Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
A. RANTOS
представено на 2 март 2023 година [1]

Дело C-331/21

Autoridade da Concorrência,
EDP — Energias de Portugal SA,
EDP Comercial — Comercialização de Energia SA,
Sonae MC SGPS SA, anciennement Sonae Investimentos и
Sonae MC —Modelo Continente SGPS,
Modelo Continente Hipermercados SA
при участието на:
Ministério Público

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal da Relação de Lisboa (Апелативен съд Лисабон, Португалия)

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Член 101 ДФЕС —Споразумение между доставчик на електрическа енергия и търговец на хранителни стоки на дребно, стопанисващ хипермаркети и супермаркети — Клауза за неизвършване на конкурентна дейност — Потенциална конкуренция — Разграничение между вертикално споразумение и хоризонтално споразумение — Ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“ или „с оглед на резултата“ — Регламент (ЕС) № 330/2010 —Договор за представителство — Либерализация на пазара за доставка на електроенергия“

I. Въведение

1. Може ли клауза за неизвършване на конкурентна дейност, включена в споразумение за партньорство между предприятия, работещи на различни продуктови пазари, да представлява споразумение с антиконкурентна цел по смисъла на член 101 ДФЕС и при какви условия? По същество това е въпросът, който е в основата на настоящото преюдициално запитване, отправено от Tribunal da Relação de Lisboa (Апелативен съд Лисабон, Португалия).

2. С настоящото преюдициално запитване запитващата юрисдикция иска от Съда да разгледа четири въпроса, свързани с тълкуването на член 101, параграф 1 ДФЕС, около които могат да се групират поставените преюдициални въпроси, а именно: i) преценката на потенциални конкурентни отношения между предприятия, които работят на различни продуктови пазари, ii) правната квалификация на споразумение за партньорство, насочено

[1] Език на оригиналния текст: френски.

към насърчаване на дейностите на договарящите се страни, iii) съпътстващият характер на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност в рамките на такова споразумение, и iv) квалификацията на такава клауза като ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“.

II. Спорът в главното производство, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

3. Спорът в главното производство е между Autoridade da Concorrência (Орган за защита на конкуренцията, Португалия, наричан по-нататък „AdC“) и жалбоподателите в главното производство, а именно: EDP — Energias de Portugal SA (наричано по-нататък „EDP Energias“), EDP Comercial — Comercialização de Energia SA (наричано по-нататък „EDP Comercial“), Sonae MC SGPS SA (с предходно наименование Sonae Investimentos SGSP SA и Sonae MC — Modelo Continente SGPS, наричано по-нататък „новото Sonae MC“) и Modelo Continente Hipermercados SA (наричано по-нататък „MCH“), по повод на имуществени санкции, наложени им от AdC[2] на основание член 9, параграф 1, буква c) от португалския Закон за конкуренцията[3] за това, че са договорили клауза за неизвършване на конкурентна дейност в рамките на споразумение за партньорство. Размерът на тези имуществени санкции е намален от Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Съд по конкурентни, регулаторни и надзорни въпроси, Португалия, наричан по-нататък „TCRS“).

4. От една страна, MCH и новото Sonae MC са част от група от португалски предприятия, работещи в множество сектори на дейност[4] (наричана по-нататък „групата Sonae“). В рамките на тази група MCH осъществява дейността си в сектора на дистрибуцията на хранителни стоки в Португалия и поддържа съвкупност от магазини (хипермаркети и супермаркети). Новото Sonae MC, което управлява дружествените дялове и развива дейност в същия сектор, притежава целия капитал на MCH.

5. От друга страна, EDP Energias и EDP Comercial са част от португалска група, чието дружество майка е EDP Energias, осъществяваща дейност по-специално в сектора на производството, разпределението и доставките на електроенергия и природен газ. Тази група е най-големият португалски участник на пазарите за производство, разпределение и доставка на електроенергия.

A. Споразумение за партньорство по делото в главното производство

6. На 5 януари 2012 г. Comercial и MCH сключват споразумение за партньорство, озаглавено „Програма EDP Continente“ (наричано по-нататък „споразумението за партньорство“), което има за цел да набира клиенти, да насърчава продажбите и да

2 С изключение на Sonae MC — Modelo Continente SGPS, на което не е наложена имуществена санкция поради липса на оборот и което е погълнато от дружеството Sonae Investimentos, променило наименованието си на Sonae MC.

3 Член 9, параграф 1 от lei n° 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as leis n°s 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à lei n° 2/99, de 13 de janeiro (Закон № 19/2012 от 8 май 2012 г., с който се одобрява нов правен режим на конкуренцията) (Diário da República, серия I, № 89 от 8 май 2012 г., наричан по-нататък „португалският Закон за конкуренцията“) гласи: „[з]абраняват се споразуменията между предприятия […], чиято цел или резултат е предотвратяването, нарушаването или ограничаването в значителна степен на конкуренцията на целия или на част от националния пазар, в частност такива, които: […] c) осъществяват подялба на пазари или на доставчици“.

4 По-конкретно, дистрибуцията на дребно, телекомуникациите и аудио-визуалните услуги, управлението на търговски центрове, продуктите на основата на дървесина, туризма и комбинираното производство на електроенергия от производството на фотоволтаична електроенергия.

предлага отстъпки на потребителите. Към датата на сключването на това споразумение посочените дружества не са конкуренти на нито един продуктов или географски пазар, включително на пазара на търговията на дребно или на пазара за доставка на електроенергия и на природен газ.

7. Посоченото споразумение включва клауза 2.1, която определя предмета на споразумението за партньорство по следния начин: „Да насърчи развитието на дейностите по доставка на електроенергия на свободен режим от EDP Comercial и по дистрибуция на дребно на хранителни и нехранителни стоки от MCH в хипермаркетите и супермаркетите [принадлежащи на MCH], както и в търговските обекти, управлявани от други дъщерни дружества на Sonae Investimentos, различни от MCH […]“.

8. От търговска гледна точка това партньорство включва предоставянето на отстъпки само за клиентите, които притежават карта „Continente“ — карта за отстъпки, издавана от MCH в рамките на програма за лоялност. Освен притежаването на тази карта клиентите, които желаят да се присъединят към „Програма EDP Continente“, трябва да сключат с EDP Comercial договор за доставка на електроенергия с ниско напрежение за либерализирания пазар в континентална Португалия. Тези клиенти получават отстъпка от 10 % от потреблението си на електроенергия, доставена от EDP Comercial. Това намаление се изразява в издаването на ваучери за отстъпки, съответстващи на стойността на намалението, които се кредитират по картата „Continente“ на съответните клиенти и те могат да ги използват при покупки в посочените в клауза 2.1 предприятия от групата Sonae.

9. Първоначално размерът на отстъпките е поет изцяло от EDP Comercial[5]. В зависимост обаче от увеличаването на потока от клиенти в посочените предприятия и от оборота, произтичащ от „Програма EDP Continente“, е предвидено MCH да поеме част от предоставените отстъпки. Другите разходи, във връзка с партньорството за реклама, маркетинг, комуникация и защита в производствата, се поемат поравно от EDP Comercial и MCH.

10. Клауза 12.1 от споразумението за партньорство, озаглавена „Изключителни права“, гласи: „В срока на действие на настоящото споразумение и за срок от една година след изтичането му [MCH] се задължава: a) да не развива, пряко или чрез дружество, в което [Sonae Investimentos] притежава мажоритарен дял, дейност по доставка на електроенергия и природен газ в континентална Португалия; b) да не договаря или установява с който и да било доставчик на електроенергия или природен газ, който не се намира в положение на контрол или на група с EDP Comercial […], споразумения за партньорство, съвместни предприятия, принципни споразумения, рекламни или други споразумения, които имат за цел или резултат предоставянето на отстъпки или други материални предимства, свързани с електрическата енергия или природния газ […]“. Съгласно клауза 12.2 EDP Comercial поема симетрични задължения по отношение на пазара на търговия на дребно на хранителни стоки в континентална Португалия.

11. Разглежданото в главното производство споразумение за партньорство действа до 31 декември 2012 г., макар присъединяването на потребителите да се е осъществявало само в периода от 9 януари 2012 г. до 4 март 2012 г. Сключването на договори за доставка на електроенергия става възможно в мрежа от 180 търговски обекта, управлявани от MCH, чието снабдяване се осъществява съвместно от EDP Comercial и MCH. Към „Програма EDP

[5] Всеки месец MCH трябва да издаде дебитно известие за стойността на ваучерите, издадени и активирани през предходния месец, което трябва да бъде изплатено в края на месеца на издаване на всяка фактура.

Continente“ се присъединяват общо 146 775 клиенти, от които 137 144 остават договорно обвързани с EDP Comercial по време на и след приключването на кампанията. Сумата от отстъпките, от които се ползват участващите в „Програма EDP Continente“, възлиза на 6 907,354 евро, а общата стойност на активираните ваучери е близо 6 024 252 евро. От тази сума МСН поема 1 795 912 евро.

Б. Приложимата правна уредба

12. Запитващата юрисдикция посочва, че това споразумение за партньорство съвпада с ключова фаза на процеса на либерализиране на пазара за доставка на електроенергия в Португалия, тъй като в края на 2012 г. изтича действието на тарифите с регулирани цени за електроенергия с ниско напрежение.

13. В това отношение процесът на либерализиране на доставката на електроенергия в Португалия протича постепенно от 1995 г. насам. От 1995 г. приложимата към пускането в продажба на електроенергия португалска правна уредба благоприятства режим на свободна конкуренция в този сектор, като опростява законовите условия за достъп и упражняване на дейност по доставка на електроенергия, тъй като тази дейност подлежи по-скоро на регистрация, отколкото на лицензиране, като по този начин се улеснява навлизането на независими оператори. През 2006 г. е въведен преходен период, през който потребителите са могли да избират между регулирания пазар и либерализирания пазар единствено въз основа на търговската привлекателност на офертите, без никаква тежест или принуда от нормативна гледна точка.

14. Считано от 1 януари 2011 г., са премахнати тарифите с регулирани цени за крайните клиенти за доставки на електроенергия със свръхвисоко, високо и средно напрежение и с ниско напрежение при определени случаи. Считано съответно от 1 юли 2012 г. и от 1 януари 2013 г., са премахнати тарифите с регулирани цени, приложими за доставката на електроенергия с ниско напрежение (малки търговски обекти/домакинства), за крайните клиенти, чиято договорна мощ е по-голяма от или равна на 10,35 kVA, и за клиенти, чиято договорна мощ е по-малка от 10,35 kVA. След тези дати сключването на нови договори е било възможно само на либерализирания пазар [6].

В. Спорното решение

15. На 4 май 2017 г. вследствие на подаден през януари 2012 г. сигнал от Ministério da Economia e do Emprego (Министерство на икономиката и заетостта, Португалия) относно твърдени нередности, произтичащи от споразумението за партньорство, AdC приема решение (наричано по-нататък „спорното решение“), с което налага на жалбоподателите в главното производство заплащането на имуществени санкции в общ размер на 38 300 000 евро за извършено нарушение на конкуренцията „с оглед на целта“ на основание член 9, параграф 1, буква c) от португалския Закон за конкуренцията.

[6] Установени са обаче преходни тарифни режими за потребителите, които не са избрали на последните дати да сключат договор на либерализирания пазар. По отношение на тези потребители се прилагат определени от Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (Регулаторен орган за енергийни услуги, Португалия) тарифи със завишени цени, за да се насърчи преходът към либерализирания пазар. Последният от тези режими преустановява действието си на 31 декември 2017 г.

16. Според AdC нарушението на конкурентното право се състои в споразумение между предприятия, което цели подялбата на пазари под формата на клауза за неизвършване на конкурентна дейност, която е включена в споразумението за партньорство (а именно клауза 12.1 (a) и клауза 12.2 (a). Засегнатите от тази клауза пазари, и трите разположени в континентална Португалия, са: i) пазарът за доставка на електроенергия, ii) пазарът за доставка на природен газ и iii) пазарът на дистрибуция на хранителни стоки на дребно. Посоченият орган упреква жалбоподателите в главното производство, че са приложили това споразумение за срок от две години в ключов момент от процеса на либерализиране на националния пазар за доставка на електроенергия, което допълнително подсилвало антиконкурентния характер на споразумението.

17. Вследствие на подадените от жалбоподателите в главното производство жалби, на 30 септември 2020 г. TCRS потвърждава спорното решение, като същевременно намалява с 10 % размера на имуществените санкции с оглед на предимството под формата на отстъпки, предоставено с разглежданото споразумение на домакинствата[7].

18. Подобно на AdC, тази юрисдикция приема, че в рамките на разглежданото в главното производство споразумение за партньорство жалбоподателите в главното производство са сключили „споразумение за неизвършване на конкурентна дейност“, което представлява ограничение на конкуренцията с оглед на целта. За да стигне до този извод, посочената юрисдикция взема предвид по-специално дейността на групата Sonae на пазарите за производство и за доставка на електроенергия преди и по време на изпълнението на това споразумение за партньорство, а именно: a) осъществяването на партньорство между предприятие от групата Sonae и Endesa SA чрез създаването на съвместното предприятие Sodesa — Comercialização de Energia, SA (наричано по-нататък „Sodesa“)[8], ii) осъществяването на партньорство между MCH и Petróleos de Portugal — Petrogal, SA (наричано по-нататък „GALP“)[9] и iii) извършването на дейности на пазарите за минигенериране, микрогенериране и комбинирано производство на електрическа енергия от MCH и от други предприятия, принадлежащи към групата Sonae[10]. Според същата юрисдикция единствено конкурентни предприятия — съществуващи или потенциални — са можели да проявят някакъв интерес към сключването на такова споразумение.

19. Жалбоподателите в главното производство, както и AdC обжалват решението на TCRS пред Tribunal da Relação de Lisboa (Апелативен съд Лисабон) — запитващата юрисдикция по настоящото дело. Във въззивната си жалба, ограничена до размера на имуществените санкции, AdC иска отмяна на решението на TCRS в частта, в която намалява с 10 % размера на наложените от него имуществени санкции[11]. От своя страна жалбоподателите в главното производство изразяват мнение, наред с останалото, че не са извършили антиконкурентни действия, и поради това искат от запитващата юрисдикция да отмени изцяло това решение

7 TCRS обосновава това намаление с факта, че споразумението за партньорство е позволило на различни групи португалски семейства да се ползват от значителни отстъпки и да закупят основни стоки. На жалбоподателите в главното производство са наложени следните имуществени санкции: на EDP Energias — 2 610 000 евро, на EDP Comercial — 23 220 000 евро, на Sonae Investimentos — 2 520 000 евро, а на MCH — 6 120 000 евро.

8 Вж. точка 76 от настоящото заключение.

9 Вж. точка 81 от настоящото заключение.

10 Вж. точка 83 от настоящото заключение.

11 AdC твърди, че предимствата за потребителите, произтичащи от споразумението за партньорство, не могат да се изтъкват като обосновка за намаляване на размера на имуществената санкция и че във всеки случай намаляването с 10 % е прекомерно.

и при условията на евентуалност, да намали размера на имуществената санкция[12]. Освен това жалбоподателите в главното производство искат от запитващата юрисдикция да отправи преюдициално запитване. Единадесетте преюдициални въпроса, отправени от запитващата юрисдикция, по същество възпроизвеждат въпросите, формулирани от тези жалбоподатели.

Г. Въпросите на запитващата юрисдикция

20. Запитващата юрисдикция изпитва съмнения относно това дали споразумението за партньорство, и по-специално клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, е могло да има отрицателно въздействие върху конкуренцията на съответните пазари.

21. При тези обстоятелства Tribunal da Relação de Lisboa (Апелативен съд Лисабон) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли член 101 ДФЕС, който е в основата на член 9 от [португалския Закон за конкуренцията], да се тълкува в смисъл, че допуска квалифицирането на клауза за неизвършване на конкурентна дейност със съдържанието на клаузите, съдържащи се в член 12, параграфи 1 и 2 […] от Споразумението за партньорство, като споразумение за ограничаване на конкуренцията с оглед на целта, сключено между доставчик на електрическа енергия и търговец на хранителни стоки на дребно, стопанисващ хипермаркети и супермаркети, с цел предоставяне на отстъпки на клиентите, които едновременно с това се абонират за определен тарифен план за енергия към доставчика на електрическа енергия, наличен в континенталната част на Португалия, и които притежават карта за лоялност към търговеца на хранителни стоки на дребно, като тези отстъпки могат да бъдат получени само под формата на покупки на стоки в обектите на последния или свързани с него дружества, когато споразумението включва и други клаузи, предвиждащи, че целта на споразумението е насърчаване на развитието на дейностите на участващите дружества […] и се установяват доказани ползи за потребителите […], без анализ на конкретните вредни последици за конкуренцията, произтичащи от посочените по-горе член 12, параграфи 1 и 2?

2) Може ли член 101, параграф 1 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че споразумение, което има за цел неосъществяване на определени икономически дейности, съответстващи на твърдяно разпределение на пазари между две предприятия, може [да се] счита за ограничаващо конкуренцията с оглед на целта, когато е сключено между субекти, които не са настоящи или потенциални конкурентни на нито един от обхванатите от посоченото задължение пазари, независимо че пазарите, обхванати от него, могат да се считат за либерализирани или без непреодолими правни пречки за навлизане?

3) Може ли член 101, параграф 1 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че за потенциални конкуренти трябва да се считат доставчик на електрическа енергия и търговец на хранителни стоки на дребно, който управлява хипермаркети и супермаркети, сключили помежду си споразумение за взаимно насърчаване на изпълнение на сделки и увеличаване на продажбите на другата страна по споразумението (и в случая на

[12] Жалбоподателите в главното производство поддържат по-специално: i) че към датата на сключване на споразумението за партньорство не е съществувала нито реална, нито потенциална конкуренция и следователно не може да се счита, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност има антиконкурентни последици, ii) целта на това споразумение не ограничава конкуренцията и iii) не са налице данни от фактическа и правна страна, които да позволят ангажирането на отговорността на съответните дружества майки.

търговеца на хранителни стоки на дребно — на дружествата, в които негово дружество майка притежава мажоритарен дял), когато към датата на сключването на споразумението търговецът на хранителни стоки на дребно и последните свързани с него дружества не осъществяват дейността на доставчика на електрическа енергия на разглеждания или на който и да било друг географски пазар и когато в производството не е доказано, че са имали намерение да осъществяват там такава дейност или са извършили каквато и да била подготвителна дейност за подготовка на нейното осъществяване?

4) Остава ли в сила същият отговор на предходния въпрос, ако друго дружество, чийто мажоритарен дял се притежава от дружество майка на търговеца на хранителни стоки на дребно, който е страна по споразумението (без обаче някой от тези два субекта да е бил обвинен или осъден от [AdC] или да е бил страна в производството пред тази юрисдикция), което не попада в субективния обхват на прилагане на задължението за неизвършване на конкурентна дейност, притежава 50 % дялово участие в трето образувание, което осъществява дейност, свързана с търговия на електроенергия, в Португалия три години и половина вследствие прекратяването на това образувание?

5) Идентичен ли е отговорът на предходния въпрос, ако предприятието за продажба на дребно, което е страна по споразумението, произвежда електроенергия чрез инсталации за минигенериране и микрогенериране, разположени на покрива на предприятията му, но в които цялата произведена електроенергия се предава на регулирани цени на доставчик от последна инстанция?

6) Остава ли в сила отговорът на четвъртия въпрос, ако предприятието на дребно, което е страна по споразумението, осем години преди датата на това споразумение е сключило (и към датата на споразумението продължава да действа) друг договор за търговско сътрудничество с трето лице, доставчик на течни горива, с цел предоставяне на кръстосани отстъпки за закупуването на тези стоки и на стоките, произхождащи от хипермаркетите и супермаркетите на предприятието, в което предприятието съдоговорител на свой ред, освен че предлага течни горива, е и доставчик на електроенергия в континенталната част на Португалия, като не е доказано, че към датата на сключване на споразумението страните са имали намерение или са предприели каквито и да било подготвителни действия за разширяване на обхвата на посочения договор за доставка на електрическа енергия?

7) Остава ли в сила отговорът на четвъртия въпрос, ако друго дружество, чийто мажоритарен дял е собственост на дружество майка на търговеца на хранителни стоки на дребно, което е страна по споразумението (но също така без някой от тези два субекта да е бил обвинен или осъден от [AdC] или да е бил страна в производството пред тази юрисдикция), което не попада в субективния обхват на прилагане на задължението за неизвършване на конкурентна дейност, произвежда електрическа енергия в централа за комбинирано производство на топлинна и електрическа енергия, но в което цялата произведена електроенергия се предава на регулирани цени на доставчик от последна инстанция?

8) При утвърдителен отговор на предходните въпроси, трябва ли член 101, параграф 1 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че може да се разглежда като ограничителна по своята цел клауза, която забранява на въпросния търговец на хранителни стоки на дребно в срока на действие на споразумението и през годината непосредствено след това да

развива дейности за доставка на електрическа енергия самостоятелно или чрез дружество, в което притежава мажоритарен дял негово дружество майка, което е обект на производство на територията, обхванатата от споразумението?

9) Може ли понятието „потенциален конкурент“ по смисъла на член 101 ДФЕС, на член 1, параграф 1, буква в) от [Регламент № 330/2010] [13] и параграф 27 от Насоките относно вертикалните ограничения (ОВ C 130, 2010 г., стр. 1) [14] да се тълкува като отнасящо се до предприятие, което е обвързано с клауза за неизвършване на конкурентна дейност, което присъства на стоков пазар, напълно различен от този на съдоговорителя, когато не са налице в преписката, представена пред националния съд, каквито и да било конкретни индиции (като проекти, инвестиции или други подготвителни действия) за това, че преди и при липсата на такава клауза въпросното предприятие е можело в краткосрочен план да навлезе на пазара на насрещната страна, и не е установено, че това предприятие преди и при липсата на такава клауза е било възприемано от насрещната страна по споразумението като потенциален конкурент на разглеждания пазар?

10) Може ли член 101, параграф 1 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че само по себе си обстоятелството, че споразумение за партньорство между предприятие, осъществяващо дейност в областта на доставките на електроенергия, и предприятие, осъществяващо дейност в областта на търговията на хранителни и нехранителни стоки на дребно за домакинството, с цел кръстосано насърчаване на съответните им дейности (в рамките на което, наред с останалото, първото предприятие предоставя отстъпки на клиентите си върху потреблението им на електрическа енергия, които второто предприятие приспада от цената на покупките на тези клиенти в обектите на дребно) съдържа клауза, с която и двете страни се ангажират да не се конкурират една с друга и да не сключват подобни споразумения с конкуренти на едното или на другото предприятие, означава, че целта на тази клауза е да ограничи конкуренцията по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, независимо че:

– времевият обхват на въпросната клауза (едногодишен срок на споразумението, удължен с една година) съвпада с определения в същото споразумение период, през който страните нямат право да използват търговски тайни или ноу-хау, придобити при реализиране на партньорството по проекти с трети лица,

– географският обхват на клаузата е ограничен до географския обхват на споразумението,

– субективният обхват на клаузата е ограничен до страните по споразумението и до предприятията, в които притежават мажоритарен дял, и до други предприятия от същата група, които също притежават и/или управляват обекти за търговия на дребно, обхванати от споразумението,

– субективният обхват на клаузата изключва по-голямата част от дружествата от същата икономическа група на страните, които следователно не са обвързани от клаузата и могат да се конкурират с насрещната страна през периода на действие на споразумението и след него,

[13] Регламент на Комисията от 20 април 2010 година за прилагането на член 101, параграф 3 от Договора за функционирането на Европейския съюз относно категориите вертикални споразумения и съгласувани практики (ОВ L 102, 2010 г., стр. 1).

[14] Наричани по-нататък „Насоките относно вертикалните ограничения“.

– предприятията, обхванати от клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, присъстват на напълно различни стокови пазари и не е доказано, че към момента на сключване на споразумението са разработили проекти или планове или са осъществили инвестиции или други подготвителни действия, за да навлязат на стоковия пазар на другата страна?

11) Трябва ли понятието „вертикално споразумение“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, член 1, параграф 1, буква а) от [Регламент № 330/2010] и параграф 25, буква в) от Насоките относно вертикалните ограничения да се тълкува като отнасящо се до споразумение с характеристиките, описани в предходните въпроси, в рамките на което страните присъстват на напълно различни стокови пазари и не е доказано, че преди и при липсата на споразумение са осъществили каквито и да било проекти, инвестиции или планове за навлизане на стоковия пазар на насрещната страна, но в рамките на което за целите на разглежданото споразумение страните си предоставят взаимно съответните търговски мрежи, търговска сила и ноу-хау за насърчаване, достигане и увеличаване на клиентелата и бизнеса на другата страна?“.

22. Писмени становища представят жалбоподателите в главното производство, португалското правителство и Европейската комисия. Тези страни и AdC, който не представя писмено становище, освен това изразяват становища в съдебното заседание, което е проведено на 9 ноември 2022 г.

III. Анализ

23. Преди да разгледам преюдициалните въпроси, поставени от запитващата юрисдикция (раздел Б), считам за полезно да бъде изяснен въпросът относно компетентността на Съда да отговори на тези преюдициални въпроси, и да се произнеса по тяхната допустимост (раздел А).

A. По компетентността на Съда и по допустимостта на преюдициалното запитване

24. От една страна, що се отнася до компетентността на Съда, отбелязвам, че на жалбоподателите в главното производство е наложена имуществена санкция единствено на основание член 9, параграф 1 от португалския Закон за конкуренцията, а не на основание разпоредба от правото на Съюза. Съгласно постоянната съдебна практика обаче в рамките на производството по член 267 ДФЕС Съдът няма компетентност да тълкува националното право, тъй като тази задача е поверена изключително на запитващата юрисдикция[15]. Следователно се поставя въпросът дали Съдът е компетентен да отговори на поставените от запитващата юрисдикция въпроси.

[15] Решение от 30 януари 2020 г., Generics (UK) и др. (C-307/18, наричано по-нататък „решение Generics (UK)“, EU:C:2020:52, т. 25 и цитираната съдебна практика).

25. В това отношение следва да се посочи, че съгласно постоянната практика Съдът е компетентен да се произнесе по преюдициално запитване относно разпоредби на правото на Съюза в случаи, в които, макар фактите по главното производство да не попадат пряко в приложното поле на правото на Съюза, разпоредбите на това право са приложими по силата на препращане в националното право към тяхното съдържание [16].

26. В случая е безспорно, че член 9 от португалския Закон за конкуренцията е вдъхновен от съдържанието на член 101 ДФЕС [17] и в основната си част съответства на посочената разпоредба. Следователно тази разпоредба трябва да се прилага в съответствие с член 101 ДФЕС, още повече че запитващата юрисдикция счита, че за решаването на спора, с който е сезирана, е от съществено значение да се изясни обхватът на някои понятия, присъщи на правото на Съюза в областта на конкуренцията.

27. От това според мен следва, че Съдът е компетентен да отговори на преюдициалните въпроси.

28. От друга страна, що се отнася до изискванията относно съдържанието на преюдициалното запитване, съдържащи се в член 94 от Процедурния правилник на Съда, следва да се припомни, че съгласно тази разпоредба всяко преюдициално запитване съдържа по-специално „*кратко изложение на предмета* на спора и на *релевантните факти*, така както са установени от запитващата юрисдикция, или поне изложение на фактите, на които се основават въпросите“ [18]. Това изискване е особено важно в областта на конкуренцията, която се характеризира със сложни фактически и правни положения [19].

29. В това отношение отбелязвам, че в случая запитващата юрисдикция е положила съвсем малко усилия да представи „кратко изложение на предмета на спора“ [20] или да ограничи това изложение до „релевантните факти“ [21], като същевременно разграничи сред релевантните факти онези, които се считат за установени [22], от тези, които не се считат за установени [23]. При това положение поставените преюдициални въпроси трябва да бъдат анализирани единствено с оглед на фактите, които се считат за установени.

30. Следва да се констатира обаче, че вторият преюдициален въпрос се основава на фактическа хипотеза, за която е посочено, че не е установена. По-конкретно, този въпрос засяга квалифицирането на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност като ограничаване с оглед на целта, когато тя се отнася до „субекти, които не са настоящи или *потенциални* конкуренти“, като се изхожда от предпоставката, че липсва потенциална

16 Когато, за да разреши положения от чисто вътрешен характер, дадено национално законодателство се съобразява с решенията, възприети от правото на Съюза, например за да се избегнат евентуални нарушения на конкуренцията или за да се осигури единно производство в сходни положения, налице е несъмнен интерес, с оглед на избягване на бъдещи различия в тълкуването, възприетите от правото на Съюза разпоредби или понятия да се тълкуват еднакво (в този смисъл вж. решение Generics (UK), т. 26 и 27).

17 Според запитващата юрисдикция текстът на тази разпоредба „съвпада в значителна степен с текста на член 101, параграф 1 ДФЕС“.

18 Изискванията на член 94 от Процедурния правилник са припомнени в точка 15 от Препоръките на [Съда] към националните юрисдикции относно отправянето на преюдициални запитвания (ОВ C 380, 2019 г., стр. 1).

19 Вж. решение от 3 март 2021 г., Poste Italiane и Agenzia delle entrate — Riscossione (C-434/19 и C-435/19, EU:C:2021:162, т. 77 и цитираната съдебна практика).

20 Преюдициалното запитване съдържа 277 страници, които не са структурирани и са непоследователни или пък са положени слаби усилия те да бъдат синтезирани.

21 Само ограничена част от 298-те точки, посветени на „установените факти“, е от значение за предоставянето на полезен отговор на запитващата юрисдикция.

22 Вж. оригинала на преюдициалното запитване, стр. 84—146 (т. 1—298).

23 Вж. оригинала на преюдициалното запитване, стр. 167—169 (т. 1—13).

конкуренция, въпреки че именно това е един от основните въпроси, които обосновават преюдициалното запитване. Всъщност запитващата юрисдикция подчертава, че един от въпросите, на които трябва да се отговори, е дали „предприятията, обхванати от спорното решение, трябва да се считат за потенциални конкуренти“ [24].

31. Следователно, макар че по принцип поставените от национална юрисдикция преюдициални въпроси се ползват с презумпция за релевантност [25] и че Съдът не следва да проверява точността на фактическата рамка [26], поисканото тълкуване на член 101, параграф 1 ДФЕС в рамките на този преюдициален въпрос, в случая е от хипотетично естество.

32. С оглед на изложеното по-горе считам, че вторият преюдициален въпрос би трябвало да се приеме за недопустим.

Б. По преюдициалните въпроси

33. Подобно на всички страни и заинтересовани лица, представили писмени становища, считам, че поставените преюдициални въпроси могат да бъдат групирани около четири проблематики, по които запитващата юрисдикция иска разяснения, а именно:

– понятието „потенциална конкуренция“, и по-точно дали и при какви условия предприятията, осъществяващи дейност на различни продуктови пазари, могат да се считат за потенциални конкуренти за целите на прилагането на член 101 ДФЕС (*въпроси от трети до седми и девети въпрос*),

– правната квалификация на споразумение за партньорство, сключено между предприятия с цел взаимно насърчаване на съответните им дейности (*единадесети въпрос*),

– условията, при които ограничаването на конкуренцията може да се счита за съпътстващо спрямо споразумение, чиято цел не е антиконкурентна (*десети въпрос*), и

– квалификацията на клауза за неизвършване на конкурентна дейност за ограничаване на конкуренцията „с оглед на целта“ или „с оглед на резултата“ (*първи и осми въпрос*).

34. Предлагам тези проблеми да се разгледат в посочения по-горе ред, тъй като това дали страните са потенциални конкуренти (раздел 1), и анализът на естеството на споразумението (раздел 2) са важни обстоятелства, за да се определи дали клаузата за неизвършване на конкурентна дейност трябва да се счита за съпътстваща спрямо споразумението (раздел 3), или, ако отговорът е отрицателен, за ограничаване на конкуренцията с оглед на целта (раздел 4).

[24] Вж. оригинала на преюдициалното запитване, стр. 229.

[25] Вж. решение от 6 октомври 2021 г., Sumal (C-882/19, EU:C:2021:800, т. 28).

[26] Вж. решение от 23 януари 2018 г., F. Hoffmann-La Roche и др. (C-179/16, наричано по-нататък „решение Hoffmann-La Roche“, EU:C:2018:25, т. 45).

1. По понятието „потенциална конкуренция“

35. С преюдициални въпроси от трети до седми и девети, които следва да се разгледат заедно, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали и при какви условия член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че търговец на хранителни стоки на дребно, обвързан с доставчик на електроенергия от споразумение за партньорство, чиято цел е да се насърчат съответните им дейности и което съдържа клауза за неизвършване на конкурентна дейност, може да се счита за потенциален конкурент на пазара за доставка на електроенергия, при положение че към момента на сключването на това споразумение той не е упражнявал никаква дейност на този пазар.

36. По-конкретно, запитващата юрисдикция иска от Съда да установи доколко при установяването на наличието на отношение на потенциална конкуренция на пазара за доставка на електроенергия са от значение редица различни доказателства, като:

– намерението на този търговец на хранителни стоки на дребно да навлезе на пазара за доставка на електроенергия (*трети въпрос*),

– подготвителни действия за такова навлизане, включително наличие на конкретни признаци, показващи, че този търговец на дребно в краткосрочен план е в състояние да навлезе на разглеждания пазар, като проекти, инвестиции или други подготвителни действия (*трети и девети въпрос*),

– възприятието на доставчика на електрическа енергия по отношение на конкурентния натиск, наложен от търговеца на дребно (*девети въпрос*),

– дейностите на дружества от групата предприятия, към която принадлежи търговецът на дребно, на съседни или свързани пазари на пазара за доставка на електроенергия (*четвърти и шести въпрос*),

– дейността на търговеца на хранителни стоки на дребно на пазара нагоре по веригата на производство на електроенергия (*пети и седми въпрос*).

37. С тези въпроси, които са свързани с разгледаните в решение Generics (UK) доказателства, запитващата юрисдикция иска по същество да изясни обхвата на това решение, и по-точно дали тези елементи вече представляват общ критерий, за да се прецени наличието на потенциална конкуренция.

38. Следва да се припомни, че в решение Generics (UK) Съдът е постановил, че от една страна, производител на оригинални лекарствени продукти, притежател на патент върху производствен процес за активна съставка, станала достъпна за свободно използване, и от друга, производители на генерични лекарствени продукти, които се готвят да навлязат на пазара на лекарственият продукт, съдържащ тази активна съставка, в спор дали този патент е действителен, или съответните генерични лекарствени продукти го нарушават, са в потенциална конкуренция, когато е установено, че производителят на генерични лекарствени продукти действително е твърдо решен и има собствен капацитет да навлезе на пазара, и че пред навлизането му на пазара не са налице непреодолими пречки [27].

[27] Решение Generics (UK), точка 58.

39. За да стигне до този извод, Съдът се основава на трайно установен в съдебната практика критерий [28], а именно да се определи дали съществуват *реални и конкретни възможности* предприятието, което не присъства на съответния пазар, да навлезе на този пазар и да се конкурира с другото или с другите предприятия, които вече присъстват на него. Така, когато става дума за споразумение, което води до временно задържане на дадено предприятие извън пазара, следва да се определи дали, ако го нямаше това споразумение, щяха да съществуват такива реални и конкретни възможности за достъп. Съдът е обяснил, че такъв критерий изключва констатацията потенциално конкурентно отношение да произтича единствено от чисто хипотетичната възможност за навлизане на пазара или просто от желанието за това. Напротив, изобщо той не изисква да се доказва със сигурност, че въпросният производител действително ще навлезе на съответния пазар и че впоследствие ще бъде в състояние да се задържи там. Накрая, той е потвърдил, че преценката за наличието на потенциална конкуренция трябва да се извърши с оглед на структурата на пазара, както и на икономическия и правния контекст, при които той функционира [29].

40. Следователно Съдът е преценил наличието на конкурентно отношение единствено с оглед на критерия за „реалните и конкретни възможности“ за навлизане на пазара, като същевременно е отчел законовите и правните особености на фармацевтичния сектор [30].

41. Жалбоподателите в главното производство поддържат, че с решението Generics (UK) Съдът е искал да уточни параметрите на общия критерий на понятието „потенциална конкуренция“, когато съответните предприятия не присъстват на един и същ продуктов пазар, като изисква кумулативното наличие на три условия, които трябва да бъдат изпълнени едновременно и последователно: i) съответното предприятие трябва да има реална и конкретна възможност да навлезе на съответния пазар, ii) да има твърдо намерение и собствен капацитет да навлезе на този пазар, и iii) да е предприело достатъчно подготвителни стъпки, за да навлезе на съответния пазар в кратък срок.

42. В този контекст считам, че най-напред следва да се уточни рамката за анализ на понятието „потенциална конкуренция“ (раздел а), след това да се припомни преценката на потенциалната конкуренция в съдебната практика, предшестваща решение Generics (UK) (раздел б), и накрая да се направи конкретен анализ на различните доказателства, на които се позовава запитващата юрисдикция (раздел в).

а) По рамката за анализ на „потенциалната конкуренция“

43. В самото начало следва да се припомни, че съгласно член 101, параграф 1 ДФЕС се забраняват като несъвместими с вътрешния пазар всички споразумения между предприятия, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които

28 Вж. точка 47 и бележка под линия 38 от настоящото заключение.

29 Решение Generics (UK), точки 36—39 и цитираната съдебна практика.

30 В това отношение в решение Generics (UK) Съдът е направил проверка дали: i) към датата на сключване на спогодбата производителят на генерични лекарствени продукти е предприел подготвителни стъпки, които му позволяват да навлезе на съответния пазар в срок, в който е в състояние да окаже конкурентен натиск върху производителя на оригинални лекарствени продукти (т. 43 и 44); ii) пред навлизането на пазара на такъв производител не са налице непреодолими пречки (т. 45—53); iii) са налице допълнителни обстоятелства, които могат да подкрепят констатацията, че производител на генерични лекарствени продукти е твърдо решен и има собствен капацитет да навлезе на разглеждания пазар, като факта, че разглежданото предприятие осъществява дейност на едно и също равнище от производствената верига или изразеното и последвано от действие желание на производител на оригинални лекарствени продукти да прехвърли на производител на генерични лекарствени продукти средства, ако последният отложи навлизането си на пазара (т. 55—57).

имат „за своя цел или резултат“ предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията. От текста на тази разпоредба следва, че квалификацията на споразумение между предприятия, което би могло да ограничи конкуренцията, предполага да е налице конкуренция, която би могла да бъде възпрепятствана [31]. Ето защо, ако изследването на фактическия, икономическия и правния контекст, в който е сключено дадено споразумение, покаже, че съответните предприятия не са конкуренти, тогава и споразумението ipso facto не може да се квалифицира като ограничаващо конкуренцията.

44. Условията за конкуренция на даден пазар се основават обаче не само на *съществуващата конкуренция* — наречена също *реална* — между предприятията, които вече присъстват на този продуктов пазар, но и на *потенциалната конкуренция* между тях и предприятията, които все още не присъстват на този пазар [32]. Тази констатация обяснява защо при липсата на съществуваща или потенциална конкуренция дадено споразумение не може да бъде ограничаващо, независимо дали споразумението има антиконкурентна цел или не [33].

45. В този смисъл понятието „потенциална конкуренция“ има за цел да определи *степента на конкурентен натиск*, упражняван от предприятията, които не осъществяват дейност на едни и същи продуктови или географски пазари [34], и не се взема предвид при определянето на тези пазари, тъй като условията, при които потенциалната конкуренция действително ще доведе до ефективен конкурентен натиск, зависят от анализа на специфичните фактори и обстоятелства, свързани с условията за навлизане на посочените пазари. Анализът на потенциалната конкуренция се извършва едва на последващ етап, по принцип след като позицията на участващите в съответния пазар предприятия бъде установена [35]. От тази гледна точка потенциалната конкуренция включва прогнозен анализ, което обяснява защо тя е релевантна при прилагането на член 102 ДФЕС [36] и при контрола върху концентрациите [37].

31 Вж. заключението на генерален адвокат Kokott по дело Generics (UK) и др. (C-307/18, наричано по-нататък „заключението по дело Generics (UK)“, EU:C:2020:28, т. 57 и цитираната съдебна практика).

32 Вж. заключението по дело Generics (UK), точка 58 и цитираната съдебна практика.

33 Това обяснява защо тезата, която Комисията поддържа в становището си, вдъхновена от решение на Общия съд от 12 декември 2018 г., Servier и др./Комисия (T-691/14, наричано по-нататък „решение Servier на Общия съд“, EU:T:2018:922, т. 318—320) и съгласно която прагът, над който се приема наличието на потенциална конкуренция, варира в зависимост от вредния характер на споразумението, според мен е методологично погрешна.

34 Вж. Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция (ОВ C 372, 1997 г., стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 60), точка 13, като останалите източници на конкурентен натиск са: i) заменяемост на търсенето и ii) заменяемост на предлагането.

35 Точка 24 от Известие на Комисията относно определянето на съответния пазар по смисъла на общностното право на конкуренция и решение от 30 септември 2003 г., Atlantic Container Line и др./Комисия (T-191/98 и T-212/98—T-214/98, EU:T:2003:245, т. 834).

36 Вж. заключението ми по дело Servizio Elettrico Nazionale и др. (C-377/20, EU:C:2021:998, т. 110).

37 Прогнозният характер на това понятие означава, че то е от голямо значение в областта на контрола върху концентрациите между предприятия (вж. член 2, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201) и Приложение I към Регламент (ЕО) № 802/2004 на Комисията от 7 април 2004 година за прилагане на Регламент (ЕО) № 139/2004 (ОВ L 133, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 2, стр. 3, изменен по-специално с Регламент за изпълнение № 1269/2013 на Комисията от 5 декември 2013 г.) относно Форма „CO“ за уведомяването за концентрация, който предвижда в точка 6.4, отнасяща се до „други пазари, върху които концентрацията, за която се извършва уведомяване, може да окаже значително въздействие“, че „участник може да се счита за *потенциален конкурент* по-специално, когато има планове за навлизане на даден пазар или когато е разработвал или преследвал такива планове през последните три години“). Вж. също точки 58—60 от Насоки относно оценката на хоризонталните сливания съгласно Регламента на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ C 31, 2004 г., стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 56).

б) По преценката на „потенциалната конкуренция“

46. При прилагането на член 101 ДФЕС може да се направи разграничение между две възможни хипотези: i) случаите, в които предприятията осъществяват дейността си на едни и същи географски обособени продуктови пазари и ii) случаите, в които те осъществяват дейност на различни продуктови пазари.

47. От една страна, *що се отнася до потенциалната конкуренция между предприятия, извършващи дейността си на едни и същи географски обособени продуктови пазари*, съдът на Съюза често е трябвало да анализира наличието на отношение на потенциална конкуренция в рамките на споразумения, сключени между предприятия, осъществяващи дейност на един и същ продуктов пазар, но на различни в географско отношение пазари [38]. Тези дела, които по същество са разглеждани като споразумения за подялба на географски пазари с антиконкурентна цел, са позволили на юрисдикциите на Съюза да определят прага, над който може да се установи наличието на ограничение на потенциална конкуренция за целите на прилагането на член 101 ДФЕС. По-конкретно, в решение ENS Общият съд, който се основава на решение Delimitis [39], за първи път се позовава на критерия за наличието на *реални и конкретни възможности* за достъп на друго предприятие до съответния пазар, за да прецени наличието на потенциална конкуренция [40]. Оттогава съдилищата на Съюза многократно повтарят този критерий, когато определят дали дадено споразумение може да затрудни достъпа на потенциалните конкуренти до пазара [41].

48. Същата съдебна практика позволява също да се констатира, че за да се провери дали е налице потенциална конкуренция, е важно да се вземат предвид условията, при които се осъществява конкуренцията на съответния пазар, и че ако възможността за навлизане на този пазар е нереалистична или чисто теоретична, тя не би могла да се вземе предвид [42]. С други думи, тази проверка трябва да се извърши обективно, въз основа на тези възможности [43]. Вследствие на тази преценка за всеки отделен случай юрисдикциите на Съюза са анализирали множество косвени доказателства, свързани с особеностите на съответните продуктови пазари и отнасящи се по-специално до улесняването на достъпа до тях, за да се установи правдоподобността на такъв достъп [44].

38 Вж. решения от 25 януари 2007 г., Salzgitter Mannesmann/Комисия (C-411/04 P, EU:C:2007:54), от 20 януари 2016 г., Toshiba Corporation/Комисия (C-373/14 P, наричано по-нататък „решението Toshiba“, EU:C:2016:26), от 15 септември 1998 г., European Night Services и др./Комисия (T-374/94, T-375/94, T-384/94 и T-388/94, наричано по-нататък „решението ENS“ EU:T:1998:198), от 8 юли 2004 г., Mannesmannröhren-Werke/Комисия (T-44/00, EU:T:2004:218), от 14 април 2011 г., Visa Europe и Visa International Service/Комисия (T-461/07, наричано по-нататък „решението Visa Europe“, EU:T:2011:181), от 29 юни 2012 г., E.ON Ruhrgas и E.ON/Комисия (T-360/09, наричано по-нататък „решението E.ON Ruhrgas“, EU:T:2012:332), от 21 май 2014 г., Toshiba/Комисия (T-519/09, непубликувано, наричано по-нататък „решението Toshiba на Общия съд“, EU:T:2014:263), и от 28 юни 2016 г., Portugal Telecom/Комисия (T-208/13, наричано по-нататък „решението Portugal Telecom“, EU:T:2016:368).

39 Решение от 28 февруари 1991 г., Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, т. 21 и 22).

40 Решение ENS, точки 137—142.

41 Вж. бележка под линия 38 от настоящото заключение и решения от 22 март 2011 г., Altstoff Recycling Austria/Комисия (T-419/03, EU:T:2011:102, т. 65), и Visa Europe, точки 22 и 83.

42 Решение Visa Europe, точки 84 и 85.

43 Решение E.ON Ruhrgas, точка 105.

44 Например за относими се приемат: ограниченият характер на вътрешния пазар на държава членка по въздушни линии (решение от 4 юли 2006 г., easyJet/Комисия (T-177/04, EU:T:2006:187, т. 118), пречките пред навлизането на пазара с оглед на историческия монопол (решение E.ON Ruhrgas, т. 94), особеностите на трансатлантическия трафик в морския транспорт (решение от 28 февруари 2002 г., Atlantic Container Line и др./Комисия (T-395/94, EU:T:2002:49, т. 356), приемането на проекти за клиенти, установени на друг географски пазар (решение Toshiba на Общия съд, т. 232).

49. От друга страна, ***що се отнася до потенциалната конкуренция между предприятия, извършващи дейността си на различни продуктови пазари***, от самото начало следва да се отбележи, че нито правната уредба, нито съдебната практика изискват потенциалната конкуренция да се осъществява между предприятия, извършващи дейност на един и същ продуктов пазар [45]. Единствените ориентири в съдебната практика, които биха могли да бъдат релевантни в това отношение, са решенията по делата „pay-for-delay“ [46], доколкото в рамките на тези споразумения разглежданите предприятия не са осъществявали конкретно дейността си на същия продуктов пазар, тъй като производителите на генерични лекарствени продукти към момента на сключване на спорните споразумения не са имали никаква дейност на пазара на оригиналния лекарствен продукт.

50. В това отношение следва да се отчете, че е логично, че тези съдебни решения са единственият ориентир в съдебната практика, тъй като сключването на антиконкурентно споразумение между предприятия, които не осъществяват дейността си на едни и същи продуктови пазари, е рядкост и не съвсем очевидно, когато съответните дейности на предприятията не се осъществяват на свързани пазари (като пазари нагоре или надолу по веригата на производство). Появата на такава конфигурация обаче би могла да възникне по-специално когато даден пазар е оспорван [47].

51. В случая е безспорно, че страните по разглежданото в главното производство споразумение не са конкуренти на едни и същи продуктови пазари нито в Португалия, нито другаде. В този смисъл съдебната практика относно предприятията, осъществяващи дейността си на едни и същи продуктови пазари, на пръв поглед би могла да изглежда по-малко релевантна, той като по принцип е по-лесно да се установи отношение на потенциална конкуренция, когато предприятията вече осъществяват дейност на продуктовия пазар, макар и в различни географски зони. Именно въз основа на това съображение жалбоподателите в главното производство изтъкват, че при наличие на положения, в които предприятията не осъществяват дейност на едни и същи продуктови пазари, степента на доказване, която се изисква за доказването на отношение на потенциална конкуренция, би трябвало да е подчинена на по-строги критерии. Следователно при липсата на полезни насоки в съдебната практика, неотдавнашната съдебна практика, произтичаща от решенията относно „pay-for-delay“, ставала релевантна.

52. Въпреки това, макар доказването на реални и конкретни възможности за навлизане в контекста на предприятия, осъществяващи дейността си на пазари на различни продукти, да е обективно по-трудно, противно на твърденията на жалбоподателите в главното

[45] В този смисъл вж. точка 10 от Съобщение на Комисията от 14 януари 2011 година, съдържащо Насоки относно приложимостта на член 101 [ДФЕС] по отношение на споразуменията за хоризонтално сътрудничество (ОВ, C 11, 2011 г., стр. 1, наричани по-нататък „Насоките по отношение на споразуменията за хоризонтално сътрудничество“).

[46] А именно споразумения, сключени между, от една страна, производители на оригинални лекарствени продукти, притежаващи патент върху производствен процес на активна съставка, станала достъпна за свободно използване, и от друга страна, производители на генерични лекарствени продукти, по силата на които последните се задължават да не навлизат (или да забавят навлизането си) на пазара на оригиналния лекарствен продукт, съдържащ тази генерична активна съставка, срещу заплащане в тяхна полза от производителя на патентовани лекарствени продукти.

[47] Един пазар се счита за „оспорван“, когато: i) няма пречки за навлизане или излизане; ii) всички предприятия, независимо дали са навлезли на него, или са потенциални участници, имат достъп до една и съща технология за производство; iii) съществува пълна информация относно цените, достъпна за всички потребители и предприятия; iv) влизащите на пазара могат да влязат и да излязат, преди осъществяващите дейност на пазара предприятия да могат да коригират цените (вж. Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition law, Организация за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР, 1993 г., стр. 29, достъпно на следния интернет адрес: https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf).

производство, не смятам, че с решение Generics (UK) Съдът е искал да се отклони от предходната съдебна практика, като изисква по-строги критерии или по-висок стандарт на доказване при установяването на конкурентно отношение.

53. Всъщност, от една страна, в решение Generics (UK) Съдът най-напред припомня постоянната съдебна практика относно понятието „потенциална конкуренция“, като потвърждава, че единственият релевантен критерий е този за „реалните и конкретни възможности предприятието да навлезе на този пазар и да се конкурира с останалите предприятия“[48]. Така в точки 36—39 от решение Generics (UK) само се повтаря съществуващата съдебна практика[49]. Според мен в основата на този критерий стои необходимостта да се разграничи „потенциалната конкуренция“ от „обикновената спекулация“ за евентуално навлизане на пазара[50], при това независимо дали дадено предприятие развива дейността си на същия продуктов пазар. Следователно посоченият критерий изключва възможността констатацията за потенциално конкурентно отношение да произтича единствено от чисто хипотетичната възможност за такова навлизане[51]. Освен това подобно доказване трябва да бъде потвърдено от фактически обстоятелства или от анализ на структурите на съответния пазар. Дадено предприятие съответно не може да се квалифицира като потенциален конкурент, ако неговото навлизане на пазара не е съобразено с устойчива икономическа стратегия[52].

54. От друга страна, едва на втори етап от анализа в решение Generics (UK), при преценката на потенциалната конкуренция с оглед на структурата на фармацевтичния пазар, както и на икономическия и правния контекст, при които той функционира, Съдът анализира различните доказателства, посочени в точка 40 от настоящото заключение. Формулировката на уводната част на точка 43 от това решение не би могла да бъде по-ясна в този смисъл.

55. От това следва, че мотивите на Съда в решение Generics (UK) не могат да бъдат пренесени към всички хипотези на потенциална конкуренция, така че тези доказателства не могат да се квалифицират като „условия“, които трябва да бъдат изпълнени, за да се установи отношение на потенциална конкуренция между предприятия, осъществяващи дейността си на различни продуктови пазари.

56. Тази констатация не означава обаче, че елементите на доказване, посочени в това решение и възпроизведени в последващото съдебно решение, не предлагат полезни отправни точки при анализа на конкретния случай, който би могъл да внесе уточнения, за да насочи запитващата юрисдикция при тълкуването ѝ. Макар да спадат към фармацевтичния сектор и да имат уникални особености, които не могат да се приложат към настоящия случай, тези решения позволяват да се очертаят различните елементи на доказване, които могат да характеризират положение на потенциална конкуренция. Предлагам те да бъдат анализирани именно в светлината на тези съображения.

48 Вж. точки 39 и 47 от настоящото заключение.

49 В този смисъл вж. също решение от 25 март 2021 г., Lundbeck/Комисия (C-591/16 P, наричано по-нататък „решение Lundbeck“, EU:C:2021:243, т. 54 и цитираната съдебна практика).

50 В този смисъл вж. Concept of potential competition., OECD Competition Committee Discussion Paper, OCDE, 2021, p. 15, и *Dunne*, N. Potential competition in EU law. ECLR 2021, 42,12, p. 639.

51 Решение Generics (UK), точка 38.

52 Решение от 8 септември 2016 г., Lundbeck/Комисия (T-472/13, наричано по-нататък „решението Lundbeck на Общия съд“, EU:T:2016:449, т. 100 и цитираната съдебна практика).

в) По прилагането в конкретния случай на обстоятелства, които могат да характеризират положение на потенциална конкуренция

57. Припомням, че TCRS, подобно на AdC, квалифицира клаузата за неизвършване на конкурентна дейност като споразумение за подялба на пазара за доставка на електроенергия в континентална Португалия, като приема, че MCH е потенциален конкурент на EDP Comercial на този пазар. За да констатира наличието на такова отношение на потенциална конкуренция, той се основава на: i) условията, при които е сключено споразумението за партньорство, а именно в процеса на либерализирането на предлагането в енергийния сектор; ii) обстоятелството, че страните взаимно се считат за потенциални конкуренти; и iii) различните дейности на дружествата от групата Sonae, а именно: а) съществуването на партньорство с Endesa; б) осъществяването на дейност от групата Sonae на пазара нагоре по веригата на производство на електроенергия; и в) търговското партньорство, сключено с GALP.

58. Жалбоподателите в главното производство възразяват, че MCH не би могло да се квалифицира като потенциален конкурент и че при липсата на такава квалификация самото основание на спорното решение би отпаднало. По-конкретно, те твърдят, че доказателствата, които AdC и TCRS са взели предвид, и по-специално трите посочени по-горе фактически обстоятелства, не са релевантни и не могат да докажат наличието на отношение на потенциална конкуренция.

59. В това отношение отбелязвам, че като се има предвид, че по своето естество и цел клаузата за неизвършване на конкурентна дейност би могла да доведе до временното оставане извън пазара за доставка на електроенергия на MCH или на всяко друго предприятие, чийто мажоритарен собственик е Sonae Investimentos, следва да се определи дали при липсата на тази клауза са съществували *реални и конкретни възможности* поне едно от тези предприятия да навлезе на посочения пазар. Следователно преценката за наличието на потенциална конкуренция трябва, от една страна, да се извърши с оглед на структурата на пазара, както и на икономическия и правния контекст, при които той функционира, и от друга страна, да се подкрепя от фактически обстоятелства.

60. От това следва, че отправна точка на анализа трябва при всички случаи да бъде приложимата към търговията с електроенергия португалска правна уредба, и по-специално анализът на пречките за навлизане на нови участници. В това отношение от преписката по делото е видно, че от 1995 г. тази правна уредба благоприятства режим на свободна конкуренция, като опростява условията за достъп и упражняване на тази дейност, като тя подлежи на обикновена регистрация, а не на лицензиране[53]. AdC обаче е признал, че разходите за навлизане или експанзия на пазара продължават да съществуват дори след либерализацията[54].

61. Въпреки значението, което има анализът на правната уредба, запитващата юрисдикция, изглежда, по-скоро отправя запитване до Съда относно другите критерии, взети предвид от AdC и TCRS, като по същество иска да се установи дали всеки от разгледаните самостоятелно фактически елементи, на които се основава анализът, е достатъчен, за да се направи извод, че между страните по споразумението за партньорство съществува потенциална конкуренция.

[53] Вж. доказан факт № 32 от акта за преюдициално запитване.

[54] Вж. точка 686 от спорното решение.

62. В това отношение припомням, че преценката на потенциалната конкуренция се основава на множество доказателства, които се различават в зависимост от съответния пазар[55]. Този систематичен подход освен това съответства на степента на доказване, която се изисква за установяването на нарушение по член 101 ДФЕС[56]. Така, макар някои от доказателствата сами по себе си да не са определящи, те могат взаимно да засилят ефекта си. Следователно в случая е важно да се установи дали доказателствата, взети заедно, представляват достатъчно доказателство за наличието на потенциална конкуренция[57] — преценка, която е от компетентността единствено от запитващата юрисдикция[58].

1) По значението на намерението на дадено предприятие да навлезе на пазара (трети въпрос)

63. На първо място, що се отнася до значението, което трябва да се придаде на намерението на дадено предприятие да навлезе на пазара, от постоянната съдебна практика следва, че ако намерението на дадено предприятие да навлезе на пазара, „евентуално е релевантно“ за проверката дали то може да бъде разглеждано като потенциален конкурент, основният фактор, на който трябва да се основе тази квалификация, е неговата способност да навлезе на посочения пазар[59]. Следователно тази квалификация трябва да се направи въз основа на обективна преценка, съответстваща на критерия за „способността“ за навлизане. Ето защо доказателство от субективен характер, каквото е намерението, не може да представлява самостоятелен, съществен или необходим елемент за доказване на наличието на отношение на потенциална конкуренция[60]. Този подход е в съответствие с общото правило, че макар намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на дадено споразумение, няма забрана то да бъде взето предвид[61].

64. Жалбоподателите в главното производство обаче твърдят, че с оглед на решение Generics (UK) „твърдото решение“ за навлизането на съответния пазар би трябвало занапред да представлява едно от условията, които трябва да бъдат изпълнени, за да се установи наличието на отношение на потенциална конкуренция.

65. Поради причините, които вече бяха изложени в точки 53—55 от настоящото заключение, не считам, че Съдът е искал да наложи такова условие или най-малкото да промени критерия за намерението за навлизане на пазара, като го направи по-строго изискване. Напротив, според мен значението, отдадено на намерението на страните, е тясно свързано с фактическите особености на разглежданите дела[62]. Всъщност в решение Generics (UK) „желанието“, изразено от производител на оригинални лекарствени

55 Вж. точка 48 от настоящото заключение.

56 Вж. решение Toshiba на Общия съд, точка 93.

57 В този смисъл вж. решение E.ON Ruhrgas, точка 106.

58 С оглед на твърде фактическото естество на поставените въпроси уточнявам, че в рамките на производството по член 267 ДФЕС ролята на Съда се свежда до тълкуването на разпоредбите на правото на Съюза. Затова не Съдът, а запитващата юрисдикция следва да направи окончателна преценка дали с оглед на всички релевантни обстоятелства, характеризиращи случая, разглеждан в главното производство, както и на икономическия и правния контекст, в които той се вписва, разглежданото споразумение има за цел ограничаването на конкуренцията (в този смисъл вж. решение от 18 ноември 2021 г., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, т. 51 и 52).

59 Вж. решения Visa Europe, точка 168, E.ON Ruhrgas, точка 87, Portugal Telecom, точка 186, и Servier на Общия съд, точка 318.

60 Вж. решения от 29 юни 2012 г., GDF Suez/Комисия (T-370/09, EU:T:2012:333, т. 84), Visa Europe, точка 169, и Lundbeck на Общия съд, точка 102.

61 Вж. решение от 2 април 2020 г., Budapest Bank и др. (C-228/18, EU:C:2020:265, т. 53 и цитираната съдебна практика).

62 Вж. решение Generics (UK), точка 55.

продукти, да прехвърли на производител на генерични лекарствени продукти средства, ако последният отложи навлизането си на пазара с активна съставка, станала достъпна за свободно използване, макар първият да се оплаква, че вторият нарушава неговите патенти върху производствен процес, в замяна на отлагането на навлизането на последния на пазара, е третирано като *сериозна индиция* за условието за конкуренция в подкрепа на собствения капацитет на производителя на генерични лекарствени продукти да навлезе на посочения пазар. Този подход е потвърден в решение Lundbeck[63] и решение Servier на Общия съд[64].

66. Следователно, макар в случаи, в които предприятия не осъществяват дейност на едни и същи продуктови пазари, фактическо обстоятелство, показващо намерението за навлизане на даден пазар, несъмнено да може да е в подкрепа на капацитета за такова навлизане, то се явява само допълнително и не е абсолютно необходимо за доказване на отношение на потенциална конкуренция.

2) По значението на подготвителните стъпки за навлизане на съответния пазар (четвърти и шести въпрос)

67. На второ място, що се отнася до значението, което следва да се придаде на подготвителните стъпки, които позволяват навлизане на пазар в кратък срок, констатирам, че макар това обстоятелство да е анализирано в решение Generics (UK)[65], поради причините, произтичащи от направения по-горе анализ, то не може да представлява необходимо условие, за да се докаже наличието на потенциална конкуренция.

68. Всъщност избраният в решение Generics (UK) подход да се отчетат подготвителните стъпки, е неразривно свързан с особеностите на фармацевтичния сектор, и по-специално с факта, че навлизането на пазара на лекарствен продукт, съдържащ активна съставка, станала достъпна за свободно използване, е предмет на специфични регулаторни и правни ограничения. Освен това Съдът обяснява, че тези стъпки позволяват да се установи по-специално *собствения капацитет* на производителя на генерични лекарствени продукти да навлезе на този пазар[66].

69. От това следва, че обстоятелството, че са предприети подготвителни стъпки, не може да представлява самостоятелно изискване при доказването на отношение на потенциална конкуренция и трябва да се анализира във връзка с обстоятелствата относно *капацитета*. Неговото значение следователно ще зависи от специфичния контекст на пазара, тъй като това доказателство е с ограничено значение, когато съответният пазар е оспорван.

70. Следователно запитващата юрисдикция трябва да прецени релевантността на такова доказателство, като разгледа, от една страна, дали навлизането на дадено предприятие на пазара за доставка на електроенергия е било подчинено на регулаторни ограничения или специфични за отварянето на пазара на електроенергия ограничения, и от друга страна,

63 Решение Lundbeck, точки 56, 57 и 117.

64 Решение Servier на Общия съд, точка 382.

65 Решение Generics (UK), точка 43.

66 Решение Generics (UK), точки 41 и 44. Регулаторни и правни ограничения са: i) административните разрешения, необходими, за да бъде пусната в продажба генерична версия на съответния лекарствен продукт (предоставянето на разрешение за пускане на пазара от компетентните национални органи); ii) изискванията за поддържане на достатъчен запас от продукта и iii) съдебните действия за оспорване на патенти върху производствен процес, притежавани от производител на оригинални лекарствени продукти. Относно изложение на етапите, които трябва да се преминат за навлизането на този пазар, вж. също решение Servier на Общия съд, точка 337.

срока, необходим за получаването на евентуални разрешения, даващи право на доставка на електроенергия. Подобна преценка се вписва в рамките на по-общата оценка на *капацитета* на дадено предприятие да навлезе на този пазар в срок, в който е в състояние да окаже конкурентен натиск. В случая този срок съответства на периода от две години след сключването на разглежданото споразумение (период, съответстващ на срока на действие на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност)[67]. В това отношение, за разлика от сектора на лекарствени продукти, в случая не изглежда да са съществували ограничения от административен характер, които биха могли да попречат на нов участник да навлезе на пазара за доставка на електроенергия по време на последния етап от либерализирането на този пазар[68].

3) По значението на възприятието на предприятието, осъществяващо дейност на съответния пазар (девети въпрос)

71. На трето място, що се отнася до възприятието на предприятието, осъществяващо дейност на съответния пазар, в решение Generics (UK) Съдът е могъл да приеме по презумпция такова възприятие у производителя на оригинални лекарствени продукти, тъй като последният е прехвърлил значителни средства на производител на генерични лекарствени продукти, като това действие разкрива риска за търговските му интереси от съответния производител на генерични лекарствени продукти[69]. Също както другите фактически обстоятелства, този елемент е приет за релевантен с оглед на особеностите на съответния пазар и не може да представлява изискване за доказване с оглед на установяването на отношение на потенциална конкуренция.

72. В случая от преписката по делото не става ясно дали TCRS се е основал на доказателства, свързани с наличието на (евентуално) възприятие, доколкото запитващата юрисдикция уточнява, че за да се произнесе в първоинстанционното производство, TCRS е взел предвид факта, че „съответните страни *се считат взаимно и реципрочно за потенциални конкуренти*“[70], без обаче да уточнява вида на доказателствата, с които разполага. При липсата на такива доказателства се поставя въпросът дали самото съществуване на клауза за неизвършване на конкурентна дейност би могло да разкрие такова възприятие, по-специално в контекста на либерализиран пазар.

73. В това отношение от практиката на Съда следва, че сключването между предприятия на споразумение, което има за цел да държи едно от тях извън определен пазар, представлява „сериозен признак“ за наличието на конкурентно отношение[71]. Подобен извод ми се струва логичен. Ако страните по споразумение за неизвършване на конкурентна дейност не се възприемаха като потенциални конкуренти, те по принцип[72] не биха имали никаква причина да сключат такова споразумение. Съществуването на такова споразумение би

67 Вж. по аналогия решение Servier на Общия съд, точки 333—336.

68 В това отношение вж. точки 13 и 85 от настоящото заключение. Вж. също решение E.ON Ruhrgas, в което Общият съд не констатира, че са извършени подготвителни действия при преценката на реалните и конкретни възможности за навлизане на пазара за доставка на природен газ.

69 Решение Generics (UK), точки 56, 57 и 42, и заключението по дело Generics (UK), точки 60 и 86. В този смисъл вж. също решение Lundbeck на Общия съд, точка 104.

70 Вж. оригинала на преюдициалното запитване, стр. 244.

71 В този смисъл вж. решения Toshiba, точки 33 и 34, Portugal Telecom, точка 180, от 28 юни 2016 г., Telefónica/Комисия (T-216/13, наричано по-нататък „решение Telefónica“, EU:T:2016:369, т. 218 и 227), и решение Lundbeck на Общия съд, точка 144.

72 Вж. освен това точка 104 от настоящото заключение относно евентуалната обосновка на клаузите за неизвършване на конкурентна дейност.

имало смисъл само ако е била налице конкуренция, която е трябвало да се ограничи, и сключването на такова споразумение е признание на факта, че страните най-малкото са потенциални конкуренти[73].

74. Все пак, както при другите посочени обстоятелства, ако самото съществуване на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност представлява най-малкото *сериозен признак* за наличието на отношение на потенциална конкуренция, това отношение трябва да бъде подкрепено от други обстоятелства, свързани с действителното положение на пазара. Следователно запитващата юрисдикция трябва да провери с оглед на съображенията, изтъкнати като обосновка на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, дали това възприятие потвърждава наличието на такава потенциална конкуренция.

4) По релевантността на дейността на дружествата от групата Sonae на съседни продуктови и географски пазари (четвърти и седми въпрос)

75. На четвърто място, що се отнася до релевантността на дейността на дружествата от групата Sonae на съседни продуктови и географски пазари, следва да се направи разграничение между съществуването на съвместното предприятие Sodesa и на предприятие за производството на електрическа енергия от централата за комбинирано производство на енергия.

76. От една страна, що се отнася до съвместното предприятие Sodesa (*четвърти въпрос*), следва да се припомни, че в обжалваното съдебно решение TCRS приема, че групата Sonae е придобила релевантно за преценката на потенциалната конкуренция ноу-хау в сектора на доставката на електроенергия благодарение на партньорството, сключено между предприятие, притежавано от Sonae Capital, и Endesa, традиционния участник в Испания на пазара за производството и за доставката на електроенергия[74]. Според TCRS това придобито ноу-хау би улеснило навлизането на посочения пазар и следователно е от значение при извършването на преценка за потенциален конкурент. Освен това прекратяването на партньорството почти три години преди сключването на разглежданото по главното производство споразумение за партньорство не изключвало квалифицирането на MCH като потенциален конкурент.

77. В това отношение отбелязвам, първо, че фактът, че Sodesa е преустановило дейността си през 2008 г., три години и половина преди подписването на споразумението за партньорство, не означава, че AdC не е трябвало да взема предвид като доказателство за потенциална конкуренция обстоятелството, че групата Sonae е придобила ноу-хау на съответния пазар и че относително отдавна вече е развивала дейност по доставка на електроенергия в Португалия. Всяко обстоятелство, дори и предхождащо сключването на споразумението за партньорство, може да бъде от значение при определянето на потенциална конкуренция[75]. В този смисъл такова ноу-хау действително би могло да бъде полезно, за да се навлезе в кратък срок на пазара за доставка на електроенергия, като по този начин се окаже конкурентен натиск върху EDP Comercial.

[73] В този смисъл вж. решение Portugal Telecom, точки 178—180.

[74] Това партньорство е било под формата на съвместно предприятие Sodesa, като всяко от участващите дружества е притежавало 50 % от предприятието, чиято цел е била да доставя електроенергия на либерализирания португалски пазар. Участието на Sonae Capital е продължило от 2002 г. до 2008 г., когато Sodesa е прекратило дейността си.

[75] В този смисъл вж. решения Lundbeck на Общия съд, точка 138, и Servier на Общия съд, точка 385.

78. Второ, що се отнася до довода, че Sonae SGPS, което е придобило ноу-хау в сектора на доставките на електроенергия благодарение на участието си в Sodesa (чрез едно от дъщерните си дружества), не е било страна по споразумението за партньорство и не е било споменато в клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, следва да се отбележи, че независимо дали Sonae SGPS може да се счита за едно-единствено предприятие с MCH по смисъла на правото в областта на конкуренцията, няма пречка фактът, че някои дружества от групата Sonae са упражнявали дейността си чрез Sodesa на същия пазар като EDP Comercial, да бъде взет предвид като обстоятелство от фактическия контекст. В този смисъл предприятие, извършващо дейност в сектора на търговията на хранителни стоки на дребно, което е част от група, осъществяваща дейност в енергийния сектор, със сигурност може да окаже по-голям натиск в резултат на потенциалното си навлизане на пазара в сравнение с предприятие, което е част от икономическа група, осъществяваща дейност изключително в сектора на търговията на хранителни стоки на дребно. В контекста на същия този анализ обаче изложените от MCH доводи относно действителните възможности за предаване на ноу-хау от Sonae Capital в рамките на групата, и по-специално на MCH, вследствие на прекратяването на Sodesa[76], спадат към фактическа преценка, която, макар и решаваща по отношение на тежестта, която следва да се придаде на партньорството с Endesa, е от изключителната компетентност на запитващата юрисдикция.

79. От друга страна, що се отнася до централата за комбинирано производство на енергия (*седми въпрос*), от преписката по делото е видно, че едно от дружествата от групата Sonae, а именно Sonae Capital SGPS, което не попада в персоналния обхват на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, е осъществявало дейността си по производство на електроенергия в Португалия, считано от септември 2009 г., по-специално чрез придобиването на целия капитал на предприятие, което притежава и експлоатира централа за комбинирано производство на енергия от турбина, работеща с природен газ, в зоната на Paiã (Пая, Португалия).

80. Въз основа на тези констатации обаче е невъзможно да се прецени доказателствената стойност, която следва да се придаде на това доказателство. Доколкото клаузата за неизвършване на конкурентна дейност не се прилага за Sonae Capital и спорното решение не е адресирано до него, запитващата юрисдикция следва да установи връзките между производствените дейности в централа за комбинирано производство на електроенергия и евентуалното улесняване на навлизането на MCH на пазара за доставка на енергия[77].

5) По релевантността на партньорството, сключено с GALP (шести въпрос)

81. На пето място, що се отнася до релевантността на партньорството, сключено с GALP, припомням, че като друго основание за съществуването на отношение на потенциална конкуренция между жалбоподателите, в решението на TCRS се посочва, че от 2004 г. MCH и GALP, оператор, осъществяващ дейност на пазара за доставка на електроенергия в Португалия и на пазара за доставка на горива, са създали партньорство, предоставящо отстъпки на общите клиенти при покупката на гориво (в бензиностанциите GALP) и на потребителски стоки (в обектите, управлявани от MCH) под формата на ваучери или купони (наричано по-долу „програмата „vice-versa“).

[76] MCH изтъква, че вследствие на прекратяването на Sodesa служителите, участвали в това партньорство, са престанали да работят за групата Sonae.

[77] В това отношение вж. анализа в точка 85 от настоящото заключение.

82. В това отношение с оглед на изложения по-горе анализ считам, че в контекста на пазара на либерализиране и като се има предвид, че GALP е пряк конкурент на EDP, AdC със сигурност не може да бъде упрекнат, че е анализирал постигнатото партньорство между MCH и GALP, независимо от факта, че то е било създадено повече от седем години преди споразумението, доколкото това партньорство все още е било действащо към момента на разглежданото в главното производство споразумение за партньорство. Въпреки това, без да се засяга преценката на доказателствената стойност, която следва да се придаде на това партньорство, бих искал да отбележа, че тъй като програмата „vice-versa“ се отнася изключително до дистрибуцията на дребно на горива за превозни средства, изглежда по-малко вероятно тя пряко да е създала предимства, които биха могли да улеснят навлизането на MCH на пазара за доставка на електроенергия.

6) По релевантността на дейностите на предприятието на пазара нагоре по веригата на производство на електроенергия (пети и седми въпрос)

83. На шесто и последно място, що се отнася до релевантността на дейностите на страните на пазара за производство на електроенергия, от обжалваното съдебно решение е видно, че MCH и други притежавани от Sonae Investimentos дружества, всички те обвързани с клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, от 2009 г. са осъществявали дейността си на пазара за производство на електроенергия чрез инсталации за микро- и минигенериране благодарение на фотоволтаични панели върху покривите на обектите за търговия на дребно, стопанисвани от тези дружества. Тази дейност на пазара нагоре по веригата на производство на електроенергия е довела TCRS до извода, че между MCH и EDP Comercial съществува потенциална конкуренция на пазара за доставка на електроенергия.

84. В това отношение следва да се отбележи, че пазарите за производство на електроенергия и за доставка на електроенергия на крайните клиенти са отделни пазари. Следва обаче да се отбележи, както посочва Комисията, че предприятията нагоре (или надолу) по веригата на производство често са потенциални оператори, които имат добри позиции за навлизане на нов пазар, включително в сектора на електроенергията и газа, по-специално когато съществува вертикална интеграция на тези пазари. Поради това AdC не може да бъде упрекван, че е взел предвид и това обстоятелство.

85. Що се отнася до значението, което следва да се придаде на факта, че MCH произвежда електроенергия чрез инсталации, разположени върху покривите на неговите обекти, в рамките на специална схема, съгласно която произведената енергия се доставя на регулирани цени на доставчик от последна инстанция, то зависи от чисто фактическа преценка, по която Съдът не следва да се произнася. Ето защо запитващата юрисдикция трябва да провери дали тези инсталации биха могли да предоставят реални и конкретни предимства на MCH с оглед на евентуално навлизане на пазара за доставка на енергия. При все това считам, че само по себе си подобно обстоятелство не може да превърне MCH или всяко друго предприятие, мажоритарна собственост на Sonae Investimentos, в оператори, които са особено добре позиционирани на пазара надолу по веригата за доставка на електроенергия, с оглед, от една страна, на липсата на правни, технически и икономически връзки между дейността по производство по посочената по-горе специална схема и дейността по доставка на електроенергия, и от друга страна, на много ограничения обем на произведената енергия, тъй като това производство по-скоро има за цел да се повиши рентабилността на съществуващ актив, а не да бъде реализирана печалба.

2. По правната квалификация на споразумението за партньорство като „вертикално споразумение“

86. С единадесетия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали споразумение за партньорство като разглежданото в главното производство попада в обхвата на понятието „споразумение за представителство“ или най-малкото в обхвата на понятието „вертикално споразумение“ по смисъла на член 1, параграф 1, буква а) от Регламент № 330/2010.

87. Съмненията на запитващата юрисдикция произтичат по същество от една от защитните тези на жалбоподателите в главното производство, съгласно която разглежданото в главното производство споразумение за партньорство се състояло в предоставяне на техните търговски мрежи, търговска сила и ноу-хау, за да привличат, печелят и развиват клиентелата и бизнеса на другата страна — характеристики, които попадат в обхвата на понятието „вертикално споразумение“, и по-специално на „споразумение за представителство“. Тези правни квалификации били релевантни за преценката на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, доколкото търговският риск и защитата на направените от страните инвестиции можели да послужат за установяване на контекста и за обосноваване на включването ѝ[78].

88. Преди да бъде изследвано дали разглежданото в главното производство споразумение може да се квалифицира като „споразумение за представителство“ (раздел б) или най-малкото като „вертикално споразумение“ (раздел в), според мен е полезно да бъде припомнена накратко рамката за прилагането на член 101 ДФЕС по отношение на вертикалните споразумения (раздел а).

а) По приложимостта на член 101 ДФЕС по отношение на вертикалните споразумения

89. Член 101 ДФЕС се прилага по отношение на вертикалните споразумения, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и нарушават конкуренцията (наричани по-нататък „вертикални ограничения“). Следователно той предвижда правна рамка за оценяване на вертикалните споразумения, като се отчита разграничаването между антиконкурентни и проконкурентни ефекти. Член 101, параграф 1 ДФЕС забранява онези споразумения, които чувствително ограничават конкуренцията, докато член 101, параграф 3 ДФЕС предвижда освобождаване на онези споразумения, които осигуряват достатъчно предимства, за да се компенсират антиконкурентните им ефекти[79].

90. В рамките на прилагането на последната разпоредба Комисията определя чрез регламент категории вертикални споразумения, за които може да се смята, че по принцип отговарят на условията по член 101, параграф 3 ДФЕС, като например вертикални споразумения за покупко-продажба на стоки или услуги, когато тези споразумения са сключени между неконкурентни предприятия[80]. В тези категории попадат определени

78 Подобни клаузи са били предвидени, по-специално в член 7, параграф 2 и член 20 от Директива 86/653/ЕИО на Съвета от 18 декември 1986 година относно координирането на правото на държавите членки, свързано с дейността на самостоятелно заетите търговски представители (ОВ L 382, 1986 г., стр. 17; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 176).

79 Вж. Насоки относно вертикалните ограничения (ОВ C 130, 2010 г., стр. 1, наричани по-нататък „Насоки относно вертикалните ограничения“), параграфи 5—7.

80 Вж. Регламент № 330/2010, съображения 3—5.

видове вертикални споразумения, за които се счита, че могат да доведат до увеличаване на икономическата ефективност в рамките на дадена производствена верига или дистрибуторска мрежа, по-специално благодарение на намаляване на разходите по трансакциите и дистрибуцията [81]. Възможността такива повишаващи ефективността въздействия да надделеят над всякакви антиконкурентни последици, зависи от степента на пазарната сила на страните по споразумението и следователно от степента, до която тези предприятия са изправени пред конкуренция с други доставчици [82]. По тази причина регламентът за освобождаване създава презумпция, според която, когато пазарният дял, държан от всяко предприятие, което е страна по споразумението, на съответния пазар не надвишава 30 %, вертикалните споразумения, които не съдържат определени видове тежки ограничения на конкуренцията, като цяло водят до подобрение в производството или дистрибуцията и осигуряват на потребителите справедлив дял от произтичащите преимущества.

б) По квалифицирането на „споразумението за представителство“

91. „Споразумение за представителство“ е специфичен вид вертикално споразумение, което по принцип не попада в обхвата на забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС [83]. Това споразумение се определя като договор между предприятие (принципал) и представител, а именно „юридическо или физическо лице, на което е предоставено правото да преговаря и/или да сключва договори от името на [принципала], или от свое собствено име, или от името на принципала за покупката на стоки или услуги от принципала, или за продажбата на стоки или услуги, доставени от принципала“ [84]. За целите на прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС споразумението ще бъде определено като споразумение за представителство, ако представителят не поема каквито и да било или поема само незначителни рискове, свързани с договори, които са сключени и/или договорени от името на принципала [85]. В рамките на такива споразумения функцията на представителя за продажба или закупуване представлява част от дейностите на принципала, който поема търговските и финансовите рискове, а това означава, че всички задължения, наложени на представителя във връзка с договорите, които са сключени от името на принципала, попадат извън приложното поле на член 101, параграф 1 ДФЕС [86].

92. В случая жалбоподателите в главното производство поддържат, че споразумението за партньорство е трябвало да се счита за „две насрещни споразумения за представителство“ или за „двустранно споразумение за представителство“, тъй като всеки от съдоговорителите насърчава продажбите на отсрещната страна [87].

93. Не мога да се съглася с тази квалификация.

81 Вж. Регламент № 330/2010, съображение 6.

82 Вж. Регламент № 330/2020, съображение 7.

83 Вж. Насоки относно вертикалните ограничения, параграфи 12—21.

84 Вж. Насоки относно вертикалните ограничения, параграф 12.

85 Вж. Насоки относно вертикалните ограничения, параграфи 15 и 18.

86 Вж. Насоки относно вертикалните ограничения, параграф 18. Такива задължения, присъщи на споразумение за представителство, които са в състояние да определят търговската стратегия на принципала, са задълженията, налагащи ограничаване на територията, на която или на клиентите, на които представителят може да продава стоките или услугите на принципала, както и цените и условията, при които той може да ги предлага.

87 По-конкретно, те изтъкват, че това споразумение обединява съвкупността от елементи, които характеризират дадено споразумение за представителство, по-специално: i) взаимното задължение за насърчаване на договорите за сметка на другата страна; ii) автономността им; и iii) възмездният характер на споразумението за партньорство, съответстващ на възнаграждението на представителя, изразяващо се във възнаграждението, с което другата страна е обвързана.

94. Най-напред, макар с оглед на клауза 2.1 от споразумението за партньорство да е безспорно, че то има за цел да се насърчат дейностите по доставка на електроенергия от EDP Comercial и по дистрибуция на дребно от MCH[88], от съдържанието по това споразумение не следва, че договарящите страни са искали да препродадат стоките на другата страна като независими дистрибутори, така че да са задължени да договарят или да сключват договори в качеството на представители от името на другата страна[89].

95. По-нататък, както следва от Насоките относно вертикалните споразумения, решаващият фактор за определянето на договор за представителство за целите на прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС е търговският или финансовият риск, който представителят понася във връзка с дейностите, за които принципалът го е определил[90]. От акта за преюдициално запитване обаче е видно, че макар разходите за осъществяване на партньорството (свързани с намаленията на цените, рекламата, маркетинга и комуникацията) да са понесени поравно от страните по споразумението за партньорство, не такъв е случаят с отстъпките[91].

96. Накрая, дори да се предположи, че разходите за осъществяване на партньорството представляват „насрещна престация“ за услугите по представителство, следва да се констатира, че страните, изглежда, са провели рекламна кампания относно съответните си продукти, а не за отделните продукти на всяка страна. Всъщност от текста на споразумението за партньорство ясно личи, че MCH не би извлякло полза от популяризирането на договорите за доставка на електроенергия на EDP Comercial, ако клиентите му не се бяха присъединили същевременно към програмата за лоялност на MCH. Освен това EDP Comercial не би убеждавало клиентите да участват в програмата за лоялни клиенти на MCH, ако същевременно не бяха сключили договор за доставка на електроенергия. Следователно действията на всяко от двете предприятия не могат да се разглеждат като самостоятелни действия за популяризиране на продуктите на другото.

в) По квалифицирането на „вертикалното споразумение“

97. Що се отнася до квалифицирането на споразумението за партньорство като „вертикално споразумение“, така че да може да се приложи регламентът за групово освобождаване, следва да се припомни, че член 1, параграф 1, буква а) от Регламент № 330/2010 определя „вертикално споразумение“ като „споразумение или съгласувана практика, сключени между две или повече предприятия, всяко от които функционира *за целите на споразумението или съгласуваната практика* на различно ниво в производствената верига и дистрибуторската мрежа, и се отнася до условията, при които страните могат да закупуват, продават или препродават определени стоки и услуги“[92]. Следователно преценката на вертикалния характер на дадено споразумение се извършва с оглед на „целите на споразумението“. Поради това вертикално споразумение може да се осъществи и между конкуренти, ако за целите на споразумението страните действат на

88 Вж. точка 7 от настоящото заключение.

89 Макар името, дадено на дадено споразумение, да не е определящо за установяване на неговото естество, това не променя факта, че жалбоподателите са квалифицирали споразумението си не като „споразумение за представителство“ или за „дистрибуция“, а като споразумение за „партньорство“.

90 Вж. точка 91 от настоящото заключение.

91 Вж. точка 11 от настоящото заключение.

92 Отбелязвам, че това определение е запазено в член 1, параграф 1 от Регламент (ЕС) 2022/720 на Комисията от 10 май 2022 година за прилагането на член 101, параграф 3 [ДФЕС] относно категориите вертикални споразумения и съгласувани практики (ОВ L 134, 2022 г., стр. 4), който влиза в сила на 1 юни 2022 г. и заменя Регламент № 330/2010. Вж. също Насоки относно вертикалните ограничения, параграфи 24—26.

различно ниво на производствената верига/дистрибуторската мрежа. Ето защо въпросът дали споразумението за партньорство представлява вертикално споразумение, трябва да се преценява независимо от установената потенциална конкуренция.

98. В случая и независимо от анализа, който следва, е необходимо от самото начало да се подчертае, че значението на правната квалификация на споразумението за партньорство като „вертикално споразумение“ следва да се приеме за относително, тъй като преценката на антиконкурентния характер на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност трябва да се извърши независимо, и по-точно от гледна точка на нейния съпътстващ характер [93]. Всъщност проблемът в главното производство не е самото споразумение за партньорство, а клаузата за неизвършване на конкурентна дейност [94]. При това положение се съмнявам, че фактът, че споразумението за партньорство може да се квалифицира като „вертикално споразумение“, има някакво значение за преценката на антиконкурентния характер на тази клауза.

99. След тези бележки е необходимо да се спомене, че по вече посочените в точки 94—96 от настоящото заключение причини очевидно основната цел на партньорството е увеличаването на продажбите на продуктите на двете страни, а не желанието за осъществяване на дейност като независими дистрибутори на продуктите на другата страна. Поради това страните са провели обща рекламна кампания, отнасяща се до съответните им продукти, а не до отделните продукти на всяка страна. Без да се засяга преценката на запитващата юрисдикция, изложените от запитващата юрисдикция фактически обстоятелства оставят впечатлението, че това споразумение има прилики със „споразумение за търгуване“ по смисъла на Насоките относно споразуменията за хоризонтално сътрудничество [95], сключено с оглед на провеждането на обща рекламна кампания за съответните стоки на страните. Все пак запитващата юрисдикция следва да прецени въз основа на евентуално определяне на съответните пазари дали такова споразумение предполага сътрудничество в областта на продажбата, тъй като за целите на споразумението за партньорство страните действат на същото равнище от икономическата верига.

3. По съпътстващия характер на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност

100. С десетия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали клауза за неизвършване на конкурентна дейност като съдържащата се в разглежданото в главното производство споразумение за партньорство може да се счита за съпътстващо ограничение спрямо основната операция по това споразумение с оглед по-специално на нейния времеви, географски и субективен обхват [96].

93 Този въпрос е предмет на анализа на раздел III.Б.3 от настоящото заключение.

94 Освен това обстоятелството, че дадено споразумение представлява вертикално споразумение, не изключва възможността то „по своята цел“ да представлява ограничение на конкуренцията. Ако по естеството си вертикалните споразумения често увреждат в по-малка степен конкуренцията, отколкото хоризонталните, все пак при определени обстоятелства те също могат да се отличават с особено висок ограничителен потенциал (в този смисъл вж. решения от 14 март 2013 г., Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 43), и от 26 ноември 2015 г., Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, т. 21).

95 Вж. Насоките по отношение на споразуменията за хоризонтално сътрудничество, точки 225—228.

96 Вж. съответно i) първото, ii) второто, iii) третото и четвъртото тире от десетия преюдициален въпрос.

а) По рамката на преценката на „съпътстващите ограничения“ на търговските споразумения

101. Най-напред следва да се припомни, че като „съпътстващо ограничение“ се квалифицира всяко ограничение на конкуренцията, което е *пряко свързано* със и *необходимо* за реализирането на основна операция, която сама по себе си няма антиконкурентен характер[97]. Следователно теорията за съпътстващите ограничения, разработена първоначално в рамките на чисто търговски споразумения, но разширена в регулаторния сектор[98], позволява да се преценят последиците от някои ограничения, предхождащи прилагането на член 101 ДФЕС.

102. По-конкретно, съгласно практиката на Съда, ако поради своята неутралност или положителното си въздействие върху конкуренцията дадена операция или дейност не се обхваща от предвидената в член 101, параграф 1 ДФЕС принципна забрана, тази забрана не важи и за ограничаването на търговската самостоятелност на един или повече участници в тази операция или дейност, ако то е *обективно необходимо* за осъществяването на посочената операция или дейност и *пропорционално на нейните цели*[99].

103. Така, ако такова ограничение не може да бъде отделено от основната операция или дейност, без да се застрашат нейното съществуване и цели, съвместимостта му с член 101 ДФЕС следва да се прецени заедно със съвместимостта на основната операция или дейност, по отношение на която е съпътстващо, независимо че на пръв поглед такова ограничение, разгледано самостоятелно, може да изглежда обхванато от принципната забрана по член 101, параграф 1 ДФЕС[100].

104. Накрая, що се отнася до клаузите за неизвършване на конкурентна дейност, следва да се констатира, че в практиката при вземане на решения в областта на правото на конкуренцията напълно легитимни причини да се избегнат клаузите за неосъществяване на конкурентна дейност, които са предвидени в споразумения, представляват операции по концентрация, хоризонтални споразумения и вертикални споразумения в приложение на член 101, параграф 1 ДФЕС, по-специално когато такива клаузи се окажат от съществено значение или за да се защитят страните от риск, свързан с въпросното споразумение, или за да се съгласуват стимулите за всяка от страните за постигането на определен резултат.

97 Вж. решение от 18 септември 2001 г., M6 и др./Комисия (T-112/99, EU:T:2001:215, т. 104—106). Вж. също точка 12 от Известие на Комисията относно ограниченията, пряко свързани и необходими за концентрациите (2005/C 56/03) (ОВ C 56, 2005 г., стр. 24; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 204).

98 Вж. решения от 25 октомври 1977 г., Metro SB-Großmärkte/Комисия (26/76, EU:C:1977:167), и от 28 януари 1986 г., Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41). За приложението в областта на регулирането вж. заключението ми по дело European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, т. 85—124).

99 В този смисъл вж. решения от 11 септември 2014 г., MasterCard и др./Комисия (C-382/12 P, наричано по-нататък „решение MasterCard“, EU:C:2014:2201, т. 89 и цитираната съдебна практика), и Hoffmann-La Roche, точка 69.

100 В този смисъл вж. решения MasterCard, точка 90, и Hoffmann-La Roche, точка 70. Когато трябва да се определи дали е допустимо забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС да не се приложи по отношение на антиконкурентно ограничение с мотива, че то е съпътстващо по отношение на основна операция, която не нарушава конкуренцията, следва да се провери дали реализирането на тази операция *би било невъзможно при липсата на въпросното ограничение*. Не може да се счита, че обстоятелството, че тази операция става просто по-трудно осъществима или не така изгодна при липсата на разглежданото ограничение, прави ограничението „обективно необходимо“, което се изисква за квалифицирането му като съпътстващо. Всъщност такова тълкуване би разширило обхвата на това понятие, като включи в него ограничения, които не са абсолютно необходими за реализирането на основната операция. Такъв резултат би засегнал полезното действие на забраната, предвидена в член 101, параграф 1 ДФЕС (в този смисъл вж. решения MasterCard, т. 91, и Hoffmann-La Roche, т. 71).

105. Именно в този контекст следва да се прецени дали разглежданата в главното производство клауза за неизвършване на конкурентна дейност може да се квалифицира като „съпътстваща“ спрямо операцията по споразумението за партньорство и спрямо нея да не се прилага член 101, параграф 1 ДФЕС.

б) По прилагането в конкретния случай

106. От акта за преюдициално запитване е видно, че жалбоподателите в главното производство поддържат, че в контекста на разглежданото в случая споразумение за партньорство клаузата за неизвършване на конкурентна дейност има за цел да защити поверителността на обменената чувствителна търговска информация за прилагането на „програмата EDP Continente“. В този смисъл подобна клауза била строго съпътстваща по отношение на това споразумение. Всъщност те считат, че клаузите за поверителност (клауза 16), за защита на интелектуалната собственост (клауза 11) и за защита на личните данни (клауза 9) от споразумението за партньорство не са достатъчни, за да защитят техните инвестиции и споделено ноу-хау в рамките на сътрудничеството помежду им. Освен това твърдят също, че приложното поле на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е достатъчно ограничено, тъй като не се простира извън обхванатите от партньорството сектори на дейност и дружествата, които имат достъп до чувствителна търговска информация. Накрая, информационният поток продължавал известно време след края на прилагането на партньорството, което позволило удължаване на срока на действие на клаузата.

107. Поради изложените по-долу причини и с оглед на изискванията, произтичащи от припомнената в точки 102—104 от настоящото заключение съдебна практика, считам, че макар представената на Съда преписка да не съдържа никакви данни, които да поставят под въпрос благоприятния или поне неутралния за конкуренцията характер на споразумението за партньорство, сключено между MCH и EDP Comercial, от друга страна, не може да се приеме, че клауза за неизвършване на конкурентна дейност е била *обективно необходима* за изпълнението на това споразумение и *пропорционална на преследваните от него цели*.

108. От една страна, що се отнася до *обективната необходимост от клаузата*, като приемам, че защитата на чувствителните в търговско отношение данни може да се разглежда като легитимна цел в рамките на споразумение за партньорство, което изисква подходящи мерки, ограничаващи поведението на страните по споразумението, считам, че клауза за неизвършване на конкурентна дейност като разглежданата в главното производство не може да се счита за *абсолютно необходима* по отношение на тази цел.

109. Всъщност, първо, следва да се констатира, че макар заявената от страните по споразумението за партньорство цел да е взаимно да се попречи те да използват за своя собствена полза чувствителна търговска информация, като се включат в конкурентна дейност, и по-специално да се попречи на MCH да навлезе на пазара за доставка на електроенергия с ниско напрежение или на газ на потребителите, възприетото договорно разрешение се състои в това да се предотврати самата възможност за упражняване на посочената дейност. Това разрешение обаче ми се струва непропорционално спрямо преследваната цел, доколкото, за да се избегне поведение, което би могло да представлява нелоялна конкуренция чрез използването на сведения, принадлежащи на една от страните, клаузата чисто и просто премахва самата възможност за подобна конкурентна дейност. Тази явна разлика между преследваната цел и възприетото договорно разрешение би

трябвало сама по себе си да е достатъчна, за да се направи изводът, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е непропорционална, по-специално предвид факта, че наложената на MCH договорна забрана за навлизане на пазара за доставка на електроенергия съвпада с изключително важния период на либерализиране на пазара за доставка на електроенергия с ниско напрежение.

110. Второ, във връзка с предходния анализ ми се струва, че е било възможно да се приемат по-малко ограничителни разрешения за защита на чувствителния търговски поток от информация. Например въвеждането на система за разделяне на информацията (т.нар. китайска стена, „chinese wall“), съчетана с вече съществуващите клаузи за поверителност, за защита на интелектуалната собственост и за защита на данните, е било подходящо и също толкова ефикасно, за да се защити разглежданата чувствителна търговска информация.

111. От друга страна, дори да се предположи, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност е обективно необходима за осъществяването на партньорството, смятам, че нейното прилагане не може да се счита за *пропорционално на преследваните цели* със споразумението за партньорство.

112. Всъщност, първо, що се отнася до персоналния обхват на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, припомням, че макар споразумението за партньорство да се отнася за доставката на електроенергия с ниско напрежение на потребителите, клаузата за неизвършване на конкурентна дейност обхваща всяка доставка на електроенергия, независимо с какво напрежение, включително доставката на електроенергия със средно и високо напрежение и доставката на газ.

113. Второ, що се отнася до обстоятелството, че времевият обхват на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност съвпада с периода, през който страните по разглежданото в главното производство споразумение за партньорство не са имали право да използват търговски тайни или ноу-хау, придобити през периода на привеждането ѝ в действие, налага се изводът, че макар да се приема, че това обстоятелство е доказано [101], от фактите по делото изглежда, че тъй като последните ваучери за отстъпки, издадени на потребителите, се основават на потреблението им до 31 декември 2012 г., ограничението, целящо да се защити чувствителната търговска информация до 31 декември 2013 г., ми се струва prima facie непропорционално.

4. По квалифицирането на клауза за неизвършване на конкурентна дейност като ограничаване на конкуренцията „с оглед на целта“

114. С първия и осмия преюдициален въпрос, които следва да се разгледат заедно, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали клауза за неизвършване на конкурентна дейност, която в рамките на споразумение за партньорство се състои в забрана по-специално за търговеца на хранителни стоки на дребно, страна по това споразумение, да навлезе на пазара за доставка на електроенергия, на който другата страна по посоченото споразумение е голям участник, и то в последния етап от либерализирането на този пазар, може да представлява ограничение с оглед на целта, като се има предвид, че

[101] В това отношение вж. оригинала на преюдициалното запитване, стр. 168, точки 5 и 6, където се посочва, че обстоятелството, че клаузата за неизвършване на конкурентна дейност има за цел да запази „поверителността на споделената търговска информация inter partes и ноу-хау, произтичащи от партньорството“, и „търговската тайна, поверителната информация, чувствителната търговска информация и инвестициите, които страните са споделили в рамките на „програмата EDP Contenente“, е част от „фактите, които не са установени“.

потребителите извличат определени предимства от това споразумение (*първи въпрос*) и че тази клауза е ограничена за срока на действие на споразумението и една година след това (*осми въпрос*).

а) По понятието „антиконкурентна цел“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС

115. Разграничението между ограничаване на конкуренцията с оглед на целта или с оглед на резултата, за което запитващата юрисдикция иска произнасяне чрез тези въпроси, вече е предмет на обширна и подробна съдебна практика. В този смисъл само ще припомня, че за да попадне в обхвата на забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС, дадено споразумение трябва да има „за своя цел или резултат“ предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар, тъй като антиконкурентните цел и резултат на дадено споразумение са не кумулативни, а алтернативни условия [102].

116. В този контекст следва да се припомни, че основният правен критерий, за да се определи дали дадено споразумение ограничава конкуренцията „с оглед на целта“, е констатацията, че такова споразумение има само по себе си *достатъчна степен на вредност за конкуренцията, така че не е необходимо да се установява какъв е резултатът от него* [103]. Това се дължи на обстоятелството, че определени форми на съгласуване между предприятията могат по самото си естество да се разглеждат като увреждащи доброто функциониране на нормалната конкуренция [104]. За да се прецени дали определено споразумение има достатъчна степен на вредност, следва да се вземат предвид съдържанието на неговите разпоредби, преследваните с него цели, както и икономическият и правният му контекст [105]. При преценката на посочения контекст следва също така да се вземат под внимание естеството на засегнатите стоки или услуги и реалните условия на функционирането и структурата на въпросния пазар или пазари [106]. Накрая, понятието „ограничение с оглед на целта“ трябва да се тълкува стриктно [107].

б) По преценката на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност

117. Разглежданата в главното производство клауза за неизвършване на конкурентна дейност, в случай че не представлява съпътстващо ограничение на споразумението за партньорство и в случай, когато е установено потенциално конкурентно отношение, може да се приравни на споразумение за подялба на пазари, което, подобно на споразуменията за определяне на цени, представлява явно ограничение на конкуренцията, традиционно считано за особено тежко нарушение на правилата на конкуренцията. Всъщност Съдът се е произнесъл, че самите споразумения, които имат за цел подялбата на пазари, имат ограничаваща конкуренцията цел и представляват категория споразумения, които са изрично забранени от член 101, параграф 1 ДФЕС. Следователно във връзка с такива

[102] В това отношение вж. заключението ми по дело European Superleague Company (C-333/21, EU:C:2022:993, т. 58—63 и цитираната съдебна практика).

[103] Вж. решение от 12 януари 2023 г., HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, т. 106 и цитираната съдебна практика).

[104] Вж. решение от 11 септември 2014 г., CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 50 и цитираната съдебна практика).

[105] Вж. решения от 14 март 2013 г., Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 34), и от 11 септември 2024 г., CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 53).

[106] Вж. решение от 12 януари 2023 г., HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, т. 107 и цитираната съдебна практика).

[107] Решение Generics (UK), точка 67 и цитираната съдебна практика.

споразумения анализът на икономическия и правния контекст, в който се вписва практиката, може да бъде сведен до строго необходимото, за да се установи наличието на ограничение на конкуренцията с оглед на целта [108].

118. Въпреки че съгласно тази съдебна практика не е необходимо да се взема предвид икономическият контекст, в който се вписва клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, отчитането му в настоящия случай допълнително потвърждава нейния ограничителен характер. Всъщност в случая прилагането на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност съвпада със специфичния контекст на либерализирането на пазара за доставка на електроенергия с ниско напрежение в континентална Португалия. По-конкретно, тази клауза е договорена няколко месеца преди пълната либерализация на пазара за доставка на електроенергия, което съответства на края на регулираните цени за всички крайни потребители. В този контекст традиционният португалски оператор на този пазар EDP има интерес да отлага навлизането на потенциални конкуренти на посочения пазар. Ето защо ми се струва, че този контекст може още повече да засили вредния характер на споразумение за разпределяне на пазари между традиционен оператор и нов потенциален участник.

119. Накрая, считам, че фактът, че тази клауза за неизвършване на конкурентна дейност се вписва в рамките на по-широко сътрудничество, а именно споразумението за партньорство, което може да доведе до повишаване на ефективността в интерес на някои потребители, не променя извода, че такова споразумение за подялба на пазари само по себе си представлява ограничение с оглед на целта. Всъщност поради изложените по-горе причини тази клауза не представлява необходимо ограничение за прилагането на споразумението за партньорство и следователно за повишаването на ефективността, до което то може да доведе. В този смисъл евентуалните предимства не са свързани с клаузата за неизвършване на конкурентна дейност, а със споразумението за партньорство и следователно не могат да бъдат изтъкнати като обосновка на проконкурентния характер на тази клауза. При всички случаи съгласно практиката на Съда, когато страните по дадено споразумение изтъкват, че то има положителни последици за конкуренцията, тези последици трябва надлежно да се вземат предвид като част от контекста на това споразумение при проверката дали то да бъде квалифицирано като „ограничение с оглед на целта“, доколкото могат да поставят под съмнение общата преценка по въпроса дали съответното тайно договаряне е достатъчно вредно за конкуренцията и следователно дали може да бъде квалифицирано като „ограничение с оглед на целта“ [109].

120. От това следва, че в конкретния случай клаузата за неизвършване на конкурентна дейност — като същевременно се приеме, че тя не представлява съпътстващо ограничение на споразумението за партньорство и че страните по споразумението за партньорство са поне потенциални конкуренти — трябва да се разглежда като ограничаване на конкуренцията с оглед на целта по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, което не изисква никакъв конкретен анализ на последиците от нея.

[108] Вж. решение Toshiba, точки 28 и 29.

[109] Решение от 12 януари 2023 г., HSBC Holdings (C-883/19 P, EU:C:2023:11, т. 139—141 и цитираната съдебна практика).

IV. Заключение

121. С оглед на изложеното по-горе предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Tribunal da Relação de Lisboa (Апелативен съд Лисабон, Португалия), по следния начин:

„1) Член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че търговец на хранителни стоки на дребно, обвързан с доставчик на електроенергия от споразумение за партньорство, чиято цел е чрез схема за обвързани продажби да се насърчат съответните им дейности, и което съдържа клауза за неизвършване на конкурентна дейност, може да се счита за потенциален конкурент на пазара за доставка на електроенергия, при положение че към момента на сключването на това споразумение той не е упражнявал никаква дейност на този пазар, ако с оглед на условията за навлизане на посочения пазар и икономическия и правния контекст, при които той функционира, е доказано, че съществуват реални и конкретни възможности този търговец на дребно да навлезе на същия пазар, като подобно доказване трябва да се основава на специфични за пазар за доставка на електроенергия доказателства. За да се провери дали такова предприятие може да се счита за потенциален конкурент, който в това си качество представлява конкурентен натиск за доставчика на електроенергия, евентуално са релевантни — взети заедно, без непременно някое от тях да е само по себе си определящо — доказателства, свързани по-специално с: i) намерението на търговеца на хранителни стоки на дребно да навлезе на пазара за доставка на електроенергия, като обстоятелство, което е в подкрепа на капацитета му да навлезе на посочения пазар; ii) подготвителните действия с оглед на навлизане на пазара, по-специално предвид евентуалните регулаторни ограничения или ограничения, специфични за отварянето на пазара за доставка на електроенергия, които биха могли да потвърдят капацитета на посоченото предприятие да навлезе на този пазар в срок, в който е в състояние да окаже конкурентен натиск и който в случая съответства на срока на действие на клаузата за неизвършване на конкурентна дейност; iii) възприятието, което доставчикът на електроенергия има за търговеца на хранителни стоки на дребно, като обстоятелството, че е включил клауза за неизвършване на конкурентна дейност, представлява сериозна индиция за съществуването на потенциално конкурентно отношение, която обаче трябва да бъде потвърдена от други обстоятелства, свързани с действителните условия за достъп до пазара; iv) различните дейности на другите предприятия от групата, към която принадлежи търговецът на дребно, на пазара за доставка на електроенергия или на съседни пазари, при условие че се установи връзка между тези дейности и капацитета на търговеца на дребно да навлезе на този пазар в кратък срок, дори когато тези дейности предхождат сключването на споразумението за партньорство и независимо дали тези предприятия са били обвързани от клаузата за неизвършване на конкурентна дейност; и v) дейностите на търговеца на хранителни стоки на дребно на пазара нагоре по веригата на производство на електроенергия, при условие че тези дейности са в състояние да му предоставят реални и конкретни предимства с оглед на евентуално навлизане на пазара за доставка на електроенергия.

2) Член 1, параграф 1, буква а) от Регламент (ЕС) № 330/2010 на Комисията от 20 април 2010 година за прилагането на член 101, параграф 3 [ДФЕС] относно категориите вертикални споразумения и съгласувани практики трябва да се тълкува в смисъл, че споразумение за партньорство между търговец на хранителни стоки на дребно и доставчик на електроенергия, чиято цел е чрез схема за обвързани продажби да се насърчат съответните им дейности, не попада в обхвата на понятието

„вертикално споразумение“, независимо дали тези предприятия трябва да се считат за настоящи, или потенциални конкуренти, тъй като се предполага, че за целите на споразумението за сътрудничество страните действат на едно и също равнище от икономическата верига.

3) Член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че не може да се изключи от обхвата на тази разпоредба клауза за неизвършване на конкурентна дейност, договорена между страните в рамките на споразумение за партньорство като това по главното производство, с мотива, че тази клауза е съпътстваща това споразумение, освен ако не се докаже, че такава клауза е обективно необходима за осъществяването на партньорството и е пропорционална на преследваните от него цели.

4) Член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че клауза за неизвършване на конкурентна дейност като тази по разглежданото в главното производство споразумение за партньорство — при условие че е сключена между две предприятия, считани поне за потенциални конкуренти — трябва да се счита за споразумение за подялба на пазари, представляващо ограничаване на конкуренцията с оглед на целта, без да е необходимо да се доказват конкретните вредни последици, освен ако тази клауза може да се счита за съпътстващо ограничение на основното споразумение или когато страните изтъкват, че има положителни последици за конкуренцията, които могат да поставят под съмнение общата преценка по въпроса дали съответната клауза е достатъчно вредна“.