

Note dell'autore: il presente articolo è stato redatto all'epoca in cui la vicenda tra le due note società era ancora all'inizio e, dunque, non tiene conto degli sviluppi che ne sono seguiti.

© Luca Sandri

MICROSOFT CORP. v. NETSCAPE COMMUNICATION:

"breve resoconto della vicenda giudiziaria".

di

Luca Sandri

Il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti (Department of Justice – D.O.J-), il 18 maggio 1998, ha fatto domanda alla Corte federale di Washington D.C perché fosse emessa una *preliminary injunction* (provvedimento di urgenza) nei confronti della Microsoft Corporation per aver abusato della sua posizione di dominio nel mercato dei sistemi operativi (S.O)¹.

Secondo il ricorrente, infatti, i contratti conclusi dalla Microsoft Corporation con i produttori di hardware, con gli Internet Content Providers e con gli Internet Services Providers sono in aperta violazione della sezione 1 e 2 dello *Sherman Act*.

La sua azione non è stata tuttavia isolata; infatti, a questa si sono aggiunti i procuratori generali di 20 stati (*lo Stato della California, Connecticut, Florida, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Maryland, Michigan, Minnesota, New Mexico, New York, North Carolina, Ohio, South Carolina, Utah, West Virginia, Wisconsin*) e il District of Columbia, che hanno depositato analoghi ricorsi, accusando la società di Bill Gates di aver violato anche le norme antitrust e di concorrenza interne ai rispettivi Stati.

Per tutti i ricorrenti il motivo principale per cui la Corte Federale di Washington deve concedere la *preliminary injunction* è insito nel ragionevole timore che il comportamento tenuto dalla Microsoft, se continuerà, potrà seriamente pregiudicare la concorrenza, scoraggiare il processo innovativo e restringere la scelta dei prodotti sul mercato da parte dei consumatori.

¹ Il sistema operativo è un programma software che è predisposto per rendere operativo il computer (hardware) provvisto di diverse applicazioni (programmi software) che hanno il ruolo di organizzare il Pc, verificare il regolare funzionamento delle singole periferiche (es.: tastiera, CD-ROM, schermo.. ecc) e rendere funzionale il Pc.

Tutti i ricorsi prendo tutti in considerazione il sistema operativo Windows '98, mentre, per quanto concerne il S.O Windows '95, la Corte d'Appello del Distretto di Columbia ha appena riformato, in data 23 giugno 1998, il provvedimento emesso in data 11.12.97 dalla Corte Distrettuale di prima istanza con cui si era imposto alla Microsoft di separare la licenza del predetto S.O da Internet Explorer.

Ad ogni buon conto, l'esame dei precedenti che hanno portato alla richiesta di una *preliminary injunction* nei confronti della Microsoft e del suo S.O Windows 1998, deve essere eseguito ripercorrendo le vicende che hanno visto come grande accusato il S.O Windows '95 , poiché sono le medesime che si stanno solamente ripetendo.

1 - LA MICROSOFT E IL SUO SISTEMA OPERATIVO "WINDOWS "

La Microsoft rappresenta oggi la più grande società fornitrice di prodotti software per i Personal Computer (Pc) e detiene nel mercato dei S.O per computer una posizione di monopolio; infatti, secondo le statistiche, il suo sistema operativo, " Windows '95 "² (e i suoi diversi aggiornamenti), è pre-installato su oltre il 90% dei Pc, modello Intel-based (modello più venduto negli Stati Uniti); sin dall'anno 1994, quasi tutti i Pc sono, infatti, dotati del sistema operativo della Microsoft.

Il segno evidente di questo predominio incontrastato è rappresentato dal desktop di apertura del computer che, indipendentemente dalla società che produce il computer (Compaq, Gateway, Hewlett Packard ..ecc), è sempre lo stesso, Windows.

La posizione incontrastata di dominio della Microsoft ha poi influito sulle società fornitrici dei programmi software applicativi che, di conseguenza, hanno sempre predisposto i loro programmi in modo tale che possano essere applicati e funzionare solamente su Windows.

Contrariamente, se questi fossero stati predisposti per "girare" su diversi sistemi operativi , le società, avrebbero effettuato investimenti ulteriori che non avrebbero ricevuto dalle vendite alcun riscontro positivo.

Tutto questo non ha fatto altro che consolidare ulteriormente la posizione di dominio della Microsoft e rendere più dura l'entrata di nuovi concorrenti nel suddetto mercato. I nuovi potenziali concorrenti troverebbero, infatti, un'enorme barriera all'entrata nel mercato, costituita dalla difficoltà di trovare (1) applicazioni software da installare al loro interno, non essendo queste state predisposte per funzionare su tutti i S.O, ma soprattutto, difficilmente, (2) le società di hardware sarebbero disposte ad abbandonare il

²La Microsoft ha diversi sistemi operativi per P.c tra cui si sottolinea quello MS -DOS, Windows 3.11, Windows for Workgroups, Windows NT Workstation, Windows '95 e '98.

sistema operativo della Microsoft per installarne uno diverso, correndo il rischio di non vendere ed “isolarsi” dal mercato.

La Microsoft gode pertanto, e ha sempre goduto, di una posizione di dominio nel mercato dei S.O che risulta, per una molteplicità di fattori, difficile da essere contrastata.

Tuttavia la sua posizione non è così sicura come può sembrare!

Al riguardo si evidenzia che, come la stessa Microsoft aveva avvertito già nel 1995 e continua ad avvertire anche oggi, la vera minaccia al S.O non è rappresentata da futuri ed eventuali produttori di S.O, che potrebbero entrare nel mercato, ma dai prodotti software che potrebbero svolgere, in un futuro, un ruolo di supporto ai programmi o diventare una “valida” alternativa a Windows.

2- 1995, IL WORLD WIDE WEB: LA MINACCIA

Nel 1995 la Microsoft aveva fondate ragioni per ritenere che una futura crescita del World Wide Web e di internet avrebbe potuto pregiudicare la sua posizione di monopolio e favorire una crescita del mercato dei browser ³.

La sua posizione di dominio sarebbe stata messa a rischio, poiché il browser era in grado di svolgere un ruolo di interfaccia - o collegamento - tra i diversi S.O e i programmi software, rendendo non più “necessario” Windows ‘95 ai produttori di Pc, che sarebbero stati quindi liberi di decidere quale sistema operativo installare.

Inoltre, il browser di internet permetteva di navigare nei diversi URL presenti su internet, utilizzare i diversi programmi software presenti sul Web, interagire con i suoi contenuti e accedere a migliaia di informazioni..

Il browser costituiva, dunque, una valida alternativa a Windows ‘95, ma soprattutto, al momento, non esistevano prodotti che per funzionalità e facilità d’uso gli potevano fare concorrenza. Il mercato si sarebbe, di conseguenza, rivitalizzato e avrebbe permesso l’ingresso di nuovi concorrenti, minacciando così la posizione della Microsoft..

La Microsoft, dal canto suo, aveva anch’essa un browser, Internet Explorer (I.E)⁴, ma questo, a dispetto di quello della Netscape Communication, Navigator, che godeva di una quote di mercato pari al 70%, non aveva riscosso un grande successo.

La Netscape costituiva quindi la grande rivale della Microsoft nel mercato dei programmi per accedere a internet. Se quest’ultimo avesse, in un futuro, sostituito, per utilità, il sistema operativo Windows ‘95, la Microsoft avrebbe

³ Browser: programma software per accedere ai servizi internet.

⁴ La Microsoft ha messo in circolazione un prima versione di I.E denominata 1.0 a cui sono seguite le successive 2.0,3.0 e 4.0 caratterizzate sempre da maggiore applicazioni al loro interno.

potuto contrastare la Netscape solamente con un efficace browser, che al momento non possedeva.

Di conseguenza, il primo passo che fece la Microsoft, per allontanare la minaccia della Netscape (maggio 1995), fu quello di proporre a quest'ultima, attraverso la formazione di pratiche anticoncorrenziali, di suddividersi i due mercati e di evitare, dunque, di farsi reciprocamente concorrenza.

La proposta prevedeva che se la Netscape si fosse impegnata (1) a non entrare nel mercato dei S.O o in quello dei browsers operativi sul sistema Windows '95 (es. Navigator per il S.O Windows), la Microsoft⁵ avrebbe (2) rinunciato ad invadere il mercato dei programmi software per browsers funzionanti in S.O diversi dal suo (es. Navigator per Macintosh ,Unix... ecc).

Se l'accordo si fosse concluso, la Microsoft avrebbe potuto diventare monopolista anche nel mercato dei browsers per il suo sistema operativo, ma, in conformità a tutte le attese, la Netscape rifiutò e preferì continuare a produrre il suo browser Navigator (con le successive versioni) incurante della posizione di monopolio Microsoft nel mercato dei S.O.

Quest'ultima, in seguito, preoccupata che tutto quanto premesso potesse nel lungo periodo far diminuire la propria quota di mercato e, non avendo un browser in grado di competere con quello della Netscape, ritenne opportuno, per eliminare la concorrenza di quest'ultima, *sfruttare la posizione di monopolio acquisita con il sistema operativo "Windows '95"*, dando così inizio a quella che è stata definita la " *guerra dei browser*".

A tale proposito, con l'intento di limitare, se non bloccare, l'accesso della Netscape alla distribuzione e alla promozione del suo browser, la Microsoft subordinò la conclusione dei contratti di licenza esclusiva del S.O Windows '95⁶ con le società di personal computer, che in massa facevano richiesta, ad accettare anche le seguenti condizioni:

- a) accettare di ricevere in licenza il suo browser - Internet Explorer-, di installarlo nei propri Pc e di distribuirlo (la distribuzione del browser non avrebbe comportato costi aggiuntivi - vale a dire gratis);
- b) rifiutare di distribuire, promuovere o acquistare.. ecc prodotti di società concorrenti;

⁵ Lo stesso executive della Microsoft ha ribadito, durante il processo, che questa avrebbe fatto di tutto per "scansare" la concorrenza minacciosa della Netscape.

⁶ La Microsoft ha altresì reso noto che sfrutterà completamente la posizione di monopolio che ha acquisito, anche se questa si tradurrà in una minore concorrenza e possibilità di scelta per i consumatori.

- c) adottare su tutti i Pc il medesimo desktop o pagina di apertura⁷, scelto dalla Microsoft⁸, e che riporta l'icona e il software di Internet-Explorer;
- d) divieto assoluto, a carico dei produttori di Pc, di rimuovere o disinstallare⁹ il software Internet Explorer o installare un browser di una società concorrente che sia più visibile di quello I.E.

Le società di Pc, tuttavia, non potevano che accettare le su esposte condizioni che, sebbene lesive della loro libertà di scelta, erano poste in essere da una società in posizione di monopolio¹⁰. La mancata accettazione avrebbe determinato quindi un "isolamento", poiché, per le ragioni già premesse, i mercati confinanti con quello di Windows '95, come quello dei programmi software - applicazioni, sono strutturati e predisposti per funzionare solo sul S.O della Microsoft.

Per aumentare la notorietà di I.E¹¹ la società di Bill Gates aveva anche predisposto una campagna pubblicitaria ingente a cui veniva associata l'interessante promessa che la distribuzione del browser sarebbe stata interamente gratuita¹².

3- PROPOSTE CONTRATTUALI AGLI ICP, OSP, ISP

L'azione della Microsoft, tuttavia, non si arrestò qui. Bill Gates, per sconfiggere la Netscape, aveva pensato anche di stipulare dei contratti molto allettanti, facendo sempre perno sul sistema Windows '95, con alcuni dei maggiori Internet Services providers (ISP)¹³, tra cui anche gli On-Line Service Providers, e con gli Internet Content Providers (ICP): questi costituiscono, infatti, il più importante canale di distribuzione dei browser.

3.1- INTERNET SERVICES PROVIDERS

Gli ISP sono società che forniscono all'utente sia la connessione alla rete internet sia alcuni servizi ad esso connessi. La proposta fatta da Microsoft prevedeva che gli ISP, che avessero concluso il contratto con cui si

⁷ schermata iniziale che si può vedere appena si accende il computer.

⁸ Il contratto, proposto nell'agosto 1996, prevedeva altresì: 1) divieto assoluto di rimuovere le icone (rappresentazioni grafiche delle funzioni e delle caratteristiche offerte dal sistema operativo) dal desktop; 2) divieto di aggiungere nuove icone, salvo qualche limitata ipotesi.

⁹ Microsoft ha anche predisposto Windows '98 in modo tale che i produttori di Pc incontrino grandi difficoltà nel disinstallare il browser I.E rispetto a quelle che incontravano con la versione del '95. Questo accorgimento è stato intrapreso in seguito alla notizia che molti produttori di hardware avevano voluto essere liberi di installare e disinstallare il browser che più gli comodava.

¹⁰ Questa tecnica è detta di "Tying". Si attua agganciando la vendita di prodotti scarsamente richiesti, venduti o nuovi, alla vendita di prodotti che godono sul mercato di una posizione di monopolio.

¹¹ La quota di mercato di I.E è aumentata dal 5% al 50% a seguito dell'operazione di "Tying"

¹² Bill Gates "La nostra attività commerciale può continuare anche se il nostro browser sarà gratis, poiché la Microsoft, attualmente, vende ancora il s.o Windows".

¹³ tra questi accordi era stata coinvolta anche la Online Service Provider, società che fornisce l'accesso ai servizi internet.

impegnavano a promuovere esclusivamente, attraverso tutti i canali di distribuzione dei propri servizi, **la vendita e la distribuzione del browser Internet Explorer**, sarebbero stati inseriti in una lista (Internet Connection Wizard) o in un folder (Online Services Folder) che se debitamente “cliccati” avrebbero fatto concludere immediatamente all’utente (acquirente di Windows) il contratto di fornitura dei loro servizi. Per completezza, vediamo ora quali erano gli altri termini della proposta:

- gli ISP non dovevano menzionare ai loro clienti l’esistenza o la possibilità di acquistare un browser di società concorrenti;
- gli ISP dovevano predisporre i loro siti (pagine web) in modo tale (utilizzando programmi della Microsoft) che la migliore immagine fosse garantita solo dall’utilizzo del browser I.E;
- gli ISP dovevano eliminare dalle loro pagine web i links da cui gli utenti potevano scaricare browser di società concorrenti.
- gli ISP dovevano promuovere I.E come unico browser che permettesse all’utente di accedere ai loro servizi di connessione.

Queste condizioni avrebbero certamente ristretto notevolmente il campo di azione dei browsers concorrenti. Infatti, secondo le statistiche, il 30% degli acquirenti di browsers, nella scelta, si affida al consiglio dei Services Providers.

3.2- INTERNET CONTENT PROVIDERS

L’influenza della posizione di monopolio si era anche ripercossa nei confronti degli Internet Content Providers come, per esempio, Disney, Hollywood Online e CBS Sportsline. Queste società hanno il compito di predisporre i contenuti delle pagine web presenti su internet e di tenerle aggiornate con le news, gli intrattenimenti e altre informazioni.

La proposta sottoposta agli ICP faceva perno sulla presenza nella parte destra del desktop del sistema operativo Windows ’95 (lo stesso meccanismo verrà adottato anche per quanto concerne il S.O Windows ’98, se permesso), a seguito dell’installazione di I.E 4.0, di diversi “ **channel buttons**” che promuovevano e fornivano un accesso internet diretto a determinati ICP¹⁴. A tale proposito, tutti gli Internet Content Providers che avessero voluto essere inclusi nel desktop e, più precisamente, nei channel buttons (il più importante che mette meglio in risalto l’ICP è detto “Platinum”), avrebbero dovuto impegnarsi:

¹⁴ L’inserimento all’interno di questi channel avrebbe permesso al ICP di essere notato immediatamente dagli utenti di Pc che adottano il sistema operativo Windows.

1. a non pagare o risarcire le società produttrici di browser concorrenti (si fa sempre riferimento alle 2 società produttrici di browser più importanti) ;
2. a predisporre, in qualsiasi modo, una struttura di promozione, di distribuzione e di accesso al contenuto predisposto dall' ICP direttamente dal loro browser(dovevano, di conseguenza, rifiutarsi a distribuire il loro browser);
3. a non promuovere o menzionare all'utente l'esistenza di alcun browser prodotto da società concorrenti alla Microsoft;
4. a non promuovere o portare a conoscenza la presenza della sua pagina web su qualsiasi altro browser concorrente;
5. a non permettere ai browsers concorrenti di mettere in risalto o promuovere i contenuti delle proprie pagine web;
6. a predisporre le pagine web con gli standard tipici della Microsoft in modo tale che l'immagine di questa sia migliore se l'utente gode di un browser I.E 4.0.

A seguito delle accuse del Dipartimento di Giustizia, alcuni contratti con gli ISP, gli OSP e gli ICP erano stati modificati e corretti; tuttavia queste modifiche non erano state apportate ai contratti stipulati con alcuni On Line Service Providers, quali America Online, Compuserve, società tra le più importanti e che avevano un grande bacino di utenza in America. Rimaneva inoltre un carattere illegale anche in molti altri contratti e nessuno ci assicura che la Microsoft, in un futuro non lontano , non reintroduca le condizioni contrattuali già poste.

4- WINDOWS '98

Quanto sopra è un breve *excursus* dei comportamenti tenuti dalla Microsoft per promuovere il suo browser IE¹⁵.

Queste pratiche scorrette sono ora tenute dalla Microsoft riguardo al nuovo Windows '98. Questa istanza cercherà dunque, se accettata, di porre termine a tali pratiche: certamente il *Court Order* emesso il 23 giugno potrà influire notevolmente sul giudizio di necessità di una seconda preliminary injunction.

5- LA NECESSITÀ DI UNA PRELIMINARY INJUNCTION

Questo ricorso¹⁶, tra i suoi molteplici obiettivi, ha lo scopo di far ristabilire un sistema concorrenziale più vivo - in termini di maggiore efficienza e prezzi più bassi - e di garantire al consumatore¹⁷ una maggiore libertà di scelta.

¹⁵ Prossimamente uscirà la versione di Netscape 5

¹⁶ Nell'accusa si richiama anche quanto detto nelle precedenti fasi processuali dalla Microsoft: "per aumentare la quota di mercato detenuta dal browser I.E 4.0 sarebbe stato troppo difficile affidarsi solamente ai meriti del prodotto e, quindi, era quasi d'obbligo fare perno sulla posizione di predominio detenuta dal sistema operativo Windows ".

¹⁷ Janet Reno " I consumatori e i produttori di computer dovrebbero avere il diritto di scegliere liberamente il software da installare sui loro computer"" –" ci stiamo muovendo per garantire la concorrenza leale a promuovere il progresso tecnologico nel mercato dei prodotti software".

Se la Corte Federale riterrà opportuno emettere un simile provvedimento si potrà tentare di impedire che la Microsoft, nel periodo in cui la causa è pendente, attraverso pratiche scorrette, conquisti una seconda posizione di monopolio nel mercato dei browser.

Nelle loro istanze, il Dipartimento di Giustizia, i 20 Stati e il District Court of Columbia, per le su esposte ragioni, hanno chiesto che la Microsoft fosse obbligata a:

- 1) includere all'interno di Windows 98, sia il suo browser che quello prodotto dalla Netscape. Se la Microsoft si rifiuterà di inserire il browser della Netscape non dovrà, di conseguenza, fornire neanche il suo e venderlo separatamente. In questo modo si potrà garantire al consumatore la libertà di scegliere il proprio browser
- 2) conferire ai produttori la facoltà di modificare le schermate che precedono, a seguito dell'accensione del computer, l'arrivo del desktop ; solo così i produttori di hardware saranno in grado di offrire all'utente una maggiore scelta di prodotti o servizi da installare.
- 3) offrire ai produttori sia la possibilità di scegliere il browser da installare sia la possibilità di rimuovere quelli preinstallati.
- 4) impedire alla Microsoft di continuare a subordinare la conclusione dei contratti con gli ICP e gli On Line Services Providers alle condizioni suesposte.

Nell'istanza, i ricorrenti, hanno altresì evidenziato come, sebbene siano stati gravi e pregiudizievoli anche i comportamenti che la Microsoft ha tenuto nei confronti degli Online Services Providers , degli Internet Services providers e degli Internet Content Providers, per questi si attenderà la decisione finale nel merito.
