

ORDINANZA DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

22 dicembre 2004\*

Nel procedimento T-201/04 R,

**Microsoft Corp.**, con sede in Redmond, Washington (Stati Uniti), rappresentata dall'avv. J.-F. Bellis e dal sig. I.S. Forrester, QC,

ricorrente,

sostenuta da

**The Computing Technology Industry Association, Inc.**, con sede in Oakbrook Terrace, Illinois (Stati Uniti), rappresentata dagli avv.ti G. van Gerven e T. Franchoo, e dal sig. B. Kilpatrick, solicitor,

**Association for Competitive Technology, Inc.**, con sede in Washington, DC (Stati Uniti), rappresentata dagli avv.ti L. Ruessmann e P. Hecker,

\* Lingua processuale: l'inglese.

**TeamSystem SpA**, con sede in Pesaro (Italia),

**Mamut ASA**, con sede in Oslo (Norvegia),

rappresentati dall'avv. G. Berrisch,

**DMDsecure.com BV**, con sede in Amsterdam (Paesi Bassi),

**MPS Broadband AB**, con sede in Stoccolma (Svezia),

**Pace Micro Technology plc**, con sede in Shipley, West Yorkshire (Regno Unito),

**Quantel Ltd**, con sede in Newbury, Berkshire (Regno Unito),

**Tandberg Television Ltd**, con sede in Southampton, Hampshire (Regno Unito),

rappresentati dall'avv. J. Bourgeois,

**Exor AB**, con sede in Uppsala (Svezia), rappresentata dagli avv.ti S. Martínez Lage, H. Brokelman e R. Allendesalazar Corcho,

intervententi,

contro

**Commissione delle Comunità europee**, rappresentata dai sigg. R. Wainwright, W. Mölls, F. Castillo de la Torre e P. Hellström, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

sostenuta da

**Real Networks, Inc.**, con sede in Seattle, Washington (Stati Uniti), rappresentata dagli avv.ti A. Winckler, M. Dolmans e T. Graf;

**Software & Information Industry Association**, con sede in Washington, DC, rappresentata dal sig. C.A. Simpson, solicitor;

**Free Software Foundation Europe eV**, con sede in Amburgo (Germania), rappresentata dall'avv. C. Piana,

intervenant,

avente ad oggetto la domanda diretta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione degli artt. 4, 5, lett. a)-c), e 6, lett. a), della decisione della Commissione 24 marzo 2004 C(2004) 900 def., relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 82 CE (procedimento COMP/C-3/37.792 — Microsoft),

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO  
DELLE COMUNITÀ EUROPEE

ha emesso la seguente

**Ordinanza**

**Antefatti della controversia**

- 1 La Microsoft Corp. (in prosieguo: la «Microsoft») è una società impegnata nella progettazione e commercializzazione di numerosi software tra cui, in particolare, alcuni sistemi operativi per server e per «PC clients».
- 2 Il 10 dicembre 1998 la Sun Microsystems Inc. (in prosieguo: la «Sun Microsystems»), società con sede in California (Stati Uniti) che fornisce per lo più sistemi operativi per server, depositava una denuncia presso la Commissione, lamentando il rifiuto opposto dalla Microsoft di comunicarle la tecnologia

necessaria per consentire l'interoperabilità tra il suo sistema operativo per server per gruppi di lavoro e il sistema operativo Windows per PC clients. La Sun Microsystems sosteneva che la tecnologia di cui chiedeva di usufruire le serviva per acquisire una posizione concorrenziale sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro.

- 3 Il 2 agosto 2000 la Commissione inviava alla Microsoft una comunicazione di addebiti che verteva, sostanzialmente, su questioni concernenti l'interoperabilità tra i sistemi operativi Windows per PC clients, da un lato, e i sistemi operativi per server di altri fornitori («l'interoperabilità client-server»), dall'altro. La Microsoft rispondeva a questa prima comunicazione di addebiti in data 17 novembre 2000.
  
- 4 Il 29 agosto 2001 la Commissione inviava alla Microsoft una seconda comunicazione di addebiti nella quale reiterava le precedenti censure riguardo all'interoperabilità client-server. Essa inoltre affrontava talune questioni relative all'interoperabilità tra server per gruppi di lavoro («l'interoperabilità server-server») ed evocava problemi attinenti all'integrazione del software Windows Media Player con il sistema operativo Windows. La comunicazione di quest'ultimo addebito faceva seguito ad un'inchiesta avviata su iniziativa della Commissione nel febbraio 2000. La Microsoft rispondeva alla seconda comunicazione di addebiti il 16 novembre 2001.
  
- 5 Il 6 agosto 2003 la Commissione inviava alla Microsoft una comunicazione di addebiti diretta a completare le due precedenti. A tale comunicazione complementare la Microsoft rispondeva con lettere datate 17 e 31 ottobre 2003.

- 6 La Commissione organizzava un'audizione nei giorni 12, 13 e 14 novembre 2003. Con lettera 1° dicembre 2003 la Microsoft depositava osservazioni scritte sulle questioni che i servizi della Commissione, la ricorrente e i terzi interessati avevano sollevato nel corso di tale audizione. Dopo un ennesimo scambio epistolare con la Microsoft, la Commissione adottava, in data 24 marzo 2004, una decisione relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 82 CE nella causa COMP/C-3/37.792 — Microsoft (in prosieguo: la «Decisione»).

## La Decisione

- 7 Nella Decisione si afferma che la Microsoft ha violato l'art. 82 CE e l'art. 54 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) a causa di un duplice abuso di posizione dominante.
- 8 In primo luogo, la Commissione ha individuato tre distinti mercati di prodotti, osservando che in due di essi la Microsoft godeva di una posizione dominante. In secondo luogo, la Commissione ha individuato due comportamenti abusivi commessi su tali mercati dalla Microsoft e di conseguenza ha imposto a quest'ultima un'ammenda e alcune misure correttive.

*I — I mercati rilevanti individuati nella decisione e la posizione dominante della Microsoft su due di essi*

*I mercati rilevanti individuati nella decisione*

- 9 Il primo mercato di prodotti individuato nella Decisione è quello dei sistemi operativi per PC clients ('considerando' 324-342). Un sistema operativo è un

pacchetto software che controlla le funzioni di base di un computer e permette all'utente di servirsi del computer e di far funzionare delle applicazioni su di esso. I PC clients sono computer multifunzionali concepiti per essere utilizzati da una sola persona per volta e che possono essere collegati ad una rete.

- 10 Il secondo mercato di prodotti individuato nella decisione è quello dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro ('considerando' 343-401). Nella Decisione i «servizi di gruppi di lavoro» sono definiti come servizi afferenti ad una rete di base che vengono utilizzati dagli impiegati nel lavoro quotidiano per tre serie distinte di servizi, ossia la condivisione di files archiviati su server, la condivisione di stampanti e l'«amministrazione» del modo in cui gli utenti e i gruppi di utenti possono accedere ai servizi in rete («gestione degli utenti e dei gruppi di utenti») ('considerando' 53). In particolare, quest'ultima serie di servizi consiste nel garantire un accesso e un uso sicuri delle risorse della rete, in particolare tramite un'identificazione preliminare degli utenti e una successiva verifica della loro autorizzazione a compiere una data azione ('considerando' 54).
- 11 Secondo la Decisione, le tre serie di servizi individuate al punto precedente sono strettamente collegate in seno ai sistemi operativi per server ('considerando' 56). La Decisione aggiunge a questo riguardo che i «sistemi operativi per server per gruppi di lavoro» sono sistemi operativi progettati e messi in commercio allo scopo di offrire in maniera integrata queste tre serie di servizi a un numero relativamente limitato di PC clients collegati a una rete di piccole o medie dimensioni ('considerando' 53 e 345-368). La Decisione inoltre spiega che la mancanza di prodotti alternativi sotto il profilo della domanda è confermata, da un lato, dalla strategia dei prezzi seguita dalla Microsoft ('considerando' 369-382) e, dall'altro, dal rilievo dell'interoperabilità dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro con i PC clients ('considerando' 383-386). Peraltro, avendo rilevato che l'esistenza di prodotti sostitutivi sotto il profilo della domanda era ridotta per i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro ('considerando' 388-400), la Commissione ne trae la conclusione che essi costituiscono un distinto mercato di prodotti.

- 12 Il terzo mercato individuato nella Decisione è quello dei lettori multimediali che consentono una ricezione senza interruzione ('considerando' 402-425). Un lettore multimediale è un prodotto software in grado di leggere, in formato digitale, contenuti audio e video, vale a dire che esso può decodificare i dati corrispondenti e tradurli in istruzioni per lo hardware (altoparlanti, schermo). I lettori multimediali che consentono una ricezione senza interruzioni sono in grado di leggere contenuti «diffusi continuativamente» tramite Internet.
- 13 Nella Decisione la Commissione considera, in primo luogo, che i lettori multimediali che consentono una lettura senza interruzioni sono distinti dai sistemi operativi ('considerando' 404-406); in secondo luogo, che essi non subiscono pressioni concorrenziali da parte dei lettori che non permettono una lettura senza interruzioni ('considerando' 407-410); in terzo luogo, che solo i lettori multimediali che posseggono funzionalità analoghe esercitano una pressione concorrenziale su Windows Media Player ('considerando' 411-415); e, in quarto luogo, sostanzialmente, che la presenza di prodotti alternativi sotto il profilo dell'offerta è limitata ('considerando' 416-424). Da tali elementi la Commissione deduce che i lettori multimediali che consentono una ricezione senza interruzioni costituiscono un distinto mercato di prodotti.
- 14 Quanto alla dimensione geografica dei tre mercati di prodotti preliminarmente individuati, secondo la Commissione si tratta di una dimensione mondiale ('considerando' 427).

*La posizione dominante della Microsoft sul mercato dei sistemi operativi per PC clients e sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro*

- 15 In primo luogo, la Commissione osserva che sul mercato dei sistemi operativi per PC clients la Microsoft esercita, almeno a partire dal 1996, una posizione dominante

derivante, in particolare, dalla detenzione di quote di mercato superiori al 90 % ('considerando' 430-435), nonché dall'esistenza di notevoli barriere all'ingresso dovute ad effetti indiretti di rete (v., in particolare, 'considerando' 448-452). Nella Decisione la Commissione precisa che questi effetti indiretti di rete sono dovuti all'esistenza di due fattori: da un lato, il fatto che i consumatori finali apprezzano le piattaforme su cui possono utilizzare un gran numero di applicazioni e, dall'altro, il fatto che gli ideatori di software elaborano applicazioni per i sistemi operativi per i PC che godono di maggiore popolarità presso i consumatori.

- 16 In secondo luogo la Commissione, limitandosi ad una stima prudenziale, ritiene che sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro la quota di mercato detenuta da Microsoft sia pari almeno al 60 % ('considerando' 473-499).
- 17 Su questo stesso mercato la Commissione effettua inoltre una valutazione della posizione dei tre principali concorrenti della Microsoft. In primo luogo, la Novell, con il suo software NetWare, detterebbe una quota di mercato che si aggira intorno al 10-15 %. In secondo luogo, i prodotti Linux rappresenterebbero una quota di mercato compresa fra il 5 e il 15 %. Linux è un sistema operativo «libero» diffuso con la licenza «GNU GPL (General Public Licence)». Dal 'considerando' 87 della decisione emerge che Linux esegue un numero limitato di servizi propri di un sistema operativo, ma può essere associato ad altri software per costituire un «sistema operativo Linux». La Linux è presente sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro in associazione con il software Samba, anch'esso diffuso con la licenza «GNU GPL» ('considerando' 294, 506 e 598). In terzo luogo, i prodotti della Unix, ricomprendenti più sistemi operativi che condividono caratteristiche comuni ('considerando' 42), rappresenterebbero una quota di mercato intorno al 5-15 %.
- 18 La Commissione considera inoltre che il mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro è caratterizzato dall'esistenza di numerose barriere all'ingresso ('considerando' 515-525) e da legami particolari con il mercato dei sistemi operativi

per PC clients ('considerando' 526-540). La Commissione trae da ciò la conclusione che la Microsoft gode di una posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro.

## II — *I comportamenti abusivi individuati nella Decisione*

### *Il rifiuto individuato nella Decisione*

- 19 Il primo comportamento abusivo della Microsoft, descritto ai 'considerando' 546-791 della Decisione, consiste nel rifiuto della Microsoft di fornire ai suoi concorrenti le «informazioni relative all'interoperabilità» e di autorizzarne l'uso per lo sviluppo e la distribuzione di prodotti concorrenti ai propri sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro per il periodo compreso tra il mese di ottobre 1998 e la data di adozione della Decisione [art. 2, lett. a), della Decisione]. Ai sensi della Decisione, per «informazioni relative all'interoperabilità» si intendono «le specificazioni esaurienti e corrette di tutti i protocolli [impiegati] nei sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro e che sono utilizzati dai server per gruppi di lavoro Windows allo scopo di fornire alla rete Windows per gruppi di lavoro dei servizi di condivisione di files e di stampa, nonché di gestione di utenti e di gruppi di utenti, compresi i servizi di controllo del dominio Windows, il servizio Active Directory e il servizio "Group Policy"» (art. 1, n. 1, della Decisione). I «protocolli» vengono definiti come «un insieme di regole di interconnessione e di interazione tra differenti casi di utilizzo dei sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro e di sistemi operativi Windows per PC clients installati su computer diversi in una rete Windows per gruppi di lavoro» (art. 1, n. 2, della Decisione).

- 20 Ai fini dell'individuazione di tale comportamento, la Decisione insiste in particolare sul fatto che il rifiuto in parola non verte su elementi del codice fonte della Microsoft, bensì unicamente su talune specificazioni dei protocolli in questione, vale a dire su una descrizione di ciò che ci si attende dal programma di cui trattasi, in contrapposizione alle «implementazioni» (altresì definite, ai fini della presente ordinanza, come «realizzazioni» o «attuazioni») consistenti nell'esecuzione del codice da parte del computer ('considerando' 24 e 569). La Commissione ritiene inoltre che il comportamento della Microsoft faccia parte di una linea di condotta generale ('considerando' 573-577), che esso implichi un abbassamento dei livelli delle forniture precedenti ('considerando' 578-584), che determini un rischio di eliminazione della concorrenza ('considerando' 585-692) e che produca un effetto negativo sullo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori ('considerando' 693-708). La Commissione respinge altresì gli argomenti della Microsoft volti a sostenere che il suo rifiuto sarebbe oggettivamente giustificato ('considerando' 709-778).

### *La vendita collegata individuata nella Decisione*

- 21 La Commissione individua un secondo comportamento abusivo della Microsoft, descritto ai 'considerando' 792-989 della Decisione. Secondo la Commissione, tale comportamento consiste nel fatto che, nel periodo compreso tra il maggio 1999 e la data di adozione della Decisione, la Microsoft ha subordinato la fornitura del sistema operativo Windows per PC clients all'acquisto simultaneo del software Windows Media Player [art. 2, lett. b), della Decisione].
- 22 Al riguardo la Commissione ritiene che la condotta della Microsoft risponda alle condizioni richieste per constatare una vendita collegata abusiva ai sensi dell'art. 82 CE ('considerando' 794-954). In primo luogo, si legge nella Decisione, la Microsoft detiene una posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per PC clients ('considerando' 799). In secondo luogo, i lettori multimediali che permettono una ricezione senza interruzioni e i sistemi operativi per PC clients sono

considerati nella Decisione stessa come prodotti distinti ('considerando' 800-825). In terzo luogo, viene spiegato che la Microsoft non lascia ai consumatori la possibilità di acquistare Windows senza Windows Media Player ('considerando' 826-834). In quarto luogo, secondo la Commissione la vendita collegata da essa individuata pregiudica la concorrenza sul mercato dei lettori multimediali ('considerando' 835-954).

23 Nell'ambito dell'analisi relativa all'esistenza della quarta condizione, la Commissione osserva che, nei casi classici di vendita collegata, la Commissione e il giudice comunitario «hanno ritenuto che la vendita collegata di un prodotto distinto con il prodotto dominante costituiva un indice dell'effetto di estromissione che detta pratica aveva sui concorrenti» ('considerando' 841). Nondimeno, nella decisione la Commissione ha considerato che, dato che gli utenti riuscivano a procurarsi una certa quantità di lettori multimediali concorrenti di Windows Media Player su Internet, e talvolta gratuitamente, nella causa in oggetto sussistevano validi motivi che portavano a non dare per scontato, senza un'analisi suppletiva, il fatto che la vendita collegata di Windows Media Player costituisse un comportamento idoneo, per sua natura, a limitare la concorrenza (stesso 'considerando').

24 Nell'ambito del suddetto supplemento di analisi, la Commissione considera, in primo luogo, che la vendita collegata in oggetto rende Windows Media Player onnipresente a livello mondiale sui PC clients, caratteristica questa che i canali di distribuzione alternativi non sono in grado di mettere in discussione ('considerando' 843-877); in secondo luogo, la Commissione rileva che tale onnipresenza da un lato incita i fornitori di contenuti a diffondere i propri prodotti nei formati Windows Media e, dall'altro, spinge gli ideatori di applicazioni a concepire i propri prodotti in modo da appoggiarsi su talune funzionalità di Windows Media Player ('considerando' 879-896); in terzo luogo, che la suddetta onnipresenza produce effetti su taluni mercati attigui ('considerando' 897-899); e infine, in quarto luogo, che dalle analisi di mercato disponibili emerge invariabilmente una tendenza a favore dell'uso di Windows Media Player e dei formati Windows Media a svantaggio dei suoi principali concorrenti ('considerando' 900-944). Da tali diverse considerazioni la Commissione trae la conclusione che esiste una ragionevole possibilità che la vendita collegata di cui trattasi comporti un indebolimento della concorrenza tale da non garantire più, in un prossimo futuro, il mantenimento di una struttura concorrenziale effettiva ('considerando' 984).

25 Infine, la Commissione respinge gli argomenti della Microsoft secondo i quali, da un lato, la vendita collegata in questione determina degli incrementi di efficienza che compensano gli effetti anticoncorrenziali individuati dalla Commissione ('considerando' 955-970) e, dall'altro, non spinge a una limitazione della concorrenza ('considerando' 971-977).

### III — *Misure correttive e ammenda inflitta alla Microsoft*

26 I due abusi individuati dalla Commissione nella decisione sono stati sanzionati con l'imposizione di un'ammenda pari a EUR 497 196 304 (art. 3 della Decisione).

27 Inoltre, l'art. 4 della Decisione impone alla Microsoft di porre termine agli abusi constatati al suddetto art. 2, in base alle modalità previste dagli artt. 5 e 6 della Decisione. La Microsoft è tenuta altresì ad astenersi dal seguire il medesimo comportamento contemplato dall'art. 2, nonché qualunque comportamento avente oggetto o effetto identico o equivalente.

28 Per quanto riguarda la misura volta alla correzione del comportamento abusivo così individuato, l'art. 5 della Decisione ingiunge alla Microsoft quanto segue:

- «a) La Microsoft [...] è tenuta a divulgare, entro 120 giorni dalla notifica [della Decisione], le informazioni relative all'interoperabilità a qualunque impresa che intenda sviluppare e distribuire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, e ad autorizzare l'utilizzazione da parte di tali imprese, a condizioni ragionevoli e non discriminatorie, delle informazioni relative all'interoperabilità per sviluppare e distribuire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro;

- b) la Microsoft [...] è tenuta a fare in modo che le informazioni relative all'interoperabilità divulgate siano aggiornate ogni volta che sia necessario e in modo tempestivo;
- c) la Microsoft [...] è tenuta ad istituire, entro 120 giorni dalla notificazione della [Decisione], un meccanismo di valutazione che consentirà alle imprese interessate di informarsi efficacemente circa la portata e le condizioni di utilizzazione delle informazioni relative all'interoperabilità; la Microsoft [...] potrà imporre condizioni ragionevoli e non discriminatorie per garantire che l'accesso consentito in tale ambito alle informazioni relative all'interoperabilità venga utilizzato esclusivamente a fini di valutazione;

(...))».

29 Il termine di 120 giorni di cui all'art. 5 della Decisione è scaduto il 27 luglio 2004.

30 Per quanto riguarda la misura correttiva della vendita collegata abusiva individuata nella Decisione, l'art. 6 della stessa dispone quanto segue:

- «a) la Microsoft [...] è tenuta ad offrire, entro 90 giorni dalla notificazione della presente decisione, una versione totalmente funzionale del proprio sistema operativo Windows per PC clients che non comprende Windows Media Player. La Microsoft [...] conserva il diritto di proporre il suo sistema operativo Windows per PC clients assieme a Windows Media Player;

(...))».

31 Il termine di 90 giorni di cui all'art. 6 della Decisione è scaduto il 28 giugno 2004.

### **Procedura per violazione del diritto antitrust americano**

32 Parallelamente all'inchiesta della Commissione, la Microsoft è stata oggetto di un'indagine per violazione delle leggi antitrust americane.

33 Nel 1998, gli Stati Uniti d'America e 20 Stati federati hanno promosso un'azione in giudizio contro la Microsoft in forza dello Sherman Act. Le denunce riguardavano le misure adottate dalla Microsoft contro il programma di navigazione in Internet di Netscape, il «Netscape Navigator», e le tecnologie «Java» della Sun Microsystems. I 20 Stati federati interessati hanno inoltre promosso dei ricorsi contro la Microsoft per violazione delle rispettive leggi antitrust.

34 Dopo che la «United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit» (in prosieguo: la «Corte d'appello»), dinanzi alla quale la Microsoft aveva impugnato la sentenza 3 aprile 2000 della «United States District Court for the District of Columbia» (in prosieguo: la «District Court») si è pronunciata con sentenza in data 28 giugno 2001, la Microsoft ha stipulato nel novembre 2001 una transazione con il Ministero della Giustizia degli Stati Uniti e gli «Attorneys General» di nove Stati (in prosieguo: la «transazione americana») nell'ambito del quale ha assunto due tipi di impegni.

35 In primo luogo, la Microsoft ha accettato di stabilire le specificazioni dei protocolli di comunicazione utilizzati dai sistemi operativi Windows per server a fini di «interoperabilità», ossia per renderli compatibili con i sistemi operativi Windows per PC clients e per concedere a terzi licenze vertenti su tali specificazioni a determinate condizioni.

- 36 In secondo luogo, la transazione americana impone alla Microsoft di consentire alle industrie componentistiche e ai consumatori finali di attivare o di sopprimere l'accesso ai propri programmi «middleware». Il software Windows Media Player è uno dei prodotti appartenenti a tale categoria, come definita nella transazione americana. Tali disposizioni mirano a garantire che i fornitori di programmi middleware possano sviluppare e distribuire prodotti funzionanti correttamente con Windows.
- 37 Le suddette disposizioni sono state convalidate il 1° novembre 2002 dalla District Court, che ha invece respinto le proposte di misure correttive avanzate dai nove Stati che non hanno sottoscritto la transazione americana.
- 38 Adita in appello dallo Stato del Massachusetts, la Corte d'appello ha confermato la decisione della District Court in data 30 giugno 2004.
- 39 In attuazione della transazione americana, nell'agosto 2002 è stato istituito il Microsoft Communication Protocol Program (in prosieguo: il «MCPP»). Dai documenti prodotti dinanzi al Tribunale emerge che, tra l'agosto 2002 e il luglio 2004, 17 concessionari di licenza hanno utilizzato il MCPP.

## **Procedura**

- 40 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 7 giugno 2004, la Microsoft ha proposto, in forza dell'art. 230, quarto comma, CE, un ricorso diretto all'annullamento della decisione o, in subordine, alla soppressione o alla riduzione sostanziale dell'importo dell'ammenda inflitta.

- 41 Con atto separato registrato presso la cancelleria del Tribunale il 25 giugno 2004, la Microsoft ha altresì presentato, in forza dell'art. 242 CE, una domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 4, dell'art. 5, lett. a)-c) e dell'art. 6, lett. a), della Decisione. Nel medesimo atto la Microsoft ha altresì domandato, in base all'art. 105, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, la sospensione dell'esecuzione di queste stesse disposizioni fino alla pronuncia sulla richiesta di misure provvisorie.
- 42 Lo stesso giorno il presidente del Tribunale, in qualità di giudice del procedimento sommario, ha invitato la Commissione a precisare se avesse l'intenzione di procedere all'esecuzione forzata della Decisione prima della pronuncia sulla domanda di misure provvisorie.
- 43 Con lettera ricevuta dalla cancelleria del Tribunale lo stesso giorno, la Commissione ha comunicato al giudice del procedimento sommario la propria decisione di non dar corso all'esecuzione forzata dell'art. 5, lett. a)-c), e dell'art. 6, lett. a), della decisione, fino alla pronuncia sulla domanda di misure provvisorie.
- 44 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 25 giugno 2004, la Novell Inc. (in prosieguo: la «Novell»), con sede a Waltham, Massachusetts (Stati Uniti), rappresentata dai sigg. C. Thomas, M. Levitt, V. Harris, solicitors, e dall'avv. A. Müller-Rappard, ha chiesto di poter intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.
- 45 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 30 giugno 2004, la RealNetworks Inc. (in prosieguo: la «RealNetworks») ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.

- 46 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 30 giugno 2004, la Computer Communications Industry Association (in prosieguo: la «CCIA»), con sede a Washington, DC (Stati Uniti), rappresentata dal sig. J. Flynn, QC, e dagli avv. ti D. Paemen e N. Dodoo, ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.
- 47 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 1° luglio 2004, la Software & Information Industry Association (in prosieguo: la «SIIA») ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.
- 48 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 1° luglio 2004, The Computing Technology Industry Association Inc. (in prosieguo: la «CompTIA») ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Microsoft nel procedimento sommario.
- 49 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 2 luglio 2004, The Association for Competitive Technology (in prosieguo: la «ACT») ha chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Microsoft nel procedimento sommario.
- 50 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 5 luglio 2004, la Digimpro Ltd, con sede a Londra (Regno Unito), la TeamSystem SpA, la Mamut ASA e la CODA Group Holdings Ltd, con sede a Chippenham, Wiltshire (Regno Unito) hanno chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Microsoft nel procedimento sommario.
- 51 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 5 luglio 2004, la DMDsecure.com BV, la MPS Broadband AB, la Pace Micro Technology plc, la Quantel Ltd e la Tandberg Television Ltd (in prosieguo denominate collettivamente: «DMDsecure.com e a.») hanno chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Microsoft nel procedimento sommario.

- 52 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale l'8 luglio 2004, la IDE Nätverksskousulterna AB, con sede in Stoccolma (Svezia), la Exor AB, il sig. T. Rogerson, residente in Harpenden, Hertfordshire (Regno Unito), il sig. P. Setka, residente in Sobeslav (Repubblica Ceca), il sig. D. Tomicic, residente in Norimberga (Germania), il sig. M. Valasek, residente in Karlovy Vary (Repubblica Ceca), il sig. R. Rialdi, residente a Genova, e il sig. B. Nati, residente a Parigi (Francia), hanno chiesto di intervenire a sostegno delle conclusioni della Microsoft nel procedimento sommario.
- 53 Con atto depositato il 13 luglio 2004, la Free Software Foundation Europe (in prosieguo: la «FSF-Europe») ha chiesto di essere ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.
- 54 Le suddette domande di intervento sono state notificate, conformemente all'art. 116, n. 1, del regolamento di procedura, alla ricorrente e alla convenuta, le quali hanno, a seconda dei casi, comunicato le proprie osservazioni entro i termini prescritti o si sono astenute dal presentarle. Con lettere datate 6 e 8 luglio 2004, la Microsoft ha chiesto, nei confronti di tutte le parti eventualmente ammesse ad intervenire, il trattamento riservato dei dati contenuti nella decisione e che la Commissione ha accettato di non rendere pubblici nella versione disponibile sul proprio sito Internet.
- 55 La Commissione ha presentato le proprie osservazioni scritte in merito alla domanda di misure provvisorie il 21 luglio 2004. Tali osservazioni sono state notificate alla Microsoft lo stesso giorno.
- 56 Con ordinanza 26 luglio 2004, il presidente del Tribunale, da un lato, ha ammesso l'intervento della CompTIA, della ACT, della TeamSystem SpA, della Mamut ASA, di DMDsecure.com e a., nonché della Exor AB, della Novell, della RealNetworks, della CCIA e della SIIA e, dall'altro, ha respinto le domande di intervento presentate

dalla Digimpro Ltd, dalla CODA Group Holdings Ltd, dalla IDE Nätverkskonsulterna AB, nonché dai sigg. T. Rogerson, P. Setka, D. Tomicic, M. Valasek, R. Rialdi e B. Nati. Il presidente del Tribunale ha inoltre chiesto che la versione non riservata degli atti del procedimento fosse notificata agli intervenienti e si è riservato di decidere sulla fondatezza della domanda di trattamento riservato.

- 57 Il 27 luglio 2004, il presidente del Tribunale, in qualità di giudice del procedimento sommario, ha organizzato una riunione informale invitando, oltre alla Microsoft e alla Commissione, anche le parti ammesse ad intervenire con ordinanza del presidente del Tribunale 26 luglio 2004, nonché la FSF-Europe. Nel corso di detta riunione, il giudice del procedimento sommario, da un lato, ha ammesso provvisoriamente la FSF-Europe ad intervenire a sostegno della Commissione nel procedimento sommario e, dall'altro, ha illustrato alle parti il calendario delle diverse fasi della procedura nella presente causa per misure provvisorie.
- 58 Con ordinanza 6 settembre 2004, la FSF-Europe è stata ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione.
- 59 Ciascuna delle parti ammesse ad intervenire ha depositato le proprie osservazioni entro i termini prescritti.
- 60 Conformemente a quanto deciso nel corso della riunione informale del 27 luglio 2004, la Microsoft ha risposto il 19 agosto 2004 alle osservazioni presentate dalla Commissione in data 21 luglio 2004.
- 61 Con atto depositato il 31 agosto 2004, la Audiobanner.com, agente sotto la denominazione commerciale di VideoBanner (in prosieguo: la «VideoBanner»), con sede in Los Angeles, California (Stati Uniti), rappresentata dall'avv. L. Alvizar

Ceballos, ha chiesto di essere ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario. Poiché nessuna delle parti principali si è opposta a questa domanda di intervento, la VideoBanner è stata provvisoriamente ammessa ad intervenire ed è stata invitata a presentare le proprie osservazioni direttamente nel corso dell'audizione.

62 In risposta alle osservazioni della Microsoft del 19 agosto 2004, la Commissione ha depositato nuove osservazioni in data 13 settembre 2004.

63 La ricorrente e la convenuta hanno inoltre depositato osservazioni scritte sulle memorie di intervento il 13 settembre 2004.

64 A titolo di misure di organizzazione del procedimento, il presidente del Tribunale, in qualità di giudice del procedimento sommario, ha posto delle questioni scritte alla Microsoft, alla Commissione e ad alcune delle parti intervenienti. Le risposte date a suddette questioni entro i termini prescritti sono state notificate a tutte le parti.

65 Le osservazioni di tutte le parti, VideoBanner compresa, sono state ascoltate nel corso di un'audizione svoltasi il 30 settembre e il 1° ottobre 2004.

66 Con lettera 8 ottobre 2004, la RealNetworks ha depositato presso la cancelleria delle precisazioni che il giudice del procedimento sommario, nel corso dell'audizione, le aveva chiesto presentare. Le altre parti hanno ricevuto comunicazione di tale lettera e sono state invitate a presentare le proprie osservazioni al riguardo.

- 67 Con lettera 27 ottobre 2004, la Microsoft ha presentato osservazioni sulla lettera prodotta dalla RealNetworks l'8 ottobre 2004. Le altre parti non hanno presentato osservazioni.
- 68 La CCIA e la Novell, rispettivamente con lettere 10 e 19 novembre 2004, hanno comunicato al Tribunale la decisione di rinunciare al proprio intervento nella causa in oggetto. La Commissione, la Microsoft e le parti intervenienti hanno presentato le proprie osservazioni scritte su tale rinuncia entro i termini prescritti.
- 69 A seguito della rinuncia della CCIA e della Novell, è stata indetta una riunione informale in data 25 novembre 2004 in presenza di tutte le parti, al fine di affrontare le conseguenze processuali delle rinunce stesse. Il verbale di tale riunione è stato comunicato a tutte le parti il 26 novembre 2004.

## **In diritto**

- 70 In forza del combinato disposto dell'art. 242 CE, da un lato, e dell'art. 225, n. 1, CE, dall'altro, il Tribunale può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato.
- 71 L'art. 104, n. 2, del regolamento di procedura dispone che la domanda di provvedimenti provvisori deve precisare i motivi dell'urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustifichino prima facie (*fumus boni iuris*) l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto. Questi presupposti sono cumulativi, di modo che una domanda di sospensione dell'esecuzione dev'essere respinta qualora manchi

uno di essi. Il giudice del procedimento sommario procede altresì, se del caso, alla ponderazione degli interessi in gioco (ordinanza del presidente della Corte 23 febbraio 2001, causa C-445/00 R, Austria/Consiglio, Racc. pag. I-1461, punto 73).

72 Nell'ambito di siffatta valutazione complessiva, il giudice del procedimento sommario deve esercitare l'ampio potere discrezionale di cui dispone per stabilire il modo in cui vanno accertate le varie condizioni in parola tenendo presenti le particolarità di ogni singolo caso [ordinanza del presidente della Corte 29 gennaio 1997, causa C-393/96 P(R), Antonissen/Consiglio e Commissione, Racc. pag. I-441, punto 28].

73 Ai sensi dell'art. 107, n. 1, del regolamento di procedura, «[s]ulla domanda si provvede mediante ordinanza motivata». È stato peraltro precisato che il giudice del procedimento sommario non è tenuto a pronunciarsi espressamente su tutti i punti di fatto o di diritto dibattuti durante tale procedimento. In particolare, è sufficiente che la motivazione da lui esposta giustifichi validamente, con riguardo alle circostanze del caso di specie, la sua ordinanza e consenta alla Corte di esercitare il proprio sindacato giurisdizionale [ordinanza SCK e FNK/Commissione (cit. supra, punto 71), punto 52, nonché ordinanza del presidente della Corte 25 giugno 1998, causa C-159/98 P(R), Antille olandesi/Consiglio, Racc. pag. I-4147, punto 70].

74 Tenuto conto del fatto che alla Microsoft vengono addebitati due distinti abusi di posizione dominante, cosa che del resto risulta tanto dalla struttura della Decisione quanto dalla costruzione degli argomenti della ricorrente, il giudice del procedimento sommario ritiene opportuno esaminare separatamente l'argomento esposto a sostegno delle conclusioni miranti a sospendere l'esecuzione, in primo luogo, dell'art. 5, lett. a)-c), in combinato disposto con l'art. 4 della decisione (parte relativa al problema delle informazioni riguardanti l'interoperabilità) e, in secondo luogo, dell'art. 6, lett. a), in combinato disposto con lo stesso art. 4 (parte relativa al problema della vendita collegata del sistema operativo Windows e del programma Windows Media Player). Tale esame viene preceduto da un'analisi della richiesta di

trattamento riservato, della domanda di intervento della VideoBanner, degli effetti della rinuncia da parte della CCIA e della Novell e del rispetto di talune condizioni formali relative agli scritti.

I — *Sulla domanda di trattamento riservato*

- 75 Nella fase del procedimento sommario risulta opportuno accordare il trattamento riservato, nei confronti delle parti ammesse all'intervento, dei dati contenuti nella Decisione e che la Commissione ha accettato di non rendere pubblici nella versione disponibile sul proprio sito Internet, nei limiti in cui tali informazioni possano, prima facie, essere considerate segrete o riservate ai sensi dell'art. 116, n. 2, del regolamento di procedura.

II — *Sulla domanda di intervento della VideoBanner*

- 76 Come sottolineato supra, al punto 61, la VideoBanner ha depositato una domanda di intervento nel procedimento sommario a sostegno delle conclusioni della Commissione.
- 77 Essendo stata introdotta conformemente all'art. 115, n. 2, del regolamento di procedura, e non avendo le parti principali sollevato obiezioni, la suddetta domanda dev'essere accolta, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, dello Statuto della Corte di giustizia, applicabile al Tribunale in forza dell'art. 53, primo comma, del medesimo Statuto.

III — *Sugli effetti della rinuncia di taluni intervenienti*

- 78 Poiché la CCIA e la Novell hanno comunicato al Tribunale di ritirare il proprio intervento a sostegno delle conclusioni della Commissione nell'ambito del procedimento sommario, il presidente del Tribunale, in qualità di giudice del procedimento sommario, ha organizzato una riunione informale in presenza di tutte le parti allo scopo di esaminare alcune delle conseguenze processuali di tali rinunce.
- 79 Come emerge dal verbale della suddetta riunione, le parti si sono accordate sui seguenti punti: in primo luogo, i documenti depositati dalla CCIA e dalla Novell nell'ambito del procedimento sommario, compresi tutti gli allegati alle loro memorie, nonché gli argomenti da esse esposti nel corso dell'audizione continuano a far parte del fascicolo del presente procedimento sommario; in secondo luogo, tutte le parti e il giudice del procedimento sommario possono basarsi sui suddetti elementi ai fini, rispettivamente, delle proprie argomentazioni e della propria valutazione; e, in terzo luogo, tutti gli elementi depositati nel fascicolo della presente causa hanno costituito oggetto di un dibattito in contraddittorio tra le parti.
- 80 Peraltro la RealNetworks, nelle proprie osservazioni sulla rinuncia della CCIA, ha sostenuto che quest'ultima non aveva facoltà di rinunciare alla causa in oggetto.
- 81 Al riguardo, il giudice del procedimento sommario ritiene che non spetti a lui esaminare l'accusa sollevata dalla RealNetworks in quanto, da un lato, egli non è competente a pronunciarsi sul problema se le decisioni degli organi direttivi della CCIA siano state adottate nel rispetto delle disposizioni degli statuti costitutivi di tale società e, dall'altro, la domanda di rinuncia è stata presentata dalla CCIA conformemente a quanto prescritto dalle disposizioni del regolamento di procedura del Tribunale.

*IV — Sul rispetto delle condizioni di forma relative alle memorie scritte*

- 82 La Commissione e talune delle parti intervenute a sostegno delle sue conclusioni hanno fatto valere, in primo luogo, l'irricevibilità di alcuni rinvii a documenti allegati al ricorso principale della Microsoft, in secondo luogo, l'irricevibilità di alcuni documenti prodotti dalla Microsoft in corso d'istanza, in terzo luogo, l'assenza di prove a sostegno di talune affermazioni e, in quarto luogo, il mancato rispetto di altre condizioni di forma.

*Sui rinvii al ricorso principale*

- 83 Nelle osservazioni presentate il 21 luglio 2004, la Commissione elenca i punti dell'atto introduttivo della domanda di provvedimenti urgenti che contengono rinvii, da un lato, al ricorso principale e, dall'altro, ai documenti allegati al suddetto ricorso ma che non sono stati presentati unitamente alla domanda di provvedimenti urgenti (allegati A.9, A.9.1, A.9.2, A.11, A.12.1, A.17, A.18, A.19, A.20, A.21, A.22 e A.24). La Commissione ne deduce che la Microsoft non può fondarsi utilmente su tali documenti.
- 84 Nelle osservazioni depositate il 13 settembre 2004, la Commissione aggiunge che dovrebbero essere respinti anche i nuovi rinvii al ricorso principale effettuati dalla Microsoft nelle osservazioni da essa presentate il 19 agosto 2004, in particolare per quanto riguarda l'accordo dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) in merito agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale relativi al commercio (in prosieguo: l'«ADPIC»). Presentare le corrispondenti sezioni del ricorso principale come allegato alle osservazioni (allegato T.9) non consentirebbe di concludere che la domanda di provvedimenti urgenti sia in sé sufficiente.

- 85 Al riguardo occorre ricordare che, nel corso della riunione informale del 27 luglio 2004 (v. supra, punto 57), il giudice del procedimento sommario ha richiamato l'attenzione della Microsoft sui numerosissimi riferimenti al ricorso principale contenuti nella domanda di provvedimenti urgenti, ponendole alcune domande in proposito. Come risulta dal verbale della suddetta riunione, la Microsoft ha spiegato nella sua risposta quanto segue: «[l]a ricorrente conferma che la domanda di provvedimenti urgenti dovrebbe essere considerata di per sé sufficiente e che i numerosi richiami agli allegati al ricorso principale contenuti nella domanda stessa potevano essere ignorati ai fini del procedimento sommario».
- 86 Questa presa di posizione è conforme al punto VII, paragrafo 1, delle Istruzioni pratiche alle parti (GU 2002, L 87, pag. 48), ai sensi del quale la domanda di provvedimenti provvisori «dev'essere comprensibile di per sé, senza necessità di fare riferimento al ricorso nella causa di merito».
- 87 Di conseguenza, la fondatezza della domanda di provvedimenti provvisori della Microsoft può essere valutata unicamente con riferimento agli elementi di fatto e di diritto che emergono dal testo stesso della domanda e dai documenti ad essa allegati e diretti ad illustrarne il contenuto (v., in tal senso, ordinanza del presidente del Tribunale 7 maggio 2002, causa T-306/01 R, Aden e a./Consiglio e Commissione, Racc. pag. II-2387, punto 52). Vero è che non si può da questo concludere che tutte le asserzioni fondate su un documento non allegato alla domanda di provvedimenti urgenti devono essere necessariamente escluse dal dibattito; tuttavia, va rilevato che non si potrà ritenere fornita la prova di simili asserzioni qualora esse vengano contestate dalla controparte o da una parte intervenuta a sostegno di quest'ultima.
- 88 Per quanto riguarda il rinvio all'allegato T.9, occorre ricordare che, se un testo può essere sorretto e completato in taluni punti specifici con rinvii a determinati passaggi dei documenti ad esso allegati, un rinvio globale ad altri scritti, ancorché allegati alla domanda di provvedimenti urgenti, non può valere a rimediare alla mancanza di elementi essenziali nell'ambito della domanda stessa (ordinanza Aden e a./Consiglio e Commissione, cit. supra punto 87, punto 52). In tale contesto va

precisato che il punto VII, paragrafo 2, delle Istruzioni pratiche, ai sensi del quale «i motivi di fatto e di diritto sui quali è basato il ricorso principale e che facciano apparire a prima vista la fondatezza di quest'ultimo» sono indicati «in modo estremamente breve e conciso», non può essere inteso, a meno di aggirare la regola ivi dettata, nel senso che esso consente un rinvio globale a un documento allegato che riprende il dettaglio dell'argomentazione.

- 89 Fatti salvi gli altri documenti versati al fascicolo e le intenzioni dichiarate nel corso dell'audizione dinanzi al giudice del procedimento sommario, si procederà alla decisione senza tener conto né degli allegati al ricorso principale, né dell'allegato T.9.

*Sulla produzione di documenti in corso d'istanza*

- 90 Nelle osservazioni presentate il 13 settembre 2004, la Commissione osserva, in primo luogo, che gli argomenti esposti dalla Microsoft nelle sue osservazioni del 19 agosto 2004 vanno oltre gli argomenti dedotti nel ricorso principale, in particolare l'argomento relativo ai diritti di proprietà intellettuale illustrato in due allegati distinti (allegato T.3, intitolato «Parere del sig. Prescott», e allegato T.6, intitolato «Parere del sig. Galloux»). Inoltre, non viene affatto spiegato perché l'allegato T.3, documento datato 3 giugno 2004, non sia stato prodotto fin dall'introduzione della domanda di provvedimenti provvisori.
- 91 La Commissione inoltre rileva che la Microsoft ha presentato unitamente alle proprie osservazioni del 19 agosto 2004 un documento allegato al ricorso principale [allegato A.21, divenuto allegato T.5, Knauer, «Sugli aspetti di diritto dei brevetti della (Decisione)»], nonché un documento il cui contenuto sembra identico a quello di un allegato al ricorso principale (allegato T.8, Evans, Nichols e Padilla, «Previsione economica degli effetti di compartimentazione sollevati dalla Commissione relativi al rifiuto di fornitura e alla vendita collegata», simile all'allegato A.19).

- 92 Nelle loro risposte alle questioni scritte del Tribunale e prima della loro rinuncia, la Novell e la CCIA sostengono che taluni documenti sarebbero irricevibili in quanto avrebbero dovuto essere prodotti assieme alla domanda di provvedimenti urgenti, mentre sono stati presentati solo in un momento successivo (allegati T.3, T.5, T.8 e U.2, Campbell-Kelly, «Commentario sul carattere innovativo dell'Active Directory»).
- 93 Il giudice del procedimento sommario osserva che i documenti T.3, T.5, T.6 e T.8 sono stati allegati alle osservazioni della Microsoft del 19 agosto 2004, e che sono diretti a suffragarne il contenuto. Di conseguenza, non si può accusare la Microsoft per aver risposto in modo circostanziato agli argomenti dedotti dalla Commissione nelle osservazioni da essa presentate il 21 luglio 2004, non rilevando al riguardo il fatto che il documento allegato sia di data antecedente a quella del deposito della domanda di provvedimenti urgenti o che esso sia identico o analogo a un documento allegato al ricorso principale. Parimenti, le osservazioni della Microsoft sulle memorie di intervento potevano, per ragioni simili, essere validamente fondate sull'allegato U.2.

### *Sulla mancanza di prove*

- 94 La Commissione fa notare che gli allegati T.5 e T.8 si basano su informazioni cui essa non ha accesso [per l'allegato T.5, il paragrafo 4 rinvia senza ulteriori specificazioni a un'informazione ottenuta dalla Microsoft; per l'allegato T.8, non vengono presentati i rapporti indicati al paragrafo 6 (Merryll Lynch e Forrester, relativi ai dati del mercato dei server), alla nota a piè di pagina n. 35 (studio condotto dalla Microsoft), alle note a piè di pagina nn. 42 e 43 («Indagine Digital Media Tracker»), alla nota a piè di pagina n. 48 («Analisi dei lettori multimediali installati sui microcomputers»), alla nota a piè di pagina n. 50 («Comunicazione NERA»)].
- 95 Al riguardo è sufficiente indicare che spetta al giudice del procedimento sommario valutare, all'occorrenza, se le affermazioni fondate sui rapporti e le informazioni sopra indicate siano prive di forza probatoria.

*Sul mancato rispetto di alcune altre condizioni di forma*

- 96 La Commissione e la CCIA, prima della rinuncia da parte di quest'ultima, osservano che la Microsoft fa rinvio, nella sua domanda di provvedimenti provvisori, all'allegato R.6 (Carboni, «Parere sul diritto dei marchi»), senza chiarire quale sia la rilevanza di tale documento: di conseguenza, non si dovrebbe tener conto di detto allegato.
- 97 Come già spiegato al punto 88, supra, il rinvio globale ad altri scritti, anche se allegati alla domanda di provvedimenti urgenti, non può valere a rimediare alla mancanza di elementi essenziali nella domanda stessa. Nel caso di specie, l'allegato R.6, richiamato nella domanda di provvedimenti urgenti, va a sostegno di un argomento relativo al rischio di pregiudizio ai marchi commerciali della Microsoft, esposto nel seguente modo: «[l]'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione recherebbe inoltre un grave pregiudizio ai marchi commerciali Microsoft e Windows, in quanto la Microsoft sarebbe obbligata a vendere un prodotto degradato incompatibile con la propria concezione di base». Poiché da tale frase emerge chiaramente che l'allegato R.6 è diretto ad illustrare il rischio individuato, il giudice del procedimento sommario ritiene che tale allegato non debba essere estromesso dal dibattito.

*V — Nel merito**Sul problema delle informazioni relative all'interoperabilità**A — Argomenti delle parti*

1. Argomenti della Microsoft e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni

*a) Il fumus boni iuris*

- 98 La Microsoft dichiara che vi è un notevole contrasto con la Commissione riguardo al problema della concessione obbligatoria di licenze relative ai suoi protocolli di

comunicazione, e di conseguenza sussisterebbe il requisito consistente nel dimostrare, a prima vista, l'illegittimità dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione.

- 99 Secondo la Microsoft, nel caso di specie non sono presenti le quattro condizioni in base alle quali si può imporre ad un'impresa di accordare una licenza, così come precisate dalla Corte nelle sentenze 5 ottobre 1988, causa 238/87, Volvo (Racc. pag. 6211); 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE e ITP/Commissione (Racc. pag. I-743; in prosieguo: la «sentenza Magill»); 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner (Racc. pag. I-7791), e 29 aprile 2004, causa C-418/01, IMS Health (Racc. pag. I-5039, punto 49).
- 100 In primo luogo, gli elementi di proprietà intellettuale della Microsoft che la decisione imporrebbe di divulgare ai concorrenti non sarebbero indispensabili per l'esercizio dell'attività di fornitore di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro.
- 101 Innanzitutto, la Microsoft sostiene che esistono cinque metodi che permettono di garantire l'interoperabilità tra i sistemi operativi forniti da distributori diversi. Primo, l'utilizzazione di protocolli di comunicazione standard come TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) e HTTP (HyperText Transfer Protocol), secondo, l'aggiunta di un codice software ad un sistema operativo Windows per PC clients o per server in modo da consentirgli di comunicare con un sistema operativo per server concorrente della Microsoft utilizzando protocolli di comunicazione specifici per il suddetto sistema operativo per server; terzo, l'aggiunta di un codice software a un sistema operativo per server concorrente della Microsoft, in modo da permettergli di comunicare con un sistema operativo Windows per PC clients o per server utilizzando i protocolli di comunicazione propri dei sistemi operativi Windows; quarto, l'aggiunta di un blocco di codici software a tutti i sistemi operativi per PC clients e per server di una rete che permetta di garantire l'interoperabilità tramite la comunicazione tra i suddetti blocchi di codici software; e, quinto, l'utilizzazione di un sistema operativo Windows per server come «porta» tra il sistema operativo Windows per PC clients e il sistema operativo per server concorrente.

- 102 Inoltre, la Microsoft sottolinea la mancanza di denunce da parte di clienti riguardo al grado di interoperabilità esistente.
- 103 Infine, la Microsoft invoca la presenza continua di numerosi concorrenti che svolgono tale attività.
- 104 In secondo luogo, il rifiuto da parte della Microsoft di divulgare i propri elementi di proprietà intellettuale ai suoi concorrenti non avrebbe ostacolato la comparsa di nuovi prodotti per i quali sarebbe rimasta insoddisfatta una domanda dei consumatori, né sarebbe stata fornita prova di alcuna insoddisfazione. Non vi sarebbe neppure la prova che gli elementi di proprietà intellettuale della Microsoft verrebbero utilizzati dai suoi concorrenti per elaborare nuovi prodotti e non semplicemente per limitarsi a riprodurre le funzionalità dei prodotti Microsoft esistenti.
- 105 In terzo luogo, il fatto che la Microsoft abbia conservato la sua tecnologia a proprio uso e consumo non avrebbe causato un'eliminazione della concorrenza su un mercato derivato poiché, come dimostrerebbe la costante crescita della Linux, sussiste un'attiva concorrenza da parte dei distributori di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro. Sei anni dopo il presunto rifiuto della Microsoft il mercato si troverebbe pertanto in situazione concorrenziale.
- 106 In quarto luogo, il rifiuto di concedere licenze vertenti sulla sua tecnologia a distributori di sistemi operativi per server concorrenti sarebbe oggettivamente giustificato. Infatti, a differenza delle informazioni protette dalla normativa nazionale in discussione nelle cause Magill e IMS Health (punto 99 supra), e che le società coinvolte si erano rifiutate di diffondere, le informazioni protette nella causa presente verrebbero su una tecnologia segreta e di grande valore. Nella fattispecie, per giungere alla conclusione che il rifiuto di comunicare informazioni protette da diritti di proprietà intellettuale non era oggettivamente giustificato e

costituiva conseguentemente una violazione dell'art. 82 CE, la Commissione avrebbe fatto ricorso ad un criterio di valutazione impreciso, che si discosta nettamente da quelli accolti dalla giurisprudenza precedente. La Commissione, difatti, avrebbe sostenuto che il suddetto rifiuto costituisce violazione dell'art. 82 CE se, tutto considerato, l'incidenza positiva sull'innovazione nel settore complessivo compensa l'incidenza negativa sugli stimoli dell'impresa all'innovazione ('considerando' 783). A parte la vaghezza di questo nuovo criterio, non sarebbe dimostrato, in base a prove o ad analisi, che l'innovazione nel suddetto settore sarebbe stimolata dalla comunicazione ai concorrenti della tecnologia di cui è proprietaria la Microsoft. Quest'ultima sostiene, al contrario, che una licenza obbligatoria produrrebbe l'effetto di far abbassare il livello di concorrenza fra i distributori di sistemi operativi per server.

- 107 Peraltro, la Microsoft sostiene che la Sun Microsystems non le ha chiesto di usufruire della tecnologia che la Commissione le ordina di divulgare. Inoltre, poiché tale società non ha mai chiesto licenze allo scopo di elaborare software nel SEE, la Microsoft sostiene che non era affatto tenuta a considerare la domanda della Sun Microsystems come uno stimolo ad adottare una condotta che potesse rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 82 CE.
- 108 Infine, imponendo alla Microsoft di accordare licenze vertenti su informazioni protette, la Commissione non terrebbe correttamente in considerazione gli obblighi gravanti sulle Comunità in forza dell'ADPIC (v. supra, punto 84).
- 109 Nelle osservazioni presentate il 19 agosto 2004, la Microsoft sostiene che la Commissione non aveva motivo di sostenere che la Decisione non le imponga una condotta diversa, ma abbia unicamente l'effetto di obbligarla a riprendere la politica commerciale inizialmente seguita. Infatti, la Microsoft osserva, in primo luogo, che la Commissione non insinua che le informazioni previste dall'art. 5 della Decisione le fossero state comunicate in passato. Essa inoltre rileva che, nel caso in cui la Commissione si fosse riferita in tali termini all'informazione vertente sulla tecnologia di rete concessa in licenza a AT&T nel 1994, per consentire

l'elaborazione di un prodotto denominato «Advanced Server for UNIX» («AS/U»), si dovrebbe allora sottolineare che la comunicazione delle informazioni non è stata interrotta. Difatti, il prodotto denominato «PC Net Link», sviluppato dalla Sun Microsystems, cui la AT&T ha concesso una licenza relativa ad AS/U, sarebbe tuttora disponibile sul mercato. La Sun Microsystems continuerebbe a garantirne la promozione affermando di fornire «servizi di rete Windows NT d'origine» — ivi compresi servizi di archiviazione e di stampa, nonché servizi di gestione degli utenti e dei gruppi — nei sistemi operativi per server Solaris. Secondo la Sun Microsystems, inoltre, PC Net Link funziona correttamente con le ultime versioni dei sistemi operativi Windows per PC clients della Microsoft, tra cui Windows 2000 Professional e Windows XP.

- 110 Inoltre, la Microsoft non potrebbe essere obbligata in futuro a concedere licenze riguardanti tutti i suoi protocolli di comunicazione dal momento che ha deciso, nel 1994, di concedere una licenza relativa ad una tecnologia di rete ad AT&T. Del resto, è sulla base di una convenzione che la Microsoft e la AT&T hanno deciso di non estendere la propria relazione commerciale a nuove tecnologie.
- 111 Infine, la Microsoft mette in evidenza che i venditori concorrenti di sistemi operativi per server non dipendono dalle informazioni sull'interoperabilità che essa avrebbe cessato di comunicare. La Novell non ha mai utilizzato AS/U e non ha mai manifestato il minimo interesse per tale utilizzo. NetWare della Novell fornisce servizi di archiviazione e di stampa, nonché servizi di gestione di utenti e di gruppi ai sistemi operativi Windows utilizzando la propria serie di protocolli di comunicazione. Neppure i venditori Linux fanno alcun uso di AS/U. I loro sistemi operativi per server forniscono servizi di archiviazione e di stampa, nonché servizi di gestione di utenti e di gruppi, ai sistemi operativi Windows utilizzando il pacchetto software a codice fonte libero Samba, elaborato grazie ad uno studio a ritroso dei protocolli di comunicazione della Microsoft.

b) Sull'urgenza

112 La Microsoft sostiene che l'esecuzione immediata dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione darebbe origine a tre tipi di danni gravi e irreparabili.

1) Violazione dei diritti di proprietà intellettuale

113 La Decisione produrrebbe l'effetto di imporre alla Microsoft di concedere licenze vertenti su informazioni di grande valore tutelate da diritti di proprietà intellettuale. Una tale violazione dei diritti di proprietà intellettuale costituirebbe un danno grave e irreparabile.

i) Informazioni di grande valore

114 Secondo la Microsoft, i protocolli di comunicazione costituiscono una tecnologia di sua proprietà, utilizzata dai sistemi operativi Windows per PC clients e per server a fini di scambi di informazioni con altre copie dei suddetti sistemi operativi, aventi un notevole valore commerciale [studio di S. Madnick e B. Meyer, «Danni causati dall'obbligo imposto alla Microsoft di divulgare tutti i protocolli di comunicazione utilizzati per fornire i servizi per gruppi di lavoro», allegato R.2 (in prosieguo: lo «studio Madnick e Meyer»)]. I suoi protocolli di comunicazione sarebbero il frutto di anni di ricerca e di sviluppi assai costosi. Gli sforzi compiuti per ideare protocolli di comunicazione che forniscano funzionalità efficaci e accrescano la rapidità, l'affidabilità, la sicurezza e l'efficienza delle interazioni tra i sistemi operativi Windows sarebbero stati sostanziali.

- 115 Per quanto riguarda le specificazioni dei protocolli di comunicazione, che consistono in descrizioni dettagliate della ideazione e delle modalità di funzionamento dei protocolli di comunicazione, esse permetterebbero ad un concorrente che ne fosse in possesso di utilizzare i protocolli di comunicazione della Microsoft all'interno del proprio sistema operativo per server.
- 116 Nelle osservazioni presentate il 19 agosto 2004, la Microsoft sottolinea come la concessione obbligatoria di licenze vertenti sulle specificazioni dei protocolli di comunicazione che consentono a più sistemi operativi Windows per server di funzionare congiuntamente, allo scopo di proporre servizi per gruppi di lavoro, provocherebbe l'effetto di diffondere una mole notevole di informazioni relative all'ideazione interna dei sistemi operativi Windows. Come emerge dallo studio Madnick e Meyer, la concessione di licenze vertenti sui protocolli di comunicazione che permettono l'interazione tra diversi sistemi operativi Windows per server porterebbe a rivelare molteplici informazioni sul funzionamento dell'Active Directory in seno ai suddetti sistemi operativi.

ii) Informazioni protette da diritti di proprietà intellettuale

- 117 I protocolli di comunicazione della Microsoft e le specificazioni che li descrivono sarebbero tutelati da diritti di proprietà intellettuale. Nel rispondere ad un argomento dedotto dalla Commissione nelle osservazioni presentate il 21 luglio 2004, la Microsoft precisa, da un lato, che è necessario distinguere tra la progettazione dei protocolli, le specificazioni degli stessi e la loro attuazione e, dall'altro, che la tutela della proprietà intellettuale non è limitata a una di queste tre categorie.

## Tutela mediante il diritto d'autore

- 118 I protocolli di comunicazione sarebbero tutelati dal diritto d'autore, in forza della convenzione di Berna per la tutela delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886, modificata da ultimo il 28 settembre 1979, nonché in forza del preambolo e dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 maggio 1991, 91/250/CEE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (GU L 122, pag. 42). Quanto alle specificazioni dei suddetti protocolli, si tratterebbe di materiali di progettazione preparatori, anch'essi tutelati dal diritto d'autore (parere del sig. Prescott, allegato T.3, menzionato supra, punto 90).
- 119 Di conseguenza la Microsoft, come tutti i titolari di un diritto d'autore, godrebbe del diritto esclusivo di autorizzare la pubblicazione delle sue opere protette o di metterle in altro modo a disposizione del pubblico. Le legislazioni dei diversi Stati membri in materia di diritti d'autore autorizzerebbero esplicitamente i proprietari di opere tutelate a decidere se queste possano essere pubblicate o divulgate in una qualunque maniera. Orbene, la Decisione priverebbe la Microsoft del diritto di stabilire in quale forma, a chi, quando e in quali condizioni essa intenda rendere disponibile, se del caso, le specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione. La Commissione, pertanto, non può allo stesso tempo riconoscere che le specificazioni dei protocolli di comunicazione della Microsoft, una volta redatte, sono tutelate dal diritto d'autore e sostenere che l'obbligo di concedere licenze vertenti su tali specificazioni, imposto alla Microsoft dalla Decisione, non viola la sostanza stessa del suddetto diritto.
- 120 Il titolare di un diritto d'autore godrebbe inoltre del diritto esclusivo di autorizzare la creazione di opere derivate, come emerge tanto dall'art. 12 della convenzione di Berna, quanto dall'art. 4 della direttiva 91/250. Orbene, tale diritto esclusivo di autorizzare la creazione di opere derivate sarebbe violato in quanto l'applicazione, da parte dei concorrenti della Microsoft, delle specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione costituirebbe quasi certamente un adattamento, ovvero una traduzione, delle suddette specificazioni rientrante nella sfera di applicazione del

diritto d'autore, e che non potrebbe essere considerato come un'opera elaborata in modo autonomo. Peraltro, anche supponendo che i beneficiari di licenza siano in grado di applicare alcune specificazioni senza violare il diritto d'autore della Microsoft, la Decisione non imporrebbe loro di agire in tale maniera, in quanto essa esige che la Microsoft «autorizzi l'uso» delle specificazioni dei protocolli di comunicazione, senza porre alcun limite alla maniera in cui i beneficiari di licenza possono elaborare le proprie realizzazioni. Pertanto, non vi sono motivi per ritenere che i beneficiari di licenza si limiterebbero a elaborare applicazioni non illecite, anche nell'ipotesi in cui ciò fosse possibile.

- 121 Infine, la Microsoft sostiene che, nell'ambito della transazione americana, tutte le parti hanno accettato che le specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione client-server vengano protette dal diritto d'autore.

#### Tutela mediante brevetto

- 122 Nella domanda di provvedimenti provvisori, la Microsoft spiega che alcuni dei protocolli di comunicazione che la Commissione le impone di diffondere sono coperti da brevetti o da domande di brevetto e comunica la propria intenzione di depositare, entro il giugno 2005, un notevole numero di richieste di brevetti relativi a diversi aspetti dei sistemi operativi Windows per PC clients e per server riguardanti i protocolli di comunicazione indicati nella Decisione. L'assenza di limiti temporali quanto agli effetti della Decisione giustificherebbe l'inclusione dei futuri brevetti nel dovere di licenza obbligatoria imposto dalla Decisione.

- 123 Nelle osservazioni depositate il 19 agosto 2004, la Microsoft individua tre brevetti europei esistenti e due domande di brevetto pendenti relativi ai protocolli di comunicazione soggetti a licenza obbligatoria. Secondo il parere del sig. Knauer, allegato T.5, menzionato al punto 91 della presente ordinanza, diversi protocolli di

comunicazione utilizzati dai sistemi operativi Windows per server allo scopo di fornire servizi di archiviazione e di stampa nonché servizi di gestione degli utenti e dei gruppi sono coperti da brevetti, vale a dire: il protocollo DFS (Distributed File System), coperto dal brevetto EP 0 661 652 B1; il protocollo SMB, coperto dal brevetto EP 0 438 571 B1; il protocollo Distributed Component Object Model Remote, coperto dal brevetto EP 0 669 020 B1. Le domande di brevetto, inoltre, verterebbero sui protocolli Constraint Delegation e Active Directory Sites.

- 124 Di conseguenza, la Microsoft osserva come la Commissione non escluda la tecnologia brevettata dalla misura correttiva, imponendo la concessione di licenze su tutti i suoi diritti di proprietà intellettuale relativi ai protocolli di comunicazione, compresi tutti i brevetti. I concorrenti quindi non avrebbero alcun motivo per tentare di sviluppare applicazioni che non sfruttano i metodi brevettati.

#### Tutela mediante segreto commerciale

- 125 Secondo la Microsoft i protocolli di comunicazione sono segreti commerciali non divulgati ai terzi, salvo che costoro non si siano impegnati a rispettare un dovere di riservatezza stipulato contrattualmente.
- 126 In risposta alle osservazioni della Commissione del 21 luglio 2004 secondo le quali, da un lato, nel diritto della concorrenza la legittimità del rifiuto di divulgare un «segreto» la cui esistenza dipende semplicemente da una decisione commerciale unilaterale dovrebbe essere valutata in funzione degli interessi in gioco e, dall'altro, il danno causato alla Microsoft attraverso l'obbligo di divulgare i propri segreti commerciali è meno grave del pregiudizio derivante dall'obbligo imposto alla stessa società di autorizzare la riproduzione delle sue opere protette dal diritto d'autore o la violazione dei suoi brevetti, la Microsoft ribatte di avere attualmente la possibilità

di trasferire a terzi i propri protocolli di comunicazione dietro compenso economico, di poter perseguire in giudizio chi utilizza illegittimamente i suddetti protocolli (pareri del sig. Prescott e del sig. Galloux, rispettivamente allegati T.3 e T.6, menzionati supra al punto 90), e che, di conseguenza, la concessione obbligatoria di licenze danneggerebbe il valore degli attivi in questione. Inoltre, non è possibile dedurre dalla sentenza 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione (Racc. pag. II-755, punti 84 e 139), che il Tribunale ha ammesso che le informazioni segrete sotto forma di specificazioni non sarebbero tutelate allo stesso modo di altri diritti di proprietà intellettuale, dal momento che al Tribunale non era stato chiesto se le specificazioni di contenitori in cartone costituissero segreti commerciali protetti.

#### Sul carattere necessario delle informazioni

127 Nelle osservazioni presentate il 21 luglio 2004, la Commissione afferma che le specificazioni dei protocolli di comunicazione della Microsoft costituiscono «informazioni necessarie all'interoperabilità» ai sensi della direttiva 91/250 e che, di conseguenza, la concessione obbligatoria di licenze imposta dalla Decisione non procurerebbe ai concorrenti della Microsoft più di quanto essi potrebbero ottenere grazie alla decompilazione dei sistemi operativi Windows per server conformemente alla deroga prevista dall'art. 6 della direttiva.

128 La Microsoft però ritiene tale argomento erroneo per vari motivi.

129 In primo luogo, l'art. 6, n. 2, della direttiva 91/250 costituirebbe semplicemente una deroga limitata ai diritti esclusivi del proprietario di un programma informatico tutelato, come indicati all'art. 4 della direttiva stessa. In alcune circostanze specifiche, un «utente legittimo» è autorizzato a «scoprire» le interfacce di un programma informatico protetto procedendo alla «decompilazione» del codice leggibile dell'apparecchio che presenta le interfacce. Tale «decompilazione» è autorizzata soltanto quando le interfacce sono indispensabili per garantire la funzionalità di un programma informatico creato autonomamente e non sono state

rese disponibili dal proprietario del programma. Nel caso di specie, non solo la Microsoft sostiene di aver già diffuso le interfacce necessarie perché i programmi informatici di terzi possano far ricorso alla funzionalità dei sistemi operativi Windows per server, ma inoltre le specificazioni dei protocolli di comunicazione della Microsoft non servirebbero per garantire la funzionalità di un sistema operativo per server per gruppi di lavoro creato autonomamente. Al contrario, la Decisione imporrebbe alla Microsoft di autorizzare i concorrenti a creare prodotti che offrano gli stessi servizi di archiviazione e di stampa e gli stessi servizi di gestione degli utenti e dei gruppi proposti dai sistemi operativi Windows per server, elaborando un proprio procedimento di applicazione dei protocolli di comunicazione della Microsoft. In tal modo, la Microsoft sarebbe costretta a fornire ai suoi concorrenti informazioni commerciali di valore in circostanze che non darebbero a questi ultimi alcun diritto di ricorrere alla decompilazione in forza dell'art. 6, n. 2, della direttiva.

- 130 In secondo luogo, l'art. 6 della direttiva 91/250 consente di ottenere informazioni tramite decompilazione, ma al n. 2 impone limiti assai rigidi all'uso di tali informazioni, tra cui il divieto di usarle per creare un programma che riproduca quello che ha costituito oggetto della decompilazione. Nella Decisione però non esiste alcun limite in tal senso, anzi al contrario essa autorizza i fruitori di licenze a elaborare applicazioni in violazione del diritto d'autore della Microsoft sulle specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione.
- 131 In terzo luogo, le specificazioni sarebbero di valore superiore all'informazione che i concorrenti della Microsoft potrebbero ottenere tramite una decompilazione legittima.

Sul danno sostanziale e irreparabile

- 132 La Microsoft sostiene poi che la divulgazione di informazioni protette da diritti di proprietà intellettuale sarebbe causa di un danno grave e irreparabile.

- 133 L'art. 5, lett. a), della decisione, consentendo ai concorrenti della Microsoft di utilizzare i protocolli di comunicazione per offrire sistemi operativi per server che possano sostituire quelli distribuiti dalla Microsoft stessa, priverebbe quest'ultima del beneficio derivante dai vantaggi concorrenziali acquisiti al termine di sforzi di ricerca e di sviluppo. I diritti di proprietà intellettuale implicano la facoltà di scegliere se fare o meno uso della proprietà protetta e il modo in cui usarla. Come dichiarato dalla giurisprudenza, la concessione obbligatoria di licenza pregiudica la «ragion d'essere fondamentale» della proprietà intellettuale, che consiste nel «conferire al creatore di un'opera dell'ingegno originale il diritto esclusivo di sfruttare le sue opere» (ordinanza del presidente del Tribunale 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, IMS Health/Commissione, Racc. pag. II-3193, punto 125). Per tale motivo il Tribunale ha dichiarato che imporre ad un'impresa di concedere licenze sui suoi diritti di proprietà intellettuale, anche in maniera «puramente provvisoria», rischia di procurarle un «danno grave e irreparabile», anche se le informazioni in questione sono già di dominio pubblico (stessa ordinanza, punto 127).
- 134 La natura irreversibile della comunicazione di elementi di proprietà intellettuale sarebbe particolarmente evidente per quel che riguarda i segreti commerciali. Nel caso in oggetto, detti elementi verterebbero sulle progettazioni della Microsoft relative al modo di esecuzione di determinati compiti che debbono essere svolti dai sistemi operativi per server autonomamente e in cooperazione con sistemi operativi per PC clients e per server. La rivelazione di tali progettazioni non potrebbe mai essere cancellata dalla memoria dei beneficiari.
- 135 L'obbligo di concedere licenze vertenti su informazioni protette dal diritto d'autore avrebbe altresì effetti concorrenziali irreversibili. Infatti, lo studio delle specificazioni dei protocolli di comunicazione protette dal diritto d'autore consentirebbe ai concorrenti della Microsoft di acquisire una conoscenza approfondita delle modalità interne di funzionamento dei sistemi operativi e di farne uso per i propri prodotti. Non sarebbe possibile verificare successivamente l'eventuale mancato uso di tali nozioni da parte dei concorrenti della Microsoft.

- 136 La concessione obbligatoria di licenze vertenti sui brevetti provocherebbe inoltre un danno irreparabile. Vero è che un annullamento della decisione consentirebbe alla Microsoft di perseguire i terzi per impedire loro di usare la tecnologia brevettata, ma sarebbe particolarmente complesso e inutile tentare di verificare se la tecnologia della Microsoft venga ancora usata o meno, e i prodotti contenenti le invenzioni della Microsoft, creati nel frattempo, rimarrebbero probabilmente all'interno dei canali di distribuzione e nelle mani dei clienti.
- 137 Sebbene la Decisione consenta alla Microsoft di concedere licenze vertenti sui propri diritti di proprietà intellettuale in modo «ragionevole e non discriminatorio», il che verosimilmente implica il pagamento di un corrispettivo, tale pagamento non rimedierebbe al danno causato ai diritti di proprietà intellettuale della Microsoft (v., in tal senso, ordinanza IMS Health/Commissione, citata supra al punto 133, punto 125).

## 2) Ostacoli alla libertà commerciale della Microsoft

- 138 Richiamando le ordinanze del presidente del Tribunale 3 giugno 1996, causa T-41/96 R, Bayer/Commissione (Racc. pag. II-381, punto 54), e IMS Health/Commissione (citata supra, al punto 133, punto 130), la Microsoft sostiene che, al pari delle cause che hanno dato origine alle suddette ordinanze, con l'esecuzione della Decisione verrebbe compromessa la sua libertà di determinare autonomamente gli elementi fondamentali della propria politica commerciale.

### i) La libertà di comunicare le informazioni

- 139 Nella fattispecie, la politica commerciale della Microsoft non consiste nell'accordare una licenza generale vertente sui suoi protocolli di comunicazione. La Microsoft

osserva che la concessione di licenze relative ai suoi protocolli di comunicazione client-server è stata convenuta nell'ambito della transazione americana, ma che questa transazione non prevede il rilascio di licenze relative ai protocolli di comunicazione server-server. Obbligando la Microsoft a comunicare le specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server, che per la maggior parte non sono stati redatti, la Decisione farebbe della Microsoft un fornitore di tecnologia a vantaggio dei suoi concorrenti nel settore dei sistemi operativi per server.

140 La Microsoft indica poi le differenze che esistono fra la transazione americana e l'accordo stipulato con la Sun Microsystems, da un lato, e la Decisione dall'altro.

141 Per quanto riguarda la transazione americana, essa prevede il rilascio di licenze relative ai protocolli di comunicazione client-server al solo scopo di garantire un'interoperabilità con i sistemi operativi Windows per PC clients, mentre la decisione impone la concessione di licenze sugli stessi protocolli al fine del loro utilizzo in sistemi operativi per server per gruppi di lavoro che forniscono servizi di archiviazione e di stampa nonché servizi di gestione di utenti e di gruppi a tutti i sistemi operativi Windows per PC clients o per server.

142 In merito alla transazione stipulata nell'aprile 2004 con la Sun Microsystems — unico richiedente dinanzi alla Commissione — essa contiene, in particolare, una serie di accordi reciproci tramite i quali le parti hanno convenuto di cooperare per lo sviluppo di prodotti e di stipulare licenze incrociate, tra cui licenze relative ai tipi di protocolli di comunicazione contemplati dalla decisione. Orbene, sottolinea la Microsoft, le licenze incrociate le garantiscono una contropartita consistente nell'accesso agli elementi di proprietà intellettuale della Sun Microsystems e l'incitazione di quest'ultima a rispettare i diritti di proprietà intellettuale della Microsoft riguardanti la tecnologia di quest'ultima concessa dietro licenza. La

natura sinallagmatica di tali accordi fornirebbe alla Microsoft la contropartita che per l'appunto mancherebbe nella concessione obbligatoria di licenze imposta dalla Decisione.

ii) La libertà di sviluppare i propri prodotti

<sup>143</sup> La Microsoft sostiene che l'esecuzione della Decisione la priverebbe della capacità di sviluppare i propri prodotti. Infatti, la concessione obbligatoria di licenze relative ai protocolli di comunicazione comprometterebbe definitivamente la sua libertà di decidere circa l'evoluzione dei suoi prodotti. Come evidenziato dallo studio di Madnick e Meyer, ne verrebbero compromessi il futuro perfezionamento dei protocolli stessi e, in definitiva, la capacità innovativa della Microsoft. Quest'ultima spiega infatti che, fin dal momento in cui i prodotti dei terzi iniziano a dipendere dalle caratteristiche di progettazione di un sistema operativo Windows per server anziché ricorrere alla sua funzionalità attraverso interfacce pubblicate, ne verrebbe ridotta la sua capacità di modificare tali caratteristiche di progettazione in vista di un miglioramento del prodotto. Le affermazioni in senso contrario presentate dalla Commissione nelle osservazioni del 21 luglio 2004 traviserebbero la realtà commerciale. Rappresenterebbe già una sfida di ingegneria per la Microsoft, nell'ambito di successivi lanci di nuovi sistemi operativi Windows per server, riuscire a conservare a monte una compatibilità con le innumerevoli interfacce pubblicate che vengono utilizzate dai programmi informatici di terzi. L'aggiunta di funzionalità nuove e l'incremento del funzionamento, della sicurezza e dell'affidabilità delle funzionalità esistenti verrebbe resa notevolmente più difficile se i programmi informatici di terzi facessero ricorso alle funzionalità dei Windows tramite protocolli un tempo riservati (studi Madnick e Meyer, allegati R.2 e T.7).

iii) La necessità di «irrigidire» i protocolli

<sup>144</sup> I protocolli privati non sono concepiti per essere usati all'interno di pacchetti software di terzi sconosciuti. Pertanto, la diffusione di numerosi protocolli di

comunicazione privati potrebbe essere causa di eventuali disfunzioni, interruzioni e rischi sotto il profilo della sicurezza. La Microsoft dovrebbe pertanto dedicare parte delle proprie risorse a «irrigidire» i protocolli al fine di far fronte all'uso sconsiderato o fraudolento degli stessi, il che esige spesso l'aggiunta di codici di protezione ovvero il ricorso a cospicui test supplementari prima di divulgare i prodotti che utilizzano protocolli di comunicazione. Al riguardo, la Decisione comprometterebbe irreversibilmente la capacità della Microsoft di sviluppare i suoi prodotti nella maniera ritenuta opportuna.

- 145 Nelle osservazioni presentate il 19 agosto 2004, la Microsoft aggiunge che la fornitura ai suoi concorrenti delle specificazioni dei protocolli di comunicazione, il cui unico obiettivo è sempre stato solo quello di assicurare la comunicazione tra i sistemi operativi Windows per server, esporrebbe i clienti a debolezze tecniche. A tal proposito, essa fa riferimento agli studi Madnick e Meyer, allegati R.2 e T.7. Tali protocolli si basano su numerosi postulati relativi al funzionamento interno dei sistemi operativi per server che forniscono congiuntamente servizi di gruppi di lavoro. Di conseguenza, essi non posseggono i meccanismi di protezione di cui sarebbero dotati se fossero stati ideati per comunicare con pacchetti software terzi. Benché sia possibile per la Microsoft «irrigidire» per il futuro l'applicazione dei suoi protocolli di comunicazione, milioni di sistemi operativi Windows per server permanerebbero comunque nelle reti dei clienti che utilizzano i protocolli allo stato attuale. Né sarebbe prevedibile una modifica a posteriori di tali prodotti al fine di proteggerli da un uso inadeguato dei protocolli di comunicazione, dato che l'integrazione dei meccanismi di protezione necessari richiederebbe una notevole modifica dei prodotti già in circolazione. La Microsoft osserva che, malgrado l'ironia della Commissione su quel che essa definisce «sicurezza tramite oscurità» (allegato S.2), i clienti non sarebbero contenti di sapere che le divulgazioni da essa imposte nella decisione hanno reso gli attuali sistemi operativi Windows per server vulnerabili alle disfunzioni (studio Madnick e Meyer, allegato T.7). I protocolli sono complicati e vi sarebbero elevati rischi di errore al momento della loro implementazione in un diverso sistema operativo per server per gruppi di lavoro. Un tale errore potrebbe generare notevoli perdite e alterazioni dei dati con un danno parallelo per la Microsoft e per i suoi clienti. Beninteso, i clienti sono assai sensibili

alle perdite e alle alterazioni dei dati, tanto che la reputazione della Microsoft ne risulterebbe danneggiata, qualora la base esistente dei sistemi operativi Windows per server fosse compromessa dall'errato utilizzo dei suoi protocolli di comunicazione. Secondo la Commissione «a qualsiasi danno si potrebbe porre rimedio [...] una volta annullata la Decisione». Ebbene, l'annullamento non potrebbe rimediare alla perdita o all'alterazione dei dati né reintegrare la reputazione della Microsoft.

### 3) Modifica irreversibile delle condizioni di mercato

- <sup>146</sup> La Microsoft sostiene che la concessione obbligatoria di licenze modificherebbe a suo sfavore e senza possibilità di rimedio le condizioni di mercato. Sembra che tale modifica sia stata perseguita dalla Commissione, come indicato dal 'considerando' 695 della Decisione, secondo il quale «[q]ualora i concorrenti della Microsoft potessero accedere alle richieste informazioni sull'interoperabilità, le potrebbero utilizzare per rendere le funzioni avanzate dei propri prodotti disponibili nell'ambito della rete di relazioni di interoperabilità su cui si basa il dominio Windows».
- <sup>147</sup> Per dimostrare la produzione di un mutamento irreversibile del mercato, la Microsoft sostiene che l'esame delle specificazioni dettagliate dei protocolli di comunicazione di cui è proprietaria, reso possibile dalla concessione obbligatoria di licenze, consentirà di rivelare ai concorrenti aspetti importanti dell'ideazione dei sistemi operativi Windows per server. Come spiegato nello studio Madnick e Meyer, le specificazioni dei protocolli di comunicazione un tempo privati sarebbero particolarmente idonee a rivelare informazioni sulla progettazione interna dei sistemi operativi, in quanto tali protocolli spesso dipendono dalla loro attuazione specifica all'interno di un codice software. L'uso di tali protocolli di comunicazione da parte di terzi richiederebbe quindi la precisazione di numerosi dettagli, che altrimenti rimangono impliciti allorché i protocolli vengono utilizzati in modo privato tramite copie diverse del medesimo sistema operativo che funziona su server differenti.

148 La divulgazione su grande scala di simili informazioni permetterebbe ai concorrenti della Microsoft di riprodurre all'interno dei propri sistemi operativi per server una serie di funzionalità che la Microsoft ha elaborato grazie ai propri sforzi di ricerca e di sviluppo. Il danno che ne deriverebbe alla Microsoft sarebbe superiore alla portata della divulgazione imposta, del mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro e alla stessa portata geografica di una licenza obbligatoria.

c) Sulla ponderazione degli interessi

149 La Microsoft sostiene, in primo luogo, che l'interesse delle Comunità ad imporre un risarcimento effettivo non esige l'esecuzione immediata dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione.

150 Innanzitutto, poiché l'art. 82 CE ha lo scopo di «tutelare gli interessi dei consumatori più che di proteggere la posizione di singoli concorrenti» (ordinanza IMS Health/Commissione, cit. supra al punto 133, punto 145), si dovrebbe accordare un peso significativo all'assenza di danni per i consumatori. Nel caso in oggetto i clienti beneficerebbero per l'appunto di diverse soluzioni di interoperabilità. Infatti, nel corso dei cinque anni del procedimento dinanzi alla Commissione, nessuna impresa ha dichiarato di aver voluto scegliere un sistema operativo per server diverso da Windows e di essere stata invece costretta, per ragioni di interoperabilità, ad optare per un sistema operativo Windows per server.

151 Inoltre, l'esecuzione della misura correttiva prevista dall'art. 5 della Decisione non sarebbe necessaria, poiché i concorrenti della Microsoft non avrebbero alcun bisogno, nell'immediato, di accedere ai suoi protocolli di comunicazione. Del resto, osserva la Microsoft, neppure la stessa Commissione si aspetta che la concorrenza tra i venditori di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro sparisca in breve tempo in caso di sospensione dell'art. 5 della decisione.

- 152 A tal proposito la Microsoft rileva come i prodotti dei suoi concorrenti siano attualmente competitivi e fornisce diversi studi e proiezioni in tal senso, riguardo a Linux, UNIX e Novell.
- 153 Essa sottolinea inoltre che la Commissione non ha stabilito alcun nesso tra la misura correttiva prevista dall'art. 5 della Decisione e una qualunque domanda formulata da distributori di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro. La Microsoft precisa che Sun Microsystems, Novell e Free Software Foundation/Samba non hanno chiesto di usufruire di una licenza vertente sui protocolli di comunicazione di sua proprietà.
- 154 Il vantaggio che tali concorrenti possono trarre dalla possibilità di scoprire in che modo la Microsoft ha risolto determinati problemi relativi alla concezione dei sistemi operativi per server non può prevalere sull'interesse legittimo della Microsoft stessa a tutelare la propria tecnologia. Nel ponderare gli interessi, l'interesse generale a conservare una concorrenza effettiva dovrebbe prevalere, evidentemente, sui singoli interessi dei concorrenti della Microsoft.
- 155 Inoltre, il rischio che i distributori concorrenti di sistemi operativi per server vengano estromessi dal mercato in caso di sospensione degli effetti dell'art. 5 della Decisione sarebbe inesistente. Per diversi anni i concorrenti della Microsoft hanno concesso licenze sui propri sistemi operativi per server a clienti professionisti, e ciò senza aver accesso alle specificazioni dei protocolli di comunicazione che la Decisione imporrebbe alla Microsoft di fornire loro. A sostegno della sua analisi la Microsoft fornisce una serie di dati su alcuni dei suoi concorrenti sul mercato in parola.
- 156 Infine, la Microsoft ritiene che sia impossibile sostenere l'urgenza dell'esecuzione della Decisione, dal momento che il procedimento amministrativo, durante il quale le valutazioni della Commissione sono state oscillanti, è durato cinque anni.

- 157 In secondo luogo, al momento della ponderazione degli interessi si dovrebbe tener conto degli obblighi incombenti sulle Comunità in forza dei trattati internazionali, tra cui l'ADPIC, nonché della fondatezza del ricorso principale. Su tale ultimo aspetto, richiamando l'ordinanza del presidente della Corte 11 aprile 2002, causa C-481/01 P(R), NDC Health/IMS Health e Commissione (Racc. pag. I-3401), la Microsoft sostiene che la fondatezza del ricorso principale da essa proposto dev'essere valutata al momento della ponderazione degli interessi in gioco. Nel caso di specie, sarebbe evidente in particolare che la Commissione non ha dimostrato la sussistenza dei criteri giurisprudenziali (sentenza IMS Health, cit. supra al punto 99) in base ai quali si può imporre ad un'impresa che si trovi in posizione dominante di concedere licenze ai suoi concorrenti.
- 158 Infine, si ricorda che la Sun Microsystems, successivamente all'adozione della Decisione, ha stipulato una transazione con la Microsoft che risolve l'insieme delle difficoltà che erano state all'origine della denuncia depositata dinanzi alla Commissione. Non vi sarebbe pertanto alcuna necessità immediata di dare esecuzione alla decisione fintantoché la causa è pendente.
- 159 La ACT sostiene, da parte sua, che la mancata sospensione dell'esecuzione della misura correttiva provocherebbe effetti gravi e irreparabili derivanti dal pregiudizio alla forza e al valore dei diritti di proprietà intellettuale di cui i suoi membri sono titolari nell'ambito del SEE.
- 160 Più precisamente, la ACT afferma, in primo luogo, che l'applicazione immediata della misura correttiva costituirebbe un precedente di riferimento in materia di licenza obbligatoria su diritti di proprietà intellettuale che non mancherebbe di sminuire rapidamente e in modo sostanziale il valore dei diritti di proprietà intellettuale detenuti dai suoi membri. Al riguardo, la ACT sostiene che la Commissione ha interpretato ed applicato l'art. 82 CE in maniera non conforme agli obblighi che incombono sulla Comunità in forza degli artt. 13, 31 e 39 dell'ADPIC.

- 161 In secondo luogo, la ACT asserisce che la divulgazione dei protocolli di comunicazione, in precedenza proprietà esclusiva della Microsoft, porterebbe all'instabilità dei sistemi operativi Windows per PC clients e per server, il che sarebbe fonte di un danno notevole e immediato per i suoi membri.
- 162 La CompTIA sostiene che la misura correttiva prevista all'art. 5 della Decisione, nei limiti in cui impone alla Microsoft di comunicare la sua proprietà intellettuale a qualunque impresa presente sul mercato dei server, abbassa il livello di protezione della proprietà intellettuale per tutto l'insieme dell'industria delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, è fonte di incertezza giuridica e produce l'effetto immediato di ridurre l'ammontare degli investimenti realizzati nel settore delle tecnologia e, conseguentemente, il livello di attività economica generale.
- 163 Inoltre, la CompTIA ritiene che il danno grave e irreparabile che detta misura provocherà all'intero settore, nonché a molti dei membri della CompTIA, sia superiore all'eventuale impatto negativo, sull'interesse pubblico e su quello dei terzi, della mancata divulgazione immediata. In tale contesto, la CompTIA sottolinea come non le sia stato comunicato alcun elemento che riferisse di problemi di interoperabilità sul mercato dei server, nonostante il fatto che la sua posizione sia di gran lunga più importante di quella di qualsiasi altra associazione nel campo della certificazione della qualificazione della manodopera tecnologica nel settore dei server.

## 2. Argomenti della Commissione e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni

- 164 In via preliminare, la Commissione sostiene che la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione si basa in larga parte sulla valutazione della possibile incidenza di tale Decisione sull'esercizio dei «diritti di proprietà intellettuale» della Microsoft, ed effettua alcuni rilevati introduttivi al

riguardo. Nelle osservazioni presentate il 13 settembre 2004 la Commissione precisa che gli argomenti da essa dedotti rimarrebbero comunque validi anche supponendo che la Microsoft abbia espressamente dimostrato che la Decisione le imporrebbe di concedere licenze vertenti sui suoi diritti di proprietà intellettuale. La FSF-Europe condivide l'argomento della Commissione.

#### a) Osservazioni preliminari

165 In primo luogo, la Commissione osserva che l'art. 5, lett. a)-c), della Decisione obbliga la Microsoft a fornire una documentazione tecnica, le cosiddette «specificazioni», la quale descrive nei dettagli i «protocolli» di cui all'art. 1, n. 1, della Decisione. La Commissione sottolinea a questo punto che occorre tenere distinta questa documentazione tecnica dal codice fonte dei prodotti Microsoft. Infatti, un concorrente che voglia elaborare un sistema operativo per server che comprenda i protocolli della Microsoft dovrebbe dotare il suo prodotto di un codice fonte che consenta di realizzarne le specificazioni. Ora, due programmatori che mettono in atto le medesime specificazioni di protocollo non scriverebbero mai lo stesso codice fonte e le prestazioni dei loro programmi sarebbero diverse ('considerando' 24, 25, 698 e 719-722). Sotto questo profilo, si potrebbero paragonare i protocolli ad una lingua la cui sintassi e il cui vocabolario sono costituiti dalle specificazioni, per cui il semplice fatto che due persone apprendano la sintassi e il vocabolario di una stessa lingua non garantisce che ne faranno un uso identico.

166 Inoltre, riguardo ai suddetti elementi, la Commissione passa in rassegna i diversi diritti di proprietà intellettuale invocati dalla Microsoft.

#### 1) Il diritto d'autore

167 In primo luogo, per quanto riguarda il diritto d'autore, la Commissione ritiene l'argomentazione della Microsoft erranea, anzi ingannevole. Infatti, da un lato la

Microsoft indurrebbe a pensare, a torto, che l'uso dell'informazione relativa all'interoperabilità al fine di rendere quest'ultima effettiva costituisca normalmente una violazione del diritto d'autore. Dall'altro, sempre a torto, la Microsoft indica che la tutela conferita dal diritto d'autore si estende ai protocolli di comunicazione e invoca un diritto d'autore collegato alle «specificazioni» per sostenere che l'uso delle nozioni in esse contenute costituirebbe una violazione di tale diritto.

168 Tuttavia, pur senza escludere che le specificazioni possono, in quanto tali, essere coperte dal diritto d'autore, secondo la Commissione questo non significa che l'uso delle informazioni contenute in tale documento, sotto forma di attuazione all'interno di un sistema operativo, costituisca una violazione del diritto d'autore in quanto, come indicato dalla Decisione, l'attuazione di una specificazione non è una copia, ma costituisce un'opera totalmente diversa ('considerando' 25, 570 e segg. e 719 e segg.).

169 Nelle osservazioni del 13 settembre 2004, la Commissione sostiene, in sostanza, che l'applicazione dei protocolli di comunicazione non costituisce una forma di sfruttamento vietata dal diritto d'autore.

170 Tra i numerosi rilievi espressi dalla Commissione in merito alle osservazioni presentate dalla Microsoft il 19 agosto 2004, appare opportuno riepilogare le risposte fornite specificamente a cinque categorie di argomenti.

171 In primo luogo, la Commissione osserva che la Microsoft ha fatto cenno per la prima volta nelle osservazioni del 19 agosto 2004 a un diritto alla «divulgazione» (supra, punto 119). La Commissione rileva che l'art. 6 bis della convenzione di Berna, che sancisce i «diritti morali» del titolare del diritto d'autore, non fa menzione di tale diritto e che pertanto qualunque presunto ostacolo all'esercizio del diritto stesso non può essere contrario al «normale impiego del programma», come

definito dall'art. 6, n. 3, della direttiva 91/250, nei limiti in cui tale disposizione precisa che essa va interpretata «conformemente alla convenzione di Berna». Il diritto alla divulgazione sarebbe al massimo un «diritto morale» che non può costituire oggetto di licenza. Peraltro, l'invocazione di un diritto alla divulgazione difficilmente si concilierebbe con il fatto che i prodotti della Microsoft sono sul mercato, e che taluni soggetti possono osservarli, studiarli o provarli e in determinate circostanze possono procedere alla loro decompilazione. Infine, i motivi dedotti dalla Microsoft per rifiutare la diffusione delle informazioni di cui trattasi sarebbero di natura puramente economica e non avrebbero quindi nulla che vedere con la ragion d'essere del diritto in questione.

172 In secondo luogo, la Commissione contesta che la documentazione tecnica che dovrà essere divulgata possa essere considerata un «programma per elaboratore» protetto in forza della direttiva 91/250, in quanto si tratterebbe di «materiale di progettazione preparatorio» di un programma informatico (v. supra, punto 118). Essa sostiene inoltre che in effetti le informazioni in oggetto non sono composte ex ante come assistenza interna alla creazione dei programmi della Microsoft, bensì ex post, al solo scopo di divulgare ai suoi concorrenti unicamente informazioni limitate.

173 Quanto all'affermazione della Microsoft, basata sull'art. 4 della direttiva 91/250, secondo cui l'attuazione dei protocolli in questione sarebbe «quasi certamente» un adattamento o una traduzione delle specificazioni coperte dal diritto d'autore della Microsoft (v. supra, punto 120), la Commissione ribatte che la ricorrente non fornisce alcuna giustificazione al riguardo. Essa sostiene che tanto il testo quanto i lavori preparatori della direttiva 91/250 portano a concludere che la scrittura del software di interfaccia sulla base delle specificazioni di interfaccia non è di solito coperta dall'art. 4 della direttiva. Infatti, l'art. 6 della stessa direttiva si basa sulla premessa secondo cui l'uso delle informazioni sull'interoperabilità, estratte per decompilazione — che è «esentata» — al fine di «ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità con altri programmi di un programma per elaboratore creato autonomamente», non costituisce un atto che compromette il diritto d'autore, a meno che le informazioni non vengano «utilizzate per lo sviluppo,

la produzione o la commercializzazione di un programma sostanzialmente simile nella sua espressione» al programma che ha costituito oggetto di decompilazione. Se la Microsoft avesse ragione, l'art. 6 della direttiva 91/250 non potrebbe mai essere invocato per creare prodotti compatibili, in quanto la creazione di tali prodotti costituirebbe un «atto recante pregiudizio» al diritto d'autore e come tale vietato dall'art. 6, n. 2, lett. c).

174 In terzo luogo, la Commissione respinge l'interpretazione restrittiva effettuata dal sig. Prescott (allegato T.3) dell'art. 1, n. 2, della direttiva 91/250, ai sensi del quale «[l]e idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore». Infatti, la sua tesi, in base alla quale l'insieme, o la struttura, delle «idee» in questione è tutelato dal diritto d'autore quando esse costituiscono una «parte sostanziale dell'opera protetta», sarebbe viziata in quanto, in primo luogo, non sarebbe conforme all'art. 1, n. 2, né all'art. 6 della direttiva e, in secondo luogo, le sentenze britanniche su cui il sig. Prescott fonda la propria analisi non avrebbero alcuna relazione con il caso in oggetto.

175 In quarto luogo, per quel che riguarda l'argomento della Microsoft, menzionato al punto 120 della presente ordinanza, che lascia intendere, anzitutto, che la misura correttiva indurrebbe in qualche maniera i concorrenti della Microsoft nella «tentazione» particolare di mettere a punto delle realizzazioni che possano compromettere il diritto d'autore e, quindi, che la Decisione non prevedrebbe alcuna garanzia contro una simile «tentazione», la Commissione precisa che la misura correttiva non impone la divulgazione del codice fonte e, di conseguenza, non è applicabile il divieto di utilizzare le informazioni ottenute tramite decompilazione «per lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma sostanzialmente simile nella sua espressione», previsto dall'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 91/250.

176 In quinto luogo, la Commissione rileva, al contrario di quanto sostenuto dalla Microsoft (v. supra, punto 129), che quest'ultima non ha diffuso le interfacce necessarie ai programmi di terzi per utilizzare le funzionalità dei sistemi operativi

Windows per server. Essa precisa che le interfacce cui la Microsoft fa riferimento sono le «interfacce di programmazione delle applicazioni» (in prosieguo: le «API»), le quali consentono alle applicazioni eseguite su un sistema operativo per server Windows di utilizzare i servizi di tale sistema operativo per server; le interfacce di cui si tratta nella causa in oggetto sono invece quelle tramite le quali un server per gruppo di lavoro Windows fornisce i propri servizi alle reti del gruppo di lavoro Windows ('considerando' 210).

## 2) I brevetti

177 A proposito dei brevetti la Commissione sottolinea, innanzitutto, che nel corso del procedimento amministrativo la Microsoft ha fornito prova soltanto di una domanda di brevetto, mentre nel procedimento giurisdizionale essa invoca tre brevetti europei e due domande pendenti di brevetto europeo. Inoltre, la Microsoft non avrebbe prodotto i documenti che consentono di stabilire se una licenza relativa a uno o più dei suddetti brevetti sarebbe indispensabile ad una persona che voglia mettere in atto i protocolli di cui trattasi.

178 Nelle osservazioni del 13 settembre 2004, la Commissione osserva che, prima dell'adozione della Decisione, la Microsoft ha menzionato l'esistenza di un solo brevetto, il 20 gennaio 2004, mentre i tre brevetti europei indicati nel documento che attesta il parere del sig. Knauer (allegato T.5, cit., supra, al punto 91) sono stati rilasciati prima della fine del 2001 e le due domande di brevetto europeo sono state presentate, secondo il medesimo documento, prima della fine del 2002. Quanto al tenore del parere del sig. Knauer, la Commissione sottolinea in primo luogo che quest'ultimo «si è necessariamente basato sulle informazioni fornite dalla Microsoft a proposito dei protocolli rientranti nell'art. 5 della Decisione». Essa inoltre rileva che non è scontato che un concorrente della Microsoft che tragga profitto dall'esecuzione della Decisione recherebbe pregiudizio ad alcune delle rivendicazioni dei suddetti brevetti. I dubbi espressi a proposito del problema riguardante la possibilità, per l'ideatore di un programma per server che utilizza i protocolli

pertinenti per comunicare con i clients Windows, di compromettere le rivendicazioni di cui trattasi sono confermati, secondo la Commissione, dall'atteggiamento seguito dalla Microsoft nei confronti di Samba, un pacchetto «software libero» che attua alcuni protocolli di comunicazione della Microsoft individuati dagli ideatori del gruppo Samba utilizzando le tecniche di studio a ritroso. Infatti, prosegue la Commissione, Samba sembra aver incorporato il «blocco opportunist» di SMB fin dal gennaio 1998 (versione 1.9.18) e di DFS fin dall'aprile 2001 (versione 2.2.0). A conoscenza della Commissione, il gruppo Samba non ha mai ottenuto licenze relative ai brevetti Microsoft in questione, e la Microsoft non ha mai lamentato pregiudizi arrecati dal suddetto gruppo a tali brevetti. La Commissione ricorda inoltre che i tre brevetti in questione sono stati tutti rilasciati prima della fine del 2001 e che, tenuto conto della descrizione tecnica da essi proposta, sembrano riguardare la generazione NT 4.0 dei prodotti Microsoft, anteriore a Windows 2000.

179 Il rapporto tra le rivendicazioni di brevetto da parte della Microsoft e la decisione rimarrebbe quindi vago.

180 In conclusione, su questo punto, secondo la Commissione, la Microsoft non ha dimostrato che, in caso di esecuzione dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione, ne deriverebbe un pregiudizio per uno qualsiasi dei suoi brevetti.

### 3) I segreti commerciali

181 Secondo la Commissione, l'assimilazione effettuata dalla Microsoft tra i segreti commerciali e i diritti di proprietà intellettuale non è automatica. A questo proposito, essa fa riferimento alla causa Tetra Pak [decisione della Commissione 24 luglio 1991, 92/163/CEE, relativa ad una procedura d'applicazione dell'art. 86 del Trattato CEE (IV/31.043 — Tetra Pak II), GU 1992, L 72, pag. 1], che ha dato origine alla sentenza Tetra Pak/Commissione, cit. supra al punto 126 (punti 84 e 139).

- 182 La Commissione sostiene che, se può sussistere una presunzione di legittimità del rifiuto di concedere una licenza relativa a un diritto di proprietà intellettuale previsto ex lege, al contrario, la legittimità nel diritto della concorrenza del rifiuto di divulgare un segreto, la cui esistenza dipende semplicemente da una decisione commerciale unilaterale, dovrebbe essere stabilita in funzione dei fatti del caso concreto e, in particolare, degli interessi in gioco. Nella causa in oggetto, la direttiva 91/250 indicherebbe che l'interesse attribuito alla tutela dello sforzo inventivo all'origine del software non autorizza l'inventore a impedire che si faccia uso delle informazioni relative all'interoperabilità inerente al software stesso al fine di rendere tale interoperabilità effettiva.
- 183 La Commissione riconosce che la direttiva 91/250 non obbliga l'inventore a rivelare di sua iniziativa le informazioni in questione. Tuttavia, a suo giudizio la diffusione delle informazioni relative all'interoperabilità allo scopo di rendere quest'ultima effettiva non è, con riferimento a un eventuale segreto commerciale della Microsoft, paragonabile al fatto di consentire a uno dei suoi concorrenti di copiare, tramite una licenza, un'opera protetta dalla normativa sui diritti di proprietà intellettuale. Questa affermazione troverebbe conferma nella rilevanza tecnica di una siffatta divulgazione, nelle prassi esistenti nel settore dei software e nel comportamento stesso della Microsoft al momento del suo ingresso sul mercato.
- 184 Nelle osservazioni presentate il 13 settembre 2004 la Commissione respinge l'idea che i protocolli sarebbero il riflesso di importanti innovazioni, dal momento che la veridicità di tale asserzione non è stata dimostrata dalla Microsoft né nella sua domanda, né nelle successive osservazioni, né nell'allegato T.3. Essa ritiene inoltre privo di fondamento l'argomento secondo il quale la misura correttiva provocherebbe l'effetto di «trasferire» l'innovazione in questione ai concorrenti della Microsoft, in quanto, da un lato, la divulgazione di tali informazioni non determinerebbe il trasferimento del valore sostanziale del sistema operativo Windows e, dall'altro, l'art. 82 CE consentirebbe di imporre la concessione di una licenza vertente su un elemento essenziale di un prodotto appartenente all'impresa in posizione dominante, come dimostrerebbero le cause che hanno dato origine alle sentenze Magill e IMS Health, citate al punto 99 della presente ordinanza.

185 La FSF-Europe sostiene, in estrema sintesi, che le informazioni che la decisione impone alla Microsoft di diffondere hanno poco valore sotto il profilo dell'innovazione e contengono una serie di incompatibilità introdotte di proposito in alcuni protocolli scritti preesistenti. L'atteggiamento della Microsoft consisterebbe nell'adottare protocolli preesistenti modificandoli poi allo scopo di impedire o vietare l'interoperabilità. Essa avrebbe agito in tal modo con riferimento a una serie di protocolli di server per gruppi di lavoro, di cui il gruppo Samba sollecita la diffusione per creare un prodotto compatibile, ossia i protocolli CIFS, DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), DCE/RPC IDL («Interface Definition Language»), Kerberos 5 e LDAP (Active Directory).

b) Il *fumus boni iuris*

186 La Commissione respinge d'acchito le affermazioni della Microsoft secondo cui, da un lato, la causa in oggetto verte unicamente sui rapporti che essa ha con la Sun Microsystems e, dall'altro, quest'ultima non ha chiesto di usufruire delle informazioni che la decisione impone alla Microsoft di divulgare.

187 La Commissione ricorda inoltre di aver sostenuto, nelle sue osservazioni preliminari, che nessun diritto d'autore spettante alla Microsoft potrebbe impedire l'uso delle informazioni relative all'interoperabilità per rendere quest'ultima effettiva (v. *supra*, punti 167 e 168). Nondimeno, la Commissione commenta i quattro criteri giurisprudenziali relativi alle licenze obbligatorie sollevando l'ipotesi, ai fini della discussione, che, da un lato, sono in gioco alcune questioni in merito ai diritti di proprietà intellettuale e, dall'altro, che non esistono altri criteri rilevanti per poter concludere che sussistono circostanze eccezionali: tuttavia, secondo la Commissione, quest'ultima ipotesi sarebbe contraddetta dalla lettera della sentenza *IMS Health*, citata al punto 99 (punto 38).

- 188 In primo luogo, per quanto riguarda la natura indispensabile delle informazioni che si asseriscono coperte da diritti di proprietà intellettuale, la Commissione avrebbe già confutato nella Decisione le affermazioni della Microsoft relative ai «molti altri modi di garantire l'interoperabilità» ('considerando' 666-687).
- 189 In secondo luogo, la Commissione respinge le affermazioni della Microsoft secondo le quali quest'ultima non avrebbe impedito la comparsa di nuovi prodotti per i quali vi sarebbe stata una domanda non soddisfatta dei consumatori.
- 190 Infatti, dal punto 49 della sentenza *IMS Health* (cit. supra al punto 99) deriverebbe che per «prodotto nuovo» si intende un prodotto che non si limita, «in sostanza, a riprodurre» i prodotti già offerti sul mercato dal titolare del diritto d'autore. Di conseguenza, basterebbe che il prodotto in questione possieda elementi sostanziali derivanti dall'apporto del beneficiario della licenza. Non si potrebbe pertanto escludere che i prodotti del titolare del diritto d'autore e i prodotti futuri del beneficiario della licenza siano in concorrenza, come sarebbe dimostrato dai fatti che hanno dato origine a cause trattate dal giudice comunitario (sentenza del Tribunale 10 luglio 1991, causa T-69/89, RTE/Commissione, Racc. pag. II-485, punto 73; sentenza *Magill*, punto 53; e sentenza *IMS Health*, cit. supra al punto 99). Inoltre, il criterio del «prodotto nuovo» non implicherebbe l'obbligo di dimostrare in concreto che il prodotto del beneficiario della licenza attirerebbe clienti che non acquisterebbero i prodotti offerti dal fornitore esistente. Secondo la Commissione, ogni altra interpretazione priverebbe la giurisprudenza di gran parte del suo significato, in quanto i titolari di diritti di proprietà intellettuale hanno, di norma, ottime ragioni per concedere licenze ad operatori che intendono creare prodotti che non sono in concorrenza con i loro. Questo scenario pertanto non darebbe luogo di norma ad un rifiuto. Nella sentenza *IMS Health*, cit. supra al punto 99, la Corte avrebbe del resto concentrato la propria analisi sulla differenziazione del prodotto idoneo ad influire sulla scelta dei consumatori o, in altri termini, sul problema se esista una «domanda potenziale» per il nuovo prodotto. Le conseguenze precise che tale differenziazione avrà sulle scelte effettuate e, più a lungo termine, sulla comparsa di prodotti che attirino nuove categorie di clienti, verrebbero definite dal mercato.

- 191 Orbene, nel caso in oggetto, da un lato, il processo di attuazione dei protocolli potrebbe assumere forme assai diverse ('considerando' 24, 25 e 698), il che darebbe luogo a sufficienti possibilità di differenziazione del prodotto e, dall'altro, vi sarebbero notevoli possibilità, attualmente neutralizzate dalla condotta della Microsoft, di differenziazione del prodotto, attraverso le quali potrebbe realizzarsi la concorrenza.
- 192 In terzo luogo, riguardo al problema dell'eliminazione della concorrenza su un mercato derivato, la Commissione avrebbe analizzato dettagliatamente nella Decisione l'evoluzione del mercato in oggetto e l'importanza dell'interoperabilità per tale evoluzione ('considerando' 590-692) e, in particolare, la presunta «costante crescita di Linux» ('considerando' 598-610). Nella domanda di provvedimenti urgenti, la Microsoft non lamenta errori al riguardo, ma presume erroneamente che, in caso di eliminazione progressiva della concorrenza, si possano imporre obblighi di non fare in forza dell'art. 82 CE solo al momento in cui essi non avrebbero più alcun senso, perché il mercato si sarebbe irrevocabilmente mutato in monopolio, quando basterebbe che il rifiuto di concedere la licenza sia «idoneo a» escludere la concorrenza (sentenze Bronner, cit. supra al punto 99, punto 40, e IMS Health, anch'essa cit. supra al punto 99, punti 37 e 38).
- 193 In quarto luogo, la Microsoft non menziona alcuna giustificazione oggettiva particolare per la sua condotta, fatta eccezione per il richiamo generico ai «suoi diritti di proprietà intellettuale» già respinto nella Decisione ('considerando' 709-763).
- 194 La Decisione mostrerebbe quindi, senza che la Microsoft lo abbia seriamente contestato, che la sua condotta integrava le condizioni indicate dalla giurisprudenza.
- 195 Infine, per quanto riguarda l'incompatibilità tra la Decisione e l'ADPIC, la Commissione fa rinvio alle osservazioni contenute nei 'considerando' 1052 e 1053 della Decisione.

## c) L'urgenza

- 196 Secondo la Commissione, la Microsoft non ha dimostrato che subirebbe un danno grave e irreparabile in caso di mancata sospensione dell'esecuzione della decisione. Le parti intervenute SIIA e FSF-Europe appoggiano l'argomento della Commissione.

## d) La ponderazione degli interessi

- 197 La Commissione ritiene che la ponderazione degli interessi penda in favore dell'esecuzione immediata dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione e chiede di conseguenza che la domanda venga respinta. Le parti intervenute SIIA e FSF-Europe appoggiano l'argomento della Commissione.

## B — Valutazione del giudice del procedimento sommario

1. Il *fumus boni iuris*

- 198 A sostegno della sua conclusione in base alla quale il requisito per il *fumus boni iuris* sarebbe sussistente, la Microsoft fa valere sostanzialmente, in primo luogo, che le condizioni per le quali il rifiuto di fornire informazioni protette da diritti di proprietà intellettuale integra gli estremi di un abuso di posizione dominante vietato dall'art. 82 CE non sono presenti nel caso in oggetto; in secondo luogo, essa nega che la Sun Microsystems abbia domandato le informazioni che la Decisione ordina di fornire e che la sua domanda non verterebbe sullo sviluppo di software nel SEE; in terzo luogo, per la Microsoft la Commissione ha violato gli obblighi imposti alla Comunità dall'ADPIC.

- 199 Alla luce degli argomenti esposti dalla Microsoft nell'ambito del procedimento sommario, la seconda e la terza serie di argomenti non possono essere considerati sufficientemente gravi per costituire il *fumus boni iuris*.
- 200 Infatti, gli argomenti relativi alla domanda della Sun Microsystems sono stati singolarmente confutati nella Decisione ('considerando' 199-207, 564 e 565) e la Microsoft non ha fornito la prova immediata che la Commissione abbia commesso un qualsiasi errore quanto alla portata della domanda della Sun Microsystems. Parimenti, l'argomento in base al quale la domanda della Sun Microsystems non verteva sullo sviluppo di software «nel SEE» non è fondato in quanto, da un lato, la domanda della Sun Microsystems era formulata in termini generali e, dall'altro, il SEE è necessariamente parte del mercato mondiale rilevante, come risulta con evidenza dai 'considerando' 185 e segg. e 427 della Decisione.
- 201 Quanto al motivo attinente alla violazione dell'ADPIC, esso non è stato sviluppato in modo sufficiente per consentire al giudice del procedimento sommario di pronunciarsi utilmente sul punto. Infatti, da un lato la Microsoft si è limitata a sostenere nella sua domanda di provvedimenti urgenti che, «imponendo una licenza obbligatoria alla Microsoft, la Commissione non [teneva] correttamente in considerazione gli obblighi imposti alle Comunità europee dall'[ADPIC]». Dall'altro, il rinvio all'argomento esposto nell'allegato T.9 non è stato ritenuto conforme alle regole formali applicabili (v. supra, punto 88).
- 202 L'esame del giudice del procedimento sommario verterà pertanto sull'unico motivo attinente a una violazione dell'art. 82 CE, essendo chiaro che la Microsoft non contesta, nell'ambito della domanda in oggetto, il fatto di detenere una posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per PC clients e su quello dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro. La sua contestazione verte quindi unicamente sul presunto carattere abusivo del rifiuto di diffondere le informazioni relative all'interoperabilità e di autorizzarne l'uso a società concorrenti.

- 203 In via preliminare, va ricordato che i 'considerando' 546-791 della Decisione sono dedicati all'esame del carattere abusivo del rifiuto di fornire le informazioni relative all'interoperabilità. La Commissione spiega che ad essa compete di analizzare il complesso degli elementi propri di ciascun caso prima di concludere che esistono circostanze eccezionali che caratterizzano un rifiuto abusivo ('considerando' 546-559). Nel caso di specie, la Commissione ha ritenuto che le circostanze eccezionali fossero costituite dal fatto che il rifiuto di fornire le informazioni relative all'interoperabilità è stato opposto alla Sun Microsystems, si è inserito in una linea di condotta generale e ha implicato una diminuzione della diffusione di informazioni ('considerando' 560-584), che esso rischia di eliminare la concorrenza ('considerando' 585-692), e che provoca un effetto negativo sull'evoluzione tecnica, a danno dei consumatori ('considerando' 693-708). Alla luce di queste «circostanze eccezionali» la Commissione ha ritenuto che gli argomenti dedotti dalla Microsoft non fossero sufficienti a giustificare in modo oggettivo il rifiuto di divulgare le informazioni relative all'interoperabilità, che si trattasse della spinta innovativa della Microsoft ('considerando' 709-763) o della mancanza di interesse a limitare la concorrenza ('considerando' 764-778).
- 204 Nel caso in oggetto, la condizione relativa al *fumus boni iuris* deve considerarsi sussistente, tenuto conto, da un lato, delle questioni di principio sollevate dalla causa stessa e, dall'altro, dell'esame approfondito richiesto da taluni motivi e argomenti. In sostanza, si tratta di sapere se le circostanze prese in considerazione dalla Commissione siano corrette sotto il profilo fattuale e idonee, sul piano giuridico, a far concludere che esistono circostanze eccezionali che giustificano l'ordine di divulgare informazioni di valore protette da diritti di proprietà intellettuale.
- 205 Le questioni di principio vertono sulle condizioni in base alle quali la Commissione può concludere che un rifiuto di divulgare informazioni costituisce un abuso di posizione dominante vietato dall'art. 82 CE.
- 206 In primo luogo, la presente causa solleva il problema se le condizioni indicate dalla Corte nella sentenza *IMS Health* (cit. supra al punto 99) siano necessarie o semplicemente sufficienti. Infatti, la Commissione sostiene nella Decisione che la

sussistenza di circostanze eccezionali dev'essere valutata caso per caso e che non si può pertanto escludere, senza un esame approfondito di ciascun caso di specie, che un rifiuto possa presentare carattere abusivo, e ciò anche qualora non fossero presenti i requisiti indicati fino a quel momento dal giudice comunitario. Al contrario, la Microsoft sostiene nella sua domanda che il carattere abusivo del rifiuto di fornire (informazioni) può essere stabilito solo in presenza dei requisiti individuati dal giudice comunitario. È evidente che tale questione non può essere risolta nella fase del procedimento sommario. Va peraltro rilevato che, come stabilito al punto 38 della sentenza IMS Health, «affinché il rifiuto di un'impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che [...] tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato».

207 In secondo luogo, la causa in oggetto pone il problema di stabilire se, quando è in gioco l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale, si debba tenere conto della natura delle informazioni protette. Infatti, la Microsoft sostiene che la Decisione le impone di comunicare ai concorrenti una tecnologia segreta e di grande valore e che, di conseguenza, è intrinsecamente diversa dalle informazioni di cui si discuteva nelle cause che hanno dato origine alle sentenze Magill e IMS Health (cit. supra, al punto 99). Difatti, le condizioni necessarie per considerare che il rifiuto di diffondere un'informazione costituisce abuso di posizione dominante sarebbero assai più rigide nel caso di informazione di grande valore. Da parte sua, la Commissione considera che il giudice comunitario non ha mai specificato il «valore» di un diritto di proprietà intellettuale. Su questo punto, il giudice del procedimento sommario osserva che, con evidenza, le specificazioni dei protocolli di comunicazione, fino a quel momento segreti, che la Decisione impone alla Microsoft di redigere e di diffondere sono fondamentalmente diversi dalle informazioni di cui si discuteva nelle citate cause che hanno dato origine alle sentenze Magill e IMS Health (cit. supra, punto 99). In tali cause l'informazione in parola era ampiamente nota nel settore: le griglie dei programmi televisivi venivano inviate gratuitamente ai giornali ogni settimana e la carta tedesca costituiva, in realtà, un criterio standard del settore per la presentazione del volume di vendita. Tuttavia, il problema di stabilire se, e in caso affermativo in quale misura, occorra distinguere a seconda che l'informazione sia nota o segreta non può essere risolto in questa fase, tanto più che occorre tener conto più in generale di parametri come il valore dell'investimento sottostante, il valore dell'informazione in questione per l'organizzazione dell'impresa dominante e il valore ceduto ai concorrenti in caso di divulgazione.

- 208 La presente causa pone inoltre il problema di accertare se le condizioni elencate dalla Corte nella citata sentenza IMS Health (supra, punto 99) siano soddisfatte nella fattispecie. La Commissione non contesta la rilevanza di tale sentenza che, in sostanza, consolida la posizione fino ad allora manifestata dal giudice comunitario riguardo ai requisiti in base ai quali il rifiuto di concedere una licenza vertente su diritti di proprietà intellettuale costituisce un abuso.
- 209 La controversia tra le parti verte sulla natura indispensabile delle suddette informazioni, sull'ostacolo alla comparsa di un prodotto nuovo per il quale sussisterebbe una domanda non soddisfatta, sul rischio di eliminazione della concorrenza sul mercato derivato e sul carattere oggettivamente giustificato del rifiuto. Vero è che spetta al giudice del merito risolvere le contestazioni relative al rispetto di ciascuna di tali condizioni; il giudice del procedimento sommario ritiene tuttavia necessario individuare le origini della controversia tra le parti, che a suo giudizio sono sufficientemente gravi per costituire un *fumus boni iuris*. Al riguardo, si porrà l'accento su due aspetti specifici.
- 210 In primo luogo, per quanto riguarda la natura indispensabile delle informazioni relative all'interoperabilità, va osservato che la questione è trattata ai 'considerando' 666-687 della Decisione.
- 211 In proposito, la Microsoft fa valere una serie di metodi che consentono di garantire una interoperabilità sufficiente tra i sistemi operativi di fornitori diversi.
- 212 Questo argomento mette in risalto la controversia esistente tra le parti circa il livello di interoperabilità richiesto. Difatti, come spiegato ai 'considerando' 743-763 della Decisione, le informazioni che devono essere fornite in forza della misura correttiva sono le «informazioni necessarie all'interoperabilità», ai sensi dell'art. 6 della direttiva 91/250, relativo alla decompilazione. Da parte sua, la Microsoft ritiene che

la decompilazione prevista dall'art. 6 della direttiva 91/250 è autorizzata soltanto se le interfacce sono indispensabili per garantire la funzionalità di un programma per elaboratore creato autonomamente e che, nella fattispecie, le specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione non sono necessarie per assicurare la funzionalità di un sistema operativo per server per gruppi di lavoro creato autonomamente. Da ciò essa conclude che l'informazione che si è rifiutata di comunicare non può essere considerata come un'informazione relativa all'interoperabilità.

- 213 Nel preambolo della direttiva 91/250 l'interoperabilità è definita come «la capacità [...] di scambiare informazioni e di usare reciprocamente le informazioni scambiate». Al 'considerando' 27 si sottolinea che le disposizioni della direttiva non ostano all'applicazione delle regole di concorrenza di cui all'art. 82 CE «se un fornitore in posizione dominante rifiuta di mettere a disposizione l'informazione necessaria all'interoperatività, quale definita nella presente direttiva». Tuttavia, il problema se, nel caso di specie, le informazioni richieste alla Microsoft siano effettivamente necessarie per l'interoperabilità, come definita dalla direttiva 91/250, impone un esame approfondito degli elementi di fatto alla luce della normativa applicabile e che spetta unicamente al giudice del merito effettuare.
- 214 In secondo luogo, per quanto riguarda il carattere oggettivamente giustificato del rifiuto, la Microsoft ritiene di aver avuto il diritto di avvalersi dei suoi diritti di proprietà intellettuale e di rifiutare la concessione di licenze vertenti sulla sua tecnologia a fornitori di sistemi operativi per server concorrenti. In risposta a una domanda scritta del giudice del procedimento sommario, la Microsoft ha altresì sostenuto che le informazioni domandate dalla Sun Microsystems vertevano su una tecnologia in via di sviluppo.
- 215 Per comprendere la portata dell'argomento della Microsoft, il giudice del procedimento sommario ha interrogato quest'ultima durante l'audizione. Ne è risultato che secondo la Microsoft non si può escludere che il rifiuto possa essere oggettivamente giustificato dai diritti di proprietà intellettuale da essa posseduti

sulle informazioni richieste dalla Sun Microsystems o, in altri termini, che la giustificazione del rifiuto risieda nella necessità di non divulgare informazioni a causa del fatto che esse sono giuridicamente protette e di grande valore.

- 216 Tale argomento può essere inteso nel senso che la Microsoft era legittimata a rifiutarsi di divulgare informazioni giuridicamente protette, e ciò indipendentemente dalla presenza o meno di circostanze eccezionali.
- 217 Infatti, da un lato, l'argomento della Microsoft significa che, in mancanza di circostanze eccezionali debitamente provate, l'esercizio delle prerogative riconosciute al titolare di diritti di proprietà intellettuale non può dare origine ad un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Poiché detto argomento è strettamente connesso al problema di accertare se la Commissione abbia dimostrato che nel caso di specie esistevano «circostanze eccezionali», le due questioni vanno esaminate congiuntamente (v. supra, punto 206).
- 218 Dall'altro, l'argomento della Microsoft significa altresì che, anche qualora la Commissione avesse dimostrato l'esistenza di circostanze eccezionali, il rifiuto da parte sua di comunicare le informazioni di cui trattasi era giustificato dalla necessità di tutelare le informazioni di grande valore coperte da diritti di proprietà intellettuale.
- 219 Esposto dalla Microsoft nel corso del procedimento amministrativo, come emerge dal 'considerando' 709 della Decisione, tale ultimo argomento è stato confutato dalla Commissione ('considerando' 710-712), la quale ha concluso al riguardo che, alla luce delle circostanze eccezionali individuate, «il semplice fatto che il rifiuto della Microsoft consiste nel negare la concessione in licenza di una proprietà intellettuale non costituisce una giustificazione oggettiva» ('considerando' 712). Successivamente, la Commissione ha preso in esame gli altri argomenti dedotti dalla Microsoft per

dimostrare che il rifiuto di divulgare le informazioni in questione poteva essere giustificato dalla necessità di tutelare la sua spinta innovativa. La Commissione ha concluso in senso negativo, dopo aver respinto gli argomenti della Microsoft relativi al timore della «clonazione» dei suoi prodotti ('considerando' 713-729); essa ha inoltre spiegato che la divulgazione delle informazioni relative all'interoperabilità costituisce una prassi diffusa nell'industria in oggetto ('considerando' 730-735) e ha aggiunto che l'impegno assunto dalla IBM nei confronti della Commissione nel 1984 non era sostanzialmente diverso da quello che viene imposto alla Microsoft nella Decisione ('considerando' 736-742) e che il suo approccio è conforme alla direttiva 91/250.

- 220 Resta peraltro il fatto che l'argomento della Microsoft, inteso nel senso che esso sarebbe diretto a contestare la legittimità della valutazione della Commissione in merito all'assenza di giustificazioni oggettive per il rifiuto, non può essere respinto nella sua interezza come privo di fondamento, se si tiene conto delle circostanze specifiche del caso di specie.
- 221 A tal proposito, va rilevato che i diritti di proprietà intellettuale invocati dalla Microsoft non sono stati dichiarati validi da un giudice nazionale e che, pertanto, la situazione in oggetto è diversa da quelle all'origine delle sentenze Magill e IMS Health, cit. supra, al punto 99. Occorre peraltro osservare che la Commissione non ha escluso l'esistenza di diritti di proprietà intellettuale e che essa, in ogni caso, ne ha tenuto conto nell'analizzare il carattere giustificato del rifiuto di cui trattasi.
- 222 Il problema centrale è pertanto quello di capire se la Commissione abbia potuto concludere a buon diritto che la necessità di tutelare il presunto valore delle informazioni che si asserivano coperte da diritti di proprietà intellettuale non bastava per considerare come oggettivamente giustificato il rifiuto di comunicare le suddette informazioni.

223 L'esercizio compiuto dalla Commissione a tal fine è consistito nel valutare se, malgrado le circostanze eccezionali individuate, le considerazioni dedotte dalla Microsoft impedissero l'adozione di una misura correttiva. Ciò emerge, in particolare, dal 'considerando' 783 della Decisione, ai sensi del quale:

«La principale giustificazione oggettiva prospettata dalla Microsoft riguarda i diritti di proprietà intellettuale che essa possiede su Windows. Tuttavia, un esame approfondito della portata delle divulgazioni di cui trattasi consente di concludere che, tutto considerato, l'eventuale incidenza negativa che l'imposizione dell'obbligo di fornire le informazioni di cui trattasi avrebbe sulla spinta innovativa della Microsoft è compensata dagli effetti positivi che essa avrebbe sul livello di innovazione nell'intero settore (compresa la Microsoft). Infatti, la necessità di tutelare le spinte innovative della Microsoft non può costituire una giustificazione oggettiva che bilancia le circostanze eccezionali sopra individuate (...)».

224 Spetta tuttavia al giudice del merito verificare se sia stato commesso un errore manifesto nel valutare gli interessi in gioco, in particolare per quel che riguarda la tutela dei diritti di proprietà intellettuale invocati e le esigenze di libera concorrenza sancite dal Trattato CE.

225 Pertanto, il giudice del procedimento sommario ritiene che gli argomenti esposti dalla Microsoft sulle questioni sollevate nella causa in oggetto non possano essere considerati, nella fase del procedimento sommario, come privi prima facie di fondamento: di conseguenza, la condizione relativa al *fumus boni iuris* deve ritenersi soddisfatta.

## 2. L'urgenza

226 Per valutare se sussista l'urgenza di sospendere l'esecuzione dell'art. 5, lett. a)-c), della Decisione, occorre procedere ad alcune osservazioni preliminari.

a) Osservazioni preliminari

- 227 Le osservazioni preliminari vertono, in primo luogo, sull'oggetto della misura correttiva, e in secondo luogo sulla portata del presunto danno.
- 228 Per quel che riguarda l'oggetto della misura correttiva, va ricordato che, ai sensi dell'art. 5, lett. a), della Decisione, la Microsoft è tenuta a divulgare «a qualunque impresa che voglia sviluppare e distribuire sistemi operativi per server per gruppi di lavoro» le «informazioni relative all'interoperabilità» e autorizzarne l'uso da parte di suddette imprese, a «condizioni ragionevoli e non discriminatorie», ai fini dello «sviluppo e della distribuzione dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro». Stando alla sua formulazione, la misura correttiva impone alla Microsoft di diffondere le informazioni che, secondo le accuse della Commissione, si sarebbe abusivamente rifiutata di divulgare [v. anche art. 2, lett. a), nonché 'considerando' 998 della Decisione].
- 229 Come risulta dai 'considerando' 999 e 1004 della Decisione, peraltro, la divulgazione dei codici fonte non è imposta alla Microsoft dalla misura correttiva in oggetto, il che non viene contestato dalla richiedente nell'ambito del presente procedimento sommario.
- 230 Ai sensi dell'art. 1, n. 1, della Decisione, le informazioni che si ordina alla Microsoft di divulgare sono «le specificazioni esaurienti e corrette di tutti i protocolli applicati nei sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro e che vengono utilizzate dai server per gruppi di lavoro Windows al fine di fornire alle reti Windows per gruppi di lavoro dei servizi di files-sharing e di stampa, ivi compresi i servizi di controller di dominio Windows, il servizio Active Directory e il servizio "Group Policy"». Al 'considerando' 999 della Decisione si precisa che «[c]iò include,

al contempo, l'interconnessione e l'interazione dirette tra un server per gruppo di lavoro basato su Windows e un PC client basato su Windows, nonché l'interconnessione e l'interazione tra queste macchine che è indiretta e passa attraverso uno o più altri server per gruppi di lavoro basati su Windows».

- 231 L'obiettivo perseguito dalla Commissione, secondo la Decisione, è di «garantire che i concorrenti della Microsoft elaborino prodotti [compatibili] con l'architettura di dominio Windows [originariamente] integrata nel prodotto dominante che costituisce il sistema operativo Windows per PC clients, così da poter fare concorrenza ai prodotti Microsoft per sistemi operativi per server per gruppi di lavoro» ('considerando' 1003; v. inoltre i 'considerando' 181-184).
- 232 Le parti infine convengono sul fatto che l'autorizzazione ad utilizzare le specifiche, prevista dall'art. 5, lett. a), della Decisione, significa che le specifiche, che descrivono dettagliatamente le aspettative riposte in un pacchetto software, potranno essere applicate dai concorrenti della Microsoft. Le parti non concordano invece sui tempi necessari per l'attuazione delle specifiche, ossia per la loro trascrizione in codice.
- 233 Per quel che riguarda la portata del presunto danno, va ricordato che la Decisione impone alla Microsoft di divulgare le specifiche dei protocolli client-server e server-server.
- 234 Nella domanda di misure provvisorie, la Microsoft ha sottolineato la differenza che corre tra la Decisione e la transazione americana, spiegando che quest'ultima autorizzava un beneficiario di licenza ad utilizzare i protocolli di comunicazione Microsoft client-server unicamente allo scopo di garantire l'interoperabilità con i sistemi operativi Windows per PC clients; la Decisione invece le impone di concedere licenze vertenti sui suddetti protocolli affinché vengano utilizzati all'interno di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro che forniscono

servizi di archiviazione e di stampa nonché servizi di gestione degli utenti e dei gruppi a qualunque sistema operativo Windows per PC clients o per server. La differenza fra la transazione americana e la Decisione è stata rilevata dalla Commissione ai 'considerando' 688-691.

- 235 In risposta ad una questione scritta posta dal giudice del procedimento sommario, la Microsoft ha spiegato che, per quel che riguarda i protocolli client-server, la transazione americana e la Decisione sono analoghe, in quanto entrambe impongono alla Microsoft di sviluppare specificazioni descrittive di alcuni dei suoi protocolli, di fornirle ad alcuni concorrenti e di consentire a questi ultimi di utilizzare le specificazioni per realizzare nei loro prodotti dei protocolli che la Microsoft ha creato perché venissero usati all'interno di sistemi operativi Windows.
- 236 Nell'audizione, la Microsoft ha sostenuto che il programma di licenza americano durerà sino al novembre 2009 e che le licenze concesse hanno portata mondiale. Essa ha concluso che l'esecuzione immediata dell'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli client-server non è necessaria, poiché la transazione americana consente di ottenere lo stesso risultato fino alla data in cui il Tribunale si pronuncerà nel procedimento principale.
- 237 A questo proposito, il giudice del procedimento sommario ricorda che una decisione è immediatamente esecutiva e che la sospensione della sua esecuzione può essere disposta soltanto alle condizioni prescritte dal Trattato CE, dallo Statuto della Corte di giustizia e dal regolamento di procedura del Tribunale. Pertanto, il carattere immediatamente esecutivo di una decisione non è affatto subordinato al carattere necessario della sua esecuzione.
- 238 Tuttavia, gli elementi sopra esposti verranno tenuti in considerazione nell'esaminare l'urgenza a disporre la sospensione dell'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli client-server.

239 Questo argomento esposto dalla Microsoft nel corso dell'audizione induce ad esaminare separatamente il requisito relativo all'urgenza a seconda che la Decisione le imponga di divulgare le specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server, da un lato, e le specificazioni dei protocolli di comunicazione client-server, dall'altro.

b) Il pregiudizio grave e irreparabile causato dall'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli server-server

240 Secondo una costante giurisprudenza, il carattere urgente di una domanda di provvedimenti provvisori va valutato in relazione alla necessità di statuire provvisoriamente, per evitare che il richiedente subisca un danno grave e irreparabile (ordinanza del presidente della Corte 6 febbraio 1986, causa 310/85 R, Deufil/Commissione, Racc. pag. 537, punto 15; ordinanza del presidente del Tribunale 30 giugno 1999, causa T-13/99 R, Pfizer Animal Health/Consiglio, Racc. pag. II-1961, punto 134). Spetta a quest'ultimo provare di non poter attendere l'esito del procedimento principale, senza dover subire un danno di tale natura (ordinanza del presidente della Corte 8 maggio 1991, causa C-356/90 R, Belgio/Commissione, Racc. pag. I-2423, punto 23; ordinanze del presidente del Tribunale 30 aprile 1999, causa T-44/98 R II, Emesa Sugar/Commissione, Racc. pag. II-1427, punto 128, e 15 novembre 2001, causa T-151/01 R, Duales System Deutschland/Commissione, Racc. pag. II-3295, punto 187).

241 Il danno asserito dev'essere certo o, quanto meno, dimostrato come sufficientemente probabile, fermo restando che spetta comunque al richiedente dimostrare i fatti che si ritengono alla base della prospettiva di tale danno [ordinanza della Corte 29 giugno 1993, causa C-280/93 R, Germania/Consiglio, Racc. pag. I-3667, e ordinanza del presidente della Corte 14 dicembre 1999, causa C-335/99 P(R), HFB e a./Commissione, Racc. pag. I-8705, punto 67].

242 Nel caso di specie, la Microsoft asserisce che l'esecuzione della Decisione recherebbe pregiudizio, da un lato, ai suoi diritti di proprietà intellettuale e, dall'altro, alla sua libertà commerciale e alla sua capacità di sviluppare i suoi prodotti. Essa sostiene inoltre che l'esecuzione della Decisione modificherà in modo irreversibile le condizioni di mercato.

243 Ciascuno di questi tre capi costituirà oggetto di un esame distinto.

1) Il presunto danno ai diritti di proprietà intellettuale

244 Secondo la Microsoft, l'esecuzione della Decisione la obbligherà a rilasciare ai suoi concorrenti licenze vertenti su informazioni di grande valore tutelate da diritti di proprietà intellettuale.

245 Occorre pertanto esaminare se la Microsoft abbia dimostrato concretamente sotto quale profilo gli effetti prodotti dalla Decisione sarebbero di natura grave e irreparabile. A tal fine, occorre tenere distinto il problema di accertare se la divulgazione delle informazioni relative all'interoperabilità costituisca di per sé un danno grave e irreparabile per la Microsoft, e il problema di stabilire se l'utilizzazione di tali informazioni da parte dei suoi concorrenti produca conseguenze gravi e irreparabili.

i) La diffusione delle informazioni relative all'interoperabilità

246 È stato sostenuto che le informazioni che si ordina alla Microsoft di divulgare sono tutelate da diritti di proprietà intellettuale e di grande valore. Tenuto conto degli

argomenti fatti valere dalla Microsoft, occorre valutare, in successione, se costituiscano un danno grave e irreparabile, da un lato, il pregiudizio causato alle prerogative esclusive del titolare di un diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, l'obbligo di divulgare delle informazioni.

247 In primo luogo, la Microsoft sostiene che la Decisione, imponendole di concedere licenze ai suoi concorrenti, viola i diritti di proprietà intellettuale che essa detiene sulle informazioni da divulgare.

248 Non occorre, nel caso di specie, prendere posizione sull'esistenza di diritti di proprietà intellettuale e, di conseguenza, neppure sul problema di stabilire se l'esecuzione della Decisione costringerebbe effettivamente la Microsoft ad accordare licenze vertenti sul suo diritto d'autore o sui suoi brevetti; è evidente che, nell'ipotesi in cui tali diritti fossero in gioco, il fatto di obbligare un'impresa a rilasciare licenze vertenti sui suoi diritti di proprietà intellettuale costituirebbe di per sé un pregiudizio sostanziale alle prerogative esclusive da esso derivanti per tale impresa.

249 È anche vero che tale pregiudizio è la necessaria conseguenza della giurisprudenza derivante dalla sentenza IMS Health (cit. supra, al punto 99), dal momento che l'esame cui procede il giudice comunitario consiste precisamente nel ponderare, da un lato, la tutela conferita da un diritto di proprietà intellettuale al suo titolare e, dall'altro, le esigenze di libera concorrenza sancite nel Trattato CE. Infatti, quando la Commissione ritiene, in presenza di circostanze eccezionali, che le esigenze di libera concorrenza impongano di ordinare ad un'impresa in posizione dominante di concedere una licenza vertente sui suoi diritti di proprietà intellettuale, ne deriva necessariamente un pregiudizio alle prerogative del titolare di tali diritti. Nel caso di specie, anche supponendo che le specificazioni dei protocolli di comunicazione, una volta redatte, siano protette da un diritto d'autore, il fatto stesso di ordinare alla Microsoft di mettere le sue specificazioni a disposizione di imprese concorrenti costituisce un danno ai diritti esclusivi conferiti all'autore. Parimenti, anche supponendo che alcuni dei protocolli siano tutelati da brevetti e che la loro

utilizzazione si riveli inevitabile per le imprese di cui all'art. 5 della Decisione, il fatto stesso che la Microsoft non possa sfruttare a suo piacimento i propri brevetti reca pregiudizio alle prerogative conferite all'inventore.

- 250 Nondimeno, considerare che un pregiudizio alle prerogative esclusive del titolare del diritto costituisce, di per sé e indipendentemente dalle circostanze specifiche di ciascun caso, un danno grave e irreparabile implicherebbe che la condizione relativa all'urgenza è sempre soddisfatta allorché l'atto di cui si chiede la sospensione rientra nell'ipotesi delineata dalla giurisprudenza IMS Health (cit. supra, punto 99).
- 251 In simili circostanze occorre pertanto esaminare se, alla luce degli elementi del caso di specie, i diritti di proprietà intellettuale siano compromessi, fino al giudizio nel procedimento principale, in modo da causare, al di là del semplice pregiudizio alle prerogative esclusive del titolare dei diritti di cui trattasi, un danno grave e irreparabile (v., in tal senso, ordinanza del presidente della Corte 11 maggio 1989, cause riunite 76/89 R, 77/89 R e 91/89 R, RTE e a./Commissione, Racc. pag. 1141, punto 18; ordinanza IMS Health/Commissione, cit. supra al punto 133, punti 126-131).
- 252 In secondo luogo, la Microsoft sostiene che il danno ad essa causato trova origine nel fatto che la divulgazione di cui trattasi verte su informazioni segrete e di grande valore.
- 253 A tal proposito, occorre innanzitutto rilevare come non sia contestabile che la conoscenza di un'informazione fino ad allora mantenuta segreta — vuoi perché esiste un diritto di proprietà intellettuale, vuoi perché trattasi di segreto commerciale — una volta acquisita, permane. Un eventuale annullamento della Decisione non permetterebbe di cancellare dalla memoria la conoscenza di tale

informazione e un risarcimento sarebbe oltremodo difficile, a causa dell'improbabilità di calcolare in concreto il valore del trasferimento di tali nozioni. La Microsoft tuttavia non spiega quale danno irreparabile potrebbe derivarle dal semplice fatto che dei terzi abbiano conoscenza dei dati da essa diffusi, in contrapposizione agli sviluppi risultanti dall'uso delle nozioni stesse.

254 Inoltre, si osserva che la divulgazione di un'informazione fino ad allora mantenuta segreta non implica necessariamente il prodursi di un danno grave.

255 Nel caso di specie, però, la Microsoft fa valere, in sostanza, che le informazioni relative all'interoperabilità hanno un valore specifico. Tale valore deriverebbe, da un lato, dal fatto che i protocolli di comunicazione sono frutto di sforzi sostanziali e dispendiosi e, dall'altro, dal fatto che le loro applicazioni commerciali sono significative. La Microsoft aggiunge che anche la redazione delle specificazioni è onerosa.

256 Il giudice del procedimento sommario ritiene che, alla luce degli elementi del fascicolo, non sia stata dimostrata la gravità del danno suddetto. In particolare, l'affermazione vaga secondo la quale i protocolli di comunicazione della Microsoft sarebbero «costati decine di milioni di dollari [statunitensi]», quand'anche fosse fondata, non è supportata da alcun elemento di prova. Inoltre, si deve tener conto del fatto che tali spese sarebbero parzialmente compensate dagli introiti che la Microsoft potrebbe esigere a fronte dell'uso dei suoi protocolli nell'ambito delle licenze concesse in esecuzione della Decisione.

257 In ogni caso, il danno economico di cui al punto precedente non può essere considerato grave se si tiene conto della potenza economica della Microsoft, il cui volume d'affari realizzato nel corso dell'esercizio contabile compreso tra il giugno 2002 e il giugno 2003 è stato pari, come emerge dal primo 'considerando' della

Decisione, a EUR 30 701 milioni (v., in tal senso, ordinanza del presidente della Corte 23 maggio 1990, cause riunite C-51/90 R e C-59/90 R, Comos-Tank e a./Commissione, Racc. pag. I-2167, punto 26).

- 258 Secondo la Microsoft, poi, il valore delle suddette informazioni consiste nel fatto che le specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server contengono una notevole quantità di informazioni sul funzionamento dell'«Active Directory» all'interno dei sistemi operativi Windows. I suoi protocolli di comunicazione server-server non sono semplici interfacce indipendenti dall'applicazione sottostante delle funzionalità accessibili tramite le interfacce stesse. Di conseguenza, comunicare i protocolli ai concorrenti equivarrebbe a trasmettere loro un'ingente quantità di informazioni sul modo in cui tali funzionalità vengono fornite (allegato R.2; allegato T.7; allegato U.1, Madnick e Meyer «Risposta al documento del sig. Alepin allegato alla memoria della CCIA e alle osservazioni della [FSF-Europe]», nonché allegato U.2).
- 259 Il giudice del procedimento sommario rileva, in primo luogo, come la Microsoft nelle sue memorie dichiara che sarebbe tenuta a divulgare informazioni sulla struttura interna o sugli aspetti innovativi dei suoi prodotti, mentre gli esempi concreti si riferiscono unicamente ai protocolli di duplicazione dell'Active Directory; in secondo luogo, il giudice osserva che tale affermazione si basa sulle analisi dei sigg. Madnick e Meyer, da un lato, e del sig. Campbell-Kelly, dall'altro.
- 260 A tal riguardo, secondo il giudice del procedimento sommario non si può ritenere che vi siano prove sufficienti di quanto asserito dalla Microsoft.
- 261 L'affermazione della Microsoft secondo la quale le informazioni che essa dovrebbe comunicare rivelerebbero le modalità di funzionamento dei suoi prodotti è illustrata attraverso il solo esempio dell'Active Directory, che nella Decisione viene definito come il servizio di schedario incluso in Windows 2000 Server ('considerando' 149). Nelle sue osservazioni sulle memorie di intervento, la Microsoft ha ribadito che «le

specificazioni si riveleranno assai istruttive per i concorrenti riguardo alle modalità di funzionamento di componenti importanti dei sistemi operativi Windows per server, come l'Active Directory». Durante l'audizione, non è stata data una risposta chiara e convincente neppure alla domanda posta dal giudice del procedimento sommario diretta a sapere se le specificazioni rivelerebbero elementi relativi a componenti dei sistemi operativi Windows per server diverse dall'Active Directory. Su questo punto, uno degli esperti della Microsoft ha spiegato in effetti che egli «pensava» che sarebbero state rivelate anche le regole che disciplinano la gestione dello schedario.

- 262 Le affermazioni degli esperti della Microsoft e gli esempi relativi all'Active Directory da essi invocati si basano su analisi (v. supra, punto 116) fortemente criticate dalla Commissione e dalle parti intervenute a sostegno delle sue conclusioni. Queste ultime hanno contestato i postulati contenuti in tali analisi e, in particolare, il fatto che i protocolli utilizzati per garantire le comunicazioni tra due copie di un medesimo sistema operativo nonché il metodo di duplicazione siano «strettamente connessi». Le contestazioni della Commissione — basate su documenti prodotti da esperti (allegato S.2 e allegato U.1, «Memorandum preparato da OTR, datato 10 settembre 2004») — della FSF-Europe e, prima della loro rinuncia, della CCIA e della Novell vertono in sostanza sul carattere vago e congetturale della dimostrazione contenuta nello studio di Madnick e Meyer, nonché sull'esistenza, in detto studio, di teorie contrastanti con le prassi seguite dalla Microsoft. Nell'allegato 3 alla memoria di intervento della CCIA, il sig. Alepin sostiene che specificazioni di protocollo correttamente scritte rivelano poco o nulla sulla struttura interna, gli algoritmi e gli altri aspetti innovativi dei sistemi operativi.

- 263 Alla luce di tali contestazioni e in mancanza di altri elementi più precisi forniti dalla Microsoft, non si può ritenere che siano state dimostrate le affermazioni secondo cui le specificazioni rivelerebbero più elementi di quelli necessari per garantire l'interoperabilità voluta dalla Commissione.

- 264 Parimenti, come rilevato dalla Commissione in risposta a una domanda scritta, l'affermazione della Microsoft per cui l'algoritmo di compressione unico utilizzato da Active Directory dovrebbe essere divulgato in forza della misura correttiva imposta dalla decisione non è verificabile, mancando elementi oggettivi a tal fine sufficienti.
- 265 A questo proposito, il giudice del procedimento sommario ritiene che la Microsoft avesse la possibilità e il diritto di presentare un dossier tecnico alla Commissione, e ad essa soltanto, tale da permetterle di commentare il grado di precisione delle specificazioni e i rischi connessi alla rivelazione di informazioni che vanno necessariamente oltre la semplice interoperabilità voluta dalla Commissione. La Microsoft però non vi ha provveduto durante il procedimento amministrativo. Parimenti, dopo l'adozione della Decisione, la Microsoft avrebbe potuto illustrare le ragioni che avrebbero impedito di adottare misure di salvaguardia efficaci per aggirare tale difficoltà. In particolare, nell'audizione la Commissione ha dichiarato di aver chiesto alla Microsoft, il 30 luglio 2004, di comunicarle le specificazioni per l'esame, ma che queste non le sono mai state trasmesse, cosa che non viene contestata dalla Microsoft.

ii) L'uso delle informazioni relative all'interoperabilità

- 266 La Microsoft sostiene che, una volta divulgate le informazioni relative all'interoperabilità, l'uso che ne verrà fatto provocherà una serie di danni gravi e irreparabili.

La presunta diluizione delle informazioni

- 267 Secondo la Microsoft, le informazioni rivelate potranno essere utilizzate dai suoi concorrenti, con il rischio che esse divengano di dominio pubblico e che sarà impossibile verificarne l'uso dopo l'annullamento dellaD.

- 268 Questo argomento non tiene conto della possibilità di predisporre misure contrattuali di salvaguardia in merito alla riservatezza e all'uso delle informazioni in oggetto, in attesa della decisione del Tribunale nel procedimento principale, clausole che costituiscono prassi corrente nel settore. Disposizioni sulla riservatezza, eventualmente accompagnate da clausole penali, potranno in effetti essere inserite nei contratti di licenza stipulati con le imprese intenzionate a sviluppare e distribuire prodotti concorrenti rispetto a quelli della Microsoft, ai sensi dell'art. 5, lett. a), della Decisione.
- 269 A tal proposito, la Commissione ha spiegato che la Microsoft poteva esigere ragionevoli misure di salvaguardia contrattuali per la divulgazione, in modo da impedire l'uso delle informazioni diffuse ai concorrenti in caso di annullamento della Decisione. I contratti di licenza conclusi nell'ambito del MCPP e gli accordi di trasferimento di tecnologia costituiscono, al riguardo, elementi validi come punti di riferimento.
- 270 In questo contesto, si osserva che la stessa Microsoft ha spiegato nella domanda di misure provvisorie che la rivelazione dei segreti commerciali alle sue controparti contrattuali era subordinata al fatto che queste ultime rispettassero un obbligo di riservatezza (v. supra, punto 125).
- 271 Occorre aggiungere che la Microsoft si è impegnata, nell'ambito dell'accordo con la Sun Microsystems, a comunicare le specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione server-server. Tuttavia, la Microsoft non ha spiegato i motivi per cui misure contrattuali di salvaguardia identiche a quelle inserite nel suddetto accordo non consentirebbero di garantire l'assenza di pubblicità delle informazioni divulgate in forza della Decisione. Inoltre, come emerge dal 'considerando' 211 della Decisione, «[n]egli anni '90 la Microsoft ha stipulato una licenza con la AT&T relativa alla comunicazione di alcuni elementi del codice fonte di Windows». Ebbene, la Microsoft non ha spiegato per quale motivo non sarebbe in grado di ricorrere a misure di salvaguardia contrattuali, identiche a quelle che si sono dovute predisporre tramite il suddetto accordo con la AT&T, ai fini della divulgazione delle specificazioni di cui all'art. 5 della Decisione.

272 La possibilità di misure di salvaguardia appropriate risponde inoltre al timore della Microsoft che le informazioni divulgate vengano diffuse al punto di diventare di dominio pubblico. Oltre al fatto che la conclusione di licenze non implica affatto che i dati in questione siano giuridicamente di dominio pubblico, per lo meno per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, il verificarsi del danno lamentato dalla Microsoft presuppone una violazione da parte dei terzi dei propri obblighi contrattuali, che non può essere presunta (v., in tal senso, ordinanza del presidente del Tribunale 15 luglio 1998, causa T-73/98 R, Prayon-Rupel/Commissione, Racc. pag. II-2769, punto 41).

273 Quanto all'impossibilità di verificarne l'uso dopo l'annullamento della Decisione, la Microsoft sostiene che è semplicistico credere che l'uso delle specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione sarebbe immediatamente individuabile in caso di annullamento della Decisione, e ciò a causa del permanere dell'interoperabilità dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti e dei sistemi operativi Windows per server. Tuttavia, nelle sue osservazioni sulle memorie di intervento, la Microsoft ha dichiarato che, «senza aver accesso al codice fonte dei prodotti concorrenti», le sarebbe impossibile sapere in quale misura i concorrenti utilizzano le nozioni ottenute tramite l'accesso alle specificazioni dei protocolli di comunicazione Microsoft. Da tale argomentazione consegue che, secondo la Microsoft, è possibile stabilire in quale misura i concorrenti utilizzano le nozioni ottenute grazie ai protocolli di comunicazione avendo accesso, in caso di annullamento della Decisione, ai codici fonte dei loro prodotti. Ora, la possibilità che un perito indipendente — nominato di comune accordo tra le parti contraenti o, in mancanza di accordo, dalla Commissione — acceda al codice fonte dei prodotti dei concorrenti della Microsoft per effettuare tale verifica è del tutto prevedibile nei contratti di licenza che devono essere stipulati con le imprese di cui all'art. 5 della Decisione. Inoltre, la Microsoft può anche prevedere in questi stessi contratti di licenza sanzioni pecuniarie tali da impedire ai suoi concorrenti, in caso di annullamento della Decisione, di commercializzare prodotti contenenti le informazioni relative all'interoperabilità. Tali clausole contrattuali, relative alle modalità di verifica e alle penalità previste per il caso di violazione dell'impegno assunto di non utilizzare le informazioni dopo un eventuale annullamento della Decisione, vanno considerate sufficienti per evitare il verificarsi di un danno irreparabile.

274 A titolo ulteriore, va rilevato che la valutazione di cui al punto precedente è confermata dal fatto che, nel corso dell'audizione, la Novell ha dichiarato di essere disposta a permettere l'accesso al codice fonte dei suoi prodotti in modo da consentire, dopo un eventuale annullamento della Decisione, la verifica del mancato uso delle informazioni relative all'interoperabilità. La Microsoft non ha dato risposte in merito.

### Il presunto mantenimento dei prodotti nei canali distributivi

275 La Microsoft sostiene che la Decisione danneggerà in modo permanente i suoi diritti di proprietà intellettuale — più precisamente, il diritto allo sfruttamento dei suoi brevetti — in quanto, se la Decisione venisse annullata, i prodotti contenenti la sua tecnologia rimarrebbero nei canali distributivi e nelle mani dei clienti.

276 Secondo il giudice del procedimento sommario la Microsoft non ha dimostrato che tali circostanze costituirebbero un danno grave e irreparabile.

277 In primo luogo, non si conosce il momento in cui i prodotti concorrenti che attuano le specificazioni verranno immessi sul mercato. A tal proposito, è assodato che le imprese che riceveranno l'informazione dovranno dapprima mettere in atto le specificazioni e poi procedere all'immissione sul mercato dei loro prodotti. Nel corso dell'audizione il rappresentante della Microsoft ha dichiarato che le specificazioni dei protocolli di comunicazione sarebbero pronte nel giro di tre o quattro settimane.

278 Nella Decisione la Commissione ha stimato in diversi anni il periodo complessivo compreso tra la data di ricezione delle specificazioni e quella dell'immissione dei prodotti sul mercato ('considerando' 719-721). Nelle sue osservazioni la Commis-

sione ha rinviato ad una «lettera della Sun [Microsystems] spedita alla Commissione e datata 20 luglio 2004» nella quale al punto 3, che si riferisce alle specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server, è spiegato quanto segue:

«Facendo ricorso ad una squadra composta da [un considerevole numero di] ingegneri, sono occorsi [diversi] anni alla Sun [Microsystems] per ultimare lo sforzo di sviluppo e immettere sul mercato una versione operativa di AS/U ideata sulla base delle informazioni ricevute dalla AT&T. Per le ragioni di seguito indicate, la Sun [Microsystems] ritiene che occorra più tempo per elaborare un prodotto complesso partendo dalle specificazioni tecniche fornite nell'ambito del "Technical Collaboration Agreement" stipulato con la Microsoft nell'aprile 2004».

279 Peraltro, nelle memorie depositate prima della rinuncia, la CCIA sostiene che, «anche se le informazioni venissero divulgate domani (e supponendo che siano complete e corrette), è chiaro che ci vorrebbe qualche anno (almeno due) prima che uno dei concorrenti della Microsoft possa immettere sul mercato un prodotto che utilizza tali informazioni». Tale affermazione si basa sull'allegato CCIA.R.3, in cui il sig. Alepin sostiene che non ci si può realisticamente aspettare che prodotti completamente compatibili siano disponibili sul mercato nel giro di due anni (punto 84). La SIIA e, prima della sua rinuncia, la Novell hanno esposto nelle loro memorie argomenti analoghi.

280 Invitata a prendere posizione per iscritto su questi elementi informativi riguardanti la valutazione dei tempi necessari per realizzare l'implementazione delle sue specificazioni, la Microsoft ha spiegato, in sostanza, che i tempi necessari per l'attuazione di una specificazione dipendono largamente dalle risorse destinate a tal fine. Nell'audizione la Microsoft ha dichiarato che un prodotto potrebbe essere immesso sul mercato in meno di tre mesi, ma non ha fornito precisazioni sufficienti né elementi che permettano di suffragare tale affermazione e di verificarne la fondatezza. Pertanto, tale asserzione non può essere tenuta in considerazione.

- 281 Da quanto precede deriva che, fatta salva la circostanza che occorrerà un certo tempo prima che i concorrenti della Microsoft possano vendere le versioni dei loro prodotti compatibili con i sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro, non si può pensare che tali prodotti compatibili verranno commercializzati entro breve termine. Di conseguenza, gli effetti lamentati dalla Microsoft si verificherebbero comunque solo per un periodo limitato, compreso fra la data di immissione di tali prodotti sul mercato e quella della sentenza che verrà pronunciata nel procedimento principale.
- 282 In secondo luogo, il danno eventualmente derivante dal fatto che alcuni prodotti che attuano le specificazioni dei protocolli della Microsoft rimangono entro i canali distributivi non può essere considerato come di carattere irreversibile, poiché un effetto di tale natura è inevitabilmente limitato nel tempo, vuoi perché i prodotti alla fine saranno venduti e installati all'interno di imprese che li hanno acquistati (v. punto 283 qui di seguito), vuoi perché i prodotti rimasti invenduti diventeranno tecnologicamente obsoleti.
- 283 In terzo luogo, va rilevato che la Microsoft ha motivo di sostenere che, anche in caso di annullamento, i prodotti concorrenti resterebbero installati all'interno delle imprese che li hanno acquistati. Tuttavia, tale circostanza non si può considerare causa di un danno grave e irreparabile in quanto, da un lato, la Microsoft non ha dimostrato perché la presenza di tali prodotti nella rete dei clienti nuocerebbe in maniera sensibile alle sue attività future e, dall'altro, è verosimile che il valore commerciale di tali prodotti, che hanno risposto a una domanda dei clienti manifestatasi prima del giudizio nel procedimento principale, diminuisca rapidamente qualora il Tribunale dovesse annullare la Decisione.
- 284 Su quest'ultimo punto va precisato che, dopo un eventuale annullamento della Decisione, la Microsoft potrebbe impedire la compatibilità tra i sistemi operativi concorrenti e le nuove versioni dei sistemi Windows modificando i suoi protocolli di comunicazione server-server, e in tal modo diminuendo notevolmente e rapidamente il valore dei prodotti concorrenti. La possibilità tecnica di influire sull'interoperabilità tra l'ambiente Windows e i sistemi operativi per server per

gruppi di lavoro concorrenti installati all'interno di imprese — tale da consentire alla Microsoft di trarre conseguentemente un vantaggio esclusivo dai successivi miglioramenti — è stata confermata nel corso dell'audizione, senza che la Microsoft sollevasse obiezioni al riguardo.

285 Anche supponendo che la Microsoft decida di non modificare i suoi protocolli di comunicazione dopo un eventuale annullamento della Decisione, essa non subirebbe un danno irreparabile neppure dal permanere di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti all'interno della rete. Nel corso dell'audizione la Microsoft ha dichiarato che, in caso di annullamento della Decisione, sarebbe tecnicamente possibile spezzare l'interoperabilità con i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti, ma che sarebbe inconcepibile sotto un profilo commerciale non garantire una compatibilità a monte tra vecchi e nuovi sistemi. Tuttavia, se il mantenimento di tale compatibilità permette ai sistemi operativi concorrenti di interoperare in rete con la nuova versione dei sistemi operativi Windows, ciò non elimina il fatto che i primi sistemi operativi non sono tecnologicamente tanto avanzati quanto i secondi e che, in prospettiva commerciale, diventeranno rapidamente obsoleti. Va ricordato al riguardo che, in caso di annullamento della Decisione da parte del Tribunale, i concorrenti della Microsoft non potrebbero più utilizzare le informazioni relative all'interoperabilità di cui all'art. 5 della Decisione (v. supra, punto 273) e che, di conseguenza, la compatibilità a monte sarebbe unicamente garantita per i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro messi in vendita dai concorrenti prima della data dell'eventuale annullamento.

#### La presunta «clonazione» dei prodotti

286 Secondo la Microsoft le informazioni in oggetto potrebbero essere utilizzate per «clonare» i suoi prodotti. Essa sostiene che, a partire dal momento in cui i concorrenti avranno acquisito una conoscenza approfondita delle modalità di funzionamento interne dei sistemi operativi della Microsoft studiando le specificazioni dei suoi protocolli di comunicazione protetti da diritto d'autore,

potranno farne uso per i loro prodotti. Orbene, sarebbe difficile e finanche impossibile per la Microsoft e per le autorità giudiziarie stabilire se i concorrenti utilizzino tali nozioni al momento di ideare i propri sistemi operativi per server.

- 287 A questo proposito va ricordato che non si è potuta considerare dimostrata la premessa di tale ragionamento, ossia la possibilità di ottenere informazioni che vadano ben oltre le semplici informazioni relative all'interoperabilità (v. supra, punti 260-265).
- 288 Inoltre, l'assunto della Microsoft si basa su una lettura dell'art. 5 della Decisione che non tiene conto delle motivazioni di quest'ultima. Infatti, l'indicazione contenuta nell'art. 5, ai sensi del quale la Microsoft è tenuta ad autorizzare l'uso delle specificazioni per i suoi protocolli «per sviluppare e distribuire prodotti concorrenti a quelli della Microsoft sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro», va letta alla luce dei 'considerando' 1003 e 1004 della Decisione. Secondo il 'considerando' 1003, «[l']obiettivo [della Decisione] è di garantire che i concorrenti della Microsoft elaborino prodotti [compatibili] con l'architettura di dominio Windows [originariamente] integrata nel prodotto dominante che costituisce il sistema operativo Windows per PC clients, così da poter fare concorrenza ai prodotti Microsoft per sistemi operativi per server per gruppi di lavoro». Il 'considerando' 1004 precisa invece che, «quanto all'uso che verrà fatto delle specificazioni divulgate, le specificazioni non verranno neppure riprodotte, adattate, combinate o modificate, ma saranno utilizzate da terzi per la scrittura delle proprie interfacce, conformemente alle specificazioni stesse».
- 289 Pertanto, l'art. 5 della Decisione va inteso nel senso che l'uso dei protocolli è consentito soltanto a fini di interoperabilità e che, di conseguenza, l'uso per scopi diversi dei protocolli non è consentito. La Commissione ha esplicitamente confermato questa interpretazione nel corso dell'audizione, insistendo sul fatto che il rispetto di tale limite potrà essere verificato dal «mandatario indipendente della Microsoft» previsto dall'art. 7 della Decisione.

## 2) Il presunto danno alla libertà commerciale

- 290 Secondo la Microsoft, la sua libertà di determinare gli elementi essenziali della sua politica commerciale verrà messa a repentaglio a seguito dell'esecuzione della Decisione: quest'ultima le imporrebbe di divulgare informazioni ad alcuni concorrenti, la priverebbe della sua capacità di sviluppare i propri prodotti e la costringerebbe a «irrigidire» i suoi protocolli.
- 291 A questo proposito va rilevato che, in linea di principio, ogni decisione assunta in forza dell'art. 82 CE che imponga ad un'impresa dominante di porre fine a un abuso comporta necessariamente un mutamento della politica commerciale di tale impresa. L'obbligo imposto ad un'impresa di modificare il proprio comportamento non può quindi essere considerato da quest'ultima come fonte di un danno grave e irreparabile, salvo considerare che l'urgenza è sempre sussistente allorché la decisione di cui si domanda la sospensione impone di mettere fine ad un comportamento abusivo.
- 292 Se un ricorrente lamenta un danno alla libertà commerciale per dimostrare che sussiste l'urgenza di disporre il provvedimento provvisorio richiesto, è a lui che spetta fornire la prova o che l'esecuzione dell'atto impugnato gli imporrà di modificare alcuni elementi fondamentali della sua politica commerciale e che gli effetti prodotti dall'esecuzione di tale atto gli impediranno di riprendere la sua politica commerciale iniziale, anche dopo la pronuncia di una sentenza che gli dia ragione nel merito, o che tali effetti gli procureranno un danno grave e irreparabile di diversa natura, ricordando che l'asserito danno dev'essere valutato alla luce delle circostanze del caso specifico.
- 293 Infatti, nelle ordinanze Bayer/Commissione, cit. supra, al punto 138, e IMS Health/Commissione, cit. supra, al punto 133, richiamate dalla Microsoft, il giudice del procedimento sommario aveva valutato le conseguenze dei pregiudizi lamentati alla libertà delle imprese di definire la loro politica commerciale tenendo conto degli effetti dell'esecuzione dell'atto.

294 Nell'ordinanza Bayer/Commissione, cit. supra, al punto 138, il giudice del procedimento sommario ha in effetti sottolineato che «[n]ella specie, se la tesi della richiedente dovesse essere dichiarata fondata dal Tribunale, l'applicazione immediata della disposizione di cui trattasi rischierebbe di privare l'interessata della possibilità di definire in modo autonomo alcuni elementi essenziali della sua politica commerciale» (punto 54). Esso ha inoltre osservato che «una situazione di questo tipo potrebbe in modo del tutto particolare causare un grave danno alla richiedente nell'ambito del settore farmaceutico, caratterizzato dall'applicazione da parte dei servizi sanitari nazionali di sistemi di fissazione o di controllo dei prezzi e di modalità di rimborso che danno luogo a grandi disparità quanto ai prezzi praticati per una stessa medicina nei vari Stati membri» (punto 55). Avendo considerato la regolamentazione settoriale dei prezzi come un fattore che limita il margine di libertà commerciale delle imprese, il giudice del procedimento sommario ha potuto concludere che un pregiudizio ulteriore a una libertà commerciale già limitata costituiva un danno grave. L'alterazione della politica commerciale della società Bayer è stata quindi ritenuta sufficiente per integrare gli estremi dell'urgenza soltanto alla luce dei dati specifici di tale causa.

295 Nell'ordinanza IMS Health/Commissione, cit. supra al punto 133, il giudice del procedimento sommario ha ritenuto soddisfatto il requisito dell'urgenza in quanto sussistevano gravi motivi per ritenere molto difficile, se non impossibile, rovesciare molte «evoluzioni nel mercato», che l'esecuzione immediata della decisione impugnata avrebbe potuto creare, nel caso in cui fosse stato accolto il ricorso principale (punto 129). Il «rischio reale di un danno grave ed irreparabile agli interessi della richiedente» (punto 127), individuato in tale causa, attiene quindi al carattere grave e irreversibile delle evoluzioni nel mercato. Le considerazioni in merito al pregiudizio alla libertà riconosciuta alle imprese di definire la propria politica commerciale (punti 130 e 131) sono state valutate al solo fine di suffragare la conclusione cui il giudice del procedimento sommario era già pervenuto relativamente all'urgenza, come dimostrato dalla mancata analisi del carattere grave e irreparabile del danno in questione.

296 Occorre pertanto esaminare se la Microsoft abbia dimostrato che il pregiudizio alla sua libertà commerciale è causa di un danno grave e irreparabile alla luce delle circostanze del caso di specie.

## i) Il presunto cambiamento radicale nella politica commerciale

297 Il cambiamento radicale nella politica commerciale che la Decisione imporrebbe alla Microsoft viene contraddetto da alcuni elementi del fascicolo.

298 Innanzitutto, va rilevato che tanto la transazione americana quanto la decisione obbligano la Microsoft a divulgare le specificazioni dei protocolli di comunicazione. La transazione americana in realtà non impone alla Microsoft di divulgare le specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server, ma di concedere licenze per tutti i protocolli attuati in un sistema operativo Windows per PC client al fine di una interoperabilità con un sistema operativo Windows per server. Alla luce degli elementi di cui dispone e considerato che la Decisione si inserisce nella politica di divulgazione già avviata dalla Microsoft in esecuzione della transazione americana, il giudice del procedimento sommario ritiene che non possano essere considerate radicali le differenze esistenti in termini di politica commerciale tra la detta transazione e la Decisione. Occorre rilevare, al riguardo, che non viene negato il fatto che uno dei protocolli oggetto di licenza nell'ambito del MCPP è un protocollo di comunicazione utilizzato non soltanto per le comunicazioni client-server, ma anche per quelle server-server. Su quest'ultimo punto emerge, in particolare, dal 'considerando' 179 della Decisione, che «[i] server della rete possono talvolta utilizzare gli stessi protocolli dei PC client per comunicare con altri server: per esempio, in un dominio Windows, Microsoft Kerberos viene usato per l'autenticazione sia tra un PC client basato su Windows e un server per gruppo di lavoro basato su Windows, sia tra i server per gruppo di lavoro basati su Windows». Occorre inoltre rilevare che il presunto pregiudizio alla sua politica commerciale non è irreversibile, dato che un annullamento della Decisione, come la fine del MCPP, prevista per il 2009, consentirebbe alla Microsoft, qualora decidesse in tal senso, di non concedere più licenze relative ai suoi protocolli di comunicazione.

299 Inoltre, dal fascicolo emerge che i dirigenti della Microsoft hanno dichiarato di voler condurre una politica consistente nel promuovere attivamente licenze vertenti sui

protocolli previsti dalla transazione americana e nell'affermare la volontà di offrire diritti di uso in un ambito più ampio di quello imposto dalla transazione stessa. Infatti, da un comunicato stampa della Microsoft datato 1° agosto 2003 (allegato N.12) emerge quanto segue:

«La Microsoft ha inoltre annunciato di essere disposta in linea generale a fornire un ambito di utilizzazione dei diritti per la tecnologia dell'impresa relativa ai protocolli ancora più ampio rispetto a quello imposto in forza della sentenza definitiva [pronunciata] nella causa antitrust o rispetto a quello già riflesso negli accordi standard di licenza MCPP. La Microsoft ha già concesso volontariamente, in forza del MCPP, alcuni diritti di utilizzazione a un numero di beneficiari superiore a quanto imposto dalla sentenza definitiva e incoraggia altri soggetti, eventualmente interessati ad ottenere una licenza [vertente] sulla tecnologia dell'impresa relativa ai protocolli, a discutere delle proprie esigenze tecniche con il gruppo Microsoft incaricato delle licenze relative ai protocolli».

300 Infine, l'accordo concluso tra la Microsoft e la Sun Microsystems prevede la diffusione dei protocolli di comunicazione server-server coperti dalla Decisione. Poiché detto accordo prevede la comunicazione proprio dei protocolli che la decisione le impone di divulgare, la Microsoft non ha motivo di sostenere che l'esecuzione della Decisione la obbligherebbe a modificare radicalmente la sua politica commerciale.

301 Alla luce degli elementi che precedono, il giudice del procedimento sommario non può ritenere dimostrato che la Decisione provocherà un cambiamento sufficientemente significativo della politica commerciale della Microsoft.

302 Tale conclusione è rafforzata dal fatto che nell'audizione, rispondendo a una questione del giudice del procedimento sommario, la Commissione ha spiegato che nel corso dei negoziati con essa condotti durante la fase amministrativa del

procedimento, la Microsoft era disposta a divulgare più informazioni in materia di interoperabilità di quanto previsto dalla Decisione. Pur ribadendo che ciascun negoziato ha natura peculiare, frutto di concessioni reciproche, la Microsoft non ha smentito le affermazioni della Commissione in merito.

ii) La presunta difficoltà di migliorare i protocolli

303 Secondo la Microsoft, l'esecuzione della Decisione produrrà l'effetto di limitare la flessibilità di cui essa necessita per migliorare regolarmente i protocolli in parola, riducendo la sua capacità innovativa (allegati R.2 e T.7).

304 Va ricordato, al riguardo, che l'art. 5, lett. a)-c), della Decisione impone alla Microsoft di comunicare le specificazioni dei propri protocolli ai suoi concorrenti, lasciandole però piena libertà quanto alla progettazione dei protocolli stessi. Il miglioramento dei protocolli resta quindi una decisione che compete alla Microsoft in funzione delle conseguenze da essa attese. E la Microsoft non ha dimostrato che la decisione di migliorare i protocolli nel periodo intermedio — fino alla pronuncia del Tribunale nel procedimento principale — produrrebbe conseguenze pratiche di ampiezza tale da costituire un reale ostacolo all'innovazione.

305 Inoltre, l'argomento secondo il quale la facilità con cui essa potrà apportare miglioramenti ai protocolli di cui trattasi sarebbe compromessa dall'obbligo, imposto dalla realtà commerciale, di dover garantire una compatibilità a monte con i prodotti dei concorrenti basati sui suoi protocolli non può essere accolto, considerati alcuni elementi del fascicolo.

- 306 In primo luogo, va ricordato che, storicamente, la Microsoft non ha ritenuto di essere vincolata da tale obbligo quando ha deciso di rendere non operativo l'NDS per NT di Novell ('considerando' 298-301 e 686 della Decisione).
- 307 In secondo luogo, la Microsoft garantisce in ogni caso la compatibilità a monte con le versioni precedenti dei suoi prodotti. Nel fascicolo non esistono elementi in base ai quali si possa ritenere che, garantendo tale compatibilità, essa non sia più in grado di assicurare la compatibilità a monte con tutte le implementazioni conformi. Va ricordato al riguardo come la Microsoft abbia spiegato che essa garantiva la compatibilità a monte con una gamma di prodotti, sottolineando che «si [trattava] già di una sfida di ingegneria per la Microsoft, nell'ambito di successivi lanci di nuovi sistemi operativi Windows per server; mantenere una compatibilità a ritroso con le migliaia di interfacce pubblicate che vengono utilizzate dai programmi informatici di terzi».
- 308 In terzo luogo, va rilevato che l'aumento di complessità rappresentata dallo sviluppo di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro compatibili non è stata valutata. In ogni caso, lo sforzo aggiuntivo deve considerarsi limitato nel corso del periodo intermedio a causa del numero verosimilmente poco elevato di prodotti compatibili che verrebbero immessi sul mercato e acquistati dai clienti prima che il Tribunale si pronunci nel procedimento principale. Al riguardo va osservato che una nuova versione del sistema operativo Microsoft, nota con il nome di «Longhorn», sarà pronta, a detta della Microsoft, nel 2006 e che, come hanno sottolineato le parti intervenute a sostegno della Commissione, l'effetto provocato dalla comunicazione del suo lancio sarà tale da influire sugli acquisti dei clienti a svantaggio dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti.
- 309 In quarto luogo, la transazione americana, che avvantaggia non soltanto i produttori di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, ai sensi della Decisione, ma anche la quasi totalità dei produttori di sistemi operativi per server, avrebbe dovuto avere un'incidenza negativa analoga a quella lamentata dalla Microsoft dinanzi al giudice del procedimento sommario. Ora, non risulta dagli atti delle parti che

l'esecuzione della Decisione potrebbe pregiudicare la flessibilità di cui la Microsoft dispone per mutare i suoi protocolli in misura maggiore di quella derivante dagli impegni che essa ha assunto nell'ambito della transazione americana. In proposito, da una delle risposte della Microsoft alle questioni scritte deriva che, in determinate circostanze, la transazione americana consente alla Microsoft di scegliere se sfruttare delle innovazioni in alcuni protocolli client-server per aumentare il richiamo dei sistemi operativi Windows, senza mettere tale tecnologia a disposizione dei concorrenti. Essa aggiunge quanto segue:

«Se la Microsoft sviluppa in particolare nuovi protocolli client-server che non sono inclusi nel suo sistema operativo di client Windows, ma sono installati separatamente, non dovrà mettere questi protocolli a disposizione dei concorrenti. Per esempio, la Microsoft potrebbe sviluppare protocolli innovativi in relazione con una nuova versione del suo sistema operativo per server Windows. Al momento di creare una rete che utilizza questo sistema operativo per server, verrà richiesto ai clienti di installare il programma di clients che attua questi protocolli sui loro personal computer (si tratta del modello tradizionalmente seguito dalla Novell)».

310 Questa dichiarazione conferma come la Microsoft abbia intenzione di migliorare i suoi prodotti e come i limiti relativi alla mancanza di flessibilità circa la possibilità di migliorarli effettivamente non siano tali da impedire il miglioramento stesso. Poco importa, al riguardo, sapere se la disponibilità di tali miglioramenti derivi da una volontà deliberata o da un vincolo giuridico.

311 In quinto luogo, l'accordo concluso con la Sun Microsystems, che ricomprende protocolli interessati dalla Decisione, è volto a dimostrare che l'impatto sulla capacità della Microsoft di modificare i suoi protocolli non è di natura irreversibile.

## iii) La presunta necessità di «irrigidire» i protocolli

- 312 La Microsoft sostiene che sarebbe obbligata a «irrigidire» i protocolli per evitare la «possibilità di disfunzioni, di incidenti e di rischi per la sicurezza» derivanti da un «uso sconsiderato o maldestro».
- 313 Anche supponendo che si avveri la «possibilità di disfunzioni, di incidenti e di rischi per la sicurezza», il giudice del procedimento sommario osserva come la Microsoft si limiti ad invocare il danno derivante dagli sforzi asseritamente necessari per evitare che tale possibilità si concreti, ma non spiega perché si tratterebbe di un danno grave e irreparabile. In particolare, la Microsoft non dimostra che tale «irrigidimento» dei protocolli dovrebbe persistere in caso di annullamento della Decisione o che sarebbe causa di un altro pregiudizio. Inoltre, come sostiene la Commissione, i beneficiari dell'informazione relativa all'interoperabilità sarebbero fortemente incitati a rendere i propri prodotti sicuri e stabili e a evitarne un «uso sconsiderato» e non avrebbero alcun interesse ad un uso «maldestro». Al contrario, come sostiene ancora la Commissione, le imprese beneficiarie della divulgazione avrebbero un interesse manifesto ad evitare danni fortuiti, verificando il loro procedimento di implementazione rispetto a quello della Microsoft e facendo in modo che i loro prodotti non provochino perdite o corruzioni di dati dei clienti. Questi test si estenderebbero naturalmente a tutti i prodotti Windows con i quali il concorrente interessato voglia stabilire una interoperabilità. Di conseguenza, con tutta probabilità la Microsoft non avrà alcun bisogno di adattare retroattivamente prodotti preliminarmente installati.
- 314 Come accaduto riguardo al presunto danno per la sua facoltà di ideare liberamente i suoi prodotti, la Microsoft non ha dimostrato neppure che i rischi evocati al punto precedente si siano concretati in esecuzione della transazione americana. Infine, mentre Samba o AS/U mettono in atto numerosi protocolli inizialmente concepiti per essere «privati», secondo la terminologia della Microsoft, quest'ultima non invoca esempi di trasmissioni di dati «inattese» a Windows tali da causare la perdita o l'alterazione di dati.

- 315 Le presunte limitazioni gravanti sulla capacità della Microsoft di sviluppare i suoi prodotti ineriscono già alla transazione conclusa con la Sun Microsystems, la quale ricomprende i protocolli rilevanti nell'ambito della Decisione. Il danno che ne deriva, anche a supporlo esistente, non dipende quindi dalla misura correttiva, né la Microsoft ha dimostrato che la sospensione dell'esecuzione richiesta modificherebbe sensibilmente la sua posizione attuale.
- 316 Infine, potrebbero essere stipulate contrattualmente condizioni tecniche precise, come previsto nell'ambito della transazione americana. Rispondendo ad una questione del giudice del procedimento sommario, la Microsoft ha infatti spiegato che la transazione americana le consente di subordinare la divulgazione di protocolli legati alla sicurezza a certe condizioni dirette a minimizzare il rischio che tali protocolli vengano utilizzati per compromettere la sicurezza informatica. Per esempio, il timore legato ad un cattivo uso dell'informazione in questione o a un'insufficienza dei test di attuazione potrebbe essere dissipato dalla possibilità di chiedere alla Commissione l'autorizzazione a rifiutarsi di fornire tale informazione in una situazione di questo tipo.

### 3) La presunta evoluzione irreversibile delle condizioni del mercato

- 317 Secondo la Microsoft, la concessione obbligatoria di licenze modificherebbe irrimediabilmente a suo sfavore le condizioni dominanti sul mercato, in quanto l'esame delle specificazioni dettagliate dei protocolli di comunicazione in parola rivelerà ai concorrenti aspetti importanti della concezione dei sistemi operativi Windows per server. La diffusione su larga scala di tali informazioni consentirebbe ai concorrenti di riprodurre nei loro sistemi operativi per server una serie di funzionalità che la Microsoft ha elaborato grazie ai propri sforzi di ricerca e sviluppo.

- 318 La premessa di fatto sulla quale la Microsoft basa la propria analisi non è stata ritenuta sufficientemente dimostrata dal giudice del procedimento sommario (v. supra, punti 260-265). Inoltre, la Microsoft non ha fornito elementi relativi all'evoluzione del mercato che dovrebbe derivare, a suo dire, dal problema denunciato malgrado alcune critiche formulate sul punto dalla Commissione nel suo controricorso. Pertanto, l'argomento della Microsoft non può essere accolto.
- 319 In ogni caso, anche supponendo che l'argomento della Microsoft possa essere inteso nel senso che la diffusione delle informazioni relative all'interoperabilità modifichi le condizioni del mercato in maniera tale da farle perdere quote di mercato e da renderle impossibile, in caso di annullamento della Decisione, il recupero delle quote perdute, il giudice del procedimento sommario rileva che la Microsoft non ha prodotto alcun elemento di fatto a sostegno di tale argomento. In particolare, la Microsoft non ha dimostrato l'esistenza di ostacoli che le impedirebbero di riconquistare una congrua parte delle quote che essa avrebbe potuto perdere sotto l'effetto della misura correttiva [v., in tal senso, ordinanza del presidente della Corte 11 aprile 2001, causa C-471/00 P(R), Commissione/Cambridge Healthcare Supplies, Racc. pag. I-2865, punto 111; ordinanza del presidente del Tribunale 16 gennaio 2004, causa T-369/03 R, Arizona Chemical e a./Commissione, Racc. pag. II-205, punti 82-84].
- c) Il danno grave e irreparabile causato dall'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli client-server
- 320 Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che i diversi aspetti del danno evocati dalla Microsoft non sono stati accolti per valutare l'urgenza in merito all'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli di comunicazione server-server.
- 321 Poiché la Microsoft non ha addotto alcun argomento suppletivo che permetta una diversa conclusione quanto agli effetti della divulgazione dei protocolli di

comunicazione client-server, il giudice del procedimento sommario deve giocoforza concludere che la Microsoft non ha dimostrato che sussisteva il requisito dell'urgenza relativamente a questo secondo capo dell'obbligo di divulgazione. Al riguardo occorre ricordare, come giustamente indicato dalla Commissione nella Decisione, che l'interoperabilità client-server e, d'altro canto, l'interoperabilità server-server sono due componenti indissociabili dell'interoperabilità all'interno di un sistema informatico che comprende diversi PC clients basati su Windows e diversi server per gruppi di lavoro basati su Windows, tutti collegati tra di loro in rete ('considerando' 144-184 e 689).

322 In ogni caso, si deve tener conto che la Microsoft ha insistito in udienza sul fatto che non sarebbe necessario imporle di diffondere le specificazioni dei protocolli di comunicazione client-server, considerato che tali specificazioni possono essere ottenute fino al 2009 nell'ambito del MCPP. Questo argomento può essere inteso unicamente nel senso che la divulgazione di tali specificazioni imposta dalla Decisione non può essere causa di un danno grave e irreparabile per la Microsoft.

323 La domanda di provvedimenti urgenti dev'essere pertanto respinta anche per difetto di urgenza, in quanto è diretta a ottenere la sospensione dell'esecuzione dell'obbligo di diffondere le specificazioni dei protocolli di comunicazione client-server e ad autorizzarne l'uso da parte dei concorrenti della Microsoft.

324 Alla luce di quanto precede, e poiché non sussiste il requisito dell'urgenza, la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 5, lett. a)-c), dev'essere respinta senza necessità di ponderare i diversi interessi in gioco.

325 Occorre precisare che, ai sensi dell'art. 109 del regolamento di procedura, il rigetto della domanda relativa a provvedimenti provvisori non impedisce alla parte richiedente di presentare una nuova domanda basata su fatti nuovi. Nel caso di

specie, non si può escludere che venga considerata come «fatto nuovo» la persistenza di un disaccordo su talune modalità di esecuzione della Decisione. Più precisamente, tenuto conto dei richiami, contenuti nella valutazione che precede, alle stipulazioni contrattuali che giustificano la conclusione secondo cui il requisito dell'urgenza non è soddisfatto (v. supra, punti 268, 273, 285 e 316), il rifiuto delle suddette clausole di salvaguardia negli accordi di licenza che devono essere stipulati con le imprese di cui all'art. 5 della Decisione potrebbe essere considerato come una modificazione delle circostanze tale da rimettere in discussione alcuni dei motivi su cui si fonda la presente ordinanza.

### *La questione delle vendite collegate*

#### A — Argomenti delle parti

1. Argomenti della Microsoft e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni

##### a) Il *fumus boni iuris*

326 La Microsoft sostiene di aver presentato, nel suo ricorso d'annullamento, argomenti che giustificano a prima vista l'annullamento della Decisione per quanto riguarda l'asserito abuso costituito da prassi di vendite collegate.

327 Nella Decisione la Commissione sostiene che il fatto che la Microsoft inserisca in Windows una funzionalità multimediale potenziata costituisce un abuso ai sensi dell'art. 82 CE, «in particolare» ai sensi del secondo comma, lett. d), del suddetto

articolo, nonché in applicazione di un nuovo criterio in materia di vendite collegate derivante dall'art. 82 CE. Come risulterebbe dal 'considerando' 841 della Decisione, nei casi classici di vendita collegata, la vendita congiunta di un prodotto distinto sarebbe indice, secondo la Commissione e il giudice comunitario, dell'effetto di estromissione che detta pratica avrebbe a danno dei venditori concorrenti. Secondo la Microsoft, dal medesimo 'considerando' della Decisione emerge, da un lato, che il caso in oggetto non è un «caso classico di vendita collegata» e, dall'altro, che «gli utenti possono procurarsi altri lettori multimediali via Internet, e talvolta gratuitamente». La Commissione ammetterebbe quindi, senza analisi supplementari, che «sussistono [...] validi motivi che portano a non dare per scontato, senza un'analisi suppletiva, il fatto che la vendita collegata di [Windows Media Player] costituisce un comportamento idoneo, per sua natura, a limitare la concorrenza» ('considerando' 841).

328 Tuttavia, la Commissione giungerebbe alla conclusione che esiste, nel caso di specie, un effetto di estromissione dei concorrenti dal mercato, basandosi su una teoria fortemente speculativa, secondo la quale l'ampia diffusione della funzionalità multimediale di Windows obbligherà i fornitori di contenuti a ricorrere quasi esclusivamente ai formati multimediali di Windows, ciò che produrrà l'effetto di estromettere dal mercato tutti i lettori multimediali concorrenti per poi, indirettamente, costringere i consumatori ad utilizzare unicamente la funzionalità multimediale di Windows ('considerando' 836 e 842 della Decisione). Secondo la Microsoft esiste, ai sensi della giurisprudenza, un «dissidio grave circa la fondatezza della essenziale conclusione in diritto su cui si basa[no]» le affermazioni della Commissione relative alla ideazione e all'integrazione di Windows Media Player (ordinanza IMS Health/Commissione, cit. supra, al punto 133, punto 106). La Microsoft ritiene altresì soddisfatto il requisito che impone di dimostrare l'illegalità, a prima vista, della constatazione di un'infrazione su cui si basa l'art. 6, lett. a), della Decisione.

329 In primo luogo, infatti, la teoria speculativa della Commissione in materia di estromissione dal mercato non avrebbe alcun fondamento. La Decisione non riflette le realtà del mercato, in particolare perché, da un lato, secondo gli utenti di PC clients che funzionano con Windows è facile usare diversi lettori multimediali con formati differenti e, dall'altro, i fornitori di contenuto ricorrono quotidianamente a formati multipli. La conclusione della Commissione sarebbe inoltre in contrasto con la teoria assai diversa applicata nella decisione AOL/Time Warner [decisione della

Commissione 11 ottobre 2000, 2001/718/CE, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo SEE (Caso COMP/M.1845 — AOL/Time Warner), GU 2001, L 268, pag. 28]. Inoltre, nella Decisione la Commissione conclude che la tesi dell'estromissione dal mercato è applicabile unicamente nel caso in cui la funzionalità multimediale di Windows sia sviluppata dalla Microsoft, mentre detta tesi non ha trovato applicazione tra il 1995 e il 1998, quando il lettore multimediale di RealNetworks era «collegato» a Windows.

330 Nelle sue osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft aggiunge che la Commissione non ha manifestato alcuna reazione, in primo luogo, al fatto che i principali siti Internet continuano a presentare contenuti multimediali in due o più formati, in secondo luogo, al fatto che i formati utilizzati sui siti Internet popolari a contenuto multimediale siano aumentati e attualmente siano circa tre e, infine, al fatto che durante la primavera 2004 quasi l'80% dei siti Internet popolari presentavano contenuti nei formati di RealNetworks.

331 La Commissione, inoltre, non terrebbe conto dei recenti sviluppi del mercato, in particolare dell'aumento esponenziale di apparecchi diversi dai PC clients, come l'iPod della Apple, che legge contenuti multimediali di formati diversi da quelli di Windows, o della futura generazione di telefonia mobile che conterranno lettori multimediali. Secondo la Microsoft, i fornitori di contenuto che intendano raggiungere la più ampia fetta possibile di utenti continueranno a ricorrere a formati multipli per rivolgersi, da un lato, agli utenti di apparecchi diversi dai PC clients che non sono in grado di leggere contenuti nei formati Windows Media e, dall'altro, ai consumatori che utilizzano lettori multimediali di imprese terze sui propri PC clients invece della funzionalità multimediale di Windows.

332 In secondo luogo, secondo la Microsoft, i vantaggi derivanti dall'«architettura» del sistema operativo della Microsoft, che implica l'elaborazione di nuove versioni di Windows integranti nuove funzionalità, sono sostanziali e avrebbero dovuto essere tenuti ancor più in considerazione da parte della Commissione.

333 In terzo luogo, la Commissione non dimostrerebbe l'esistenza di una violazione dell'art. 82 CE, in particolare del suo secondo comma, lett. d). Nello specifico, la Decisione non stabilisce che Windows e la sua funzionalità multimediale appartengono a due distinti mercati di prodotti. La Commissione è in errore quando si limita a considerare unicamente il problema se il prodotto che si presume collegato sia disponibile separatamente dal prodotto asseritamente «dominante», mentre il problema corretto consisterebbe nello stabilire se quest'ultimo prodotto sia regolarmente commercializzato senza il prodotto collegato. Inoltre, secondo la Microsoft, nel caso di specie non si tratta di prestazione supplementare, poiché i consumatori, in primo luogo, non debbono pagare alcun supplemento per la funzionalità multimediale di Windows, in secondo luogo non sono costretti ad avvalersene e, infine, Microsoft non impedisce affatto loro di usare lettori multimediali di imprese terze in luogo o in aggiunta alla funzionalità multimediale di Windows. La Commissione non avrebbe neppure dimostrato che la funzionalità multimediale non è collegata, per propria natura o secondo gli usi commerciali, ai sistemi operativi per PC clients. Infatti, gli altri sistemi operativi integrano una funzionalità multimediale e la Microsoft avrebbe, da parte sua, integrato tale funzionalità in Windows, migliorandola continuamente sin dal 1992.

334 In quarto luogo, la Commissione non avrebbe tenuto sufficientemente conto, nel caso di specie, degli obblighi derivanti alla Comunità europea in forza dell'ADPIC.

335 In quinto luogo, la misura correttiva sarebbe sproporzionata.

336 La CompTIA e la Exor sostengono la posizione della Microsoft in merito al fumus boni iuris. A loro avviso la Microsoft avrebbe dimostrato l'illegalità, a prima vista, dell'art. 4 e dell'art. 6, lett. a), della Decisione.

## b) L'urgenza

337 Secondo la Microsoft l'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione causerà due tipi di danni gravi e irreparabili derivanti, da un lato, dall'abbandono dell'architettura fondamentale alla base del suo sistema operativo Windows e, dall'altro, dal pregiudizio alla sua reputazione.

1) Il danno derivante, secondo la Microsoft, dall'abbandono dell'architettura fondamentale alla base del sistema operativo Windows

338 Secondo la Microsoft, l'architettura fondamentale sottesa al suo sistema operativo Windows costituisce la base del modello commerciale di Windows, il cui scopo consisterebbe nell'ideare una piattaforma comune per lo sviluppo e il funzionamento di applicazioni, indipendentemente dagli elementi materiali dei PC clients utilizzati dai consumatori.

339 Orbene, l'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione costringerebbe la Microsoft ad abbandonare tale architettura e in tal modo le causerebbe un danno grave e irreparabile. Obbligandola a fornire una versione di Windows sprovvista del codice software corrispondente a quel che la Commissione individua come «Windows Media Player», l'art. 6, lett. a), della Decisione impedirebbe alla Microsoft di ideare il proprio sistema operativo in maniera da includere uniformemente funzionalità multimediali nuove o migliorate. Esso inoltre non consentirebbe ai produttori di software, ai fornitori di contenuti, alle imprese di componentistica e ai consumatori di trarre dalla piattaforma Windows i vantaggi di cui attualmente beneficiano.

340 La Microsoft ricorda che, secondo la giurisprudenza, un danno grave e irreparabile è causato quando una parte è costretta ad eseguire immediatamente una decisione

della Commissione che comporterebbe cambiamenti di natura strutturale o le impedirebbe di determinare alcuni aspetti essenziali della sua politica commerciale (ordinanza RTE e a./Commissione, cit. supra al punto 251; ordinanza del Presidente della Corte 13 giugno 1989, causa C-56/89 R, Publishers Association/Commissione, Racc. pag. 1693; ordinanze del presidente del Tribunale 16 luglio 1992, causa T-29/92 R, SPO e a. /Commissione, Racc. pag. II-2161; 19 febbraio 1993, cause riunite T-7/93 R e T-9/93 R, Langnese-Iglo e Schöller Lebensmittel/Commissione, Racc. pag. II-131; 10 marzo 1995, causa T-395/94 R, Atlantic Container Line e a./Commissione, Racc. pag. II-595; Bayer/Commissione, cit. supra al punto 138; 7 luglio 1998, causa T-65/98 R, Van den Bergh Foods/Commissione, Racc. pag. II-2641, e IMS Health/Commissione, cit. supra al punto 133). In caso di esecuzione immediata della Decisione, i vantaggi derivanti dall'uniformità della piattaforma Windows sarebbero irrimediabilmente perduti, in tal modo provocando alla Microsoft un danno grave e irreparabile.

- 341 La Microsoft aggiunge che al danno suddetto non verrebbe posto rimedio con l'eventuale annullamento della Decisione. Infatti, i suoi ingegneri dovrebbero partire dal principio che esisterebbero quanto meno alcune copie di Windows distribuite nel SEE prive di funzionalità multimediale. Poiché sarebbe impossibile ritirare tali versioni degradate di Windows presso gli utenti nell'ipotesi di successivo annullamento della Decisione, gli ingegneri della Microsoft dovrebbero tener conto dell'esistenza per molti anni di due versioni, e lo stesso varrebbe per i terzi che dipendono dalla stabilità e dalla coerenza della piattaforma Windows, cosa che aumenterebbe i loro costi e diminuirebbe in modo permanente l'interesse per Windows. Queste difficoltà organizzative sarebbero inoltre aggravate dalle condizioni imposte dall'art. 4 della Decisione.

## 2) Il danno alla reputazione della Microsoft

- 342 La Microsoft sostiene che la distribuzione della versione di Windows imposta dall'art. 6, lett. a), della Decisione (in prosieguo: la «versione imposta dall'art. 6») sarebbe causa di un danno grave e irreparabile alla sua reputazione come produttore di software di qualità.

- 343 In primo luogo, infatti, la versione imposta dall'art. 6 non conterrebbe la funzionalità multimediale che in linea di principio viene messa a disposizione delle applicazioni eseguite su Windows. Di conseguenza, molte applicazioni non funzionerebbero con questa versione del sistema operativo, anche quando fosse denominata «Windows». Tale disfunzione comprometterebbe il valore centrale di Windows e obbligherebbe inoltre la Microsoft, nonché le imprese di componentistica e gli ideatori di software, a risolvere i problemi causati dalla Decisione fornendo nel frattempo l'assistenza necessaria ai clienti insoddisfatti. La risoluzione dei molti problemi possibili e di quelli potenzialmente imprevedibili si rivelerebbe oltremodo difficile, costosa e dannosa per la reputazione della Microsoft.
- 344 Nelle sue osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft contesta le affermazioni della Commissione secondo le quali la Microsoft stessa potrebbe conservare, nella versione imposta dall'art. 6, una «funzionalità multimediale di base». La Commissione non spiega cosa intende per «funzionalità multimediale di base» e la sua affermazione sarebbe esatta solo se si riferisse alla possibilità di produrre suoni o di proiettare immagini statiche sullo schermo. In ogni caso, la versione imposta dall'art. 6 eliminerebbe ogni possibilità di leggere file audio o video, specie a partire da compact disc o da dischi digitali polivalenti (DVD), o ancora documenti in formati standard come MP 3 scaricati da Internet sul disco rigido di un PC client. Secondo la Microsoft, un consumatore riterrà gravemente inadeguato un sistema operativo per PC client che nel 2004 risulti inidoneo all'esecuzione di funzioni così banali.
- 345 Inoltre, la Commissione non contesta l'elenco non definitivo di tutte le funzionalità Windows che cesserebbero di operare correttamente nella versione imposta dall'art. 6.
- 346 In secondo luogo, i problemi provocati dalla versione imposta dall'art. 6 non verrebbero risolti con l'installazione di lettori multimediali di imprese terze. Secondo la Microsoft, tali prodotti non potrebbero sostituirsi alla funzionalità

multimediale di Windows, poiché non presentano gli stessi API, cosa che provocherebbe malfunzionamenti delle applicazioni concorrenti e dei siti Internet che si basano sulla funzionalità multimediale di Windows.

347 In terzo luogo, la Microsoft subirebbe un danno equivalente o addirittura più grave a causa del fatto che gli altri elementi di Windows basati sulla sua funzionalità multimediale non funzionerebbero più correttamente nella versione imposta dall'art. 6, specie per quel che riguarda il catalogo «My Music» e il trasferimento di file in formato MP 3 verso un ampio ventaglio di lettori multimediali digitali portatili.

348 Dall'elenco non definitivo dei difetti causati dalla versione imposta dall'art. 6 emergerebbe, da un lato, che solo alcuni di essi si potrebbero correggere tramite l'installazione di un lettore multimediale di un'impresa terza e, dall'altro, che i difetti corretti cambierebbero a seconda del lettore multimediale installato.

349 Nelle sue osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft contesta l'argomento della Commissione secondo cui i lettori multimediali di imprese terze installati sui nuovi PC clients dalle imprese di componentistica possono sostituire le funzionalità multimediali di Windows. Tale affermazione, in apparenza basata sull'ipotesi della perfetta sostituibilità del codice software che fornisce la funzionalità multimediale, sotto un profilo tecnico è falsa. La Commissione non indica alcun lettore multimediale appartenente ad un'impresa terza che offra nel suo complesso la funzionalità multimediale non compresa nella versione imposta dall'art. 6. La Microsoft non nega che parte della funzionalità multimediale di Windows potrebbe essere ripristinata con l'installazione di determinati lettori multimediali. Tuttavia, la funzionalità multimediale del sistema operativo resterebbe parzialmente degradata. Orbene, l'attività dei produttori di lettori multimediali non consiste nel riparare i difetti della funzionalità multimediale di Windows. Quand'anche fosse, le possibilità

che l'installazione di un lettore multimediale di un'impresa terza ripristini parte della funzionalità multimediale nella versione imposta dall'art. 6 saranno comunque assai diverse a seconda del lettore multimediale installato.

350 La Microsoft precisa che, nei limiti in cui i lettori multimediali di imprese terze rendono disponibile la propria funzionalità tramite interfacce pubbliche, queste ultime sono differenti da quelle utilizzate dalle applicazioni per ricorrere alla funzionalità multimediale in Windows. Pertanto, i diversi software di piattaforma utilizzano interfacce differenti per presentare tipi di funzionalità analoghi. Le altre parti di Windows e le applicazioni progettate per ricorrere alla funzionalità multimediale in Windows non possono di colpo ottenere tale funzionalità da un lettore multimediale di un'impresa terza. Sarebbe necessario quanto meno apportare delle modifiche a Windows o ad una sua applicazione al fine di consentire ai lettori multimediali di imprese terze di utilizzare le interfacce alternative. Si tratterebbe probabilmente di modifiche sostanziali, che dovrebbero essere realizzate per ciascuno dei lettori multimediali. Di conseguenza, i vantaggi derivanti da una piattaforma uniforme andrebbero perduti e questo anche se i lettori multimediali di imprese terze fossero in grado di fornire l'intera funzionalità multimediale non compresa nella versione imposta dall'art. 6.

351 In quarto luogo, l'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione causerebbe un danno grave e irreparabile ai marchi commerciali «Microsoft» e «Windows» in quanto la Microsoft dovrebbe vendere un prodotto alterato incompatibile con la sua filosofia commerciale di base. La reputazione della Microsoft quale fornitore di software di qualità ne verrebbe compromessa se l'impresa fosse costretta ad apporre il proprio nome su un prodotto alterato che non fornisce la funzionalità multimediale che i consumatori si aspettano da un sistema operativo moderno.

352 In quinto luogo, la Microsoft precisa di non poter evitare il danno alla sua reputazione informando i consumatori circa la natura della versione imposta dall'art. 6, in quanto le sarebbe impossibile effettuare tutti i test necessari per elaborare un elenco completo delle applicazioni che non funzionerebbero

correttamente nella versione imposta dall'art. 6. In pratica, è probabile che molti consumatori non siano in grado di comprendere le conseguenze derivanti dalla mancanza di tecnologia multimediale nella versione imposta dall'art. 6.

353 In sesto luogo, l'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione procurerebbe un danno grave al diritto d'autore di cui la Microsoft è titolare riguardo a Windows. La Microsoft infatti sarebbe costretta ad adattare il proprio prodotto ritirandone gli elementi del codice software che forniscono la funzionalità multimediale che essa ritiene di dover integrare in un sistema operativo moderno e la cui assenza rende difettoso il prodotto. Il danno causato al diritto d'autore della Microsoft sarebbe irreparabile in quanto, una volta immessa in commercio la versione adattata, non vi sarebbe modo di recuperare le versioni alterate di Windows eventualmente in circolazione.

354 Nelle osservazioni del 19 agosto 2004 la Microsoft contesta numerosi argomenti della Commissione relativi al danno arrecato ai marchi e alla reputazione della Microsoft. Essa contesta, in particolare, la critica della Commissione secondo la quale «l'impressione [...] che i sistemi operativi Windows garantiscano sempre la presenza dell'architettura fondamentale della [Microsoft] [...] è errata sotto il profilo fattuale»; al riguardo la Commissione sottolinea che la Microsoft già produce diverse versioni di Windows. Secondo la Microsoft, l'esistenza dei prodotti indicati dalla Commissione non ha alcuna incidenza sul danno grave e irreparabile da essa sostenuto. Infatti, Windows CE e Windows XP Embedded non sono sistemi operativi per PC clients. Le altre versioni di Windows XP individuate dalla Commissione, ossia Professional, Home, Media Center Edition e Tablet PC Edition avrebbero tutte lo stesso nucleo comune di interfacce, ossia le cosiddette «API Win32». Si tratterebbe di interfacce che i produttori di software hanno utilizzato per l'ideazione delle applicazioni Windows fin dal lancio di Windows NT 3.5 e di Windows 95, per cui ogni versione di Windows XP sarebbe in grado di garantire il funzionamento dell'insieme delle applicazioni Windows esistenti. Nelle osservazioni sulle memorie di intervento, la Microsoft contesta inoltre sotto questo profilo le affermazioni della RealNetworks secondo cui la piattaforma Windows è già frammentata.

- 355 Quel che rileva, per la Microsoft e per gli utenti finali, è che la versione più recente di Windows destinata ad essere utilizzata come sistema operativo di uso generale, ossia Windows XP, in tutte le sue versioni, consenta l'esecuzione di qualsiasi applicazione Windows progettata nel corso degli ultimi dieci anni. Questo non sarebbe possibile nell'ipotesi della versione imposta dall'art. 6, e ciò anche qualora tale versione venisse percepita dai consumatori come un sistema operativo per PC clients di uso generale.
- 356 Infine, sempre nelle osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft aggiunge che la Commissione sembra condividere il suo parere circa la natura irreparabile dei danni lamentati, poiché a suo avviso «[sarà] impossibile recuperare presso gli utenti le versioni non abbinata di Windows». Secondo la Commissione, peraltro, il danno residuo non sarebbe irreversibile, in quanto «la Microsoft sarebbe in grado di utilizzare Internet per distribuire [Windows Media Player] a tutti i clienti che abbiano acquistato una [versione imposta dall'art. 6]». Questa ipotetica possibilità non è esatta di fatto, poiché non tiene affatto conto di quanti utilizzano la versione imposta dall'art. 6 e che non hanno una connessione ad Internet. D'altro lato, la Microsoft non scarica né installa alcun codice software sui PC clients degli utenti senza il loro preventivo accordo. Le versioni imposte dall'art. 6 resterebbero nelle mani dei consumatori per molto tempo o anche indefinitamente. La Microsoft aggiunge che, anche supponendo che la Commissione abbia motivo di ritenere che alcuni utenti preferirebbero la versione imposta dall'art. 6, dovrebbe anche ammettere che esistono utenti che non consentirebbero alla Microsoft di ripristinare la funzionalità multimediale nel loro sistema operativo.
- 357 La posizione della Microsoft riguardo all'esistenza di un danno grave e irreparabile è sostenuta dalla Exor. A parere di quest'ultima, il danno subito non dipende né da decisioni di terzi, vale a dire dalla decisione dei consumatori di acquistare la versione imposta dall'art. 6, né da un «difetto di diligenza» da parte della Microsoft. La versione imposta dall'art. 6 sarebbe inevitabilmente un prodotto alterato, in quanto la soppressione di una delle componenti del sistema operativo Windows provocherebbe disfunzioni in seno ad altre componenti che si richiamano al codice soppresso per offrire funzionalità multimediali. Peraltro, anche se fosse tecnicamente possibile ristrutturare completamente Windows allo scopo di eliminare queste interdipendenze, i benefici in termini di efficienza che derivano da tali

interdipendenze andrebbero totalmente perduti. La Decisione imporrebbe alla Microsoft di elaborare una versione completamente diversa di Windows. Di conseguenza, la semplice installazione ex post della funzionalità multimediale non sarebbe sufficiente, in quanto le componenti modificate in modo da non ricorrere più alla suddetta funzionalità non sarebbero più in grado di farlo in un secondo momento.

c) La ponderazione degli interessi

358 La Microsoft ritiene che la ponderazione degli interessi in gioco penda decisamente a favore della sospensione dell'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione. In primo luogo, essa sostiene che non è necessario dare esecuzione immediata all'art. 6, lett. a), della Decisione, in secondo luogo che tale esecuzione procurerebbe gravi danni ad essa e ai terzi e, in terzo luogo, che nella valutazione degli interessi si deve tener conto degli obblighi gravanti sulla Comunità in forza dei trattati internazionali.

1) L'assenza di necessità di dare esecuzione immediata all'art. 6, lett. a), della Decisione

359 Innanzitutto, secondo la Microsoft l'interesse della Commissione ad imporre un risarcimento effettivo non richiede l'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione. La misura correttiva applicata mira esplicitamente a privare la Microsoft di un presunto vantaggio concorrenziale determinante della funzionalità multimediale di Windows, ossia il fatto che essa gode di un'ampia diffusione essendo integrata nel principale sistema operativo per PC clients. Secondo la Microsoft, numerosi elementi starebbero a dimostrare che il timore della Commissione quanto all'ampia diffusione della funzionalità multimediale di Windows è ingiustificato.

- 360 In primo luogo, l'integrazione in Windows della funzionalità multimediale non impedirebbe affatto ai consumatori di utilizzare con Windows uno o più lettori multimediali di imprese terze, anzi, al contrario faciliterebbe lo sviluppo dei lettori multimediali stessi in quanto, in certa misura, questi ultimi si basano su tale funzionalità.
- 361 In secondo luogo, i fornitori di lettori multimediali di imprese terze sarebbero liberi di distribuire ampiamente i loro prodotti, in particolare attraverso accordi con le imprese di componentistica o tramite Internet.
- 362 In terzo luogo, in forza della transazione americana, i fornitori di lettori multimediali di imprese terze sarebbero liberi di stipulare accordi in esclusiva con le imprese di componentistica in virtù dei quali la funzionalità multimediale fornita nel loro prodotto sarebbe la sola proposta all'utente finale.
- 363 In quarto luogo, i fornitori di lettori multimediali di imprese terze potrebbero progettare i loro prodotti rendendoli in grado di leggere file nei formati Windows Media.
- 364 In quinto luogo, la Commissione stessa avrebbe sottolineato la facilità con cui i consumatori possono scaricare lettori multimediali sui propri PC clients. Peraltro, la Commissione non aveva attribuito alcuna importanza all'ampia diffusione della funzionalità multimediale di Windows al momento di esaminare la probabilità che, a seguito della concentrazione AOL/Time Warner, il lettore multimediale della AOL divenisse in breve tempo il lettore multimediale più apprezzato al mondo (v. supra, punto 329).

- 365 Inoltre, la Microsoft sostiene che la posizione della Commissione e la misura correttiva imposta si basano su un ragionamento eccessivamente speculativo, secondo il quale l'ampia diffusione della funzionalità multimediale di Windows costringerà in futuro i fornitori di contenuto a ricorrere esclusivamente ai formati Windows Media, il che estrometterebbe dal mercato tutti i lettori multimediali di imprese terze. Non vi sarebbe alcun elemento che giustifichi le teorie della Commissione secondo cui qualunque ritardo nell'applicazione dell'art. 6, lett. a), della Decisione darebbe luogo ad una «oscillazione» del mercato a favore di Windows Media che escluderebbe la concorrenza.
- 366 Infatti, in primo luogo, l'integrazione di una funzionalità multimediale in Windows non avrebbe affatto ostacolato la comparsa di lettori multimediali di imprese terze, come dimostrato dall'esempio di iTunes. La Microsoft inoltre produce dati che dimostrerebbero come, dall'aprile 2003 all'aprile 2004, malgrado un aumento nell'uso di Windows Media Player, sia rimasto intatto il numero degli utenti tanto di RealPlayer quanto di QuickTime.
- 367 In secondo luogo, non vi sarebbe neppure la minima prova di una «oscillazione» dei fornitori di contenuto verso i formati Windows Media.
- 368 In terzo luogo, i fatti contraddirebbero la teoria secondo la quale la soppressione del codice Windows Media Player è necessaria in quanto le imprese di componentistica non sono disposte ad installare in via preventiva lettori multimediali di imprese terze se non sono autorizzate a distribuire Windows senza la funzionalità multimediale ('considerando' 851 della Decisione).
- 369 In quarto luogo, nelle osservazioni del 21 luglio 2004, la Commissione sosterebbe per la prima volta che «persino una quota pari al 5 % per i PC dotati esclusivamente di un lettore multimediale concorrente inciterà i progettisti di software a ideare applicazioni anche per tale lettore». Si tratterebbe di una tesi errata, a conferma del

fatto che la Commissione si pone l'obiettivo della frammentazione di Windows, nonché contraria allo scopo da essa dichiarato di incrementare le possibilità di scelta del consumatore.

370 In quinto luogo, nelle osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft contesta l'affermazione della Commissione secondo cui l'esecuzione immediata della misura correttiva è necessaria per «consentire al consumatore di scegliere».

371 In sesto luogo, sempre nelle osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft sostiene che i lettori multimediali di imprese terze continuano ad essere distribuiti in grandi quantità e che la maggior parte dei contenuti continua ad essere diffusa in formati diversi da quelli della Microsoft.

372 In settimo luogo, nelle osservazioni sulle memorie di intervento, la Microsoft aggiunge che l'attuazione della misura correttiva prevista dall'art. 6, lett. a), della Decisione nel settore «utente finale» e nel canale «imprese di componentistica» non risponderà a nessuno dei timori che sono alla base della Decisione. Infatti, innanzitutto sarebbe difficile capire quali vantaggi un «utente finale» potrebbe trarre da una versione imposta dall'art. 6 piuttosto che da una versione completa di Windows, dato che entrambe verrebbero offerte allo stesso prezzo. Inoltre, la Commissione non avrebbe analizzato in quale misura le imprese di componentistica sarebbero disposte a stipulare accordi di esclusiva per i PC clients da esse distribuiti nel SEE.

2) I danni derivanti dall'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione

373 La Microsoft sostiene che i danni derivanti dall'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione sarebbero effettivi e notevoli, poiché tale esecuzione non le

consentirebbe di conservare il modello commerciale efficace e consolidato che le è proprio, così come da essa dimostrato nelle argomentazioni esposte in merito all'urgenza. Inoltre la Microsoft, sostenuta su questo punto dalla CompTIA, dalla Act, da Mamut e TeamSystem, da DMDsecure.com e a., nonché dalla Exor, sostiene che si dovrebbe tener conto degli interessi dei produttori di software e degli ideatori di siti Internet la cui attività dipende da una piattaforma Windows uniforme.

- 374 In primo luogo, le applicazioni e i siti Internet concepiti sulla premessa di una funzionalità multimediale di Windows non funzionerebbero più correttamente nella versione imposta dall'art. 6.
- 375 In secondo luogo, un'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione pregiudicherebbe le applicazioni e i siti Internet attualmente in via di sviluppo nonché quelli che verranno in futuro elaborati, e questi danni gravi e irreparabili non potrebbero essere evitati con l'installazione di lettori multimediali di imprese terze.
- 376 In terzo luogo, nelle osservazioni del 19 agosto 2004, la Microsoft contesta gli argomenti della Commissione secondo i quali, da un lato, i produttori di software che elaborano applicazioni basandosi sulla funzionalità Windows possono «fare uso» della «possibilità di “ridistribuire il lettore integrato nella loro applicazione e a partire dal loro sito [Internet]”» e, dall'altro, «è prassi comune nel settore dei software che i progettisti elaborino le loro applicazioni in modo che esse si possano adattare in modo intelligente all'eventuale mancanza di lettori multimediali (aggiornamento)», così che «i costi degli adattamenti delle applicazioni [...] dovrebbero [...] essere trascurabili, o almeno non superare quelli normalmente sostenuti quando la Microsoft fornisce una nuova versione (o un aggiornamento) di Windows». In pratica, il processo consistente nel ripristinare la funzionalità multimediale nella versione imposta dall'art. 6 sarebbe complesso e oneroso sia per i terzi sia per la Microsoft.

377 In quarto luogo, la Microsoft aggiunge che, al momento di esaminare i diversi interessi in gioco nel presente caso, occorre tenere a mente l'importanza attribuita, nel procedimento dinanzi alla District Court che ha dichiarato valida la transazione americana, agli interessi dei produttori di software e agli inconvenienti derivanti dalla frammentazione di Windows.

### 3) Gli obblighi gravanti sulla Comunità in forza dell'ADPIC

378 La Microsoft chiede infine che il Tribunale tenga conto degli obblighi che incombono alla Comunità in forza dell'ADPIC.

## 2. Argomenti della Commissione e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni

### a) Il fumus boni iuris

379 La Commissione, sostenuta su questo punto dalla CCIA prima che rinunciasse, ritiene che la tesi della Microsoft sia, a prima vista, priva di fondamento e che debba essere respinta.

380 La Commissione sostiene che le sue osservazioni in merito alla vendita collegata sono basate su teorie giuridiche ed economiche pienamente riconosciute e che l'abuso relativo alla vendita collegata presenta effettivamente le caratteristiche definite dalla giurisprudenza in materia di vendita collegata ('considerando' 794 e segg. della Decisione). La Microsoft non darebbe prova di alcun guadagno in termini di efficienza tecnica che avrebbe quale condizione preliminare l'«integrazione» di Windows Media Player in Windows ('considerando' 962-969 della Decisione).

381 Infatti, in primo luogo, quanto all'esistenza di un effetto di estromissione dal mercato, la Commissione innanzitutto non comprende come l'esistenza di una differenza con talune cause precedenti citate dalla Microsoft possa suffragare l'affermazione secondo cui nel caso di specie sarebbe stata applicata una nuova teoria. La dimostrazione di un effetto di estromissione laddove esso è solitamente presupposto non significa che sia stata applicata una nuova teoria giuridica. La Commissione riconosce che la Decisione, al contrario di quelle adottate in alcune precedenti cause (sentenza del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. pag. II-1439, confermata con sentenza della Corte 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, Hilti/Commissione, Racc. pag. I-667, e sentenza Tetra Pak/Commissione, cit. supra al punto 126, confermata con sentenza della Corte 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. I-5951), non sancisce di per sé l'esistenza di un effetto di estromissione dal mercato ('considerando' 841 e segg.), ma prende in considerazione le circostanze particolari del caso di specie, ossia il fatto che lettori multimediali possano essere scaricati da Internet, a volte gratuitamente.

382 Tuttavia, gli elementi di prova in materia dimostrerebbero, innanzitutto, che nessun altro produttore di lettori multimediali può controbilanciare l'onnipresenza di Windows Media Player, derivante dal suo abbinamento a Windows, e che tale situazione comunque può influire in modo tutt'altro che trascurabile sui produttori di software e di contenuti complementari. La riduzione, tramite la vendita collegata, delle applicazioni e dei contenuti disponibili per i lettori multimediali degli altri produttori si tradurrebbe, in ultima analisi, in un danno per i consumatori, poiché limiterebbe l'innovazione per tali prodotti indipendentemente dal loro valore intrinseco. La Microsoft non avrebbe fornito alcuna giustificazione oggettiva per tale prassi.

383 Peraltro, l'affermazione della Microsoft secondo la quale le osservazioni della Commissione in merito all'esclusione della concorrenza si basano su congetture sarebbe erranea tanto in fatto quanto in diritto. Nei 'considerando' 879-896 della Decisione viene fornita una chiara descrizione dell'impatto che la vendita collegata ha sui fornitori di contenuti e sui produttori di software indipendenti. Dalla decisione risulterebbe che l'uso di Windows Media Player aumenta mentre, secondo la stessa Microsoft, altri lettori multimediali appaiono maggiormente apprezzati

dagli utenti sotto un profilo qualitativo ('considerando' 948-951). Inoltre, la giurisprudenza non imporrebbe alla Commissione di dimostrare che tutti i lettori multimediali concorrenti sono stati eliminati (sentenze del Tribunale 30 settembre 2003, causa T-203/01, Michelin/Commissione, Racc. pag. II-4071, punto 239; 23 ottobre 2003, causa T-65/98, Van den Bergh Foods/Commissione, Racc. pag. II-4653, punti 149 e 160, e 17 dicembre 2003, causa T-219/99, British Airways/Commissione, Racc. pag. II-5917, punto 293).

384 In secondo luogo, per quanto riguarda l'esistenza di prodotti distinti, la Commissione sostiene che la Corte e il Tribunale hanno dichiarato che l'esistenza di produttori indipendenti specializzati nella produzione del bene collegato è già un indice del fatto che esiste una domanda distinta da parte dei consumatori e, quindi, un mercato distinto per il prodotto collegato. Tale impostazione sarebbe conforme inoltre alla giurisprudenza americana.

385 In terzo luogo, gli argomenti della Microsoft volti a dimostrare l'assenza di coercizione esercitata sui consumatori sarebbero già stati respinti nella Decisione.

386 La Commissione respinge infine gli argomenti dedotti dalla Microsoft a proposito degli altri due suoi motivi. In primo luogo, per quanto riguarda la menzione da parte della Microsoft degli obblighi incombenti alla Comunità in forza dell'ADPIC, la Commissione rinvia a quanto esposto in merito alla misura correttiva prevista dall'art. 5, lett. a), della Decisione (v. supra, punto 195). In secondo luogo, la Commissione ritiene che la misura correttiva prevista dall'art. 6, lett. a), della Decisione sia proporzionata in quanto, da un lato, la Microsoft mantiene il diritto di proporre una versione di Windows comprendente Windows Media Player e, dall'altro, anche se alcuni clienti optassero per la versione imposta dall'art. 6, conserverebbero la possibilità di completare tale prodotto con Windows Media Player qualora lo volessero.

## b) L'urgenza

387 La Commissione, sostenuta sul punto dalla RealNetworks e dalla SIIA, nonché dalla CCIA prima della sua rinuncia, ritiene che la Microsoft non abbia dimostrato l'esistenza di un danno grave e irreparabile derivante dall'esecuzione immediata della Decisione.

## c) La ponderazione degli interessi

388 La Commissione sostiene che la ponderazione degli interessi penda a favore del rigetto della domanda della Microsoft, specie per quel che riguarda l'interesse pubblico al mantenimento almeno di una concorrenza effettiva. Il mercato dei lettori multimediali si avvicinerebbe ad una fase in cui potrebbe iniziare a oscillare. La Commissione è sostenuta su questo punto dalla RealNetworks e dalla SIIA. Essa aggiunge al riguardo che l'esecuzione immediata della misura correttiva non potrebbe modificare in modo radicale la posizione della Microsoft sul mercato dei lettori multimediali, ma permetterebbe semplicemente di equilibrare la concorrenza su tale mercato, mantenendo quindi lo status quo per quel che riguarda la struttura dello stesso. Soltanto l'esecuzione immediata della misura correttiva potrebbe preservare la scelta dei consumatori e consentirebbe loro di trarre profitto dall'innovazione nei servizi multimediali digitali.

389 Per quanto riguarda il rischio di danni ai terzi, la Commissione contesta gli argomenti attinenti alle pretese che potrebbero eventualmente essere fatte valere da alcuni produttori di software, alcuni creatori di siti Internet o ancora da fornitori di contenuti. La Commissione minimizza inoltre il rischio di un danno causato indirettamente al settore informatico in generale.

## B — Valutazione del giudice del procedimento sommario

1. Il *fumus boni iuris*

390 In forza dell'art. 2, lett. b), della Decisione, la Microsoft è accusata di aver violato l'art. 82 CE «subordinando la fornitura del sistema operativo Window[s] per PC clients all'acquisto simultaneo di Windows Media Player, dal maggio 1999 fino alla data di notifica della [Decisione]». Al fine di rimediare a tale situazione, l'art. 4 della Decisione impone alla Microsoft di porre termine all'infrazione suddetta conformandosi a quanto disposto dall'art. 6 della Decisione stessa. Ai sensi dell'art. 6, lett. a), della Decisione, la Microsoft è tenuta ad immettere in commercio una «versione del tutto funzionale del proprio sistema operativo Windows per PC clients che non contenga Windows Media Player». La Decisione precisa peraltro che «la Microsoft conserva il diritto di proporre il suo sistema operativo Windows per PC clients abbinato a Windows Media Player».

391 A sostegno della sua conclusione secondo cui il requisito del *fumus boni iuris* sarebbe soddisfatto, la Microsoft deduce una serie di argomenti articolati in sostanza in cinque capi. Essa sostiene, in primo luogo, che la Commissione ha applicato nella Decisione una teoria speculativa priva di qualsiasi fondamento; in secondo luogo, che la Commissione avrebbe dovuto prendere in considerazione soprattutto i vantaggi derivanti dall'architettura del sistema operativo Windows; in terzo luogo, che nella Decisione non vi è prova di una violazione dell'art. 82 CE; in quarto luogo, che la Decisione non tiene sufficientemente conto degli obblighi imposti alla Comunità dall'ADPIC; e, in quinto luogo, che la misura correttiva imposta dalla Decisione è sproporzionata.

392 Alla luce degli argomenti addotti dalla Microsoft nell'ambito del procedimento sommario, il quarto e il quinto capo non si possono ritenere argomenti sufficientemente gravi per costituire il *fumus boni iuris*.

- 393 Infatti, il capo relativo al carattere sproporzionato della misura correttiva è stato esposto in maniera troppo sintetica dalla Microsoft nella sua domanda. Al riguardo, essa si è limitata a indicare che «la misura correttiva imposta dalla Decisione [era] sproporzionata», senza spiegare, in particolare, sotto quale profilo la presunta sproporzione della misura imposta dall'art. 6, lett. a), della Decisione dovrebbe essere accertata dal Tribunale. Inoltre, il capo relativo al mancato rispetto dell'ADPIC non è stato sviluppato in modo sufficiente per consentire al giudice del procedimento sommario di pronunciarsi utilmente. Infatti, da un lato, la Microsoft si è limitata a sostenere, nella domanda di provvedimenti urgenti, che «la Decisione non prend[eva] sufficientemente in considerazione gli obblighi imposti alla Comunità dall'[ADPIC]». Dall'altro, si è ritenuto che il rinvio all'argomento esposto nell'allegato T.9 non corrispondesse alle regole formali vigenti (v. supra, punto 88).
- 394 Il giudice del procedimento sommario tuttavia ritiene che gli altri argomenti della Microsoft sollevino questioni complesse che compete al Tribunale risolvere nel procedimento principale e che i suddetti argomenti non si possano considerare, nell'ambito del procedimento sommario, come privi, d'acchito, di fondamento.
- 395 In primo luogo, il procedimento in oggetto pone un problema complesso relativo al primo capo dell'argomentazione adottata dalla Microsoft, che in sostanza attiene all'applicazione illegittima, da parte della Commissione, di una nuova teoria in materia di vendite collegate.
- 396 Con tale argomento, la Microsoft accusa in sostanza la Commissione di aver ritenuto che il mercato dei lettori multimediali potesse «oscillare» a suo favore, senza peraltro tentar di conciliare tale teoria con la realtà del mercato. In particolare, la Microsoft sottolinea il fatto che, da un lato, per gli utenti di PC clients che funzionano con Windows è facile ricorrere a lettori multimediali diversi che utilizzano formati differenti e, dall'altro, che i fornitori di contenuti ricorrono a formati diversi. A questo riguardo la Decisione sarebbe basata su semplici supposizioni.

397 Al fine di valutare la vendita di Windows Media Player unitamente a Windows come una vendita collegata contraria all'art. 82 CE, nella Decisione, la Commissione ha considerato, in primo luogo, che la Microsoft deteneva una posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per PC clients (punto 799), cosa che la Microsoft non nega. In secondo luogo, essa ha ritenuto che i lettori multimediali che consentono una lettura senza interruzioni e i sistemi operativi per PC clients costituiscano prodotti distinti ('considerando' 800-825). In terzo luogo, la Commissione ha rilevato che la Microsoft non consentiva ai suoi clienti di procurarsi Windows senza Windows Media Player ('considerando' 826-834). In quarto luogo, essa ha preso in esame l'esistenza di effetti di estromissione dal mercato. A questo proposito, dal 'considerando' 841 della Decisione emerge che, agli argomenti della Microsoft secondo cui la prassi denunciata dalla Commissione non produceva simili effetti, quest'ultima ha risposto nei termini seguenti: «Esistono effettivamente circostanze che giustificano, per quanto riguarda la vendita collegata del lettore [Windows Media Player], un esame più approfondito degli effetti che detta prassi produce sulla concorrenza. Mentre nei casi classici di vendite collegate la Commissione e il giudice comunitario hanno considerato che la vendita congiunta di un prodotto distinto con il prodotto dominante fosse indice dell'effetto di esclusione che tale prassi aveva nei confronti dei venditori concorrenti, non si può negare che nel caso di specie gli utenti possono procurarsi — cosa che avviene del resto — altri lettori multimediali via Internet, a volte gratuitamente. Esistono pertanto fondati motivi per non considerare scontato, in assenza di un supplemento di analisi, che la vendita collegata del lettore Windows Media Player costituisce un comportamento idoneo, per sua natura, a limitare la concorrenza». Di conseguenza, tenuto conto delle caratteristiche del mercato in parola, la Commissione ha ammesso la peculiarità della fattispecie alla luce della sua prassi precedente e di ciò che a suo giudizio rifletteva i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di vendite collegate.

398 Pertanto, l'argomento della Microsoft può sollevare una o più rilevanti questioni di principio in grado di influire sulla legittimità dell'analisi compiuta dalla Commissione. A tal proposito, emerge da una giurisprudenza consolidata che la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda i comportamenti dell'impresa in posizione dominante atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa considerata, il grado di concorrenza è già sminuito, e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta

concorrenza (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 91; sentenza del Tribunale 7 ottobre 1999, causa T-228/97, Irish Sugar/Commissione, Racc. pag. II-2969, punto 111).

399 Ora, nel caso di specie la Commissione ha ritenuto, in sostanza, che l'effetto anticoncorrenziale della vendita collegata derivasse da «effetti di rete indiretti». Tali effetti sarebbero legati al fatto che la presenza di Windows Media Player in tutti i sistemi operativi distribuiti da Windows spinge i fornitori di contenuto e i produttori di applicazioni a ideare i propri prodotti sulla base di Windows Media Player ('considerando' 842). Ai fini della sua dimostrazione la Commissione si è basata in gran parte su elementi di fatto presenti o passati riguardanti le motivazioni dei fornitori di contenuto e dei produttori di applicazioni ('considerando' 879-896). Peraltro, come emerge in particolare dai 'considerando' 842 e 984 della Decisione, tali elementi vanno a sostegno di un'analisi almeno parzialmente anticipatrice riguardo ai rischi per la concorrenza derivanti dalla prassi sanzionata.

400 In effetti, come sottolineato dalla Commissione, ai fini dell'accertamento di una violazione dell'art. 82 CE è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o, in altri termini, che il comportamento dell'impresa stessa è tale da produrre o da poter produrre un effetto di tal genere (sentenze Michelin/Commissione, cit. supra al punto 383, punto 239, e British Airways/Commissione, cit. supra al punto 383, punto 293). Il procedimento in oggetto pone peraltro il complesso problema di stabilire se la Commissione possa, e, in caso affermativo, in quali condizioni, basarsi su una probabile «oscillazione» del mercato per sanzionare una vendita collegata praticata da un'impresa dominante allorché, eventualmente, tale comportamento non sia idoneo, per sua natura, a restringere la concorrenza.

401 In secondo luogo, si pone un problema rilevante nel quadro dell'esame dell'argomento della Microsoft secondo cui la Commissione avrebbe dovuto tenere conto soprattutto degli effetti positivi dell'«architettura» del sistema operativo Windows. Tale argomento infatti potrebbe indurre il Tribunale, nell'ambito del procedimento principale, ad esaminare i requisiti in base ai quali l'esistenza di una

giustificazione obiettiva può permettere di concludere che una prassi di vendita collegata che abbia effetti anticoncorrenziali non è vietata dall'art. 82 CE. La soluzione di tale delicata questione giustifica a prima vista l'esame della possibilità che eventuali effetti positivi legati alla crescente produzione in serie di certi beni costituiscano una giustificazione oggettiva ovvero, come sostenuto dalla Commissione, se gli effetti positivi della produzione in serie possano essere ammessi soltanto se risultano dal gioco della concorrenza o da decisioni di organismi di normalizzazione.

402 In terzo luogo, al di là delle questioni di principio sollevate dall'analisi dei precedenti due capi, la Microsoft contesta la portata delle premesse di fatto su cui si basa l'analisi della Commissione. In particolare, per quanto riguarda il primo capo della sua argomentazione, essa sostiene che l'analisi della Commissione relativa all'esistenza di «effetti di rete indiretti» è contraddetta dal fatto che i fornitori di contenuto continuano a ricorrere a formati diversi. Al riguardo, deve rilevarsi che la Commissione non ha negato che ciò avveniva, almeno in certa misura. Ora, spetta al Tribunale pronunciarsi, nell'ambito del procedimento principale, sulle suddette questioni di fatto e sulle conseguenze che eventualmente dovranno essere tratte in merito alla validità dell'analisi della Commissione.

403 In quarto luogo, l'argomento della Microsoft secondo cui «Windows e la sua funzionalità multimediale» non costituiscono due prodotti distinti ai fini dell'applicazione dell'art. 82 CE in materia di vendite collegate non si può considerare, nell'ambito del procedimento sommario, come privo di fondamento a prima vista, specie tenendo conto del fatto che da molti anni la Microsoft e altri produttori integrano funzionalità multimediali all'interno dei propri sistemi operativi per PC clients.

404 I tre primi capi degli argomenti esposti dalla Microsoft sollevano pertanto numerose importanti questioni, in particolare con riferimento alle valutazioni economiche complesse che esse implicano sotto il profilo tanto giuridico quanto fattuale.

Secondo il giudice del procedimento sommario, nell'ambito di tale procedimento gli argomenti della Microsoft non si possono considerare a prima vista come privi di fondamento. Di conseguenza, il requisito relativo al *fumus boni iuris* è soddisfatto.

## 2. L'urgenza

405 La Microsoft sostiene che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione comprometterà in modo irreversibile il valore della piattaforma Windows, cosa che le procurerà due tipi di danni gravi e irreparabili. Tali danni debbono essere valutati separatamente.

### a) Il presunto danno all'«architettura» del sistema operativo Windows

406 Ai sensi dell'art. 6, lett. a), della Decisione la Microsoft deve progettare e immettere sul mercato un prodotto che essa attualmente non vende e che a suo giudizio è incompatibile con un elemento fondamentale della sua politica commerciale. Più specificamente, la Microsoft sostiene che l'art. 6, lett. a), della Decisione compromette l'«architettura fondamentale» del sistema operativo Windows. In sostanza, la Microsoft lamenta così un danno per la sua libertà commerciale.

407 In proposito, dal fascicolo emerge che la Microsoft da molti anni mette in vendita un sistema operativo che a suo giudizio fornisce ai consumatori funzionalità comuni, ampliate progressivamente e che, in particolare a partire dal 1992, comprendono diverse funzionalità multimediali. Inoltre, risulta in modo sufficientemente chiaro

dal fascicolo che la Microsoft si adopera per far sì che, almeno in modo generale, l'ultima versione messa in vendita del suo sistema operativo Windows di uso generale permetta il funzionamento delle applicazioni concepite per le sue versioni precedenti.

408 Ora, va sottolineato che l'esecuzione della Decisione imporrebbe alla Microsoft di mettere in commercio un sistema operativo privo di alcune funzionalità multimediali che essa ritiene siano parte integrante di tale sistema. La Decisione pregiudica pertanto la libertà commerciale della Microsoft. Inoltre, talune applicazioni progettate per funzionare sul complesso costituito da Windows e Windows Media Player potrebbero non funzionare in modo soddisfacente nella versione imposta dall'art. 6, almeno nell'ipotesi in cui questa rimanga priva di qualsiasi lettore multimediale.

409 Al riguardo, il giudice del procedimento sommario ritiene che, alla luce del principio del libero esercizio di un'attività lavorativa, il quale, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte (sentenze della Corte 13 dicembre 1979, causa 44/79, Hauer, Racc. pag. 3727, punti 31-33, e 9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, Spagna e Finlandia/Parlamento e Consiglio, Racc. pag. I-7789, punto 51), fa parte dei principi generali del diritto comunitario, le imprese che operano sul territorio comunitario sono libere, in linea di principio, di scegliere la politica commerciale che esse ritengono appropriata. Questo implica, in particolare, che in linea di massima spetta a ciascuna impresa decidere liberamente della natura e delle proprietà dei prodotti che essa intende immettere sul mercato. Peraltro, non si può considerare che un danno alla politica commerciale di un'impresa costituisca sempre per quest'ultima un danno grave e irreparabile ai fini di una domanda di provvedimenti urgenti. Difatti, è con riferimento alle circostanze di ciascun caso che occorre valutare il carattere eventualmente grave e irreparabile di un danno alla libertà commerciale di un'impresa (v. supra, punto 292).

410 Nelle circostanze del caso di specie, si deve rilevare che il danno alla libertà commerciale della Microsoft, considerato in quanto tale e a prescindere dai suoi effetti concreti sul mercato, non può essere considerato irreparabile. Difatti, se non

si tiene conto delle conseguenze che la Decisione potrebbe avere sul mercato prima del suo eventuale annullamento, non sembra che la Microsoft, qualora vicesse nella causa principale, si troverebbe impossibilitata ad applicare nuovamente la sua «architettura fondamentale» a tutti i prodotti posti in vendita dopo l'annullamento stesso. Di conseguenza, in tale ipotesi, se anche si ritenesse che la Microsoft abbia provato che il solo pregiudizio per la sua libertà commerciale costituisce un danno grave, tale danno non apparirebbe comunque come irreparabile.

411 È peraltro opportuno esaminare se il pregiudizio alla libertà commerciale della Microsoft, alla luce delle conseguenze concrete che esso ha sul mercato fino alla sentenza nella causa principale, possa causare a detta impresa un danno grave e irreparabile. A tal proposito, occorre tener conto delle conseguenze che potrebbero derivare alla Microsoft, in primo luogo, dalla concezione della versione imposta dall'art. 6, in secondo luogo, dalla vendita sul mercato di tale versione e, in terzo luogo, dalla possibilità che questa venga acquistata dai clienti della Microsoft.

412 In primo luogo, la Microsoft ha sostenuto nel corso dell'audizione che, anche nell'ipotesi in cui la versione imposta dall'art. 6 non fosse acquistata in quantità significative, la sua «architettura» risulterebbe compromessa, tenuto conto in particolare dell'«esercizio futile» costituito dalla progettazione della versione imposta dall'art. 6.

413 Sebbene la Microsoft faccia con ciò riferimento alla necessità di progettare la versione imposta dall'art. 6, essa non ha comunque fornito precisazioni sufficienti riguardo agli inconvenienti che deriverebbero da quest'obbligo. Del resto, per di più, vi è motivo di pensare che il danno subito in tal modo dalla Microsoft si tradurrebbe sostanzialmente in costi di sviluppo. Ora, in mancanza di prova contraria, un danno di questo tipo costituisce un danno di carattere pecuniario che, salvo circostanze eccezionali non sussistenti nella fattispecie, non può essere considerato come

irreparabile (ordinanza del presidente della Corte 18 ottobre 1991, causa C-213/91 R, Abertal e a./Commissione, Racc. pag. I-5109, punto 24; ordinanza del presidente del Tribunale 28 maggio 2001, causa T-53/01 R, Poste Italiane/Commissione, Racc. pag. II-1479, punto 119).

414 In secondo luogo, nel caso in cui l'argomento della Microsoft debba essere inteso nel senso che essa subirebbe un danno semplicemente per il fatto di dover immettere sul mercato la versione imposta dall'art. 6, e ciò a prescindere dall'acquisto effettivo di tale versione, la Microsoft non avrebbe fornito precisazioni sufficienti riguardo alla natura, alla gravità e al carattere irreparabile di questi presunti inconvenienti. Nel caso in cui l'argomento della Microsoft debba essere inteso nel senso che verrebbe danneggiata la sua reputazione, esso verrà esaminato assieme al secondo capo relativo al danno da essa invocato (v. infra, punti 442-475).

415 Nel corso dell'audizione, tuttavia, la Microsoft ha aggiunto che, anche qualora non vi sia domanda della versione imposta dall'art. 6, ne deriverebbe un grado di incertezza per i terzi, in particolare per i fornitori di contenuto. Infatti, questi sarebbero all'oscuro del numero di versioni imposte dall'art. 6 diffuse. Ciò provocherebbe, secondo la Microsoft, una diminuzione dell'interesse per Windows.

416 A questo proposito, va ricordato che il carattere urgente di una domanda di provvedimenti provvisori va valutato in relazione alla necessità di statuire provvisoriamente, per evitare che il richiedente subisca un danno grave e irreparabile (v. giurisprudenza citata supra, al punto 240). Di conseguenza, nei limiti in cui l'incertezza evocata dalla Microsoft possa provocare un danno ai terzi, essa non può essere presa in considerazione riguardo all'urgenza (v., in tal senso, ordinanza del presidente della Corte 6 maggio 1988, causa 112/88 R, Unione dei produttori di cedri di Creta/Commissione, Racc. pag. 2597, punto 20). Si debbono peraltro esaminare gli argomenti della Microsoft secondo i quali l'incertezza provocata nei terzi provocherebbe una diminuzione dell'interesse per la sua piattaforma.

- 417 Innanzitutto, la Microsoft non dà precisazioni né offre elementi di prova che permettano di valutare l'esatta natura, l'esistenza, la gravità e il carattere irreparabile del calo di interesse per Windows che verrebbe causato da tale presunta incertezza. Anche volendo ritenere, in particolare, che il calo di interesse invocato dalla Microsoft significhi che soggetti terzi dipendenti dalla «stabilità di Windows» potrebbero decidere, a causa della vendita della versione imposta dall'art. 6, di smettere di progettare i propri prodotti per tale piattaforma, la Microsoft non fornisce prove atte a dimostrare che tale scelta potrebbe essere effettuata da questi operatori in proporzioni significative.
- 418 Sul punto, il giudice del procedimento sommario rileva, a titolo ulteriore, che nessuna delle parti intervenute a sostegno delle conclusioni della Microsoft ha dichiarato che potrebbe smettere di progettare i propri prodotti per la piattaforma Windows a causa dell'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione. Infatti, dette parti hanno spiegato che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione rischiava di causare loro un danno, in particolare perché le porterebbe a dover scegliere se adattarsi o meno all'incertezza creata sul mercato. Per contro, da un lato la possibilità che esse decidano di non adattare i loro prodotti alla versione imposta dall'art. 6 resta, in questa fase, ampiamente ipotetica. Dall'altro, anche supponendo che la probabilità che detti operatori non adattino i loro prodotti alla versione imposta dall'art. 6 sia stata provata a sufficienza, come sottolinea la Commissione, ciò non dimostrerebbe che essi cesserebbero per tale motivo di progettare i loro prodotti per la versione di Windows che comprende Windows Media Player. Di fatto, nessuna delle parti intervenute a sostegno della Microsoft ha dichiarato che, a causa della Decisione, potrebbe essere indotta a progettare i propri prodotti per un diverso sistema operativo. Non è pertanto dimostrato che il calo di interesse di Windows potrebbe essere significativo nella pratica per la Microsoft, non foss'altro che riguardo alle sole parti intervenute.
- 419 Infine, la Microsoft non ha mai dimostrato concretamente che l'incertezza riguardo all'uniformità della piattaforma Windows provocherebbe un calo d'interesse da parte dei consumatori finali o dei suoi clienti.

- 420 In terzo luogo, occorre esaminare le conseguenze derivanti per la Microsoft dalla possibilità che la versione imposta dall'art. 6 venga acquistata in quantità notevoli.
- 421 Al riguardo si deve preliminarmente osservare che la misura correttiva prevista dall'art. 4 e dall'art. 6, lett. a), della Decisione mira a porre fine all'infrazione rilevata dalla Commissione e non pregiudica le future evoluzioni del mercato. Come osservato dalla Commissione nel corso dell'audizione, la misura correttiva non esclude la possibilità che Windows Media Player, in forza dei propri meriti e del gioco di una concorrenza che, a detta della Commissione, sarebbe ripristinata, continui in pratica ad essere acquistato sempre unitamente al sistema operativo della Microsoft.
- 422 Inoltre, la Microsoft esprime da parte sua seri dubbi quanto alla possibilità che la versione imposta dall'art. 6 sia venduta in notevoli quantità.
- 423 Risulta in proposito dai punti 69 e 70 della Decisione che i sistemi operativi per PC clients sono messi in commercio essenzialmente in due circuiti di distribuzione, ossia, da un lato, la distribuzione ai consumatori finali e, dall'altro, la distribuzione alle imprese di componentistica, che assemblano i PC clients e, in generale, installano su di essi un sistema operativo.
- 424 Ora, nelle osservazioni sulle memorie di intervento, la Microsoft ha indicato che, riguardo alla distribuzione agli utenti finali, «[n]on è facile capire quali vantaggi il cliente di tale canale potrebbe trarre da una versione [imposta dall'art. 6] anziché da una versione completa di Windows, poiché entrambe verrebbero offerte allo stesso prezzo». In queste stesse osservazioni, la Microsoft precisa che «è difficile immaginare come un utente finale dotato di buon senso potrebbe optare per una simile versione».

425 Quanto invece alle imprese di componentistica, la Microsoft spiega che «è del tutto concepibile che un editore di lettori multimediali terzo cerchi di incoraggiare un imprenditore, dietro compenso economico, a prendere in licenza la versione [imposta dall'art. 6] e a legarla in modo esclusivo al suo lettore multimediale». Tuttavia, la Microsoft poi accusa la Commissione di non aver analizzato in quale misura le imprese di componentistica sarebbero disposte a stipulare accordi di questo tipo. Essa aggiunge che «[i]l fatto che le imprese di componentistica attualmente installino più lettori multimediali e che nessun editore di lettori multimediali sembri averle pagate perché ritirassero ogni accesso visibile a Windows Media Player [...] suggerisce che gli editori di lettori multimediali non sono sufficientemente interessati a concludere accordi esclusivi onerosi allo scopo di convincere gli imprenditori a scegliere la versione [imposta dall'art. 6]». Inoltre, nel corso dell'audizione, pur avendo continuato a ricordare che alcuni dei suoi concorrenti potrebbero concludere accordi in esclusiva con le imprese di componentistica, la Microsoft ha ribadito i suoi dubbi riguardo al carattere potenzialmente notevole delle vendite della versione imposta dall'art. 6.

426 Occorre pertanto constatare come la Microsoft nutra seri dubbi riguardo alla possibilità che la versione imposta dall'art. 6 sia venduta in quantità notevoli.

427 Secondo una costante giurisprudenza, spetta alla parte che chiede la misura provvisoria provare di non poter attendere l'esito del procedimento principale, senza dover subire un danno grave e irreparabile (v. giurisprudenza citata supra, al punto 240). In tale contesto, specie allorché la realizzazione del danno dipende dal sopraggiungere di un complesso di fattori, basta che tale pregiudizio appaia prevedibile con un grado di probabilità sufficiente (ordinanza Germania/Consiglio, cit. supra al punto 241, punti 22 e 34, e ordinanza HFB e a./Commissione, cit. supra al punto 241, punto 67). Il richiedente resta comunque tenuto a comprovare i fatti sui quali sarebbe basata la prospettiva di tale danno grave e irreparabile (ordinanza HFB e a./Commissione, cit. supra al punto 241, punto 67).

- 428 Nel caso in oggetto, dal momento che la Microsoft non ha addotto elementi di prova sufficienti per procedere in senso contrario, non spetta al giudice del procedimento sommario prefigurare l'effetto che la misura correttiva imposta dall'art. 6, lett. a), della Decisione avrà sul mercato. Pertanto, come la stessa Microsoft sembra ammettere, diventa inevitabile rilevare che, in questa fase e alla luce degli elementi di prova di cui dispone il giudice del procedimento sommario, la possibilità che le vendite della versione imposta dall'art. 6 possano arrivare a livelli significativi resta ampiamente ipotetica.
- 429 La premessa su cui, in questa ipotesi, si basa il danno lamentato dalla Microsoft non si può quindi ritenere dimostrata.
- 430 In ogni caso, anche ritenendo che la Microsoft abbia dimostrato in modo sufficiente la probabilità che la versione imposta dall'art. 6 sia venduta in quantità notevoli, occorre sottolineare, come sostenuto dalla Commissione, che nel presente caso la Microsoft non parla di una evoluzione irreversibile del mercato derivante dalle suddette vendite. In caso di annullamento della Decisione, la Microsoft avrebbe infatti la possibilità di riprendere la commercializzazione della sola versione di Windows con Windows Media Player e quindi di applicare, nuovamente e in modo esclusivo, quella che a suo giudizio costituisce l'«architettura fondamentale» del sistema operativo Windows. Non è provata l'esistenza di ostacoli che possano impedire alla Microsoft di recuperare la posizione che essa occupava sul mercato prima dell'esecuzione della misura correttiva.
- 431 Malgrado i suddetti elementi, la Microsoft sostiene che subirebbe un danno grave e irreparabile per due ragioni distinte.
- 432 In primo luogo, a suo giudizio «i vantaggi legati all'uniformità della piattaforma Windows andrebbero irrimediabilmente perduti». La Microsoft aggiunge che l'annullamento della Decisione non rimedierebbe al danno provocato in quanto, da un lato, «gli ingegneri della Microsoft dovrebbero partire dal principio che per lo

meno alcune copie di Windows distribuite nel SEE sono sprovviste di funzionalità multimediali», cosa che li costringerebbe a «tener conto per vari anni dell'esistenza di due versioni».

- 433 Tuttavia, la Microsoft non precisa in maniera sufficiente perché l'obbligo che graverebbe sugli ingegneri comprometterebbe o renderebbe impossibile il recupero della sua «architettura fondamentale» dopo l'eventuale annullamento della Decisione. Per esempio, essa non spiega innanzitutto perché, dopo l'eventuale annullamento della Decisione, le sarebbe impedito di distribuire, di nuovo in via esclusiva, la versione di Windows con Windows Media Player.
- 434 Inoltre, la Microsoft sembra ritenere che il danno da essa lamentato non sarebbe illimitato nel tempo, dato che afferma che esso verrebbe osservato «per vari anni».
- 435 Ancora, la Microsoft non fornisce elementi di prova che permettano di valutare in modo sufficiente la gravità del danno derivante dagli sforzi ulteriori che i suoi progettisti dovrebbero compiere per tener conto dell'esistenza di due versioni. In assenza di precisazioni al riguardo, vi è motivo di ritenere che tali sforzi si tradurrebbero in costi aggiuntivi e, quindi, in un danno pecuniario che, salvo circostanze eccezionali che non sussistono nel caso di specie, non costituisce un danno irreparabile (ordinanze Abertal e a./Commissione, cit. supra al punto 413, punto 24, e Poste Italiane/Commissione, cit. supra al punto 413, punto 119).
- 436 Infine, la Microsoft non spiega neppure perché le risulterebbe impossibile, nell'ambito della sua politica commerciale e nell'ipotesi in cui l'art. 4 e l'art. 6, lett. a), della Decisione fossero annullati, non tenere più conto dell'esistenza di copie della versione imposta dall'art. 6 già messe in vendita o perché ciò costituisca comunque un danno grave e irreparabile.

437 Il primo aspetto del danno lamentato dalla Microsoft non può pertanto essere alla base della prospettiva di un danno grave e irreparabile.

438 In secondo luogo, la Microsoft sostiene che anche «i terzi che dipendono dalla stabilità e dalla coerenza della piattaforma Windows» dovrebbero tener conto dell'esistenza di due versioni per diversi anni, «cosa che farebbe lievitare i loro costi e ridurrebbe in modo continuo l'interesse per Windows».

439 A questo proposito occorre ribadire, nel presente contesto, le osservazioni formulate ai punti 421-428 della presente ordinanza. Anche nel caso in cui la versione imposta dall'art. 6 fosse venduta in quantità notevoli, non è dimostrato che sussista nella pratica un rischio sufficientemente rilevante che gli operatori che attualmente progettano i propri prodotti per Windows smetterebbero di agire in tal senso o che i consumatori, i clienti e gli altri operatori che la Microsoft ritiene dipendenti dalla stabilità di Windows possano ridurre i loro acquisti o l'uso di questo prodotto.

440 Infine, per quanto riguarda i due aspetti del danno lamentati dalla Microsoft, oltre alle conclusioni già formulate al punto 430 della presente ordinanza, il giudice del procedimento sommario ritiene comunque che la Commissione abbia dedotto elementi convincenti a prova del fatto che, dopo un eventuale annullamento della Decisione, la Microsoft potrebbe ricorrere a certi meccanismi, soprattutto di aggiornamento del proprio sistema operativo, al fine di distribuire Windows Media Player e, di conseguenza, di ristabilire almeno in larga parte l'abbinamento tra Windows Media Player e il suo sistema operativo. La Microsoft e le parti intervenute a sostegno delle sue conclusioni non hanno contraddetto tale affermazione in maniera sufficientemente circostanziata affinché si possa scartare la forte probabilità che la Microsoft possa diffondere Windows Media Player in quantità bastanti ad evitare il danno grave da essa lamentato.

441 Occorre pertanto concludere che la Microsoft non ha dimostrato che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione le provocherebbe un danno grave e irreparabile a causa del danno causato alla sua «architettura fondamentale» o, più in generale, a causa di un danno per la sua libertà commerciale.

b) Il presunto danno alla reputazione della Microsoft

442 La Microsoft sostiene che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione causerà un danno alla sua reputazione quale «progettista di software di qualità», essenzialmente a causa delle disfunzioni che, a suo giudizio, caratterizzerebbero la versione imposta dall'art. 6.

443 Nel caso di specie, il pregiudizio lamentato dalla Microsoft si basa in gran parte sulla premessa secondo cui la versione di Windows imposta dall'art. 6 comprometterà il funzionamento, da un lato, di applicazioni e siti Internet che si basano su alcune funzionalità di Windows Media Player e, dall'altro, di alcuni elementi dello stesso sistema operativo Windows.

444 Occorre pertanto valutare, in primo luogo, in quale misura sussistono i problemi evocati dalla Microsoft e, in caso positivo, verificare se non possano essere facilmente evitati.

445 A tal proposito si deve innanzitutto osservare che, rispondendo alle questioni poste dal giudice del procedimento sommario, la Commissione ha spiegato che a suo avviso un prodotto che possiede le caratteristiche indicate dalla Microsoft — ossia un prodotto che non consentirebbe al sistema operativo di ricorrere alle funzionalità che la Microsoft ha indicato come mancanti — costituirebbe una versione «del tutto

funzionale» di Windows, ai sensi dell'art. 6, lett. a), della Decisione, a condizione che tali funzionalità siano effettivamente quelle di solito offerte da Windows Media Player.

446 Si devono poi esaminare in modo distinto, da un lato, i problemi da cui secondo la Microsoft sarebbe affetto il sistema operativo Windows e, dall'altro, quelli che colpirebbero a suo giudizio il funzionamento di talune applicazioni e di alcuni siti Internet.

447 Per quel che riguarda, in primo luogo, i problemi da cui, secondo la Microsoft, sarebbe affetto il funzionamento del sistema operativo Windows, la RealNetworks ha realizzato ed effettuato una serie di test per dimostrare che essi si possono risolvere con l'installazione di un lettore multimediale di un'impresa terza. La Microsoft non contesta che ciò sia vero per una parte delle difficoltà lamentate, ma sostiene che permarrrebbero comunque alcuni problemi irrisolti e che il livello al quale essa potrebbe porvi rimedio dipenderebbe dal lettore multimediale installato.

448 Alla luce degli elementi dedotti dalle parti, il giudice del procedimento sommario ritiene che non sia stato provato che i lettori multimediali di imprese terze potrebbero garantire, in ogni circostanza, una sostituzione completa delle funzionalità individuate dalla Microsoft. Tale sostituzione infatti è strettamente dipendente dalle possibilità tecniche del lettore multimediale installato. Per contro, l'installazione di tale lettore multimediale potrebbe consentire in larga misura la sostituzione delle diverse funzionalità.

449 In secondo luogo, per quanto riguarda i problemi relativi all'uso di alcune applicazioni e di alcuni siti Internet, alla luce degli elementi di prova forniti dalle parti intervenute a sostegno delle conclusioni della Commissione, occorre sottolineare come anche le funzionalità in parola possano essere in gran parte

sostituite con l'installazione di lettori multimediali di imprese terze. Inoltre, gli ideatori di siti Internet e di applicazioni che attualmente si basano su Windows Media Player dovrebbero avere una forte spinta ad incoraggiare gli utenti a scaricare il software o a diffonderlo essi stessi in forza di licenze solitamente concesse a tal fine dalla Microsoft, anche qualora ciò possa comportare per loro dei costi.

450 Ora, gli elementi menzionati ai tre punti che precedono riducono in maniera sostanziale la probabilità che i problemi evocati dalla Microsoft siano riscontrati dagli utenti finali.

451 Nelle sue osservazioni sulle memorie di intervento e nel corso dell'audizione la Microsoft ha in effetti sostenuto che i problemi lamentati si sono potuti risolvere, nei test realizzati dalla RealNetworks, solo grazie all'installazione di alcuni codici di Windows Media Player. Questo punto non è stato formalmente contraddetto dalla Commissione e dalla RealNetworks con riferimento alle difficoltà relative al funzionamento di alcune applicazioni e di alcuni siti Internet. Tuttavia, la RealNetworks ha precisato che l'installazione di tali codici era stata effettuata attraverso le stesse applicazioni o, trattandosi dei siti internet, tramite un meccanismo di download disponibile sui siti stessi. Le parti concordano pertanto parzialmente sugli argomenti della Microsoft. Tuttavia tali argomenti non hanno comunque alcuna conseguenza sulla valutazione dell'urgenza a disporre la sospensione dell'esecuzione richiesta. Infatti, nel caso in oggetto non ha importanza che alcuni dei problemi invocati dalla Microsoft possano essere risolti soltanto con l'installazione, attraverso la stessa applicazione interessata o tramite lo stesso sito Internet, di alcuni codici di Windows Media Player o, all'occorrenza, dei codici di Windows Media Player nella loro interezza, qualora grazie a tale installazione si possa effettivamente risolvere una parte sufficiente dei problemi lamentati dalla Microsoft.

452 È altresì privo di rilievo l'argomento della Microsoft secondo il quale la reinstallazione differenziata di alcuni codici di Windows Media Player provocherebbe problemi di sicurezza o di stabilità della versione imposta dall'art. 6. Infatti, la

- Microsoft non ha fornito prove che consentano di dimostrare che l'eventuale installazione di vecchi codici di Windows Media Player potrebbe rendere instabile il sistema operativo Windows o che si potrebbero riscontrare altri problemi dello stesso tipo. Infine, sottolineando che l'aggiunta di codici diversi sulle differenti copie delle versioni imposte dall'art. 6 mette in discussione l'uniformità della sua piattaforma, la Microsoft non aggiunge elementi all'argomento concernente il danno alla sua «architettura fondamentale», argomento che è già stato respinto (v. supra, punti 406-441).
- 453 Pertanto, non è stato dimostrato che i problemi lamentati dalla Microsoft non potrebbero essere evitati, almeno in larga misura.
- 454 In secondo luogo e comunque, nel caso in cui sussistano alcuni dei problemi dedotti dalla Microsoft, si deve sottolineare come essa non produca dinanzi al giudice del procedimento sommario elementi di prova che consentano di dimostrare in modo sufficiente che i consumatori finali o più in generale i suoi clienti assocerebbero la mancanza o l'eventuale cattivo funzionamento di tali funzionalità ad una disfunzione non prevista del prodotto Microsoft piuttosto che alle normali conseguenze dell'assenza di un lettore multimediale e, più nello specifico, di Windows Media Player. Infatti, anche a ritenere che tutti i problemi menzionati dalla Microsoft esistano e non possano essere evitati, quest'ultima non ha dimostrato che non le sarebbe possibile o che le verrebbe impedito dalla Decisione di avvertire i propri clienti circa le caratteristiche oggettive della versione imposta dall'art. 6, portandoli in tal modo a compiere scelte pienamente consapevoli.
- 455 A questo riguardo, è vero che la Microsoft ha dichiarato che le sarebbe impossibile effettuare i test che le permettano di individuare tutti i difetti della versione imposta dall'art. 6 e, in particolare, tutte le applicazioni che non funzionerebbero su tale versione. Tuttavia, essa non ha fornito nessun elemento di prova che permetta di

valutare l'impossibilità di effettuare i test per i problemi provocati, a suo dire, al suo sistema operativo. Inoltre, riguardo ai test necessari per valutare il buon funzionamento di alcune applicazioni e di alcuni siti Internet, la Microsoft non ha dimostrato perché il semplice fatto che i suoi clienti sappiano che Windows Media Player non è presente sulla versione imposta dall'art. 6 non basterebbe ad avvertirli del fatto che alcune applicazioni e alcuni siti Internet basati sulle funzionalità di Windows Media Player potrebbero non funzionare in modo adeguato.

456 Più in generale, occorre sottolineare che la Commissione ha esplicitamente spiegato che, a suo avviso, la Microsoft ha diritto di informare i propri clienti della mancanza di Windows Media Player nella versione imposta dall'art. 6. La Microsoft non ha dimostrato che questo solo avvertimento non sarebbe sufficiente a consentire ai suoi clienti di comprendere le eventuali conseguenze della loro scelta relativamente alla disponibilità di alcune funzionalità multimediali.

457 Difatti, trattandosi della distribuzione diretta dei suoi prodotti ai consumatori finali, se la Microsoft sostiene che pochi tra loro comprendono la maniera in cui le applicazioni Windows si basano sulle funzionalità multimediali, essa non fornisce alcuna prova a suffragio delle sue affermazioni che permetta di valutare l'effettiva portata della mancanza di consapevolezza dei consumatori.

458 Peraltro, riguardo alla distribuzione alle imprese di componentistica, vi è ragione di ritenere che si tratti di acquirenti particolarmente accorti e quindi in grado di effettuare scelte precise. Di conseguenza, se la versione imposta dall'art. 6 presenta i problemi irrimediabili lamentati dalla Microsoft, in assenza di prove contrarie si può pensare o che tale versione semplicemente non verrà acquistata dalle suddette imprese, o che esse l'acquistarono con piena consapevolezza e quindi senza danno per la Microsoft.

- 459 Di conseguenza, non vi è la prova che il fatto che un qualsiasi cliente della Microsoft scelga la versione imposta dall'art. 6 e si trovi di fronte ai problemi lamentati dalla Microsoft potrebbe compromettere la reputazione di tale impresa.
- 460 In terzo luogo, anche supponendo che sia stato sufficientemente dimostrato, da un lato, che tutti i problemi addotti dalla Microsoft non potrebbero essere evitati e, dall'altro, che i clienti e i consumatori non sarebbero in grado di effettuare una scelta consapevole, la Microsoft non ha fornito elementi di prova che permettano di valutare la gravità effettiva di tali difetti e, in particolare, in quale misura essi potrebbero concretamente avere ripercussioni sulla sua reputazione presso i diversi operatori del settore.
- 461 La Microsoft in effetti non fornisce elementi di prova per dimostrare che i difetti da essa individuati potrebbero influire in modo sostanziale sulla percezione dei consumatori finali e delle imprese di componentistica. In particolare, la Microsoft non fornisce alcuna prova circa il modo in cui tali operatori si rendono conto delle funzionalità da essa descritte nella sua richiesta come difettose. Al riguardo, la Microsoft più volte ha menzionato l'esempio del catalogo «My Music», che offre un panorama dettagliato dei files registrati sul disco rigido di un PC client e, più specificamente, di alcuni contenuti multimediali digitali. Secondo la Microsoft, la versione imposta dall'art. 6 non consentirebbe tale panorama dettagliato, con o senza lettore multimediale concorrente. Tuttavia, essa non fornisce alcuna prova che consenta al giudice del procedimento sommario di valutare la probabilità che tale problema venga percepito in modo sufficientemente comune dai consumatori finali. La Microsoft non dimostra neppure che tale problema, anche ritenendo che venga comunemente percepito, potrebbe influire in modo significativo sulla sua reputazione. Pertanto, in mancanza di prove sufficienti circa l'effettiva importanza delle funzionalità in parola per i consumatori finali e riguardo alle loro aspettative, il giudice del procedimento sommario si trova nell'incapacità di valutare le effettive conseguenze dei problemi lamentati dalla Microsoft in merito alla sua reputazione.
- 462 Peraltro, la Microsoft non ha neppure dimostrato che l'esecuzione dell'art. 4 e dell'art. 6, lett. a), della Decisione avrebbe effetti significativi sulla sua reputazione

presso operatori economici diversi dai suoi clienti, e in particolare sulla sua reputazione presso gli ideatori di siti Internet e i produttori di applicazioni. È peraltro significativo rilevare al riguardo che nessuna delle parti intervenute a sostegno della Microsoft ha indicato che la propria percezione di detta impresa potrebbe essere alterata o che non sarebbe più in grado di ideare i propri prodotti con la prospettiva di utilizzarli unitamente a quelli della Microsoft.

463 In quarto luogo, non risulta che Windows Media Player non sarebbe facilmente disponibile e non potrebbe essere agevolmente installato nella versione imposta dall'art. 6. Pertanto, anche supponendo che alcuni consumatori o clienti non effettuino una scelta consapevole e che siano da ciò contrariati in qualche misura, la Microsoft non ha dimostrato perché non sarebbe in grado di rimediare facilmente informandoli della possibilità che essi hanno di procurarsi poi Windows Media Player.

464 In quinto luogo, sempre volendo ritenere che i presunti difetti siano provati sufficientemente e siano irrimediabili, la gravità del danno alla reputazione della Microsoft dipenderebbe in gran parte dall'effettiva diffusione della versione imposta dall'art. 6. Occorre ribadire nel presente contesto le affermazioni già svolte (v. supra, punti 421-428) e secondo le quali, da un lato, in assenza di prove sufficienti, non spetta al giudice del procedimento sommario preconizzare gli effetti della misura correttiva sul mercato e, dall'altro, la Microsoft stessa esprime dubbi circa l'entità delle vendite della versione imposta dall'art. 6 e non parla di un rischio di evoluzione irreversibile sul mercato.

465 In sesto luogo, anche volendo ritenere, malgrado gli argomenti in precedenza esposti, che la Microsoft abbia dimostrato in modo sufficiente il rischio di un danno grave per la sua reputazione, essa non ha comunque provato l'esistenza di ostacoli di natura strutturale o giuridica che le impediscano di attuare le misure di pubblicità necessarie per ristabilire la propria reputazione.

466 La Microsoft, dunque, non è riuscita a dimostrare che l'esecuzione dell'art. 4 e dell'art. 6, lett. a), della Decisione potrebbe procurare un danno grave e irreparabile alla sua reputazione.

467 Tuttavia, essa invoca l'esistenza di un danno alla sua reputazione sotto due profili supplementari e più specifici, ossia, da un lato, un danno ai propri marchi e, dall'altro, un danno al suo diritto d'autore.

### 1) Il presunto danno ai marchi della Microsoft

468 In primo luogo, per quanto riguarda il danno ai marchi della Microsoft, che esso sia considerato come causa di un pregiudizio alla reputazione dell'impresa o come risultato di tale pregiudizio, derivante in particolare dalla cattiva qualità della versione imposta dall'art. 6, tale argomento va respinto per le ragioni già esposte ai punti 454-459 della presente ordinanza. Infatti, la Microsoft non ha dimostrato, in particolare, che i fatti asseriti, anche a ritenerli esistenti, avrebbero un'influenza negativa e significativa sulla percezione dei consumatori finali. Occorre pertanto respingere in particolare l'argomento esposto nel «Parere sul diritto dei marchi» (allegato R.6) annesso alla richiesta della Microsoft.

469 Inoltre, nel caso in cui l'argomento della Microsoft vada inteso nel senso che il suo marchio Windows non garantirebbe la presenza della sua «architettura fondamentale», il giudice del procedimento sommario ricorda che la funzione essenziale del marchio consiste nel garantire al consumatore o all'utilizzatore finale l'identità di origine del prodotto o del servizio contrassegnato dal marchio, consentendogli di distinguere senza confusione possibile tale prodotto o servizio da quelli di

provenienza diversa. Per poter svolgere la sua funzione di elemento essenziale del sistema di concorrenza leale che il Trattato CE intende istituire, il marchio deve costituire la garanzia che tutti i prodotti o servizi che ne siano contrassegnati sono stati fabbricati sotto il controllo di un'unica impresa alla quale possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità (v., in particolare, sentenza della Corte 29 aprile 2004, causa C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, Racc. pag. I-5791, punto 20). Anche se il marchio consente di garantire la presenza di alcune caratteristiche oggettive di un prodotto, come la Microsoft sembra sostenere, il giudice del procedimento sommario non disporrebbe comunque di elementi di prova che per valutare in modo sufficientemente preciso, al di là della percezione che la Microsoft ha del suo «modello di base» e del suo marchio, il modo in cui quest'ultimo viene effettivamente percepito dai clienti sul mercato di cui trattasi. Ciò vale, in particolare, per gli elementi che consentono di valutare, dal punto di vista dei detti clienti, le caratteristiche oggettive che potrebbero essere ad esso associate nonché, eventualmente, la reale gravità di una variazione delle dette caratteristiche.

470 Ad ogni modo, poiché, da un lato, in caso di annullamento dell'art. 6, lett. a), della Decisione, la Microsoft avrà la possibilità di mettere in vendita, in modo nuovo ed esclusivo, la versione di Windows con Windows Media Player e, dall'altro, tale impresa non ha dimostrato che le sarebbe impossibile eventualmente ricorrere a misure di pubblicità adeguate, essa non ha provato che il presunto danno al suo marchio, anche ritenendolo accertato e grave, sarebbe irreparabile.

## 2) Il presunto danno al diritto d'autore della Microsoft

471 Infine, per quanto riguarda il presunto danno al diritto d'autore della Microsoft, in via preliminare occorre rilevare come quest'ultima non abbia spiegato perché un danno a tale diritto potrebbe essere collegato con l'asserito danno alla sua reputazione.

- 472 Inoltre, su questo punto l'argomentazione della Microsoft è assai sintetica e particolarmente vaga. In tale contesto essa non richiama una normativa specifica in base alla quale il fatto di procedere essa stessa a un adattamento — anche forzato — del suo prodotto recherebbe un danno al suo diritto d'autore.
- 473 Peraltro, il semplice fatto che una decisione della Commissione possa influire in certa misura sui diritti di proprietà intellettuale, in assenza di spiegazioni aggiuntive, non è sufficiente per concludere a favore dell'esistenza di un danno grave e irreparabile, quanto meno prescindendo dagli effetti concreti del danno stesso. Orbene, nel caso di specie, i soli effetti concreti denunciati dalla Microsoft sono quelli già in precedenza descritti e dichiarati insufficienti per costituire un danno grave e irreparabile (supra, punti 411-466).
- 474 Infine, per la parte in cui la Microsoft fa valere che la circolazione delle copie della versione imposta dall'art. 6, ossia un adattamento forzato delle sue opere, le causerebbe un danno morale, in mancanza di prove contrarie, non si tratterebbe di un danno né grave né irreparabile. Tanto più che, come già rilevato in precedenza (supra, punti 422-429), non è provato che la versione imposta dall'art. 6 potrebbe essere diffusa in quantità notevoli o che la distribuzione successiva di Windows Media Player non rimedierebbe ampiamente alla diffusione della versione imposta dall'art. 6.
- 475 Pertanto, la Microsoft non ha fornito la prova che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione potrebbe causarle un danno grave e irreparabile recando pregiudizio alla sua reputazione.

- 476 Di conseguenza, la Microsoft non ha dimostrato che l'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione rischia di provocarle un danno grave e irreparabile. Pertanto, senza che vi sia bisogno di procedere alla ponderazione degli interessi in gioco, la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 6, lett. a), della Decisione dev'essere respinta.
- 477 Quanto alla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'art. 4 della Decisione (supra, punto 27), essa non può essere accolta. In primo luogo, va osservato che il primo comma di tale articolo rinvia agli artt. 5 e 6 della Decisione. Il difetto di urgenza a disporre la sospensione dell'esecuzione degli artt. 5 e 6 porta quindi necessariamente a respingere la domanda di sospensione dell'esecuzione della suddetta disposizione di rinvio. In secondo luogo, poiché la domanda di provvedimenti urgenti mira a ottenere la sospensione dell'esecuzione dell'art. 4, secondo comma, della Decisione, è sufficiente rilevare che la Microsoft non ha addotto argomenti sufficienti a sostegno di tale conclusione e che, in ogni caso, gli effetti del divieto contemplato dal suddetto comma restano in questa fase puramente ipotetici.
- 478 La domanda dev'essere pertanto respinta nella sua interezza.

Per questi motivi,

IL PRESIDENTE DEL TRIBUNALE

così provvede:

- 1) Viene accolta, nella fase del procedimento sommario, la domanda di trattamento riservato presentata dalla Microsoft Corp.**

- 2) **La Audiobanner.com, che agisce sotto la denominazione commerciale di VideoBanner, è ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.**
  
- 3) **La Computer & Communications Industry Association viene estromessa dalla causa quale parte interveniente a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.**
  
- 4) **La Novell Inc. viene estromessa dalla causa quale parte interveniente a sostegno delle conclusioni della Commissione nel procedimento sommario.**
  
- 5) **La domanda di provvedimenti provvisori è respinta.**
  
- 6) **Si riserva la decisione sulle spese.**

Lussemburgo, 22 dicembre 2004.

Il cancelliere

H. Jung

Il presidente

B. Vesterdorf

## Indice

Antefatti della controversia .....	II - 4473
La Decisione .....	II - 4475
I — I mercati rilevanti individuati nella decisione e la posizione dominante della Microsoft su due di essi .....	II - 4475
I mercati rilevanti individuati nella decisione .....	II - 4475
La posizione dominante della Microsoft sul mercato dei sistemi operativi per PC clients e sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro .	II - 4477
II — I comportamenti abusivi individuati nella Decisione .....	II - 4479
Il rifiuto individuato nella Decisione .....	II - 4479
La vendita collegata individuata nella Decisione .....	II - 4480
III — Misure correttive e ammenda inflitta alla Microsoft .....	II - 4482
Procedura per violazione del diritto antitrust americano .....	II - 4484
Procedura .....	II - 4485
In diritto .....	II - 4491
I —; Sulla domanda di trattamento riservato .....	II - 4493
II — Sulla domanda di intervento della VideoBanner .....	II - 4493
III — Sugli effetti della rinuncia di taluni intervenienti .....	II - 4494
IV — Sul rispetto delle condizioni di forma relative alle memorie scritte .....	II - 4495
Sui rinvii al ricorso principale .....	II - 4495
Sulla produzione di documenti in corso d'istanza .....	II - 4497
Sulla mancanza di prove .....	II - 4498
Sul mancato rispetto di alcune altre condizioni di forma .....	II - 4499

V — Nel merito .....	II - 4499
Sul problema delle informazioni relative all'interoperabilità .....	II - 4499
A — Argomenti delle parti .....	II - 4499
1. Argomenti della Microsoft e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni .....	II - 4499
a) Il <i>fumus boni iuris</i> .....	II - 4499
b) Sull'urgenza .....	II - 4504
1) Violazione dei diritti di proprietà intellettuale .....	II - 4504
i) Informazioni di grande valore .....	II - 4504
ii) Informazioni protette da diritti di proprietà intellettuale	II - 4505
Tutela mediante il diritto d'autore .....	II - 4506
Tutela mediante brevetto .....	II - 4507
Tutela mediante segreto commerciale .....	II - 4508
Sul carattere necessario delle informazioni .....	II - 4509
Sul danno sostanziale e irreparabile .....	II - 4510
2) Ostacoli alla libertà commerciale della Microsoft .....	II - 4512
i) La libertà di comunicare le informazioni .....	II - 4512
ii) La libertà di sviluppare i propri prodotti .....	II - 4514
iii) La necessità di «irrigidire» i protocolli .....	II - 4514
3) Modifica irreversibile delle condizioni di mercato .....	II - 4516
c) Sulla ponderazione degli interessi .....	II - 4517
2. Argomenti della Commissione e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni .....	II - 4520
a) Osservazioni preliminari .....	II - 4521
1) Il diritto d'autore .....	II - 4521
	II - 4617

2) I brevetti .....	II - 4525
3) I segreti commerciali .....	II - 4526
b) Il fumus boni iuris .....	II - 4528
c) L'urgenza .....	II - 4531
d) La ponderazione degli interessi .....	II - 4531
<b>B — Valutazione del giudice del procedimento sommario .....</b>	<b>II - 4531</b>
1. Il fumus boni iuris .....	II - 4531
2. L'urgenza .....	II - 4539
a) Osservazioni preliminari .....	II - 4540
b) Il pregiudizio grave e irreparabile causato dall'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli server-server .....	II - 4543
1) Il presunto danno ai diritti di proprietà intellettuale .....	II - 4544
i) La diffusione delle informazioni relative all'interoperabilità .....	II - 4544
ii) L'uso delle informazioni relative all'interoperabilità ....	II - 4550
La presunta diluizione delle informazioni .....	II - 4550
Il presunto mantenimento dei prodotti nei canali distributivi .....	II - 4553
La presunta «clonazione» dei prodotti .....	II - 4556
2) Il presunto danno alla libertà commerciale .....	II - 4558
i) Il presunto cambiamento radicale nella politica commerciale .....	II - 4560
ii) La presunta difficoltà di migliorare i protocolli .....	II - 4562
iii) La presunta necessità di «irrigidire» i protocolli .....	II - 4565
3) La presunta evoluzione irreversibile delle condizioni del mercato .....	II - 4566
c) Il danno grave e irreparabile causato dall'obbligo di divulgare le specificazioni dei protocolli client-server .....	II - 4567

La questione delle vendite collegate .....	II - 4569
A — Argomenti delle parti .....	II - 4569
1. Argomenti della Microsoft e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni .....	II - 4569
a) Il fumus boni iuris .....	II - 4569
b) L'urgenza .....	II - 4573
1) Il danno derivante, secondo la Microsoft, dall'abbandono dell'architettura fondamentale alla base del sistema operativo Windows .....	II - 4573
2) Il danno alla reputazione della Microsoft .....	II - 4574
c) La ponderazione degli interessi .....	II - 4580
1) L'assenza di necessità di dare esecuzione immediata all'art. 6, lett. a), della Decisione .....	II - 4580
2) I danni derivanti dall'esecuzione immediata dell'art. 6, lett. a), della Decisione .....	II - 4583
3) Gli obblighi gravanti sulla Comunità in forza dell'ADPIC .....	II - 4585
2. Argomenti della Commissione e delle parti ammesse ad intervenire a sostegno delle sue conclusioni .....	II - 4585
a) Il fumus boni iuris .....	II - 4585
b) L'urgenza .....	II - 4588
c) La ponderazione degli interessi .....	II - 4588
B — Valutazione del giudice del procedimento sommario .....	II - 4589
1) Il fumus boni iuris .....	II - 4589
2) L'urgenza .....	II - 4594
a) Il presunto danno all'«architettura» del sistema operativo Windows .....	II - 4594
b) Il presunto danno alla reputazione della Microsoft .....	II - 4604
1) Il presunto danno ai marchi della Microsoft .....	II - 4611
2) Il presunto danno al diritto d'autore della Microsoft .....	II - 4612