

Una multa all'innovazione

di Vincenzo Denicolò

Molti economisti ritengono che il potere di mercato raggiunto da Microsoft sia eccessivo e che per tutelare i consumatori sarebbe opportuno limitarlo, almeno in parte. Ma la decisione del Tribunale di primo grado della Corte europea va ben oltre, e mette nelle mani della Commissione europea e delle autorità antitrust nazionali uno strumento di regolamentazione troppo invasivo. Sulla base della nuova giurisprudenza, ogni impresa in posizione dominante potrebbe essere costretta a mettere le proprie innovazioni a disposizione dei concorrenti.

Molti economisti ritengono che il potere di mercato raggiunto da **Microsoft** sia eccessivo e che per tutelare i consumatori sarebbe opportuno limitarlo, almeno in parte. Ma la decisione del Tribunale di primo grado della Corte europea sul caso va ben oltre, e mette nelle mani della Commissione europea e delle autorità antitrust nazionali uno strumento di regolamentazione troppo invasivo, che rischia di **ostacolare l'innovazione** e danneggiare i consumatori.

Il caso Microsoft tra Europa e Stati Uniti

Il caso riguarda reti costituite da personal computer e da uno o più server, che devono essere in grado di “dialogare” tra loro. **(1)**

I fatti, in breve, sono questi: i concorrenti di Microsoft, a cominciare da Sun Microsystems, chiedono all'impresa di Redmond di svelare i **protocolli di comunicazione** tra sistemi operativi, in modo da poter offrire prodotti che dialoghino coi prodotti Microsoft tanto efficacemente quanto questi tra loro. Microsoft si rifiuta e Sun la denuncia alla Commissione europea, che ordina di rendere disponibili le informazioni richieste a condizioni “ragionevoli e non discriminatorie”. In sostanza, impone a Microsoft una **licenza obbligatoria** dei suoi segreti industriali. Negli **Stati Uniti** la denuncia di Sun sarebbe stata ignorata sulla base di una giurisprudenza pressoché costante. Ma in Europa alcune decisioni della Corte di giustizia, a cominciare dal caso Magill, avevano stabilito che in “circostanze eccezionali” può essere imposto un obbligo di licenza, aprendo uno spiraglio alle richieste di Sun e della Commissione.

Perché un obbligo di condividere le proprie innovazioni coi concorrenti non trova mai previsione negli Stati Uniti, e solo in “circostanze eccezionali” in **Europa**?

Per rispondere è necessario premettere che la tutela della concorrenza e della proprietà intellettuale hanno, o dovrebbero avere, lo stesso obiettivo: garantire agli innovatori un livello di remunerazione appropriato a stimolare l'attività innovativa senza però escludere i consumatori dai benefici delle innovazioni. In una ideale divisione dei compiti, le leggi sulla **proprietà intellettuale** devono assicurare il livello di protezione appropriato per l'innovatore medio, mentre la politica della **concorrenza**, che può adattarsi meglio alle peculiarità di ciascun singolo caso, deve poter intervenire negli episodi di eventuale sovra-remunerazione. Stando così le cose, è evidente che un rimedio radicale come la licenza obbligatoria, che pone nel pubblico dominio un'innovazione ancora tutelata da diritti di proprietà intellettuale, può essere usato solo in circostanze eccezionali, perché diversamente le autorità antitrust si sostituirebbero di fatto al legislatore, stabilendo esse stesse il livello di protezione adeguato – ritenuto prossimo allo zero.

Quali sono le “circostanze eccezionali”

Consapevole del rischio, la **Corte di giustizia** si premura di enunciare criteri stringenti per identificare le “circostanze eccezionali” e garantire che la loro individuazione sia un evento assai

raro: per l'appunto, eccezionale.

Nel **caso Magill**, un editore intende pubblicare, con cadenza settimanale, una guida ai programmi di tre reti televisive irlandesi. Queste rifiutano il consenso, adducendo che l'elenco dei programmi è coperto da diritto d'autore. Ciascuna invece pubblica una guida settimanale ai propri programmi e consente a vari quotidiani di pubblicarne l'elenco, insieme a quello delle altre reti, ma solo per il giorno stesso. La Corte di giustizia osserva che in questo caso la licenza è **indispensabile** per produrre guide televisive, che di conseguenza un rifiuto eliminerebbe ogni competizione da questo mercato, e infine che l'editore intende offrire un **prodotto nuovo** – una guida televisiva settimanale per tutte le tre reti – ovvero un bene che non è presente sul mercato. Queste condizioni, confermate nella giurisprudenza successiva, sono da allora considerate necessarie perché sussista un obbligo di licenza.

Una nuova interpretazione dei test

Si può discutere se i test di **indispensabilità** e del **nuovo prodotto**, come vengono chiamati dagli addetti ai lavori, siano davvero abbastanza restrittivi. Chi scrive non ne è convinto; ma è certo che Microsoft sperava che venissero applicati proprio questi test, ritenendo pacifico che non fossero soddisfatti nel caso in questione. Ma proprio sul terreno che le sembrava più favorevole, Microsoft è stata sonoramente battuta: il Tribunale di primo grado, infatti, ha sì applicato quei test; ne ha però dato una nuova interpretazione.

Per cominciare, secondo il Tribunale la licenza non deve essere indispensabile per competere sul mercato, ma per competere **sullo stesso piano** dell'impresa dominante. Di conseguenza, non è più necessario che il rifiuto elimini del tutto la concorrenza, cosa che infatti non sembra essere avvenuta nel mercato dei sistemi operativi per server, ma solo che ci sia il **rischio** che possa essere eliminata in un qualche futuro. Inoltre, il Tribunale ritiene che un qualunque grado, sia pur minimo, di **differenziazione** del prodotto sia sufficiente a soddisfare il test del nuovo prodotto, anzi basta la sola possibilità che tale minima differenziazione sia realizzata in futuro.

Insomma, i criteri applicati dalla Corte di giustizia nel caso Magill sono stati svuotati di contenuto, al punto che sulla base della nuova giurisprudenza ogni impresa in posizione dominante potrebbe essere costretta a mettere le proprie innovazioni a disposizione dei concorrenti. È facile stilare l'elenco dei prossimi possibili bersagli: Apple, Ibm, Qualcomm, Intel. Un elenco che ricalca pericolosamente quello delle **imprese più innovative** nei rispettivi settori.

(1) Vi è un altro aspetto della decisione, che riguarda Windows Media Player, di cui qui non ci occupiamo e che comunque è destinato ad avere conseguenze più limitate.