

Processo C-233/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

13 de abril de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

7 de abril de 2023

Recorrentes:

Alphabet Inc.

Google LLC

Google Italy Srl

Recorrida:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade da Concorrência)

Outras partes no processo:

Enel X Italia Srl e Enel X Way Srl

Objeto do processo principal

Recurso interposto pela Alphabet Inc., pela Google LLC e pela Google Italy Srl (a seguir, conjuntamente, «Google»), do acórdão proferido pelo Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) através do qual este negou provimento ao recurso da Google contra uma decisão da Autoridade da Concorrência. Esta Autoridade considerou que a Google era responsável por um abuso de posição dominante ao abrigo do artigo 102.º TFUE por não ter tornado a sua aplicação Android Auto compatível com uma aplicação desenvolvida pela Enel X Italia Srl (a seguir «Enel X Italia»)

para serviços relacionados com o carregamento de automóveis elétricos, tendo, por conseguinte, ordenado à Google que cessasse do abuso contestado, imposto determinadas obrigações respeitantes às aplicações em questão e aplicado uma coima.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O pedido de decisão prejudicial, apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), na qualidade de órgão jurisdicional de última instância, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, visa a interpretação pelo Tribunal de Justiça do conceito de abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE, em especial no que diz respeito à identificação dos mercados relevantes e das eventuais obrigações de uma empresa dominante num ou mais mercados digitais.

Questões prejudiciais

- 1) Ao abrigo do artigo 102.º TFUE, deve o requisito relativo ao carácter indispensável do produto que é objeto de recusa de fornecimento ser interpretado no sentido de que o acesso deve ser indispensável para o exercício de uma determinada atividade num mercado vizinho, ou no sentido de que é suficiente que o acesso seja indispensável para uma utilização mais conveniente dos produtos ou serviços prestados pela empresa que solicita o acesso, especificamente no caso em que o produto que é objeto de recusa tenha essencialmente a função de facilitar e tornar mais conveniente a fruição de produtos ou serviços já existentes?
- 2) No quadro de uma conduta qualificada de recusa de fornecimento, é possível considerar que um comportamento é abusivo, ao abrigo do artigo 102.º TFUE, num contexto em que, apesar da falta de acesso ao produto solicitado, i) a empresa que solicita o acesso já estava ativa no mercado e continuou em crescimento nesse mercado durante todo o período do alegado abuso e ii) outros operadores concorrentes da empresa que solicita o acesso continuaram a operar no mercado?
- 3) No quadro de um abuso que consiste na recusa em conceder acesso a um produto ou serviço alegadamente indispensável, deve o artigo 102.º TFUE ser interpretado no sentido de que a inexistência do produto ou do serviço no momento da apresentação do pedido de fornecimento deve ser tida em consideração como justificação objetiva para a recusa ou, pelo menos, no sentido de que a autoridade da concorrência é obrigada a realizar uma análise, com base em elementos objetivos, do tempo necessário para que uma empresa dominante desenvolva o produto ou serviço para o qual o acesso é solicitado, ou, pelo contrário, no sentido de que a empresa dominante, atendendo à responsabilidade que tem no mercado, deve informar a empresa que solicita o acesso do tempo necessário para desenvolver o produto?

4) Deve o artigo 102.º TFUE ser interpretado no sentido de que uma empresa dominante, que tem o controlo de uma plataforma digital, pode ser obrigada a modificar os seus produtos, ou a desenvolver novos produtos, a fim de permitir o acesso aos mesmos a todas as pessoas que o solicitem? Neste caso, é uma empresa dominante obrigada a tomar em consideração as necessidades gerais do mercado ou as necessidades da empresa concreta que solicita o acesso ao contributo alegadamente indispensável, ou pelo menos, atendendo à especial responsabilidade que tem no mercado, a estabelecer previamente critérios objetivos para examinar os pedidos que lhe são dirigidos e para os classificar por ordem de prioridade?

5) No quadro de um abuso que consiste na recusa em conceder acesso a um produto ou serviço alegadamente indispensável, deve o artigo 102.º TFUE ser interpretado no sentido de que uma autoridade da concorrência é obrigada a definir e a identificar previamente o mercado relevante a jusante que é afetado pelo abuso, e pode esse mercado ser apenas potencial?

Disposições de direito da União e jurisprudência da União invocadas

Artigo 102.º TFUE

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de setembro de 2007, Microsoft, T-201/04

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 1998, Bronner, C-7/97

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Google Italy Srl, filial italiana da Google LLC, que, por sua vez, pertence à Alphabet Inc., exerce a atividade principal de fornecimento de serviços às outras empresas do grupo Google.
- 2 A Google desenvolveu o sistema operativo de código aberto (*open source*) para dispositivos móveis Android, que pode ser obtido gratuitamente e modificado por qualquer pessoa sem necessidade de autorização. A Google também desenvolveu o Android Automotive OS, um sistema operativo integrado para sistemas de informação e entretenimento (*infotainment*) em automóveis, que também é disponibilizado gratuitamente com uma licença de código aberto (*open source*).
- 3 Em 2015, a Google lançou a Android Auto, uma aplicação para dispositivos móveis com o sistema operativo Android, que permite aos utilizadores acederem a determinadas aplicações nos seus telemóveis inteligentes (*smartphones*) através do ecrã integrado no automóvel.
- 4 Atendendo ao tempo e aos custos necessários para garantir a compatibilidade de cada aplicação com a Android Auto, a Google fornece soluções para todas as categorias de aplicações sob a forma de modelos (*template*), que permitem aos

programadores terceiros criar versões das suas aplicações compatíveis com a Android Auto. Nalguns casos, na ausência de um modelo predefinido, a Google permitiu que os programadores criassem aplicações personalizadas, desenvolvidas para serem compatíveis com a Android Auto.

- 5 No final de 2018, os modelos acima mencionados só estavam disponíveis para as aplicações de *media* e de mensagens; a Google também desenvolveu versões das suas aplicações de mapas e de navegação (ou seja, Google Maps e Waze) que eram compatíveis com a Android Auto.
- 6 A Enel X Italia Srl (a seguir «Enel X») fornece serviços para o carregamento de veículos elétricos e o grupo Enel gere mais de 60 % das estações de carregamento disponíveis em Itália.
- 7 Em maio de 2018, a Enel X lançou a aplicação JuicePass, que proporciona uma gama de funcionalidades para o carregamento de veículos elétricos e, em especial, para a pesquisa e a reserva de estações de carregamento num mapa; a transferência para a Google Maps ou a Apple Maps, de modo a permitir a navegação até à estação de carregamento selecionada; o início, a interrupção e a monitorização da sessão de carregamento e o respetivo pagamento. A JuicePass está disponível para os utilizadores de telemóveis inteligentes (*smartphones*) Android e pode ser descarregada a partir da Google Play.
- 8 Em setembro de 2018 e nos meses seguintes, a Enel X pediu à Google que tornasse a JuicePass compatível com a Android Auto. A Google recusou esta possibilidade reiterando que as aplicações de *media* e de mensagens eram as únicas aplicações de terceiros compatíveis com a Android Auto e que não era possível disponibilizar ao público a JuicePass na Android Auto por razões de segurança e pela necessidade de distribuir racionalmente os recursos necessários para o desenvolvimento solicitado.
- 9 Em 12 de fevereiro de 2019, a Enel X apresentou uma denúncia à Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade da Concorrência, a seguir «Autoridade»), sustentando que a conduta da Google, que consistia na recusa injustificada em permitir que a JuicePass funcionasse com a Android Auto, constituía uma violação do artigo 102.º TFUE.
- 10 Após o início do procedimento pela Autoridade, a Google, em 15 de outubro de 2020, lançou uma versão do modelo (*template*) para a conceção de versões beta de aplicações para o carregamento de automóveis elétricos compatíveis com a Android Auto.
- 11 Com a Decisão de 27 de abril de 2021, a Autoridade declarou que a conduta adotada pela Google, que consistia em dificultar e atrasar a disponibilização ao público da aplicação JuicePass, desenvolvida pela Enel X, na plataforma Android Auto, constituía um abuso de posição dominante nos termos do artigo 102.º TFUE e ordenou designadamente à Google que: i) fizesse cessar, inclusive para o futuro, os comportamentos distorcivos da concorrência contestados; ii) disponibilizasse a

versão definitiva do modelo (*template*) para o desenvolvimento de aplicações para o carregamento elétrico; e iii) procedesse ao desenvolvimento de eventuais funcionalidades que faltavam no modelo (*template*) final, consideradas essenciais pela Enel X. A Autoridade também aplicou às sociedades Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy Srl uma coima total de 102 084 433,91 euros.

- 12 As sociedades recorrentes interpuseram recurso desta decisão no Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio), que negou provimento ao recurso na sua totalidade.
- 13 As recorrentes interpuseram recurso de apelação desse acórdão.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 14 A Autoridade sustenta que a conduta da Google é relevante para efeitos da proteção da concorrência e da dinâmica do mercado devido à sua posição dominante no mercado, a qual reveste um papel central por permitir que os utilizadores profissionais (neste caso específico, os programadores) tenham acesso aos utilizadores finais das aplicações. De facto, os tipos e as características específicas das aplicações disponibilizadas ao público na Android Auto, bem como os prazos de definição e de disponibilização das ferramentas de programação necessárias, dependem exclusivamente da Google.
- 15 No entender da Autoridade, existe um espaço competitivo que tanto inclui a Google Maps (e outras aplicações de navegação) como a aplicação da Enel X Italia (e outras aplicações para serviços relacionados com o carregamento elétrico), dado que ambas as aplicações oferecem serviços de pesquisa e de navegação relativamente às estações de carregamento (concorrência efetiva) e que, além disso, a aplicação da Enel X Italia proporciona funcionalidades que, sendo novas, poderiam futuramente ser integradas na Google Maps (concorrência potencial). Acresce que a aplicação da Enel X Italia e a Google Maps estão em concorrência pelos utilizadores e pelos dados por estes gerados.
- 16 Por estas razões, na opinião da Autoridade, a conduta da Google, que alegadamente impediu e atrasou, injustificadamente, a disponibilização da aplicação da Enel X no Android, configura uma recusa em permitir a interoperabilidade (recusa em contratar) que implica uma violação do princípio das condições de concorrência equitativas (*«level playing field»*) e que consiste numa vantagem injusta da aplicação que é propriedade da Google em detrimento da aplicação da sua concorrente Enel X Italia.
- 17 Em primeiro lugar, a Google contestou a existência da obrigação de fornecimento enunciada no acórdão recorrido e na decisão da Autoridade. Em especial, não estariam preenchidas as condições cumulativas indicadas no Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de setembro de 2007, no processo T-201/04 Microsoft, ou seja, i) que a obrigação de fornecimento diga respeito a um produto ou serviço indispensável ao exercício de uma atividade num mercado análogo; ii) que a recusa de

fornecimento seja suscetível de excluir toda a concorrência efetiva nesse mercado; iii) que a recusa constitua um obstáculo ao surgimento de um novo produto.

- 18 Em especial, a Autoridade não teria procedido a uma análise do caráter indispensável. Além disso, a falta de acesso à Android Auto não teria impedido o funcionamento da aplicação JuicePass [que pode, em qualquer caso, ser utilizada num telemóvel inteligente (*smartphone*) fixado ao veículo, por exemplo, com uma ventosa] nem uma concorrência efetiva no setor das aplicações para carregamento de veículos elétricos, como comprova o crescimento significativo da JuicePass e a existência de outras aplicações semelhantes em Itália.
- 19 Em segundo lugar, a Google argumenta que a sua conduta foi correta e justificada tendo em consideração: i) a necessidade de desenvolver um novo modelo (*template*) para o acesso ao Android Auto que fosse conforme aos requisitos de segurança aplicáveis (que não existiam no momento do pedido) e a impossibilidade prática de elaborar uma aplicação personalizada para esse fim; ii) os prazos razoáveis em que a Google então desenvolveu o modelo, apesar da complexidade e das dificuldades associadas à pandemia de COVID-19; iii) o facto de a Autoridade não ter considerado que o tempo que a Google dedicou a esse desenvolvimento não tinha sido razoável.
- 20 Em terceiro lugar, a Google contestou a identificação pela Autoridade de dois mercados a montante nos quais lhe foi atribuída uma posição dominante, ou seja, o mercado de licenciamento de sistemas operativos para dispositivos móveis inteligentes, no qual a Google está em atividade através do sistema operativo Android, e o mercado dos portais de venda de aplicações para Android (*Android app store*), no qual a Google está ativa através do Google Play. No entender da Google, a Autoridade deveria ter identificado os diferentes mercados relevantes em que opera a Android Auto e comprovado a posição dominante dessa aplicação no referido mercado.
- 21 Em quarto lugar, a Google salientou que a decisão recorrida não identifica sequer um mercado específico relevante a jusante, limitando-se a identificar um «espaço competitivo» em que as aplicações de navegação competem com as aplicações para carregamento de automóveis elétricos, sem analisar a eventual substituibilidade entre estes dois diferentes tipos de aplicações do lado da procura e do lado da oferta.
- 22 Em quinto lugar, a Google negou a existência de uma relação de concorrência entre a Google Maps e a JuicePass do ponto de vista: i) atual, questionando a substituibilidade entre as duas aplicações no que respeita à função de pesquisa das estações de carregamento, dado que não são serviços concorrentes mas complementares entre si; ii) potencial, considerando que a possível futura integração na Google Maps (na Android Auto) das funções de reserva e de pagamento dos carregamentos não está suficientemente demonstrada, de acordo com os critérios delineados pela jurisprudência europeia; iii) da recolha, pela Google Maps e pela JuicePass, de dados gerados pelos utilizadores dos serviços

de carregamento de automóveis elétricos, uma vez que as duas aplicações são de tipos diferentes.

- 23 Em sexto lugar, a Google contestou o *quantum* da sanção que lhe foi imposta pela Autoridade ao abrigo da lei italiana aplicável.
- 24 A Autoridade respondeu que os objetivos de proteção da concorrência nos mercados digitais exigem que seja tida em conta a especificidade e a dinâmica desses mercados e, em especial, o facto de: i) nas plataformas digitais verticalmente integradas, a posição dominante de um operador nos mercados a montante poder ser utilizada por este para afirmar o seu domínio nos mercados a jusante, bem como em mercados relacionados ou emergentes; ii) a conduta num determinado momento poder influenciar a evolução e as dinâmicas competitivas do mercado em que é praticada; iii) a expansão da oferta promovida pelos operadores dos mercados digitais fazer com que serviços e produtos anteriormente pensados como pertencendo a mercados distintos comecem a sofrer pressão competitiva recíproca ou que novas funções sejam incorporadas em produtos preexistentes, que anteriormente não eram considerados equiparáveis, como se verifica com ainda maior frequência em relação a serviços e produtos destinados a vários grupos de utilizadores de uma plataforma digital.
- 25 A fim de garantir uma proteção eficaz da concorrência e possibilidades de escolha mais vastas para os consumidores, seria por conseguinte necessário ter em conta os espaços competitivos criados em mercados em evolução ou relacionados com mercados futuros, aplicando com maior flexibilidade os critérios lógico-jurídicos tradicionalmente aplicados nesta matéria.
- 26 A Enel X sublinhou que a conduta da Google, qualificada pela Autoridade de recusa em contratar, apresenta características factuais distintas das dos casos de recusa em contratar analisados na jurisprudência citada pela Google, a qual se refere a um contexto económico diferente do digital.
- 27 No caso em apreço, não se trata da celebração de um contrato, mas sim de garantir a completa interoperabilidade entre o produto da Enel X e o sistema de código aberto (*open source*) desenvolvido pela Google, cujo sucesso estaria sobretudo ligado à possibilidade de os consumidores acederem às aplicações desenvolvidas pelas empresas.
- 28 Ao configurar o seu produto Android Auto de modo a impedir a sua plena interoperabilidade com as aplicações para serviços de carregamento, a Google teria violado o princípio das condições de concorrência equitativas («*level playing field*») ao não permitir à Enel X desenvolver a JuicePass para a Android Auto com funções análogas às da aplicação Google Maps, nem introduzir funções novas e diferentes das propostas pela Google Maps, ou ao tentar impor condições de utilização da JuicePass [no telemóvel inteligente (*smartphone*) com o motor [do automóvel] desligado, etc.] que teriam penalizado o seu sucesso junto dos consumidores.

- 29 Embora a Google tenha a faculdade de estabelecer prazos, condições e modalidades de lançamento, essa faculdade não poder ir ao ponto de dificultar, de modo persistente e sem justificações objetivas válidas, a inovação e o desenvolvimento técnico em detrimento dos consumidores, tendo em conta o risco elevado de que um produto com sucesso nos mercados digitais atraia uma quota dominante, ou mesmo, todo o mercado, muito rapidamente.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 30 O órgão jurisdicional de reenvio observa que o artigo 102.º TFUE não contém uma definição de abuso, que é um conceito jurídico geral, e que os casos elencados na norma são meramente exemplificativos e não esgotam as modalidades de abuso de posição dominante proibidas pelo direito da União Europeia. Por esse motivo, cabe ao intérprete ter em conta as características do contexto económico de referência, no caso em apreço o dos mercados digitais.
- 31 Atendendo aos efeitos que a conduta da Google é suscetível de ter no setor económico específico em que opera, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, essa conduta parece, em abstrato, suscetível de constituir uma recusa abusiva de fornecimento, contrária ao artigo 102.º TFUE, pelas seguintes razões.
- 32 Em primeiro lugar, verifica-se a situação de domínio do mercado assumida pela Google no Android e no Google Play, tendo em conta que a Android Auto não é mais do que uma projeção do sistema Android no sistema de informação e entretenimento do automóvel.
- 33 Em segundo lugar, o acesso à Android Auto parece ser «indispensável» para que um operador como a Enel X possa proporcionar aos utilizadores finais aplicações que podem ser utilizadas com facilidade e segurança durante a condução, uma vez que a aplicação (que funciona para o carregamento elétrico dos veículos) está, em qualquer caso, estreitamente ligada à utilização de um automóvel – parado ou em movimento – da qual a Android Auto parece constituir um complemento específico, dada a presença na Android Auto de aplicações desenvolvidas pelos fabricantes de automóveis. À luz das características e da função específica da Android Auto, bem como do processo de rápida evolução digital, o conceito de indispensabilidade deve ser interpretado com maior amplitude, qualificando-se como «necessários» produtos ou serviços originalmente concebidos apenas para uma fruição mais cómoda de produtos ou serviços já existentes.
- 34 Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a conduta da Google é potencialmente capaz de eliminar a concorrência nos mercados digitais em questão e que, se a JuicePass fosse definitivamente excluída do acesso à Android Auto, os consumidores deixariam de ter interesse nessa aplicação; neste sentido, a conduta contestada é suscetível de resultar num obstáculo à fruição pelos utilizadores de um produto «melhor» para o qual existe uma procura potencial; em contrapartida, tendo em conta a especificidade do contexto, o órgão jurisdicional de reenvio, com base nos autos, não exclui a possibilidade de uma

aplicação «genérica» existente, como a Google Maps, poder incorporar as funções «específicas» da JuicePass.

- 35 Em quarto lugar, para o órgão jurisdicional de reenvio, a recusa da Google não é apoiada por nenhuma justificação objetiva real, uma vez que, mesmo considerando o tempo necessário para a implementação da solução técnica, a mesma depende substancialmente das escolhas comerciais da Google, contra as quais a empresa que solicita o acesso ao recurso essencial, que só a Google pode fornecer, não tem nenhum meio de proteção e de interação face à empresa dominante. Tendo em conta as características do setor e o poder de mercado da Google, o órgão jurisdicional de reenvio considera possível uma interpretação segundo a qual, dada a responsabilidade especial que a empresa dominante assume, deve ser-lhe exigido que estabeleça previamente critérios objetivos de apreciação dos pedidos e dos prazos médios necessários para a satisfação desses pedidos.
- 36 Em quinto lugar, uma identificação do mercado a jusante não deve ignorar as peculiaridades do contexto de referência e as características da Android Auto, que serve apenas para facilitar a fruição de um produto existente, e poderia incluir, numa perspetiva dinâmica, aplicações como a Google Maps. De facto, com base na jurisprudência, é suficiente que a jusante «[possa] ser identificado um mercado potencial, ou mesmo hipotético» (Acórdão do Tribunal Geral de 17 de setembro de 2007, T-201/04, Microsoft, EU:T:2007:289). De outro ponto de vista, a identificação de um mercado a jusante, delimitado de acordo com padrões tradicionais – como um espaço de encontro entre a oferta e a procura no qual é fixado o preço do bem – não estaria em completa harmonia com a peculiaridade dos modelos económicos em questão, em que o utilizador do bem ou do serviço não paga uma contrapartida em termos de preço, também à luz da possível existência, prevista pela Autoridade, de um espaço competitivo relativamente aos utilizadores e aos dados por estes gerados.
- 37 Por estas razões, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a jurisprudência referida pela recorrente (designadamente o Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 1998, C-7/97, Bronner, EU:C:1998:569), que dita princípios consolidados por referência ao caso de recusa em contratar, não é diretamente aplicável ao caso em apreço, que se desenrola num contexto económico afetado pelas peculiaridades do funcionamento dos mercados digitais. Isto pode justificar uma interpretação flexível dos princípios tradicionais, de modo a permitir uma aplicação concreta do artigo 102.º TFUE que seja conforme com o espírito dessa disposição.