Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ATHANASIOS RANTOS
apresentadas em 2 de março de 2023 [1]

Processo C-331/21

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

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal)]

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Artigo 101.º TFUE — Acordo entre um comercializador de energia elétrica e um retalhista de bens alimentares que opera hipermercados e supermercados — Cláusula de não concorrência — Concorrência potencial — Distinção entre acordo vertical e acordo horizontal — Restrição da concorrência "por objeto" ou "por efeito" — Regulamento (UE) n.º 330/2010 — Contrato de agência — Liberalização do mercado de comercialização de energia elétrica»

I. Introdução

1. Pode uma cláusula de não concorrência incluída num acordo de parceria entre empresas presentes em mercados de produtos distintos constituir um acordo que tem um objeto anticoncorrencial na aceção do artigo 101.º TFUE e em que condições? Esta é, em substância, a questão que está no cerne do presente pedido de decisão prejudicial submetido pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal).

2. Com o presente pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio convida o Tribunal de Justiça a debruçar-se sobre quatro problemáticas ligadas à interpretação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, em torno das quais podem ser agrupadas as questões prejudiciais submetidas, a saber: i) a apreciação de uma relação de concorrência potencial entre empresas presentes em mercados de produtos distintos; ii) qualificação jurídica de um acordo de parceria com vista à promoção das atividades das partes contratantes; iii) o caráter acessório de uma cláusula de não concorrência no âmbito de tal acordo; e iv) a qualificação de tal cláusula como restrição da concorrência «por objeto».

[1] Língua original: francês.

II. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

3. O litígio no processo principal opõe a Autoridade da Concorrência (Portugal, a seguir «AdC») às recorrentes no processo principal — a saber, EDP — Energias de Portugal, S.A. (a seguir «EDP Energias»), EDP Comercial — Comercialização de Energia, S.A. (a seguir «EDP Comercial»), Sonae MC, SGPS, S.A. (anteriormente Sonae Investimentos SGSP, S.A., e Sonae MC — Modelo Continente SGPS, a seguir «Nova Sonae MC»), e Modelo Continente Hipermercados S.A. (a seguir «MCH») — no que respeita a coimas que a AdC lhes aplicou [2] ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei Portuguesa da Concorrência [3], por ter celebrado uma cláusula de não concorrência no âmbito de um acordo de parceria. Estas coimas foram reduzidas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal, a seguir «TCRS»).

4. Por um lado, a MCH e a Nova Sonae MC fazem parte de um grupo empresarial português presente em múltiplos setores de atividade [4] (a seguir «Grupo Sonae»). Dentro deste grupo, a MCH desenvolve a sua atividade no setor da distribuição de produtos alimentares em Portugal e explora um conjunto de estabelecimentos (hipermercados e supermercados). A Nova Sonae MC, que gere as participações sociais e desenvolve a sua atividade no mesmo setor, detém a totalidade do capital da MCH.

5. Por outro lado, a EDP Energias e a EDP Comercial fazem parte de um grupo português cuja sociedade-mãe é a EDP Energias, que desenvolve a sua atividade, nomeadamente, no setor da produção, da distribuição e da comercialização de energia elétrica e de gás natural. Este grupo é o ator português mais importante nos mercados da produção, da distribuição e da comercialização de energia elétrica.

A. Acordo de parceria em causa no processo principal

6. Em 5 de janeiro de 2012, a EDP Comercial e a MCH celebraram um acordo de parceria denominado «Plano EDP Continente» (a seguir «Acordo de Parceria») que visava atrair clientes, estimular as vendas e oferecer reduções aos consumidores. À data da celebração deste acordo, essas sociedades não eram concorrentes em nenhum mercado de produtos ou mercado geográfico, incluindo o da venda a retalho e da comercialização de energia elétrica e de gás natural.

7. O referido acordo continha a cláusula 2.1, que definia o objeto do Acordo de Parceria do seguinte modo: «Potenciar o desenvolvimento das atividades de comercialização de energia elétrica em regime livre, pela EDP Comercial, e de distribuição retalhista de bens alimentares e não alimentares, pela [MCH], nos hipermercados e supermercados [que pertencem à MCH], bem ainda como nos estabelecimentos comerciais, explorados por outras sociedades participadas pela Sonae Investimentos, SGPS, SA, para além da [MCH] […]».

2 Com exceção da Sonae MC — Modelo Continente SGPS, a quem não foi aplicada nenhuma coima devido à inexistência de volume de negócios, e foi absorvida pela sociedade Sonae Investimentos, que alterou a sua denominação para Sonae MC.

3 O artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à Segunda Alteração à Lei nº 2/99, de 13 de janeiro (*Diário da República*, 1.ª série, n.º 89/2012, de 8 de maio de 2012, a seguir «Lei Portuguesa da Concorrência») dispõe que: «[s]ão proibidos os acordos entre empresas, […] que tenham por objeto ou como efeito impedir […] a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: […] c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;».

4 Nomeadamente, distribuição retalhista, telecomunicações e audiovisual, centros comerciais, produtos derivados da madeira, turismo e energia por intermédio da cogeração ou do fotovoltaico.

8. Do ponto de vista comercial, essa parceria previa descontos nos preços da energia elétrica que estavam reservados aos clientes titulares do «Cartão Continente», um cartão de descontos propriedade da MCH inserido no programa de fidelização. Além da titularidade deste cartão, os clientes que pretendessem aderir ao «Plano EDP Continente» deviam subscrever um contrato de fornecimento de energia elétrica em Baixa Tensão com a EDP Comercial no mercado liberalizado em Portugal Continental. Estes clientes beneficiavam, assim, de um desconto de 10 % do seu consumo de energia elétrica fornecida pela EDP Comercial. Este desconto traduzia-se na emissão de vales de desconto correspondentes ao montante desse desconto e creditados no Cartão Continente dos clientes em causa, que podiam então utilizá-los em compras efetuadas nos estabelecimentos do Grupo Sonae referidos na cláusula 2.1.

9. O valor dos descontos seria, à partida, suportado na totalidade pela EDP Comercial[5]. No entanto, dependendo do acréscimo de tráfego nos estabelecimentos referidos previamente e do volume de negócios induzido pelo «Plano EDP Continente», estava previsto que a MCH comparticiparia parte dos descontos concedidos. Os outros custos com a parceria, aqueles incorridos com publicidade, *marketing*, comunicação e defesa nos processos foram suportados em partes iguais pela EDP Comercial e pela MCH.

10. A cláusula 12.1 do Acordo de Parceria, epigrafada «Exclusividade», enuncia: «Durante a vigência do presente Acordo, e pelo prazo de 1 (um) ano após o seu termo, a [MCH] obriga-se a: a. não desenvolver, diretamente ou através de sociedade participada maioritariamente pela [Sonae Investimentos], a atividade de comercialização de energia elétrica e de gás natural em Portugal Continental; b) não negociar ou estabelecer, com qualquer comercializador de energia elétrica ou de gás natural que não se encontre em relação de domínio ou de grupo com a EDP Comercial […], acordos de parceria, empresas comuns, acordos de princípio, campanhas publicitárias ou outros, que tenham por objeto ou como efeito a concessão de descontos ou outras vantagens patrimoniais relacionados com energia elétrica ou gás natural […]». Por força da cláusula 12.2, a EDP Comercial assumiu obrigações simétricas no mercado da distribuição retalhista de bens alimentares em Portugal Continental.

11. O Acordo de Parceria em causa no processo principal esteve em vigor até 31 de dezembro de 2012, embora o período de adesão dos consumidores tenha apenas decorrido entre 9 de janeiro de 2012 e 4 de março de 2012. A subscrição de contratos de fornecimento de energia elétrica decorreu numa rede de 180 espaços comerciais explorados pela MCH, cujo fornecimento foi partilhado pela EDP Comercial e pela MCH. Ao todo, aderiram ao «Plano EDP Continente» 146 775 clientes, dos quais 137 144 se mantiveram contratualmente ligados à EDP Comercial durante e após o término da campanha. O valor dos descontos de que beneficiaram os aderentes do «Plano EDP Continente» ascendeu a 6 907 354 euros, tendo a taxa total de ativação dos *vouchers* atingido cerca de 6 024 252 euros. Daquele valor, 1 795 912 euros foram suportados pela MCH.

B. Quadro regulatório pertinente

12. O órgão jurisdicional de reenvio indica que este acordo de parceria coincidiu com uma fase crucial do processo de liberalização do mercado da comercialização de energia elétrica em Portugal, extinguindo-se as tarifas reguladas para a baixa tensão normal até ao fim do ano de 2012.

[5] A MCH devia emitir mensalmente uma nota de débito pelo valor dos vales emitidos e ativados durante o mês anterior, que devia ser paga até ao final do mês de emissão de cada fatura.

13. A este respeito, o processo de liberalização da comercialização da eletricidade decorreu em Portugal de uma forma progressiva desde 1995. O quadro regulatório português aplicável à comercialização da energia elétrica promoveu, desde 1995, um regime de livre concorrência neste setor, através da simplificação dos requisitos legais de acesso e exercício da atividade de comercialização da energia elétrica, passando a atividade a estar sujeita apenas a registo em vez de licenciamento, favorecendo a entrada de operadores independentes. Em 2006, iniciou-se o período de transição voluntária em que os consumidores passaram a poder optar entre o mercado regulamentado e o mercado liberalizado apenas com base na atratividade comercial das ofertas, sem qualquer encargo ou constrangimento do ponto de vista regulamentar.

14. A partir de 1 de janeiro de 2011, extinguiram-se as tarifas reguladas aplicáveis a clientes finais para a comercialização de energia elétrica de Muito Alta, Alta, Média e Baixa Tensão Especial. A partir de 1 de julho de 2012 e de 1 de janeiro de 2013, extinguiram-se as tarifas reguladas aplicáveis à comercialização de energia elétrica de Baixa Tensão Normal (pequenos negócios/domésticos), para clientes finais com potência contratada superior ou igual a 10,35 kVA e para clientes com potência contratada inferior a 10,35 kVA, respetivamente. Após estas datas, a celebração de novos contratos foi apenas possível no mercado livre [6].

C. Decisão recorrida

15. Em 4 de maio de 2017, tendo sido alertada em janeiro de 2012 pelo Ministério da Economia e do Emprego (Portugal) para alegadas irregularidades decorrentes do Acordo de Parceria, a AdC adotou uma decisão (a seguir «decisão recorrida») que condenou as recorrentes no processo principal a coimas no montante total de 38 300 000 euros por terem cometido uma infração da concorrência «por objeto», ao abrigo do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Lei Portuguesa da Concorrência.

16. Segundo a AdC, a infração ao direito da concorrência consistiu num acordo entre empresas que teve por objeto a repartição de mercados, na forma de um pacto de não concorrência que se inscrevia no âmbito do Acordo de Parceria [a saber, as cláusulas 12.1 (a) e 12.2 (a)]. Os mercados abrangidos por esta cláusula, todos e cada um dos três situados em Portugal Continental, eram: i) o mercado de comercialização da energia elétrica; ii) o mercado de comercialização de gás natural; e iii) o mercado retalhista de bens alimentares. A referida autoridade criticou as recorrentes no processo principal por terem aplicado este acordo por um período de dois anos, num momento crucial do processo de liberalização do mercado nacional da comercialização de energia elétrica, o que reforçou ainda mais o caráter anticoncorrencial do acordo.

17. Na sequência de recursos interpostos pelas recorrentes no processo principal, o TCRS confirmou, em 30 de setembro de 2020, a decisão recorrida, reduzindo simultaneamente em 10 % o montante das coimas à luz da vantagem proporcionada pelo acordo em causa aos agregados familiares através de descontos [7].

[6] Todavia, foram estabelecidos regimes tarifários transitórios para os consumidores que não optaram, nestas últimas datas, por celebrar um contrato no mercado liberalizado. Foram aplicadas tarifas definidas pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Portugal) a esses consumidores, com preços agravados para motivar a transição para o mercado liberalizado. O último destes regimes transitórios terminou em 31 de dezembro de 2017.

[7] O TCRS justificou este desconto pelo facto de o Acordo de Parceria ter permitido atribuir a várias famílias portuguesas descontos importantes e adquirir bens de natureza essencial. As recorrentes no processo principal foram condenadas nas seguintes coimas: A EDP Energias em 2 610 000 euros, a EDP Comercial em 23 220 000 euros, a Sonae Investimentos em 2 520 000 euros e a MCH em 6 120 000 euros.

18. À semelhança da AdC, este órgão jurisdicional considerou que, no âmbito do Acordo de Parceria em causa no processo principal, as recorrentes no processo principal tinham celebrado um «pacto de não concorrência» constitutivo de uma restrição da concorrência por objeto. Para chegar a esta conclusão, o referido órgão jurisdicional tomou em consideração, nomeadamente, as atividades do Grupo Sonae nos mercados de produção e de comercialização da energia elétrica antes e durante a aplicação deste Acordo de Parceria, a saber: i) a realização de parcerias entre empresas do Grupo Sonae e a Endesa, S.A., através da criação da *joint venture* Sodesa — Comercialização de Energia, S.A. (a seguir «Sodesa») [8], ii) a realização de parcerias entre a MCH e a Petróleos de Portugal — Petrogal, S.A. (a seguir «GALP») [9], e iii) o exercício de atividades nos mercados da microgeração, da minigeração e da cogeração de energia elétrica pela MCH e pelas outras empresas que pertencem ao Grupo Sonae [10]. Segundo o mesmo órgão jurisdicional, apenas empresas concorrentes — atuais ou potenciais — poderiam demonstrar um qualquer interesse na celebração de um tal pacto.

19. As recorrentes no processo principal e a AdC interpuseram recurso da decisão do TCRS para o Tribunal da Relação de Lisboa, o órgão jurisdicional de reenvio no presente processo. No âmbito do seu recurso, limitado ao montante das coimas, a AdC pediu a anulação da sentença do TCRS na medida em que reduziu em 10 % o montante das coimas aplicadas por esta [11]. As recorrentes no processo principal consideram, por seu turno, entre outros, que não praticaram um ato anticoncorrencial e pediram, por conseguinte, ao órgão jurisdicional de reenvio que anulasse na íntegra esta sentença e, a título subsidiário, que reduzisse o montante da coima [12]. Por outro lado, as recorrentes no processo principal pediram ao órgão jurisdicional de reenvio que procedesse a um reenvio prejudicial. As onze questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio retomam, em substância, as questões formuladas por estas recorrentes.

D. Questões do órgão jurisdicional de reenvio

20. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se o acordo de parceria e, mais especificamente, a cláusula de não concorrência, pode ter tido um impacto negativo na concorrência nos mercados em causa.

21. Nestas circunstâncias, o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 101.º do TFUE, no qual o artigo 9.º [da Lei Portuguesa da Concorrência] é inspirado, deve ser interpretado no sentido de permitir a classificação de uma cláusula de não concorrência com o teor das inseridas nos artigos 12.1 e 12.2 […] do Acordo de Parceria como um acordo de restrição pelo objeto, celebrado entre um comercializador de energia elétrica e um retalhista alimentar que explora hipermercados e supermercados, visando a outorga de descontos aos clientes que simultaneamente adiram a um dado Plano Tarifário energético do comercializador de eletricidade, disponível em Portugal continental, e sejam

8 V. n.º 76 das presentes conclusões.

9 V. n.º 81 das presentes conclusões.

10 V. n.º 83 das presentes conclusões.

11 A AdC alega que as vantagens para os consumidores resultantes do Acordo de Parceria não podem ser invocadas para fundamentar uma redução do montante da coima e que, em qualquer caso, o desconto de 10 % é excessivo.

12 As recorrentes no processo principal sustentaram, nomeadamente: i) que não existia concorrência real nem potencial à data da celebração do Acordo de Parceria e que, por conseguinte, não se pode considerar que a cláusula de não concorrência tenha efeitos anticoncorrenciais; ii) que o objeto deste acordo não era restritivo da concorrência e iii) que não existiam elementos de facto e de direito que permitissem desencadear a responsabilidade das sociedades-mãe em causa.

titulares de um cartão de fidelização do retalhista alimentar, descontos esses que só podem ser descontados em compras de bens nos estabelecimentos deste último ou de sociedades com ele coligadas, quando desse acordo fazem parte outras cláusulas que referem que o objetivo do mesmo era potenciar o desenvolvimento das atividades das sociedades intervenientes […] e se mostram comprovados benefícios para os consumidores […], sem análise dos efeitos concretos nocivos para a concorrência que resultam das referidas cláusulas 12.º1 e 12.º2?

2) Pode o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que um acordo [para] não desenvolver certas atividades económicas correspondente a uma alegada repartição de mercados entre duas empresas pode [ser] considerada restritiva da concorrência por objeto quando a mesma é celebrada entre entidades que não são concorrentes atuais ou potenciais em nenhum dos mercados abrangidos pela aludida obrigação, mesmo que os mercados abrangidos pela mesma se possam considerar liberalizados ou sem barreiras legais intransponíveis à entrada?

3) Pode o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que devem ser considerados concorrentes potenciais um comercializador de energia elétrica e um retalhista alimentar que explora hipermercados e supermercados que celebraram entre eles o Acordo, visando promover mutuamente a realização de negócios e o incremento das vendas da contraparte (e, no caso do retalhista alimentar, de sociedades detidas maioritariamente pela […] sua sociedade-mãe), quando o retalhista alimentar e estas últimas sociedades com ele coligadas não desenvolviam, à data da celebração do Acordo, a atividade de comercializador de energia elétrica, no mercado geográfico em causa ou em qualquer outro, e quando não ficou demonstrado no processo que tinham a intenção de ali desenvolver aquela atividade ou que tinham adotado qualquer diligência preparatória para preparar o exercício da mesma?

4) A resposta à questão anterior mantém-se se uma outra sociedade detida maioritariamente por uma sociedade-mãe do retalhista alimentar que é parte no Acordo (mas sem que nenhuma daquelas duas entidades tenha sido acusada ou condenada pela [AdC] e ou sido parte no processo neste tribunal), que não se encontrava abrangida pelo âmbito subjetivo de aplicação da obrigação de não-concorrência, deteve uma participação de 50 % numa entidade terceira que desenvolveu atividades de comercialização de energia elétrica em Portugal, terminadas três anos e meio antes da celebração do Acordo, pela dissolução desta última?

5) A resposta à pergunta anterior será idêntica se a empresa retalhista que é parte no Acordo produzir energia elétrica através de instalações de minigeração e de microgeração localizadas nas coberturas dos seus estabelecimentos mas em que a totalidade da energia produzida é entregue, a preços regulados, ao Comercializador de Último Recurso?

6) A resposta à quarta pergunta mantém-se se a empresa retalhista que é parte no Acordo tiver celebrado oito anos antes da data deste (e mantenha em vigência, à data do Acordo) um outro contrato de cooperação comercial com um terceiro, comercializador de combustíveis líquidos, visando a atribuição de descontos cruzados, referente à compra destes produtos e dos produtos vendidos nos hipermercados e supermercados da empresa, em que a empresa contraparte, por sua vez, além de comercializar combustíveis líquidos também é comercializador de energia elétrica em Portugal Continental, não estando demonstrado que as partes, à data da celebração do Acordo, tenham tido a intenção ou adotado qualquer preparativo para estender o dito contrato à comercialização de energia elétrica?

7) A resposta à quarta pergunta mantém-se se uma outra sociedade detida maioritariamente por uma sociedade-mãe do retalhista alimentar que é parte no Acordo (mas igualmente sem que nenhuma daquelas duas entidades tenha sido acusada ou condenada pela [AdC] e ou sido parte no processo neste tribunal), que não se encontrava abrangida pelo âmbito subjetivo de aplicação da obrigação de não-concorrência, produzia energia elétrica numa central de cogeração mas em que a totalidade da energia produzida era entregue, a preços regulados, ao Comercializador de Último Recurso?

8) No caso de uma resposta positiva às perguntas anteriores, deve o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE ser interpretado no sentido de que pode ser considerada restritiva por objeto uma cláusula que impede o aludido retalhista alimentar, pelo prazo de vigência do Acordo e no ano imediatamente seguinte, de desenvolver atividades de comercialização de energia elétrica por si ou por sociedade detida maioritariamente por uma sua sociedade-mãe que é visada no processo, no território abrangido pelo Acordo?

9) Pode o conceito de "concorrente potencial", na aceção do artigo 101.º do TFUE, da al. c) do n.º 1 do artigo 1.º do [Regulamento n.º 330/2010] [13] e do parágrafo 27 das Orientações da Comissão Europeia sobre Restrições verticais (JO 2010, C 130, p. 1) [14], ser interpretado como abrangendo uma empresa vinculada por uma cláusula de não concorrência que esteja presente num mercado de produto inteiramente distinto da contraparte no acordo, quando não existam nos autos perante o tribunal nacional quaisquer indícios concretos (tais como projetos, investimentos ou outros preparativos) de que, antes e na ausência dessa cláusula, a empresa em questão era suscetível de, dentro de um curto período de tempo, entrar no mercado da outra parte, nem se tenha demonstrado que tal empresa era, antes e na ausência dessa cláusula, percecionada pela contraparte no acordo como um concorrente potencial no mercado em causa?

10) Pode o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE ser interpretado no sentido de que o simples facto de um acordo de parceria entre uma empresa ativa na comercialização de eletricidade e uma empresa ativa na venda a retalho de produtos alimentares e não alimentares de consumo no lar, para a promoção cruzada das suas respetivas atividades (no âmbito da qual, entre outras, a primeira empresa concede descontos aos seus clientes sobre o seu consumo de energia elétrica que a segunda empresa deduz do preço das compras desses clientes nos estabelecimentos de retalho), conter uma cláusula em que ambas as partes se comprometem a não competir uma com a outra e a não celebrar acordos similares com concorrentes uma da outra, significa que o objeto dessa cláusula é restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, embora:

   – o alcance temporal da cláusula em questão (prazo de um ano do acordo, acrescido de mais um ano) coincida com o período definido no mesmo acordo, durante o qual as partes não estão autorizadas a utilizar segredos comerciais ou know-how adquiridos no âmbito da implementação da parceria em projetos com terceiros;

   – o alcance geográfico da cláusula se limite ao alcance geográfico do acordo;

[13] Regulamento da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO 2010, L 102, p. 1).

[14] A seguir «Orientações relativas às restrições verticais».

– o alcance subjetivo da cláusula seja limitado às partes do acordo e às empresas em que detêm uma participação maioritária e a outras empresas do mesmo grupo que também possuem e/ou operam estabelecimentos de retalho abrangidos pelo acordo;

– o alcance subjetivo da cláusula exclua a vasta maioria das sociedades pertencentes ao mesmo grupo económico das partes, as quais, portanto, não estão vinculadas pela cláusula e podem competir com a contraparte durante e após a vigência do acordo;

– as empresas abrangidas pela cláusula de não concorrência estejam presentes em mercados de produto inteiramente distintos e não se tenha demonstrado que, no momento da celebração do acordo, haviam desenvolvido quaisquer projetos ou planos, ou realizado investimentos ou outros preparativos, para entrar no mercado de produto da outra parte?

11) Deve o conceito de "acordo vertical", na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, da al. a) do n.º 1 do artigo 1.º do [Regulamento n.º 330/2010] e da al. c) do parágrafo 25 das [Orientações relativas às restrições verticais], ser interpretado como abrangendo um acordo com as características descritas nas questões anteriores, no âmbito do qual as partes estão presentes em mercados de produto inteiramente distintos e não se demonstrou que tenham feito, antes e na ausência do acordo, quaisquer projetos, investimentos ou planos para entrar no mercado de produto da outra parte, mas no âmbito do qual as partes, para efeitos do acordo em causa, disponibilizam uma à outra as respetivas redes comerciais, forças de vendas e *know-how* para promoverem, angariarem e aumentarem a clientela e o negócio da outra parte?»

22. Foram apresentadas observações escritas pelas recorrentes no processo principal, pelo Governo português e pela Comissão Europeia. Estas partes, e a AdC, que não apresentou observações escritas, manifestaram-se, além disso, na audiência realizada em 9 de novembro de 2022.

III. Análise

23. Antes de abordar as questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio (secção B), considero útil clarificar pontos relativos à competência do Tribunal de Justiça para responder a estas questões prejudiciais e pronunciar-me quanto à sua admissibilidade (secção A).

A. Quanto à competência do Tribunal de Justiça e à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

24. Por um lado, no que respeita à competência do Tribunal de Justiça, saliento que as recorrentes no processo principal foram condenadas apenas com base no artigo 9.º, n.º 1, da Lei Portuguesa da Concorrência, e não por força de uma disposição do direito da União. Ora, segundo jurisprudência assente, no âmbito do processo previsto no artigo 267.º TFUE, o Tribunal de Justiça não é competente para interpretar o direito nacional, sendo este exercício da competência exclusiva do órgão jurisdicional de reenvio [15]. Coloca-se então a questão de saber se o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

[15] Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK) e o. [C-307/18, a seguir «Acórdão Generics (UK)», EU:C:2020:52, n.º 25 e jurisprudência referida].

25. A este respeito, importa salientar que, segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre os pedidos de decisão prejudicial respeitantes a disposições do direito da União em situações nas quais, mesmo que os factos do processo principal não se insiram diretamente no âmbito de aplicação desse direito, as referidas disposições foram declaradas aplicáveis pelo direito nacional, em virtude de uma remissão operada por este último para o conteúdo daquelas [16].

26. No caso em apreço, é pacífico que o artigo 9.º da Lei Portuguesa da Concorrência se inspira no conteúdo do artigo 101.º TFUE [17] e corresponde, no essencial, ao conteúdo do mesmo. Esta disposição deve, portanto, ser aplicada de forma conforme ao artigo 101.º TFUE, tanto mais que o órgão jurisdicional de reenvio considera que, para a resolução do litígio sobre o qual é chamado a pronunciar-se, é essencial obter esclarecimentos sobre o alcance de certos conceitos próprios do direito da concorrência da União.

27. Daqui resulta, em minha opinião, que o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões prejudiciais.

28. Por outro lado, no que respeita às exigências relativas ao conteúdo de um reenvio prejudicial que figuram no artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, recordo que, nos termos dessa disposição, qualquer pedido de decisão prejudicial contém, nomeadamente, «uma *exposição sumária do objeto* do litígio bem como dos *factos pertinentes*, conforme apurados pelo órgão jurisdicional de reenvio, ou, no mínimo, uma exposição dos dados factuais em que as questões assentam» [18]. Esta exigência é particularmente válida no domínio da concorrência, que se caracteriza por situações de facto e de direito complexas [19].

29. A este respeito, saliento que, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio apenas consagrou poucos esforços para apresentar uma «exposição sumária do objeto do litígio» [20] ou para limitar esta exposição aos «factos pertinentes» [21], distinguindo, entre estes últimos, os que são considerados estabelecidos [22] dos que não o são [23]. Portanto, é unicamente à luz dos factos considerados provados que deverão ser analisadas as questões prejudiciais submetidas.

30. Ora, constato que a segunda questão prejudicial assenta numa hipótese factual que é identificada como não provada. Mais precisamente, esta questão diz respeito à qualificação da cláusula de não concorrência de restrição por objeto, quando se refere a «entidades que não são concorrentes atuais ou *potenciais*», e parte da premissa da inexistência de concorrência potencial ainda que se trate precisamente de uma das principais questões que justificam o reenvio

16 Quando uma legislação nacional se adequa, relativamente às soluções que dá a situações puramente internas, às soluções preconizadas pelo direito da União, a fim, por exemplo, de evitar eventuais distorções de concorrência, ou ainda de assegurar um procedimento único em situações comparáveis, existe um indiscutível interesse em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos retomados do direito da União sejam interpretados de modo uniforme [v., neste sentido, Acórdão Generics (UK), n.ºs 26 e 27].

17 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a redação desta disposição «converge substancialmente com o teor do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE».

18 As exigências do artigo 94.º do Regulamento de Processo são recordadas no n.º 15 das Recomendações do [Tribunal de Justiça] à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (JO 2019, C 380, p. 1).

19 V. Acórdão de 3 de março de 2021, Poste Italiane e Agenzia delle entrate — Riscossione (C-434/19 e C-435/19, EU:C:2021:162, n.º 77 e jurisprudência referida).

20 O pedido de decisão prejudicial contém 277 páginas às quais falta estrutura, coerência e em que foi feito um fraco esforço de sintetização.

21 Apenas uma parte limitada dos 298 pontos dedicados aos «factos provados» é pertinente para dar respostas úteis ao órgão jurisdicional de reenvio.

22 V. pedido de decisão prejudicial original, pp. 84 a 146 (n.ºs 1 a 298).

23 V. pedido de decisão prejudicial original, pp. 167 a 169 (n.ºs 1 a 13).

prejudicial. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que uma das questões às quais importa responder é a de saber se «devem as empresas visadas pela decisão da AdC ser vistas como concorrentes potenciais» [24].

31. Portanto, mesmo se, em princípio, as questões prejudiciais submetidas por um órgão jurisdicional nacional beneficiarem de uma presunção de pertinência [25], e de não caber ao Tribunal de Justiça verificar a exatidão do quadro factual [26], a interpretação solicitada do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, no âmbito desta questão prejudicial, é, no caso em apreço, de natureza hipotética.

32. Tendo em conta o que precede, considero que a segunda questão prejudicial deve ser considerada inadmissível.

B. Quanto às questões prejudiciais

33. À semelhança de todas as partes e interessados que apresentaram observações escritas, considero que as questões prejudiciais submetidas podem ser agrupadas em torno de quatro problemáticas sobre as quais o órgão jurisdicional de reenvio solicita clarificações, a saber:

– o conceito de «concorrência potencial», e mais precisamente a questão de saber se e em que condições as empresas presentes em mercados de produtos distintos podem ser consideradas concorrentes potenciais para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE (*terceira a sétima e nona questões*);

– a qualificação jurídica de um Acordo de Parceria celebrado entre empresas que tende à promoção cruzada das suas respetivas atividades (*décima primeira questão*);

– as condições em que uma restrição à concorrência pode ser considerada acessória de um acordo cujo objeto não seja anticoncorrencial (*décima questão*); e

– a qualificação de uma cláusula de não concorrência de restrição da concorrência «por objetivo [(objeto)]» ou «por efeito» (*primeira e oitava questões*).

34. Proponho examinar estas problemáticas na ordem acima indicada, na medida em que o facto de as partes serem ou não concorrentes potenciais (secção 1) e a análise da natureza do acordo (secção 2) são elementos importantes para determinar se a cláusula de não concorrência deve ser considerada acessória do acordo (secção 3) ou, em caso negativo, uma restrição da concorrência por objeto (secção 4).

1. Quanto ao conceito de «concorrência potencial»

35. Com a terceira a sétima e nona questões prejudiciais, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se e em que condições, o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um retalhista de bens alimentares, vinculado por um acordo de parceria com um comercializador de energia elétrica cujo objeto é promover as

[24] V. pedido de decisão prejudicial original, p. 229.

[25] V. Acórdão de 6 de outubro de 2021, Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, n.º 28).

[26] V. Acórdão de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, a seguir «Acórdão Hoffmann-La Roche», EU:C:2018:25, n.º 45).

suas atividades respetivas e que contém uma cláusula de não concorrência, pode ser considerado um concorrente potencial no mercado da comercialização de energia elétrica, ainda que, no momento da celebração desse acordo, não exercesse nenhuma atividade nesse mercado.

36. Mais precisamente, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a pertinência, no âmbito do estabelecimento da existência de uma relação de concorrência potencial no mercado da comercialização da energia elétrica, de uma série de diferentes elementos probatórios, tais como:

– a intenção deste retalhista de produtos alimentares de entrar no mercado da comercialização da energia elétrica (*terceira questão*);

– os preparativos dessa entrada, incluindo a existência de indícios concretos que demonstrem que esse retalhista era suscetível, dentro de um curto período de tempo, de entrar no mercado em causa, tais como projetos, investimentos ou outros preparativos (*terceira e nona questões*);

– a perceção do comercializador de energia elétrica quanto aos constrangimentos concorrenciais impostos pelo retalhista (*nona questão*);

– as atividades de sociedades do grupo de empresas a que pertence o retalhista em mercados vizinhos ou conexos ao mercado da comercialização de energia elétrica (*quarta e sexta questões*);

– a atividade do retalhista alimentar no mercado a montante da produção de eletricidade (*quinta e sétima questões*).

37. Com estas questões, que implicam os elementos de prova examinados no Acórdão Generics (UK), o órgão jurisdicional de reenvio procura, em substância, clarificar o alcance desse acórdão e, mais precisamente, saber se esses elementos passam a constituir um critério geral para apreciar a existência de uma concorrência potencial.

38. Recorde-se que, no Acórdão Generics (UK), o Tribunal de Justiça declarou que um fabricante de medicamentos originais titular de uma patente de processo de fabrico de um princípio ativo caído no domínio público, por um lado, e fabricantes de medicamentos genéricos que se preparam para entrar no mercado do medicamento que contém esse princípio ativo, por outro, que estão em litígio sobre a validade dessa patente ou sobre o caráter contrafeito dos medicamentos genéricos em questão, são potenciais concorrentes quando se demonstre que o fabricante de medicamentos genéricos tem efetivamente a firme intenção e capacidade própria para entrar no mercado e não se defronta com barreiras à entrada de caráter intransponível [27].

39. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça baseou-se num critério bem estabelecido na jurisprudência [28], o de determinar se existiam *possibilidades reais e concretas* de a empresa que não está presente no mercado relevante entrar nesse mercado e concorrer com esta ou outras empresas já nele presentes. Assim, quando está em causa um acordo que tem por consequência manter temporariamente fora do mercado uma empresa, há que determinar se, na falta do referido acordo, existiriam tais possibilidades reais e concretas de entrada. O Tribunal de Justiça explicou que esse critério exclui que uma relação de concorrência potencial possa decorrer apenas da possibilidade, puramente hipotética, dessa entrada, ou ainda de uma mera vontade

27 Acórdão Generics (UK), n.º 58.

28 V. n.º 47 e nota 38 das presentes conclusões.

nesse sentido. Em contrapartida, o critério não exige, de modo algum, que se demonstre com certeza que esse fabricante entrará efetivamente no mercado em causa ou que posteriormente conseguirá manter-se nele. Por último, o Tribunal de Justiça confirmou que a apreciação da existência de concorrência potencial deve ser efetuada atendendo à estrutura do mercado e ao contexto económico e jurídico que regula o seu funcionamento [29].

40. Foi, portanto, apenas à luz do critério das «possibilidades reais e concretas» de entrada no mercado, tendo em conta as especificidades regulamentares e jurídicas do setor farmacêutico, que o Tribunal de Justiça apreciou a existência de uma relação de concorrência [30].

41. As recorrentes no processo principal sustentam que, com o Acórdão generics (UK), o Tribunal de Justiça pretendeu precisar o critério geral relativo ao conceito de «concorrência potencial» quando as empresas em causa não estão presentes no mesmo mercado de produtos, exigindo que três condições estivessem reunidas, que deveriam ser satisfeitas cumulativa e sucessivamente: i) a empresa em causa deve ter a possibilidade real e concreta de entrar no mercado em questão, ii) esta deve ter a intenção firme e capacidade de entrar nesse mercado e iii) deve ter efetuado preparativos suficientes para aceder ao referido mercado dentro de um curto período de tempo.

42. Neste contexto, considero que importa, antes de mais, precisar o âmbito de análise do conceito de «concorrência potencial» (secção a), recordar em seguida a apreciação da concorrência potencial na jurisprudência anterior ao Acórdão Generics (UK) (secção b) e, por último, efetuar uma análise concreta dos diferentes elementos probatórios a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio (secção c).

a) Quanto ao âmbito de análise da «concorrência potencial»

43. A título preliminar, recordo que, por força do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos celebrados entre empresas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham «por objetivo [(por objeto)] ou efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência. Por conseguinte, decorre desta disposição que a qualificação de um acordo entre empresas suscetível de restringir a concorrência pressupõe a existência de concorrência passível de ser restringida [31]. Assim, se a análise do contexto factual, económico e jurídico em que um acordo se insere revelar que as empresas em causa não são concorrentes, um tal acordo também não pode ser qualificado *ipso facto* como restritivo da concorrência.

44. Ora, as condições de concorrência que existem num determinado mercado assentam não só na *concorrência atual* — também apelidada de *real* — entre as empresas já presentes no mercado de produtos, mas também na *concorrência potencial* entre essas empresas e empresas que ainda

29 Acórdão Generics (UK), n.ºs 36 a 39 e jurisprudência referida.

30 Para esse efeito, o Tribunal de Justiça, no Acórdão generics (UK), verificou se: i) à data da celebração do acordo, o fabricante de medicamentos genéricos tinha efetuado preparativos para aceder ao mercado em causa num prazo de tal modo curto que podia exercer pressão concorrencial sobre o fabricante de medicamentos originais (n.ºs 43 e 44); ii) a entrada no mercado desse fabricante não se deparava com barreiras à entrada de caráter intransponível (n.ºs 45 a 53); iii) existiam elementos adicionais que corroboravam a constatação de uma firme intenção e capacidade própria do fabricante de medicamentos genéricos para aceder ao mercado em causa, tais como o facto de a empresa em causa operar ao mesmo nível da cadeia de produção ou a vontade manifestada por um fabricante de medicamentos originais e concretizada, de proceder a transferências de valores importantes a favor de um fabricante de medicamentos genéricos como contrapartida do adiamento da entrada deste no mercado (n.ºs 55 a 57).

31 V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Generics (UK) e o. [C-307/18, a seguir «Conclusões no processo Generics (UK)», EU:C:2020:28, n.º 57 e jurisprudência referida].

não estejam aí presentes [32]. Esta constatação explica o motivo pelo qual, na falta de concorrência atual ou potencial, um acordo não pode ser restritivo, independentemente do facto de o acordo ter ou não um objeto anticoncorrencial [33].

45. Neste sentido, o conceito de «concorrência potencial» visa determinar o *grau de condicionalismos concorrenciais* exercidos pelas empresas que não operam nos mesmos mercados de produtos ou geográficos [34] e não é tomado em consideração no âmbito da definição desses mercados, na medida em que as condições em que pode efetivamente constituir um condicionalismo concorrencial depende da análise de certos fatores e de circunstâncias relativas às condições de entrada nos referidos mercados. A análise da concorrência potencial só é, portanto, levada a cabo num estádio posterior, geralmente uma vez que a posição das empresas em causa no mercado já tenha sido determinada [35]. Nesta ótica, a concorrência potencial implica uma análise prospetiva, o que explica porque é pertinente no âmbito de aplicação do artigo 102.º TFUE [36] e do controlo das concentrações [37].

b) Quanto à apreciação da «concorrência potencial»

46. No âmbito da aplicação do artigo 101.º TFUE, pode distinguir-se duas situações: i) casos em que as empresas desenvolvem as suas atividades nos mesmos mercados de produto geograficamente distintos e (ii) casos em que operam em mercados de produto diferentes.

47. Por um lado, *no que respeita à concorrência potencial entre empresas que desenvolvem as suas atividades nos mesmos mercados de produtos geograficamente distintos*, o juiz da União foi muitas vezes levado a analisar a existência de uma relação de concorrência potencial no âmbito de acordos celebrados entre empresas ativas no mesmo mercado de produtos, mas em mercados geograficamente distintos [38]. Estes processos, que foram essencialmente tratados como acordos

32 V. Conclusões no processo Generics (UK), n.º 58 e jurisprudência referida.

33 O que explica por que razão a tese que sustenta a Comissão nas suas observações, inspirada no Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, a seguir «Acórdão Servier do Tribunal Geral», EU:T:2018:922, n.ºs 318 a 320), segundo a qual o limite a partir do qual a existência de uma concorrência potencial é admitida varia em função do caráter nocivo do acordo é, em minha opinião, metodologicamente errado.

34 V. Comunicação da Comissão relativa à [definição] de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5), ponto 13, sendo as outras fontes de condicionalismos concorrenciais i) a substituibilidade do lado da procura e ii) a substituibilidade ao nível da oferta.

35 V. Comunicação da Comissão relativa à [definição] de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, ponto 24, e Acórdão de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-191/98 e T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, n.º 834).

36 V. as minhas Conclusões no processo Servizio Elettrico Nazionale e o. (C-377/20, EU:C:2021:998, n.º 110).

37 A natura prospetiva deste conceito faz com que este seja muito pertinente no âmbito do controlo das concentrações de empresas [v. artigo 2.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, L 24, p. 1), bem como o anexo I do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (JO 2004, L 133, p. 1, conforme alterado, nomeadamente, pelo Regulamento de Execução n.º 1269/2013 da Comissão, de 5 de dezembro de 2013), a saber, o «Formulário CO» relativo à notificação de uma concentração, que prevê, no n.º 6.4, quanto à análise dos «[o]utros mercados em que a operação notificada é suscetível ter um impacto significativo», que «[u]ma parte será considerada um *concorrente potencial*, em especial quando projeta entrar num mercado ou quando desenvolveu ou prosseguiu planos nesse sentido durante os últimos três anos». V., também, n.ºs 58 a 60 das Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do [R]egulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, C 31, p. 5).

38 V. Acórdãos de 25 de janeiro de 2007, Salzgitter Mannesmann/Comissão (C-411/04 P, EU:C:2007:54); de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, a seguir «Acórdão Toshiba», EU:C:2016:26); de 15 de setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, a seguir «Acórdão ENS», EU:T:1998:198); de 8 de julho de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comissão (T-44/00, EU:T:2004:218); de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, a seguir «Acórdão Visa Europe», EU:T:2011:181); de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, a seguir «Acórdão E.ON Ruhrgas» EU:T:2012:332); de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão (T-519/09, não publicado, a seguir «Acórdão Toshiba do Tribunal Geral», EU:T:2014:263); e de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão (T-208/13, a seguir «Acórdão Portugal Telecom», EU:T:2016:368).

de partilha de mercados geográficos que tinham claramente um objeto anticoncorrencial, permitiram aos órgãos jurisdicionais da União estabelecer o limite a partir do qual a existência de uma restrição à concorrência potencial podia ser constatada para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE. Mais precisamente, o Tribunal Geral, no Acórdão ENS, inspirando-se no Acórdão Delimits [39], referiu-se pela primeira vez ao critério da existência de *possibilidades reais e concretas* de acesso a outra empresa no mercado relevante para apreciar a existência de uma concorrência potencial [40]. Desde então, este critério foi reiterado várias vezes pelos órgãos jurisdicionais da União quando estes foram levados a determinar se um acordo era suscetível de tornar mais difícil o acesso ao mercado de concorrentes potenciais [41].

48. Esta mesma jurisprudência também permitiu constatar que, para verificar a existência de concorrência potencial, importa tomar em consideração as condições nas quais se cumpre o jogo da concorrência no mercado em causa, e que se a possibilidade de integrar esse mercado fosse irrealista ou puramente teórica não poderia ser tomada em consideração [42]. Por outras palavras, este exame deve ser efetuado numa base objetiva dessas possibilidades [43]. Esta apreciação casuística teve como consequência que os órgãos jurisdicionais da União foram levados a analisar uma miríade de indícios conexos às especificidades dos mercados de produtos em causa e que tinham por objeto, nomeadamente, a facilidade de acesso ao mesmo para estabelecer a plausibilidade desse acesso [44].

49. Por outro lado, ***no que respeita à concorrência potencial entre empresas que desenvolvem as suas atividades em mercados de produtos diferentes***, saliento antes de mais que nem o quadro regulatório nem a jurisprudência exigem que a concorrência potencial seja efetuada entre empresas ativas no mesmo mercado de produtos [45]. Ora, as únicas referências jurisprudenciais que podem ser pertinentes a este respeito são os acórdãos decorrentes dos processos relativos aos acordos «pay-for-delay» [46], na medida em que, no âmbito desses acordos, as empresas em causa não desenvolviam concretamente as suas atividades no mesmo mercado de produtos, uma vez que os fabricantes de genéricos não tinham, no momento da celebração dos acordos litigiosos, nenhuma atividade no mercado do medicamento original.

50. A este respeito, observo que o facto de estes acórdãos constituírem a única referência jurisprudencial é lógico, na medida em que a configuração de um acordo anticoncorrencial entre empresas que não desenvolvem as suas atividades nos mesmos mercados de produtos é rara e seria

39 Acórdão de 28 de fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, n.os 21 e 22).

40 Acórdão ENS, n.os 137 a 142.

41 V. nota 38 das presentes conclusões e Acórdãos de 22 de março de 2011, Altstoff Recycling Austria/Comissão (T-419/03, EU:T:2011:102, n.º 65), e Visa Europe, n.os 22 e 83.

42 Acórdão Visa Europe, n.os 84 e 85.

43 Acórdão E.ON Ruhrgas, n.º 105.

44 A título de exemplo, foram assim considerados como relevantes: o caráter limitado do mercado doméstico numa ligação de transporte aéreo [Acórdão de 4 de julho de 2006, easyJet/Comissão (T-177/04, EU:T:2006:187, n.º 118)]; os obstáculos à entrada do mercado em relação ao monopólio histórico (Acórdão E.ON Ruhrgas, n.º 94); as especificidades do tráfego transatlântico de transporte marítimo [Acórdão de 28 de fevereiro de 2002, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-395/94, EU:T:2002:49, n.º 356)]; a aceitação de projetos de clientes situados noutro mercado geográfico (Acórdão Toshiba do Tribunal Geral, n.º 232).

45 V., neste sentido, ponto 10 da Comunicação da Comissão, de 14 de janeiro de 2011, que contém as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º [TFUE] aos acordos de cooperação horizontal (JO 2011, C 11, p. 1; a seguir «Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal»).

46 A saber, acordos celebrados entre, por um lado, fabricantes de medicamentos originais titulares de uma patente de processo de fabrico de um princípio ativo caído no domínio público e, por outro, fabricantes de medicamentos genéricos, por força dos quais estes últimos se comprometiam a não entrar (ou a adiar a sua entrada) no mercado do medicamento original que continha esse princípio ativo genérico mediante pagamento a seu favor pelo fabricante de medicamentos patenteados.

difícil de conceber, nomeadamente quando as respetivas atividades das empresas não têm lugar em mercados conexos (como mercados a montante ou a jusante na cadeia de produção). Todavia, essa configuração pode ocorrer, nomeadamente, quando um mercado é contestável [47].

51. No caso em apreço, é pacífico que as partes do acordo em causa no processo principal não eram concorrentes nos mesmos mercados de produtos, em Portugal ou noutro lugar. Neste sentido, a jurisprudência relativa às empresas que desenvolvem as suas atividades nos mesmos mercados de produtos pode, à primeira vista, parecer menos pertinente, na medida em que é, em princípio, mais fácil estabelecer uma relação de concorrência potencial quando as empresas já estão presentes no mercado de produtos, ainda que em zonas geográficas diferentes. É essencialmente com base nesta consideração que as recorrentes no processo principal alegam que, perante situações em que as empresas não desenvolvem atividade nos mesmos mercados de produtos, o nível de prova exigível para demonstrar uma relação de concorrência potencial deveria depender de critérios mais estritos. Na falta de referências jurisprudenciais úteis, a jurisprudência recente resultante dos acórdãos relativos aos acordos «pay-for-delay» torna-se, portanto, pertinente.

52. Todavia, embora a prova de possibilidades reais e concretas de entrada no âmbito de empresas que desenvolvem as suas atividades em mercados de produtos diferentes seja objetivamente mais difícil de fazer, contrariamente ao que alegam as recorrentes no processo principal, não penso que, com o Acórdão Generics (UK), o Tribunal de Justiça tenha pretendido afastar-se da jurisprudência anterior, exigindo critérios mais estritos ou elevando o nível de prova exigível para constatar uma relação de concorrência.

53. Com efeito, por um lado, no Acórdão Generics (UK), o Tribunal de Justiça recordou, num primeiro momento, a jurisprudência constante relativa ao conceito de «concorrência potencial», ao confirmar que o único critério pertinente era o das «possibilidades reais e concretas de a empresa [ausente do mercado relevante] entrar nesse mercado e concorrer com as [outras empresas]» [48]. Assim, os n.os 36 a 39 do Acórdão Generics (UK) apenas reiteram a jurisprudência existente [49]. No cerne deste critério encontra-se, em minha opinião, a necessidade de distinguir a «concorrência potencial» e a «mera especulação» de um possível acesso ao mercado [50], independentemente do facto de uma empresa desenvolver ou não as suas atividades no mesmo mercado de produtos. Por conseguinte, este critério exclui a conclusão de que uma relação de concorrência potencial possa resultar apenas da possibilidade, puramente hipotética, de tal entrada [51]. Além disso, essa demonstração deve assentar em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado relevante. Uma empresa não pode ser qualificada como concorrente potencial se a entrada no mercado não corresponder a uma estratégia económica viável [52].

47 Um mercado é considerado «contestável» quando: i) não há obstáculos à entrada ou à saída; ii) qualquer empresa, quer esteja estabelecida ou participante potencial no mercado, tem acesso à mesma tecnologia de produção; iii) existe uma informação perfeita sobre os preços acessíveis a todos os consumidores e empresas; iv) os participantes [potenciais] podem entrar e sair antes de as empresas estabelecidas poderem ajustar os preços (v. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE, 1993, p. 29, disponível no seguinte sítio Internet: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf).

48 V. n.os 39 e 47 das presentes conclusões.

49 V., também, neste sentido, Acórdão de 25 de março de 2021, Lundbeck/Comissão (C-591/16 P, a seguir «Acórdão Lundbeck», EU:C:2021:243, n.º 54 e jurisprudência referida).

50 V., neste sentido, «Concept of potential competition», *OECD Competition Committee Discussion Paper*, OCDE, 2021, p. 15; e Dunne, N., «Potential competition in EU law», ECLR 2021, 42,12, p. 639.

51 Acórdão Generics (UK), n.º 38.

52 Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, a seguir «Acórdão Lundbeck do Tribunal Geral», EU:T:2016:449, n.º 100 e jurisprudência referida).

54. Por outro lado, foi apenas num segundo momento da análise no Acórdão Generics (UK), aquando da apreciação da concorrência potencial à luz da estrutura do mercado farmacêutico e do contexto económico e jurídico que regula o seu funcionamento, que os diferentes elementos probatórios, citados no n.º 40 das presentes conclusões, foram analisados pelo Tribunal de Justiça. A redação da parte introdutória do n.º 43 desse acórdão não podia ser mais clara a esse respeito.

55. Daqui resulta que a fundamentação do Tribunal de Justiça no Acórdão Generics (UK) não pode ser transposta para todas as hipóteses de concorrência potencial, pelo que não se pode atribuir a estes elementos probatórios a qualificação de «condições» que devem ser preenchidas para que se determine uma relação de concorrência potencial entre empresas que desenvolvem as suas atividades em mercados de produtos distintos.

56. Todavia, esta constatação não significa que os elementos probatórios citados nesse acórdão e reiterados nos acórdãos posteriores não ofereçam referências úteis na análise do caso concreto, que poderia fornecer precisões para efeitos de guiar o órgão jurisdicional de reenvio na sua interpretação. Ainda que façam parte do setor farmacêutico e que apresentem especificidades únicas não transponíveis para o caso concreto, estes acórdãos permitem enquadrar os diferentes elementos probatórios suscetíveis de caracterizar uma situação de concorrência potencial. É à luz destas considerações que proponho analisá-las.

c) Quanto à aplicação no caso concreto dos elementos suscetíveis de caracterizar uma situação de concorrência potencial

57. Recorde-se que o TCRS, à semelhança da AdC, qualificou a cláusula de não concorrência de acordo de partilha do mercado para a comercialização da energia elétrica em Portugal Continental, considerando que a MCH era uma concorrente potencial da EDP Comercial nesse mercado. Para constatar a existência desta relação de concorrência potencial, o TCRS baseou-se em: i) o contexto em que o acordo de parceria tinha sido celebrado, ou seja, em plena fase de liberalização da oferta no setor da energia; ii) o facto de as partes se considerarem reciprocamente concorrentes potenciais, e iii) as diferentes atividades das sociedades do Grupo Sonae, a saber: a) a existência de uma parceria com a Endesa; b) a presença do Grupo Sonae no mercado a montante da produção de energia elétrica; e c) a parceria comercial celebrada com a GALP.

58. As recorrentes no processo principal respondem que a MCH não pode ser qualificada como concorrente potencial e que, na falta dessa qualificação, o próprio fundamento da decisão recorrida desaparece. Mais precisamente, alegam que os elementos que a AdC e o TCRS tiveram em conta, nomeadamente as três circunstâncias factuais já referidas, não eram pertinentes e não podem demonstrar uma relação de concorrência potencial.

59. A este respeito, saliento que, uma vez que a cláusula de não concorrência, pela sua natureza e pelo seu objeto, era suscetível de manter temporariamente fora do mercado da comercialização da energia elétrica a MCH ou qualquer outra empresa detida maioritariamente pela Sonae Investimentos, há que determinar se, na falta dessa cláusula, existiriam *possibilidades reais e concretas* de pelo menos uma dessas empresas aceder a esse mercado. A apreciação da existência de uma concorrência potencial deve ser, portanto, por um lado, efetuada à luz da estrutura do mercado e do contexto económico e jurídico que regulam o seu funcionamento e, por outro, assente em elementos de facto.

60. Daqui resulta que o ponto de partida da análise deve ser necessariamente o quadro regulatório português aplicável à comercialização da energia elétrica e, nomeadamente, a análise dos obstáculos à entrada de novos atores. A este respeito, resulta dos autos do processo que o quadro regulatório, desde 1995, promove um regime de livre concorrência através da simplificação das condições de acesso e exercício da atividade, passando a atividade a estar sujeita apenas a registo em vez de licenciamento [53]. Todavia, a AdC reconheceu que os custos de entrada ou de expansão subsistem mesmo após a liberalização [54].

61. Apesar da importância que reveste a análise do quadro regulatório, o órgão jurisdicional de reenvio parece antes interrogar o Tribunal de Justiça sobre os outros critérios tidos em consideração pela AdC e pelo TCRS, perguntando, em substância, se cada um dos elementos factuais em que assenta a análise, considerados isoladamente, é suficiente para concluir pela existência de uma concorrência potencial entre as partes no acordo de parceria.

62. A este respeito, recordo que a apreciação da concorrência potencial assenta numa miríade de elementos de prova que diferem em função do mercado em causa [55]. Esta abordagem contextual é conforme, por outro lado, com o nível de prova requerido pela constatação de uma infração ao título do artigo 101.º TFUE [56]. Assim, embora certos elementos de prova não sejam em si mesmos determinantes, podem reforçar-se mutuamente. Por conseguinte, no caso em apreço, é importante determinar se os elementos de prova, considerados em conjunto, constituem uma demonstração suficiente da existência de uma concorrência potencial [57], uma apreciação que apenas compete ao órgão jurisdicional de reenvio [58].

1) Quanto à pertinência da intenção da empresa de integrar o mercado relevante (terceira questão)

63. Em primeiro lugar, no que respeita à valoração a atribuir à intenção de uma empresa de integrar um mercado, resulta de jurisprudência constante que, se tal intenção for «*eventualmente pertinente*» para averiguar se esta pode ser considerada uma concorrente potencial, o elemento essencial no qual deve assentar essa qualificação é constituído pela sua capacidade para integrar o referido mercado [59]. Esta qualificação deve, portanto, ser feita com base numa apreciação objetiva, correlativamente ao critério da «capacidade» de integração. Um elemento de prova de natureza subjetiva, como a intenção, não pode, portanto, constituir um elemento autónomo, essencial ou indispensável para demonstrar a existência de uma relação de concorrência potencial [60]. Esta abordagem é coerente com a regra geral de que, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um acordo, nada proíbe que a tomem em consideração [61].

53 V. facto provado n.º 32 da decisão de reenvio.

54 V. n.º 686 da decisão recorrida.

55 V. n.º 48 das presentes conclusões.

56 V. Acórdão Toshiba do Tribunal Geral, n.º 93.

57 V., neste sentido, Acórdão E.ON Ruhrgas, n.º 106.

58 À luz da natureza bastante factual das questões submetidas, preciso que, no âmbito do processo previsto no artigo 267.º TFUE, o papel do Tribunal de Justiça se limita à interpretação das disposições do direito da União. Assim, não cabe ao Tribunal de Justiça, mas ao órgão jurisdicional de reenvio, apreciar, de forma definitiva, se, tendo em conta todos os elementos pertinentes que caracterizam a situação no processo principal e o contexto económico e jurídico em que esta se insere, o acordo em causa tem por objetivo restringir a concorrência [v., neste sentido, Acórdão de 18 de Novembro de 2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, n.ºs 51 e 52)].

59 V. Acórdãos Visa Europe, n.º 168; E.ON Ruhrgas, n.º 87; Portugal Telecom, n.º 186; e Servier do Tribunal Geral, n.º 318.

60 V. Acórdãos de 29 de junho de 2012, GDF Suez/Comissão (T-370/09, EU:T:2012:333, n.º 84); Visa Europe, n.º 169; e Lundbeck do Tribunal Geral, n.º 102.

61 V. Acórdão de 2 de abril de 2020, Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2020:265, n.º 53 e jurisprudência referida).

64. Todavia, as recorrentes no processo principal alegam que, à luz do Acórdão Generics (UK), a «firme intenção» de entrar no mercado em causa deveria, doravante, constituir uma das condições a preencher para demonstrar a existência de uma relação de concorrência potencial.

65. Pelas razões já expostas nos n.os 53 a 55 das presentes conclusões, não considero que o Tribunal de Justiça tenha pretendido impor tal condição ou, pelo menos, adaptar o critério relativo à intenção de entrar no mercado, tornando-o mais exigente. Pelo contrário, a importância atribuída à intenção das partes estava, na minha opinião, estritamente associada às especificidades factuais dos processos em causa [62]. Com efeito, no Acórdão Generics (UK), a «vontade», manifestada por um fabricante de medicamentos originais de proceder a transferências de valores a favor de um fabricante de medicamentos genéricos como contrapartida do adiamento da entrada deste no mercado de um princípio ativo caído no domínio público, apesar de o primeiro acusar o segundo de violar as suas patentes de processo, foi tratada como um *indício forte* da condição de concorrência que confirma a capacidade própria do fabricante de medicamentos genéricos para aceder ao referido mercado. Esta abordagem foi confirmada nos Acórdão Lundbeck [63] e no Acórdão Servier do Tribunal Geral [64].

66. Portanto, embora, em situações em que as empresas não estão presentes nos mesmos mercados de produtos, um elemento factual que ilustre a intenção de aceder a um mercado possa, é certo, confirmar a capacidade desse acesso, apenas intervém a título complementar e não é indispensável para demonstrar uma relação de concorrência potencial.

2) Quanto à pertinência dos preparativos para a entrada no mercado relevante (quarta e sexta questões)

67. Em segundo lugar, no que respeita à importância a atribuir aos preparativos que permitem aceder a um mercado dentro de um curto período de tempo, constato que, embora este elemento tenha sido objeto de análise no Acórdão Generics (UK) [65], pelas razões que decorrem da análise acima efetuada, não pode constituir uma condição indispensável para provar a existência de uma concorrência potencial.

68. Com efeito, a opção por fazer referência aos preparativos no Acórdão Generics (UK) estava intrinsecamente ligada às especificidades do setor farmacêutico, nomeadamente ao facto de o acesso ao mercado de um medicamento que continha um princípio ativo caído no domínio público estar sujeito aos condicionalismos regulamentares e jurídicos próprios. Além disso, o Tribunal de Justiça explicou que esses preparativos permitiam demonstrar, nomeadamente, a *capacidade própria* de um fabricante de medicamentos genéricos aceder a esse mercado [66].

62 V. Acórdão Generics (UK), n.º 55.

63 Acórdão Lundbeck, n.os 56, 57 e 117.

64 Acórdão Servier do Tribunal Geral, n.º 382.

65 Acórdão Generics (UK), n.º 43.

66 Acórdão Generics (UK), n.os 41 e 44. Os condicionalismos regulamentares e jurídicos consistem: i) nas autorizações necessárias para a comercialização de uma versão genérica do medicamento em causa (a emissão de uma autorização de introdução no mercado pela autoridade nacional competente); ii) nas exigências de manutenção de um *stock* suficiente; e iii) nas iniciativas judiciais destinadas a pôr em causa patentes de processo detidas por um fabricante de medicamentos originais. Para uma exposição das etapas que devem ser transpostas para penetrar neste mercado, v., também, Acórdão Servier do Tribunal Geral, n.º 337.

69. Daqui resulta que o elemento dos preparativos não pode constituir uma exigência autónoma da demonstração de uma relação de concorrência potencial e deve ser analisado em correlação com o elemento da *capacidade*. A sua pertinência dependerá, portanto, do contexto específico do mercado, sendo tal elemento de pertinência limitada quando o mercado em causa é contestável.

70. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a pertinência desse elemento de prova ao examinar, por um lado, se a entrada de uma empresa no mercado da comercialização da energia elétrica estava sujeita aos condicionalismos regulamentares ou adequados à abertura do mercado da energia elétrica e, por outro, a duração necessária para a obtenção de eventuais autorizações que davam direito à comercialização da energia elétrica. Tal apreciação inserir-se-ia no âmbito da apreciação mais global da *capacidade* de uma empresa para aceder a esse mercado num prazo apto a fazer recair uma pressão concorrencial. No caso em apreço, este prazo corresponde ao lapso de tempo de dois anos após a celebração do acordo em causa (período que corresponde à duração em vigor da cláusula de não concorrência)[67]. A este respeito, contrariamente ao setor do medicamento, não se afigura que existiam limitações de ordem administrativa que poderiam impedir um novo ator de entrar no mercado da comercialização da eletricidade no momento da última etapa da liberalização desse mercado[68].

3) Quanto à pertinência da perceção da empresa presente no mercado em causa (nona questão)

71. Em terceiro lugar, no que respeita à perceção da empresa presente no mercado em causa (nona questão), o Tribunal de Justiça pôde presumir, no Acórdão Generics (UK), tal perceção do fabricante de medicamentos originais pelo facto de que este procedeu a transferências de valores importantes a favor de um fabricante de medicamentos genéricos, sendo esta ação reveladora do risco que representava o fabricante de medicamentos genéricos para os seus interesses comerciais[69]. Bem como os outros elementos factuais, este elemento foi declarado pertinente à luz das especificidades do mercado em causa, e não pode constituir uma exigência probatória para se demonstrar uma relação de concorrência potencial.

72. No caso em apreço, não resulta claramente dos autos do processo se o TCRS se baseou em provas ligadas à existência de uma (eventual) perceção, na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio precisa que o TCRS teve em consideração, para decidir em primeira instância, a circunstância de as «[v]isadas se reconhecerem mútua e reciprocamente como potenciais concorrentes»[70], sem todavia precisar o tipo de prova que estava à sua disposição. Na falta de tais elementos de prova, coloca-se a questão de saber se a própria existência de uma cláusula de não concorrência poderia ser reveladora de tal perceção, nomeadamente no contexto de um mercado liberalizado.

73. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a celebração de um acordo entre empresas que tem por objeto manter uma delas fora de um determinado mercado representa um «forte indício» da existência de uma relação concorrencial[71]. Esta análise parece-me lógica. Se as partes num acordo de não concorrência não se vissem como concorrentes

67 V., por analogia, Acórdão Servier do Tribunal Geral, n.os 333 a 336.

68 V., a este respeito, n.os 13 e 85 das presentes conclusões. V., também, Acórdão E.ON Ruhrgas, no qual o Tribunal Geral não constatou preparativos no âmbito da apreciação de possibilidades reais e concretas de entrada no mercado do abastecimento de gás natural.

69 Acórdão Generics (UK), n.os 56, 57 e 42, e Conclusões no processo Generics (UK), n.os 60 e 86. V., igualmente, neste sentido, Acórdão Lundbeck do Tribunal Geral, n.º 104).

70 V. pedido de decisão prejudicial original, p. 244.

71 V., neste sentido, Acórdãos Toshiba, n.os 33 e 34; Portugal Telecom, n.º 180; de 28 de junho de 2016, Telefónica/Comissão (T-216/13, a seguir «Acórdão Telefónica», EU:T:2016:369, n.os 218 e 227); e Lundbeck do Tribunal Geral, n.º 144.

potenciais, não teriam, em princípio [72], nenhuma razão para celebrar tal acordo. A existência de tal acordo só teria sentido se houvesse concorrência a restringir, constituindo a celebração desse acordo um reconhecimento do facto de que as partes eram, pelo menos, concorrentes potenciais [73].

74. Todavia, tal como para os outros elementos referidos, embora a própria existência da cláusula de não concorrência constitua, pelo menos, um *forte indício* da existência de uma relação de concorrência potencial, essa relação deve ser corroborada por outros elementos relacionados com a realidade do mercado. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio examinar, à luz das razões invocadas para justificar a cláusula de não concorrência, se esta perceção confirma a existência de tal concorrência potencial.

4) Quanto à pertinência das atividades das sociedades do Grupo Sonae nos mercados de produtos e geográficos vizinhos (quarta e sétima questões)

75. Em quarto lugar, no que respeita à pertinência das atividades das sociedades do Grupo Sonae nos mercados de produtos e geográficos vizinhos, importa distinguir entre a existência da *joint venture* Sodesa e a da produção de eletricidade da central de cogeração.

76. Por um lado, no que respeita à *joint venture* Sodesa, recorde-se que, no acórdão recorrido, o TCRS considerou que o Grupo Sonae tinha adquirido *know-how* no setor da comercialização da energia elétrica pertinente no âmbito da apreciação da concorrência potencial, graças à parceria celebrada entre uma empresa detida pela Sonae Capital e pela Endesa, o ator histórico em Espanha no mercado da produção e da comercialização da eletricidade [74]. Segundo o TCRS, esse *know-how* adquirido teria facilitado a entrada nesse mercado e era, por conseguinte, pertinente no âmbito da apreciação da concorrência potencial. Além disso, a dissolução desta parceria mais de três anos antes da celebração do Acordo de Parceria em causa no processo principal não exclui a qualificação da MCH de concorrente potencial.

77. A este respeito, saliento, primeiro, que o facto de a Sodesa *(quarta questão)* ter cessado as suas atividades em 2008, três anos e meio antes da assinatura do Acordo de Parceria, não significa que a AdC não deveria ter tido em conta, como elemento de prova de uma concorrência potencial, o facto de o Grupo Sonae ter adquirido um *know-how* no mercado em causa e de, num passado relativamente recente, já ter desenvolvido uma atividade de comercialização de energia elétrica em Portugal. Qualquer elemento, mesmo anterior à celebração do Acordo de Parceria, pode ser pertinente para a determinação de uma concorrência potencial [75]. Neste sentido, esse *know-how* teria podido efetivamente ser útil para integrar, num prazo curto, o mercado da comercialização da energia elétrica, o que teria representado um condicionalismo concorrencial para a EDP Comercial.

78. Segundo, no que respeita ao argumento de que a Sonae SGPS, que adquiriu um *know-how* no setor da comercialização de energia elétrica graças à sua participação (por intermédio de uma das suas filiais) na Sodesa, não era parte no Acordo de Parceria nem mencionada na cláusula de não concorrência, importa salientar que, independentemente da questão de saber se a Sonae SGPS podia ser considerada como formando uma única empresa com a MCH, na aceção do direito da

72 V., todavia, n.º 104 das presentes conclusões, sobre eventuais justificações das cláusulas de não concorrência.

73 V., neste sentido, Acórdão Portugal Telecom, n.ºs 178 a 180.

74 Esta parceria assumiu a forma de uma *joint venture*, a Sodesa, detida a 50 % por cada uma das sociedades participantes, e que tinha por objetivo comercializar energia elétrica no mercado liberalizado português. A participação da Sonae Capital durou de 2002 a 2008, data em que a Sodesa cessou a sua atividade.

75 V., neste sentido, Acórdãos do Tribunal Geral Lundbeck, n.º 138, e Servier do Tribunal Geral, n.º 385.

concorrência, nada impede que se tenha em conta, enquanto elemento factual, a circunstância de determinadas sociedades do Grupo Sonae terem desenvolvido as suas atividades, por intermédio da Sodesa, no mesmo mercado que a EDP Comercial. Neste sentido, uma empresa que desenvolve atividade no setor do comércio a retalho de produtos alimentares que faz parte de um grupo que também opera no setor da energia pode certamente exercer uma pressão mais importante devido à sua potencial entrada no mercado do que uma empresa que faz parte de um grupo económico que opera exclusivamente no setor do comércio retalhista de produtos alimentares. Todavia, no contexto dessa mesma análise, os argumentos avançados pela MCH relativos às possibilidades reais de transmissão do *know-how* a partir da Sonae Capital ao grupo e, nomeadamente, à MCH na sequência da dissolução da Sodesa [76] resultam de uma apreciação de facto, que, embora decisiva quanto ao peso a atribuir à parceria com a Endesa, é da competência exclusiva do órgão jurisdicional de reenvio.

79. Por outro lado, no que respeita à central de cogeração *(sétima questão)*, resulta dos autos do processo que uma das sociedades do Grupo Sonae, a saber, a Sonae Capital SGPS, que não está abrangida pelo âmbito subjetivo de aplicação da cláusula de não concorrência, desenvolvia as suas atividades no domínio da produção de eletricidade em Portugal, a partir de setembro de 2009, através da aquisição, nomeadamente, da totalidade do capital social de uma empresa que detém e explora uma central de cogeração em ciclo combinado com base em turbina a gás natural na zona de Paiã (Portugal).

80. Ora, com base nestas constatações, é impossível apreciar o valor probatório que importa atribuir a este elemento de prova. Na medida em que a cláusula de não concorrência não se aplica à Sonae Capital, e que a decisão recorrida não lhe era dirigida, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio estabelecer as relações entre as atividades de produção numa central de cogeração e a eventual facilitação da entrada da MCH no mercado da comercialização de energia elétrica [77].

5) Quanto à pertinência da parceria celebrada com a GALP (sexta questão)

81. Em quinto lugar, quanto à pertinência da parceria celebrada com a GALP, recordo que, como outro fundamento da existência de uma relação de concorrência potencial entre as recorrentes, a sentença do TCRS baseia-se no facto de, desde 2004, a MCH e a GALP, um operador presente no mercado da comercialização de energia elétrica em Portugal e no mercado da comercialização de combustíveis, terem desenvolvido uma parceria que concede descontos aos clientes comuns para as suas compras de combustível (nas estações GALP) e de bens de grande consumo nos estabelecimentos operados pela MCH) sob a forma de vale ou cupão («Programa vice-versa»).

82. A este respeito, tendo em conta a análise precedente, considero que, no contexto de liberalização de um mercado, e dado que a GALP era uma concorrente direta da EDP, não se pode certamente criticar a AdC por ter analisado a parceria celebrada entre a MCH e a GALP, não obstante o facto de esta parceria ter sido constituída mais de sete anos antes do acordo, na medida em que ainda estava em vigor no momento do acordo de parceria em causa no processo principal. Todavia, sem prejuízo da apreciação do valor probatório que importa conferir a esta parceria, saliento que como o Programa vice-versa se refere exclusivamente à distribuição

[76] A MCH alega que, na sequência da dissolução da Sodesa, os funcionários que participaram nessa parceria deixaram de trabalhar para o Grupo Sonae.

[77] V., a este respeito, a análise no n.º 85 das presentes conclusões.

retalhista de combustíveis para veículos, parece menos plausível que tenha gerado diretamente vantagens suscetíveis de facilitar a entrada da MCH no mercado da comercialização da energia elétrica.

6) Quanto à pertinência das atividades das partes no mercado da produção de eletricidade (quinta e sétima questões)

83. Em sexto e último lugar, no que respeita à pertinência das atividades das partes no mercado da produção de eletricidade (quinta e sétima questões), resulta da decisão recorrida que a MCH e outras sociedades detidas pela Sonae Investimentos, todas ligadas pela cláusula de não concorrência, desenvolviam as suas atividades, desde 2009, no mercado da produção de eletricidade através de instalações de micro e de minigeração graças a painéis fotovoltaicos nas coberturas dos estabelecimentos de venda a retalho explorados por essas sociedades. Esta presença no mercado a montante da produção de eletricidade levou o TCRS a concluir pela existência de uma concorrência potencial entre a MCH e a EDP Comercial no mercado da comercialização de energia elétrica.

84. A este respeito, importa salientar que os mercados da produção de eletricidade e da comercialização da mesma aos clientes finais são mercados distintos. Todavia, importa observar, como refere a Comissão, que as empresas a montante (ou a jusante) na cadeia de produção são frequentemente operadores potenciais bem posicionados para entrar num novo mercado, incluindo no setor da eletricidade e do gás, nomeadamente quando existe uma integração vertical entre esses mercados. A este título, a AdC não pode ser acusada de também ter tido em conta esta circunstância.

85. Quanto à importância que deve ser atribuída ao facto de a MCH produzir eletricidade por intermédio de instalações situadas nas coberturas dos seus estabelecimentos no âmbito de um regime especial, nos termos do qual a energia produzida é fornecida, a preços regulamentados, ao comercializador de último recurso, esta depende de uma apreciação puramente factual à qual o Tribunal de Justiça não tem de se pronunciar. Cabe, portanto, ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se essas instalações poderiam conceder vantagens reais e concretas à MCH, com vista a uma eventual integração no mercado da comercialização de energia. Todavia, considero que tal circunstância parece pouco suscetível, por si só, de fazer da MCH, ou de qualquer outra empresa participada maioritariamente pela Sonae Investimentos, operadores particularmente bem posicionados no mercado a jusante da comercialização de energia elétrica, tendo em conta, por um lado, a inexistência de vínculos jurídicos, técnicos e económicos entre a atividade de geração sob o referido regime especial e a atividade de comercialização de energia elétrica e, por outro, o volume muito limitado de energia produzida, uma vez que essa produção visa principalmente, mais do que a realização de lucros, a rentabilização de um ativo existente.

2. Quanto à qualificação jurídica do acordo de parceria de «acordo vertical»

86. Com a sua décima primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se um acordo de parceria, como o que está em causa no processo principal, está abrangido pelo conceito de «contrato de agência» ou, pelo menos, pelo conceito de «acordo vertical», na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 330/2010.

87. As dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio provêm, em substância, de uma das linhas argumentativas das recorrentes nos processos principais, segundo a qual o Acordo de Parceria em causa no processo principal consiste em disponibilizar as suas redes comerciais, forças de venda e *know-how* respetivos para promover, angariar e aumentar a clientela e o negócio da outra parte, características essas abrangidas pelo conceito de «acordo vertical» e, mais especificamente, de «contrato de agência». Estas qualificações jurídicas são pertinentes para a apreciação da cláusula de não concorrência, na medida em que o risco comercial e a salvaguarda dos investimentos realizados pelas partes podem servir para contextualizar e justificar a sua inclusão [78].

88. Antes de analisar se o acordo em causa no processo principal pode ser qualificado como «contrato de agência» (secção b) ou pelo menos de «acordo vertical» (secção c), considero útil recordar brevemente o quadro de aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos verticais (secção a).

a) Quanto à aplicabilidade do artigo 101.º TFUE aos acordos verticais

89. O artigo 101.º TFUE aplica-se aos acordos verticais suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que falseiam a concorrência (a seguir «restrições verticais»). Fornece, portanto, um quadro jurídico para apreciar restrições verticais que tem em conta a distinção entre os efeitos anticoncorrenciais e os efeitos pró-concorrenciais. O artigo 101.º, n.º 1, TFUE proíbe os acordos que restrinjam ou falseiem significativamente a concorrência, enquanto o n.º 3 do mesmo artigo prevê uma isenção dos acordos que criem benefícios suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais [79].

90. No âmbito da aplicação desta última disposição, a Comissão definiu, por via de regulamento, categorias de acordos verticais relativamente aos quais se considera que satisfazem normalmente as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, TFUE, tais como, nomeadamente, os acordos verticais de compra ou de venda de bens ou serviços, quando sejam celebrados entre empresas que não sejam concorrentes [80]. Entram nestas categorias determinados tipos de acordos verticais que podem melhorar a eficiência económica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição graças, nomeadamente, a uma diminuição dos custos de transação e distribuição [81]. A possibilidade de tais efeitos pró-eficiência compensarem eventuais efeitos anticoncorrenciais depende, nomeadamente, do grau de poder de mercado das partes no acordo e, por conseguinte, da medida em que estas empresas enfrentam a concorrência de outros fornecedores [82]. É por essa razão que o regulamento de isenção cria uma presunção de que quando a quota do mercado de cada parte do acordo no mercado relevante não ultrapassa 30 %, os acordos verticais que não contenham determinados tipos de restrições graves da concorrência conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição e proporcionam aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes.

78 Tais cláusulas estão previstas, nomeadamente, na Diretiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de dezembro de 1986, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais (JO 1986, L 382; p. 17), no artigo 7.º, n.º 2, e no artigo 20.º

79 V. Orientações relativas às restrições verticais (JO 2010, C 130, p. 1; a seguir «Orientações relativas às restrições verticais», pontos 5 a 7.

80 V. Regulamento n.º 330/2010, considerandos 3 a 5.

81 V. Regulamento n.º 330/2010, considerando 6.

82 V. Regulamento n.º 330/2010, considerando 7.

b) Quanto à qualificação de «contrato de agência»

91. Um «contrato de agência» é um tipo específico de acordo vertical que não está geralmente abrangido pela proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE [83]. Este contrato é definido como um contrato celebrado entre uma empresa (o comitente) e um agente, a saber, «uma pessoa singular ou colectiva incumbida de negociar e/ou celebrar contratos por conta [do comitente], quer em nome do próprio agente, quer em nome do comitente, relativamente à compra de bens ou serviços pelo comitente, ou venda de bens ou serviços fornecidos pelo comitente» [84]. Para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o acordo será considerado como um «[contrato] de agência» se o agente não suportar quaisquer riscos ou suportar apenas riscos insignificantes em relação aos contratos celebrados e/ou negociados por conta do comitente [85]. No caso destes contratos, a função de venda ou de aquisição do agente faz parte integrante das atividades do comitente, que suporta os riscos comerciais e financeiros, o que implica que nenhuma das obrigações impostas ao agente relativamente aos contratos concluídos por conta do comitente são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE [86].

92. No caso em apreço, as recorrentes no processo principal sustentam que o Acordo de Parceria deveria ter sido considerado «uma agência cruzada» ou uma «agência bilateral», na medida em que cada um dos contratantes promove as vendas da contraparte [87].

93. Não posso subscrever esta qualificação.

94. Antes de mais, embora seja pacífico, à luz da cláusula 2.1. do Acordo de Parceria, que este visava potenciar o desenvolvimento das atividades de comercialização de energia elétrica pela EDP Comercial e de distribuição retalhista pela MCH [88], não resulta do conteúdo deste acordo que as partes contratantes tenham pretendido revender os produtos da outra parte como distribuidores independentes, de modo a terem de negociar ou celebrar os contratos na qualidade de agentes em nome da outra parte [89].

95. Em seguida, como resulta das Orientações sobre os acordos verticais, o fator determinante na definição de um contrato de agência para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 101.º TFUE é o risco comercial ou financeiro que suporta o agente em relação às atividades relativamente às quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente [90]. Ora, resulta da decisão de reenvio que, embora os custos de execução da parceria (relacionados com os descontos no preço, a publicidade, o *marketing* e a comunicação) tenham sido suportados em partes iguais pelas partes no Acordo de Parceria, não era esse o caso do montante dos descontos [91].

83 V. Orientações relativas às restrições verticais, pontos 12 a 21.

84 V. Orientações relativas às restrições verticais, ponto 12.

85 V. Orientações relativas às restrições verticais, pontos 15 e 18.

86 V. Orientações relativas às restrições verticais, ponto 18. Tais obrigações inerentes a um contrato de agência que devem poder determinar a estratégia comercial do comitente são as que impõem limitações relativas ao território no qual, ou em relação aos clientes a quem, o agente pode vender os bens ou serviços do comitente, bem como os preços e as condições em que o agente o pode fazer.

87 Mais precisamente, elas alegam que este acordo reunia todos os elementos que caracterizam um contrato de agência, designadamente: i) a obrigação mútua de promover a celebração de contratos por conta da outra parte, ii) a sua autonomia, e iii) o caráter oneroso do Acordo de Parceria, que correspondia à retribuição do agente, consistindo esta na contraprestação à qual a outra parte estava vinculada.

88 V. n.º 7 das presentes conclusões.

89 Embora o nome dado a um acordo não seja determinante para estabelecer a sua natureza, não é menos verdade que as recorrentes não qualificaram o seu acordo de «contrato de agência» ou de «distribuição», mas de acordo de «parceria».

90 V. n.º 91 das presentes conclusões.

91 V. n.º 11 das presentes conclusões.

96. Por último, admitindo que os custos de execução da parceria constituíram a «contrapartida» dos serviços de agência, importa constatar que as partes parecem ter realizado uma campanha de promoção sobre os seus produtos respetivos, e não sobre os produtos individuais de cada parte. Com efeito, resulta claramente dos termos do Acordo de Parceria que a MCH não teria beneficiado da promoção dos contratos de comercialização da energia elétrica da EDP Comercial se os seus clientes não tivessem aderido simultaneamente ao programa de fidelidade da MCH. Do mesmo modo, a EDP Comercial não convenceria os clientes a subscreverem o programa de fidelidade da MCH se não celebrassem ao mesmo tempo um contrato de comercialização de energia elétrica. Não se pode, portanto, tratar a ação de cada uma das duas empresas como ações autónomas de promoção dos produtos da outra.

c) Quanto à qualificação de «acordo vertical»

97. No que respeita à qualificação do contrato de parceria de «acordo vertical» de modo a poder aplicar o regulamento de isenção por categoria, importa recordar que o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 330/2010 define um «[a]cordo vertical» como «um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, *para efeitos do acordo ou da prática concertada*, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços» [92]. A apreciação da natureza vertical de um acordo faz-se, portanto, «para efeitos do acordo». Por conseguinte, pode também haver um acordo vertical entre concorrentes se, para efeitos do acordo, as partes exercerem a diferentes níveis da cadeia de produção/distribuição. Por conseguinte, a questão de saber se o Acordo de Parceria constitui um acordo vertical deve ser apreciada independentemente da concorrência potencial verificada.

98. No caso em apreço, e apesar da análise que se segue, pretendo sublinhar, desde logo, que importa relativizar a importância da qualificação jurídica do Acordo de Parceria como «acordo vertical», na medida em que a apreciação do caráter anticoncorrencial da cláusula de não concorrência deverá ser efetuada de maneira independente, e mais precisamente em relação ao seu caráter acessório [93]. Com efeito, o que é problemático no processo principal não é o Acordo de Parceria enquanto tal, mas a cláusula de não concorrência [94]. Duvido, então, que o facto de o Acordo de Parceria poder ser qualificado de «acordo vertical» tenha qualquer tipo de incidência na apreciação do caráter anticoncorrencial desta cláusula.

99. Feitas estas observações, saliento que, pelas razões já mencionadas nos n.ºs 94 a 96 das presentes conclusões, resulta que o objetivo principal da parceria era o aumento das vendas dos produtos das duas partes, e não a vontade de agir como distribuidores independentes dos produtos da outra. Portanto, as partes realizaram uma campanha de promoção conjunta, incidindo sobre os respetivos produtos, e não sobre os produtos individuais de cada parte. Sem prejuízo da apreciação do órgão jurisdicional de reenvio, os elementos factuais fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio levam a pensar que este acordo apresenta semelhanças com um

92 Noto que esta definição foi mantida no artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2022/720 da Comissão, de 10 de maio de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, [TFUE] a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO 2022, L 134, p. 4), que entrou em vigor em 1 de junho de 2022 e substituiu o Regulamento n.º 330/2010. V., igualmente, Orientações relativas às restrições verticais, n.ºs 24 a 26.

93 Este ponto é objeto de análise na secção III.B.3 das presentes conclusões.

94 Por outro lado, o facto de um acordo constituir um acordo vertical não exclui a possibilidade do mesmo comportar uma restrição da concorrência «por objeto». Embora sejam, por natureza, frequentemente menos prejudiciais relativamente à concorrência do que os acordos horizontais, os acordos verticais também podem, contudo, em determinadas circunstâncias, ter um potencial restritivo particularmente elevado [v., neste sentido, Acórdãos de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 43), e de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, n.º 21)].

«acordo de comercialização», na aceção das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal [95], celebrado com vista à realização de uma campanha publicitária conjunta para os produtos respetivos das partes. Todavia, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, com base numa eventual definição dos mercados relevantes, se esse acordo implica uma cooperação no domínio da venda, agindo as partes, para efeitos do Acordo de Parceria, ao mesmo nível da cadeia económica.

3. Quanto ao caráter acessório da cláusula de não concorrência

100. Com a sua décima questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma cláusula de não concorrência, como a que consta do Acordo de Parceria em causa no processo principal, pode ser considerada uma restrição acessória à operação principal deste acordo tendo em conta, nomeadamente, o seu alcance temporal, geográfico e subjetivo [96].

a) Quanto ao quadro de apreciação das «restrições acessórias» dos acordos comerciais

101. Antes de mais, importa recordar que é qualificada de «restrição acessória» qualquer restrição que esteja *diretamente relacionada* e seja *necessária* à realização de uma operação principal que, em si mesma, não tem caráter anticoncorrencial [97]. A teoria das restrições acessórias, inicialmente desenvolvida no âmbito dos acordos puramente comerciais, mais alargada no setor regulamentar [98], permite portanto apreciar os efeitos de determinadas restrições a montante do artigo 101.º TFUE.

102. Mais especificamente, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, se uma operação ou uma atividade determinada não estiver abrangida pelo princípio da proibição previsto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, devido à sua neutralidade ou ao seu efeito positivo no plano da concorrência, uma restrição da autonomia comercial de um ou de vários dos participantes nessa operação ou nessa atividade também não está abrangida pelo referido princípio da proibição se essa restrição for *objetivamente necessária* à realização da referida operação ou da referida atividade e *proporcionada aos objetivos* de uma ou da outra [99].

103. Assim, quando não for possível dissociar tal restrição da operação ou da atividade principal sem comprometer a existência e o objeto dessa operação ou dessa atividade, há que analisar a compatibilidade com o artigo 101.º TFUE desta restrição juntamente com a compatibilidade da

95 V. Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal, pontos 225 a 228.

96 V., respetivamente, i) primeiro, ii) segundo e iii) terceiro e quarto travessões da décima questão prejudicial.

97 V. Acórdão de 18 de setembro de 2001, M6 e o./Comissão (T-112/99, EU:T:2001:215, n.ºs 104 a 106). V., também, Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações (2005/C 56/03) (JO 2005, C 56, p. 24), ponto 12.

98 V. Acórdãos de 25 de outubro de 1977, Metro SB-Großmärkte/Comissão (26/76, EU:C:1977:167), e de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). Para aplicação no domínio regulamentar, v. as minhas Conclusões no processo European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, n.ºs 85 a 124).

99 V., neste sentido, Acórdãos de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, a seguir «Acórdão MasterCard», EU:C:2014:2201, n.º 89 e jurisprudência referida), e Hoffmann-La Roche, n.º 69.

operação ou da atividade principal de que é acessória, e isso apesar de, tomada isoladamente, se afigurar que essa restrição pode, à primeira vista, ser abrangida pelo princípio da proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE [100].

104. Por último, no que respeita às cláusulas de não concorrência, importa observar que a prática decisória do direito da concorrência oferece motivações perfeitamente legítimas para subtrair as cláusulas de não concorrência previstas nos acordos que constituem operações de concentração, acordos horizontais e acordos verticais à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, nomeadamente quando essas cláusulas se revelam essenciais, quer para proteger as partes de um risco associado ao acordo em questão quer para alinhar as incitações de uma e outra quanto à obtenção de um determinado resultado, oferecem motivações perfeitamente legítimas que podem escapar à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

105. É neste contexto que importa apreciar se a cláusula de não concorrência em causa no processo principal pode ser qualificada como «acessória» à operação do Acordo de Parceria e escapar à aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

b) Quanto à aplicação no presente caso

106. Resulta do pedido de decisão prejudicial que as recorrentes no processo principal sustentam que, no contexto do Acordo de Parceria em causa no presente processo, a cláusula de não concorrência tinha por função proteger a confidencialidade de informações comercialmente sensíveis trocadas para a execução do «Plano EDP Continente». Tal cláusula é, assim, estritamente acessória a este acordo. Com efeito, as recorrentes no processo principal consideram que as cláusulas de confidencialidade (cláusula 16), de proteção da propriedade intelectual (cláusula 11) e de proteção dos dados pessoais (cláusula 9) do Acordo de Parceria não eram suficientes para proteger os seus investimentos e o seu *know-how* partilhados no âmbito da sua cooperação. Por outro lado, também alegam que o alcance da cláusula de não concorrência era suficientemente limitado, uma vez que não se estendia para além dos setores de atividade abrangidos pela parceria e das sociedades com acesso a informações comercialmente sensíveis. Por último, o fluxo de informação prosseguiu um certo tempo após o termo da execução da parceria, o que permitiu prolongar a duração da cláusula.

107. Pelas razões que se seguem, e à luz das exigências resultantes da jurisprudência recordada nos n.ºs 102 a 104 das presentes conclusões, considero que, embora os autos submetidos ao Tribunal de Justiça não contenham nenhum elemento suscetível de pôr em causa o caráter favorável ou, pelo menos, neutro para a concorrência do Acordo de Parceria celebrado entre a MCH e a EDP Comercial, não se pode, em contrapartida, considerar que uma cláusula de não concorrência tenha sido *objetivamente necessária* à execução desse acordo e *proporcionada aos objetivos* prosseguidos pelo mesmo.

[100] V., neste sentido, Acórdãos MasterCard, n.º 90, e Hoffmann-La Roche, n.º 70. Tratando-se de determinar se uma restrição anticoncorrencial pode escapar à proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, por constituir o acessório de uma operação principal desprovida de tal caráter anticoncorrencial, há que apurar se a realização dessa operação *seria impossível na falta da restrição em questão*. Não se pode considerar que o facto de a referida operação se tornar simplesmente mais difícil de realizar, ou até menos rentável, sem a restrição em causa confere a esta restrição o caráter «objetivamente necessário» exigido para poder ser qualificada como acessória. Com efeito, tal interpretação equivaleria a alargar esse conceito a restrições que não são estritamente indispensáveis à realização da operação principal. Esse resultado poria em causa o efeito útil da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., neste sentido, Acórdãos MasterCard, n.º 91, e Hoffmann-La Roche, n.º 71).

108. Por um lado, *no que respeita ao caráter objetivamente necessário da cláusula*, embora admitindo que a proteção de dados comercialmente sensíveis possa ser considerada um objetivo legítimo no âmbito de um Acordo de Parceria que necessita de medidas adequadas que restrinjam o comportamento das partes no acordo, considero que uma cláusula de não concorrência, como a que está em causa no processo principal, não pode ser considerada *estritamente necessária* à luz desse objetivo.

109. Com efeito, primeiro, constato que, embora o objetivo declarado pelas partes no Acordo de Parceria seja o de se impedirem mutuamente de utilizar, em seu próprio benefício, informações comerciais sensíveis lançando-se numa atividade concorrente e, nomeadamente, impedir a MCH de integrar o mercado da comercialização da energia elétrica de baixa tensão ou de gás aos consumidores, a solução contratual adotada consiste em impedir a própria possibilidade de exercer a referida atividade. Ora, esta solução parece-me desproporcionada em relação ao objetivo prosseguido, na medida em que, para evitar aquilo que poderia constituir uma concorrência desleal através da utilização de informações pertencentes a uma das partes, a cláusula suprime pura e simplesmente a própria possibilidade dessa atividade concorrente. Esta diferença manifesta entre o objetivo prosseguido e a solução contratual adotada deve ser, em si mesma, suficiente para concluir que a cláusula de não concorrência é desproporcionada, tendo em conta, nomeadamente, o facto de a proibição contratual imposta à MCH de entrar no mercado da comercialização de energia elétrica ter coincidido com o período crítico de liberalização do mercado da comercialização de energia elétrica de baixa tensão.

110. Segundo, e em consequência da análise que precede, parece-me que poderiam ter sido adotadas soluções menos restritivas para proteger o fluxo de informações comercialmente sensíveis. Por exemplo, a implementação de um sistema de compartimentação da informação («*chinese wall*»), em conjugação com cláusulas de confidencialidade, de proteção da propriedade intelectual e da proteção dos dados, já existentes, teria sido adequado e igualmente eficaz para proteger as informações comercialmente sensíveis em causa.

111. Por outro lado, mesmo admitindo que a cláusula de não concorrência era objetivamente necessária à execução da parceria, considero que a sua execução não pode ser considerada *proporcionada aos objetivos* prosseguidos pelo Acordo de Parceria.

112. Com efeito, primeiro, no que respeita ao âmbito subjetivo de aplicação da cláusula de não concorrência, recordo que, embora o Acordo de Parceria diga respeito à comercialização de energia elétrica de baixa tensão aos consumidores, a cláusula de não concorrência abrange toda a comercialização de energia elétrica, em todos os níveis de tensão, incluindo a comercialização de energia elétrica de média e alta tensão aos clientes industriais, e o fornecimento de gás.

113. Segundo, quanto à circunstância de o alcance temporal da cláusula de não concorrência coincidir com o período durante o qual as partes no Acordo de Parceria em causa no processo principal não estavam autorizadas a utilizar segredos de negócio ou o *know-how* adquirido durante a sua execução, há que constatar que, embora se admita que esta circunstância seja demonstrada [101], parece resultar dos factos do processo que, uma vez que os últimos vales de

[101] A este respeito, v. pedido de decisão prejudicial original, p. 168, pontos 5 e 6, onde se indica que a circunstância de a cláusula de não concorrência se destinar a tutelar «a confidencialidade da informação comercialmente sensível partilhada *inter partes* e [o *know-how*] decorrente da Parceria» e os «segredos de negócio, informações confidenciais, informação comercialmente sensível e os investimentos que as Partes partilharam [sob a] égide do Plano EDP Continente» faz parte dos «factos não provados».

desconto emitidos para os consumidores se baseavam no seu consumo até 31 de dezembro de 2012, uma restrição que visa proteger as informações comercialmente sensíveis até 31 de dezembro de 2013 parece-me, à primeira vista, desproporcionada.

4. Quanto à qualificação da cláusula de não concorrência de restrição da concorrência «por objetivo [(objeto)]»

114. Com a primeira e oitava questões prejudiciais, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se uma cláusula de não concorrência, que consiste, no âmbito de um Acordo de Parceria, em proibir, nomeadamente ao retalhista alimentar parte nesse acordo, a entrada no mercado da comercialização de energia elétrica no qual a outra parte no referido acordo é um dos principais intervenientes, e isto no momento da última etapa da liberalização desse mercado, é suscetível de constituir uma restrição por objeto, ao passo que os consumidores retiram certos benefícios desse acordo (*primeira pergunta*) e que essa cláusula está limitada à duração do acordo acrescido de mais um ano (*oitava questão*).

a) Quanto ao conceito de «objeto anticoncorrencial» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE

115. A distinção entre restrição por objeto ou por efeito, sobre a qual o órgão jurisdicional de reenvio nos interroga através destas questões, já foi objeto de uma jurisprudência abundante e detalhada. Assim, limitar-me-ei a recordar que, para ser abrangido pela proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, um acordo deve ter «por objetivo [(por objeto)] ou efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, sendo o objeto e o efeito anticoncorrencial de um acordo condições não cumulativas, mas alternativas [102].

116. A este título, recordo que o critério jurídico essencial para determinar se um acordo contém uma restrição da concorrência «por objeto» reside na constatação de que tal acordo apresenta, em si mesmo, um *grau suficiente de nocividade para a concorrência para considerar que não é necessário apurar os respetivos efeitos* [103]. Isto resulta da circunstância de determinadas formas de coordenação entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correto e normal da concorrência [104]. Para apreciar se um acordo tem tal grau de nocividade, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere [105]. No âmbito da apreciação do referido contexto, há que tomar igualmente em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa [106]. Além disso, o conceito de restrição da concorrência «por objetivo [por objeto]» deve ser interpretado de forma restritiva [107].

102 V., a este respeito, as minhas Conclusões no processo European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, n.os 58 a 63 e jurisprudência referida).

103 V. Acórdão de 12 de janeiro de 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, n.º 106 e jurisprudência referida).

104 V. Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 50 e jurisprudência referida).

105 V. Acórdãos de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34), e de 11 de setembro de 2024, CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53).

106 V. Acórdão de 12 de janeiro de 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, n.º 107 e jurisprudência referida).

107 Acórdão Generics (UK), n.º 67 e jurisprudência referida.

b) Quanto à apreciação da cláusula de não concorrência

117. A cláusula de não concorrência em causa no processo principal, na hipótese de não constituir uma restrição acessória do Acordo de Parceria e de a relação de concorrência potencial estar estabelecida, pode ser equiparada a um acordo de repartição de mercados que, à semelhança dos acordos de fixação dos preços, constitui uma restrição manifesta da concorrência, tradicionalmente considerada uma infração particularmente grave às regras da concorrência. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou que os acordos que tendem à repartição dos mercados têm um objeto restritivo da concorrência por si mesmos e estão abrangidos por uma categoria de acordos expressamente proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. No que se refere a tais acordos, a análise do contexto económico e jurídico no qual a prática se insere pode assim limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objeto [108].

118. Embora, segundo esta jurisprudência, não seja necessário ter em conta o contexto económico em que se inscreve a cláusula de não concorrência, a sua tomada em consideração no presente caso confirma ainda mais o seu caráter restritivo. Com efeito, no caso em apreço, a aplicação da cláusula de não concorrência coincidiu com o contexto particular da liberalização do mercado da comercialização da energia elétrica de baixa tensão em Portugal Continental. Mais precisamente, esta cláusula foi celebrada alguns meses antes da liberalização completa do mercado da comercialização da energia elétrica, o que correspondia ao fim dos preços regulados para todos os consumidores finais. Neste contexto, o operador histórico português nesse mercado, a EDP, tinha interesse em adiar a entrada de potenciais concorrentes no referido mercado. Parece-me, portanto, que este contexto é suscetível de reforçar ainda mais o caráter nocivo de um acordo de repartição de mercados entre um operador histórico e um novo operador potencial.

119. Por último, considero que o facto de esta cláusula de não concorrência se inscrever no âmbito de uma cooperação mais ampla, a saber, o Acordo de Parceria, suscetível de gerar ganhos de eficiência no interesse de certos consumidores, não altera a conclusão de que esse acordo de partilha de mercados constitui, em si mesmo, uma restrição por objeto. Com efeito, pelas razões anteriormente evocadas, esta cláusula não constituía uma restrição necessária à aplicação do Acordo de Parceria e, consequentemente, à realização dos ganhos de eficiência a que podia dar origem. Neste sentido, esses eventuais ganhos não estavam ligados à cláusula de não concorrência, mas sim ao Acordo de Parceria e não podem, portanto, ser invocados para justificar a natureza pró-concorrencial dessa cláusula. De qualquer modo, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sempre que as partes num acordo invoquem os efeitos pró-concorrenciais que lhes estão associados, tais efeitos devem, enquanto elementos do contexto desse acordo, ser devidamente tidos em conta para efeitos da sua qualificação de «restrição por objetivo [(objeto)]», na medida em que são suscetíveis de pôr em causa a apreciação global do grau suficientemente nocivo da prática colusória em causa relativamente à concorrência e, consequentemente, a sua qualificação de «restrição por objetivo[(objeto)]» [109].

120. Daqui resulta que, na configuração específica do caso em apreço, a cláusula de não concorrência — presumindo que se verifique que não constitui uma restrição acessória do Acordo de Parceria e que as partes neste acordo são, pelo menos, concorrentes potenciais — deve ser analisada como uma restrição da concorrência por objeto, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, que não necessita de nenhuma análise específica dos seus efeitos.

[108] V. Acórdão Toshiba, n.ºs 28 e 29.

[109] Acórdão de 12 de janeiro de 2023, HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, n.ºs 139 a 141 e jurisprudência referida).

IV. Conclusão

121. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal):

1) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um retalhista de produtos alimentares, vinculado por um acordo de parceria com um comercializador de eletricidade cujo objeto é promover, através de um sistema de vendas ligadas, as respetivas atividades, e que contém uma cláusula de não concorrência, pode ser considerado um concorrente potencial no mercado da comercialização de energia elétrica, apesar de, no momento da celebração desse acordo, não exercer nenhuma atividade nesse mercado, se, tendo em conta as condições de entrada no referido mercado e o contexto económico e jurídico que regula o seu funcionamento, se demonstrar que existiam possibilidades reais e concretas de esse retalhista entrar nesse mesmo mercado, devendo tal demonstração assentar em elementos de prova específicos ao mercado da comercialização de energia. Para verificar se essa empresa pode ser considerada uma concorrente potencial, representando assim um condicionalismo concorrencial para o comercializador de energia elétrica, são eventualmente pertinentes — considerados em conjunto e não necessariamente determinantes em si mesmos — os elementos de prova relacionados, nomeadamente, com: i) a intenção do retalhista de produtos alimentares de entrar no mercado da comercialização de energia elétrica, como elemento que corrobora a sua capacidade para integrar o referido mercado; ii) os preparativos com vista à entrada no mercado, nomeadamente no que respeita a eventuais condicionalismos regulamentares ou específicas da abertura do mercado da comercialização de energia elétrica, suscetíveis de reforçar a capacidade de a referida empresa aceder a esse mercado num prazo suscetível de exercer uma pressão concorrencial, que corresponde, no caso em apreço, à duração em vigor da cláusula de não concorrência; iii) a perceção que o comercializador de energia elétrica tem do retalhista de produtos alimentares, constituindo a circunstância de ter inserido uma cláusula de não concorrência um forte indício da existência de uma relação potencialmente concorrencial que deve, todavia, ser corroborada por outros elementos relacionados com a realidade das condições de acesso ao mercado; iv) as diferentes atividades das outras empresas do grupo a que pertence o retalhista no mercado da comercialização da energia elétrica ou em mercados vizinhos, desde que se estabeleça um nexo entre essas atividades e a capacidade do retalhista de integrar esse mercado num prazo curto, mesmo quando essas atividades sejam anteriores à celebração do Acordo de Parceria e independentemente da questão de saber se essas empresas estavam ou não vinculadas pela cláusula de não concorrência; e v) as atividades do retalhista alimentar no mercado a montante da produção de eletricidade, desde que essas atividades sejam aptas a conceder-lhe vantagens reais e concretas com vista a uma eventual integração no mercado da comercialização de energia elétrica.

2) O artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, [TFUE] a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, deve ser interpretado no sentido de que um acordo de parceria entre um retalhista de produtos alimentares e um comercializador de energia elétrica, cujo objeto é promover, através de um sistema de vendas ligadas, as respetivas atividades, não é abrangido pelo conceito de «acordo vertical», independentemente da questão de saber se essas empresas devem ser consideradas concorrentes atuais ou potenciais, uma vez que se presume que essas empresas agem, para efeitos do acordo de cooperação, no mesmo nível da cadeia económica.

3) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula de não concorrência acordada entre as partes no âmbito de um acordo de parceria, como o do processo principal, não deve escapar à aplicação desta disposição pelo facto de essa cláusula revestir caráter acessório no âmbito desse acordo, a menos que seja demonstrado que essa cláusula é objetivamente necessária à execução da parceria e proporcionada aos objetivos prosseguidos pelo mesmo.

4) O artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma cláusula de não concorrência, como a do Acordo de Parceria em causa no processo principal — desde que seja celebrada entre duas empresas consideradas, pelo menos, concorrentes potenciais — deve ser considerada um acordo de repartição de mercados constitutivo de uma restrição da concorrência por objeto, sem que seja necessário demonstrar os seus efeitos prejudiciais concretos, a menos que essa cláusula possa ser considerada uma restrição acessória do acordo principal ou que as partes num acordo invoquem os efeitos pró-concorrenciais que lhes estão associados, que são suscetíveis de pôr em causa a apreciação global do grau suficientemente nocivo da referida cláusula.