



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E MANAGEMENT

PROVA FINALE

**"IL CASO MICROSOFT – INTERNET EXPLORER
ALLA LUCE DELLA NORMATIVA EUROPEA"**

RELATORE:

CH.MO PROF. LAURENCE KLESTA

LAUREANDO: LEONARDO DARIN

MATRICOLA N. 1043358

ANNO ACCADEMICO 2014 – 2015

Sommario

1. Premessa

2. Il caso Internet Explorer alla luce dell'art. 102 TFUE

2.1. *Il quadro normativo*

2.2. *Il caso Internet Explorer: dall'apertura all'adozione degli impegni*

2.3. *Il contenuto degli impegni*

3. Il problema dell'efficacia dei provvedimenti in materia di concorrenza

3.1. *La situazione europea*

3.2. *Un breve confronto con la normativa statunitense*

4. La procedura sanzionatoria per il mancato rispetto degli impegni

4.1. *La procedura della Commissione Europea*

4.2. *L'esistenza di spazi per azioni di risarcimento del danno*

5. Aspetti critici della controversia relativa ad Internet Explorer

5.1. *Una procedura poco convincente e tardiva?*

5.2. *L'evoluzione del mercato dei browser dal 2009 ad oggi*

6. Bibliografia

7. Normativa e giurisprudenza

1. Premessa

Il tema centrale della prova finale è la controversia tra Commissione Europea e Microsoft Corporation relativa alla vendita abbinata dei sistemi operativi Windows e del browser Internet Explorer. Ai sensi della normativa europea in materia di concorrenza, che trova le sue origini nel Trattato di Roma che ha istituito la Comunità Economica Europea, detta vendita abbinata costituisce un abuso di posizione dominante, vietato dall'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

A causa dell'enorme potere detenuto da Microsoft sul mercato dei sistemi operativi, il caso ha avuto una rilevante influenza sulle scelte di utilizzo dei browser di quasi tutti i numerosissimi utenti europei della rete Internet (sono rimasti esclusi solo i possessori di PC con sistema operativo Mac o Linux, che, come si vedrà in seguito, costituiscono un'esigua minoranza). Nella prima parte della prova, dopo una breve presentazione dei principali istituti della normativa europea in materia di concorrenza, si ripercorreranno, in ordine cronologico le tappe della controversia fino all'accordo raggiunto tra Microsoft e la Commissione destinato a risolvere il caso e aumentare l'informazione nei confronti dei consumatori.

La seconda parte, di carattere teorico, è incentrata sul problema dell'efficacia dei provvedimenti giuridici, e fa particolare riferimento alle conseguenze, sia nel campo del diritto pubblico che in quello del diritto privato, delle decisioni assunte dalla Commissione Europea e dalle competenti Autorità Nazionali in materia di concorrenza.

Nella terza parte si tornerà sul caso Internet Explorer, descrivendo la procedura svolta dalla Commissione Europea, per sanzionare Microsoft in quanto non ha rispettato gli impegni resi obbligatori dalla precedente decisione della Commissione.

Nel capitolo conclusivo si proverà a valutare l'opportunità dei provvedimenti della Commissione relativi a questo caso sulla base degli effetti che hanno portato ai consumatori, tenendo conto dello scenario di mercato e del fatto che il mondo dell'informatica e della tecnologia è soggetto a rapidi e spesso improvvisi cambiamenti.

2. Il caso Internet Explorer alla luce dell'art. 102 TFUE

2.1. Il quadro normativo

Nel sistema giuridico dell'Unione Europea le disposizioni in materia di concorrenza trovano la loro fonte nel Trattato di Roma che ha istituito la Comunità Economica Europea: dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, esso è diventato il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in seguito TFUE) e il nucleo del diritto antitrust si trova agli articoli 101, 102 e 107 di detto Trattato. Prima del Trattato di Lisbona le disposizioni si trovavano rispettivamente agli articoli 81, 82 e 87 del Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea. Questi articoli disciplinano le fattispecie rilevanti ai fini della regolamentazione della concorrenza: l'art. 101 riguarda gli accordi tra imprese, l'art. 102 riguarda l'abuso di posizione dominante sul mercato, mentre l'art. 107 si occupa degli aiuti illegittimi (alcuni sono legittimi) che gli Stati dell'Unione concedono alle imprese.

La disciplina di queste tre fattispecie è poi precisata da una serie di regolamenti emanati dal Consiglio e dalla Commissione, riguardanti la procedura, i diritti delle imprese e i contratti tra imprese per i quali gli artt. 101-102 TFUE non sono applicabili. Ai fini del presente lavoro, sarà spesso richiamato il Regolamento (CE) del Consiglio num. 1/2003, emanato il 16 dicembre 2002, che contiene le disposizioni di attuazione degli artt. 101 – 102 TFUE.

Infine bisogna segnalare una quarta fattispecie in materia di concorrenza disciplinata dal Regolamento 139/2004 del 20 gennaio 2004, in materia di fusioni e concentrazioni tra imprese.

Esaminando l'art. 101 TFUE, si legge che sono vietati tutti gli accordi, le decisioni di associazioni e le pratiche concordate in grado di limitare la concorrenza: pertanto, per configurare una violazione di questa norma, devono parteciparvi almeno due imprese distinte e provviste di autonomia decisionale. Il concetto di impresa è inteso in senso molto ampio, senza alcun riferimento alla personalità giuridica ed agli istituti di diritto commerciale e tributario: la giurisprudenza della Corte di Giustizia le definisce come "organizzazioni di persone e beni con uno scopo economico di lungo periodo, che hanno la capacità di contribuire ad una violazione". Possono rientrare nella definizione di impresa, ad esempio, un intero gruppo industriale, un'associazione di categoria, un ente pubblico coinvolto in attività commerciali. Dal punto di vista economico, i cartelli sono sanzionati in quanto, limitando la produzione ed aumentando i prezzi di vendita, si crea un trasferimento di risorse dai consumatori alle imprese partecipanti al cartello e, inoltre, una perdita di benessere per tutta la collettività in quanto alcuni consumatori rinunciano definitivamente ad acquistare il prodotto.

Gli accordi e pratiche concordate possono essere conclusi in qualsiasi forma, anche tramite contatti informali in cui avvenga lo scambio di informazioni riservate, e devono avere effetti diretti, prevedibili e sostanziali sul mercato di riferimento. Pertanto non è necessario che un certo accordo tra due imprese provochi un effettivo aumento dei prezzi, ma è sufficiente che l'accordo sia stato concluso ed in condizioni normali provochi un aumento dei prezzi. La normativa prevede che la pratica venga sanzionata anche se l'accordo di cartello non viene poi implementato dai partecipanti.

La fattispecie di cui all'art. 102 TFUE, nella quale rientra il caso Internet Explorer, è invece rivolta ad una singola impresa (e quindi anche ad un gruppo in cui le sussidiarie siano obbligate a seguire le direttive che arrivano dalla capogruppo) e riguarda gli abusi di posizione dominante sul mercato. Questo articolo non considera illecito il fatto che un'impresa detenga una vasta quota del mercato in cui opera, ma le vieta la facoltà di sfruttare la sua posizione per danneggiare altre imprese e i consumatori, in quanto questo comportamento distorce il mercato e riduce il benessere sociale ancor più di una semplice posizione di monopolio. In base alla sentenza C-26/76 del 25 ottobre 1977, si può parlare di posizione dominante quando un'impresa può "agire in misura rilevante senza dover tenere conto della condotta dei suoi concorrenti": non si tratta quindi di un concetto assoluto (ad esempio: possedere una quota di mercato pari al 70 %), ma la fattispecie va valutata caso per caso in relazione alla struttura del mercato in cui l'impresa opera. L'art. 102 TFUE propone alcuni esempi di condotte vietate perché considerate abuso di posizione dominante; si tratta tuttavia di un elenco non esaustivo in quanto, nella qualificazione della fattispecie, prevalgono i criteri interpretativi emanati dalla giurisprudenza.

Si riporta di seguito il testo integrale dell'art. 102 TFUE:

"E' incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- α) nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
- β) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- χ) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- δ) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri*

contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi."

Per quanto riguarda l'applicazione delle normative in materia di concorrenza l'art. 105 TFUE ha investito la Commissione Europea, titolare del potere esecutivo dell'Unione Europea, di tutti i poteri amministrativi di indagine, accertamento, prevenzione e repressione delle violazioni. L'esercizio dei suddetti poteri avviene tramite l'emissione di decisioni, che hanno la natura di provvedimenti amministrativi direttamente vincolanti per le imprese destinatarie. In alcuni casi la Commissione, sempre mediante decisione, può archiviare il procedimento, se non ravvisa violazioni della disciplina antitrust, oppure dichiarare la sua inapplicabilità al caso specifico, perché l'accordo tra imprese migliora la produzione, la distribuzione di beni e servizi e, più in generale, comporta un progresso tecnico ed economico, ai sensi del terzo comma art. 101 TFUE.

Un'altra particolare tipologia di decisioni, che sarà esaminata in seguito in quanto è stata adottata nel caso Microsoft – Internet Explorer, è quella relativa agli impegni proposti dalle imprese coinvolte in una procedura per violazione degli art. 101 -102 TFUE, che produce effetti giuridici del tutto particolari.

Le decisioni della Commissione Europea possono essere impugnate da parte delle imprese destinatarie innanzi al Tribunale dell'Unione Europea, le cui sentenze sono ulteriormente appellabili, ma solo per questioni di diritto, presso la Corte di Giustizia.

2.2. Il caso Internet Explorer: dall'apertura all'adozione degli impegni

Il caso Internet Explorer trova le sue radici nella complessa controversia tra Microsoft e la Commissione Europea (caso numero 37792), aperta nel 1998 e conclusasi con decisione del 2004, che ha avuto per oggetto l'accertamento di una violazione dell'art. 102 TFUE da parte di Microsoft in quanto:

- a) non metteva a disposizione dei concorrenti le informazioni necessarie ad elaborare software per garantire il funzionamento di reti locali di PC con differenti sistemi operativi;
- b) forniva il sistema operativo Windows unitamente al lettore di file audio Windows Media Player.

Il fatto di cui al punto (b) presenta molte analogie con quello del caso Internet Explorer, infatti proprio la conclusione del caso 37792 ha dato origine ad un precedente giurisprudenziale che ha consentito l'apertura del caso in esame. Pertanto in seguito saranno trattati, in modo sintetico, solo gli aspetti del caso 37792 rilevanti ai fini della qualificazione del procedimento in esame.

La Commissione Europea, mentre indagava sull'interoperabilità dei PC con diversi sistemi operativi all'interno di una rete locale, a seguito della denuncia di Sun Microsystem Inc., contestò a Microsoft la vendita abbinata del sistema operativo Windows e del lettore di file audio Windows Media Player, quale violazione dell'art. 102 TFUE. Al termine dell'istruttoria, la Commissione emanò la decisione C(2004)900 del 24 maggio 2004 e accertò che entrambe le condotte sotto esame costituivano violazioni dell'art. 102 TFUE, pertanto ordinava la tempestiva cessazione delle violazioni ed imponeva il pagamento di una sanzione pecuniaria. Microsoft impugnava la decisione di fronte al Tribunale dell'Unione Europea, il quale con sentenza T-201/04 del 17 settembre 2007, confermava la violazione della normativa sulla concorrenza, con alcune modifiche solamente nelle modalità di riparazione della violazione di cui al punto a.

Relativamente al punto b, nelle motivazioni della Decisione (paragrafo 794), la Commissione elenca i criteri, confermati dal Tribunale nei paragrafi 842 e seguenti della sentenza T-201/04 e infine codificati dalla Commissione nella Comunicazione 2009/C 45/02 pubblicata in GUUE il 24 febbraio 2009, la cui presenza simultanea trasforma una generica vendita abbinata di due prodotti in una violazione dell'art. 102 TFUE:

- a) il prodotto principale ed il prodotto abbinato sono due prodotti distinti;
- b) l'impresa interessata detiene una posizione dominante sul mercato del prodotto principale
- c) l'impresa non offre la possibilità ai clienti di ottenere il prodotto principale senza il prodotto abbinato

d) la vendita abbinata limita la concorrenza

In una delle difese formulate nell'impugnazione della decisione C(2004) 900 avanti il Tribunale dell'Unione Europea, Microsoft chiedeva al giudice di valutare se i quattro criteri che qualificano una vendita abbinata siano conformi al testo dell'art. 102 TFUE, in particolare alla lettera d, che parla di “prestazioni accessorie”. Il Tribunale respinge la difesa di Microsoft, affermando che i quattro criteri costituiscono solamente una specificazione con utilità pratica di quanto disposto nell'art. 102 TFUE, comma 2, lettera d. In ogni caso, siccome le pratiche di abuso di posizione dominante enumerate nell'art. 102 hanno solamente carattere esemplificativo, il Tribunale conclude che la violazione posta in essere da Microsoft riguarda l'art. 102 nel suo complesso.

In conclusione, Commissione Europea ed il Tribunale arrivarono alla conclusione che la vendita abbinata di Windows e Windows Media Player era caratterizzata dalla presenza di tutti i quattro requisiti sopracitati, pertanto costituiva una condotta vietata dall'art. 102 TFUE e, per l'effetto, la Commissione ordinò a Microsoft di offrire ai clienti, entro 90 giorni dalla notifica della decisione, una versione del sistema operativo Windows priva del software Windows Media Player.

A seguito della pubblicazione della sentenza T-201/04 del 17 settembre 2007, passata in giudicato in quanto non impugnata presso la Corte di Giustizia, il 13 dicembre 2007 l'azienda norvegese Opera Software ASA, produttore del browser per la navigazione in Internet su PC Opera, denuncia formalmente alla Commissione Europea le numerose analogie tra il caso Windows Media Player e l'inclusione del browser Internet Explorer in tutte le versioni del sistema operativo Windows commercializzate da Microsoft. Opera, in qualità di concorrente di Internet Explorer, concludeva che la vendita abbinata di Windows ed Internet Explorer danneggia la concorrenza tra i browser ed impedisce loro di competere sul mercato ad armi pari.

Una volta ricevuta la segnalazione, la Commissione Europea procede, in data 21 dicembre 2007, all'apertura di un'indagine sul caso. L'indagine della Commissione si conclude il 14 gennaio 2009 con la stesura della Lettera di Contestazione degli addebiti, che sarà notificata a Microsoft il giorno successivo e costituisce una valutazione preliminare ai sensi dell'art. 9 del Regolamento 1/2003. Nella Lettera, la Commissione contesta a Microsoft che la vendita del sistema operativo Windows unitamente al browser Internet Explorer risponde a tutti i quattro criteri individuati dalla sentenza T-201/04, pertanto manifesta l'intenzione di adottare una decisione che accerti la violazione dell'art. 102 TFUE, che conterrà l'ordine di far cessare la condotta vietata e l'irrogazione di una congrua sanzione e chiede a Microsoft di presentare le sue deduzioni difensive, di cui la Commissione dovrà tenere conto nell'adozione del

provvedimento finale.

Di seguito si presentano le valutazioni operate dalla Commissione Europea, a sostegno della tesi secondo cui la vendita abbinata del sistema operativo Windows e del browser Internet Explorer costituisce una violazione dell'art. 102 TFUE in materia di abuso di posizione dominante.

La Commissione richiama i quattro requisiti formulati dalla sentenza T-201/04 e da essa ribaditi nella Comunicazione del 24 febbraio 2009: se la vendita in esame è conforme a tutti i requisiti, allora bisogna concludere che costituisce una violazione dell'art. 102. In seguito i 4 requisiti saranno esaminati separatamente.

a) Prodotto principale e prodotto abbinato sono distinti

Per verificare se i sistemi operativi ed i browser siano prodotti distinti, bisogna verificare se essi appartengono a due mercati differenti. La risposta fornita dalla Commissione è positiva, in quanto questi due tipi di software soddisfano due bisogni molto diversi: il sistema operativo risponde alla necessità di coordinare il funzionamento delle componenti hardware e consentire al consumatore di utilizzare effettivamente il PC su cui è installato (un PC senza sistema operativo è del tutto inutilizzabile); mentre il browser serve per visualizzare le pagine web e navigare da una pagina all'altra attraverso i collegamenti ipertestuali, compiendo una serie di passaggi tecnici (traduzione dell'URL in un indirizzo IP, invio e ricezione di dati secondo il protocollo HTTP, ricezione del codice HTML e sua traduzione in formato comprensibile all'utente) che trasformano impulsi elettrici in testo ed immagini.

I due prodotti sono distribuiti attraverso canali indipendenti, sono pubblicizzati in maniera distinta e i loro aggiornamenti sono distribuiti separatamente. Inoltre i browser vengono immessi sul mercato da imprese che non si occupano minimamente di sistemi operativi e, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria, questo fattore è molto rilevante per affermare che i prodotti in esame appartengono a mercati distinti. Dal punto di vista economico sistemi operativi e browser non sono né perfetti sostituti, né perfettamente complementari: logicamente, per poter utilizzare un browser è necessario avere un sistema operativo, ma è teoricamente possibile che un PC con sistema operativo installato sia privo di browser, ad esempio perché è utilizzato in aree geografiche prive di connessione ad Internet. Un altro aspetto a supporto della tesi della Commissione è il fatto che i consumatori non avvertono l'esigenza di acquistare un sistema operativo unitamente ad un browser e non sono disposti a pagare di più per acquistare un pacchetto che abbinati i due prodotti.

b) Microsoft detiene una posizione dominante sul mercato del prodotto legante

Il mercato dei sistemi operativi è occupato da solamente tre attori: Microsoft, Apple e Linux ed è caratterizzato da elevate barriere all'entrata dovute agli altissimi costi di sviluppo che dovrebbero sostenere i potenziali entranti. E' assolutamente pacifica, e non contestata dall'impresa, la presenza di una posizione dominante in capo a Microsoft: nel 2009 essa deteneva una quota di mercato dei sistemi operativi per PC pari al 90 %, che rimane costante nel tempo. Per quanto riguarda gli altri attori, la quota di Apple in questo mercato è vicina al 7 %, tuttavia i sistemi operativi Mac OS sono installati, per scelta aziendale, solo sui PC prodotti da Apple stessa e non sono venduti separatamente. Il sistema Linux, infine, ha una quota di mercato vicina al 1,5 %. A causa di questo notevole squilibrio nelle quote di mercato, può affermarsi che la posizione di Microsoft nel mercato dei sistemi operativi è molto simile a quella di un monopolista.

c) Non è possibile ottenere il prodotto principale senza il prodotto legato

Il sistema operativo Windows contiene al suo interno alcuni programmi accessori che consentono all'utente di sfruttare alcune funzionalità di base senza installare software di terze parti (per fare un esempio: il programma di videoscrittura WordPad, il software di disegno Paint, una serie di giochi) e, per scelta di Microsoft non possono essere separati da Windows. Fin dal 1997 Internet Explorer è distribuito insieme a Windows, come software accessorio; gli utilizzatori finali e gli Original Equipment Manufacturer di PC sono liberi di installare browser aggiuntivi e di scegliere quale browser impostare come predefinito, ma non hanno alcuna possibilità di rimuovere né disattivare il browser di casa Microsoft.

d) La vendita abbinata riduce la concorrenza

Sulla base delle ricerche di mercato condotte dalla Commissione Europea a supporto del procedimento in esame, sono emerse tre situazioni problematiche che costituiscono una limitazione della concorrenza e dell'innovazione nel mercato dei browser ed in altri mercati connessi all'informatica.

Il primo problema, il più evidente, riguarda tutti i consumatori. Infatti la maggioranza degli utilizzatori finali di apparecchiature informatiche accolgono con favore le impostazioni predefinite dal produttore e non le modificano affatto. L'inerzia del consumatore è un comportamento che favorisce Internet Explorer e danneggia i suoi concorrenti: i potenziali

utilizzatori di browser concorrenti sono poco informati, non avvertono il bisogno di scaricare un nuovo browser, nonostante tutti i prodotti siano gratuiti, perché trovano a disposizione un software funzionante in grado di soddisfare le loro esigenze. Proprio a causa dell'inclusione in Windows e dell'inerzia degli utilizzatori, la sua quota di mercato fino al 2007 era vicina al 70 %, nonostante il prodotto non fosse tra i migliori disponibili sul mercato, come sarà spiegato nel paragrafo conclusivo. Inoltre Microsoft, forte della posizione dominante del suo browser, non si preoccupava di adeguare velocemente il prodotto ad un contesto, quello di Internet, in costante cambiamento: la versione 6 è stata rilasciata nel 2001, la versione 7 nel 2006 e la versione 8 nel 2009.

La seconda limitazione della concorrenza, riguarda il mercato legato alla creazione ed allo sviluppo di pagine web. Attraverso la vendita abbinata, Microsoft, essendo il proprietario della “chiave” più utilizzata per l'accesso al Web, si garantiva un ruolo di primo piano nelle relazioni con gli sviluppatori di siti web. Pertanto accadeva che, per realizzare un buon sito e renderlo accessibile alla maggior parte degli utenti, lo si sviluppava in modo tale che fosse compatibile con Internet Explorer: solo in questo modo, tenendo conto della vendita abbinata con Windows, si poteva garantire la potenziale visualizzazione da parte di un numero di persone più ampio possibile senza problemi tecnici di compatibilità.

La terza conseguenza della grande diffusione di Internet Explorer, è legata alle applicazioni *web-based*, : si tratta di server sul web che offrono funzioni simili a quelle offerte da applicativi presenti su computer non connessi ad Internet, con il vantaggio che il lavoro è memorizzato in remoto, senza occupare spazio sul disco rigido, ed è accessibile da qualsiasi computer collegato ad Internet. I requisiti necessari per utilizzare queste applicazioni sono solamente il possesso di un collegamento ad Internet ed un browser funzionante: non è importante il sistema operativo da cui si accede, visto che nessun dato viene memorizzato in via permanente sul disco rigido del computer dell'utilizzatore. Gli sviluppatori di applicazioni *web-based* trovano quindi un mercato molto ampio, potendo potenzialmente raggiungere tutti i computer e, di recente, tutti i cellulari collegati ad Internet. A parere della Commissione, Microsoft si è sentito minacciato dallo sviluppo di questo tipo di applicazioni compatibili con qualsiasi PC e, pertanto, il mantenimento artificioso di un'elevata quota di mercato in capo ad Internet Explorer, che assume il ruolo di “porta principale” per l'accesso ai software online, consentiva a Microsoft di avere un'influenza rilevante su questo nuovo mercato.

In conclusione, poiché i quattro requisiti elaborati dalla giurisprudenza e dalla prassi della Commissione sono stati soddisfatti, si deve ritenere che la vendita abbinata del sistema operativo Windows e del browser Internet Explorer costituisce una violazione dell'art. 102 TFUE.

Ritornando alla cronologia del caso Internet Explorer, dopo la ricezione della Lettera di Contestazione, Microsoft inviò alla Commissione le proprie deduzioni difensive in data 28 aprile 2009. La Commissione prese atto delle osservazioni presentate e completò la Contestazione degli Addebiti con lettera inviata a Microsoft il 24 luglio 2009. In seguito l'azienda, probabilmente consapevole della gravità della violazione e delle conseguenze negative cui sarebbe andata incontro (pagamento di una fortissima sanzione, che avrebbe potuto raggiungere il limite massimo del 10 % del fatturato annuo) ha deciso di avvalersi dell'istituto di cui all'art. 9 del Regolamento 1/2003. In base a questa disposizione, l'impresa che abbia ricevuto una valutazione preliminare della Commissione per violazione degli art. 101 – 102 TFUE, può proporre alla Commissione degli impegni in grado di far cessare le violazioni alla normativa europea sulla concorrenza, senza la necessità di emettere un provvedimento sanzionatorio.

La Lettera di Contestazione notificata a Microsoft dalla Commissione Europea il 14 gennaio 2009, e successivamente integrata in data 24 luglio 2009, costituisce una valutazione preliminare ai sensi dell'art. 9, in quanto contiene la descrizione dei fatti rilevanti emersi durante l'indagine e la loro qualificazione come indizi di violazione degli articoli 101 – 102 TFUE, pertanto legittima Microsoft a formulare una proposta di impegno. Gli impegni devono essere redatti dall'impresa che ha ricevuto la valutazione preliminare e devono essere coerenti con l'obiettivo di porre fine alla violazione in corso di accertamento e di superare i rilevi contestati dalla Commissione nella valutazione preliminare. Con riferimento al caso in esame, Microsoft inviò alla Commissione, in data 7 ottobre 2009 una proposta di impegni.

Dopo che la Commissione riceve la proposta di impegni, dà quindi avvio ad una procedura di consultazione aperta a soggetti esterni, conosciuta come *market test*, finalizzata a verificare se la proposta è effettivamente in grado di rimediare alle distorsioni del mercato in esame e a far cessare la violazione degli art. 101 – 102 TFUE valutata, -si ripete- in modo non ancora definitivo, dalla Commissione Europea. Quindi, in base alle disposizioni dell'art. 27, comma 4 del Regolamento 1/2003, il giorno 9 ottobre 2009, la Commissione ha pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea un avviso al pubblico contenente una sintesi dei fatti oggetto della procedura, degli impegni proposti dall'impresa coinvolta e l'invito ad eventuali controparti interessate a formulare le proprie osservazioni entro il termine di trenta giorni.

Nel frattempo, la Commissione è tenuta a valutare se gli impegni proposti sono effettivamente in grado di rimediare alle violazioni contestate e di aumentare la concorrenza nel mercato coinvolto. Se la valutazione ha esito positivo si compiono i successivi passaggi che porteranno a trasformare la proposta di impegni formulata dall'impresa interessata in un obbligo giuridico legalmente vincolante all'interno dell'intera Unione Europea, il cui mancato

rispetto comporta l'applicazione di sanzioni a carico dell'impresa. Altrimenti, gli impegni proposti verranno archiviati e la procedura di indagine prosegue regolarmente fino all'eventuale emissione della decisione di irrogazione delle sanzioni.

Nel caso Internet Explorer, la valutazione della Commissione è stata positiva in quanto la proposta contiene una soluzione tecnica molto specifica che consente di vincere l'inerzia e la diffidenza dei consumatori a cambiare browser senza danneggiare altre parti. Inoltre, la Commissione ha valutato che non esistono altre soluzioni ugualmente efficaci ma meno onerose, pertanto, in data 23 ottobre 2009 è stata notificata al denunciante, Opera Software, l'intenzione della Commissione di adottare una decisione che rendesse vincolanti gli impegni e di non proseguire con le indagini. Questa comunicazione è prevista dall'art. 7 comma 1 del Regolamento 773/2004.

Scaduto il termine di trenta giorni per la presentazione di osservazioni e deduzioni, esse sono state poste all'attenzione di Microsoft che ha emendato gli impegni proposti, modificando alcuni dettagli che potevano, a giudizio dei Opera e dei 19 controinteressati (la cui identità non è stata pubblicata dalla Commissione), influenzare le scelte degli utilizzatori di Windows a vantaggio di Microsoft. La versione definitiva della proposta di impegno è stata consegnata da Microsoft alla Commissione Europea in data 1 dicembre 2009 e infine, dopo il parere positivo del Comitato Consultivo (previsto dall'art. 7 Reg. 1/2003) e del Consigliere Auditore, che valuta se il diritto di difesa dell'impresa interessata sia stato rispettato dalla Commissione nel corso dell'indagine, si giunge all'emissione della decisione C(2009) 10033 del 16 dicembre 2009.

Questa decisione non ha risolto definitivamente la questione presentata nel paragrafo precedente, perché, come afferma Pera (2011), sulla base di quanto disposto dall'art. 9 comma 1 del Reg. 1/2003, quando la Commissione adotta una decisione in materia di impegni, nella stessa sede archivia l'indagine senza pronunciarsi nel merito delle accuse: essa dichiara che “il suo intervento non è più giustificato”, in quanto l'eventuale violazione è destinata a cessare, e quindi non accerta giuridicamente l'esistenza dell'abuso.

2.3. Il contenuto degli impegni

Con la pubblicazione e notifica della richiamata decisione, Microsoft è stata obbligata dalla Commissione Europea a mettere in pratica gli impegni proposti da essa e successivamente emendati in alcuni punti a seguito delle comunicazioni pervenute da Opera Software e dai terzi interessati. Le prescrizioni, che dovevano essere osservate per un periodo di cinque anni dall'emanazione della decisione, quindi dal 16 dicembre 2009 al 16 dicembre 2014, hanno il

duplice obiettivo di far cessare la vendita congiunta di Windows ed Internet Explorer e di ripristinare la libertà di scelta del consumatore, anche se la vendita è già avvenuta, per aumentare la concorrenza nel mercato dei browser e, di riflesso, l'innovazione nel mondo legato ad Internet. Gli impegni si articolano in tre punti fondamentali.

Innanzitutto le nuove versioni del sistema operativo più recente, Windows 7, saranno dotate di una funzione che permette di disattivare in via permanente il browser Internet Explorer. L'utente finale avrà la possibilità di accedere al Pannello di Controllo e, togliendo il segno di spunta all'apposita casella "Internet Explorer", scompariranno dal PC tutti i riferimenti a questo browser. Gli OEM che in fase di assemblaggio sceglieranno di disattivare Internet Explorer, attraverso un apposita procedura messa a disposizione da Microsoft, ma analoga a quella appena descritta, potranno installare nei loro prodotti un altro browser disponibile sul mercato, concludendo accordi commerciali con i relativi sviluppatori. Quindi, gli utenti dei PC così configurati avranno a disposizione solamente il browser prescelto dall'OEM e non due browser. In questo modo Microsoft risolve, per il futuro, il problema dell'impossibilità tecnica e commerciale di ottenere il prodotto principale senza il prodotto legato. Bisogna sottolineare che, quando Internet Explorer è inattivo, esso rimane comunque memorizzato sul disco fisso del computer poiché la rimozione totale dei file avrebbe richiesto una modifica radicale della struttura dei sistemi Windows e consente una rapida riattivazione del browser da parte dell'utente. Infatti gli utilizzatori possono rimettere il segno di spunta ed Internet Explorer diventerà subito utilizzabile senza dover attendere un nuovo processo di installazione. In ogni caso, se Internet Explorer è stato disattivato, Windows non mostrerà all'utente finale nessun invito ad installare o riattivare il browser.

Il secondo punto degli impegni è di natura commerciale e riguarda i delicati rapporti tra Microsoft e gli OEM. Da questo punto di vista, Microsoft è un interlocutore obbligato nei confronti degli OEM, visto che quasi il 100 % dei PC messi in commercio dagli assemblatori ha il sistema operativo Windows e non ci sono prodotti sostitutivi (a differenza di quello che accade nei mercati dei microprocessori e delle schede grafiche per PC, dove le quote di mercato sono divise, rispettivamente, tra le imprese Intel - AMD ed ATI - NVidia). Per garantire la libertà di scelta del browser da parte degli OEM, Microsoft non applicherà sconti speciali a quelli che scelgono Internet Explorer, né maggiorazioni di prezzo e ritorsioni di qualsiasi tipo a chi conclude accordi con produttori di altri browser o sviluppa in proprio un nuovo browser.

Il terzo punto degli impegni, ma il più importante, perché ha riguardato direttamente tutti gli utilizzatori europei di Windows, è un sistema per vincere l'inerzia dell'utente finale che trova già a disposizione Internet Explorer e lo utilizza senza rendersi conto dell'esistenza di

software alternativi e, anche se conosce le altre opzioni, non sente la necessità di provarle. Questo sistema, chiamato "Schermata di Scelta del Browser" è un aggiornamento dei sistemi operativi Windows XP, Vista e 7, che doveva essere messo a disposizione da Microsoft agli utenti dopo 13 settimane dall'adozione della decisione, quindi dal 17 marzo 2010. Come tutti gli aggiornamenti al sistema operativo, è stato distribuito attraverso la piattaforma Windows Update, che scarica automaticamente da Internet i pacchetti di aggiornamento rilasciati da Microsoft e li installa nel computer.

L'aggiornamento in questione era ad alta priorità, pertanto si installava in modo automatico su tutti i PC connessi ad Internet, senza possibilità di scelta da parte dell'utente finale di non procedere al suo download, ed al termine della sua installazione, appariva una finestra che in poche righe informava l'utente dell'esistenza di diversi browser e dell'importanza di fare una scelta su quale utilizzare (vedi figura 1). Se l'utente chiudeva la finestra essa riappariva ai successivi avvii del computer ed in ogni caso era accessibile in qualsiasi momento attraverso un'icona posta sul desktop.

Invece, se l'utente era collegato ad Internet e premeva il tasto avanti, si apriva una nuova finestra che metteva a confronto i diversi browser disponibili sul mercato. Questa finestra era divisa in sezioni, ognuna dedicata ad un diverso browser, con il relativo brand e il nome commerciale, una brevissima descrizione dello stesso e due collegamenti ipertestuali: uno rinvitava ad una pagina web contenente maggiori informazioni sul prodotto, l'altro serviva ad attivare il download e l'installazione del nuovo software. I browser erano collocati sulle sezioni in ordine casuale, per non influenzare la libera scelta del consumatore, tuttavia esigenze di spazio e di contemperamento degli interessi commerciali hanno portato alla scelta di mostrare sulla schermata principale i cinque browser più diffusi sul mercato, poi scorrendo l'apposita barra orizzontale o con le frecce della tastiera si potevano vedere gli altri sette browser con quote di mercato residuali. Chiaramente non erano mostrati nella schermata i browser obsoleti e non più disponibili sul mercato, né quelli non interessati ad essere inclusi per scelta del loro sviluppatore (vedi figura 2).

Le quote di mercato di ciascun browser, necessarie per definire se ed in quale posizione (tra i primi cinque o tra i restanti sette) avevano diritto ad essere inclusi nella schermata, erano definite da Microsoft ogni semestre, facendo la media delle percentuali mensili di utilizzo rilevate da tre database ufficiali (ComScore, NetApplications e StatCounter). I calcoli semestrali dovevano essere inviati da Microsoft alla Commissione Europea per i necessari controlli prima di procedere all'aggiornamento della schermata con i dati rilevati.

In accoglimento delle osservazioni presentate dalla maggioranza delle terze parti durante la procedura di approvazione degli impegni, la schermata di scelta del browser non conteneva

nessun riferimento ad Internet Explorer ed alle sue componenti (in particolare, barra del menu e del titolo, frecce di avanti e indietro) per non influenzare i consumatori che stavano per compiere la scelta, bensì appariva in un ambiente neutro e contenente solo le indicazioni appena descritte.

I costi di sviluppo della schermata erano interamente a carico di Microsoft che non poteva esigere nessun compenso dagli sviluppatori dei browser inclusi nella schermata.

L'ultimo punto degli impegni pone a carico di Microsoft obblighi di informazione nei confronti del pubblico e della Commissione Europea. Le informazioni nei confronti dei consumatori erano pubblicate su un apposito sito web (www.browserchoice.eu, attualmente disattivato per scadenza degli impegni), che assisteva gli utenti nel processo di scelta del browser e forniva maggiori informazioni. Microsoft doveva infine trasmettere alla Commissione Europea delle relazioni periodiche, la prima dopo sei mesi e poi ogni mese di dicembre, sullo stato di avanzamento dell'adozione degli impegni assunti, sulla difficoltà riscontrate e sul comportamento degli utenti finali dopo la ricezione dell'aggiornamento con la Scelta del Browser.

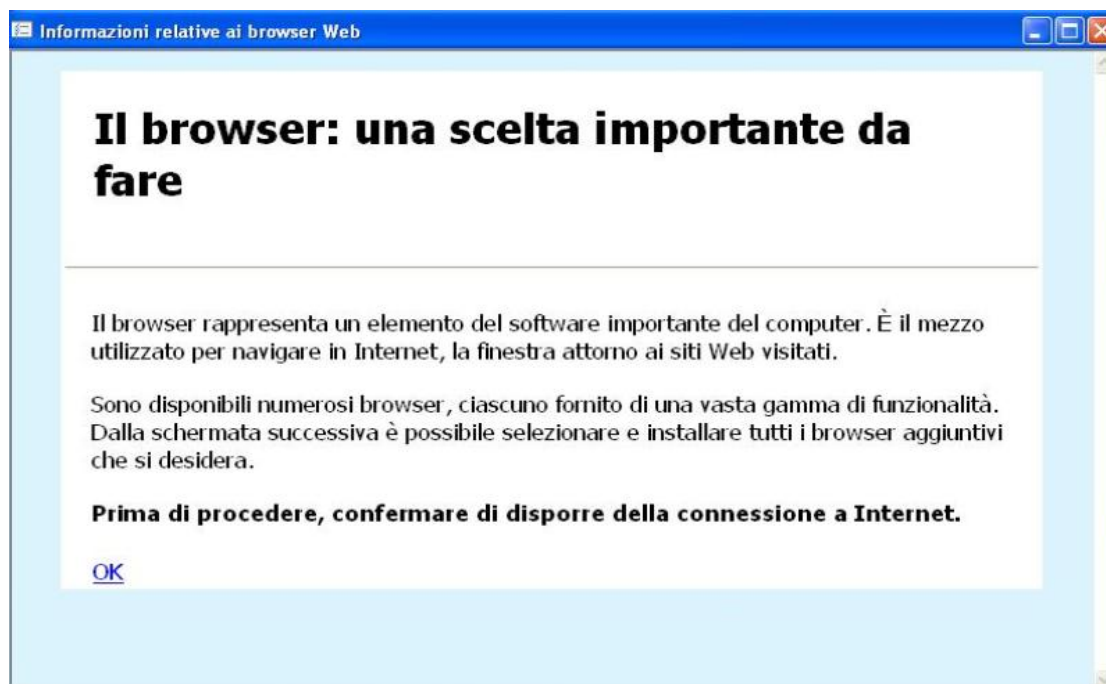


Figura 1: La Schermata di Scelta del Browser - Pagina iniziale



Figura 2: La Schermata di Scelta del Browser - seconda pagina

3. Il problema dell'efficacia dei provvedimenti in materia di concorrenza

3.1. La situazione europea

In tutte le procedure di carattere giuridico si manifesta la necessità di porre in esecuzione il cosiddetto “giudicato”: una volta che il giudice, o l'autorità competente, ha accertato in modo conforme alle disposizioni normative la situazione posta alla sua attenzione, e questa non è più appellabile, è necessario che il soggetto soccombente sia obbligato a tenere la condotta prescritta nel provvedimento di condanna. Per fare degli esempi, quando il giudice civile accerta l'inadempimento di una obbligazione pecuniaria, è necessario che l'autorità pubblica obblighi il debitore a pagare quanto dovuto al legittimo creditore, anche contro la sua volontà. Nel diritto penale, una volta che il giudice ha accertato che un determinato soggetto è responsabile di un reato e quantificato la pena, è necessario che il condannato sia assicurato alla giustizia e sia detenuto in carcere per il tempo indicato nella sentenza.

Nelle procedure di diritto pubblico, tra le quali rientrano anche i procedimenti per violazione della normativa in materia di concorrenza, si presenta spesso un duplice profilo di responsabilità del soggetto che ha commesso la violazione: nei confronti dell'autorità pubblica e nei confronti di eventuali soggetti privati che abbiano subito un pregiudizio dalla condotta abusiva.

La responsabilità nei confronti dell'autorità pubblica è solitamente di tipo sanzionatorio: il responsabile deve pagare al soggetto competente una somma di denaro, commisurata alla gravità dell'infrazione, che ha la funzione di danneggiare il soggetto che ha violato la disposizione e dissuaderlo dal violare la legge un'altra volta. La somma incamerata dall'autorità pubblica non è destinata a finanziare le eventuali attività poste in essere dall'autorità per ripristinare le conseguenze negative della condotta violata, ma è destinata prima a coprire le spese degli uffici che svolgono le attività di accertamento delle violazioni, poi a finanziare le spese generali in favore della collettività.

Se la condotta abusiva ha creato un pregiudizio diretto a soggetti privati o pubblici, allora costoro avranno diritto al risarcimento del danno che avverrà secondo gli schemi tipici del diritto privato, tipicamente nel pagamento in favore dei danneggiati della somma monetaria necessaria a riparare il torto subito.

Si presenta di seguito un semplice esempio pratico per inquadrare l'argomento, prima di fare le dovute analogie con la disciplina antitrust. Se un automobilista attraversa un incrocio nonostante il semaforo emetta la luce rossa, gli organi di polizia eventualmente presenti attiveranno una procedura per obbligare il trasgressore al pagamento di una sanzione

pecuniaria a favore dell'ente pubblico competente. Se lo stesso automobilista, passando con il semaforo rosso, investe un'altra autovettura ed, uscendo di strada, fa cadere il lampione dell'illuminazione pubblica, sarà destinato a pagare la stessa sanzione pecuniaria per violazione del codice della strada (sanzione di diritto pubblico). In aggiunta, dovrà corrispondere al proprietario dell'auto danneggiata e al gestore della strada le somme necessarie a riparare, rispettivamente, l'autovettura e l'apparato di illuminazione (sanzione di diritto privato).

In relazione alle violazioni delle disposizioni in materia di concorrenza, nella tradizione giuridica europea è predominante l'intervento di autorità pubbliche, che agiscono secondo schemi pubblicistici ed amministrativi. Le autorità nazionali competenti in materia di concorrenza e la Commissione Europea hanno infatti il potere di irrogare sanzioni pecuniarie per dissuadere i trasgressori da una nuova violazione e, se la violazione continua ad avere luogo, di ordinare la cessazione delle condotte abusive.

In questa sede, i soggetti privati hanno scarsa rilevanza: ad essi è riservato il potere di denuncia presso la Commissione Europea, o presso le autorità nazionali competenti; in seguito le autorità si attiveranno per raccogliere tutti gli indizi attraverso accessi presso le imprese coinvolte e richieste di informazioni e documenti. Durante l'indagine, le imprese coinvolte dovranno collaborare con gli agenti della Commissione Europea che richiedono le informazioni, altrimenti, ai sensi dell'art. 23 comma 1 del Reg. 1/2003, subiranno l'irrogazione di una sanzione pecuniaria che può raggiungere l'1 % del fatturato annuale dell'impresa. Nonostante il rifiuto dell'impresa, gli accessi e le acquisizioni di documenti presso l'impresa avranno luogo in maniera coattiva, con l'assistenza delle autorità antitrust, ma soprattutto delle autorità giudiziarie e delle forze di polizia degli stati membri.

Terminata la fase di accertamento delle violazioni, la Commissione Europea può adottare decisioni contenenti l'imposizione dell'obbligo di far cessare una determinata condotta o di adottare un determinato comportamento per porre rimedio alla violazione. Questo obbligo si scontra tuttavia con l'impossibilità di porre in esecuzione coattiva, da parte della pubblica autorità, dei cosiddetti obblighi di fare infungibili. Infatti, il comportamento di fare o non fare prescritto dalla decisione della Commissione presuppone l'esercizio di un potere decisionale e discrezionale in capo ai dirigenti dell'impresa che ha subito la condanna, e nessun altro soggetto può legittimamente sostituirsi ai dirigenti ed assumere le decisioni che a loro spetterebbero.

L'ordinamento ha istituito una modalità di esecuzione indiretta degli obblighi imposti dalla Commissione Europea, tramite l'irrogazione di speciali sanzioni pecuniarie, denominate penalità di mora, da determinarsi sempre mediante decisioni della Commissione Europea. Ai

sensi dell'art. 24 del Reg. 1/2003, la Commissione ha il potere di irrogare alle imprese delle penalità, che possono raggiungere il limite del 5 % del fatturato giornaliero, direttamente proporzionali ai giorni di ritardo nell'adempimento degli obblighi di:

- far cessare una violazione degli art. 101 – 102 TFUE
- rispettare le misure cautelari imposte con decisione ai sensi dell'art. 8 Reg. 1/2003
- rispettare gli impegni resi vincolanti ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/2003
- fornire in modo completo e preciso le informazioni richieste dalla Commissione
- sottoporsi alle indagine ordinate dalla Commissione.

L'importo definitivo delle penalità di mora viene liquidato solo dopo che l'obbligo è stato effettivamente adempiuto dalle imprese destinatarie.

Sulla base di questa disposizione, le imprese inadempienti, obbligate a pagare una somma di denaro che è destinata ad aumentare sempre di più man mano che si protrae il ritardo nell'adempimento degli obblighi di *facere* a vario titolo imposti dalla Commissione, vengono costrette a dare esecuzione il prima possibile ai provvedimenti loro imposti.

Ai sensi dell'art. 299 TFUE, tutte le decisioni della Commissione Europea che recano condanna al pagamento di una somma di denaro (quindi anche le decisioni relative a sanzioni e penalità di mora in materia di concorrenza) e sono destinate a soggetti diversi dagli Stati membri, costituiscono titolo esecutivo valido in tutti gli Stati dell'Unione Europea. Pertanto, in caso di inadempimento dell'obbligazione pecuniaria, la Commissione Europea può richiedere alla competente autorità dello Stato in cui opera l'impresa inadempiente (che per l'Italia è il Ministro degli Esteri) l'apposizione della speciale formula esecutiva sul titolo di provenienza europea ed avviare l'esecuzione forzata in conformità alle norme di procedura civile in vigore nello Stato membro in questione.

Il carattere sanzionatorio e non riparatorio delle sanzioni e delle penalità irrogate dalla Commissione Europea è sottolineato dal fatto che le somme riscosse dalla Commissione Europea a seguito di questi procedimenti sanzionatori confluiscono nel bilancio dell'Unione Europea e vanno a ridurre l'ammontare dei trasferimenti a carico degli stati membri stabiliti in sede di adozione legislativa del budget settennale.

Come già anticipato nel paragrafo introduttivo, la violazione degli artt. 101 – 102 TFUE provoca un pregiudizio diretto ai soggetti privati, che possono rivolgersi ai giudici nazionali per ottenere la liquidazione ed il risarcimento dei danni subiti.

Ci si può chiedere quali siano i danni patiti dai soggetti privati a seguito di una violazione della normativa in esame: la scienza economica è in grado di rispondere in modo agevole. Come afferma Pardolesi (2009), in tutti i mercati in cui è presente un certo grado di potere monopolistico, si verifica un danno in capo ai consumatori e alla collettività, denominato

“perdita di efficienza”. L'aumento dei prezzi che si verifica a seguito di un cartello comporta, rispetto allo scenario di un mercato concorrenziale, due conseguenze. La prima conseguenza è un trasferimento di ricchezza dai consumatori alle imprese, in quanto i consumatori acquisteranno i beni ad un prezzo più elevato e la differenza tra prezzo e costo marginale costituirà un profitto per l'impresa. La seconda conseguenza è una perdita secca di benessere per tutto il sistema economico, perché l'aumento del prezzo del bene interessato dal cartello riduce la domanda di mercato, in quanto alcuni consumatori non sono più disposti ad acquistare il bene e rimarranno insoddisfatti.

Pertanto, in linea teorica, come conseguenza di un procedimento amministrativo di accertamento di una violazione degli art. 101 – 102 TFUE, oltre all'imposizione di sanzioni, le imprese coinvolte dovrebbero essere coinvolte in una grande quantità di procedimenti giudiziari in sede civile, in cui i clienti ed i potenziali clienti dell'impresa chiedono al giudice la liquidazione e la condanna al risarcimento del danno subito, da calcolarsi secondo i principi della microeconomia.

Gli articoli di Pardolesi (2009) e Gerber (2009) sostengono però che nel contesto europeo questo fenomeno non si verifica, per motivi sociali e culturali. I cittadini europei a fatica avvertono la sensazione di essere stati danneggiati da un cartello o da un abuso di posizione dominante, e non ritengono opportuno rivolgersi ad un consulente legale per tutelare i loro diritti. In ogni caso, l'azione giudiziaria richiederebbe complesse attività di indagine ad opera di consulenti specializzati e, siccome il danno è parcellizzato tra una moltitudine di soggetti, i consumatori danneggiati dovrebbero coalizzarsi per promuovere azioni collettive. Per questo motivo, talvolta, le azioni di risarcimento del danno hanno inizio grazie alla mediazione delle associazioni dei consumatori, ma comunque suscitano scarso interesse da parte del pubblico, che non è disposto ad essere coinvolto in lunghi contenziosi dall'esito incerto. Inoltre, nonostante le decisioni delle autorità nazionali in materia di concorrenza e della Commissione Europea siano pubblicate nei rispettivi siti Internet ufficiali, la stampa generalista rilancia solamente le notizie riguardanti casi molto gravi o relativi ad imprese molto conosciute presso il grande pubblico.

Secondo Gerber, la prevalenza della tutela antitrust di stampo amministrativo provoca altresì la specializzazione dei giuristi e degli avvocati in attività difensive nei confronti della normativa antitrust, che avviene solitamente attraverso la contestazione dei provvedimenti amministrativi di fronte al giudice competente. Manca invece un'approfondita pratica del diritto antitrust ai fini di raccogliere le prove e dimostrare ai giudici la sussistenza di una violazione, ma anche al fine di consigliare le imprese che operano nei mercati europei i comportamenti da adottare per evitare di essere coinvolti in procedure sanzionatorie per

violazione del diritto antitrust.

Nonostante la mancanza di un orientamento culturale verso le azioni di diritto privato in materia di concorrenza, la legislazione comunitaria attualmente in vigore prevede la possibilità per i soggetti privati di promuovere di fronte ai giudici nazionali azioni di risarcimento del danno subito dalla restrizione della concorrenza. Al riguardo, Pardolesi 2009 sostiene che l'Europa si è mossa con incertezza per molti anni, e solo di recente sono stati forniti agli operatori del diritto gli strumenti necessari per promuovere azioni di risarcimento. Fin dalla loro entrata in vigore, gli artt. 101 – 102 TFUE sono stati ritenuti direttamente applicabili in tutta la Comunità Europea, senza necessità di norme complementari, e quindi anche nei rapporti tra privati. La Commissione Europea, fin dal 1973 ha affermato che le azioni di diritto privato erano necessarie a completare il quadro di riferimento in materia di concorrenza, ma vi era una sostanziale incertezza su quali fossero i soggetti legittimati ad agire.

La situazione è stata sbloccata prima dalla giurisprudenza, con la sentenza della Corte di Giustizia C-453/99 del 20 settembre 2001 relativa alla controversia tra Courage Ltd e Bernard Crehan, che ha sancito il diritto del contraente che ha subito un pregiudizio dalla controparte responsabile di una violazione degli artt. 101 – 102 TFUE a chiedere il risarcimento del danno.

In seguito, il più volte citato Regolamento 1/2003, ha affermato il ruolo dei giudici nazionali e ha fornito gli strumenti per poter raccogliere le prove della violazione e condannare le imprese responsabili al risarcimento. In particolare, il Considerando 7 del Regolamento afferma testualmente: “Le giurisdizioni nazionali [...] tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra privati [...] accordando risarcimenti alle parti danneggiate (e) svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza”. Quanto agli strumenti forniti al potere giudiziario, bisogna citare l'art. 16 comma 1, il quale afferma che i giudici nazionali che esaminano pratiche ai sensi degli artt. 101 – 102 TFUE che si sono già concluse con decisione della Commissione, non possono emettere provvedimenti che siano in contrasto con la decisione europea.

Ai sensi del citato articolo, le azioni giudiziarie promosse dai privati nella maggioranza dei casi si fondano su decisioni della Commissione Europea già divenute definitive: il provvedimento amministrativo è considerato dal giudice civile come prova del fatto illecito, di conseguenza il giudice, con la consulenza di economisti ed esperti in materia di concorrenza, quantifica il danno patito dai privati e condanna l'impresa responsabile al risarcimento. Per le ragioni descritte da Gerber, è molto raro che i privati promuovano azioni giudiziarie in assenza di un precedente provvedimento amministrativo vincolante, chiedendo

al giudice civile sia l'accertamento della violazione della normativa antitrust che il risarcimento del danno.

Nonostante le innovazioni legislative introdotte dal Reg. 1/2003, una ricerca del 2007, citata da Pardolesi, afferma che nel periodo 2004 – 2007, sono state proposte solamente 179 azioni antitrust nel complesso dei 27 paesi dell'Unione Europea, e che gli oggetti del contenzioso sono ristretti a poche materie: distribuzione di autoveicoli, distribuzione di carburanti e lubrificanti nelle stazioni di servizio, richieste di risarcimento del danno a seguito dei casi Vitamine ed Assicurazioni.

A causa della scarsa efficacia del sistema di *private enforcement* appena descritto, il quadro legislativo sta per cambiare nuovamente, in quanto in data 26 novembre 2014 è stata promulgata la direttiva europea 2014/104/EU relativa alle azioni di danno antitrust. Essa obbliga gli stati membri a modificare entro il 27 dicembre 2016 la legislazione interna in materia di concorrenza e di procedura civile, per facilitare le azioni giudiziarie di risarcimento del danno.

Di seguito si elencano le innovazioni più rilevanti contenute nella direttiva. Innanzitutto, anche i provvedimenti delle Autorità Nazionali in materia antitrust, al pari di quelli della Commissione Europea, costituiranno una piena prova per il giudice civile della stessa nazione dell'autorità emittente, ed un rilevante indizio per i giudici degli altri Stati dell'Unione. Poi, si introduce la possibilità dei privati di ottenere un ordine giudiziale di consegna di documenti rilevanti in possesso delle imprese, da contemperare con il diritto al segreto industriale e commerciale. La direttiva stabilisce chiari termini di prescrizione per l'azione di risarcimento del danno: un anno dall'emissione di una decisione definitiva dalle competenti autorità nazionali e cinque anni dalla scoperta del danno. Infine la direttiva introduce nell'ordinamento la presunzione che la presenza di un cartello provoca un danno e stabilisce l'entità del danno risarcibile (lucro cessante e perdita emergente), con particolare riferimento ai soggetti posti su diversi livelli della catena distributiva di un determinato prodotto.

3.2. Un breve confronto con la normativa statunitense

Prima di tornare a descrivere le conseguenze del caso Microsoft – Internet Explorer, si presenta di seguito un breve confronto tra il contesto applicativo della normativa in materia di concorrenza negli Stati Uniti e quello europeo, appena descritto.

La politica della concorrenza statunitense è disciplinata fundamentalmente dallo *Sherman Act*, emanato nel lontano 1890, che costituisce il primo atto normativo in materia antitrust. Esso è stato emanato al termine della guerra di secessione, per limitare il potere delle prime industrie

di grandi dimensioni che avevano tutto l'interesse ad evitare la competizione con imprese di dimensioni più piccole che poteva portare ad una situazione di sovrapproduzione e di crollo dei prezzi di vendita.

Sulla base della descrizione di Gerber (2009), i privati giocano un ruolo fondamentale nella repressione degli illeciti in materia di concorrenza, in quanto il legislatore ritiene che l'azione della pubblica autorità sia inefficace nell'applicare le leggi in materia di concorrenza e riesca ad ottenere pochi risultati concreti. In base allo *Sherman Act*, i privati hanno un forte incentivo ad avviare un'azione giudiziaria in materia antitrust perchè, se la loro domanda è fondata, essi possono beneficiare di un risarcimento pari al triplo del danno che hanno subito. Le azioni di diritto privato cumulano pertanto la funzione riparatoria con quella sanzionatoria: con questo meccanismo, il giudice condanna le imprese al pagamento di una vera e propria sanzione privata (pari al doppio del danno effettivamente subito dai privati) che sarà incassata dagli attori come ricompensa per aver scoperto l'esistenza di un illecito e promosso la relativa azione di repressione. I privati hanno inoltre il potere di raccogliere, attraverso la mediazione del giudice, una grande quantità informazioni sulla controparte nel corso di una lite, che potranno essere utilizzate in successive azioni giudiziarie.

Le azioni di diritto privato in materia di concorrenza hanno successo anche grazie al contesto sociale che approva le liti tra privati ed imprese e ritiene ragionevole sopportare i rilevanti costi connessi. Non bisogna dimenticare inoltre l'attività svolta degli studi legali, che, riuniti in potenti associazioni di categoria, influenzano il potere politico ed incoraggiano i privati a promuovere contenziosi.

In questo sistema, il ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto vivente in materia antitrust è giocato dai tribunali, piuttosto che dalle autorità amministrative: tuttavia i tribunali operano in maniera decentrata e quindi possono dare vita a pronunce contraddittorie e a differenti interpretazioni, creando una situazione di incertezza. Anche per questo motivo, le imprese operanti negli Stati Uniti si avvalgono spesso della preziosa consulenza di legali ed economisti esperti in materia di concorrenza. Grazie a questi consulenti, le imprese possono ottenere un parere preventivo sui propri piani strategici e capire se le azioni pianificate espongono le imprese al rischio di essere coinvolte in contenziosi legali per violazione dello *Sherman Act*.

Bisogna tuttavia sottolineare che un determinato sistema di applicazione della normativa antitrust non può essere lasciato completamente nelle mani dei privati, o, in alternativa, della pubblica autorità, ma deve essere trovato un equilibrio tra le due componenti, in modo da combinare i vantaggi dei due sistemi e ridurre il più possibile gli effetti collaterali. E' per questo motivo che, negli Stati Uniti, esistono due soggetti di natura pubblico-amministrativa

competenti in materia di concorrenza: il Department of Justice, controllato dal governo federale, e la Federal Trade Commission, controllata dal Congresso. La differenza tra questi due enti e le autorità antitrust di stampo europeo è che le autorità statunitensi non hanno il potere di sanzionare le imprese, ma semplicemente quello di adire il giudice civile, come se fossero un privato, e presentare le proprie richieste di accertamento di una violazione.

4. La procedura sanzionatoria per il mancato rispetto degli impegni

4.1. La procedura della Commissione Europea

Dopo aver presentato gli effetti giuridici di una violazione della normativa antitrust, è il momento di tornare al caso Internet Explorer, in quanto Microsoft, per un certo periodo, non ha ottemperato agli impegni divenuti obbligatori mediante la decisione C(2009) 10033 del 16 dicembre 2009.

L'aggiornamento per PC denominato "Scelta del Browser" è stato rilasciato agli utilizzatori di Windows XP, Vista e 7 con qualche settimana di anticipo, rispetto al termine previsto dagli impegni, precisamente il 23 febbraio 2010. In conformità agli impegni, Microsoft provvedeva ad inviare ogni anno alla Commissione Europea dei report dettagliati sullo stato di attuazione degli obblighi assunti. Nel report inviato il 16 dicembre 2011, Microsoft dichiarava che la distribuzione della schermata di scelta del browser era stata completata in data 15 maggio 2010, relativamente ai PC abitualmente connessi ad Internet dall'inizio dell'anno 2010. La distribuzione dell'aggiornamento proseguiva regolarmente sui nuovi PC e su quelli che venivano connessi ad Internet dopo un lungo periodo di inutilizzo.

Purtroppo, il contenuto della lettera inviata da Microsoft alla Commissione non era veritiero. La non veridicità del contenuto fu scoperta da Google Inc., concorrente di Microsoft sul mercato dei browser con il suo prodotto Google Chrome, che, nel mese di maggio 2012, acquistò una serie di PC con sistema operativo Windows 7 in cinque differenti stati dell'Unione Europea. Google si accorse che la schermata di scelta del browser non appariva sul PC neppure dopo alcune settimane di utilizzo regolare dello stesso.

Il fatto fu denunciato da Google alla Commissione Europea con una lettera inviata in data 17 giugno 2012, la quale riaprì il caso Internet Explorer ed avviò le dovute indagini. La Commissione, ricevuta la denuncia, convocò Microsoft ad un'assemblea in data 22 giugno 2012 per informare la controparte dei fatti indicati da Google. Secondo le informazioni ufficiali, solamente in questa sede Microsoft si accorse di quanto denunciato da Google, ed avviò immediatamente le indagini interne per scoprire il problema.

Il 4 luglio 2012 Microsoft inviava una lettera alla Commissione in cui riconosceva che la schermata di Scelta del Browser non era stata distribuita agli utilizzatori dei PC venduti dagli OEM e da questi equipaggiati con Windows 7 Service Pack 1, che erano stati immessi sul mercato a partire dal mese di maggio 2011.

Microsoft inviò alla commissione una seconda lettera in data 12 luglio 2012 in cui riconosceva che la mancata installazione della Scelta del Browser nei PC con Windows 7

Service Pack 1 costituiva un inadempimento agli impegni assunti con la decisione. Microsoft dichiarava che le obbligazioni assunte con decisione del 16 dicembre 2009 erano chiare e prive di ogni tipo di ambiguità, e, nonostante gli sforzi profusi da tutta l'azienda, non sono state rispettate. Di conseguenza, il 16 luglio 2012, la Commissione Europea decide di riaprire il procedimento, in base a quanto disposto dall'art. 9 comma 2 lettera b del Reg. 1/2003.

Nel frattempo Microsoft, per attenuare le conseguenze negative dell'inadempimento iniziò immediatamente ad attuare due iniziative. Innanzitutto diede avvio ad un'indagine interna con l'ausilio della società di consulenza Dechert LLP, al termine della quale compose un report dettagliato sulle cause e le circostanze dell'inadempimento. Il report fu inviato alla Commissione in data 30 agosto 2012.

Nel report Microsoft e Dechert rendono noto che, prima del rilascio del Service Pack 1 Microsoft aveva programmato di aggiornare il software “Scelta del Browser”, per consentire alla funzione Windows Update di scaricarlo automaticamente ed installarlo anche sui nuovi computer con Windows 7 Service Pack 1. Per una serie di problemi di carattere organizzativo, l'aggiornamento del codice della schermata di Scelta del Browser non ebbe luogo, pertanto Windows Update non procedeva all'installazione automatica del software, come prescritto dalla Commissione Europea, nei PC con Windows 7 Service Pack 1.

In particolare, l'aggiornamento non ebbe luogo perché non ci fu una chiara comunicazione tra i vertici aziendali e gli ingegneri competenti sulla necessità di rinnovare il codice del software di scelta del browser prima del rilascio del Service Pack 1. Inoltre ci fu un errore umano, dovuto probabilmente alla sostituzione del responsabile del rilascio del Service Pack 1. Il nuovo responsabile, consultando un archivio informatico contenente le componenti del Service Pack 1, ha ritenuto erroneamente che la Scelta del Browser fosse stata inclusa nel Service Pack 1, e non ritenne necessario procedere ad ulteriori modifiche al software.

Sulla base delle verifiche effettuate da Microsoft e dal consulente esterno, la mancata installazione dell'aggiornamento riguardò circa 30 milioni di PC con Windows 7 Service Pack 1 ed Internet Explorer attivo, coinvolgendo circa 15 milioni di utenti.

La seconda iniziativa di Microsoft fu l'immediata riparazione del problema: l'azienda si attivò immediatamente per modificare il codice del software, e già in data 3 luglio 2012 iniziò a mettere a disposizione agli utenti del sistema operativo oggetto dell'inadempimento la schermata di Scelta del Browser. La distribuzione dell'aggiornamento ebbe termine il 16 luglio 2012 e in seguito Microsoft informò la Commissione Europea che il problema era stato risolto con una lettera inviata il 28 luglio 2012.

Una volta ottenuta piena consapevolezza delle circostanze del mancato rispetto degli impegni, in data 24 ottobre 2012 la Commissione invia a Microsoft la lettera di Contestazione degli

Addebiti, alla quale Microsoft rispose in data 2 dicembre 2012, dopo aver avuto pieno accesso agli atti del procedimento.

Dopo un ultimo scambio epistolare in cui la Commissione chiedeva a Microsoft ulteriori chiarimenti, si giunge in data 6 marzo 2013 all'adozione della decisione in esame, finalizzata a sanzionare il mancato rispetto degli impegni.

La decisione del 6 marzo 2013 è finalizzata a sanzionare il comportamento omissivo e costringere l'azienda ad ottemperare ai propri obblighi. Come spiegato nei paragrafi precedenti, il potere coercitivo viene adottato mediante l'irrogazione di penali di mora, previste dall'art. 24 Reg. 1/2003 il cui importo è direttamente proporzionale al numero di giorni in cui perdura l'inadempimento. Nel caso in esame non è stata necessaria l'irrogazione della penalità di mora, perché il comportamento omissivo era cessato, con il rilascio della schermata di Scelta del Browser anche agli utenti con Windows 7 Service Pack 1, pochi giorni dopo l'apertura dell'istruttoria, chiaramente prima che versione definitiva della decisione fosse adottata e pubblicata dalla Commissione.

Nel caso in esame il provvedimento ha quindi funzione esclusivamente sanzionatoria, e trova il suo presupposto nell'art. 23 comma 2 lettera c del Reg. 1/2003, il quale testualmente afferma:

“La commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese [...]quando, intenzionalmente o per negligenza:

[...]

c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9”.

La decisione presentata ha notevole importanza, in quanto si tratta della prima decisione sanzionatoria per mancato rispetto degli impegni adottata nella storia della Commissione Europea.

Di seguito si presenta la qualificazione dei vari aspetti della violazione, in termini di durata, gravità ed elemento soggettivo operata dalla Commissione e le eccezioni formulate da Microsoft a sua difesa.

Il presupposto della sanzione è la qualificazione del comportamento tenuto da Microsoft come una violazione degli impegni assunti in seguito alla decisione del 16 dicembre 2009, e l'aderenza della condotta alla fattispecie prevista dell'art. 23 Reg. 1/2003. Il punto, chiaramente essenziale ai fini della determinazione della sanzione, è pacifico e non è stato contestato dall'impresa, che ha riconosciuto il proprio inadempimento immediatamente, nella lettera inviata alla Commissione il 12 luglio 2012.

In relazione alla durata della violazione, essa è facilmente determinabile nell'intervallo di tempo in cui erano presenti sul mercato PC con Windows 7 Service Pack 1 sui quali il

software di scelta del browser non si installava in modo automatico. Detto intervallo di tempo ha avuto inizio da uno a tre mesi, necessari per l'effettiva immissione sul mercato dei prodotti assemblati, dopo che Microsoft ha consegnato agli OEM il Service Pack 1 (22 febbraio 2011) ed è terminato il 16 luglio 2012, con la risoluzione del problema software. Essendo incerta l'effettiva data di inizio dell'inadempimento, la Commissione Europea l'ha determinata nel 17 maggio 2011, applicando il principio di maggior favore. La durata dell'inadempimento è stata quindi convenzionalmente determinata in 14 mesi: confrontando questo periodo con la durata complessiva della disponibilità del software di Scelta del Browser, pari a 4 anni e 39 settimane, si vede facilmente che Microsoft ha violato gli impegni per più del 20 % dell'intervallo di tempo previsto dalla decisione. Pertanto, a giudizio della Commissione, la durata della violazione è stata molto rilevante e di questo deve essere tenuto conto nella quantificazione della sanzione. A tale proposito Microsoft ha proposto un'estensione di 15 mesi della durata della distribuzione della Scelta del Browser, ma è la proposta è stata respinta dalla Commissione, in quanto non pertinente: la proposta di Microsoft può far aumentare la concorrenza nel mercato dei browser per gli anni 2015 - 2016, ma non ripara la potenziale riduzione di concorrenza avvenuta nel secondo semestre del 2011 e nel primo semestre del 2012.

In seguito la Commissione esprime il proprio giudizio sulla gravità del fatto. Per valutare la gravità bisogna considerare la notevole importanza dell'istituto giuridico degli impegni ex art. 9 Reg. 1/2003, destinato a risolvere con maggiore rapidità, grazie all'accordo delle imprese interessate, i procedimenti per violazione degli artt. 101 – 102 TFUE. Con l'applicazione dell'art. 9 non c'è la necessità, da parte della Commissione, di raccogliere una grande quantità di indizi e prove, e si prevencono le impugnazioni da parte delle imprese. Il mancato rispetto degli impegni costituisce pertanto una grave violazione della disciplina in materia di concorrenza, perché vanifica gli sforzi compiuti dalla Commissione per valutare e far cessare il comportamento vietato. Relativamente al caso Internet Explorer, bisogna considerare che l'impegno relativo al software di Scelta del Browser era il più rilevante dei tre impegni previsti dalla decisione del 2009, in quanto aveva effetto direttamente sugli utilizzatori finali per vincere la loro scarsa conoscenza del mercato e la loro propensione ad utilizzare il browser preinstallato.

Microsoft, nelle sue osservazioni cercò di sminuire la gravità del suo comportamento, affermando che, nonostante nel periodo compreso tra maggio 2011 e luglio 2012 siano stati privati del software di Scelta del Browser circa 30 milioni di PC, detto software è stato installato su 160 milioni di PC. Inoltre la quota di mercato di Internet Explorer ha iniziato a scendere dall'inizio dell'adozione degli impegni, e il trend di discesa è proseguito anche nel

periodo di mancato rispetto degli impegni, pertanto l'impatto sul mercato è stato poco significativo. La Commissione, richiamando la sentenza del Tribunale dell'Unione Europea nel caso T-332/09 del 12 dicembre 2012, respinge l'obiezione sostenendo che, se da un lato il mancato rispetto degli impegni provoca anche effetti negativi sul mercato, la violazione assume automaticamente una gravità elevata, dall'altro lato l'assenza di conseguenze sul mercato non può costituire un'attenuante.

Relativamente all'elemento soggettivo della violazione, la Commissione, alla luce della copiosa documentazione prodotta da Microsoft e dal report commissionato da Microsoft a Dechert LLP, ritiene che la violazione è stata causata dalla negligenza di Microsoft. La Commissione sottolinea i problemi organizzativi, la mancanza di chiare responsabilità in capo ai dipendenti, l'assenza di procedure di controllo qualità finale prima del rilascio del software e la scarsa attenzione prestata ai reclami della clientela.

In seguito la Commissione valuta l'esistenza di circostanze attenuanti. Tra queste rientra certamente la risposta veloce e molto dettagliata di Microsoft alle segnalazioni della Commissione, che ha facilitato l'attività istruttoria. Secondo Microsoft, costituiscono inoltre circostanze attenuanti la negligenza, il veloce rimedio al problema tecnico, che ha consentito in tempi rapidi di continuare a rispettare gli impegni e la soluzione dei problemi organizzativi. Le istanze di Microsoft sono state integralmente respinte: secondo la normativa in materia di concorrenza, la negligenza non è una circostanza attenuante e la violazione non costituisce un errore scusabile, viste le dimensioni dell'azienda, l'esperienza tecnica, l'esperienza in materia di concorrenza e gli obblighi di trasmissione di report annuali.

La pronta risoluzione del problema è invece una circostanza attenuante solo in presenza di casi eccezionali, che non sussistono affatto, poiché il ripristino del software costituisce il semplice adempimento degli obblighi previsti dalla decisione del 16 dicembre 2009. Infine, le modifiche operate alla struttura organizzativa di Microsoft sono un aspetto positivo ma non possono cambiare la violazione avvenuta nel passato, inoltre la Commissione non è in grado di valutare l'efficacia della nuova struttura.

Alla luce di tutte queste considerazioni, la Commissione Europea, tenendo conto del fatturato di Microsoft nell'esercizio luglio 2011 – giugno 2012, pari a 73,7 miliardi di dollari, liquida la sanzione in 561 milioni di Euro, pari al 1,02 % del fatturato di riferimento.

4.2. L'esistenza di spazi per azioni di risarcimento del danno

Dopo aver analizzato le due fasi della procedura amministrativa relativa al caso Internet Explorer, è legittimo chiedersi se eventuali soggetti privati che hanno subito un pregiudizio

diretto dalla vendita abbinata del sistema operativo Windows e del browser Internet Explorer hanno posto in essere azioni giudiziarie per tutelare i propri diritti.

In generale, come è già stato spiegato nel capitolo precedente, nel contesto europeo azioni di questo tipo sono molto rare, ma nel caso Internet Explorer le azioni di risarcimento del danno sono del tutto improbabili, in quanto le decisioni con impegni, emesse dalla Commissione Europea ai sensi dell'art. 9 Reg. 1/2003, o dalle competenti Autorità Nazionali pongono un serio ostacolo al risarcimento del danno.

Sulla base degli studi di Pera (2011) e Raffaelli-Brichetto (2013), la richiesta di risarcimento del danno di fronte al giudice civile è ammissibile, ma è molto più complessa rispetto ad una domanda giudiziale proposta a seguito di un provvedimento sanzionatorio definitivo emesso dalla Commissione Europea o dalle autorità nazionali. Questo perché, come già affermato, la decisione con impegni non contiene l'accertamento della violazione agli artt. 101 – 102 TFUE, e quindi non opera il principio di pregiudizialità e il divieto del giudice nazionale, previsto dall'art. 16 del Reg. 1/2003, di emettere sentenze che contrastano con le decisioni della Commissione.

Quindi, per consentire alla richiesta di risarcimento del danno di trovare accoglimento, l'attore deve dimostrare al giudice, oltre al danno subito, anche l'esistenza di una violazione alla disciplina antitrust. Il privato dovrebbe quindi, con l'assistenza del proprio legale, raccogliere le prove a sostegno delle proprie richieste. In presenza di cartelli, tale attività risulta molto difficile, in quanto le prove sono spesso costituite da documenti aziendali coperti dal massimo segreto, mentre per gli abusi di posizione dominante la prova l'ottenimento della prova è più facile.

Nonostante queste difficoltà, gli attori possono contare sui provvedimenti ufficiali emessi dall'autorità antitrust: “provvedimento di avvio dell'istruttoria, [...] preliminare valutazione, [...] esiti del market test, con cui gli impegni proposti vengono soggetti, [...] provvedimento con cui viene chiusa l'istruttoria” (Raffaelli – Brichetto 2013, pag. 181). Questi documenti costituiscono facilitano l'attività dell'attore perché costituiscono un pesante indizio sulla sussistenza di una violazione, in quanto si ritiene che le autorità non possono adottare una decisione in materia di impegni se ritengono che non sussiste alcuna violazione. Sul punto, si richiama la sentenza del Tribunale dell'Unione Europea T-170/06 dell'11 luglio 2007: “[in sede di adozione degli impegni bisogna] dimostrare l'effettività delle preoccupazioni concorrenziali che giustificavano che essa prevedesse l'adozione di una decisione ai sensi degli artt. [101 – 102 TFUE], il che presuppone un'identificazione dell'infrazione meno definitiva che nell'ambito [dei procedimenti sanzionatori]”.

Inoltre, in presenza di una decisione con impegni, che per sua natura contiene pochi

riferimenti all'attività istruttoria svolta dall'autorità, all'attore dovrebbe essere consentita la possibilità di accedere agli atti dell'istruttoria amministrativa per poter formulare in modo compiuto le richieste da porre al giudice. Su questo punto manca una disciplina uniforme nell'Unione Europea, pertanto le situazioni nei diversi Stati sono molto varie. Prevale tuttavia la necessità che l'accesso agli atti debba essere ordinato dal giudice competente a conoscere la controversia di risarcimento del danno, per tutelare la riservatezza delle attività poste in essere dalle Autorità e l'interesse delle imprese alla non divulgazione dei segreti aziendali.

5. Aspetti critici della controversia relativa ad Internet Explorer

5.1. Una procedura poco convincente e tardiva?

In questo ultimo capitolo si esamineranno brevemente alcune posizioni critiche riguardanti la decisione C(2009) 10133 del 16 dicembre 2009, riassunte in Giannaccari (2013).

L'autore afferma che non è facile affermare che il mercato dei browser sia un mercato autonomo, per il semplice fatto che i browser per funzionare hanno bisogno di un sistema operativo su cui essere installati e, soprattutto, sono distribuiti da tutte le software house in modo gratuito. Bisogna però affermare che la distribuzione gratuita dei browser non viene effettuata per spirito di beneficenza, ma risponde comunque a logiche economiche, in quanto permette di ottenere un'ampia conoscenza del brand presso il pubblico e di vendere servizi aggiuntivi ai consumatori finali o ad altri sviluppatori di software (è il caso dei componenti aggiuntivi comunemente noti come "*toolbars*").

Inoltre Microsoft non obbliga gli utilizzatori finali dei PC ad utilizzare Internet Explorer, anzi, essi sono liberi di installare software aggiuntivi per la navigazione in Internet ed utilizzare quello che preferiscono: proprio per questo motivo è difficile far rientrare il caso nella fattispecie delle vendite abbinate. La compresenza di più browser sullo stesso computer, crea tuttavia qualche disagio agli utenti, perché il sistema operativo ha la necessità di avere un browser predefinito, che si avvia in modo automatico, mentre l'altro deve essere espressamente scelto dall'utente ad ogni avvio dell'applicazione.

Con un'affermazione più convincente, l'autore sostiene l'intero caso non è un vero e proprio problema di concorrenza, ma di asimmetrie informative, come risulta dall'indagine di mercato svolta su consumatori finali ed aziende commissionata dalla Commissione Europea e da questa citata nella decisione in esame come indizio di distorsione del mercato. Infatti da questa indagine è emerso che il 55 % degli utenti domestici di Windows non ha mai avvertito il bisogno di installare altri browser sul PC, il 31% dichiarava di non avere la capacità di scaricare software distribuiti attraverso il web e il 15% dei rispondenti riteneva che il download di programmi da Internet fosse rischioso per il PC.

Da questo punto di vista l'adozione della Schermata di Scelta del Browser è potenzialmente molto efficace nel risolvere questo tipo di asimmetrie informative. La schermata, che si apre automaticamente, informa il consumatore dell'esistenza di altri prodotti sostitutivi, li mette a confronto e, con un semplice click del mouse sull'apposito collegamento, avvia il download del nuovo browser prescelto. In questo modo, con l'attuazione degli impegni, si possono risolvere in modo efficace i problemi emersi nel sondaggio svolto dalla Commissione

Europea: non conoscenza dei concorrenti, mancanza di competenze informatiche dell'utente finale e diffidenza dei software forniti tramite web download.

Bisogna inoltre affermare che negli Stati Uniti la vendita abbinata di Windows ed Internet Explorer era già stata esaminata nel 1998, nell'ambito di una più ampia controversia promossa dal *Department of Justice* nei confronti di Microsoft. Il mercato dei browser alla fine degli anni 90 era piuttosto diverso: l'azienda più influente era Netscape, che forniva il proprio software a pagamento ed aveva grande successo presso il pubblico. Nel 1996 Microsoft decise di includere il proprio browser Internet Explorer 2 nel sistema operativo Windows 95, con il chiaro obiettivo di intaccare la leadership indiscussa di Netscape Navigator. In seguito Microsoft operò una sempre più stretta integrazione tra il sistema operativo ed il browser, che si perfezionò con il rilascio, nel 1998 del sistema operativo Windows 98, di cui Internet Explorer 4 costituiva una componente tecnicamente indissolubile ed in questo modo condannò il concorrente Netscape al declino. Netscape, per salvaguardare la propria posizione, iniziò a distribuire il proprio software gratuitamente, ma questo non le consentì di guadagnare nuove quote di mercato e lentamente sparì dalla scena. La società fu rilevata da AOL, che nel 2007 cessò definitivamente di distribuire il browser Netscape Navigator.

Il tribunale statunitense, pronunciandosi nella controversia tra Microsoft ed il *Department of Justice* accertava la presenza di una posizione di monopolio sul mercato dei sistemi operativi e di un tentativo di estendere il monopolio nei prodotti correlati attraverso una strategia di prezzo predatorio, attuata anche per mezzo della distribuzione gratuita di Internet Explorer. Il tribunale proponeva pertanto un rimedio strutturale molto drastico: la scissione di Microsoft in due imprese, una delle quali si sarebbe occupata solamente della produzione del sistema operativo Windows e l'altra dei vari software applicativi. Alla fine la scissione non ebbe luogo, perché la sentenza riformata dal giudice d'appello, ed il problema dell'abuso di posizione dominante fu accantonato a seguito di una mediazione tra Microsoft ed il *Department of Justice*, che impose a Microsoft l'obbligo di non danneggiare i concorrenti, di comunicare loro alcune informazioni rilevanti, e di consentire agli utenti la disattivazione di alcune componenti sensibili del sistema operativo Windows. La questione relativa ad Internet Explorer fu invece accantonata.

Si può ritenere quindi che, se l'obiettivo della Commissione era quello di far cessare la vendita abbinata, l'intervento della Commissione Europea, avvenuto dieci anni dopo quello dell'organo antitrust americano, e addirittura dopo quindici anni dall'inizio della vendita abbinata e dei suoi effetti distorsivi sul mercato, sia stato piuttosto tardivo. Secondo Giannaccari (2009) l'indagine e la successiva decisione della Commissione era infatti destinata a tutelare gli interessi dei concorrenti di Internet Explorer degli anni 2000,

favorendo la loro posizione, più che il mercato e gli interessi dei consumatori.

5.2. L'evoluzione del mercato dei browser dal 2009 ad oggi

A conclusione di questo percorso è opportuno cercare di capire se la decisione della Commissione Europea è riuscita nel suo intento principale, quello di ridurre il potere di mercato di Microsoft e le asimmetrie informative dei consumatori finali. Se si analizzano le quote di mercato dei diversi browser, si nota che la situazione si è notevolmente modificata dalla data di adozione della decisione ad oggi.

Come si può vedere nei grafici pubblicati dal sito web specializzato <http://gs.statcounter.com>, la quota di mercato dei browser per PC tradizionali di Internet Explorer è costantemente scesa, passando dal 42 % del 2008 al 17 % del primo semestre 2015. a vantaggio dei browser concorrenti Mozilla Firefox e Google Chrome. Il browser di casa Google è ormai il nuovo leader del mercato, con una quota di utilizzo pari al 47 %, mentre al secondo posto troviamo Firefox, nonostante la quota di quest'ultimo sia progressivamente calata dal 39 % del 2008 all'attuale 25 %. I browser Opera e Safari, che nel 2009 avevano quote di mercato attorno al 4 %, hanno mantenuto invariata la loro posizione. In sintesi, negli anni di adozione degli impegni da parte di Microsoft, Explorer e Firefox hanno avuto una forte emorragia di clienti, che sono stati tutti conquistati da Google Chrome.

A questo punto è legittimo domandarsi se il cambiamento dei rapporti di forza tra i player del mercato dei browser sia effetto della decisione della Commissione Europea o se le cause vadano ricercate altrove. Secondo l'autorevole parere di Giannaccari (2013), non c'è una stretta correlazione tra il declino di Internet Explorer e l'attuazione della decisione, poiché i cali più rilevanti della quota di mercato del browser di casa Microsoft si sono verificati prima del rilascio del software di Scelta del Browser (fine 2009 – inizio 2010) e nel periodo di mancata attuazione degli impegni; in alcuni periodi, come nel terzo trimestre 2013, la quota è addirittura leggermente aumentata.

Siccome si può ragionevolmente supporre che parte dei consumatori finali, sottoposti alla Scelta del Browser, l'abbiano ignorata o abbiano scientemente deciso di mantenere lo status quo, conviene spostare la ricerca delle cause su altre questioni. E' stato affermato anche dalla Commissione, nella decisione del 2009 (paragrafo 54), che Internet Explorer non fosse oggettivamente un prodotto di elevata qualità, la sua lentezza è infatti proverbiale tra gli esperti di informatica ma anche tra i non esperti. Quindi lo sviluppo di browser concorrenti, quali Firefox prima e Chrome poi, più leggeri, con un'interfaccia più semplice da utilizzare e con funzionalità aggiuntive, quali la navigazione per schede ed in incognito, ha riscosso

grande successo presso i consumatori finali, spingendoli ad abbandonare progressivamente Internet Explorer. L'erosione delle quote di mercato ha spinto Microsoft a riavviare il processo di innovazione del prodotto, che dal 2001 al 2006, periodo in cui godeva di una posizione di quasi monopolio (quota vicina al 90 %), era rimasto fermo alla versione 6. Microsoft rilasciò nel 2006 la versione 7, nel 2009 la versione 8, nel 2011 la versione 9, per finire con le versioni 10 e 11 pubblicate rispettivamente nel 2012 e nel 2013, con l'obiettivo di allinearsi ai propri concorrenti e cercare di recuperare terreno su di loro.

Ma probabilmente la causa principale del declino di Internet Explorer e anche di Mozilla Firefox deve ricercarsi nella strategia di marketing messa in atto da Google. Negli anni 2000 Google è passato dall'attività di motore di ricerca a quella di fornitore di una lunga serie di servizi legati al mondo di Internet: dalla condivisione di video (Youtube), alle caselle di posta elettronica accessibili a tutti (Gmail), passando per le mappe stradali, i *social networks* e l'archiviazione di documenti (Drive). Questi servizi, largamente utilizzati dai consumatori connessi ad Internet, hanno costituito un efficace veicolo per pubblicizzare in maniera non invasiva il browser Chrome, ottimizzato proprio per l'accesso ai servizi Google, e farlo entrare nei computer dei propri utenti.

Non bisogna dimenticare inoltre l'evoluzione della tecnologia con la diffusione sempre maggiore di tablet e smartphone che consentono l'accesso ad Internet attraverso le reti di telefonia mobile. In questo campo la quota di mercato più rilevante è occupata dai dispositivi con sistema operativo Android in cui, grazie allo stretto legame con Google, è preinstallato il browser Chrome nella versione per smartphone. Microsoft, nonostante il suo recente ingresso sul mercato dei tablet con i prodotti Surface e degli smartphone con l'acquisizione di Nokia, gioca ancora un ruolo marginale.

Ma la conclusione forse non è ancora scritta, in quanto il mondo dell'informatica è soggetto a continui e rapidi cambiamenti, che sembrano giustificare la tesi di Giannaccari secondo cui la decisione esaminata era tardiva e fuori luogo, visto che Internet Explorer stava già perdendo quote di mercato. Infatti, il 29 luglio 2015, Microsoft ha rilasciato il nuovo sistema operativo per PC Windows 10. Essendo ormai divenuti privi di efficacia gli impegni della Commissione Europea, in quanto scaduti nel mese di dicembre 2014, nel sistema operativo sono inclusi ben due browser: uno è Internet Explorer 11, che per scelta aziendale non sarà più aggiornato ed è destinato all'obsolescenza, l'altro è il neonato Microsoft Edge, un browser con nuove funzioni come la possibilità di prendere appunti e sottolineare direttamente sulla finestra della pagina web ed un layout ottimizzato per facilitare la lettura dei testi.

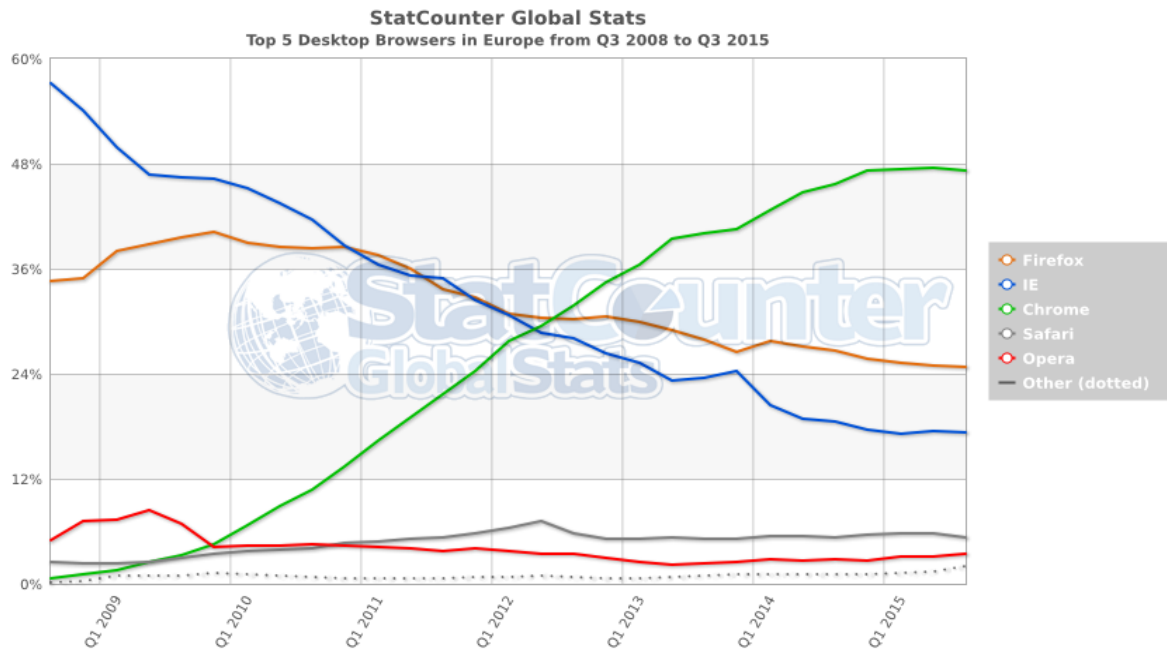


Grafico 1: Quote di utilizzo dei browser per PC desktop dal 2009 al 2015. Fonte: <http://gs.statcounter.com>

|

6. Bibliografia

ADOTTI, A., 2008, *Politica sulla Concorrenza*, in *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Treccani

ARDUINI, D., S.d.. *Politica della Concorrenza: storia, obiettivi e normativa*. [online]
Lezioni di Economia Industriale, Università degli Studi di Urbino, Facoltà di Economia.
Disponibile su <http://www.econ.uniurb.it/materiale/4552_Lezione_cap_1_Antitrust.pdf>

BENACCHIO, G., 2010. *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*. 5° ed.
Padova: Cedam.

COMMISSIONE EUROPEA, 2014. *Directive on Antitrust Damage Actions*. [online]
Disponibile su: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>

GERBER, D. J., 2009. *Private enforcement of competition law: US experience and european plans*. In: BENACCHIO, G., AGOSTINACCHIO, L., e CARPAGNANO, M., a cura di,
2009. *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali: Atti del 2. convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009*. Padova: Cedam.

GIANNACCARI, A., 2013. *Commissione UE vs. Microsoft: "ancora una volta sulla breccia, cari amici!"*. In: *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2013, pp. 193-190.

GIANNACCARI, A. e LANDI, M., 2014. *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va ne la città dolente*. In: *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2014, pp. 201 – 239.

KATZ, M., et al., 2011. *Microeconomia*. 4° Ed. Milano: McGraw Hill.

LABORY, S., 2009, *La politica per la Concorrenza*. [online] Lezioni di Analisi dei Settori Produttivi, Università degli Studi di Ferrara. Disponibile su:
<<http://docente.unife.it/sandrine.labory/dispense/lezione%206%20antitrust.ppt/view>>

PARDOLESI, R., 2009. *Private Enforcement: da "com'eravamo" alle prospettive di un futuro incisivo*. In: BENACCHIO, G., AGOSTINACCHIO, L., e CARPAGNANO, M., a cura di,
2009. *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze*

dei giudici nazionali: Atti del 2. convegno di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009. Padova: Cedam.

PERA, A., 2011. *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement.* In: BENACCHIO, G., CARPAGNANO, M., a cura di, 2012. *I rimedi civilistici agli illeciti concorrenziali: private enforcement of competition law: atti del 3 Convegno di Studio presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento 15-16 aprile 2011.* Padova: Cedam.

RAFFAELLI, E. A. e BRICHETTO, M., 2013. *Public and private antitrust enforcement: auspicabili ma difficili sinergie.* In: BENACCHIO, G., CARPAGNANO, M., a cura di, 2014. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea: atti del 4 Convegno antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenze dell'Università di Trento il 18 e 19 aprile 2013.* Napoli: Editoriale Scientifica.

SICILIANO, A., 1998. *Il caso Microsoft e la politica antitrust.* In: *Il Mulino*, 5/1998, pp. 933-942.

SILVESTRI, E., 2013, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare.* In *Diritto on line.* Roma: Treccani. Disponibile su: <[## **7. Normativa e giurisprudenza**](http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-forzata-degli-obblighi-di-fare-o-non-fare_(Diritto_on_line)/></p></div><div data-bbox=)

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

Regolamento del Consiglio Europeo (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2003. Disponibile su <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>>

Regolamento della Commissione Europea (CE) n.773/2004 del 7 aprile 2004. Disponibile su: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0773&qid=1439490186661&from=EN>>

Decisione della Commissione Europea (CE) n. C(2004) 900 del 24 marzo 2004. Disponibile su: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf>

Sentenza del Tribunale dell'Unione Europea, 17 settembre 2007, T-201/04. Disponibile su:
<[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62940
&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1083883](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62940&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1083883)>

Decisione della Commissione Europea (CE) n. C(2009) 10133. Disponibile su:
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf>

Comunicazione della Commissione Europea in OJ N. C45, 24/02/2009, p. 15. Disponibile su:
<[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?
uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>

Decisione della Commissione Europea (CE) n. C(2013) 1210 del 6 marzo 2013. Disponibile su: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf>