

Asunto C-70/22

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:

1 de febrero de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

27 de enero de 2022

Parte recurrente:

Viagogo AG

Parte recurrida:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridad Garante de las Comunicaciones)

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

Con la intervención de:

Ticketone SpA

Objeto del procedimiento principal

Recurso interpuesto por Viagogo AG contra una sentencia por la que el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio; en lo sucesivo, «TAR Lazio») desestimó su recurso contra una decisión de la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridad Garante de las Comunicaciones) que le había impuesto una sanción administrativa pecuniaria por haber puesto en venta entradas de espectáculos a un precio superior al precio nominal del mercado primario autorizado.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación, por una parte, de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y, por otra parte, del principio de proporcionalidad y de las restricciones a la competencia y a la libre circulación, a la luz, en particular, de los artículos 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, así como del artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Base jurídica de la petición de decisión prejudicial: artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

1) ¿Se opone la Directiva 2000/31/CE, en particular sus artículos 3, 14 y 15, en relación con el artículo 56 TFUE, a la aplicación de la normativa de un Estado miembro relativa a la venta de entradas para eventos en el mercado secundario que impida a un gestor de una plataforma de alojamiento de datos que opera en la Unión Europea, como la recurrente en el presente procedimiento, prestar a terceros usuarios servicios de anuncios de venta de entradas para eventos en el mercado secundario, reservando esta actividad únicamente a los vendedores, organizadores de eventos u otras entidades autorizadas por las autoridades públicas a emitir entradas en el mercado primario mediante sistemas certificados?

2) ¿Se opone el artículo 102 TFUE, en relación con el artículo 106 TFUE, a la aplicación de una normativa de un Estado miembro relativa a la venta de entradas para eventos en virtud de la cual todos los servicios propios del mercado secundario de entradas (y en particular la intermediación) quedan reservados únicamente a los vendedores, organizadores de eventos u otras entidades autorizadas a emitir entradas en el mercado primario mediante sistemas certificados, prohibiendo tales actividades a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que pretendan operar como prestadores de alojamiento de datos en el sentido de los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, en particular cuando, como sucede en el caso de autos, esa reserva tenga el efecto de permitir que un operador dominante en el mercado primario de comercialización de entradas extienda su posición de dominio a los servicios de intermediación en el mercado secundario?

3) ¿De conformidad con la legislación europea y, en particular, la Directiva 2000/31/CE, puede utilizarse el concepto de prestador pasivo de servicios de alojamiento de datos únicamente cuando no se ejerza ninguna actividad de filtrado, selección, indexación, organización, catalogación, agregación, valoración, uso, modificación, extracción o promoción de los contenidos publicados por los usuarios, entendiendo estos elementos a título ilustrativo y sin que sea necesario que concurren todos ellos por cuanto debe considerarse que son determinantes, por sí mismos, de una gestión empresarial del servicio y/o de la adopción de una técnica de evaluación del comportamiento de los usuarios a fin de aumentar su fidelización, o incumbe al órgano jurisdiccional remitente la

apreciación de la relevancia de las mencionadas circunstancias de modo que, aun cuando concurren una o varias, pueda considerarse que prevalece la neutralidad del servicio que implica la calificación como prestador pasivo de servicios de alojamiento de datos?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículos 3, 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Principio de proporcionalidad; restricciones a la competencia y a la libre circulación de servicios (artículos 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE).

Artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículo 1 de la Ley n.º 232, de 11 de diciembre de 2016, en su versión modificada y completada posteriormente, en virtud del cual:

«Apartado 545: Con el fin de luchar contra el fraude y la evasión fiscal, así como de garantizar la protección de los consumidores y salvaguardar el orden público, la venta [...] de entradas de espectáculos efectuada, incluso en virtud de los contratos o acuerdos pertinentes, por personas distintas de los titulares de los sistemas de emisión de tales entradas será sancionada, salvo que sea constitutiva de delito [...], con sanciones administrativas pecuniarias de 5 000 a 180 000 euros, así como, si la actividad se ejerce a través de redes de comunicaciones electrónicas, según las modalidades previstas en el apartado 546, con la eliminación de los contenidos o, en los casos más graves, con el bloqueo del sitio de Internet a través del cual se haya cometido la infracción, sin perjuicio de las demandas de indemnización de daños. [...] Sin embargo, no será sancionable la venta de entradas de espectáculos a un precio igual o inferior a su precio nominal realizada por una persona física de modo ocasional y sin fines comerciales.

[...]

Apartado 545 quater: Los sitios de Internet de reventa primarios, las taquillas autorizadas o los sitios de Internet oficiales del evento asegurarán la posibilidad de revender entradas nominativas y garantizarán una visibilidad y publicidad adecuadas de la reventa, actuando como intermediarios y llevando a cabo la modificación de los datos [...]. Las entradas revendidas de este modo a personas físicas deberán transmitirse al precio nominal y sin recargos, sin perjuicio de la posibilidad [...] de cargar unos costes razonables únicamente en concepto de

tramitación [...]. [Dichos sitios] permitirán asimismo cambiar, de forma gratuita, el nombre que figure en la entrada y modificar los datos del usuario, cargando únicamente unos costes razonables en concepto de tramitación [...]».

Decreto ministerial, de 12 de marzo de 2018, por el que se desarrollan las citadas disposiciones. Artículo 3: «1. *Con el fin de incrementar la eficiencia y la seguridad informática de las ventas de entradas mediante sistemas de expedición automatizada, los titulares de los sistemas de emisión garantizarán que la venta de entradas para espectáculos [...] a través de redes de comunicaciones electrónicas [tenga lugar] exclusivamente por medio de sistemas informáticos que, al ser capaces de distinguir entre el acceso efectuado por una persona física y el realizado por un programa automático, impidan la compra por parte de tales programas y puedan identificar al comprador.*

2. *Mediante decisión del director de la Agenzia delle entrate (Agencia Tributaria), adoptada previo acuerdo con la Autorità per le garanzie nelle comunicazioni en los ciento veinte días siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto, se definirán las especificaciones técnicas para el desarrollo de los sistemas informáticos a que se refiere el apartado 1, cuya homologación deberá ser solicitada a la Agenzia delle entrate por las personas legitimadas. En dicha decisión se establecerán las modalidades y los plazos de aplicación de tales especificaciones técnicas».*

Artículos 16 y 17 del Decreto Legislativo n.º 70, de 9 de abril de 2003, por el que se adapta el Derecho nacional a la Directiva 2000/31/CE.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 A raíz de varias denuncias presentadas por empresas que operan en el sector de la organización de eventos musicales, por empresas de venta en el mercado primario de entradas para eventos musicales y por asociaciones sectoriales, la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni practicó controles en el sitio «viagogo.it», gestionado por la recurrente, una sociedad suiza.
- 2 Al término del procedimiento, dicha Autorità, mediante decisión n.º 104/20/CONS de 16 de marzo de 2020 (en lo sucesivo, «decisión recurrida»), impuso a la recurrente una sanción administrativa pecuniaria de 3 700 000 euros por haber puesto a la venta, entre los meses de marzo y mayo de 2019, entradas de conciertos y espectáculos a precios superiores a los precios nominales indicados en los sitios de venta primaria autorizados, infringiendo el artículo 1, apartado 545, de la Ley n.º 232/2016.
- 3 La sociedad afectada interpuso ante el TAR Lazio un recurso de anulación de dicha decisión, que fue desestimado por la sentencia actualmente recurrida ante el órgano jurisdiccional remitente.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 4 La recurrente solicita la anulación de la sentencia del TAR y, en consecuencia, de la decisión recurrida, invocando, entre otros, los siguientes motivos:
- Distorsión de la actividad ejercida por la recurrente, que fue calificada de modo erróneo como prestador activo de servicios de alojamiento de datos, por lo que se le imputó incorrectamente la conducta prohibida por la ley, e infracción de los artículos 3, 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE y de los artículos 16 y 17 del Decreto Legislativo n.º 70/2003 de transposición.
 - Infracción del artículo 1, apartados 545 y 545-*quinquies* de la Ley n.º 232/2016, en su versión modificada y completada posteriormente.
 - Falta de motivación de la sentencia en lo que respecta a la incompatibilidad de la decisión recurrida y de la normativa en que se basa con el Derecho de la Unión, en particular con la Directiva 2000/31/CE, la prohibición de restricciones a la competencia y a la libre circulación de servicios (artículos 56 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE) y el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

a) Calificación de la actividad de alojamiento de datos ejercida por la sociedad recurrente

- 5 En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente recuerda que, en 2017, otra autoridad (la Autorità garante della concorrenza e del mercato [Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado]) impuso a la recurrente una sanción pecuniaria por una práctica comercial desleal que consistió, en particular, en lo siguiente: *i)* no señalar el sector o la fila de la entrada ofrecida; *ii)* no facilitar información sobre el valor nominal de la entrada, comunicando únicamente el precio propuesto por el vendedor; *iii)* mencionar la escasez de las entradas buscadas en relación con la demanda; *iv)* hacer constar la indicación «Viagogo-Sitio oficial», que podía inducir a error al consumidor medio acerca de la naturaleza real de las ofertas existentes en el sitio, que se referían a entradas con precios superiores a los ofrecidos por el revendedor oficial. Esa decisión fue anulada mediante la sentencia n.º 4359 de 2019 dictada por el propio órgano jurisdiccional remitente, que declaró, en esencia, que la sociedad en cuestión era un prestador «pasivo» de servicios de alojamiento de datos y, como tal, no era responsable de las prácticas desleales que se le imputaban.
- 6 El órgano jurisdiccional remitente considera que las apreciaciones recogidas en la citada sentencia anterior pueden aportar también elementos útiles al presente asunto, ya que tanto la decisión que fue objeto de ese procedimiento como la decisión recurrida se refieren a la misma actividad de la sociedad recurrente, cuya calificación jurídica como prestador activo o pasivo de servicios de alojamiento de

datos constituye una de las cuestiones controvertidas entre la recurrente y la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

7 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente expone los aspectos principales de esa distinción y sus efectos, en particular con arreglo al Decreto Legislativo n.º 70/2003, la Directiva 2000/31/CE transpuesta por dicho Decreto Legislativo y la jurisprudencia pertinente.

7.1 En general, el prestador de servicios de Internet es la entidad que organiza y ofrece a sus usuarios el acceso a Internet y los servicios conexos al uso de Internet, que pueden consistir, en concreto, en actividades de i) mera transmisión (*mere conduit*), ii) memoria tampón (*caching*) y iii) alojamiento de datos (*hosting*).

7.2 En relación con esta última actividad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia distingue entre dos tipos de prestador de servicios de alojamiento de datos. Por un lado, el prestador «pasivo» de servicios de alojamiento de datos, que ofrece servicios de naturaleza meramente técnica y automática, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada por las personas a las que presta sus servicios. Por otro, el prestador «activo» de servicios de alojamiento de datos, cuya actividad no se limita a las antes mencionadas, sino que también recae en los contenidos del servicio prestado (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, apartados 47 y 48).

7.3 Dado que, en la práctica, los actos ilícitos telemáticos son posibles por la actividad que ejercen los prestadores de servicios de Internet, surgió la necesidad de hacerles participar en la responsabilidad o, al menos, en la prevención y eliminación de tales actos ilícitos.

7.4 La opción elegida por el legislador de la Unión y, en consecuencia, por el legislador nacional, ha consistido en complementar la normativa ya existente en materia de responsabilidad por actos ilícitos (artículo 2043 del Código Civil italiano) y, más en general, las normas ordinarias de responsabilidad civil, con ciertas disposiciones especiales adicionales relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, que se gradúa teniendo en cuenta el perfil técnico de la actividad profesional desarrollada.

7.5 En este contexto, la jurisprudencia nacional ha excluido la responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento de datos cuando este no modifica los datos almacenados, como sucede en el caso del alojamiento de datos «pasivo». Por otro lado, se han determinado los elementos que pueden delimitar el alojamiento «activo», en particular las actividades de filtrado, selección, indexación, organización, catalogación, agregación, valoración, uso, modificación, extracción o promoción de los contenidos publicados por los usuarios, realizadas en el marco de una gestión empresarial del servicio, así como la adopción de una técnica de evaluación del comportamiento de los usuarios para aumentar su fidelización.

7.6 En opinión del órgano jurisdiccional remitente —que en su tercera cuestión prejudicial solicita al Tribunal de Justicia que confirme este planteamiento— los elementos antes enumerados tienen carácter ilustrativo, sin que sea necesario que concurren todos ellos, y ha de tenerse en cuenta también la evolución tecnológica. Lo importante, a su juicio, es que debe tratarse de actividades cuyo efecto consista, en esencia, en completar y enriquecer, de forma no pasiva, el consumo de los contenidos por los usuarios, y la apreciación de esta circunstancia en el caso concreto incumbe en todo caso al juez que conoce del fondo del asunto.

b) Restricciones a la competencia y a la libre circulación de servicios

- 8 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente plantea, en sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, ciertas dudas acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad de las restricciones a la competencia y la libre circulación de servicios, restricciones que estima que existen en el caso de autos.
- 9 En particular, la recurrente opera en la Unión Europea a través de una única plataforma de Internet que sirve como punto de encuentro (mercado) entre la demanda y la oferta de la reventa de entradas entre usuarios. Se trata, en particular, del mercado secundario de entradas, en el que participan, por el lado de la oferta, cualquier persona que posea una entrada y pretenda venderla, con excepción de los organizadores o vendedores primarios de las entradas, y, por el lado de la demanda, los usuarios que buscan una entrada en el mercado secundario, normalmente porque no están ya disponibles en el mercado primario o solo están disponibles a precios inasequibles.
- 10 De conformidad con la legislación italiana, y en particular el artículo 1, apartados 545 y 545, *quater*, de la Ley n.º 232/2016, la venta de entradas en el mercado secundario solo es lícita si se realiza de modo ocasional, es decir, por los consumidores y sin carácter profesional, a precios no superiores a los nominales impresos en la entrada. La única excepción admitida son los operadores del mercado primario, que están autorizados a cambiar el nombre que figura en la entrada, sin modificar el precio y sin cargas adicionales, salvo los costes de tramitación. Tales disposiciones, que llevan aparejadas sanciones administrativas pecuniarias, así como, cuando los hechos son constitutivos de delito, sanciones penales, tienen como objetivo la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, la protección de los consumidores y la salvaguardia del orden público. En definitiva, los operadores tienen prohibido participar en el mercado secundario con fines comerciales, con la única excepción mencionada.
- 11 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente considera pertinentes las dudas planteadas por la recurrente, que estima que una medida restrictiva de este tipo no permite distinguir entre las conductas o actividades económicas lesivas y las no lesivas para el bien público protegido. Más concretamente, el tenor de la norma puede abarcar también a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, con independencia de que sean calificados como «activos» o «pasivos», por lo que podría prohibir totalmente, en abstracto, el ejercicio de una actividad

económica, tanto en sus manifestaciones lícitas como en las eventualmente ilícitas.

- 12 Además, la normativa controvertida ha de valorarse a la luz del artículo 106 TFUE, en la medida en que confiere derechos «especiales o exclusivos» a los operadores del mercado primario, que son los únicos que pueden operar en el mercado secundario.
- 13 Por último, el órgano jurisdiccional remitente subraya que, en su opinión —en contra de lo que sostiene la parte recurrida, la *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*— la circunstancia de que la sociedad recurrente no sea nacional de la Unión y el hecho de que la plataforma de Internet esté alojada en los servidores de Microsoft Azure en Estados Unidos no impiden plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia, puesto que tales elementos territoriales no afectan a una circunstancia decisiva, a saber, la actividad de dicha sociedad en los países de la Unión Europea a través de la prestación de servicios de la sociedad de la información a usuarios y consumidores europeos en relación con eventos que tienen lugar en el territorio de la Unión.