

COPIA

Studio Legale Pivano
Associazione Professionale
Avv. PAOLA PIVANO
Via Cernaia 30 - 10122 TORINO
Tel. 011.518.70.57 (r.a.)

GIUDICE DI PACE DI TORINO

Giudice dott. Amendola

Nella causa R.G. 23467/10 promossa da:

ITfor S.r.l., con l'Avv. Daniele Lussana

- attrice -

CONTRO

ACER ITALY S.r.l. con l'Avv. Marina Cipolletti del Foro di Milano e
l'Avv. Paola Pivano del Foro di Torino

- convenuta -

MEMORIA AUTORIZZATA NELL'INTERESSE DELLA

CONVENUTA ACER ITALY S.r.l.

A seguito dell'ordinanza resa all'udienza del 10.02.u.s., la scrivente difesa, *in primis*, rende edotto codesto Giudice che la convenuta Acer Italy non accetta la proposta transattiva, così come formulata dalla difesa attorea nel corso dell'ultima udienza, in quanto estremamente penalizzante per la società convenuta.

Pertanto, nel richiamarsi integralmente a tutto quanto già ampiamente argomentato ed illustrato nei precedenti scritti difensivi, la difesa di parte convenuta intende ulteriormente puntualizzare in breve quanto segue.

* * * * *

Nella propria memoria autorizzata del 28.01.11 controparte afferma che uno dei meccanismi atti ad ostacolare la cd. "pirateria informatica" sarebbe rappresentato dalla cd. "Product Key", ovvero un codice di n. 25 caratteri stampato sul C.O.A, codice che verrebbe usato sia per attivare il sistema

PER A.W.

DANIELE LUSSANA

operativo entro un certo numero di giorni dal primo utilizzo, sia per ottenere aggiornamenti del sistema operativo stesso.

A detta di controparte, tale "Product Key" potrebbe essere bloccata a distanza da Microsoft in qualsiasi momento, in modo da rendere inutilizzabile il Sistema Operativo.

Al di là del fatto che il blocco della licenza tramite la Product Key da parte di Microsoft rappresenta un'eventualità meramente ipotetica e, di fatto, assolutamente irrealizzabile considerate le milioni di licenze Microsoft oggi in circolazione, va precisato che la "Product Key" non rappresenta affatto uno strumento per combattere il fenomeno della cd. "pirateria informatica".

Si deve, infatti, ricordare che i computer di cui è causa montano tutti Sistemi Operativi preinstallati (OEM).

Tali Sistemi Operativi non necessitano di "Product Key" per la loro attivazione, in quanto i Sistemi Operativi OEM vengono preattivati dalla stessa casa produttrice.

La "Product Key", di cui fa menzione controparte, può essere utilizzata per attivare (ovvero disattivare) licenze "Retail", ma non certamente per l'attivazione di licenze "OEM", ovvero preinstallate sull'hardware.

Tanto è vero che, tale chiave di attivazione ("Product Key") non è presente in nessuno dei prodotti Acer!

In altri termini: in ipotesi di acquisto di un computer di marca Acer con Sistema Operativo Microsoft, la verifica di autenticità del Sistema Operativo, e quindi la sua attivazione, viene effettuata a monte dallo stesso produttore di hardware in collaborazione con il produttore del software.

Nello stesso modo, per disattivare il Sistema Operativo non è sufficiente staccare l'etichetta COA e restituirla al produttore (come vorrebbe controparte), essendo indispensabile ai fini della completa disinstallazione del Sistema Operativo, la rimozione delle cd. partizioni nascoste (*recovery*), in quanto il Sistema Operativo preinstallato e preattivato continuerebbe a funzionare.

..*.*

Ancora, assolutamente infondata, oltre che contraria ad ogni logica commerciale, è l'affermazione di controparte secondo cui le case produttrici pubblicizzerebbero i computer con Sistema Operativo di marca diversa da Microsoft solo nel loro listino, ma mai sugli scaffali dei negozi.

Come è già stato dimostrato, la stessa Acer commercializza i propri prodotti dotati sia di Sistema Operativo Microsoft, sia di Sistema Operativo Linux.

Quanto poi alla circostanza che i prodotti con Sistema Operativo Microsoft sarebbero maggiormente "commercializzabili" è evidente che le catene distributive commercializzano con preferenza i prodotti maggiormente richiesti e graditi dal pubblico, ovvero quelli con Sistema Operativo Microsoft; né, evidentemente, Acer può essere ritenuta responsabile della posizione dominante che la stessa Microsoft ricopre sul mercato mondiale del software.

Ancora, risulta altresì evidente che l'odierna convenuta non può certo ritenersi obbligata ad immettere sul mercato prodotti tra loro identici, ma dotati di Sistemi Operativi diversi, ovvero a predisporre prodotti privi di Sistema Operativo Microsoft aventi caratteristiche hardware identiche a quelli dotati del Sistema Operativo per cui oggi si discute.

In tale contesto parrebbe superfluo precisare che le motivazioni che spingono l'utente ad acquistare una determinata tipologia di prodotto (o più in generale a concludere un contratto) sono assolutamente irrilevanti dal punto di vista giuridico e pertanto, in tale ambito, è priva di qualsivoglia rilevanza giuridica la circostanza che controparte avrebbe acquistato (peraltro dal rivenditore Techdata, e non certo dal produttore Acer) il computer per cui è causa per destinarlo "all'uso con sistema operativo libero" (Free and Open Source Software).

* * *

Circa la legittimità della procedura predisposta da Acer per ottenere il rimborso, ci si riporta integralmente a tutto quanto già illustrato ed argomentato nella memoria riepilogativa del 28.01.11 e segnatamente alle pg 5 e ss.

..*.*

In merito al quesito posto da controparte (v. pag. 10 della Memoria autorizzata ITfor del 28.01) ovvero: "*se le condizioni predisposte da Acer sono vincolanti di per sé, perché il cliente dovrebbe accettarle?*" è agevole rispondere che l'autorizzazione, richiesta da Acer al cliente per rimuovere il Sistema Operativo contenuta nel modulo scaricabile dal sito internet, è assolutamente necessaria in quanto la rimozione del Sistema Operativo non solo comporta una modifica sostanziale del prodotto in precedenza acquistato, ma determina irrimediabilmente il venir meno della garanzia del software fornita dal produttore.

Per ciò che concerne il rilievo secondo cui "*Acer vorrebbe fissare il prezzo della licenza senza documentarlo*", (v. pag. 11 Memoria autorizzata ITfor

del 28.01) va ricordato a controparte che il contratto di licenza Microsoft (doc. 5 ctp) prevede testualmente: *“qualora il licenziatario non le accetti (le presenti condizioni del contratto di licenza n.d.r.), non dovrà utilizzare il software e dovrà contattare il produttore o l'installatore per conoscere le modalità di restituzione e ottenere il rimborso del prezzo”*; ne deriva quindi, come abbiamo già illustrato, che spetta al produttore stabilire le concrete modalità operative di restituzione e l'entità del rimborso.

E' del resto evidente che il corrispettivo del rimborso del Sistema Operativo che – come detto – viene realizzato proprio “su misura” per una determinata tipologia di prodotti informatici, viene determinato dal produttore sulla base dei costi di produzioni contrattuali pattuiti con Microsoft ed è, ovviamente, altra cosa rispetto al costo dei software per prodotti “Retail” che possono essere acquistati singolarmente, separatamente dall'hardware, e direttamente dai rivenditori; anche per tali ragioni il prezzo di mercato di tali prodotti non può in alcun modo essere assunto a parametro di riferimento.

Fermo quanto sopra, non spetta in ogni caso ad Acer dimostrare il costo del rimborso che decide di erogare (come detto discrezionale), **bensì all'attore (giusto disposto dell'art. 2697 c.c.) dimostrare il costo della licenza per la quale pretende oggi il pagamento.**

A tale proposito si contesta fermamente la richiesta già formulata da controparte, in atto di citazione, di pagamento della somma di € 70,81 per il rimborso di una licenza O.E.M.

Sul punto va ribadito ancora che, in linea generale, tale tipo di licenza non è acquistabile separatamente dall'hardware (a differenza della licenza

Retail); ed infatti giova ricordare che le licenze OEM sono specifiche per i software installati dai produttori di computer, mentre le licenze Retail sono quelle vendute dai rivenditori al pubblico.

Se poi – come nel caso di specie - ITfor, società che opera nel campo dell'informatica (e dunque in grado di assemblare computer), riesce ad acquistare, attraverso propri canali di distribuzione, anche licenze O.E.M, ciò non smentisce comunque l'affermazione secondo cui una licenza O.E.M acquistata separatamente dall'hardware avrà sempre e comunque caratteristiche tecniche difformi da quella originale preinstallata dal produttore.

In altri termini, l'eventuale licenza software OEM che ITfor potrebbe teoricamente acquistare da installare su un computer dalla stessa ITfor assemblato, è un bene avente caratteristiche diverse rispetto al software OEM originale pre-installato nel prodotto Acer; ne consegue che l'eventuale prezzo di acquisto dalla prima, così come *ex adverso* indicato, non può in alcun modo essere preso a raffronto con il software OEM pre-installato dai produttori per ottenere il rimborso della somma di € 70,81.

Ma vi è di più.

Ammesso e non concesso che il prezzo di cui al listino scaricato da internet (doc. 6 ctp) possa essere considerato un valido prezzo di mercato (cosa che fermamente si nega, non avendo peraltro alcun valore ufficiale), va evidenziato che lo stesso non può comunque essere invocato nella fattispecie per cui è causa.

Ed invero, da quanto si evince dalla stessa documentazione *ex adverso* prodotta (docc. 7, 9 e 10), l'attrice ha formulato richiesta di rimborso per una licenza WINDOWS VISTA HOME BASIC SERVICE PACK 1, mentre il listino internet di cui al predetto doc. 6 fa riferimento ad altra tipologia di licenza, **più evoluta**, ovvero WINDOWS VISTA HOME PREMIUM CUPON ENG (versione inglese) **che è, ovviamente, altro prodotto rispetto alla licenza per la quale sin dall'inizio l'attrice ha chiesto il rimborso.** (Home Basic Service).

E' dunque evidente che il costo di tale licenza, così come indicato del documento avversario, in nessun modo può essere invocato a sostegno della legittimità della richiesta di rimborso della società ITFor e che, pertanto, in difetto di prova su tale elemento essenziale della domanda, la pretesa attorea dovrà essere respinta.

..*.*

Assolutamente pretestuosa è inoltre l'affermazione di controparte secondo cui *"Acer non avrebbe alcun interesse ad evitare "riproduzioni illegali" del Sistema Operativo"* (v. pag. 17 Memoria autorizzata ITfor del 28.01.11).

E' bene precisare a controparte che la cd. "pirateria informatica" è costituita da una serie di reati perseguibili d'ufficio e che gli stessi illeciti ledono, com'è ovvio, anche gli interessi dei produttori sia di software che di hardware.

Acer, nella sua qualità di produttore dell'hardware, sul quale viene installato il software, non svolge ovviamente alcun "compito di polizia"; tuttavia, sia dal punto di vista contrattuale che extracontrattuale, **deve porre**

in essere tutte le cautele necessarie affinché, tramite i propri prodotti (sui quali, come detto, necessariamente sono installati i software), non vengano commessi reati ovvero agevolati illeciti utilizzi dei software di Microsoft.

..*.*.

Quanto alla perizia prodotta *ex adverso* sub doc. 22), se ne contesta il contenuto trattandosi di perizia “di parte” ed, in quanto tale, priva di alcun valore probatorio.

Fermo quanto sopra, anche nella denegata e non creduta ipotesi in cui effettivamente il computer di parte attrice sia stato privato delle cd. “partizioni nascoste” (in origine presenti in tutti i computer Acer e che, come visto, consentirebbero la reinstallazione del Sistema Operativo), si osserva che tale documento non fa che confermare la tesi di Acer, ovvero che la presenza delle **partizioni nascoste** consentirebbe all’utente di installare nuovamente il Sistema Operativo, sfruttando proprio il *recovery*, e che pertanto non è sufficiente staccare e spedire il COA al produttore per poter pretendere il rimborso del software.

Inoltre, si consideri che la legittima procedura predisposta da Acer (procedura che rappresenta un equo temperamento degli interessi dei produttori e dei consumatori) è destinata ad una pluralità di utenti che non hanno quelle specifiche competenze informatiche proprie della società attrice, competenze che consentirebbero la rimozione completa delle partizione nascoste.

In proposito non è logicamente pensabile che Acer possa richiedere ad ogni singolo utente che pretende il rimborso del Sistema Operativo la prova di

- 2) VERO CHE il Sistema Operativo pre-installato può essere duplicato dall'utente e successivamente reinstallato sullo stesso computer tramite le cd. partizioni nascoste (*recovery*).
- 3) VERO CHE le cd. partizioni nascoste (*recovery*) sono originariamente presenti in tutti i tipi di computer Acer.
- 4) VERO CHE un utente di media/bassa preparazione tecnica può clonare il disco interno per ricaricare il software del Sistema Operativo sullo stesso computer.
- 5) VERO CHE il *Call Centre* Acer ha istruzioni di precisare che, per ottenere il rimborso del Sistema Operativo, è indispensabile che il computer venga spedito a cura dell'utente presso i laboratori Acer autorizzati.
- 6) VERO CHE tale procedura consente di disinstallare le cd. partizioni nascoste del disco rigido e impedisce pertanto la duplicazione del Sistema Operativo.
- 7) VERO CHE i tutti i computer Acer vengono prodotti privi della cd. "Product Key".
- 8) VERO CHE Acer, così come altri produttori, commercializzano computer dotati di sistema operativo diverso rispetto a quello Microsoft, quali ad es. Linux.
- 9) VERO CHE le licenze software OEM, da preinstallare sul computer non sono acquistabili sul mercato separatamente dall'hardware.
- 10) VERO CHE le licenze software OEM acquistabili sul mercato da parte di soggetti assemblatori di computer hanno caratteristiche tecniche del tutto diverse dalle licenze software OEM pre-installate sul computer dai produttori.

Si indicano a testi: Sigg.ri Diego Sala e Vincenzo Grimaldi c/o Acer Italy S.r.l. via Lepetit 40 Lainate.

Ci si oppone all'ammissione delle istanze istruttorie avversarie in quanto inammissibili e/o irrilevanti per i seguenti motivi:

cap 0) è inammissibile in quanto irrilevanti sono le motivazioni che spingono una parte a concludere un contratto.

cap 1) e 2) vertono su circostanze non sono contestate.

cap 3) è inammissibile in quanto il cd. listino Esprinet non è listino prezzo ufficiale e si riferisce peraltro a una licenza diversa da quella per la quale si chiede il rimborso.

4) è irrilevante tenuto conto del fatto che la Product Key si riferisce unicamente alle licenza Retail e che i prodotti Acer non sono dotati di Product Key.

5) è inammissibile tenuto conto del fatto che l'attrice ha acquistato il bene da Techdata, e non da Acer oltre che per il fatto che – come detto – giuridicamente irrilevanti sono le motivazioni che spingono una parte a concludere un contratto.

6) inammissibile in quanto è valutativo (il costo della licenza non è determinato, né scorporabile dal prezzo del pc).

7) inammissibile in quanto valutativo.

8) inammissibile in quanto irrilevante: come detto, la procedura Acer è predisposta per la pluralità degli utenti non essendo possibile verificare caso per caso la disinstallazione delle partizioni di ripristino per erogare il rimborso.

9) inammissibile in quanto irrilevante per quanto sopra illustrato al punto che precede.

Nella negata ipotesi di ammissione dei predetti capitoli si insiste fin d'ora per l'ammissione a prova contraria con i medesimi testi di parte convenuta come sopra indicati.

Ci si oppone alla richiesta di esperimento ex art. 261 c.p.c. in quanto esplorativo e/o comunque irrilevante.

Del pari ci si oppone alla richiesta di esibizione della documentazione contabile autenticata ex art. 210 c.p.c. in quanto istanza del tutto esplorativa, irrilevante ai fini del decidere e contraria al principio dell'onere della prova essendo ITfor a dover dimostrare l'entità del rimborso di cui chiedere il pagamento.

Si chiede disporsi Consulenza Tecnica d'Ufficio sul seguente quesito:

“Accerti il CTU, sentite le parti ed i relativi consulenti:

- 1) che i Sistemi Operativi predisposti per essere installati dai produttori di computer (cd. OEM) hanno caratteristiche tecniche diverse dai Sistemi Operativi destinati alla vendita al pubblico (cd. Licenze Retail);*
- 2) accerti che i Sistemi Operativi preinstallati sui computer dei produttori (cd. OEM) hanno pure caratteristiche diverse dai Sistemi Operativi OEM presenti sul mercato e destinati agli assemblatori di computer;*
- 3) accerti che il Sistema Operativo pre-installato sui computer Acer non viene attivato tramite “Product Key”, ma viene preattivato dallo stesso produttore in cooperazione con il produttore di software;*

4) accerti che i computer Acer sono dotati delle cd. "partizioni nascoste" (recovery) che consentono all'utilizzatore di poter reinstallare e/o duplicare l'originario Sistema Operativo".

Con ogni più ampia riserva.

Milano – Torino 21 marzo 2011

(Avv. Marina Cipolletti)



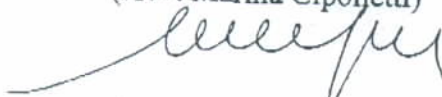
(Avv. Paola Pivano)



La presente copia trasmessa via fax è conforme all'originale ai sensi della Legge 07.06.1993 n.183

(Avvocato Estensore)

(Avv. Marina Cipolletti)



(Avvocato Ricevente)

(Avv. Paola Pivano)

