali, punt 318.

60 Ara s-sentenzi tad-29 ta' Ġunju 2012, GDF Suez vs Il-Kummissjoni (T-370/09, EU:T:2012:333, punt 84); Visa Europe, punt 169; u Lundbeck tal-Qorti Ġenerali, punt 102.

61 Ara s-sentenza tat-2 ta' April 2020, Budapest Bank *et* (C-228/18, EU:C:2020:265, punt 53 u l-ġurisprudenza ċċitata).

64. Madankollu, ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali jsostnu li, permezz tas-sentenza Generics (UK), id-"determinazzjoni soda" li tiddħol fis-suq ikkonċernat għandha, minn issa 'l quddiem, tikkostitwixxi waħda mill-kundizzjonijiet li għandhom jiġu ssodisfatti sabiex tiġi stabbilita l-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali.

65. Għar-raġunijiet li diġà ġew spjegati fil-punti 53 sa 55 ta' dawn il-konklużjonijiet, jiena ma nqisx li l-Qorti tal-Ġustizzja xtaqet timponi tali kundizzjoni jew, tal-inqas, tadatta l-kriterju relatat mal-intenzjoni ta' dħul fis-suq, billi tagħmlu iktar eżiġenti. Għall-kuntrarju, l-importanza mogħtija lill-intenzjoni tal-partijiet kienet, fl-opinjoni tiegħi, marbuta mill-qrib mal-karatteristiċi fattwali tal-kawżi inkwistjoni [62]. Fil-fatt, fis-sentenza Generics (UK), ir-"rieda", murija minn manifattur ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu li jipproċedi bi trasferimenti ta' valuri favur manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi inkambju għall-posponiment tad-dħul ta' dan tal-aħħar fis-suq ta' sustanza attiva li daħlet fid-dominju pubbliku, minkejja li tal-ewwel jilmenta ma' tat-tieni minħabba ksur tal-privattivi ta' proċess tiegħu, ġiet ittrattata bħala *indizju qawwi* tal-kundizzjoni ta' kompetizzjoni li jikkorrobora l-kapaċità stess tal-manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi li jaċċedi fl-imsemmi suq. Dan l-approċċ ġie kkonfermat fis-sentenza Lundbeck [63] u fis-sentenza Servier tal-Qorti Ġenerali [64].

66. Għalhekk, minkejja li, f'sitwazzjonijiet fejn impriżi ma humiex preżenti fl-istess swieq ta' prodotti, element fattwali li juri l-intenzjoni li jidħlu f'suq jista', ċertament, jikkorrobora l-kapaċità ta' tali aċċess, dan isir biss b'mod kumplimentari u ma huwiex indispensabbli sabiex juri relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali.

2) Fuq ir-rilevanza tal-passi preparatorji għal dħul fis-suq rilevanti (ir-raba' u s-sitt domanda)

67. Fit-tieni lok, fir-rigward tal-importanza li għandha tingħata għall-passi preparatorji li jippermettu li jkun hemm aċċess għal suq f'perijodu qasir ta' żmien, nikkonstata li, minkejja li dan l-element ġie analizzat fis-sentenza Generics (UK) [65], għar-raġunijiet li jirriżultaw mill-analiżi magħmula hawn fuq, ma għandux ikun kundizzjoni indispensabbli sabiex tiġi pprovata l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali.

68. Fil-fatt, l-għażla li jsir riferiment għax-xogħol ta' tħejjija fis-sentenza Generics (UK) kienet marbuta intrinsikament mal-karatteristiċi tas-settur farmaċewtiku, u b'mod partikolari mal-fatt li l-aċċess għas-suq ta' prodott mediċinali li jkun fih sustanza attiva li daħlet fid-dominju pubbliku kien suġġett għal restrizzjonijiet regolamentari u legali partikolari. Barra minn hekk, il-Qorti tal-Ġustizzja spjegat li dan ix-xogħol ta' tħejjija kien jippermetti li tiġi stabbilita, b'mod partikolari, il-*kapaċità stess* ta' manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi li jaċċedi għal dan is-suq [66].

62 Ara s-sentenza Generics (UK), punt 55.

63 Sentenza Lundbeck, punti 56, 57, u 117.

64 Sentenza Servier, punt 382.

65 Sentenza Generics (UK), punt 43.

66 Sentenza Generics (UK), punti 41 u 44. Ir-restrizzjonijiet regolamentari u ġuridiċi jikkonsistu: i) fl-awtorizzazzjonijiet meħtieġa għall-kummerċjalizzazzjoni ta' verżjoni ġenerika tal-prodott mediċinali kkonċernat (il-ħruġ ta' awtorizzazzjoni ta' tqegħid fis-suq mill-awtorità kompetenti nazzjonali); ii) fir-rekwiżiti ta' żamma ta' stokk suffiċjenti; u iii) fil-passi ġudizzjarji intiżi sabiex jikkontestaw privattivi ta' proċess li għandu manifattur ta' prodott mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu. Għal spjegazzjoni tal-istadji li għandhom jidħlu fis-seħħ sabiex tidħol f'dan is-suq, ara, ukoll, is-sentenza Servier, tal-Qorti Ġenerali, punt 337.

69. Minn dan isegwi li l-element ta' passi preparatorji ma għandux jikkostitwixxi rekwiżit awtonomu tal-prova ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali u għandu jiġi analizzat fil-konfront tal-element tal-kapaċità. Ir-rilevanza tiegħu tiddependi għalhekk mill-kuntest speċifiku tas-suq, peress li tali element għandu rilevanza limitata meta s-suq ikkonċernat huwa kontestabbli.

70. Hija għalhekk il-qorti tar-rinviju li għandha tevalwa r-rilevanza ta' tali provi billi teżamina, minn naħa, jekk id-dħul ta' impriża fis-suq tal-provvista ta' elettriku kienx suġġett għal restrizzjonijiet regolamentari jew speċifiċi għall-ftuħ tas-suq tal-elettriku u, min-naħa l-oħra, il-perijodu meħtieġ għall-ksib ta' eventwali awtorizzazzjonijiet li jagħtu dritt għall-provvista ta' elettriku. Tali evalwazzjoni għandha ssir fil-qafas tal-evalwazzjoni iktar wiesgħa tal-*kapaċità* ta' impriża li tidħol f'dan is-suq f'terminu adattat sabiex ikun hemm pressjoni kompetittiva. F'dan il-każ, it-terminu jikkorrispondi għal perijodu ta' żmien ta' sentejn wara l-konklużjoni tal-ftehim inkwistjoni (perijodu li jikkorrispondi għaż-żmien li damet fis-seħħ il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni)[67]. F'dan ir-rigward, kuntrarjament għas-settur tal-prodotti mediċinali, ma jidhirx li hemm restrizzjonijiet ta' natura amministrattiva li jistgħu jipprekludu attur ġdid milli jidħol fis-suq tal-provvista tal-elettriku fil-mument tal-aħħar stadju tal-liberalizzazzjoni ta' dan is-suq[68].

3) Fuq ir-rilevanza tal-perċezzjoni tal-impriża preżenti fis-suq rilevanti (id-disa' domanda)

71. Fit-tielet lok, fir-rigward tal-perċezzjoni tal-impriża preżenti fis-suq ikkonċernat, il-Qorti tal-Ġustizzja, fis-sentenza Generics (UK), setgħet tippreżumi tali perċezzjoni tal-manifattur ta' prodotti mediċinali ta' verżjonijiet tal-bidu mill-fatt li dan ipproċeda bi trasferimenti ta' valuri sinjifikattivi favur manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi, b'din l-azzjoni tiżvela r-riskju li kien jirrappreżenta għall-interessi kummerċjali tiegħu l-manifattur ta' prodotti mediċinali ġeneriċi[69]. L-istess bħall-elementi fattwali l-oħra, dan l-element ġie meqjus bħala rilevanti fir-rigward tal-karatteristiċi partikolari tas-suq inkwistjoni u ma għandux jikkostitwixxi rekwiżit probatorju sabiex tintwera relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali.

72. F'dan il-każ, mill-proċess tal-kawża ma jirriżultax b'mod ċar jekk it-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) ibbażatx ruħha fuq provi marbuta mal-eżistenza ta' (eventwali) perċezzjoni, inkwantu l-qorti tar-rinviju tispjega li t-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) ikkunsidrat, sabiex tiddeċiedi fl-ewwel istanza, il-fatt li l-"partijiet imsemmija *jikkunsidraw ruħhom reċiprokament bħala kompetituri potenzjali*"[70], mingħajr madankollu ma spjegat it-tip ta' prova li kellha għad-dispożizzjoni tagħha. Fl-assenza ta' tali provi, tqum il-kwistjoni dwar jekk l-eżistenza stess ta' klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni tistax tiżvela tali perċezzjoni, b'mod partikolari fil-kuntest ta' suq liberalizzat.

73. F'dan ir-rigward, mill-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja jirriżulta li l-konklużjoni ta' ftehim bejn impriżi li għandhom bħala għan li jżommu waħda minnhom barra minn ċertu suq tirrapreżenta "indizju qawwi" tal-eżistenza ta' relazzjoni kompetittiva[71]. Tali approċċ jidhirli li

67 Ara, b'analoġija, is-sentenza Servier tal-Qorti Ġenerali, punti 333 sa 336.

68 Ara, f'dan ir-rigward, punti 13 u 85 ta' dawn il-konklużjonijiet. Ara, ukoll, is-sentenza E.ON Ruhrgas, li fiha l-Qorti Ġenerali ma kkonstatatx passi preparatorji fil-qafas tal-evalwazzjoni tal-possibbiltajiet reali u konkreti ta' dħul fis-suq tal-provvista ta' gass naturali.

69 Sentenza Generics (UK), punti 56, 57 u 42 u l-konklużjonijiet fil-kawża Generics (UK), punti 60 u 86. Ara wkoll, f'dan is-sens, is-sentenza Lundbeck tal-Qorti Ġenerali, punt 104).

70 Ara t-talba għal deċiżjoni preliminari oriġinali, p. 244.

71 Ara, f'dan is-sens, sentenzi Toshiba, punti 33 u 34; Portugal Telecom, punt 180; tat-28 ta' Ġunju 2016, Telefónica vs Il-Kummissjoni (T-216/13, iktar 'il quddiem is-"sentenza Telefónica", EU:T:2016:369, punti 218 u 227); u Lundbeck tal-Qorti Ġenerali, punt 144.

huwa loġiku. Jekk il-partijiet fi ftehim ta' nuqqas ta' kompetizzjoni ma jikkunsidrawx lil xulxin bħala kompetituri potenzjali, bħala regola[72], ma kien ikollhom l-ebda raġuni għalfejn jikkonkludu tali ftehim. L-eżistenza ta' tali ftehim ma għandhiex sens ħlief jekk kien hemm kompetizzjoni li għandha tiġi limitata, peress li l-konklużjoni ta' tali ftehim tikkostitwixxi rikonoxximent tal-fatt li l-partijiet huma, tal-inqas, kompetituri potenzjali[73].

74. Madankollu, bħall-elementi l-oħra ċċitati, jekk l-eżistenza stess tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni tikkostitwixxi, tal-inqas, *indizju qawwi* tal-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali, tali relazzjoni għandha tkun ikkorroborata minn elementi oħra li jittrattaw ir-realtà tas-suq. Hija għalhekk il-qorti tar-rinviju li għandha teżamina, fid-dawl tar-raġunijiet invokati sabiex tiġi ġġustifikata l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, jekk din il-perċezzjoni tikkorroborax l-eżistenza ta' tali kompetizzjoni potenzjali.

4) Fuq ir-rilevanza tal-attivitajiet tal-kumpanniji tal-grupp Sonae fuq swieq ta' prodotti u ġeografiċi ġirien (ir-raba' domanda u s-seba' domanda)

75. Fir-raba' lok, fir-rigward tar-rilevanza tal-attivitajiet tal-kumpanniji tal-grupp Sonae fuq swieq ta' prodotti u ġeografiċi ġirien, għandha ssir distinzjoni bejn l-eżistenza tal-impriża komuni Sodesa u dik tal-produzzjoni ta' elettriku tal-impjant ta' koġenerazzjoni.

76. Minn naħa, fir-rigward tal-impriża komuni Sodesa *(ir-raba' domanda)*, huwa mfakkar li, fis-sentenza appellata, it-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) ikkunsidrat li l-grupp Sonae kien akkwista kompetenza fis-settur tal-provvista ta' elettriku, bis-saħħa tas-sħubija konkluża bejn impriża miżmuma minn Sonae Capital u Endesa, l-attur storiku fi Spanja fis-suq tal-produzzjoni u tal-provvista ta' elettriku[74]. Skont it-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll), din il-kompetenza akkwistata ffaċilitat id-dħul fuq dan is-suq u kienet għalhekk rilevanti fil-kuntest tal-evalwazzjoni tal-kompetizzjoni potenzjali. Barra minn hekk, ix-xoljiment ta' din is-sħubija iktar minn tliet snin qabel il-konklużjoni tal-ftehim ta' sħubija fil-kawża prinċipali ma jeskludix il-klassifikazzjoni ta' MCH bħala kompetitur potenzjali.

77. F'dan ir-rigward, nirrileva, l-ewwel, li l-fatt li Sodesa waqqfet l-attivitajiet tagħha fl-2008, tliet snin u nofs qabel l-iffirmar tal-ftehim ta' sħubija, ma jfissirx li l-AdC ma kellhiex tikkunsidra, bħala prova ta' kompetizzjoni potenzjali, il-fatt li l-grupp Sonae kien akkwista kompetenza fis-suq ikkonċernat u li, f'perijodu relattivament reċenti, kien diġà żviluppa attività ta' provvista ta' elettriku fil-Portugall. Kull element, anki jekk preċedenti għall-konklużjoni tal-ftehim ta' sħubija, jista' jkun rilevanti sabiex tkun iddeterminata kompetizzjoni potenzjali[75]. F'dan is-sens, tali kompetenza setgħet effettivament intużat sabiex, f'terminu qasir, jidħol fis-suq tal-provvista ta' elettriku, li kien jirrappreżenta restrizzjoni kompetittiva għal EDP Comercial.

78. Fit-tieni, fir-rigward tal-argument li Sonae SGPS, li kienet akkwistat kompetenza fis-settur tal-provvista ta' elettriku bis-saħħa tal-parteċipazzjoni tagħha (permezz ta' waħda mis-sussidjarji tagħha) f'Sodesa, ma kinitx parti fil-ftehim ta' sħubija u lanqas imsemmija fil-klawżola ta' nuqqas

[72] Ara, madankollu, il-punt 104 ta' dawn il-konklużjonijiet, fuq eventwali ġustifikazzjonijiet tal-klawżoli ta' nuqqas ta' kompetizzjoni.

[73] Ara, f'dan is-sens, sentenza Portugal Telecom, punti 178 sa 180.

[74] Din is-sħubija allegatament ħadet il-forma ta' impriża komuni, Sodesa, miżmuma 50 % minn kull kumpannija parteċipanti, u kellha bħala għan li tipprovdi elettriku fis-suq liberalizzat Portugiż. Il-parteċipazzjoni ta' Sonae Capital baqgħet mill-2002 sal-2008, data li fiha Sodesa waqqfet l-attività tagħha.

[75] Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi tal-Qorti Ġenerali Lundbeck, punt 138 u Servier, tal-Qorti Ġenerali, punt 385.

ta' kompetizzjoni, għandu jiġi rrilevat li, irrispettivament mid-domanda dwar jekk Sonae SGPS setgħetx tiġi kkunsidrata bħala li tifforma impriża waħda ma' MCH, fis-sens tad-dritt tal-kompetizzjoni, xejn ma jipprekludi milli jiġi kkunsidrat, bħala element ta' kuntest fattwali, il-fatt li uħud mill-kumpanniji tal-grupp Sonae kienu eżerċitaw l-attivitajiet tagħhom, permezz ta' Sodesa, fuq l-istess suq bħal EDP Comercial. F'dan is-sens, impriża attiva fis-settur tal-kummerċ tal-bejgħ tal-ikel bl-imnut li tifforma parti minn grupp li jopera wkoll fis-settur tal-enerġija tista' ċertament teżerċita pressjoni iktar sinjifikattiva minħabba d-dħul potenzjali tagħha fis-suq minn impriża li tifforma parti minn grupp ekonomiku li jopera esklużivament fis-settur tal-bejgħ tal-ikel bl-imnut. Madankollu, fil-kuntest ta' din l-istess analiżi, l-argumenti mressqa minn MCH dwar il-possibilitajiet reali ta' trażmissjoni tal-kompetenza minn Sonae Capital fi ħdan il-grupp u b'mod partikolari lil MCH wara x-xoljiment ta' Sodesa [76], jaqgħu f'evalwazzjoni ta' fatt, li, minkejja li huma deċiżivi fir-rigward tal-importanza li għandha tingħata lis-sħubija ma' Endesa, jaqgħu esklużivament fil-kompetenza tal-qorti tar-rinviju.

79. Min-naħa l-oħra, fir-rigward tal-impjant ta' koġenerazzjoni *(is-seba' domanda)*, mill-proċess tal-kawża jirriżulta li waħda mill-kumpanniji tal-grupp Sonae, jiġifieri, Sonae Capital SGPS, li ma hijiex koperta mill-kamp ta' applikazzjoni suġġettiv tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, kienet eżerċitat l-attivitajiet tagħha fil-produzzjoni ta' elettriku fil-Portugall, b'effett minn Settembru 2009, permezz tal-akkwist, b'mod partikolari, tal-kapital azzjonarju kollu ta' impriża li għandha u tiġġestixxi impjant ta' koġenerazzjoni b'turbini ta' gass naturali b'ċiklu kkumbinat fiż-żona ta' Paiã (Portugall).

80. Abbażi ta' dawn il-konstatazzjonijiet, huwa impossibbli li jiġi evalwat il-valur probatorju li għandu jingħata lil din il-prova. Sa fejn il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni ma tapplikax għal Sonae Capital u d-deċiżjoni kkontestata ma kinitx indirizzata lilha, hija l-qorti tar-rinviju li għandha tistabbilixxi r-rabtiet bejn l-attivitajiet ta' produzzjoni f'impjant ta' koġenerazzjoni u l-eventwali faċilitazzjoni tad-dħul ta' MCH fis-suq tal-provvista ta' enerġija [77].

5) Fuq ir-rilevanza tas-sħubija konkluża ma' GALP (is-sitt domanda)

81. Fil-ħ*ames lok, fuq ir-rilevanza tas-sħubija konkluża ma' GALP*, infakkar li bħal bażi oħra tal-eżistenza ta' relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali bejn ir-rikorrenti, is-sentenza tat-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) hija bbażata fuq il-fatt li, sa mill-2004, MCH u GALP, operatur preżenti fuq is-suq tal-provvista tal-elettriku fil-Portugall u fuq is-suq tal-provvista ta' fjuwils, żviluppaw sħubija li tagħti skontijiet lill-klijenti komuni għax-xiri ta' fjuwil tagħhom (fl-istazzjonijiet GALP) u ta' prodotti ta' konsum (fl-istabbilimenti ġestiti minn MCH) fil-forma ta' vouchers jew ta' kupuni (iktar 'il quddiem il-"programm viċe-versa").

82. F'dan ir-rigward, fid-dawl tal-analiżi preċedenti, inqis li, f'kuntest ta' liberalizzazzjoni ta' suq u peress li GALP kienet kompetitur dirett ta' EDP, ċertament l-AdC ma tistax tiġi kkritikata li analizzat is-sħubija konkluża MCH u GALP, minkejja l-fatt li din is-sħubija kienet ġiet konkluża iktar minn seba' snin qabel il-ftehim, sa fejn kienet għadha fis-seħħ fil-mument tal-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali. Madankollu, mingħajr preġudizzju għall-evalwazzjoni tal-valur probatorju li għandu jingħata lil din is-sħubija, nirrileva li, il-programm viċe-versa li

[76] MCH issostni li, wara x-xoljiment ta' Sodesa, l-uffiċjali li pparteċipaw f'din is-sħubija ma baqgħux jaħdmu għall-grupp Sonae.

[77] Ara, f'dan ir-rigward, l-analiżi fil-punt 85 ta' dawn il-konklużjonijiet.

jittratta esklużivament id-distribuzzjoni bl-imnut ta' fjuwil għall-vetturi, jidher inqas plawżibbli li dan direttament ħoloq vantaġġi li setgħu jiffaċilitaw id-dħul ta' MCH fis-suq tal-provvista tal-enerġija elettrika.

6) Fuq ir- rilevanza tal-attivitajiet tal-impriżi fis-suq upstream tal-produzzjoni ta' elettriku (il-ħames u s-seba' domanda)

83. Fis-sitt u l-aħħar lok, fir-rigward tar-rilevanza tal-attivitajiet tal-partijiet fis-suq tal-produzzjoni ta' elettriku, mis-sentenza appellata jirriżulta li MCH u kumpanniji oħra miżmuma minn Sonae Investimentos, kollha marbuta bil-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, eżerċitaw l-attivitajiet tagħhom, mill-2009 'il quddiem, fis-suq tal-produzzjoni ta' elettriku permezz ta' installazzjonijiet ta' mikro u ta' mini-ġenerazzjoni permezz ta' pannelli fotovoltajiċi fuq is-soqfa tal-istabbilimenti ta' bejgħ bl-imnut ġestiti minn dawn il-kumpanniji. Din il-preżenza fis-suq upstream tal-produzzjoni tal-elettriku wasslet lit-Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (il-Qorti tal-Kompetizzjoni, tar-Regolazzjoni u tal-Kontroll) sabiex tikkonkludi favur l-eżistenza ta' kompetizzjoni potenzjali bejn MCH u EDP Comercial fuq is-suq tal-provvista tal-elettriku.

84. F'dan ir-rigward, għandu jiġi rrilevat li s-swieq tal-produzzjoni tal-elettriku u tal-provvista tal-elettriku għall-klijenti finali huma swieq distinti. Madankollu, għandu jiġi nnotat, kif irrilevat il-Kummissjoni, li l-impriżi upstream (jew downstream) fil-katina ta' produzzjoni huma spiss operaturi potenzjali f'pożizzjoni tajba sabiex jidħlu f'suq ġdid, inkluż is-settur tal-elettriku u tal-gass, b'mod partikolari meta jkun hemm integrazzjoni vertikali bejn dawn is-swieq. Għalhekk, l-AdC ma għandhiex tkun ikkritikata talli ħadet inkunsiderazzjoni anki dan il-fatt.

85. Fir-rigward tal-importanza li għandha tingħata lill-fatt li MCH tipproduċi l-elettriku permezz ta' installazzjonijiet li jinsabu fuq is-soqfa tal-istabbilimenti tagħha fil-qafas ta' sistema speċjali, li permezz tagħha l-enerġija prodotta hija kkonsenjata, bi prezzijiet irregolati lill-fornitur tal-aħħar istanza, din hija kkundizzjonata b'evalwazzjoni purament fattwali li dwarha l-Qorti tal-Ġustizzja ma għandhiex tiddeċiedi. Għalhekk hija l-qorti tar-rinviju li għandha tivverifika jekk tali installazzjonijiet setgħux jagħtu vantaġġi reali u konkreti lil MCH, fid-dawl ta' eventwali integrazzjoni fis-suq tal-provvista tal-enerġija. Madankollu, inqis li tali ċirkostanza ftit tista', fiha nnifisha, tagħmel lil MCH, jew lil kwalunkwe impriża oħra msieħba fil-parti l-kbira tagħhom ma' Sonae Investimentos, operaturi f'pożizzjoni b'mod partikolari tajba fis-suq downstream tal-provvista ta' elettriku, fid-dawl, minn naħa, tal-assenza ta' rabtiet legali, tekniċi u ekonomiċi bejn l-attività ta' ġenerazzjoni taħt is-sistema speċjali ċċitata iktar 'il fuq u l-attività ta' provvista ta' elettriku u, min-naħa l-oħra, tal-volum limitat ferm ta' enerġija prodotta, peress li din il-produzzjoni tkopri prinċipalment il-profittabbiltà ta' attiv eżistenti iktar milli r-realizzazzjoni ta' profitti.

2. Fuq il-klassifikazzjoni legali tal-ftehim ta' sħubija bħala "ftehim vertikali"

86. Permezz tal-ħdax-il domanda preliminari tagħha, il-qorti tar-rinviju, tistaqsi, essenzjalment, jekk ftehim ta' sħubija, bħal dak inkwistjoni fil-kawża prinċipali, jaqax fil-kunċett ta' "kuntratt ta' aġenzija" jew, tal-inqas, u, fil-kunċett ta' "ftehim vertikali", fis-sens tal-Artikolu 1(1)(a) tar-Regolament Nru 330/2010.

87. Id-dubji tal-qorti tar-rinviju ġejjin, essenzjalment, minn waħda mil-linji ta' argumenti tar-rikorrenti fil-kawża prinċipali, li l-ftehim ta' sħubija inkwistjoni kien jikkonsisti fit-tqegħid għad-dispożizzjoni tan-networks ta' bejgħ tagħhom, tal-forzi tal-bejgħ tagħhom u l-kompetenzi rispettivi tagħhom sabiex jattiraw, jirbħu u jkabbru l-klijentela u n-negozju tal-parti l-oħra, karatteristiċi li jaqgħu fil-kunċett ta' "ftehim vertikali" u, b'mod iktar speċifiku, ta' "kuntratt ta' aġenzija". Dawn il-klassifikazzjonijiet legali huma rilevanti għall-evalwazzjoni tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni sa fejn ir-riskju kummerċjali u s-salvagwardja ta' investimenti mwettqa mill-partijiet setgħu jservu sabiex jikkuntestwalizzaw u jiġġustifikaw l-inklużjoni tagħha [78].

88. Qabel ma neżamina jekk il-ftehim inkwistjoni fil-kawża prinċipali jistax jiġi kklassifikat bħala "kuntratt ta' aġenzija" (Taqsima b) jew, tal-inqas, bħala "ftehim vertikali" (Taqsima c), inqis utli li nfakkar fil-qosor il-kamp ta' applikazzjoni tal-Artikolu 101 TFUE għall-ftehimiet vertikali (Taqsima d).

a) Fuq l-applikabbiltà tal-Artikolu 101 TFUE għall-ftehimiet vertikali

89. L-Artikolu 101 TFUE japplika għall-ftehimiet vertikali li jistgħu jolqtu l-kummerċ bejn l-Istati Membri u li joħolqu distorsjoni tal-kompetizzjoni (iktar 'il quddiem ir-"restrizzjonijiet vertikali"). Huwa għalhekk jagħti qafas legali sabiex jiġu evalwati restrizzjonijiet vertikali li jikkunsidra d-distinzjoni bejn l-effetti antikompetittivi u l-effetti favur il-kompetizzjoni. L-Artikolu 101(1) TFUE jipprojbixxi l-ftehimiet li jirrestriġu b'mod sinjifikattiv il-kompetizzjoni, filwaqt li l-Artikolu 101(3) TFUE jistipula eżenzjoni għall-ftehimiet li jipproduċi benefiċċji suffiċjenti sabiex jikkumpensaw l-effetti antikompetittivi tagħhom [79]

90. Fil-kuntest tal-applikazzjoni ta' din l-aħħar dispożizzjoni, il-Kummissjoni ddefinixxiet, permezz ta' regolament, kategoriji ta' ftehimiet vertikali kkunsidrati bħala li normalment jissodisfaw l-kundizzjonijiet previsti fl-Artikolu 101(3) TFUE, bħal, b'mod partikolari, il-ftehimiet vertikali għax-xiri jew il-bejgħ ta' oġġetti jew servizzi meta dawn il-ftehimiet jiġu konklużi bejn impriżi li ma jikkompetux bejniethom [80]. Ċerti tipi ta' ftehimiet vertikali li huma kkunsidrati bħala li jistgħu jtejbu l-effiċjenza ekonomika fi ħdan katina ta' produzzjoni jew ta' distribuzzjoni permezz, b'mod partikolari, ta' tnaqqis fl-ispejjeż ta' tranżazzjoni u ta' distribuzzjoni jaqgħu f'dawn il-kategoriji [81]. Il-probabbiltà li tali titjib fl-effiċjenzja jkun akbar mill-eventwali effetti antikompetittivi tiddependi, b'mod partikolari, fuq il-poter tas-suq tal-partijiet għall-ftehim u, għalhekk, mill-grad ta' kompetizzjoni li dawn jaffaċċjaw min-naħa ta' fornituri oħra [82]. Huwa għal din ir-raġuni li r-regolament ta' eżenzjoni joħloq preżunzjoni li meta s-sehem mis-suq ta' kull waħda mill-impriżi li jkunu partijiet fil-ftehim għandha fis-suq inkwistjoni ma jkunx jaqbeż it-30 %, il-ftehimiet vertikali li ma jkunux jinkludu restrizzjonijiet severi tal-kompetizzjoni ġeneralment ikollhom l-effett li jtejbu l-produzzjoni jew id-distribuzzjoni u jirriżervaw għall-konsumaturi sehem ġust tal-benefiċċji li jirriżultaw minnhom.

78 Tali klawżoli huma previsti, b'mod partikolari, fid-Direttiva tal-Kunsill 86/653/KEE tat-18 ta' Diċembru 1986 dwar il-koordinazzjoni tal-liġijiet ta' l-Istati Membru li jirrigwardaw aġenti kummerċjali li jaħdmu għal rashom (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 6, Vol. 1, p. 177), fl-Artikolu 7(2) u fl-Artikolu 20.

79 Ara l-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali (ĠU 2010, C 130, p. 1, iktar 'il quddiem il-"Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali", punti 5 sa 7.

80 Ara r-Regolament Nru 330/2010, premessi 3 sa 5.

81 Ara r-Regolament Nru 330/2010, premessa 6.

82 Ara r-Regolament Nru 330/2010, premessa 7.

b) Fuq il-klassifikazzjoni ta' "kuntratt ta' aġenzija"

91. "Kuntratt ta' aġenzija" huwa tip speċifiku ta' ftehim vertikali li ġeneralment ma jaqax taħt il-projbizzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE [83]. Dan il-kuntratt huwa ddefinit bħala kuntratt konklużbejn impriża (il-prinċipali) u aġent, jiġifieri, "persuna ġuridika jew fiżika li tingħata l-awtorità li tinnegozja u/jew tikkonkludi kuntratti f'isem persuna oħra (il-prinċipal), jew f'isem l-aġent stess jew f'isem il-prinċipal […] għax-xiri ta' oġġetti jew servizzi mill-prinċipal, jew […] għall-bejgħ ta' oġġetti jew servizzi fornuti mill-prinċipal" [84]. Għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE, il-ftehim jiġi kkunsidrat bħala "kuntratt ta' aġenzija" jekk l-aġent ma jieħu l-ebda riskju jew jieħu biss ftit li xejn, fir-rigward tal-kuntratti li huwa jikkonkludi u/jew jinnegozja għan-nom tal-prinċipal [85]. Fil-qafas ta' tali kuntratti, il-funzjoni ta' bejgħ jew ta' xiri tal-aġent tagħmel parti integrali mill-attivitajiet tal-prinċipal, li jassumi r-riskji kummerċjali u finanzjarji, u dan jimplika li l-ebda obbligu impost fuq l-aġent fir-rigward tal-kuntratti li huwa kkonkluda għan-nom tal-prinċipal ma jaqa' taħt l-Artikolu 101(1) TFUE [86].

92. F'dan il-każ, ir-rikorrenti fil-kawża prinċipali jsostnu li l-ftehim ta' sħubija kellu jiġi kkunsidrat bħala "żewġ kuntratti ta' aġenzija reċiproċi" jew "kuntratt ta' aġenzija bilaterali", inkwantu kull parti kontraenti kienet tippromwovi l-bejgħ tal-parti l-oħra [87].

93. Jiena ma nistax naqbel ma din il-klassifikazzjoni.

94. Qabel xejn, minkejja li huwa stabbilit, fid-dawl tal-klawżola 2.1 tal-ftehim ta' sħubija, li din kienet intiża sabiex tippromwovi l-attivitajiet ta' provvista ta' elettriku minn EDP Comercial u ta' distribuzzjoni bl-imnut minn MCH [88], mill-kontenut ta' dan il-ftehim ma jirriżultax li l-partijiet kontraenti riedu jbiegħu mill-ġdid il-prodotti tal-parti l-oħra bħala distributuri indipendenti, b'mod li jkollhom jinnegozjaw jew jikkonkludu l-kuntratti bħala aġenti għan-nom tal-parti l-oħra [89].

95. Sussegwentement, kif jirriżulta mil-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, il-fattur determinanti għad-definizzjoni ta' kuntratt ta' aġenzija għall-finijiet tal-applikazzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE huwa r-riskju kummerċjali jew finanzjarju li jġorr l-aġent fir-rigward tal-attivitajiet li għalihom il-prinċipal innominah [90]. Mid-deċiżjoni tar-rinviju jirriżulta li, minkejja li l-ispejjeż tal-implimentazzjoni tas-sħubija (marbuta mat-tnaqqis ta' prezzijiet, mal-pubbliċità, mal-marketing u mal-komunikazzjoni) ġew sostnuti f'partijiet ugwali mill-partijiet fil-ftehim ta' sħubija, dan ma kienx il-każ fir-rigward tal-ammont tal-iskontijiet [91].

83 Ara l-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, punti 12 sa 21.

84 Ara l-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, punt 12.

85 Ara l-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, punti 15 u 18

86 Ara l-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, punt 18. Tali obbligi inklużi f'kuntratt ta' aġenzija li jistabbilixxu l-istrateġija kummerċjali tal-prinċipal huma dawk li jimponu restrizzjonijiet fuq it-territorju li fih jew fuq il-klijenti li lilhom l-aġent jista' jbiegħ il-prodotti jew is-servizzi tal-prinċipal, kif ukoll il-prezzijiet u kundizzjonijiet li bihom jista' jagħmel dan.

87 B'mod iktar partikolari, huma jsostnu li dan il-ftehim kien jissodisfa l-elementi kollha li jikkaratterizzaw kuntratt ta' aġenzija, b'mod partikolari: i) l-obbligu reċiproku li jippromwovu l-kuntratti għan-nom tal-oħrajn; ii) l-awtonomija tagħhom; u iii) in-natura oneruża tal-ftehim ta' sħubija, li kien jikkorrispondi mal-kumpens tal-aġent li kien jikkonsisti fir-remunerazzjoni li magħha l-parti l-oħra kienet marbuta.

88 Ara l-punt 7 ta' dawn il-konklużjonijiet.

89 Minkejja li l-isem mogħti lil ftehim ma huwiex determinanti sabiex tiġi stabbilita n-natura tiegħu, xorta jibqa' l-fatt li r-rikorrenti kklassifikaw il-ftehim tagħhom mhux bħala "kuntratt ta' aġenzija" jew ta' "distribuzzjoni", iżda bħala ftehim ta' "sħubija".

90 Ara l-punt 91 ta' dawn il-konklużjonijiet.

91 Ara l-punt 11 ta' dawn il-konklużjonijiet.

96. Finalment, anki jekk jiġi preżunt li l-ispejjeż tal-implimentazzjoni tas-sħubija kienu jikkostitwixxu l-"kontroparti" tas-servizzi ta' aġenzija, għandu jiġi kkonstatat li l-partijiet jidhru li għamlu kampanja ta' promozzjoni li tirrigwarda l-prodotti rispettivi tagħhom, u mhux il-prodotti individwali ta' kull parti. Fil-fatt, mill-kliem tal-ftehim ta' sħubija jirriżulta b'mod ċar li MCH ma bbenefikatx mill-promozzjoni tal-kuntratti ta' provvista ta' elettriku ta' EDP Comercial jekk il-klijenti tagħha ma kinux imsieħba fl-istess ħin fil-programm ta' lealtà ta' MCH. Bl-istess mod, EDP Comercial ma kinitx tikkonvinċi lill-klijenti jabbonaw għall-programm ta' lealtà ta' MCH jekk ma jkunux ikkonkludew fl-istess ħin kuntratt ta' provvista ta' elettriku. Għalhekk l-azzjoni ta' kull waħda miż-żewġ impriżi ma għandhomx jiġu ttrattati bħala azzjonijiet awtonomi ta' promozzjoni tal-prodotti tal-oħra.

c) Fuq il-klassifikazzjoni ta' "ftehim vertikali"

97. Fir-rigward tal-klassifikazzjoni tal-ftehim ta' sħubija bħala "ftehim vertikali" b'tali mod li jista' jiġi applikat ir-Regolament ta' eżenzjoni skont il-kategorija, għandu jitfakkar li l-Artikolu 1(1)(a) tar-Regolament Nru 330/2010 jiddefinixxi "ftehim vertikali" bħala "akkordju jew prattika miftiehma konkluż bejn żewġ impriżi jew aktar li kull waħda minnhom topera, *għall-iskopijiet tal-akkordju jew tal-prattika miftiehma*, f'livell differenti tal-katina ta' produzzjoni jew ta' distribuzzjoni, u li jirrigwarda l-kondizzjonijiet li taħthom il-partijiet jistgħu jixtru, ibiegħu jew ibiegħu mill-ġdid ċerti oġġetti jew servizzi"[92]. L-evalwazzjoni tan-natura vertikali ta' ftehim għalhekk issir fir-rigward "tal-finijiet tal-ftehim". Ftehim vertikali jista' għalhekk isir bejn kompetituri jekk, għall-finijiet tal-ftehim, il-partijiet joperaw f'livelli differenti tal-katina ta' produzzjoni/distribuzzjoni. Għalhekk, il-kwistjoni dwar jekk il-ftehim ta' sħubija jikkostitwixxix ftehim vertikali għandha tiġi evalwata indipendentement mill-kompetizzjoni potenzjali kkonstatata.

98. F'dan il-każ, u minkejja l-analiżi segwenti, nixtieq qabel xejn nenfasizza li l-importanza tal-klassifikazzjoni legali tal-ftehim ta' sħubija bħala "ftehim vertikali" għandha titqiegħed f'perspettiva, sa fejn l-evalwazzjoni tan-natura antikompetittiva tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni għandha ssir b'mod indipendenti, u b'mod iktar preċiż, skont in-natura anċillari tagħha[93]. Fil-fatt, dak li joħloq problema fil-kawża prinċipali, ma huwiex il-ftehim ta' sħubija bħala tali, iżda l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni[94]. Niddubita għalhekk li l-fatt li l-ftehim ta' sħubija seta' jkun ikklassifikat bħala "ftehim vertikali" għandu xi rilevanza fuq l-evalwazzjoni tan-natura antikompetittiva ta' din il-klawżola.

99. Wara dawn ir-rimarki, nirrileva li, għar-raġunijiet imsemmija fil-punti 94 sa 96 ta' dawn il-konklużjonijiet, jirriżulta li l-għan prinċipali tas-sħubija kienet iż-żieda tal-bejgħ tal-prodotti taż-żewġ partijiet, u mhux ir-rieda li jaġixxu bħala distributuri indipendenti tal-prodotti tal-ieħor. Il-partijiet għalhekk nedew kampanja ta' promozzjoni komuni, fir-rigward tal-prodotti rispettivi tagħhom, u mhux fuq il-prodotti individwali ta' kull parti. Mingħajr preġudizzju għall-evalwazzjoni tal-qorti tar-rinviju, l-elementi fattwali pprovduti mill-qorti tar-rinviju jwasslu

92 Ninnota li din id-definizzjoni nżammet fl-Artikolu 1(1) tar-Regolament tal-Kummissjoni (UE) 2022/720 tal-10 ta' Mejju 2022 dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 101(3) [TFUE] għal kategoriji ta' akkordji vertikali u prattiċi miftiehma (ĠU 2022, L 134, p. 4), li daħal fis-seħħ fl-1 ta' Ġunju 2022 u ssostitwixxa r-Regolament Nru 330/2010. Ara, ukoll, il-Linji Gwida dwar Restrizzjonijiet Vertikali, punti 24 sa 26.

93 Dan il-punt huwa s-suġġett tal-analiżi tat-Taqsima III.B.3 ta' dawn il-konklużjonijiet.

94 Barra minn hekk, il-fatt li ftehim jikkostitwixxi ftehim vertikali ma jeskludix il-possibbiltà li dan jinkludi restrizzjoni tal-kompetizzjoni "minħabba l-għan". Jekk il-ftehimiet vertikali huma, min-natura tagħhom, ħafna drabi inqas ta' ħsara għall-kompetizzjoni mill-ftehimiet orizzontali, madankollu, huma jistgħu, f'ċerti ċirkustanzi, ikollhom ukoll potenzjal restrittiv partikolarment għoli (ara, f'dan is-sens, is-sentenzi tal-14 ta' Marzu 2013, Allianz Hungária Biztosító *et* (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 43), u tas-26 ta' Novembru 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, punt 21)).

għall-idea li dan il-ftehim jippreżenta similaritajiet ma' "ftehim ta' kummerċjalizzazzjoni", fis-sens tal-Linji Gwida dwar il-Ftehimiet ta' Kooperazzjoni Orizzontali [95], konkluż sabiex ikun hemm kampanja pubbliċitarja komuni għall-prodotti rispettivi tal-partijiet. Madankollu, hija l-qorti tar-rinviju li għandha tistabbilixxi, abbażi ta' eventwali definizzjoni tas-swieq rilevanti, jekk tali ftehim jinvolvix kooperazzjoni fis-settur tal-bejgħ, peress li l-partijiet jaġixxu, għall-finijiet tal-ftehim ta' sħubija, fl-istess livell tal-katina ekonomika.

3. Fuq in-natura anċillari tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni

100. Permezz tal-għaxar domanda preliminari tagħha, il-qorti tar-rinviju tistaqsi, essenzjalment, jekk klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, bħal dik inkluża fil-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali, tistax tkun ikkunsidrata bħala restrizzjoni anċillari għat-tranżazzjoni prinċipali ta' dan il-ftehim fir-rigward, b'mod partikolari, tal-portata tagħha *rationae temporis*, ġeografika u suġġettiva [96].

a) Fuq il-qafas ta' evalwazzjoni tar-"restrizzjonijiet anċillari" tal-ftehimiet kummerċjali

101. Qabel xejn, għandu jitfakkar li hija kklassifikata bħala "restrizzjoni anċillari" kwalunkwe restrizzjoni għall-kompetizzjoni li hija *direttament marbuta* u *neċessarja* għat-twettiq ta' tranżazzjoni prinċipali li hija stess ma għandhiex natura antikompetittiva [97]. It-teorija ta' restrizzjonijiet anċillari, inizjalment żviluppata fil-qafas ta' ftehimiet purament kummerċjali, iżda estiża fis-settur regolamentari [98], tippermetti għalhekk li jiġu evalwati l-effetti ta' ċerti restrizzjonijiet upstream skont l-Artikolu 101 TFUE.

102. B'mod iktar preċiż, skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, jekk tranżazzjoni jew attività partikolari ma taqax taħt il-prinċipju ta' projbizzjoni previst fl-Artikolu 101(1) TFUE minħabba n-newtralità tagħha jew l-effett pożittiv tagħha fuq il-livell tal-kompetizzjoni, restrizzjoni tal-awtonomija kummerċjali ta' parteċipant wieħed jew iktar f'din it-tranżazzjoni jew f'din l-attività lanqas ma taqa' taħt l-imsemmi prinċipju ta' projbizzjoni jekk din ir-restrizzjoni hija *oġġettivament neċessarja* għall-implimentazzjoni tal-imsemmija tranżazzjoni jew tal-imsemmija attività u *proporzjonata għall-għanijiet* ta' waħda jew tal-oħra [99].

103. B'hekk, meta ma huwiex possibbli li tissepara tali restrizzjoni tat-tranżazzjoni jew tal-attività prinċipali mingħajr ma tikkompromietti l-eżistenza u l-għan ta' din it-tranżazzjoni jew ta' din l-attività, hemm lok li tiġi eżaminata l-kompatibbiltà mal-Artikolu 101 TFUE ta' din

95 Ara l-Linji Gwida dwar il-Ftehimiet ta' Kooperazzjoni Orizzontali, punti 225 sa 228.

96 Ara, rispettivament, i) l-ewwel, ii) it-tieni u, iii) it-tielet u r-raba' inċiż tal-għaxar domanda preliminari.

97 Ara s-sentenza tat-18 ta' Settembru 2001, M6 *et* vs Il-Kummissjoni (T-112/99, EU:T:2001:215, punti 104 sa 106). Ara, ukoll, Avviż tal-Kummissjoni dwar restrizzjonijiet li għandhom x'jaqsmu direttament u huma neċessarji għal konċentrazzjonijiet (2005/C 56/03) (ĠU 2005, C 56, p. 24), punt 12.

98 Ara s-sentenzi tal-25 ta' Ottubru 1977, Metro SB-Großmärkte vs Il-Kummissjoni (26/76, EU:C:1977:167), u tat-28 ta' Jannar 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Għall-applikazzjoni fis-settur regolamentarju, ara l-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, punti 85 sa 124).

99 Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi tal-11 ta' Settembru 2014, MasterCard *et* vs Il-Kummissjoni (C-382/12 P, iktar 'il quddiem is-"sentenza MasterCard", EU:C:2014:2201, punt 89 u l-ġurisprudenza ċċitata) u Hoffmann-La Roche, punt 69.

ir-restrizzjoni konġuntament mal-kompatibbiltà tat-tranżazzjoni jew tal-attività prinċipali li tagħha hija anċillari, u dan minkejja li, meħuda waħidha, tali restrizzjoni tista' tidher, mal-ewwel daqqa ta' għajn, li taqa' taħt il-prinċipju ta' projbizzjoni tal-Artikolu 101(1) TFUE [100].

104. Finalment, fir-rigward tal-klawżoli ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, għandu jiġi kkonstatat li l-prassi deċiżjonali tad-dritt tal-kompetizzjoni toffri motivazzjonijiet li huma perfettament leġittimi sabiex jiġu evitati klawżoli ta' nuqqas ta' kompetizzjoni previsti fi ftehimiet li jikkostitwixxu tranżazzjonijiet ta' konċentrazzjoni, ta' ftehimiet orizzontali u ta' ftehimiet vertikali skont l-Artikolu 101(1) TFUE, b'mod partikolari meta tali klawżoli jirriżultaw essenzjali, kemm sabiex il-partijiet jiġu protetti minn riskju assoċjat mal-ftehim inkwistjoni, kemm sabiex l-inċentivi jiġu allinjati ma' xulxin sabiex jinkiseb riżultat partikolari.

105. Huwa f'dan il-kuntest li għandu jiġi evalwat jekk il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni inkwistjoni fil-kawża prinċipali tistax tiġi kklassifikata bħala "anċillari" sabiex jitħaddem il-ftehim ta' sħubija u ma jaqax taħt l-applikazzjoni l-Artikolu 101(1) TFUE.

b) Fuq l-applikazzjoni fil-każ inkwistjoni

106. Mit-talba għal deċiżjoni preliminari jirriżulta li r-rikorrenti fil-kawża prinċipali jsostnu li, fil-kuntest tal-ftehim ta' sħubija inkwistjoni f'din il-kawża, il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni kellha bħala skop li tipproteġi l-kunfidenzjalità ta' informazzjoni kummerċjalment sensittiva skambjata għall-implimentazzjoni tal-"pjan EDP Kontinentali". Tali klawżola hija għalhekk strettament anċillari għal dan il-ftehim. Fil-fatt, huma jikkunsidraw li l-klawżoli ta' kunfidenzjalità (klawżola 16), ta' protezzjoni tal-proprjetà intellettwali (klawżola 11) u ta' protezzjoni ta' data personali (klawżola 9) tal-ftehim ta' sħubija ma kinux suffiċjenti sabiex jipproteġu l-investimenti tagħhom u l-kompetenzi tagħhom mqassma fil-qafas tal-kooperazzjoni tagħhom. Barra minn hekk, huma jsostnu wkoll li l-portata tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni kienet suffiċjentement limitata, peress li ma kinitx tmur lil hinn mis-setturi ta' attivitajiet koperti mis-sħubija u mill-kumpanniji li għandhom aċċess għall-informazzjoni kummerċjalment sensittiva. Finalment, il-flussi ta' informazzjoni komplew għal ċertu perijodu wara t-tmiem tal-implimentazzjoni tas-sħubija, u dan ippermetta li jitwal il-perijodu tal-klawżola.

107. Għar-raġunijiet segwenti, u fid-dawl tar-rekwiżiti li rriżultaw mill-ġurisprudenza mfakkra fil-punti 102 sa 104 ta' dawn il-konklużjonijiet, inqis li, jekk il-proċess sottomess lill-Qorti tal-Ġustizzja ma fih ebda element li jista' jkun ta' natura li jikkontesta n-natura favorevoli jew, tal-inqas, newtrali għall-kompetizzjoni tal-ftehim ta' sħubija konkluż bejn MCH u EDP Comercial, min-naħa l-oħra, ma għandux ikun ikkunsidrat li klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni kienet *oġġettivament neċessarja* għall-implimentazzjoni ta' dan il-ftehim u *proporzjonata għall-għanijiet* segwiti minnha.

[100] Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi MasterCard, punt 90, u Hoffmann-La Roche, punt 70. Meta tkun kwistjoni dwar jekk restrizzjoni antikompetittiva tistax ma taqax taħt il-projbizzjoni prevista fl-Artikolu 101(1) TFUE minħabba li tkun anċillari għal tranżazzjoni prinċipali li ma għandhiex tali natura antikompetittiva, għandu jiġi evalwat jekk it-twettiq ta' din it-tranżazzjoni *ikunx impossibbli fl-assenza tar-restrizzjoni inkwistjoni*. Il-fatt li l-imsemmija tranżazzjoni ssir sempliċement iktar diffiċli li titwettaq jiġifieri inqas profittabbli fl-assenza tar-restrizzjoni inkwistjoni ma għandux jiġi kkunsidrat bħala li jagħti lil din ir-restrizzjoni n-natura "oġġettivament neċessarja" mitluba sabiex tkun tista' tiġi kklassifikata bħala anċillari. Fil-fatt, tali interpretazzjoni tasal sabiex testendi dan il-kunċett għal restrizzjonijiet li ma humiex strettament indispensabbli għat-twettiq tat-tranżazzjoni prinċipali. Tali riżultat jikkawża dannu għall-effett utli tal-projbizzjoni prevista fl-Artikolu 101(1) TFUE (ara, f'dan is-sens, is-sentenzi MasterCard, punt 91 u Hoffmann-La Roche, punt 71).

108. Minn naħa, *fir-rigward tan-natura oġġettivament neċessarja tal-klawżola*, filwaqt li huwa ammess li l-protezzjoni ta' data kummerċjalment sensittiva tista' tkun ikkunsidrata bħala għan leġittimu fil-qafas ta' ftehim ta' sħubija li jeħtieġ miżuri adattati li jillimitaw l-aġir tal-partijiet fil-ftehim, inqis li klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, ma għandhiex tkun ikkunsidrata bħala *li hija strettament neċessarja* fir-rigward ta' tali għan.

109. Fil-fatt, fl-ewwel lok, nikkonstata li, jekk l-għan iddikjarat mill-partijiet fil-ftehim ta' sħubija huwa li reċiprokament jipprekludu milli jużaw għall-benefiċċju tagħhom informazzjoni kummerċjalment sensittiva billi jidħlu f'attività kompetittiva, u b'mod partikolari li jipprekludu lil MCH milli tidħol fis-suq tal-provvista ta' elettriku ta' vultaġġ baxx jew ta' gass għall-konsumaturi, is-soluzzjoni kuntrattwali użata tikkonsisti f'li tiġi prekluża l-possibbiltà stess li teżerċita l-imsemmija attività. Din is-soluzzjoni jidhirli li hija sproporzjonata meta mqabbla mal-għan li għandu jiġi segwit, sa fejn, sabiex tiġi evitata dik li tista' tikkostitwixxi kompetizzjoni żleali bl-użu ta' informazzjoni li tappartjeni għal waħda mill-partijiet, il-klawżola tabolixxi b'mod komplet u sempliċi l-possibbiltà stess ta' tali attività kompetittiva. Din id-differenza ċara bejn l-għan li għandu jiġi segwit u s-soluzzjoni kuntrattwali użata għandha tkun, fiha nnifisha, suffiċjenti sabiex jiġi konkluż li l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni hija sproporzjonata, fid-dawl, b'mod partikolari, tal-fatt li l-projbizzjoni kuntrattwali imposta fuq MCH li tidħol fis-suq tal-provvista ta' elettriku kkoinċidat mal-perijodu kritiku ta' liberalizzazzjoni tas-suq tal-provvista ta' elettriku b'vultaġġ baxx.

110. Fit-tieni lok, u bħala konsegwenza tal-analiżi preċedenti, jidhirli li soluzzjonijiet inqas restrittivi setgħu jiġu adottati sabiex jiġi protett il-fluss ta' informazzjoni kummerċjalment sensittiva. Pereżempju, l-implimentazzjoni ta' sistema ta' kompartimentalizzazzjoni tal-informazzjoni ("chinese wall"), flimkien ma' klawżoli ta' kunfidenzjalità, ta' protezzjoni tal-proprjetà intellettwali u ta' protezzjoni ta' data, diġà eżistenti, kienu jkunu adattati u daqstant effikaċi sabiex jipproteġu l-informazzjoni kummerċjalment sensittiva inkwistjoni.

111. Min-naħa l-oħra, anki jekk il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni kienet oġġettivament neċessarja għall-implimentazzjoni tas-sħubija, inqis li l-implimentazzjoni tagħha ma għandhiex tkun ikkunsidrata bħala *proporzjonata għall-għanijiet* tal-ftehim ta' sħubija.

112. Fil-fatt, fl-ewwel lok, fir-rigward tal-kamp ta' applikazzjoni suġġettiv tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, infakkar li, jekk il-ftehim ta' sħubija jirrigwarda l-provvista ta' elettriku b'vultaġġ baxx għall-konsumaturi, il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni tkopri l-provvista ta' elettriku kollha kemm hi, bil-vultaġġi kollha mħallta, inkluż il-provvista ta' elettriku b'vultaġġ medju u għoli lill-klijenti industrijali, u l-provvista ta' gass.

113. Fit-tieni lok, fir-rigward tal-fatt li l-portata *rationae temporis* tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni tikkoinċidi mal-perijodu li matulu l-partijiet fil-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali ma kinux awtorizzati jużaw sigrieti kummerċjali jew il-kompetenza akkwistata matul l-implimentazzjoni tiegħu, għandu jiġi kkonstatat li, filwaqt li jiġi aċċettat li tali fatt ġie stabbilit[101], mill-fatti tal-kawża jidher li jirriżulta li, meta l-aħħar kupuni maħruġa għall-konsumaturi kienu sabiex jiġu użati sal-31 ta' Diċembru 2012, restrizzjoni intiża sabiex tipproteġi l-informazzjoni kummerċjalment sensittiva sal-31 ta' Diċembru 2013, jidhirli li hija, qabel xejn, sproporzjonata.

[101] F'dan ir-rigward, ara t-talba għal deċiżjoni preliminari oriġinali, p. 168, punti 5 u 6, fejn huwa indikat li l-fatt li l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni hija intiża sabiex tissalvagwardja "il-kunfidenzjalità tal-informazzjoni kummerċjalment sensittiva skambjata *inter partes* u l-kompetenza li rriżultat mis-sħubija" u s-"sigrieti kummerċjali, informazzjoni kunfidenzjali, informazzjoni kummerċjalment sensittiva u l-investimenti li l-partijiet skambjaw taħt l-awspiċju tal-pjan EDP Kontinentali" huwa parti mill-"fatti mhux stabbiliti".

4. Fuq il-klassifikazzjoni tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni tar-restrizzjoni tal-kompetizzjoni "minħabba għan"

114. Permezz tal-ewwel u t-tmien domanda preliminari, li għandhom jiġu eżaminati flimkien, il-qorti tar-rinviju tistaqsi, essenzjalment, jekk klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, li tikkonsisti, fil-qafas ta' ftehim ta' sħubija, f'li tipprojbixxi, b'mod partikolari għall-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut parti f'dan il-ftehim, milli jidħol fis-suq tal-provvista ta' elettriku li fih il-parti l-oħra f'dan il-ftehim hija attur maġġuri, u dan fil-mument tal-aħħar stadju tal-liberalizzazzjoni ta' dan is-suq, tistax tikkostitwixxi restrizzjoni minħabba l-għan, filwaqt li l-konsumaturi jiksbu ċerti vantaġġi minn dan il-ftehim (*l-ewwel domanda*) u li din il-klawżola hija limitata għall-perijodu tal-ftehim u sena addizzjonali (*it-tmien domanda*).

a) Fuq il-kunċett ta' "għan antikompetittiv" fis-sens tal-Artikolu 101(1) TFUE

115. Id-distinzjoni bejn restrizzjoni minħabba l-għan jew minħabba r-riżultat, li fuqha l-qorti tar-rinviju tistaqsini permezz ta' dawn id-domandi, diġà kienet is-suġġett ta' ġurisprudenza stabbilita u ddettaljata. B'hekk, ser nillimita ruħi sabiex infakkar li, sabiex jaqa' taħt il-projbizzjoni stipulata fl-Artikolu 101(1) TFUE, ftehim għandu jkollu "bħala għan jew riżultat" il-prevenzjoni, ir-restrizzjoni jew id-distorsjoni tal-kompetizzjoni fi ħdan is-suq intern, peress li l-għan u r-riżultat antikompetittiv ta' ftehim huma kundizzjonijiet mhux kumulattivi, iżda alternattivi [102].

116. Fuq dan il-punt, infakkar li l-kriterju legali essenzjali sabiex jiġi stabbilit jekk ftehim jinkludix restrizzjoni ta' kompetizzjoni "minħabba l-għan" jinsab fil-konstatazzjoni li tali ftehim jippreżenta, fih innifsu, livell suffiċjentement dannuż għall-kompetizzjoni sabiex jitqies li ma hemmx bżonn li jitfittxu l-effetti tiegħu [103]. Dan jirrigwarda l-fatt li ċerti forom ta' koordinazzjoni bejn impriżi jistgħu jiġu kkunsidrati, min-natura tagħhom stess, bħala dannużi għall-funzjonament tajjeb tal-iżvolġimenti normali tal-kompetizzjoni [104]. Sabiex jiġi evalwat jekk ftehim għandux tali livell ta' dannu, ikun meħtieġ li jiġi eżaminat il-kontenut tad-dispożizzjonijiet tiegħu, l-għanijiet li għandhom jintlaħqu kif ukoll il-kuntest ekonomiku u legali li fih jaqa' [105]. Fil-qafas tal-evalwazzjoni tal-imsemmi kuntest, hemm lok li tiġi kkunsidrata n-natura tal-prodotti jew tas-servizzi involuti kif ukoll il-kundizzjonijiet reali tal-funzjonament u tal-istruttura tas-suq jew tas-swieq inkwistjoni [106]. Finalment, il-kunċett ta' "restrizzjoni minħabba l-għan" għandu jkun interpretat b'mod ristrett [107].

b) Fuq l-evalwazzjoni tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni

117. Il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni inkwistjoni fil-kawża prinċipali, fil-każ fejn ma tikkostitwixxix restrizzjoni anċillari tal-ftehim ta' sħubija u fejn ir-relazzjoni ta' kompetizzjoni potenzjali hija stabbilita, tista' tiġi assimilata ma' ftehim ta' qsim tas-swieq li, bħall-ftehimiet dwar l-iffissar tal-prezzijiet, jikkostitwixxi restrizzjoni evidenti tal-kompetizzjoni, tradizzjonalment ikkunsidrata bħala ksur partikolarment serju tar-regoli ta' kompetizzjoni. Fil-fatt, il-Qorti

102 Ara, f'dan ir-rigward, il-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, punti 58 sa 63, u l-ġurisprudenza ċċitata).

103 Ara s-sentenza tat-12 ta' Jannar 2023, HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, punt 106 u l-ġurisprudenza ċċitata).

104 Ara s-sentenza tal-11 ta' Settembru 2014, CB vs Il-Kummissjoni (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 50 u l-ġurisprudenza ċċitata).

105 Ara s-sentenzi tal-14 ta' Marzu 2013, Allianz Hungária Biztosító *et* (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34), u tal-11 ta' Settembru 2014, CB vs Il-Kummissjoni (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53.

106 Ara s-sentenza tat-12 ta' Jannar 2023, HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, punt 107 u l-ġurisprudenza ċċitata).

107 Sentenza Generics (UK), punt 67 u l-ġurisprudenza ċċitata.

tal-Ġustizzja ddeċidiet li l-ftehimiet intiżi għall-qsim tas-swieq għandhom għan li jillimita l-kompetizzjoni fihom infushom u jaqgħu f'kategorija ta' ftehimiet espressament ipprojbiti bl-Artikolu 101(1) TFUE. Fir-rigward ta' tali ftehimiet, l-analiżi tal-kuntest ekonomiku u legali li fih taqa' l-prattika tista' b'hekk tkun limitata għal dak li jirriżulta li huwa strettament neċessarju sabiex tiġi konkluża l-eżistenza ta' restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan [108].

118. Minkejja li, skont din il-ġurisprudenza, ma huwiex neċessarju li jiġi kkunsidrat il-kuntest ekonomiku li fih taqa' l-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, it-teħid inkunsiderazzjoni tagħha f'dan il-każ tkompli tikkonferma n-natura ristrettiva tagħha. Fil-fatt, f'dan il-każ, l-applikazzjoni tal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni kkoinċidiet mal-kuntest partikolari tal-liberalizzazzjoni tas-suq tal-provvista ta' elettriku b'vultaġġ baxx fil-Portugall kontinentali. B'mod iktar preċiż, din il-klawżola ġiet konkluża xi xhur qabel il-liberalizzazzjoni kompleta tas-suq tal-provvista ta' elettriku, li tikkorrispondi mat-tmiem tal-prezzijiet irregolati għall-konsumaturi finali kollha. F'dan il-kuntest, l-operatur Portugiż f'dan is-suq, EDP, kellu interess jimbotta lura d-dħul ta' kompetituri potenzjali fuq l-imsemmi suq. Jidhirli għalhekk li dan il-kuntest jista' jsaħħaħ aktar in-natura dannuża ta' ftehim ta' qsim ta' swieq bejn operatur antik u operatur ġdid potenzjali.

119. Finalment, inqis li l-fatt li din il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni taqa' fil-qafas ta' kooperazzjoni iktar wiesgħa, jiġifieri l-ftehim ta' sħubija, li jista' jiġġenera iktar effiċjenza fl-interess ta' ċerti konsumaturi, ma jibdilx il-konklużjoni li tali ftehim ta' qsim tas-swieq jikkostitwixxi fih innifsu restrizzjoni minħabba l-għan. Fil-fatt, għar-raġunijiet preċedentement imsemmija, din il-klawżola ma tikkostitwixxix restrizzjoni neċessarja għall-applikazzjoni tal-ftehim ta' sħubija u, konsegwentement, iktar effiċjenza li tista' tintlaħaq biha. F'dan is-sens, dan l-eventwali titjib ma huwiex marbut mal-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni iżda mal-ftehim ta' sħubija u ma għandux għalhekk ikun invokat sabiex jiġġustifika n-natura pro-kompetittiva ta' din il-klawżola. Fi kwalunkwe każ, skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, meta l-partijiet fi ftehim jinvokaw effetti favur il-kompetizzjoni marbuta miegħu, dawn għandhom, bħala elementi tal-kuntest ta' dan il-ftehim, jittieħdu inkunsiderazzjoni kif dovut għall-finijiet tal-kwalifika tagħha bħala "restrizzjoni minħabba l-għan", safejn jistgħu jqiegħdu fid-dubju l-evalwazzjoni globali tal-grad suffiċjentement dannuż tal-prassi kollużiva kkonċernata fir-rigward tal-kompetizzjoni u, konsegwentement, tal-kwalifika tagħha bħala "restrizzjoni minħabba l-għan" [109].

120. Minn dan isegwi li, fil-konfigurazzjoni partikolari tal-każ inkwistjoni, il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni – filwaqt li jiġi preżunt li ma tikkostitwixxix restrizzjoni anċillari għall-ftehim ta' sħubija u li l-partijiet tal-ftehim ta' sħubija huma, tal-inqas, kompetituri potenzjali – għandha tiġi analizzata bħala restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan, fis-sens tal-Artikolu 101(1) TFUE, li ma teħtieġ l-ebda analiżi speċifika tal-effetti tagħha.

108 Ara s-sentenza Toshiba, punti 28 u 29.

109 Sentenza tat-12 ta' Jannar 2023, HSBC Holdings, (C-883/19 P, EU:C:2023:11, punti 139 sa 141, u l-ġurisprudenza ċċitata).

IV. Konklużjoni

121. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, nipproponi lill-Qorti tal-Ġustizzja tirrispondi bil-mod segwenti għad-domandi preliminari magħmula mit-Tribunal da Relação de Lisboa (il-Qorti tal-Appell ta' Lisbona, il-Portugall):

1) L-Artikolu 101(1) TFUE għandu jiġi interpretat fis-sens li jista' jitqies bħala kompetitur potenzjali fis-suq tal-provvista tal-elettriku bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, marbut bi ftehim ta' sħubija ma' fornitur tal-elettriku li l-għan tiegħu huwa li jippromwovi, permezz ta' sistema ta' bejgħ relatati, l-attivitajiet rispettivi tagħhom u li jinkludi klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, minkejja li, fil-mument tal-konklużjoni ta' dan il-ftehim, ma kien jeżerċita l-ebda attività fuq dan is-suq, jekk, fir-rigward tal-kundizzjonijiet ta' dħul fl-imsemmi suq u tal-kuntest ekonomiku u legali li jirregola l-funzjonament tiegħu, huwa pprovat li hemm possibilitajiet reali u konkreti li dan il-bejjiegħ jidħol f'dan l-istess suq, u dan abbażi ta' provi speċifiċi għas-suq tal-provvista tal-elettriku. Sabiex jiġi vverifikat jekk tali impriża tistax tkun ikkunsidrata bħala kompetitur potenzjali li tirrappreżenta b'hekk restrizzjoni tal-kompetizzjoni għall-fornitur tal-elettriku, huma eventwalment rilevanti – meħuda flimkien u mhux neċessarjament, fihom infushom, determinanti – provi li jirrigwardaw, b'mod partikolari: i) l-intenzjoni tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut li jidħol fis-suq tal-provvista tal-elettriku bħala element li jikkorrobora l-kapaċità tiegħu li jidħol fl-imsemmi suq; ii) il-passi preparatorji fid-dawl ta' dħul fis-suq, b'mod partikolari fir-rigward ta' eventwali restrizzjonijiet regolamentari jew speċifiċi għad-dħul fis-suq tal-provvista tal-elettriku, li jistgħu jsostnu l-kapaċità tal-imsemmija impriża li tidħol f'dan is-suq f'terminu li jista' jwassal għal pressjoni kompetittiva, li f'dan il-każ jikkorrispondi għall-perijodu li damet fis-seħħ il-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni; iii) il-perċezzjoni li l-fornitur tal-elettriku għandu tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut, bil-fatt li ddaħħlet klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni jkun indizju qawwi tal-eżistenza ta' relazzjoni potenzjalment kompetittiva li madankollu għandha tkun ikkorroborata minn provi oħra li jirrigwardaw ir-realtà tal-kundizzjonijiet ta' aċċess għas-suq; iv) l-attivitajiet differenti ta' impriżi oħra tal-grupp li għalih jappartjeni l-bejjiegħ bl-imnut fis-suq tal-provvista tal-elettriku jew fuq is-swieq ġirien, sa fejn hija stabbilita rabta bejn dawn l-attivitajiet u l-kapaċità tal-bejjiegħ li jidħol f'dan is-suq f'terminu qasir, anki meta dawn l-attivitajiet huma preċedenti għall-konklużjoni tal-ftehim ta' sħubija u indipendentement mill-kwistjoni dwar jekk dawn l-impriżi kinux marbuta jew le bil-klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni; u v) l-attivitajiet tal-bejjiegħ tal-ikel bl-imnut fis-suq upstream tal-produzzjoni tal-elettriku, sa fejn dawn l-attivitajiet jistgħu jkunu adottati sabiex jagħtuh vantaġġi reali u konkreti fid-dawl ta' eventwali integrazzjoni fis-suq tal-provvista tal-elettriku.

2) L-Artikolu 1(1)(a) tar-Regolament tal-Kummissjoni (UE) Nru 330/2010 tal-20 ta' April 2010 dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 101(3) TFUE għal kategoriji ta' akkordji vertikali u prattiċi miftiehma għandu jiġi interpretat fis-sens li ma jaqax fil-kunċett ta' "ftehim vertikali" ftehim ta' sħubija bejn bejjiegħ tal-ikel bl-imnut u fornitur tal-elettriku, li għandu l-għan li jippromwovi, permezz ta' sistema ta' bejgħ relatati, l-attivitajiet rispettivi tagħhom, irrispettivament mill-kwistjoni dwar jekk dawn l-impriżi għandhomx jiġu kkunsidrati bħala kompetituri reali jew potenzjali, sakemm dawn l-impriżi huma preżunti li jaġixxu, għall-finijiet tal-ftehim ta' kooperazzjoni, fl-istess livell tal-katina ekonomika.

3) L-Artikolu 101(1) TFUE għandu jiġi interpretat fis-sens li klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni miftehma bejn il-partijiet fil-qafas ta' ftehim ta' sħubija, bħal dak inkwistjoni fil-kawża prinċipali, ma għandhiex tevadi l-applikazzjoni ta' din id-dispożizzjoni minħabba li din il-klawżola għandha natura anċillari fil-qafas ta' dan il-ftehim, sakemm ma jiġix ipprovat li tali klawżola hija oġġettivament neċessarja għall-implimentazzjoni tas-sħubija u proporzjonata għall-għanijiet li għandhom jintlaħqu minnha.

4) L-Artikolu 101(1) TFUE għandu jiġi interpretat fis-sens li klawżola ta' nuqqas ta' kompetizzjoni, bħal dik tal-ftehim ta' sħubija inkwistjoni fil-kawża prinċipali – sakemm tkun konkluża bejn żewġ impriżi kkunsidrati bħala, tal-inqas, kompetituri potenzjali – għandha tkun ikkunsidrata bħala ftehim ta' qsim tas-swieq li jikkostitwixxi restrizzjoni tal-kompetizzjoni minħabba l-għan, mingħajr il-ħtieġa li jiġu pprovati l-effetti dannużi konkreti, sakemm din il-klawżola tista' tiġi kkunsidrata bħala restrizzjoni anċillari tal-ftehim prinċipali jew li l-partijiet isostnu effetti favur il-kompetizzjoni marbuta magħha, li jistgħu jqiegħdu f'dubju l-evalwazzjoni globali tal-grad suffiċjentement dannuż tal-imsemmija klawżola.