

L'OTTIMO FUGGENTE: LA SAGA DI MICROSOFT E I DOLORI DEL VECCHIO ANTITRUST

ANDREA RENDA

(bozza – da utilizzare esclusivamente per fini didattici)

Mentre i contendenti affilano nuovamente le armi e si preparano ai prossimi capitoli di una vicenda che si protrae ormai da quasi un decennio, l'universo dell'antitrust nordamericano sembra quasi cedere alla tentazione di lasciarsi alle spalle il caso Microsoft elaborando una soluzione rabberciata, piuttosto che indugiare nella ricerca di una soddisfacente composizione degli interessi antagonisti. Anche se il giudice distrettuale Colleen Kollar-Kotelly, ora incaricata di dirimere la controversia, ha recentemente concluso che l'accordo siglato da Microsoft, il Dipartimento di Giustizia Statunitense e nove dei diciotto stati deve essere considerato – pur subordinatamente a un emendamento tutt'a fatto marginale¹ – compatibile con il pubblico interesse, è difficile immaginare che il caso Microsoft abbia finalmente esalato l'ultimo respiro e sia dunque pronto ad abbandonare il centro del palcoscenico. Molte sono infatti le questioni che rimangono pendenti, sia per quanto riguarda la vicenda specifica dell'accusa di *tying* e *monopolization* inizialmente mossa dal giudice Jackson, sia per quanto riguarda il regolamento dei conti tra Microsoft e i suoi principali rivali, come Sun Microsystems o Netscape/AOL/Time Warner, sia per quanto riguarda gli umorali sviluppi della vicenda sul versante europeo².

¹ Si tratta della modifica della Sezione VII del testo dell'accordo concluso da Microsoft e dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti. La Corte ha emendato tale sezione per preservare la propria competenza a vigilare sull'osservanza delle disposizioni contenute nell'accordo. Per il testo della decisione del giudice Kollar-Kotelly, cfr. <http://www.dcd.uscourts.gov/microsoft-2001.html>.

² Per una inquietante panoramica dei filoni ancora aperti nella vicenda Microsoft, si veda ad esempio Dan Richman, *From AOL to the EU, More Legal Battles Loom*, disponibile al sito http://seattlepi.nwsource.com/business/93929_legal02.shtml. La vicenda si fa più contorta e inestricabile anche dal punto di vista cronologico, se si pensa che non manca chi – è notizia dell'ultim'ora – considera possibile un'applicazione dei Findings of Fact dell'ormai screditato giudice Jackson nella risoluzione del procedimento aperto su ricorso di Netscape Communications il 22 gennaio del 2002. Si tratta del giudice distrettuale Frederick Motz, che si è espresso in tal senso durante un'audizione del caso Netscape v. Microsoft tenutasi il 24 ottobre 2002, gettando nel panico gli avvocati di Microsoft, ragionevolmente interdetti di fronte a un simile tentativo di ricostruzione *à rebours* di un orientamento ormai in buona parte sconfessato dalla Corte d'Appello. Secondo il *Wall Street Journal* del 25 ottobre 2002, il giudice Motz avrebbe affermato, in apertura di audizione: "Dovrei mettermi qui seduto ad ascoltare di nuovo tutti i fatti? [Il giudice Jackson] ha già concluso che Microsoft si è resa autrice di condotte piuttosto censurabili". Lo stesso orientamento è stato espresso dal giudice Paul Alvarado della Superior Court della California, secondo il quale coloro che presentano ricorso all'interno della giurisdizione di uno stato attore nella causa federale (in altre parole, di uno dei nove stati che non hanno aderito all'accordo tra Microsoft e il Dipartimento di Giustizia statunitense) possono contare sull'applicazione dei Findings of Fact del giudice Jackson. Cfr. *Microsoft Antitrust Findings Still Apply*, di Peter Kaplan e Reed Stevenson, Reuters English News Service, 4 Novembre 2002, disponibile al sito <http://www.stern.nyu.edu/News/news/2002/november/1104reuters.html> (consultato il 12 novembre 2002).

Di soluzione sbrigativa e tutt'altro che definitiva, con ogni probabilità, è giusto che si parli. Prova ne sia la solerzia con cui il giudice distrettuale aveva invitato le parti a negoziare "seven days a week and around the clock" per raggiungere un accordo prima del processo (il c.d. *consent decree*), suffragando tale esigenza persino con un richiamo ai tragici avvenimenti dell'11 settembre³. E se l'impianto accusatorio che investe il colosso di Redmond, dopo la sentenza della Corte d'Appello del 7 giugno 2001, sembrava essere tornato quasi alla dimensione originaria – dopo una fase di inusitato espansionismo, coincisa con le conclusioni di diritto rese dal giudice distrettuale Thomas Penfield Jackson –, per altri versi appare sempre più chiaro che la posta in gioco è cresciuta enormemente e si è trasformata nel tempo, fino a divenire espressione di una guerra senza frontiere, rispetto alla quale quella dei browser assume ormai al semplice ruolo di marginale schermaglia⁴. Di tale guerra corre senza dubbio l'obbligo di dar conto, denunciando a un tempo la prolungata *impasse* dell'antitrust nordamericano e la necessità di rivisitare un apparato concettuale che stenta a rinnovarsi di fronte alle peculiarità dei nuovi settori, nei quali lo stesso concetto di mercato appare progressivamente svuotarsi di significato e la dinamica concorrenziale si colora di tonalità fin qui sconosciute. Per tale motivo, senza la pretesa di ripercorrere pedissequamente la tortuosa traiettoria della vicenda giudiziale, peraltro già adeguatamente documentata anche nel nostro paese⁵, appare utile esperire un tentativo estremo di riduzione della complessità, teso a sollevare lo spesso velo che a tutt'oggi copre le ferite aperte di una vicenda mai fino in fondo risolta né dai giudici né dagli studiosi. Tenteremo allora di elaborare una sommessa risposta alle consuete *summae quaestiones*: quanto è importante il caso Microsoft? quanto inciderà sul futuro del capitalismo digitale? E, ancora, è giusto applicare il vecchio antitrust ai nuovi mercati?

Che la soluzione del caso Microsoft – *Microsoft IV*, per l'esattezza⁶ – occupasse ancora un ruolo di prim'ordine per molti protagonisti del capitalismo digitale non sembra dubbio. Da molti punti di vista, infatti, la vicenda giudiziaria – etichettata come 'caso del secolo' già nel secolo scorso, e dunque con enfasi tanto marcata quanto

³ Ci si riferisce alle parole pronunciate dal giudice Kollar-Kotelly nell'*order* del 28 settembre 2001, disponibile al sito <http://www.dcd.uscourts.gov/98-1232gg.pdf>.

⁴ Secondo un commentatore, il caso Microsoft è ormai simile a uno *end game*, quale la fase del gioco degli scacchi nella quale molti dei pezzi sono stati tolti sulla scacchiera. Cfr. ORLAND, *The Microsoft End Game*, in *Connecticut L.Rev.*, Fall 2001.

⁵ Si vedano, in ordine temporale, CUCINOTTA, *Il caso Microsoft: verso il monopolio di Internet?*, in *Foro It.*, 1998, V, 343; PORTOLANO, *Contro un rimedio strutturale nel caso Microsoft*, *id.*, 2000, IV, 307; RENDA, *Live and let tie: Microsoft nella morsa di un processo alle intenzioni*, *id.*, 2000, IV, 229; da ultimo, COLANGELO, *Microsoft e i nuovi dilemmi del vecchio antitrust*, *id.*, 2001, IV, 380.

⁶ *Microsoft I* coincide con la decisione del District Court Judge (si trattava già di Penfield Jackson) di avallare il *consent decree* siglato da Microsoft e dal DoJ nel 1994. (*U.S. v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995)). *Microsoft II* riguarda la prima accusa di *tying* (tra Windows 95 e Explorer): Microsoft è stata prima condannata, poi riabilitata dalla Corte d'Appello. *U.S. v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998); *Microsoft III* coincide invece con la sentenza di smembramento, eventualità poi scongiurata dalla decisione della Corte d'Appello (*U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. June 28, 2001)).

ingenuamente riduttiva - ha continuato a inanellare record su record⁷. Si pensi al numero di *public comments* ricevuti dalla Corte Distrettuale nel corso del periodo di sessanta giorni previsto dal Tunney Act per sottoporre all'opinione pubblica il testo dell'accordo risultante dalle negoziazioni tra le parti. Si tratta di non meno di trentaduemila pareri, che vanno dalla più sprezzante espressione di condanna al più ecumenico dei proclami, dalla sdegnata disapprovazione dei rivali di Microsoft all'ottimismo di chi intravedeva - come vedremo, con scarsa lungimiranza - l'imminente tramonto dell'incertezza che ha dominato la scena dei mercati tecnologici lungo l'intero arco di vita del dibattito.⁸

1. Ma andiamo con ordine. Dopo la sentenza della Corte d'Appello, che ha in parte avallato e in parte rigettato le conclusioni di diritto del giudice Jackson⁹, scongiurando la prospettiva di uno smembramento che sarebbe parso francamente infelice, restavano ancora da appurare due circostanze: *a)* se Microsoft avesse davvero violato la normativa antitrust nel legare il proprio browser Internet Explorer al sistema operativo dominante sul mercato, Microsoft Windows, e *b)* se la società di Redmond avesse con successo preservato la propria posizione di egemonia sul mercato dei sistemi operativi per PC Intel-compatibili attraverso pratiche contrattuali aggressive nei confronti dei partner commerciali, tese a dissuaderli dal distribuire o promuovere software rivali, in grado di rimpiazzare Windows come piattaforma dominante nel settore dei PC Intel-compatibili¹⁰. La strada prescelta dal giudice distrettuale per la soluzione di tali questioni, peraltro, non è stata quella del dibattito, ma quella della soluzione negoziale. E in effetti, il Dipartimento di Giustizia nordamericano (DoJ) e Microsoft sono faticosamente giunti ad un accordo, grazie anche all'intervento di un mediatore che ha ripreso con successo le fila di un discorso lasciato in sospeso due anni prima da Richard Posner¹¹. L'accordo è stato quindi sottoscritto da nove dei diciotto stati che avevano originariamente intentato azione nei confronti di Microsoft, e infine sottoposto a consultazione pubblica, fino ad approdare con l'etichetta di Second Revised Proposed Final Judgment (SRPFJ) agli scranni della Corte Distrettuale, dai quali il giudice Kollar-Kotelly doveva semplicemente giudicarne la rispondenza al

⁷ Cfr., tra gli altri, *Case of the century?*, Newsweek, 16 novembre 1998.

⁸ Si pensi che il *Consent Decree* sottoscritto da Microsoft e dal DoJ nel 1994 - poi avallato dalla Corte Distrettuale nel 1995 - aveva suscitato soltanto cinque commenti. Il *proposed final judgment* relativo al caso AT&T, che pure ha determinato una svolta epocale nel settore delle telecomunicazioni statunitense, aveva generato nel 1982 appena seicento commenti. (*U. S. v. AT&T*, 552 F. Supp. 131, 135 (D.D.C. 1982)).

⁹ Per le *Conclusions of Law* del Giudice Jackson in *Microsoft III*, v. RENDA, *Live and Let Tie*, cit.

¹⁰ Cfr. COLANGELO, cit.

¹¹ La mediazione del giudice Posner era fallita, secondo il mediatore stesso, a causa dell'ostruzionismo posto dagli *attorney general* dei diciannove stati attori. Il nuovo mediatore, Eric Green (professore di *mediation - sic!* - alla Boston University School of Law), è intervenuto dopo che Microsoft e il DoJ avevano comunicato alla Kollar-Kotelly uno *Joint Status Report* a dir poco fallimentare (la lettura è quasi divertente, cfr. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9000/9085.pdf>) e avevano indi proseguito le negoziazioni con scarsissimi risultati.

pubblico interesse¹². In caso di giudizio negativo, il giudice avrebbe dovuto vagliare la proposta di rimedi alternativa avanzata dai nove stati dissenzienti, che – come avremo modo di osservare in seguito – conteneva imposizioni indubbiamente assai più onerose per la società di Bill Gates, tanto da minacciarne l’uscita dal mercato¹³.

La proposta di giudizio finale conclusa tra Microsoft e il DoJ contiene disposizioni di ampia portata, relative per lo più ai rapporti contrattuali tra la società di Redmond e i produttori di hardware, software e contenuti. Niente rimedi strutturali, dunque, in piena linea con quanto indicato dalla Corte d’Appello nella sentenza del giugno scorso. Secondo l’Attorney General Charles James, si tratta di rimedi “*prompt, certain and effective*”, in grado di ristabilire le condizioni competitive nel mercato rilevante¹⁴.

Il SRPFJ contiene una sorta di ‘carta dei diritti’ dei partner commerciali di Microsoft, in particolare degli *original equipment manufacturers* (OEM), che costituiscono il canale distributivo più importante per sistemi operativi e middleware¹⁵. Secondo il disposto dell’accordo, Microsoft dovrà lasciare agli OEM e agli utenti finali la piena libertà di configurare il proprio PC a piacimento e ad ogni piè sospinto, installando o rimuovendo qualsiasi tipo di software (inclusi dunque Windows e Explorer)¹⁶. Gli OEM potranno quindi modificare il BIOS inserendo nella procedura di *boot*, avvio, sistemi operativi alternativi a quello di Microsoft e inserendo sul desktop icone di browser, software applicativi o provider di accesso ad Internet in tutta libertà, anche quando questi siano sgraditi alla società di Bill Gates. Nel corso di *Microsoft III* era emersa con forza la problematica del potere contrattuale, che Microsoft avrebbe potuto far valere al fine di limitare simili iniziative degli OEM, ad esempio minacciando di modificare i termini dell’accordo di licenza o addirittura di negare la concessione della licenza per Windows¹⁷. Il SRPFJ risolve il problema in modo brillante: non solo diventa possibile immaginare PC che eseguono automaticamente sistemi operativi alternativi a quello prodotto dalla Microsoft e mostrano sul desktop icone di middleware e software applicativo concorrenti con quello Microsoft; ma viene anche preclusa qualsiasi possibilità, per la casa di Redmond, di disincentivare la diffusione di

¹² Il SRPFJ è disponibile al sito <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/msdoj/022702/second-revised-pfj.pdf>. I nove stati che hanno sottoscritto l’accordo sono New York, Ohio, Illinois, Kentucky, Louisiana, Maryland, Michigan, North Carolina e Wisconsin. Il Tunney Act (§ 5 del Clayton Act, 15 U.S.C. § 16) prevede alla sezione (e) la c.d. *public interest determination*, vale a dire la determinazione dell’impatto che la proposta di giudizio finale avrà sulla collettività nel suo complesso e sugli interessi economici degli attori, in seconda istanza. Per accedere a tale procedura, il DoJ ha dovuto predisporre, contestualmente al SRPFJ, un *Competitive Impact Statement* in cui si valutano le conseguenze dell’accordo sull’equilibrio concorrenziale del mercato (disponibile al sito <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9500/9549.htm>).

¹³ Gli Stati dissenzienti sono California, Connecticut, Florida, Iowa, Kansas, Massachusetts, Minnesota, Utah, West Virginia e il District of Columbia. Il testo della proposta è liberamente accessibile sul sito <http://eon.law.harvard.edu/msdoj/states-remedy.pdf>

¹⁴ Si veda il *Competitive Impact Statement* (cit. nota 10), a p. 2.

¹⁵ Quella che qui viene definita ‘carta dei diritti’ corrisponde alle “options and alternatives” di cui alla sezione III.C.1 del SRPFJ.

¹⁶ Sarà così possibile il c.d. *dual boot*. La sezione del SRPFJ che rileva al riguardo è la III.H.1.

¹⁷ Cfr. RENDA, “*Live and Let Tie*”, cit.

software rivali o sgraditi attraverso forme di abuso di dipendenza economica e alterazione delle condizioni contrattuali¹⁸. Per ottenere questo risultato, il testo del SRPFJ strizza l'occhio alla dottrina delle *essential facilities*, imponendo a Microsoft un obbligo di contrarre a condizioni eque e non discriminatorie¹⁹. In primo luogo, infatti, Microsoft dovrà applicare le stesse condizioni di licenza (incluso il livello di royalty) a tutti i principali OEM, e dovrà rendere pubbliche tali condizioni sul proprio sito Web in modo da agevolare il controllo della loro ottemperanza. Le condizioni dovranno essere ragionevoli, uniformi e non discriminatorie, e potranno contenere forme di scontistica solo se parametrize a criteri espliciti e uniformemente applicati²⁰.

Ma non è tutto: Microsoft sarà tenuta a rivelare le parti di codice ormai note come API (*Application Programming Interfaces*) a qualsiasi sviluppatore di hardware, software o contenuti ed anche ai provider di accesso ad Internet che ne facciano richiesta: ciò, annuncia il SRPFJ, "for the sole purpose of interoperating with a Windows Operating System Product", dunque esclusivamente per fini di interoperabilità con la piattaforma software di Microsoft²¹. Lo stesso approccio viene adottato anche per i c.d. protocolli di comunicazione tra client e server, vale a dire a quelle funzionalità che servono a ottimizzare la comunicazione tra una postazione PC e un server centrale: Microsoft dovrà obbligatoriamente rivelare agli sviluppatori di software tali protocolli, anche qui esclusivamente per fini di interoperabilità o comunicazione, in modo che il sistema operativo Windows comunichi allo stesso modo con un server Microsoft e uno non-Microsoft²².

Le due questioni ancora irrisolte – quella del *tying tecnologico* e quella della *monopolization* del mercato dei sistemi operativi – trovano dunque una soluzione alquanto accettabile. Da un lato, si evita di imporre a Microsoft la separazione tra

¹⁸ Com'è noto, negli Stati Uniti non esiste alcuna norma che riguardi specificamente l'abuso di dipendenza economica. Eppure, la teoria economica mostra che, in molti casi, l'assenza di alternative contrattuali economicamente praticabili e il sostenimento di investimenti specifici precipita una delle parti contrattuali nell'abisso della *path-dependency* e del *lock-in*, dando a controparte – indipendentemente dal fatto che questa decida di trarne vantaggio – la possibilità di rinegoziare il contratto a condizioni manifestamente sbilanciate. Cfr., nel nostro ordinamento, la norma contenuta all'art. 9 della l.192/98; e, per ulteriori ragguagli, RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. impresa*, 2000. Si noti che il SRPFJ rende difficile per Microsoft minacciare la rottura dei rapporti commerciali, richiedendo una previa comunicazione scritta e trenta giorni di tempo a disposizione dell'OEM per porre rimedio ai motivi adottati da Microsoft, salvando così la relazione commerciale. Cfr. SRPFJ, sez. III.A.

¹⁹ Cfr. RENDA, "Live and Let Tie", cit., pp. 233-4: le conclusioni di diritto in *Microsoft III* lasciano trasparire un implicito richiamo alla regola di *Aspen Skiing* (nota in dottrina come *Aspen/Kodak rule*).

²⁰ Cfr. la Sez. III.B del SRPFJ. Il testo insiste sugli aggettivi "oggettivo" e "verificabile", riferiti ai criteri di attribuzione degli sconti nella concessione di licenze.

²¹ Cfr. Sez. III.D del SRPFJ. Tali obblighi sorgeranno in capo a Microsoft a partire dalla messa in commercio del primo pacchetto di servizi di Windows XP (o, se antecedente, dodici mesi dopo l'approvazione del SRPFJ). Per ogni nuova versione del middleware Microsoft messa in commercio (ad esempio, Explorer) Microsoft dovrà provvedere all'adempimento di tali obblighi di licenza già quando il prodotto sarà in fase di *major beta test* (vale a dire, testato in prova da più di 150.000 utenti).

²² Cfr. Sez. III.E del SRPFJ. Questa disposizione è stata resa più comprensibile rispetto alle versioni precedenti: cfr. *United States Memorandum Regarding Modification Contained in the Second Revised Proposed Final Judgment*, disponibile al sito <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f10100/10144.pdf>, a pag. 6.

sistema operativo e browser: tale soluzione sarebbe parsa alquanto indesiderabile, posto che il prodotto integrato – come avremo modo di ribadire più avanti – determina senza dubbio l’insorgere di benefici aggiuntivi per gli utenti non professionali, e dunque merita di uscire indenne dalle forche caudine della *rule of reason*²³. Quanto alla *monopolization*, chi scrive ha sostenuto le virtù di un rimedio contrattuale in tempi non sospetti, anzi in piena ‘era dello smembramento’²⁴. Basti allora aggiungere che evocare l’anima comportamentalista dell’antitrust qui presenta l’ulteriore pregio della coerenza e della continuità con la sentenza della Corte d’Appello del giugno scorso, della quale il SRPFJ può essere considerato alla stregua di una germinazione.

È utile leggere il SRPFJ anche dal punto di vista degli obblighi ai quali Microsoft *non* sarà tenuta. Innanzitutto, la portata dell’accordo svislisce, senza però cancellarla, la possibilità per Microsoft di far valere il proprio patrimonio di proprietà intellettuale: la società di Bill Gates, pur considerata come detentrica di una *essential facility*, potrà infatti invocare la tutela di copyright e (quando opportuno) brevetto per limitare l’appropriazione dei propri codici da parte di terzi, purché ciò non si ponga in contrasto con le disposizioni contenute nel SRPFJ²⁵. Come avremo modo di notare in seguito, tale disposizione risulta di estrema importanza nel quadro del dibattito attuale sui limiti della proprietà intellettuale.

Inoltre, Microsoft potrà anche evitare la condivisione di API e protocolli, quando ciò possa in qualche modo minare la sicurezza del suo sistema operativo, in particolare per quanto riguarda i sistemi anti-pirateria e anti-virus che vi sono installati. Microsoft potrà anche negare la concessione della licenza qualora la controparte non la richieda per motivi commerciali ragionevoli ovvero si sia in passato distinta per condotte chiaramente tese alla consapevole violazione di diritti di proprietà intellettuale²⁶.

Da ultimo, viene previsto anche un complesso meccanismo di controllo della ottemperanza di Microsoft alle disposizioni del SRPFJ. È prevista la nomina di un Comitato Tecnico, composto da tre esperti indipendenti in materia di software e programmazione, il cui compito è assistere la Corte nel controllo del rispetto dell’accordo da parte di Microsoft. I poteri del Comitato Tecnico sono senza dubbio piuttosto estesi, e si spingono fino alla possibilità di accedere al codice sorgente dei programmi Microsoft (dopo aver firmato un apposito Confidentiality Agreement), a tutta la documentazione e a tutte le strutture facenti capo alla società di Redmond, ivi inclusa la possibilità di interrogare direttamente gli impiegati per accertare i fatti rilevanti per l’adempimento.

²³ Sul tying tecnologico si veda, in generale, SIDA, *An Antitrust Rule for Software Integration*, 18 *Yale J. Reg.* (2001).

²⁴ Cfr. RENDA, “*Live and Let Tie*”, cit.

²⁵ Cfr. SRPFJ, sez. III.A. e III.F.3.

²⁶ Cfr. SPRFJ, sez. III.J.2. Si tratta di una disposizione che, secondo i rivali di Microsoft – in particolare la Free Software Foundation – è formulata in modo appositamente vago per consentire a Microsoft maggiore libertà contrattuale. Cfr. Eben MOGLEN, *FSF Statement in Response to PRFJ in Microsoft v. US*, disponibile al sito www.gnu.org/philosophy/ms-doj-tunney.html.

Il Comitato Tecnico viene poi affiancato da una figura interna a Microsoft, il c.d. Internal Compliance Officer, il cui compito è essenzialmente quello di agevolare le iniziative del Comitato Tecnico fornendo i documenti che questo richieda e riferendo sul rispetto dell'accordo da parte di Microsoft²⁷.

2. Il fatto che il testo del *proposed final judgment* sia stato oggetto di furiosa discussione, naturalmente, non desta particolari sorprese²⁸. Gli interessi in gioco sono notevoli e i contendenti intravedevano la possibilità di sortire effetti di lungo periodo in un mercato nel quale tale orizzonte temporale viene raramente evocato perché eccessivamente nebuloso. Dal punto di vista dei concorrenti, in effetti, sarebbe stato assai preferibile che il giudice distrettuale prendesse la proverbiale palla al balzo e imponesse a Microsoft una serie di rimedi sia strutturali che comportamentali, atti a denervare in modo totalizzante il potenziale competitivo del produttore di Windows. La proposta alternativa presentata dai nove stati dissenzienti muoveva decisamente in questa direzione, suscitando il plauso incondizionato dei portavoce dell'open source e di quei rivali – peraltro ben decisi a mantenere ben salda la tutela della proprietà intellettuale – che avrebbero trovato in tal modo nuova linfa e avrebbero potuto lanciarsi nell'agone competitivo con rinnovata fiducia²⁹.

Leggendo con cura la proposta presentata dai nove stati dissenzienti nello scorso dicembre, si capisce perché sarebbe stato impossibile raggiungere un accordo che risultasse soddisfacente a un tempo per il convenuto e tali acerrimi contendenti. A tenore del testo della proposta, Microsoft sarebbe stata investita da sanzioni e obblighi tali da metterla verosimilmente alla gogna per ben due lustri (rinnovabili).³⁰ Innanzitutto, la casa di Redmond avrebbe dovuto sviluppare una versione di

²⁷ Tali disposizioni sono contenute nella sezione IV del SRPFJ.

²⁸ L'ultimo assalto alle disposizioni del SRPFJ si è consumato il 6 novembre 2002, quando il giudice Kollar-Kotelly ha rigettato la richiesta di partecipazione al procedimento come *amici curiae* di un drappello di accademici vicini alle istanze dell'open source, come, *inter alios*, Timothy Bresnahan, Lawrence White e Daniel Rubinfeld, e del Consumers for Computing Choice and Open Platform Working Group. Cfr. <http://www.dcd.uscourts.gov/98-1232cn.pdf>.

²⁹ La vicenda Microsoft ha generato un dibattito piuttosto acceso sulla necessità di evitare che singoli Stati possano ergersi a *parens patriae* facendosi interpreti del pubblico interesse. Com'era lecito attendersi, Microsoft ha contestato la legittimazione attiva degli stati in questo senso. Quel che era meno lecito attendersi è che il governo federale appoggiasse la mozione di Microsoft con un *memorandum* nel quale rivendica la propria esclusiva legittimazione ad agire in qualità di portavoce del pubblico interesse. Cfr. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f10900/10980.pdf>. Quanto ai rivali di Microsoft, è appena il caso di ricordare che AOL/Netscape si è aggiunta alla schiera dei *plaintiff* lo scorso gennaio, formulando un proprio *complaint* nel quale chiede alla Corte un rimedio ingiuntivo e i *treble damages* (danni punitivi) per ristabilire l'equilibrio concorrenziale e scongiurare future condotte abusive da parte della società di Bill Gates. Cfr. <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/msdoj/aol-complaint.html>

³⁰ Si veda la sezione 21.b del *final judgment* proposto dagli stati dissenzienti. Interessante anche la sezione successiva (21.c), secondo cui ogni disposizione deve essere interpretata in modo estensivo. Secondo quanto affermato da Bill Gates nella testimonianza resa davanti al giudice distrettuale il 22 aprile 2002, il valore di mercato dell'azienda avrebbe subito un decremento di trecento milioni di dollari, se fosse stato accolto il testo predisposto dai nove stati dissenzienti. Cfr. <http://www.microsoft.com/presspass/trial/mswitness/2002/billgates/billgates.asp>, §§185-206.

Windows senza funzionalità di browser, dunque senza Explorer, distribuendola a un prezzo ridotto. Si sarebbe in tal modo evitata – secondo gli stati – quella commistione di codici (il c.d. *code commingling*) che costituiva la base di partenza del processo iniziato nel 1998, noto come *Microsoft III*, e che costituiva ancora oggetto di dibattito nell’ambito dell’accusa di *tying*.

Peccato, però, che tale disposizione non trovasse alcuna giustificazione teorica. Infatti, non si vede perché Microsoft dovrebbe essere costretta a spogliare l’OS delle funzionalità di browsing, proprio mentre le esigenze di riduzione della complessità e l’economia dell’attenzione reclamano a gran voce la creazione di ambienti multifunzionali in cui utenti poco esperti possano trovare agevolmente soluzione alle loro esigenze operative³¹. Si trattava, in altre parole, di una disposizione antieconomica, che avrebbe costretto Microsoft a rinunciare a un *tying tecnologico* di sicuro beneficio per gli utenti finali; senza menzionare i costi che la casa di Redmond avrebbe dovuto sostenere per modificare il codice di un prodotto concepito per essere integrato, e dunque caratterizzato da linee di codice uniche per il sistema operativo e per il browser³². Dal punto di vista più strettamente giuridico, inoltre, non si può dimenticare che la pronuncia della Corte d’Appello in materia di *tying tecnologico* aveva chiaramente smentito l’orientamento precedentemente assunto da Penfield Jackson, il quale si era spinto fino ad evocare la *per se rule* introdotta dal caso *Jefferson Parish*, sentenziando a morte l’accoppiata Windows-Explorer e dando idealmente la stura allo smembramento di Microsoft. La Corte d’Appello si è espressa chiaramente per l’adozione di una *rule of reason*, il cui esito dipenda dall’accertamento dei costi e dei benefici che il *tying* può produrre per la collettività degli utenti³³.

Ma siamo solo all’inizio. Scorrendo le disposizioni invocate dagli stati dissenzienti si scoprono molte altre imposizioni a dir poco giugulatorie e giuridicamente improbabili. Si pensi all’obbligo, per Microsoft, di distribuire e promuovere gratuitamente per dieci anni il linguaggio di programmazione Java, sviluppando una versione della Java Virtual Machine compatibile con le specifiche tecniche prodotte dalla Sun

³¹ Il c.d. *information overload* – la necessità di gestire una notevole quantità di informazioni complesse – impone agli utenti non professionali una gestione il più possibile integrata degli strumenti informatici. I produttori di PC sono senza dubbio più indicati degli utenti per assemblare le funzionalità di OS e browser: ciò per motivi legati alla specializzazione del lavoro e alle economie di apprendimento.

³² Nella testimonianza resa da Bill Gates davanti alla District Court il 22 aprile 2002, il co-fondatore di Microsoft ha sostenuto che sarebbe stato economicamente impossibile per Microsoft ottemperare agli obblighi di separazione dei codici sorgenti previsti dalla proposta degli stati dissenzienti, e che tale separazione avrebbe impedito a Microsoft di ottemperare a un’altra disposizione della *remedial proposal*, quella per cui Microsoft doveva attenersi agli standard comunemente adottati e non proprietari (sezione 21). Cfr. <http://www.microsoft.com/presspass/trial/mswitness/2002/billgates/billgates.asp>, §§185-206.

³³ Secondo il giudice Jackson, infatti, la caratteristica essenziale del *tying* è la circostanza che il potere di mercato venga utilizzato ‘to force the buyer into a purchase of a tied product that the buyer either did not want at all, or might have preferred to purchase elsewhere on different terms’. Così in *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12 (1984). La Corte d’Appello ha risposto in modo chiaro: “not all ties are bad (...) If integration has efficiency benefits, these may be ignored by the *Jefferson Parish* proxies (...) simple integration of the rule’s separate-products test may make consumers worse-off”. Cfr. *U. S. v. Microsoft*, 253 F.3d at 73 e 77.

Microsystems in modo da garantire a tale linguaggio cross-platform la diffusione che gli era stata preclusa – secondo gli stati – dal tenace ostruzionismo di Microsoft³⁴. Oppure, ci si soffermi sull'obbligo di Microsoft di garantire la c.d. *portabilità* del proprio software applicativo su piattaforme alternative, prima tra tutti quella Apple, addirittura bandendo una gara per concedere in licenza lo sviluppo e la vendita di una versione di Office perfettamente compatibile con il sistema MacOS³⁵. Come risultato, Microsoft sarebbe stata costretta a venire incontro ai propri rivali – si noti, anche alla Apple, il cui sistema operativo era stato fin qui considerato al di fuori del mercato rilevante nel quale emergeva la posizione di quasi-monopolio di Microsoft – vestendo i panni di San Francesco e spogliandosi del proprio mantello per farne dono ai concorrenti in difficoltà.

Se pure la proposta degli stati dissenzienti si fosse fermata qui, l'obiettivo di ristabilire il c.d. *level playing field* si sarebbe già trasformato in una punizione senza precedenti, suscettibile di determinare l'uscita dal mercato del colosso di Redmond: come a dire, la prescrizione avrebbe assunto i connotati della proscrizione. Ma la proposta – nemmeno a dirlo – non si fermava affatto qui. Tra la moltitudine di disposizioni plateali contenute nella proposta di rimedi, le più importanti rischiano di sfuggire all'occhio poco attento. E infatti, nel ribadire l'obbligo per Microsoft di rivelare tutti i codici necessari per sviluppare applicazioni suscettibili di interoperare con la piattaforma Windows e di ottimizzare la comunicazione del sistema operativo di Microsoft con i server prodotti dai rivali, non veniva riproposta la formula “*for the sole purpose of interoperating*” che nel SRPFJ pone un limite funzionale all'obbligo di informazione posto sulla casa di Redmond, lasciando idealmente lo spazio per l'accesso alle API di qualsiasi tipo di rivale. Dunque, non solo interoperabilità, ma anche e soprattutto appropriabilità³⁶.

La portata di questa disposizione non è sfuggita ai seguaci dell'open source, i quali – nel commento reso da Eben Moglen per la Free Software Foundation nel corso della *Public Hearing* – hanno invocato l'eliminazione della “*sole purpose*” dal testo della SRPFJ, motivandola con la necessità di garantire alla concorrenza la possibilità di diffondere con successo sul mercato prodotti alternativi a Windows: tra questi – udite udite – Moglen citava con ignara improntitudine il c.d. WINE o Windows Emulator, che riproduce fedelmente il comportamento di Windows, sostituendosi come piattaforma per applicazioni software prodotte da terzi³⁷. Viene da chiedersi in che

³⁴ Si veda la *remedial proposal*, a pp. 17-18 (sez. 13 del *proposed judgment*).

³⁵ Cfr. sez. 14 del *proposed judgment* degli stati dissenzienti.

³⁶ La *remedial proposal* è inequivocabile al riguardo. L'interoperabilità non doveva riguardare soltanto il middleware, ma anche qualsiasi altro potenziale concorrente di Microsoft. Cfr. *remedial proposal*, pp. 10-11 e sez. 4 del *proposed judgment*.

³⁷ MOGLEN, cit.: “The ‘sole purpose’ requirement means that Defendant does not have to make any such API information available to developers of software whose purpose is to make competing Intel-compatible PC operating systems”. Moglen definisce la formulazione del SRPFJ un *artful technical loophole* inserito da Microsoft per sfuggire alle disposizioni del SRPFJ. A suo dire, “[i]f Defendant were required to release information concerning its APIs to the developers of free software, GNU, Linux, the X windowing system, the

modo la collettività degli utenti avrebbe potuto beneficiare di una simile disposizione. Sarebbe stato come chiedere a una casa discografica di distribuire a proprie spese plagi dei propri dischi e versioni masterizzate da rivendere sulle bancarelle, fingendo di ignorare i comprensibili effetti che ne sarebbero derivati in termini di incentivo alla produzione.

Ma non è ancora tutto: *dulcis in fundo*, tra le righe della proposta si leggeva chiaramente che Microsoft avrebbe dovuto divulgare completamente il codice sorgente del proprio browser Internet Explorer. Insomma: Microsoft costretta all'abiura avrebbe finito con l'abbracciare 'spontaneamente' la filosofia dell'open source.³⁸

In conclusione, se con la *remedial proposal* gli stati dissenzienti avevano intenzione di mostrare i muscoli dei *tough negotiator*, sicuramente vi sono riusciti. Ma tale tentativo è andato così nettamente oltre il limite da indurre il giudice distrettuale a non prendere in considerazione un'alternativa tanto immaginifica. Un simile atteggiamento avrebbe prestato consistenza al sospetto che la *District Court* intendesse, oltre che punire Microsoft in modo più che esemplare, decretare la fine del software proprietario nel suo complesso, confermando il vaticinio di quel John Perry Barlow, che andava annunciando la morte del copyright già alcuni anni or sono³⁹, e concependo uno dei più acrobatici modi che si ricordino, a memoria d'uomo, di buttare il bambino con la proverbiale acqua del bagno. Le ripercussioni sarebbero state a dir poco drammatiche. Tali rivendicazioni, peraltro, avrebbero destato non poche perplessità sia dal punto di vista economico che da quello giuridico. Innanzitutto, se la Corte d'Appello aveva scongiurato l'eventualità di un rimedio strutturale (rigettando la sentenza di smembramento che avrebbe portato alla creazione di due *baby bills*), va notato che la *remedial proposal* avrebbe riproposto, in piena controtendenza, l'anima strutturalista dell'antitrust senza passare dal via, con l'effetto di far rientrare violentemente dalla finestra quello che l'evoluzione giurisprudenziale aveva definitivamente messo alla porta. Che non vi si menzionasse lo smembramento, poco importa. Le misure proposte agivano direttamente sulla variabile che più di ogni altra rappresenta la componente strutturale nei nuovi settori del capitalismo digitale: la c.d. architettura, il *code*⁴⁰. Imporre a Microsoft di sviluppare una versione di Windows privata del browser e di divulgare completamente il codice sorgente del browser stesso sarebbe stato assai peggio dello smembramento. Di conseguenza, non si vede perché il giudice

WINE Windows Emulator, and other relevant free software could interoperate directly with all applications that have been developed for Windows".

³⁸ Infatti, il paragrafo 12 della *proposal* titola: "Internet Browser Open-Source License". Si veda la *remedial proposal*, a pp. 16-17.

³⁹ Ci si riferisce a BARLOW, *The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything you know about intellectual property is wrong)*, in *Wired*, marzo 1994. Si veda anche MOGLEN, *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, disponibile al sito <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/anarchism.html>, e MINASSIAN, *The Death of Copyright: Enforceability of Shrinkwrap Licensing Agreements*, 45 *UCLA L. Rev.* 569 (1997).

⁴⁰ Cfr. per tutti Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

distrettuale avrebbe dovuto accettare un simile *golpe* concettuale, riesumando soluzioni anacronistiche e dannose, frutto anche di un livore – quello del giudice Jackson – più volte stigmatizzato e condannato anche dalla Corte d'Appello come *appearance of actual bias*⁴¹. A voler essere ancor più maliziosi, si potrebbe dar conto delle voci assai diffuse sull'attività di lobbying cui sono stati sottoposti i nove stati 'ribelli' sin dall'inizio del processo, e che vedrebbe protagonisti i principali rivali della casa di Redmond⁴². Vero o falso, non c'è dubbio che il testo della *remedial proposal* appariva poco compatibile con il più classico dei test dell'antitrust: quello teso a verificare che un rimedio sia atto a tutelare la concorrenza, e non si concentri, invece, sulla mera protezione dei concorrenti. Infine, vien fatto di ribadire che una simile soluzione avrebbe pervaso l'intero settore di un alone di incertezza tale da paralizzare tutte quelle imprese che competono *per* il mercato contando sulla possibilità di raccogliere i frutti dei loro investimenti in ricerca e sviluppo, concedendo in licenza i propri prodotti dopo averli diffusi con successo⁴³.

Come è facile notare, il caso Microsoft è ormai divenuto una *sineddoche*, una parte che rappresenta il tutto, un banco di prova le cui ricadute – ora sì – rischiavano di sovvertire l'intero funzionamento dell'economia digitale, innescando una deriva tutt'a fatto incontrollata e imprevedibile. Tanto più incontrollata e imprevedibile quanto maggiore sarà l'imbarazzo dell'antitrust nel controllarne gli sviluppi.

3. Posto di fronte a un dilemma tanto cruciale, l'antitrust nordamericano aveva il dovere di non farsi cogliere impreparato. Purtroppo, però, le tendenze attualmente osservabili lasciavano poco spazio per l'ottimismo: se *Microsoft III* era stato definito da un autorevolissimo commentatore come esempio di 'vecchio' e non di 'nuovo antitrust', gli sviluppi successivi – per quanto giuridicamente assai più apprezzabili – non lasciavano trasparire tracce di un ammodernamento dell'impianto concettuale utilizzato nella tutela della concorrenza⁴⁴. D'altronde, appare intuitivo che quello che in casa nostra definiamo tutela 'della concorrenza e del mercato' trovi difficoltà di applicazione in un settore in cui la concorrenza muta sembianze ed i confini del

⁴¹ La Corte si è limitata a rilevare l'*appearance*, non l'esistenza, di un *actual bias*.

⁴² In particolare, la stampa americana punta il dito sullo Stato della California, dove hanno sede sia la Sun Microsystems che la Oracle, due acerrimi rivali di Microsoft. Cfr. *States Splintered on Microsoft Settlement; Antitrust: California Leads Holdouts That Want To Continue the Landmark Litigation*, Los Angeles Times, Nov. 7, 2001. È emblematica l'opinione – non direttamente riferita al caso Microsoft – espressa da Richard Posner in un articolo pubblicato appena dopo il fallimento del tentativo di mediazione in *Microsoft III*: “[States] are too subject to influence by interest groups that may represent a potential antitrust defendant’s competitors. This is a particular concern when the defendant is located in one state and one of its competitors in another, and the competitor, who is pressing his state’s attorney general to bring suit, is a major political force in that state” (POSNER, *Antitrust in the New Economy*, 68 *Antitrust L.J.* 925, 940-41 (2001), ora anche in *Antitrust Law*, 2.a ed., Chicago, 2001).

⁴³ Si pensi alla sentenza con cui la Corte d'Appello ha ribaltato l'esito di *Lotus v. Borland* (49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)), affermando che il menu ad albero introdotto dal Lotus 1-2-3 non poteva essere sottoposto a copyright in quanto 'essenziale', dunque più vicino a un'idea vera e propria che all'espressione di un'idea.

⁴⁴ Così HOVENKAMP, *Un esame dell'Antitrust del Dopo Chicago*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, .

mercato diventano sempre più labili. A parere di chi scrive, la dottrina economica avrebbe già da tempo dovuto realizzare che le peculiarità del capitalismo digitale non si prestano affatto ad una applicazione pedissequa del *modus operandi* dell'antitrust. E non è affatto detto che la soluzione migliore non sia quella di tagliar corto e rimettere ad altre forme di intervento – maggiormente adatte a governare la dinamica incessante delle *knowledge-based industries* – il compito di guidare i comportamenti individuali lungo il sentiero di efficienza.

I più inequivocabili segnali di imbarazzo nell'applicazione dell'antitrust si sono registrati nella definizione del mercato rilevante – ma si tratta soltanto della punta di un iceberg. Nel 1999, mentre la Federal Trade Commission definiva Intel monopolista – guarda un po'! – nel mercato dei processori Intel, suscitando a un tempo ilarità e preoccupazione, il giudice Jackson in *Microsoft III* qualificava Microsoft come quasi-monopolista, salvo poi etichettarla anche come “concorrente feroce”⁴⁵. Era fin troppo chiaro che il principale rivale della casa di Redmond non operava nel suo stesso mercato: nel capitalismo digitale, infatti – e in particolare nel settore delle piattaforme per applicazioni software –, le imprese competono *per* il mercato e non *nel* mercato, e nel gioco concorrenziale che prelude all'elezione dello standard, come si suol dire, *the winner takes it most*: dunque, il mercato si identifica di volta in volta con un prodotto – e il pericolo non può che venire dal futuro⁴⁶. Ne risulta una sovrapposizione di concorrenza e quasi-monopolio la cui virtù redimente è proprio l'incessante dinamica con cui si sussueguono le generazioni di prodotto. Ed è proprio tale coesistenza a porre non pochi grattacapi al modo di procedere dell'antitrust. Come si può stabilire il potere di mercato di un'impresa che risulta monopolista – per così dire – a tempo? Come si fa a non considerare rilevante un'impresa che pone pressione competitiva sul monopolista, pur appartenendo ad un altro ‘mercato’? E soprattutto, se è vero – e negli Stati Uniti ciò è ormai pacifico – che l'obiettivo finale della tutela della concorrenza è la massimizzazione del benessere dei consumatori, cosa succede quando il mercato – e dunque la concorrenza – perde la palma di supremo allocatore della risorse, di viatico preferenziale verso la frontiera di efficienza? E come si può pensare di inseguire un assetto ottimale di mercato in un settore in cui l'ottimo è per definizione fuggente, inafferrabile, non suscettibile di alcuna forma di cristallizzazione?

Ebbene, gli strumenti dell'antitrust non sembrano in grado di cogliere tale dinamica, risultando così particolarmente inclini a generare soluzioni miopi. Nella vicenda Microsoft, il giudice Jackson ha in tal modo finito con l'intestardirsi sul concetto

⁴⁵ Per il caso Intel (*Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 3 F. Supp. 2d 1255, 1998), v. la brillante ricostruzione di Randal C. PICKER, *Regulating Network Industries: a Look at Intel*: John M. Ohlin Law and Economics Working Papers series n. 84, 1999. Cfr. anche, per *Microsoft III*, MCKENZIE, *Trust on Trial*, Perseus Books, Cambridge, MA, 2000 (nel quale si mette in evidenza la contraddizione di Penfield Jackson nel definire la posizione di mercato di Microsoft).

⁴⁶ Cfr. PARDOLESI e RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari e I. Musu, Bari, 2000; e PARDOLESI e RENDA, *How Safe is the King's Throne? Network Externalities on Trial*, in corso di stampa, Elgar (2002).

tradizionale di mercato, escludendo dal computo proprio i rivali più pericolosi del colosso di Redmond, vale a dire Apple, Sun e Netscape.

4. Questo ed altri sono i dolori del vecchio antitrust. Ma non è tutto. Perché il caso Microsoft – complice la sua straordinaria longevità – si è trasformato da ultimo in una battaglia per il regolamento dei confini nella rete. Come abbiamo avuto modo di affermare in precedenza, la decisione del giudice Kollar-Kotelly può esercitare un impatto notevolissimo sul futuro dell'innovazione e sull'esito della c.d. IPR war o guerra della proprietà intellettuale. Tale guerra viene combattuta da due opposte fazioni, in verità assai facilmente riconoscibili. Da una parte, le ragioni di coloro che – non disponendo di contenuti originali appetibili dal grande pubblico – vedono nel ciberspazio la possibilità di appropriarsi dei frutti dell'attività creativa altrui scambiandola liberamente sulla rete e senza costi. Si può far riferimento a tali ragioni come alle istanze dell'architettura, nel senso che chi le sostiene spinge affinché si sfrutti fino in fondo l'architettura aperta e end-to-end che i pionieri del Web – *in primis*, Tim Berners-Lee – hanno fortemente voluto imprimere al ciberspazio⁴⁷. Dall'altra parte, le ragioni dei grandi produttori di contenuti, preoccupati dalla facilità con cui l'informazione digitale può essere duplicata e distribuita, vanificando ogni tentativo di controllarne la diffusione. Ci si riferisce a tali istanze come alla esigenza del controllo⁴⁸.

Nel ciberspazio, l'architettura definisce i confini del possibile, e il grado di controllo definisce il sentiero di efficienza⁴⁹. La crescente tensione tra questi due pilastri può essere documentata da alcuni esempi, e naturalmente ha già manifestato i suoi effetti anche nel caso Microsoft. Si pensi a Napster, esempio di architettura portato all'eccesso, che ha determinato una reazione da parte dei produttori di contenuti in nome di un maggiore controllo⁵⁰. Oppure si pensi all'open source movement, che sfrutta a pieno le potenzialità della rete ma sembra aver bisogno di nutrirsi di

⁴⁷ Per una illustrazione del principio dell'end-to-end o e2e, si vedano da ultimo Mark LEMLEY e Lawrence LESSIG, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, UC Berkeley Law & Econ Research Paper No. 2000-19 (2000). La prima illustrazione del principio dell'e2e si deve a Jerome SALTZER, David REED e David CLARKE, *End-to-End Arguments in System Design*, disponibile al sito <http://web.mit.edu/Saltzer/www/publications/endoend/endoend.pdf>

⁴⁸ Fanno parte dell'esigenza del controllo tutte le istanze relative alla estensione del diritto della proprietà intellettuale sulla rete. In particolare, l'estensione a macchia d'olio della materia brevettabile – che oggi copre anche i c.d. *business methods*, metodi d'affari dalla dubbia valenza inventiva – viene da molti additata quale potenziale pericolo per gli incentivi futuri alla creazione. Eppure, la gestione del portafoglio brevetti è ormai divenuta uno dei fattori di successo cruciali nel capitalismo digitale: per una divertente ricostruzione, si veda RIVETTE e KLINE, *Rembrandts in the Attic: Unlocking the Hidden Value of Patents*, Harvard Business School Press, 2000.

⁴⁹ L'idea che l'architettura (il *code*) definisca i limiti del possibile nel ciberspazio si deve a Larry LESSIG, *cit.*

⁵⁰ Sulla vicenda Napster, si confronti il numero di dicembre 2000 della *American University Law Review*, che contiene un simposio dal titolo *Beyond Napster: Debating the Future of Copyright on the Internet*. Cfr. inoltre SHIH RAY KU, *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 *U. Chi. L. Rev.* 263 (2002).

contenuto proprietario per trovare vera linfa vitale⁵¹. Si tratta di fenomeni che sembrano svilire notevolmente la possibilità di controllare la diffusione dell'informazione sulla rete. Ma non mancano esempi opposti, di esasperazione del controllo. Un buon esempio è fornito da quanto sta accadendo nel settore emergente del broadband Internet, in cui gli operatori dominanti – AT&T e Time Warner (anzi, il colosso Time Warner/Netscape/AOL ora in odore di fallimento) – hanno introdotto sistemi operativi e contratti di licenza il cui effetto ultimo è minare l'architettura end-to-end trasformando la rete in una sorta di rete di broad- o narrowcast simile alla cable TV, e dunque distruggendo il potenziale di comunicazione tra gli utenti⁵². Ma gli esempi certamente non mancano: si pensi a iniziative legislative come il *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* del 1998, che ha esteso la durata del copyright di ulteriori venti anni (dunque, settanta anni) dopo la morte dell'autore – e per questo già ironicamente ribattezzato *Disney Act*, posto che è stato approvato in scadenza dei diritti d'autore su Mickey Mouse – e ora oggetto di una causa intentata dall'editore Eric Eldred sotto la guida di Lawrence Lessig e Jonathan Zittrain⁵³.

In tutto questo, il caso Microsoft conta, eccome. E i primi segni già si vedono, per la verità. Basti pensare alle prime reazioni suscitate dalle licenze uniformi formulate dalla società di Gates per la comunicazione tra client e server in ottemperanza al SRPFJ. In particolare, il contratto di licenza relativo al *Common Internet File System Protocol* (CIFS), nel quale Microsoft ha espressamente vietato alle controparti di divulgare in sublicenza le informazioni sul codice secondo lo schema della General Public License (GPL) o della Library GPL (LGPL) – schemi di licenza gratuiti tipici dell'open source software⁵⁴. Inutile aggiungere che tale disposizione ha già suscitato le ire della Free Software Foundation, che sperava di poter accedere liberamente

⁵¹ Sulle potenzialità e i limiti dell'open source è stato scritto già molto. Ci limitiamo a menzionare i contributi più illuminanti: MCGOWAN, *Legal Implications of Open Source Software*, 2001 U. Ill. L. Rev. 241; Robert GOMULKIEWICZ, *How Copyleft Uses License Rights To Succeed in the Open Source Revolution and the Implications for Article 2B*, 36 *Houston L. Rev.* 179 (1999); LERNER e TIROLE, *The Simple Economics of Open Source*, disponibile al sito www.ssrn.com. Quanto alla necessità, per l'open source, di nutrirsi di software proprietario, naturalmente l'argomento è dibattuto. Si pensi che il progetto GNU, nato nel 1984 e progenitore di quelli che oggi sono noti come sistemi operativi GNU/Linux, trae il proprio nome da un sistema operativo poi divenuto proprietario (sviluppato dalla AT&T), dal quale prende le mosse con acronimo ricorsivo: "Gnu's Not Unix".

⁵² Cfr. LEMLEY e LESSIG, *cit.*, e LESSIG, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York, 2001. Secondo la c.d. legge di Metcalfe, il valore di una rete (e2e) aumenta in modo esponenziale al crescere degli utenti. Quando la rete non è di tipo e2e, invece, tale relazione non viene soddisfatta: cfr. PARDOLESI e RENDA, *How Safe, cit.*

⁵³ Il 19 febbraio 2002 la Corte Suprema ha accettato il *writ of certiorari* per il caso *Eldred v. Ashcroft*, derivazione del caso *Eldred v. Reno*, nel quale viene messa in discussione la costituzionalità del *Sonny Bono Act*. L'editore Eldred e la frangia più libertaria di Harvard (il Berkman Center for Internet & Society) hanno messo in piedi una campagna denominata "Free Mickey", ovvero "Liberiamo Topolino".

⁵⁴ Si tratta di licenze gratuite che permettono agli utenti di accedere liberamente al codice sorgente dei programmi e di modificarlo, a patto che le migliorie apportate vengano poi a loro volta concesse gratuitamente in licenza e dunque rimesse a disposizione del pubblico degli sviluppatori. Cfr. <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>.

all'informazione necessaria per rimpiazzare Microsoft sul mercato dei server vanificandone il patrimonio informativo in nome del più selvaggio *free riding*⁵⁵.

Di fronte a tale prospettiva, non sembra strano né inefficiente che Microsoft ricerchi una qualche forma di controllo: d'altronde, il SRPFJ è compatibile con questo tipo di tentativo⁵⁶. Ma affidare a un caso antitrust il compito di illustrare il grado efficiente di tutela della proprietà intellettuale nel trade-off tra architettura e controllo sarebbe pura follia. Lo sarebbe anche se l'antitrust non fosse caratterizzato da quei problemi che pure ne minano la capacità di stare al passo con i tempi. Prova ne sia il fatto che, mentre la condotta di Microsoft viene sottoposta a severo scrutinio da più di due lustri, in anfratti più nascosti del ciberspazio AOL, Netscape e Time Warner creano un colosso suscettibile di minare le stesse potenzialità della rete, e RealNetworks sigla – è notizia recente – un accordo con la Intel in base al quale il software multimediale Real Player prodotto dalla prima sarà venduto insieme alle schede madri prodotte dalla seconda, in modo da invogliare gli OEM a preinstallarlo sui loro PC in vendita al pubblico⁵⁷.

Il *caveat* che qui si intende lanciare consiste in un invito a non attribuire alla soluzione del caso Microsoft una valenza che solo una seria *information policy* potrebbe far propria in modo soddisfacente. Urge una vera e propria regolamentazione del ciberspazio, basata su due concetti fondamentali: da un lato, massimizzare il valore della rete, preservandone l'architettura; dall'altro, massimizzare il valore del contenuto scambiato sulla rete, garantendo la possibilità di controllarne la diffusione.

5. L'esito della vicenda Microsoft nordamericana, con ogni probabilità, eserciterà una certa influenza anche al di qua dell'Atlantico. Com'è noto, la Commissione Europea da qualche tempo ha avviato – in seguito a un *complaint* della Sun Microsystems – un procedimento teso ad accertare se Microsoft abbia illegalmente tentato di incrementare la propria quota di mercato nel settore dei sistemi operativi (OS) per server e dei Web services multimediali sfruttando la propria posizione dominante nel mercato degli OS e in quello delle applicazioni software per PC (le c.d. Personal Productivity Applications o PPA, come la suite di Office).⁵⁸ A ben guardare, i due procedimenti

⁵⁵ Il contratto di licenza può essere liberamente consultato nella sezione *Windows Development* del MSDN – *Microsoft Development Network* (www.msdn.microsoft.com), e viene denominato *Royalty-Free CIFS Technical Reference License Agreement*. Microsoft, dopo aver definito la GPL la LGPL come "IPR impairing Licenses", nella clausola 3.3 stabilisce che l'impresa non potrà distribuire le implementazioni del CIFS destinate a piattaforme non-Microsoft in modo da sottoporle a una IPR impairing license. La contestazione dell'open source movement si trova al sito <http://www.gnu.org/press/2002-04-11-ms-patent.html>. Si afferma: "Microsoft has veiled this attack in the trappings of a 'gift'". Microsoft, in altre parole, sembra generosa perchè garantisce licenze gratuite, ma di fatto cerca di preservare il suo monopolio: insomma, *timeo danaos et dona ferentes*.

⁵⁶ Cfr. SRPFJ, alla sez. III.I.3, prevede espressamente la possibilità che Microsoft imponga alle controparti l'obbligo di non concedere in sublicenza gli IPR.

⁵⁷ La notizia è del 4 marzo 2002.

⁵⁸ In Europa, Microsoft deve fronteggiare anche un'accusa di *bundling* relativa al proprio software applicativo per la gestione di contenuti audio/video, *Windows Media Player*. Il Commissario Monti ha integrato tra loro i due procedimenti, con l'intento di stabilire se Microsoft abbia reiteratamente posto in essere comportamenti

sono simili nelle premesse e negli effetti: qua come là, si tratta di regolamentare i confini degli obblighi di condivisione delle informazioni, in particolare per quanto concerne le API e i protocolli che ottimizzano la comunicazione tra i PC 'client' e i server prodotti dai rivali⁵⁹.

Da questo punto di vista, il caso europeo si muove ancor più chiaramente di quello statunitense sul binario della *essential facility doctrine*⁶⁰, prefigurando un obbligo di concedere in licenza le API e i protocolli di comunicazione alle imprese che operano su un mercato *downstream* rispetto a quello dominato dal convenuto, ma non un obbligo di aprire i codici alla concorrenza⁶¹. La conclusione del procedimento europeo, dunque, sembra poter andare nella stessa direzione del SRPFJ: e, in effetti, la visione più comunemente sposata dalla stampa specializzata esclude rimedi strutturali – se non per il possibile *unbundling* di Windows e del Media Player – e punta decisamente su una soluzione orientata a una licenza obbligatoria e gratuita dei protocolli di comunicazione, in modo da ristabilire il *level playing field* nel mercato dei server. A tal proposito, peraltro, Microsoft si è già premurata di annunciare che non intende fare ulteriori concessioni alla Commissione, rispetto a quanto già contenuto nel SRPFJ⁶².

Una trattazione specifica del caso europeo è fuori dalla portata di questa breve ricognizione. Vale la pena, peraltro, di porsi un interrogativo: che succede se Microsoft viene giudicata in modo differente negli Stati Uniti e in Europa? Trattandosi di condivisione di informazioni, sarà sufficiente che uno dei due procedimenti si concluda con l'imposizione di un obbligo di *disclosure* in capo a Microsoft per determinare automaticamente lo stesso risultato dall'altra sponda dell'oceano. Fuor di metafora, sembra evidente che, quand'anche il giudice Kollar-Kotelly avallasse il SRPFJ, si renderebbe comunque necessario un atteggiamento altrettanto cauto da parte della Commissione, per evitare che l'obiettivo di una ragionevole interoperabilità tra

abusivi a fini di monopolizzazione in più di un settore. Quel che è buffo – si passi la *boutade* – è che da questo punto di vista Monti sembra essere stato il primo ad accorgersi dei potenziali benefici del *bundling*.

⁵⁹ Secondo Sun Microsystems, infatti, Microsoft non comunica in modo completo le informazioni che servirebbero alla società di Palo Alto, California per ottenere un grado sufficiente di interoperabilità tra Windows e i server Solaris implementati dalla Sun. Cfr. *Statement of Objection against Microsoft Corporation*, IV-C-e/37.345, 1 agosto 2000, al §1.5.1.2.

⁶⁰ Cfr. Il riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Magill* al § 298 dello *Statement of Objections* del 1 agosto 2000. L'orientamento della Commissione in materia di *essential facilities* differisce non poco da quello della Corte di Giustizia. Una celebre, recente applicazione della regola di *Magill* da parte della Commissione è quella relativa al caso *NDC Health/IMS Health* (COMP/38.044, 3 luglio 2001), in cui la Commissione ha mostrato una certa predisposizione all'imposizione di licenze obbligatorie.

⁶¹ Quanto all'open source, nello *Statement of Objection* non viene mai nemmeno menzionato il codice sorgente.

⁶² La questione è resa ancora più complessa dalla peculiare situazione di *impasse* in cui si trova attualmente la Commissione Europea dopo la contestatissima decisione di bloccare la concentrazione tra GE e Honeywell e i recenti contrasti con il Tribunale di Primo Grado nei casi *Airtours*, *Schneider/Legrand* e *Tetra/Laval*. Da più parti emerge un tentativo di far leva sulla vena di protagonismo che spesso è stata associata all'operato del Commissario Monti, annunciando che un allineamento con la decisione statunitense significherebbe per Monti inevitabilmente abdicare alle proprie responsabilità. Cfr., di recente, <http://www.cbsnews.com/stories/2002/11/04/tech/main528026.shtml>.

L'OTTIMO FUGGENTE: MICROSOFT E I DOLORI DEL VECCHIO ANTITRUST

server e client PC si trasformi in una minaccia per tutte le imprese che investono in ricerca e sviluppo puntando su architetture proprietarie.⁶³

La mutua dipendenza dei due procedimenti può essere osservata anche nella pratica: ad esempio, Microsoft ha recentemente annunciato di voler accordare alla Sun alcune concessioni in termini di informazione, in particolare per quanto concerne il sistema di sicurezza Kerberos e il CISF. Il primo è in verità uno standard sviluppato dal MIT per la sicurezza delle reti, implementato però da Microsoft con una serie di estensioni di tipo proprietario, nel complesso denominate Security Service Provider Interface (SSPI).⁶⁴ Il secondo – come abbiamo già accennato in precedenza – è un protocollo che consente, tra l'altro, ai computer client di richiedere file memorizzati su altri computer attraverso un server. Si tratta della versione 'open' di un protocollo sviluppato e utilizzato da Microsoft, denominato Server Message Block⁶⁵. In entrambi i casi, Microsoft ha tentato di mostrare la propria disponibilità a fare concessioni ai propri rivali muovendo verso una maggiore condivisione di informazioni a fini di interoperabilità.

Le similitudini esistenti tra il procedimento statunitense e quello comunitario riportano ancora una volta in primo piano la necessità di coordinare l'azione dell'antitrust sulle due sponde dell'oceano. Nel caso che qui ci occupa, è auspicabile che entrambe le decisioni non si spingano oltre l'imposizione di un obbligo di *disclosure* a fini di interoperabilità. Oltre quel limite, qualsiasi decisione rischierebbe di provocare effetti distorsivi tutt'altro che desiderabili e, probabilmente, fuori controllo⁶⁶.

⁶³ Nell'ultimo *statement of objection*, comunicato a Microsoft nell'agosto 2001, la Commissione ha comunicato alla casa di Redmond di essere vicina a condannare come abusiva la condotta sul mercato dei server e a considerare anticoncorrenziale l'integrazione del Windows Media Player nel sistema operativo. Se si aggiunge che il commissario Monti ha mostrato in più occasioni di essere pronto a distaccarsi dall'orientamento dei giudici nordamericani – si veda, per tutte, la vicenda GE-Honeywell – e che la stampa specializzata tende a vederlo come un '*regulatory pitbull*', si capisce perchè Microsoft sembri vedere la Commissione come un avversario sfuggente e poco incline alla negoziazione. Si veda, ad esempio, *Microsoft: Will the EU Crack Down? Gates & Co. Face a Regulatory Pitbull*, Business Week, 5 novembre 2001.

⁶⁴ Si veda lo *Statement of Objection*, § 71.

⁶⁵ Il CISF è stato proposto come standard dall'Open Group alla IETF, Internet Engineering Task Force. Si veda lo *Statement of Objection*, § 71. L'Open Group è un consorzio che annovera tra i suoi obiettivi quello di migliorare l'interoperabilità tra i sistemi informatici. Vi partecipano sia Sun che Microsoft, insieme a IBM, Motorola e molti altri. Cfr. www.opengroup.org

⁶⁶ Vi sono altri fattori che potranno esercitare un notevole impatto sulla posizione di Microsoft in Europa nel prossimo futuro. L'equilibrio faticosamente ricostruito dal SRPFJ, che consente comunque a Microsoft di preservare pressoché intatto il valore della sua proprietà intellettuale, potrebbe risultare ben più sfavorevole per Microsoft in contesto europeo, soprattutto fin quando non verrà approvata la proposta di Direttiva sulla brevettabilità delle *computer-implemented inventions*, che persegue proprio la finalità, *inter alia*, di avvicinare l'orientamento europeo in materia di brevettabilità del software a quello statunitense e al disposto dell'art. 17 degli accordi TRIPS. Cfr. *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate a mezzo di elaboratori elettronici*, COM (2002) 92, disponibile al sito http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92it.pdf.

6. In conclusione, questo commento si riproponeva di gettar luce sulle problematiche ancora irrisolte nella vicenda Microsoft e nell'evoluzione economica e giuridica che le fa da sfondo. Senza dubbio, il SRPFJ muove in una direzione soddisfacente, tale da garantire quella stabilità che l'intero settore sembra invocare da tempo. Ma, soprattutto, la principale virtù dell'accordo raggiunto tra Microsoft e il DoJ consiste nello scongiurare soluzioni strutturali: imboccare la strada alternativa – quella della *remedial proposal* proposta dai nove stati dissenzienti – significherebbe sconfessare il ruolo della proprietà intellettuale, qualificando il *de facto standard* come pura *essential facility*, anzi come bene pubblico, liberamente fruibile da parte dei concorrenti sul mercato. Invece di un gioco concorrenziale in cui *the winner takes it most*, si avrebbe una paradossale situazione invertita in cui *losers take it all*.

Non si tratta, peraltro, di concludere che un futuro dominato da standard 'aperti' non sia un obiettivo raggiungibile per il cberspazio. Ma è altrettanto indubbio che una simile traiettoria non può essere disegnata dalle corti, soprattutto in un momento in cui le *knowlegde-based industries* sembrano muovere autonomamente verso un nuovo equilibrio tra architetture chiuse e architetture aperte (per lo più, proprietarie). La stessa strategia commerciale di Microsoft, in effetti, sembra oggi maggiormente incline allo sfruttamento delle peculiarità del cberspazio attraverso la predisposizione di piattaforme in grado di garantire l'interoperabilità.⁶⁷

Quanto alla vicenda processuale di Windows, era importante assicurare che Microsoft non potesse utilizzare lo strumento contrattuale per inibire il naturale avvicinarsi delle generazioni di prodotto in un settore tanto dinamico. Il SRPFJ certamente raggiunge questo obiettivo e presenta tutte le carte in regola per ristabilire davvero il *level playing field* nel settore dei sistemi operativi. Se vi sarà motivo di emendare in parte il SRPFJ, ciò dovrà essere fatto mantenendo lo spirito iniziale dell'accordo, dunque senza avallare le richieste di chi mira a soddisfare i propri interessi sul mercato eliminando un concorrente a dir poco temibile. Lo stesso Larry Lessig, uno dei più acerrimi nemici di Microsoft e brillante guru della regolamentazione del cberspazio, ha avuto modo di affermare che la *remedial proposal* avanzata dai nove stati dissenzienti risulta francamente eccessiva rispetto al disposto della Corte d'Appello del giugno scorso. Il SRPFJ, secondo Lessig, va invece senza dubbio nella direzione giusta, e i limiti nella portata dell'accordo sono semmai da rinvenirsi nel meccanismo di controllo dell'adempimento, che secondo l'*ex special master* del giudice Jackson potrebbe rivelarsi troppo debole⁶⁸.

⁶⁷ La nuova piattaforma di Microsoft per i c.d. Web services, denominata *.Net*, utilizza infatti un linguaggio standard aperto, lo XML, sviluppato dal World Wide Web Consortium e considerato come successore del 'glorioso' HTML. Tale circostanza dovrebbe consentire una piena interoperabilità con i principali OS per server (dunque, Windows 2000, UNIX, Solaris etc.) e con sistemi operativi concepiti per computer palmari, telefoni cellulari etc.

⁶⁸ Cfr. la testimonianza di Lessig su <http://lessig.org/content/testimony/msft/msft.pdf>. L'orientamento espresso da Lessig potrebbe aver esercitato una certa influenza sulla decisione resa dal giudice Kollar-Kotelly, che ha inteso emendare il SRPFJ soltanto nella sezione relativa al controllo del rispetto delle disposizioni ivi contenute (Sezione VII).

L'OTTIMO FUGGENTE: MICROSOFT E I DOLORI DEL VECCHIO ANTITRUST

La vera conclusione, pertanto, è un'altra. È un invito ad ammodernare l'antitrust, liberandolo di schemi ormai obsoleti: per traghettare la tutela della concorrenza sulla sponda dei nuovi settori, vien da evocare il dantesco 'più lieve legno'. E soprattutto, per evitare sforzi inani di inseguimento dell'ottimo di mercato, che qui risulta inevitabilmente fuggente, si rende necessario integrare l'antitrust e la tutela della proprietà intellettuale in un più ampio contesto di *information policy*, regolamentando il settore in termini di architettura e controllo, in modo da massimizzare il valore della rete e massimizzare il valore del contenuto in essa circolante. Dovrebbero essere questi, a sommo parere di chi scrive, i nuovi riferimenti dell'antitrust.

Dunque, uno, nessuno, centomila casi Microsoft. E una certezza. Risolvere questioni tanto trascendenti in un'aula di tribunale significa imboccare una china scivolosa. Il suggerimento è evitare di accanirsi nella soluzione di una vicenda che - per quanto importante - non si limita alla composizione dei singoli interessi in gioco. Si farebbe come quei soldati che continuano a rimanere arroccati nei fortini per anni senza sapere che la guerra è finita. E qui la guerra è certamente finita, lasciando il passo a un altro conflitto, ben più cruciale. Preme, certo, mettere un punto fermo alla vicenda Microsoft, ma solo se contestualmente si stabiliscono le regole che dovranno governare il flusso dell'informazione nel futuro della rete.

In altre e più banali parole, mette conto di guardare non il dito, ma la luna. E i chiari di luna, per ora, sembrano tutt'altro che rassicuranti.