

Bruxelles contro Microsoft: ultimo atto?

di Alberto Mingardi & Paolo Zanetto

Trasparenza e buon senso suggerirebbero che, mentre su un giudizio pure molto importante si sta attendendo il verdetto d'appello, si procedesse con cautela nella fase attuativa. Nella lunga partita che ha visto la Commissione europea contrapporsi a Microsoft, invece, le cose sono andate esattamente in senso opposto. Mentre la multa comminata da Mario Monti nel marzo 2004 ancora attende l'obliterazione della corte di Lussemburgo (che aveva rifiutato il ricorso per la sospensione delle sanzioni, ma il cui pronunciamento nel merito è atteso per fine anno, quasi quattro anni da quando la decisione unilaterale della Commissione è diventata effettiva), il suo successore, Neelie Kroes, cerca con determinazione di imporre soluzioni sgradevoli per l'impresa americana in un crescendo invero spettacolare. Il primo marzo è stato diffuso dalla DG Concorrenza uno "Statement of Objections" contro la *software house*, che potenzialmente sancisce alcuni principi preoccupanti per imprese e consumatori.

La discussione verte sempre su un aspetto fondamentale della decisione di Monti. Nel 2004, la Commissione aveva infatti considerato Microsoft colpevole di aver violato l'articolo 82 del Trattato CE, per abuso di posizione dominante, in quanto avrebbe tentato un "leverage tecnologico" fra la sua posizione sul mercato dei PC da tavolo (nei quali Windows è di gran lunga il sistema operativo più diffuso) e quello dei server per gruppi di lavoro. A tale accusa, più "sostanziosa", si aggiungeva quella di aver minato la concorrenza nell'ambito dei *media player*, attraverso il "bundling" di "Windows Media Player" in "Windows". Quest'ultima controversia si è risolta con l'immissione sul mercato europeo di una apposita versione abortita ("ridotta") del sistema operativo. Parallelamente, i consumatori – non solo in Europa – dimostravano di gradire di più un'altra intuizione imprenditoriale, quella alla base dell'accoppiata iTunes/iPod di Apple (ora paradossalmente nel mirino della Commissione per un problema di discriminazione di prezzo nei diversi Paesi UE), determinando una situazione che ha dimostrato una volta di più come l'esito dei processi di mercato sia spesso scritto da ben altre forze che lo zelo dei regolatori.

A ragione della sua stessa natura, oltre a sanzionare l'abuso di posizione dominante con la più grande multa mai spiccata dall'Antitrust UE («una formidabile forma di deterrenza», secondo Monti), la decisione della Commissione si giustificava in virtù della necessità di promuovere una «maggiore interoperabilità». Pertanto, veniva imposto al gruppo guidato da Bill Gates di rendere disponibili «informazioni complete ed accurate sulle interfacce che consentano ai server per gruppi di lavoro non Microsoft di raggiungere la completa in-

Alberto Mingardi è direttore generale dell'Istituto Bruno Leoni.

Paolo Zanetto è founding partner di "Cattaneo Zanetto & Co." e Fellow dell'Istituto Bruno Leoni. Insieme, hanno curato "Colpirne uno per educarne cento. Il caso Microsoft e il futuro della concorrenza in Europa" (Soveria Mannelli-Treviglio, 2006).

teroperabilità con i PC e i server che operano in Windows». Tali informazioni andavano divulgate in termini «ragionevoli e non discriminatori».

Dopo una lunga disputa che ha visto accapigliarsi Commissione e Microsoft sul valore *tecnico* della documentazione fornita, con lo “Statements of Objections” del primo marzo la DG Concorrenza ha fatto un passo molto importante e, per certi versi, preoccupante. Sostanzialmente, Microsoft ha accettato di aprire il codice di Windows ad un prezzo, regolato dalle *royalties* che eventuali concorrenti che vogliono rendere disponibile software per la sua piattaforma debbono pagare. Va precisato che si discute di server di bassa potenza, il genere di computer che consente agli impiegati di un’azienda di accedere alla rete comune, operando (stampando, modificando, etc) sui files che vi sono contenuti dal loro terminale.

Per negoziare la decisione con la DG Concorrenza, Microsoft ha presentato due “pacchetti” contenenti le informazioni da diffondere: un “No Patent Agreement”, che presenta innovazioni non brevettate dalla compagnia di Seattle, e un “All IP Agreement”, che invece contiene innovazioni protette da tutela brevettale. È palese, oggi come nel 2004, il contrasto tra le prescrizioni della Commissione e il rispetto della proprietà industriale protetta non solo da diritto d’autore ma addirittura da brevetto. Adottando un criterio comune ed accettato dalla Commissione, le *royalties* sono state “graduate” sul contenuto innovativo del software. Si assume pertanto che tanto più è innovativa una particolare funzione che è stata resa disponibile, tanto più è costato all’azienda svilupparla, e tanto più il “nuovo arrivato” che viene messo in condizione di farne uso deve conseguentemente pagare. Il criterio può essere ritenuto grossolano (non necessariamente le innovazioni più eclatanti sono quelle che costano di più, come pare insegnare la storia della ricerca scientifica), ma dopotutto esso sostanzialmente tenta di fornire una gestione “di mercato” ad una situazione nella quale un’impresa viene obbligata a divulgare informazioni che altrimenti avrebbe tenuto per sé. Insomma, nel momento in cui al libero agire imprenditoriale viene sostituita una negoziazione politica, non pare irragionevole che un attore voglia perlomeno “dare un prezzo” all’“obbligo di parlare” (quando preferirebbe tacere). Prezzo a sua volta oggetto di ulteriore contrattazione con il regolatore.

È interessante notare come, nonostante grandi sforzi giuridici, la Commissione non sia riuscita a imporre il concetto di “royalty zero” che sarebbe stata tanto gradita ai regolatori, come il “Monitoring Trustee”, il professor Neil Barrett, ha ammesso pubblicamente. I principi generali dell’ordinamento giuridico europeo riconoscerebbero il mancato diritto di “dare un prezzo” agli obblighi dell’esecutivo europeo quale danno materiale arrecato all’azienda, pertanto meritevole di attenzione economica. Microsoft, ben sapendo che la Commissione avrebbe innescato una polemica anche sulle *royalties* da essa fissate, ha incaricato PricewaterhouseCoopers, ben nota società di auditing e consulenza, di redigere uno studio comparativo. Microsoft ha dunque tarato i suoi “prezzi” inferiori del 30% rispetto alla media delle *royalties* nel settore tecnologico.

La DG Concorrenza però ha reagito con una violenza che a Seattle forse non si aspettavano. In primo luogo, ha ritenuto del tutto irragionevoli le *royalties* richieste per la divulgazione delle informazioni legate a protocolli non protetti da brevetto. Il “Monitoring Trustee” e gli esperti tecnici della Commissione, sulla base dei *complaint* ricevuti dagli attivissimi concorrenti di Microsoft, hanno sostenuto che, su 160 richieste presentate, solo quattro protocolli, fra l’altro nella fascia di *royalties* di prezzo più basso, presenterebbero «un limitato livello di innovazione». Tutto il resto non costituirebbe “innovazione”, e pertanto andrebbe apertamente divulgato. La stessa motivazione fa perno

sull'assenza di brevetto, la quale farebbe presagire un modesto contenuto innovativo. Si tratterebbe di «funzioni che possono essere considerate implementazioni di sviluppi che si debbono ad altri, o che sono state anticipate da sviluppi precedenti (dovuti ad altri) o sono solamente estensioni di tecnologie precedenti».

In secondo luogo, per le innovazioni “patented”, la Commissione è arrivata al punto di istigare i concorrenti, con cui la DG Concorrenza collabora in modo molto stretto, a disputare lo stato di originalità e brevettabilità del codice di Microsoft reso disponibile. Ha aggiunto poi critiche anche ai prezzi che la *software house* vorrebbe esigere per l'accesso a questo materiale, in ragione del fatto che tali informazioni servirebbero soltanto «a risolvere problemi specifici a Windows, e non migliorerebbero le funzionalità del sistema operativo del licenziatario». Inoltre, alcune di tali tecnologie sarebbero comparabili ad altre, fornite senza *royalty*.

Persino nel caso dei protocolli che invece la Commissione ritiene effettivamente utili al licenziatario, vi sarebbe «evidenza che vi sono tecnologie comparabili disponibili senza pagare *royalty*».

Perché questa bocciatura senza appello ha rilevanza anche per chi non lavori e non rappresenti l'impresa fondata da Bill Gates?

Per una serie di ragioni. In primo luogo, il sistema vigente di protezione della proprietà intellettuale può piacere o non piacere, ma il fatto che la Commissione ambisca a fare le veci di un ufficio brevetti lascia perplessi. La “brevettabilità” o meno di una innovazione è materia complessa, ed è attualmente variamente gestita nell'ambito delle legislazioni nazionali.

In seconda battuta, è vero che Microsoft deve – per il verdetto del 2004 – rendere disponibili informazioni in modo “ragionevole e non discriminatorio”, ma la DG Concorrenza interpreta ora questa formula in modo diverso: come se “ragionevole” significasse “a prezzo scontato”. Il tema è particolarmente delicato considerato il ruolo primario che assumono i *competitor* della *software house* nel giudizio sull'applicazione della decisione della Commissione. Poiché ne sono i primi beneficiari, quando la Commissione vuole verificare l'efficacia delle proprie disposizioni si rivolge anzitutto ai concorrenti di Microsoft. Sono le aziende *competitor* – e in particolare quelle che seguono più da vicino la vicenda con le autorità, a partire da IBM, Sun e Oracle – che tracciano giudizi, forniscono studi e documenti che la Commissione mette sul tavolo a titolo di “terzietà”, alimentando la polemica. Considerato che i tempi del Tribunale europeo di primo grado sono totalmente incompatibili con un mercato che evolve (quattro anni per la prima decisione sul caso Microsoft), il mercato unico europeo avrebbe bisogno di una Commissione – accusatore e giudice fino a prova contraria delle corti del Lussemburgo – con meno pregiudizi e più volontà negoziale.

La stessa enfasi posta dallo “Statement of Objections” sull'esistenza di tecnologie equivalenti disponibili senza bisogno di pagare *royalties* è perlomeno curiosa.

Sostanzialmente, delle due l'una: o le informazioni che Microsoft (dopo ormai tre anni di intensa discussione con la Commissione) rende disponibili sono effettivamente necessarie ai suoi competitori per non essere ingiustamente penalizzati dalla sua infrastruttura, e allora sono informazioni di valore; oppure le informazioni che a Microsoft è stato richiesto di fornire sono già altrimenti disponibili, si tratta di “segreti industriali” che però hanno un equivalente in applicazioni invece non coperte da segreto, e allora non avrebbe senso pagare per esse.

Se tuttavia – soprattutto nell'ambito delle “innovazioni” presentate da Microsoft come tali ma non tutelate attraverso altro meccanismo che, appunto, il segreto – que-

sto fosse vero, l'unica cosa che si potrebbe dire è che si tratta di una "segretezza" inutile. Un operatore di mercato semplicemente va altrove, prende quella che reputa essere la medesima cosa fornita a costo zero, realizza il proprio potenziale competitivo in quel modo.

È vero che la DG Concorrenza deve ancora "decidere" se quanto l'impresa americana vuole divulgare è "informazione completa" per agevolare l'interoperabilità. Ma concentrando la propria attenzione sui prezzi, esso produce un esito paradossale. Se non c'è innovazione nelle tecnologie necessarie per avere server più "interoperabili", vengono messi in discussione sia il sistema globale di tutela della proprietà intellettuale, sia per certi versi la stessa decisione del 2004.

"Forzare" la proprietà intellettuale di un'impresa può sembrare infatti giustificabile se, per "giocare" all'interno della medesima architettura, bisogna tutti disporre di un tot di conoscenza comune. Senza una chiave non si apre una porta. La duplicazione di quella "chiave" è giustificabile se vi sono "barriere" in termini di conoscenza, per cui altri giocatori che Microsoft non avrebbero potuto sviluppare da sé strumenti per accedere alla sua infrastruttura.

Nondimeno, nel momento in cui si constata che non c'è innovazione, la domanda diventa allora perché si costringa un'impresa a condividere informazioni che non hanno un contenuto di particolare importanza.

E infatti lo "Statement of Objections" è tanto più problematico in quanto ha a che fare con semplici "segreti" e non con "brevetti". La tutela della proprietà intellettuale garantita oggi dai governi nasce sostanzialmente in virtù della necessità di rendere "pubbliche" alcune informazioni. Essa è una tutela limitata nel tempo (dopo un certo periodo le informazioni diventano accessibili a tutti), ed in alcuni casi (pensiamo ai brevetti chimico-farmaceutici) essa serve ad imporre lo scrutinio del regolatore su componenti giudicate potenzialmente pericolose, per ragioni di sicurezza. Immaginando che andare a riscoprire da un prodotto "finito" ciò che lo compone sia di per sé difficoltoso, le aziende potrebbero proteggere ciò che inventano e mettono sul mercato semplicemente non rivelandone gli "ingredienti". Se tali ingredienti vengono comunque forzatamente rivelati ad un terzo, è perché si suppone questo fatto sia motivabile in virtù di un interesse pubblico.

Ma se qualcosa non vanta una protezione pubblica quale "proprietà intellettuale", è semplicemente un segreto aziendale. Se viene "scoperto" da altri in modo autonomo e non illegale (senza cimici, intercettazioni, furti...), non c'è alcun problema. Nel momento in cui un'azienda viene forzata a divulgare un "segreto", si suppone che per farlo possa almeno chiedere quanto le sembra più opportuno. Anche perché i suoi competitori hanno sempre l'alternativa di mettersi di buzzo buono e provare ad "arrivarci da soli".

I prezzi sono l'elemento fondamentale di qualsiasi situazione di concorrenza. È quindi perlomeno curioso che un'agenzia che "DG Concorrenza" si chiama, prenda posizione così radicalmente per il loro sradicamento.

Su un piano più generale, le conclusioni che si possono trarre da questo ultimo atto (ma sicuramente non l'atto finale) dello scontro fra Bruxelles e Microsoft possono essere tre:

- l'idea di tutelare la proprietà intellettuale come "premio" all'innovazione è oggi fondamentale per molti settori, ma è problematica. Lo dimostra proprio nel momento in cui la Commissione ritiene di poter "scoperchiare" della proprietà intellettuale legalmente tutelata, e dire se c'è lì dentro innovazione sufficiente a

meritare tutela. La necessità di garantire la propria IP è stata a lungo parte integrante dei modelli di business di diverse imprese di successo. Ma quel modello di business può “tenere”, se l’enfasi viene posta sulla “proprietà” (cioè, in qualche modo, sui “diritti” vantati dalle singole imprese) e non sulla “innovazione” (cioè un obiettivo da perseguire collettivamente, in quanto socialmente desiderabile). Insistendo sul primo punto, abbiamo un’impalcatura di incentivi che sono sintonizzati sul motivo del profitto: brevetto, per arricchirmi del “ritorno” del brevetto. Insistendo sull’“innovazione”, semplicemente si decide, arbitrariamente, che è nell’interesse della società godere di progressi tecnologici in un ambito o nell’altro. Solo che allora ciò che prima veniva dato ora viene tolto: se per “innovare” ogni tanto i diritti di proprietà intellettuale vanno scassinati, il gioco vale la candela. Al di là di ogni altra, più vasta e pregnante, considerazione, vale la pena a limitarsi a chiedersi: chi decide quando l’innovazione va “spinta” agendo in un senso o nell’altro? Le autorità pubbliche, non c’è altro giudice. Al contrario, più che cosa è “innovazione” conta invece se una innovazione ha valore o meno: ma questo può giudicarlo solo, acquistando sul mercato un certo prodotto, il consumatore.

- i segreti industriali fanno parte del mercato, e sono legittimi. Se la segretissima formula della Coca Cola andasse divulgata per legge, forse le diverse “cola” assomiglierebbero finalmente tutte a quella più famosa, ma si potrebbe davvero giustificare una decisione del genere? I grandi chef pubblicano libri di ricette, ma non sono molto propensi a svelare i trucchi delle loro magie. E i libri di ricette, di solito, si comprano: hanno un prezzo. La strategia di divulgare gratuitamente le informazioni relative al contenuto del proprio prodotto è, appunto, una strategia che come un’altra un operatore economico può scegliere di perseguire. Ma è legittimo costringere tutti a dire tutto, per giunta senza farsi pagare?
- è abbastanza evidente, anche dallo “Statement of Objections”, che le vicissitudini di Microsoft a Bruxelles riguardano non solo la Commissione e la compagnia americana, ma anche un terzo soggetto, di cui non si parla mai: i concorrenti di Microsoft. I quali vogliono avere accesso a determinate informazioni, e per farlo preferiscono non dover pagare. Punto di vista comprensibile, ma è accettabile che lo adotti una istituzione pubblica? Da una parte, la Commissione dà chiaramente l’impressione che c’è una alternativa al successo sul mercato: il ricorso all’intermediazione politica. La DG Concorrenza sostiene che i consumatori ne beneficerebbero, a ragione del maggior numero di competitori che potrebbe accedere e darsi battaglia sull’architettura microsoftiana. Ma guardiamo le cose in prospettiva: se le imprese hanno l’impressione che i soldi investiti in avvocati sono meglio spesi (si va a colpo sicuro) di quelli investiti in ingegneri (che talora non riescono a sviluppare “innovazioni” remunerative), il risultato è una più intensa competizione sui prodotti, che è ciò di cui beneficerebbero i consumatori? O non sarebbe piuttosto una maggiore concorrenza nei ricorsi e nelle lamentele antitrust? Sostenendo che le innovazioni di Microsoft, che vanno divulgate altrimenti non c’è abbastanza competizione, non valgono niente, non si sostiene di fatto un ipotetico diritto al *free riding* da parte dei suoi competitori?

Il 24 Marzo Microsoft ha richiesto l’“aiuto” della Commissione europea nello stabilire le *royalties*. Non vi sono stati commenti dalla DG Concorrenza. Un atteggiamento collaborativo, da parte dell’azienda americana, pare l’unica risposta possibile in una situazione da lungo tempo conflittuale. L’atteggiamento radicale della Commissione è tanto più dimostrato dal fatto che Microsoft stessa, nel momento in cui doveva determinare le proprie tariffe di *royalty*, non ha avuto la possibilità di avere una conversazione

costruttiva con la Commissione. Lo spirito della DG Concorrenza, dopo anni di contrapposizione anche piuttosto violenta, è apertamente ostile e inquisitorio nei confronti dell'azienda. Questo atteggiamento profondamente sbilanciato e di parte porta tuttavia a conseguenze indesiderabili in una logica di scelte pubbliche, poiché tale contrapposizione ha evidenti costi economico-sociali – in termini di indeterminatezza delle regole di mercato, con conseguente fuga di investimenti, e di costi di *litigation* veri e propri – che si potrebbero annullare attraverso una ricerca di soluzioni condivise.

Stiamo parlando di un mercato nel quale esiste un ricco pluralismo dell'offerta, rispetto al sistema Windows: è forte in particolare un'alternativa *open source*, che offre software a prezzi bassi o nulli, guadagnando invece sulla "customizzazione" e sui contratti di manutenzione. Il fatto che vi sia una molteplicità di modelli di business è una garanzia per gli utenti: significa che è possibile scegliere la strada che si preferisce. Se le "royalties" di Microsoft sembrano alte, ci si può affacciare ad un mondo nel quale i programmi di per sé non costano nulla, ed è altro quanto effettivamente si paga. Ma evidentemente questa alternativa non sembra piacere molto ai concorrenti di Microsoft, che non vedono l'ora di mettere le mani sui segreti industriali sviluppati a Redmond, se è vero che anche l'austero *Financial Times* commentava che, nonostante siano necessarie più di 14 ore di volo per andare dalla Silicon Valley a Bruxelles, ogni settimana «l'aeroporto di Bruxelles-Zaventem vomita un piccolo esercito di avvocati, programmatori e manager con gli occhi arrossati» che provengono dalle aziende tecnologiche della West Coast. Poiché l'Antitrust americano non dà spazio ai concorrenti per azioni di *free riding*, i potenti general counsel delle aziende *hi-tech* d'oltreoceano hanno capito che il terreno ideale per uno scontro di questo tipo è proprio l'Unione europea. Che con i suoi casi di alto profilo nel settore, come Microsoft e Qualcomm, nati e alimentati proprio dai concorrenti, vede un coinvolgimento attivo di soggetti terzi decisamente interessati ad armare la mano della DG Concorrenza. Aziende che il quotidiano inglese cita esplicitamente, tra cui «IBM, Oracle, Sun, RealNetworks, Red Hat, Adobe, Broadcom, Texas Instruments».

Non si capisce proprio, dunque, perché la DG Concorrenza voglia imporre uniformità laddove c'è pluralità, differenza e, pertanto, proprio concorrenza. La querelle fra Microsoft e Bruxelles non è ancora finita. Ma gli zelanti "progettisti della competizione" ricordano sempre più dei nostalgici del piano, di cui non si sentiva affatto la mancanza.