

Asunto C-233/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

13 de abril de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

7 de abril de 2023

Partes recurrentes:

Alphabet Inc.

Google LLC

Google Italy Srl

Parte recurrida:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado)

Otras partes en el procedimiento:Enel X Italia Srl y Enel X Way Srl**Objeto del procedimiento principal**

Recurso de apelación interpuesto por Alphabet Inc., Google LLC y Google Italy Srl (en lo sucesivo denominadas conjuntamente, «Google»), contra la sentencia del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) que desestimó el recurso interpuesto por Google contra una decisión de la Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado. Dicha Autoridad consideró que Google era responsable de un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE por no haber hecho compatible su aplicación Android Auto con una aplicación desarrollada por Enel X Italia Srl (en lo sucesivo, «Enel X Italia») para servicios relacionados con la recarga de vehículos eléctricos y, en consecuencia, ordenó a Google el cese del

abuso en cuestión y le impuso ciertas obligaciones respecto a las aplicaciones mencionadas y una multa.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Mediante la petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), órgano jurisdiccional de última instancia, conforme a lo establecido en el artículo 267 TFUE, se solicita al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE, con especial atención a la identificación de los mercados de referencia y las eventuales obligaciones que incumben a una empresa dominante en uno o más mercados digitales.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse, a efectos del artículo 102 TFUE, el requisito del carácter indispensable del producto objeto de una negativa de suministro en el sentido de que el acceso debe ser indispensable para el ejercicio de una determinada actividad en un mercado conexo, o es suficiente que el acceso sea indispensable para un uso más adecuado de los productos o servicios ofertados por la empresa que lo solicita, especialmente en el caso de que la función principal del producto objeto de la negativa sea hacer que el uso de productos o servicios ya existentes sea más fácil y adecuado?
- 2) ¿Es posible considerar, en el marco de una conducta calificada de negativa de suministro, que se ha incurrido en un comportamiento abusivo, en el sentido del artículo 102 TFUE, en un contexto en el que, a pesar de la falta de acceso al producto solicitado, i) la empresa solicitante ya estaba activa en el mercado y ha seguido creciendo en este durante todo el periodo del presunto abuso y ii) otros operadores competidores de la empresa solicitante del acceso al producto han seguido operando en el mercado?
- 3) ¿Se debe interpretar el artículo 102 TFUE, en el contexto de un comportamiento abusivo consistente en negar el acceso a un producto o servicio supuestamente indispensable, en el sentido de que la inexistencia del producto o servicio en el momento en que se solicita el suministro debe considerarse una justificación objetiva de la propia negativa o está obligada una autoridad de defensa de la competencia, cuando menos, a efectuar un análisis, basado en elementos objetivos, del tiempo que necesita una empresa dominante para desarrollar el producto o servicio al que se solicita acceso, o, en vez de ello, puede imponerse a la empresa dominante, dada la responsabilidad que asume en el mercado, la obligación de comunicar al solicitante los plazos de desarrollo del producto?
- 4) ¿Se debe interpretar el artículo 102 TFUE en el sentido de que una empresa dominante, que ejerce el control de una plataforma digital, puede verse

obligada a modificar sus productos, o a desarrollar productos nuevos, con la finalidad de que puedan acceder a ellos todos los que lo soliciten? En ese caso, ¿debe una empresa dominante tener en cuenta las necesidades generales del mercado o las necesidades de la empresa que solicita acceder al insumo supuestamente indispensable o, cuando menos, dada la especial responsabilidad que la empresa dominante asume en el mercado, deben establecerse previamente criterios objetivos para analizar las solicitudes que ésta reciba y establecer un orden de prelación?

- 5) ¿Se debe interpretar el artículo 102 TFUE, en el contexto de un comportamiento abusivo consistente en negar el acceso a un producto o servicio supuestamente indispensable, en el sentido de que una autoridad de defensa de la competencia debe definir e identificar con anterioridad el mercado de referencia descendente afectado por el abuso, y puede este ser solo potencial?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 102 TFUE

Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2007, Microsoft (T-201/04)

Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Google Italy Srl, sociedad filial italiana de Google LLC, la cual, a su vez, pertenece a Alphabet Inc., se dedica principalmente a la prestación de servicios a favor de otras sociedades del grupo Google.
- 2 Google ha desarrollado el sistema operativo de código abierto para dispositivos móviles Android, que puede obtenerse gratuitamente y que puede ser modificado por cualquiera sin necesidad de autorización. Además, Google ha desarrollado Android Automotive OS, un sistema operativo integrado para los sistemas de infoentretenimiento de los vehículos, que también está disponible gratis con licencia de código abierto.
- 3 En 2015, Google lanzó Android Auto, una aplicación para dispositivos móviles con sistema operativo Android, que permite a los usuarios acceder a algunas aplicaciones de su teléfono inteligente a través de la pantalla integrada de un automóvil.
- 4 En vista de los plazos y de los costes necesarios para garantizar la compatibilidad de cada aplicación con Android Auto, Google ofrece soluciones para categorías enteras de aplicaciones en formato de plantilla que permiten a terceros

desarrolladores crear versiones de sus aplicaciones compatibles con Android Auto. En algunos casos, Google ha aceptado que los desarrolladores creen aplicaciones personalizadas, desarrolladas para que sean compatibles con Android Auto si no existe una plantilla predefinida.

- 5 A finales de 2018, tales plantillas solo estaban disponibles para las aplicaciones de contenido multimedia y de mensajería. Además, Google ha desarrollado versiones de sus aplicaciones de mapas y navegación (es decir, Google Maps y Waze) compatibles con Android Auto.
- 6 Enel X Italia Srl (en lo sucesivo, «Enel X») presta servicios de recarga de vehículos eléctricos y el Grupo Enel gestiona más del 60 % de los puntos de recarga disponibles en Italia.
- 7 En mayo de 2018, Enel X lanzó la aplicación JuicePass, que ofrece una gama de funciones para la recarga de vehículos eléctricos, entre otros, la búsqueda y reserva de puntos de recarga en un mapa; la transferencia a Google Maps o Apple Maps para poder navegar hacia el punto de recarga seleccionado; la activación, interrupción y seguimiento de la sesión de recarga; y el pago correspondiente. JuicePass está disponible para usuarios de teléfonos inteligentes Android y se puede descargar de Google Play.
- 8 En septiembre de 2018 y en los meses sucesivos, Enel X solicitó a Google que hiciera a JuicePass compatible con Android Auto. Google se negó a dicha posibilidad, afirmando que las aplicaciones de contenido multimedia y de mensajería eran las únicas aplicaciones de terceros compatibles con Android Auto y que no era posible publicar JuicePass en Android Auto por motivos de seguridad y por la necesidad de asignar de forma racional los recursos necesarios para el desarrollo solicitado.
- 9 El 12 de febrero de 2019, Enel X presentó una denuncia ante la Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado (en lo sucesivo, «Autoridad»), en la que sostuvo que la conducta de Google, consistente en negarse injustificadamente a permitir a JuicePass funcionar con Android Auto, constituía una infracción del artículo 102 TFUE.
- 10 Tras la incoación del procedimiento por parte de la Autoridad, Google lanzó, el 15 de octubre de 2020, una versión de la plantilla para el diseño de versiones beta de aplicaciones para la recarga de vehículos eléctricos compatibles con Android Auto.
- 11 Mediante decisión de 27 de abril de 2021, la Autoridad declaró que la conducta de Google, consistente en obstaculizar y retrasar la publicación de la aplicación JuicePass, desarrollada por Enel X, sobre la plataforma Android Auto constituía un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE y ordenó a Google, entre otras cosas, que i) cesara, también en el futuro, las prácticas de distorsión de la competencia imputadas; ii) publicara la versión definitiva de la plantilla para el desarrollo de aplicaciones de recarga eléctrica; y iii) desarrollara

las posibles funcionalidades que faltaban en la plantilla final, que, según Enel, eran esenciales. Además, la Autoridad impuso una multa administrativa a las sociedades Alphabet Inc., Google LLC y Google Italy Srl, como responsables solidarias, por un total de 102 084 433,91 euros.

- 12 Las sociedades recurrentes impugnaron dicha decisión ante el Tribunale amministrativo regionale del Lazio, que desestimó el recurso en su totalidad.
- 13 Contra dicha sentencia las recurrentes interpusieron recurso de apelación.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 14 La Autoridad sostiene que la conducta de Google es relevante a los efectos de la defensa de la competencia y las dinámicas del mercado debido a la posición dominante de Google, que desempeña un papel clave a la hora de permitir a los usuarios profesionales (en el presente caso, los desarrolladores) acceder a los usuarios finales de las aplicaciones. En efecto, el tipo y las características específicas de las aplicaciones publicadas en Android Auto, así como los plazos para la definición y la puesta a disposición de las herramientas de programación necesarias dependen exclusivamente de Google.
- 15 Según la Autoridad, existe un espacio competitivo que incluye tanto a Google Maps (y otras aplicaciones de navegación) como a la aplicación de Enel X Italia (y otras aplicaciones de servicios relacionados con la recarga eléctrica), dado que ambas aplicaciones ofrecen servicios de búsqueda y navegación en relación con los puntos de recarga (competencia efectiva) y, además, la aplicación de Enel X Italia ofrece funcionalidades nuevas pero que en el futuro podrían integrarse en Google Maps (competencia potencial). Además, a su parecer, las aplicaciones de Enel X Italia y Google Maps compiten entre sí por los usuarios y los datos que estos generan.
- 16 Por estos motivos, en opinión de la Autoridad, la conducta de Google, que ha obstaculizado y retrasado, de forma injustificada, la disponibilidad de la aplicación de Enel X en Android, constituye una negativa a permitir la interoperabilidad (negativa a contratar) que supone una vulneración del principio de la igualdad de condiciones («level playing field»), confiriendo una ventaja injustificada a la aplicación propiedad de Google en detrimento de la aplicación del competidor Enel X Italia.
- 17 En primer lugar, Google niega que tuviera una obligación de suministro, según habían declarado la sentencia recurrida y la decisión de la Autoridad. En concreto, según Google, no concurren los requisitos acumulativos indicados en la sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2007, Microsoft (T-201/04), es decir i) que la obligación de suministro se refiera a un producto o servicio indispensable para el ejercicio de una actividad en un mercado conexo; ii) que la negativa de suministro pueda excluir toda competencia en dicho mercado; iii) que la negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo.

- 18 En particular, en opinión de Google, la Autoridad no ha realizado un análisis de indispensabilidad. Afirma, además, que la imposibilidad de acceder a Android Auto no ha impedido el funcionamiento de la aplicación JuicePass (que, en cualquier caso, se puede utilizar en los teléfonos inteligentes que se fijan al vehículo, por ej. con una ventosa) ni una competencia efectiva en el sector de las aplicaciones de recarga de vehículos eléctricos, como muestra el importante crecimiento de Juice Pass y la existencia de otras aplicaciones similares en Italia.
- 19 En segundo lugar, Google considera que su conducta ha sido correcta y que está justificada en atención a: i) la necesidad de desarrollar una nueva plantilla de acceso a Android Auto conforme a los requisitos de seguridad aplicables (que no existían en la fecha de la solicitud) y la imposibilidad concreta de desarrollar una aplicación personalizada a tal fin; ii) los plazos razonables en los que Google desarrolló posteriormente la plantilla a pesar de la complejidad y las dificultades relacionadas con la pandemia de COVID-19; iii) el hecho de que la Autoridad no ha cuestionado como irrazonable el plazo empleado por Google para dicho desarrollo.
- 20 En tercer lugar, Google rebate la identificación, por parte de la Autoridad, de dos mercados ascendentes en los que se le atribuye una posición dominante, es decir, el mercado de la concesión de licencias para sistemas operativos para dispositivos móviles inteligentes, en los que Google está presente a través del sistema operativo Android, y el mercado de plataformas de venta de aplicaciones para Android (Android app store), en los que Google está presente a través de Google Play. Según Google, la Autoridad debería haber identificado el mercado de referencia en el que opera Android Auto y probar la posición dominante de esta aplicación en dicho mercado.
- 21 En cuarto lugar, Google señala que la decisión impugnada ni siquiera identificó un mercado de referencia descendente específico, y se limitó a identificar un «espacio competitivo» en el que las aplicaciones de navegación compiten con las aplicaciones de recarga de vehículos eléctricos, sin analizar la presunta sustituibilidad por el lado de la demanda y por el lado de la oferta entre estos dos diferentes tipos de aplicaciones.
- 22 En quinto lugar, Google niega la existencia de una relación de competencia entre Google Maps y JuicePass desde el punto de vista: i) actual, al cuestionar la sustituibilidad entre las dos aplicaciones en lo que respecta a la función de búsqueda de puntos de recarga, por tratarse de servicios que no compiten, sino que son complementarios entre sí; ii) potencial, al considerar que no se ha demostrado suficientemente, con arreglo a los criterios establecidos por la jurisprudencia europea, la posible futura integración en Google Maps (en Android Auto) de funciones de reserva y pago de las recargas; y iii) por la recogida, por parte de Google Maps y JuicePass, de datos generados por los usuarios de sus servicios de recarga de vehículos eléctricos, ya que las dos aplicaciones son de diferente tipo.

- 23 En sexto lugar, Google impugna la cuantificación de la sanción que le fue impuesta por la Autoridad con arreglo a la normativa italiana aplicable.
- 24 La Autoridad objeta que los objetivos de defensa de la competencia en los mercados digitales obligan a tener en cuenta las particularidades y el dinamismo de tales mercados y, en particular, el hecho de que: i) en las plataformas digitales integradas verticalmente, un operador puede utilizar su posición dominante en los mercados ascendentes para asegurar su dominio en los mercados descendentes, así como en los mercados relacionados o incipientes; ii) el comportamiento en un momento dado puede influenciar la evolución y las dinámicas competitivas del mercado en el que se tiene dicho comportamiento; iii) la ampliación de la oferta promovida por los operadores de los mercados digitales hace que servicios y productos que antes se consideraban pertenecientes a mercados distintos empiecen a experimentar presión competitiva recíproca o que se incorporen nuevas funciones en productos ya existentes, que antes no se consideraban comparables, como ocurre con frecuencia aún mayor en el caso de servicios y productos destinados a varios grupos de usuarios de una plataforma digital.
- 25 Según la referida Autoridad, a fin de garantizar una defensa efectiva de la competencia y mayores posibilidades de elección para los consumidores es necesario, por tanto, considerar los espacios competitivos que se crean en mercados en evolución o con relación a mercados futuros y emplear con mayor flexibilidad los criterios lógico-jurídicos que se aplican tradicionalmente en la materia.
- 26 Enel X destaca que la conducta de Google, calificada por la Autoridad de negativa a contratar, presenta características fácticas distintas respecto de los casos de negativa a contratar analizados por la jurisprudencia citada por Google, que se refiere a un contexto económico distinto del digital.
- 27 Según afirma, en el caso de autos, no se trata, en efecto, de formalizar un contrato, sino de garantizar la interoperabilidad total entre el producto de Enel X y el sistema de código abierto desarrollado por Google, cuyo éxito está relacionado sobre todo con la posibilidad de que los consumidores accedan a las aplicaciones desarrolladas por distintas empresas.
- 28 A juicio de Enel X, al configurar su producto Android Auto de tal modo que se impide la plena interoperabilidad con aplicaciones para servicios de recarga, Google vulneró el principio de la igualdad de condiciones («level playing field») al no permitirle desarrollar JuicePass para Android Auto con funciones similares a las de su propia aplicación Google Maps ni introducir funciones nuevas y diversas respecto que aquellas que ofrece Google Maps o al tratar de imponer condiciones de utilización de JuicePass (en el teléfono inteligente con el motor apagado, etc.) que afectaban a su éxito entre los consumidores.
- 29 Según Enel X, aunque Google tenga la facultad de establecer plazos, condiciones y formalidades de entrega, dicha facultad no puede llevarle a obstaculizar, de

forma persistente y sin dar justificaciones objetivas válidas, la innovación y el desarrollo técnico en detrimento de los consumidores, habida cuenta del elevado riesgo de que un producto exitoso en los mercados digitales atraiga a una cuota dominante del mercado, o, incluso, a todo el mercado, en un plazo muy corto.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 30 El órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 102 TFUE no incluye una definición de abuso, que aparece como un concepto jurídico indeterminado, y que los casos enumerados en la norma son solo ejemplos y no agotan las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión Europea. Por tal motivo, es obligación del intérprete tener en cuenta las características propias del contexto económico de referencia, que en el presente caso es el de los mercados digitales.
- 31 Habida cuenta de los efectos que la conducta de Google puede ocasionar en el peculiar sector económico en el que opera, según el órgano jurisdiccional remitente, dicha conducta es susceptible, en teoría, de constituir una negativa de suministro abusiva contraria al artículo 102 TFUE por las razones que se exponen a continuación.
- 32 En primer lugar, existe dominio de mercado por parte de Google en Android y en Google Play, habida cuenta de que Android Auto no es más que una proyección del sistema Android en el sistema de infoentretenimiento del vehículo.
- 33 En segundo lugar, el acceso a Android Auto parece «indispensable» para que un operador como Enel X pueda ofrecer a los usuarios finales aplicaciones fáciles de usar y seguras cuando conducen, ya que la aplicación (que sirve para la recarga eléctrica de vehículos) está, en cualquier caso, íntimamente relacionada con el uso de un vehículo (estacionado o en movimiento), del que Android Auto parece constituir un accesorio específico por incluir aplicaciones desarrolladas por fabricantes de automóviles. En vista de las características y de la función específica de Android Auto, además del proceso de rápida evolución digital, el concepto de indispensabilidad debería interpretarse de forma más amplia y considerar como «necesarios» a productos o servicios que han sido concebidos inicialmente solo para que el uso de productos existentes sea más confortable.
- 34 En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera que la conducta de Google podría eliminar la competencia en los mercados digitales afectados y que si a JuicePass se le denegara definitivamente el acceso a Android Auto los consumidores no se interesarían más en ella. En este sentido, el comportamiento controvertido puede constituir un obstáculo para que los usuarios disfruten de un producto «mejor» para el que existe una demanda potencial. Desde otra perspectiva, dada la peculiaridad del contexto, el órgano jurisdiccional remitente, por mor de los documentos que obran en autos, no excluye la posibilidad de que una aplicación «genérica» existente, como Google Maps, pudiera incluir las funciones «específicas» de JuicePass.

- 35 En cuarto lugar, para el órgano jurisdiccional remitente, la negativa de Google no está respaldada por justificaciones objetivas reales, dado que, incluso teniendo en cuenta el plazo necesario para implementar la solución técnica, ello depende básicamente de las decisiones empresariales de Google, frente a las cuales el solicitante del acceso al recurso esencial, que solamente puede proporcionar Google, no tiene ningún mecanismo de protección ni interacción frente a la empresa dominante. Habida cuenta de las características del sector y del poder de mercado de Google, el órgano jurisdiccional remitente considera que es posible una interpretación según la cual, dada la especial responsabilidad que asume la empresa dominante, esta debería estar obligada a establecer previamente criterios objetivos de evaluación de solicitudes y el plazo medio necesario para poder satisfacerlas.
- 36 En quinto lugar, una identificación del mercado descendente no debería olvidar la peculiaridad del contexto de referencia ni las características de Android Auto, cuyo objetivo es únicamente hacer más funcional un producto existente y podría incluir, desde un punto de vista dinámico, aplicaciones como Google Maps. De hecho, según la jurisprudencia, basta que «[pueda] determinarse un mercado potencial, incluso hipotético» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, Microsoft, T-201/04, EU:T:2007:289). Desde otro punto de vista, la identificación de un mercado descendente definido según los cánones tradicionales (como espacio en el que se encuentran la demanda y la oferta determinando el precio del bien) no estaría en total armonía con la peculiaridad de los modelos económicos considerados, donde el usuario del bien o del servicio no abona una contraprestación en términos de precio, ni siquiera en vista de la posible existencia, planteada por la Autoridad, de un espacio competitivo en lo que respecta a los usuarios y a los datos generados por estos.
- 37 Por tales motivos, el órgano jurisdiccional remitente considera que la jurisprudencia citada por el recurrente (entre la que se encuentra la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569), que expresa principios consolidados relacionados con la negativa a contratar, no es aplicable automáticamente al caso analizado, que pertenece a un contexto económico afectado por las particularidades del funcionamiento de los mercados digitales. Ello puede justificar una interpretación flexible de los principios tradicionales con la finalidad de permitir una aplicación concreta del artículo 102 TFUE que sea conforme con el espíritu de dicha disposición.