

Roberto Pardolesi
Andrea Renda

Kill Bill Vol. 2

I.- Cominciamo dalla fine, rassicurante. Tutto bene quel che finisce bene. Per almeno tre ragioni.

II.- Primo, la guerra è conclusa, dopo quasi nove anni di ostilità. Chi potrebbe lagnarsene? Nessuno, presumibilmente, fatta eccezione per gli avvocati di MS, che però –c'è da scommettere- sulla vicenda avranno già costruito autentiche fortune. Nella scarna lista degli scontenti vanno iscritti gli autori di queste note, che –pubblicato per tempo “Kill Bill Vol. 1”- hanno avuto l'opportunità di aggiungere un *sequel*, ma si sono visti negare la *chance* di scavalcare Quentin Tarantino con una terza, allettante puntata davanti alla Corte di Giustizia.

III.- Secondo, l'arrogante monopolista, impegnato nel trapiantare il suo pre-potere di mercato per i sistemi operativi (SO) per PC su nuovi quadranti (segnatamente, quello degli SO per *work-group server*), è stato ricondotto all'ordine. Si è dovuto arrendere e pagherà una sanzione pecuniaria nell'ordine di 1.58 miliardi di euro (salvo un prevedibile, sostanzioso sconto che l'intervenuto *appeasement* non mancherà di propiziare). Ma, anche sotto questo profilo, c'è di che tirare un sospiro di sollievo. Le cifre sui profitti attesi da MS per l'anno in corso, rimbalzate in questi giorni sulla stampa economica, ci rassicurano sul fatto che, dopo tutto, MS se lo può permettere. Eccome!

IV.- Neelie Kros ha proclamato vittoria. Un importante successo per l'Antitrust europeo, che riuscirà così a confermare la propria plateale superiorità nel “dominance score index” elaborato da Hylton e Deng. Per un attimo, il pronunciamento interinale di Versterdorf era parso incrinare persino questa certezza.

Ma il Commissario europeo alla concorrenza ha altresì sottolineato che si tratta di un importante successo per i consumatori. I quali, in effetti, hanno già sortito il vantaggio (*prima facie* impalpabile) di vedersi offrire una versione di Windows priva del Media Player annidato pervicacemente al suo interno. A dire il vero, anche a tacere delle persistenti perplessità su cosa possa ora figurare in seno ad un SO, nessuno sembra aver particolarmente apprezzato questa opportunità. Ma Harry First ci ricorda che, così ragionando, si guarda nella direzione sbagliata, posto che il problema non è rappresentato da quel che si può seppellire dentro un SO, bensì dal rifiuto di mettere a disposizione una sua versione “dis-integrata”, ridotta quindi ai suoi termini essenziali (ma quali?). Per di più, lo scarso interesse dei consumatori per Windows in versione alleggerita sarebbe dovuta al fatto che i due ‘pacchetti’, quello completo e quello ‘mutilo’, sono stati commercializzati allo stesso prezzo, mentre si sarebbe dovuto obbligare MS a praticare, per il secondo, un prezzo più contenuto. Resta da comprendere quale spessore avrebbe dovuto assumere tale differenza di prezzo, posto che gli *streaming devices* vengono distribuiti gratuitamente in rete e richiedono pochi minuti per essere felicemente installati. Proprio il risvolto testé cennato sta a testimoniare che, con ogni probabilità, questa parte della vicenda non avrebbe meritato tanta attenzione. La riproduzione europea, per il profilo in questione, del caso statunitense è penalizzata dal fatto che -mentre oltre Atlantico si discuteva sulla sorte di un *middleware* potenzialmente capace di rendere invisibile, e perciò indifferente, il sistema operativo di MS, con la prospettiva di vanificarne il (quasi) monopolio- qui la controversia si è appuntata su un orpello di margine, che ben difficilmente avrebbe potuto scuotere gli equilibri di settore, come gli sviluppi successivi hanno ampiamente dimostrato. Questa articolazione della controversia somiglia, in definitiva, ad una versione tecnologica di un qualsivoglia ‘trivial pursuit’; e sarà bene lasciarla perdere, senza rimpianti.

Poco importa, del resto, perché –ci viene ricordato- i veri vantaggi per i consumatori si materializzeranno in futuro, quando i concorrenti di MS, rinfrancati in ordine alla loro possibilità di

sopravvivenza e finalmente edotti sui protocolli del SO dell'impresa egemone, saranno in grado di migliorare apprezzabilmente i propri prodotti. Chi vivrà, vedrà: basta saper attendere.

V.- Per intanto, come si diceva, tutto bene quel che finisce bene. Permangono, tuttavia, alcuni dubbi. Meglio, tanti dubbi, anche se, per ovvie ragioni, saranno qui evocati soltanto quelli più inquietanti: resi ancora più spinosi dal fatto che la decisione della CFI si candida a "landmark case", ossia a decisione destinata ad orientare il futuro dell'applicazione della disciplina antitrust in Europa.

Sul punto occorre, però, fare un'immediata precisazione. Come sottolineato da Steve Anderman, il valore della pronuncia in quanto precedente è assai ridotto. E ciò perché la sua *ratio decidendi* è profondamente condizionata dai fatti su cui è predicata: in particolare, dalla circostanza che MS, per il passato allineata sulla prassi di settore di favorire lo scambio d'informazioni atto a propiziare la più ampia capacità di comunicazione fra i diversi sistemi operativi, abbia inopinatamente mutato atteggiamento dopo il lancio della generazione SO Windows 2000. Per tutta conseguenza, quella *ratio decidendi* non potrebbe estendersi all'ipotesi in cui a chiedere l'accesso ai protocolli non siano operatori con una storia pregressa di rapporti collaborativi, bensì un *newcomer* che s'affacci aggressivamente sul mercato secondario dove nessun'altra impresa è riuscita ad ottenerlo. Molto più che la *ratio decidendi*, dunque, conterranno i generosi *obiter dicta* disseminati in motivazione: quelli sì capaci di proiettare ombre davvero ingombranti. E proprio su tali affermazioni ad ampio spettro si radicano le maggiori perplessità.

VI.- A partire da quella relativa al delicato rapporto tra proprietà intellettuale e diritto della concorrenza, da sempre impostosi come snodo fondamentale della disputa.

Prima, però, di entrare nel dettaglio della posizione assunta sul punto dalla CFI, converrà fare luce, sia pure sommariamente, sullo 'stato dell'arte'. Negli ultimi decenni, si è infoltito a dismisura il novero delle voci impegnate a dimostrare che gli obiettivi della proprietà industriale e del diritto della concorrenza non sono confliggenti, ma addirittura convergono. Occorre guardarsi, ci viene ricordato ad ogni piè sospinto, dal sillogismo semplicistico in forza del quale, per costituire gli IPRs diritti di monopolio ed essere, d'altro canto, l'antitrust votato a prevenire il monopolio, la conclusione inevitabile è che le due discipline sono destinate ad entrare in conflitto. Al contrario, esse rappresentano "sforzi complementari", volti a promuovere, tramite l'innovazione, l'efficienza dei mercati e una concorrenza dinamica di lungo periodo. E' vero che tali finalità vengono perseguite per vie diverse, che appaiono talora configgenti. Ma, niente paura! Come sottolinea, ad es., Mark Lemley, quando accade che le due normative vengano in contatto, i diritti di proprietà industriale devono limitare il raggio d'azione dell'antitrust. Più in chiaro: le due discipline vanno trattate su un piede di assoluta parità. Come dire, dunque, che gli IPRs prevalgono all'interno dei loro "confini riconosciuti", relegando il diritto della concorrenza al ruolo di argine contro indebiti sconfinamenti.

Quella così abbozzata è una rappresentazione concisa, ma –credo- equilibrata dell'approccio dominante negli U.S.: approccio che si risolve nella dialettica oppositiva fra uso e abuso/*misuse* della IP.

Nell'ambito del West Side della saga MS, questa impostazione si era tradotta in un argomento di piglio massimalistico –qualcosa come: "the King, pardon, the copyright holder can do no wrong", quando, ovviamente, si atteggi come tale-, che, però, non aveva convinto Thomas Pennfield Jackson per la Corte distrettuale e, più tardi, la Corte d'appello. La risposta di quest'ultima è passata alla storia della retorica giuridica: "la tesi di MS deborda nel frivolo...non è più corretta dell'affermazione che l'uso di un bene in proprietà, come un mazza da baseball, non può dar luogo a responsabilità civile" (a dispetto del fatto che sia stata usata per rompere teste...). In effetti, la replica è cogente, anche se il *caveat* così introdotto risulta ancora compatibile con la dialettica uso/abuso.

Sul versante europeo, tuttavia, l'argomentazione di MS ha assunto contorni assai più sofisticati, sottolineando, per un verso, che l'informazione di cui veniva richiesta la divulgazione costituiva l'oggetto in senso tecnico degli IPRs vantati dalla casa di Redmond, di modo che il rifiuto di fornirla ne costituiva esercizio tipico e ricadeva ben all'interno dei confini riconosciuti della protezione; per l'altro, che MS aveva titolo a veder retribuiti i propri ingenti investimenti, pena la sterilizzazione di qualsivoglia incentivo ad innovare.

La prima parte della tesi pesa ancor più dell'altra. La sua reiezione, ad opera della CFI, innesca difficoltà laceranti. Essa implica, infatti, che il "normale esercizio" di un diritto di proprietà industriale non sia di aiuto alcuno per il suo titolare, dacché non offre una giustificazione obiettiva per il rifiuto di divulgare l'informazione protetta. Quanto dire, in sostanza, che il *proprium* dell'IPR può costituire illecito antitrust; o, per porla in una differente prospettiva (che, però, non sposta i termini della questione), il diritto della concorrenza stabilisce quali siano i limiti dell'uso di quel diritto (di là dai quali imperversa l'illecito).

Orbene, per questa via si sconvolge l'equiparazione su ricordata, sostituendola con una rigida gerarchia; si trasforma il rapporto tra le due discipline in un braccio di ferro a senso unico; si scava un solco profondo rispetto alla deriva statunitense. In ultima analisi, si approda ad un vero o proprio ossimoro concettuale: la normalità innesca l'eccezionalità (cui consegue la possibilità d'ignorare la proprietà industriale).

La vacillante teoria del *leverage* e la sua anemica progenie, suggestiva ma volatile, la "essential facility doctrine", celebrano un inatteso trionfo europeo.

VII.- Si potrebbe replicare che la CFI non era tenuta a seguire il *precedential path*. La Commissione aveva infatti sottolineato che i precedenti in materia di rifiuto di divulgare in presenza di IPRs non esaurivano il novero delle circostanze eccezionali che permettono di ignorarli. Ma il punto è che il tribunale comunitario ha preferito –come si vedrà, per qualche attendibile ragione, che poi non è stata presa sul serio- di restare nel solco di quei precedenti, sia pure con la riserva implicita di applicarvi il "cemento dell'armonia e dell'invenzione", che, si sa, consente ai giuristi virtuosi di dimostrare ineccepibilmente che "piove per insù". Come che sia, la traiettoria è stata fissata; e non v'è modo di sottrarsi, per scivolosa ch'essa possa apparire.

Dato questo *constraint*, si potrebbe nondimeno opinare che il rovesciamento su delineato -la normalità che impinge nell'eccezionalità- non è poi così drammatico, perché la lista delle circostanze eccezionali non è esaurita dal difetto di giustificazione obiettiva. Vi figurano altre voci che, in vista dei dettami fissati dai casi *MgGill* e *IMS*, devono ricorrere contestualmente (e possono contribuire al contenimento delle conseguenze più devastanti). Provare per credere.

VII.- La prima voce è data dalla "esclusione di ogni concorrenza su un mercato secondario". Sul punto, basterà ricordare che, come rimarcato da Steve Anderman, la CFS ha fatto ampio impiego di "giurisprudenza creativa", propugnando l'eguale valenza dei paradigmi "eliminazione della concorrenza" e "probabilità di eliminazione della concorrenza". Giudichi il lettore se questo è davvero un modo trasparente di attenersi ai precedenti. Senza dimenticare che, quand'anche la sua risposta fosse negativa, ogni porta sarà miracolosamente dischiusa dalla formula magica del "pregiudizio ai consumatori".

VIII.- Altra voce da mettere in conto: "impedire l'emersione di un nuovo prodotto, per il quale vi sia una potenziale domanda dei consumatori".

In realtà, questo requisito va considerato insieme a quello precedente, che già alludeva ad un mercato secondario. Si scopre, allora, che la coppia in parola non è frutto di capriccio. Piuttosto, discende in linea retta dall'idea che l'abuso non può consistere nel rifiuto dell'impresa dominante di assistere i suoi rivali nel suo campo primario di attività, su cui aggettano, appunto, i suoi IPRs. L'abuso entra in gioco quando si cerca di esportare la dominanza in un mercato contiguo. In effetti,

nella linea dei precedenti europei, il requisito del “prodotto nuovo” rappresentava la pietra angolare, capace di orientare la distinzione del grano dal loglio.

Senonché, nel tempo, quel requisito è stato diluito ed eroso. In *IMS*, per saltare al dunque, lo si è trasformato nel requisito, affatto privo di senso, di un “potenziale mercato secondario” (che, tra l’altro, nel caso di specie non era dato intravedere). Ecco perché la pronuncia della CFI ha ritenuto di poter completare l’opera, ridicolizzandolo mercé l’acrobatica interpretazione secondo la quale il prodotto nuovo è quello che -oltre a replicare ciò che è già in circolazione- vi aggiunge qualche significativo miglioramento/sviluppo.

In altre parole, a MS si chiede di supportare i rivali mentre questi ultimi, corroborati dal flusso d’informazione sui suoi protocolli, s’ingegnano di sopravanzarla. Ammesso pure che gli incentivi di MS ad innovare siano crudamente azzerati, si può confidare che, nel segno dello scampato pericolo, vi provvederanno i concorrenti.

IX.- L’ultimo requisito costituisce il *climax* dell’intera vicenda: è la c.d. indispensabilità, nella particolare accezione dell’interoperabilità tra “work-group server OS”.

In “Kill Bill Vol. I”, gli autori di queste note avevano già rilevato come nelle pieghe del discorso si annidasse una sorta di trucco. Far sì che *server* e *client-PC*, operanti su piattaforme diverse, interagiscono è un po’ come mettere in comunicazione persone di madre lingua differente. Vi sono diverse alternative per conseguire quel risultato. Si potrebbe adottare un protocollo comune, l’esperanto, oppure ricorrere a risorse esterne, gli interpreti, oppure adottare una delle differenti lingue utilizzate dagli interessati. Ma quale? L’inglese, ovviamente, che si propone come *koiné dialectos*, salvo il fatto che chi lo parla da sempre è molto avvantaggiato rispetto a quanti si affannano ad abboracciarlo come strumento di lavoro. La comunicazione sarà così stabilita, anche se con qualche penalizzazione per chi sarebbe più a suo agio con la lingua domestica. Come evitare questo inconveniente e far sì che tutti siano egualmente “fluent”? La via più semplice è, purtroppo, sanguinosa: ricorrere alla chirurgia cerebrale e permettere ai soggetti disagiati d’impradonirsi delle sinapsi linguistiche dei loro interlocutori. Più o meno quello che la Commissione pretendeva da MS.

La CFI ha avallato questa posizione. A suo dire, l’interoperabilità non può essere soltanto “sufficiente”, quel che basta ad interfacciarsi. Per garantire una sopravvivenza vitale sul mercato, gli SO rivali devono essere messi in condizione di operare su un piede di piena parità rispetto al SO di MS; quindi, non solo devono essere in grado di assicurare tutte le proprie funzionalità ai *client-PC* operanti in ambiente Windows, ma anche di utilizzare tutte le funzioni di cui questi ultimi dispongono. A conti fatti, i sistemi operativi non-Windows devono poter essere, per quanto attiene a funzioni specializzate quali quelle implementate da Active Directory, Kerberos e gli altri “special features” di Windows, non meno veloci ed efficaci dei SO di MS.

Entrare nel dettaglio tecnico ci porterebbe troppo lontano. Ma non ci vuol molto –sempre che si abbia il coraggio di sfidare le troppe pagine della pronuncia- a rendersi conto che l’argomento del contendere era rappresentato dal Multimaster Replication Mechanism, ossia l’innovazione introdotta da MS con la generazione di Windows 2000 (in coincidenza della quale si verificò il cambio di atteggiamento che viene rimproverato a MS). Si tratta di un’architettura di rete, capace di sincronizzare all’istante diverse migliaia di computer, creando una c.d. “Blue Bubble” all’interno della quale ogni bit di informazione introdotto in un ganglio del sistema viene immediatamente condiviso da tutti gli altri componenti. C’è da credere che il progresso così realizzato fosse di enorme rilievo, se è vero che, prima di allora, a Novell era riuscito di sortire lo stesso risultato solo per 150 *server*. Ed è plausibile –anche se manca la conferma, posto che questo aspetto non è stato esplorato dalla decisione, tetragona nel ritenere che il risultato sarebbe stato lo stesso, a prescindere da quali fossero i diritti vantati dal ricorrente- che proprio su questo profilo si appuntassero gli IPRs che MS intendeva difendere.

Nondimeno, la Commissione ha imposto a suo tempo, con l'odierno avallo della CFI, che i c.d. "member servers", quelli imperniati su un diverso SO, siano promossi al rango di "domain servers" ed inseriti a viva forza nella Blue Bubble, attraverso l'appropriazione dell'informazione rilevante. Replica Peritz che i protocolli fungono da grammatica e sintassi, lasciando fuori quadro i contenuti; e che essi dovrebbero essere 'pubblicati', secondo l'ispirazione originaria della tutela brevettale, perché la loro riproduzione è ben lontana dal rappresentare un apporto meramente meccanico, burocratico. Tutto sacrosanto, salva una cautela: che quei protocolli non portano necessariamente alla Multimaster Replication e che, in fondo, un siffatto risultato non è punto sconvolgente. A veder bene, sarebbe stato preferibile, e coerente ad una logica autenticamente concorrenziale, che i concorrenti, messi in condizione di interagire in maniera conveniente per ogni altro rispetto, si fossero adoperati per creare la loro Yellow Bubble, capace di fornire, perché no?, prestazioni anche migliori.

Per concludere su questo versante. La soluzione accolta dalla CFI rischia di portare l'"interoperability clash" sullo stesso piano della *spy-story* che quest'anno ha avvelenato il mondo della Formula 1. Anche Ferrari e McLaren devono interagire sulle piste, altrimenti non c'è gara. E, per rimanere "viable" sul mercato, la seconda dev'essere altrettanto veloce ed efficace della prima. Quindi, deve disporre dell'informazione che serve ad assicurare un esito siffatto. L'unica differenza sta nel fatto che il costruttore anglo-tedesco se l'è procurata in modo fraudolento: ma, con un pizzico di buona volontà, ci si potrebbe vedere una forma di *self-help*...

X.- Su un piano più generale, Steve Anderman ha ragione a sottolineare che la sentenza condanna le efficienze a vantaggio del consumatore ad un ruolo del tutto marginale; e che questo è sintomo evidente della volontà della CFI di arginare le molte sollecitazioni a valorizzare l'interpretazione 'economica' come test per l'applicazione dell'art. 82. Un rigurgito, questo, davvero preoccupante, se solo si ripensa a quanta fatica sia costata l'elisione delle incredibili stratificazioni che per decenni hanno piagato la valutazione comunitaria delle restrizioni verticali.

Preoccupata dall'isteresi dei precedenti, la Commissione sembrava pronta, come attestato dal *discussion paper* sull'abuso di posizione dominante, ad accettare una soluzione di compromesso con riguardo al tema dell'interoperabilità. Ma la sua posizione è stata scavalcata senza esitazioni da una sentenza che dichiara formale fedeltà ai precedenti, salvo prevaricarli a colpi di "leveraging theory" e "essential facility doctrine".

Sotto questo profilo, la pronuncia, lungi dal porsi come "landmark case", appare, oltre che intollerabilmente logorroica e bolsa, sostanzialmente "unprincipled", priva di una logica capace di supportarla adeguatamente. Può darsi che MS meritasse la condanna; ma la via battuta per arrivare a questo esito "borders in the wrong". La teoria della leva monopolistica, in particolare, esce apparentemente ringiovanita e riportata alla centralità di un tempo, con l'avallo di un sentire comune che vi ha da sempre ravvisato il vero filo conduttore del comportamento monopolistico. Solo che le veementi critiche che hanno portato alla sua pressoché totale dismissione negli U.S. continuano a tenere il campo, senza che nessuno si sia preoccupato di rintuzzarle. E la rivincita dei giuristi, esasperati dalla costante irrisione delle loro logiche formali ad opera di impostazioni di taglio economico, si consuma oggi nel segno della strategia dello struzzo.

Si torna all'antico, commenteranno i molti nostalgici dell'antitrust pre-Chicagoan. Ma quei "good, old times" sanno anche di ritorno ad un diritto della concorrenza oscuro e medievale

Ma tutto è bene quel che finisce bene.