

RG. 4141/2011



TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE SPECIALIZZATA DELLA PROPRIETA' INDUSTRIALE E
INTELLETTUALE

Il Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. MARINA ANNA TAVASSI Presidente Relatore

dott. PAOLA MARIA GANDOLFI Giudice

dott. CLAUDIO MARANGONI Giudice

all'esito dell'udienza del 20 ottobre 2011,

nel procedimento riguardante azione di classe, iscritta al n. **RG. 4141/2011**,

promossa da:

VINCENZO DONVITO (C.F. DNVVCN53B20E038L), tramite **ADUC-ASSOCIAZIONE PER I DIRITTI DEGLI UTENTI E DEI CONSUMATORI**, con sede in Firenze, con avv.ti Claudia Moretti, Emmanuela Bertucci, Anna Maria Fasulo, Carlo Piana, elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Carlo Piana, in Piazza Castello, 24 - Milano, in forza di procura in atti,

ATTORE

contro

MICROSOFT S.R.L., con sede in Segrate (MI), Centro Direzionale S. Felice, via Rivoltana 13 (C.F. 08106710158), in persona del legale rappresentante pro tempore, con avv.ti Paolo M. Zambelli, Daniela Meregalli, Matteo Molteni, elettivamente domiciliata presso il loro studio in Via Carducci 15 - 20123 Milano, in forza di procura in atti

CONVENUTA

ha emesso la seguente

fu

ORDINANZA

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 20 ottobre 2011, il Collegio osserva quanto segue:

1.1. Il sig. Vincenzo Donvito, tramite l'ADUC - Associazione per i Diritti degli Utenti e dei Consumatori, con sede in Firenze, in data 18 gennaio 2011 notificava alla s.r.l. Microsoft, con sede in Segrate (Milano), atto di citazione ai sensi dell'art. 140 bis D.Lgs. n. 206/2005, con il quale esponeva: di aver acquistato il PC Netbook Asus EeePC 1005, che recava preinstallato il sistema operativo Microsoft Windows 7 Starter; di non aver voluto accettare le condizioni del contratto di licenza di tale programma e di aver inviato, seguendo le indicazioni indicate dal programma, alla s.r.l. Asustek Italia (società produttrice del PC acquistato) richiesta per conoscere le modalità per disinstallare detto software e per ottenere il rimborso del prezzo pagato per tale titolo; di non aver ricevuto alcuna risposta dalla Asustek, cosicché decideva di rivolgersi alla s.r.l. Microsoft per l'ottenimento del dovuto rimborso, non riuscendo tuttavia ad ottenere una risposta neppure da parte di quest'ultima.

Riteneva quindi il ricorrente che sussistessero i presupposti per l'azione di classe di cui all'art. 140 bis Cod.Consumo, potendo detta azione essere rivolta a tutti quei consumatori che si erano visti negare il diritto al rimborso del software Microsoft che si trovava installato sui PC oggetto di acquisto.

Il ricorrente chiedeva quindi che, previo riconoscimento dell'ammissibilità dell'azione intentata, fosse nel merito accertata e dichiarata la natura vessatoria della clausola contenuta nel contratto di licenza Software Windows OEM ("Qualora il licenziatario non le accetti - le condizioni della licenza -, non potrà utilizzare il software e dovrà contattare il produttore o l'installatore per conoscere le modalità di restituzione"); fosse dichiarata la nullità parziale o totale della versione OEM delle licenze dei software Microsoft, previo se del caso accertamento dell'inadempimento contrattuale in ordine ai fatti di causa come esposti in narrativa, nonché la risoluzione del contratto, ove ritenuto necessario, con condanna della Microsoft a corrispondere al Donvito la somma di €. 70 o la differente somma che dovesse risultare dovuta, a titolo, cumulativamente e/o alternativamente, di restituzione dell'indebito e/o di risarcimento del danno.

L'atto introduttivo veniva notificato alla Microsoft Italia il 2.2.2011 ed al PM presso la Procura della Repubblica di Milano il medesimo giorno. Nessuno interveniva per l'Ufficio del P.M..

1.2. Con comparsa di costituzione e risposta depositata il 22 aprile 2011, si costituiva la s.r.l. Microsoft, contestando che nella specie ricorressero i presupposti per l'intentata azione di classe, e rilevando in particolare che in realtà il Donvito faceva valere un diritto esclusivamente proprio, per avere egli liberamente e coscientemente acquistato un PC con programma preinstallato (pur essendovi sul mercato una molteplicità di PC privi di sistema operativo o con sistemi diversi da Windows), del quale sapeva, nei minimi dettagli, le condizioni di utilizzo e di licenza del software preinstallato (Windows 7 Starter OEM), condizioni che in seguito non riteneva di accettare.

Il contratto *sub iudice* è rappresentato dalla "licenza d'uso EULA" (End User License Agreement) del sistema operativo preinstallato, appartenente a Microsoft Corporation (vedi all. 3 del fascicolo dell'attore). Il testo di detta licenza recita letteralmente che il contratto è "tra il licenziatario (ovvero l'utente/consumatore) e il produttore del computer che distribuisce il software con il computer". La stessa EULA precisa che per "produttore" si intende il "produttore del computer che distribuisce il software con il computer".

Eccepisce la difesa della s.r.l. Microsoft Italia che, questi essendo i termini contrattuali, la stessa convenuta è assolutamente estranea al giudizio, e quindi carente di legittimazione passiva, essendo soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale, intercorso fra l'utente (il Donvito) ed il produttore del PC (la s.r.l. Asusteck Italia).

Il profilo dedotto in citazione a proposito del contratto di licenza Windows 7 Retail riguarda un software diverso da quello preinstallato oggetto del giudizio (Windows 7 Starter), come individuato dall'attore; si tratta di un software che il consumatore può acquistare separatamente dal PC, e che quindi può installare in seguito sul suo PC. Tale transazione vede come contraenti la Microsoft Corporation, proprietaria del software, ed il consumatore (doc.2 di Microsoft Italia, materiale pubblicato sul sito ADUC relativo al rimborso del sistema operativo preinstallato).

Replicava ancora la difesa Microsoft che a tutto voler concedere, in base al contratto di licenza in questione, Microsoft Corporation o la consociata Microsoft del singolo paese

di appartenenza dell'acquirente licenziatario, ove contattata, avrebbe provveduto a fornire "informazioni in merito alle diverse condizioni di rimborso".

La medesima difesa contestava ancora l'assunto dell'attore secondo cui *"non essendo esplicitamente scritto anche il licenziatario consumatore della licenza OEM deve potersi rivolgere direttamente a Microsoft per ottenere quanto dovutogli"*.

Concludeva chiedendo che fosse dichiarata in via preliminare l'inammissibilità dell'azione di classe promossa nei suoi confronti per carenza dei requisiti di legge e per essere la medesima società estranea al rapporto contrattuale e per non avere la qualità di produttore. Nel merito chiedeva che fosse accertata e dichiarata la propria estraneità al rapporto contrattuale, alla *causa petendi* e al *petitum*, nonché il proprio difetto di legittimazione passiva. In via riconvenzionale chiedeva la condanna del promotore ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

1.3. All'udienza del 19 maggio 2011, parte ricorrente chiedeva termine per replicare alle diverse eccezioni della convenuta ed il Tribunale accordava alle parti due diversi termini per il deposito di memorie di replica.

A detto incombenza entrambi i soggetti processuali provvedevano con memorie rispettivamente in data 18 luglio 2011 e 30.9.2011.

In tali memorie per il promotore Vincenzo Donvito, presidente dell'associazione dei consumatori ADUC, la difesa ha sostenuto che Microsoft S.r.l. fosse comunque legittimata passiva in quanto ricorreva un'identità di persone fisiche fra i soggetti "proprietari" della società italiana e la Microsoft Corporation statunitense, cosicché ben avrebbe potuto essere affermata l'identità e l'unicità di organizzazione fra le due società, pur in presenza di soggetti giuridici distinti. Ad avviso della difesa le evidenze in merito sarebbero offerte in base ai docc. 33, 34 e 35 allegati alla memoria autorizzata. Tali documenti consistono in: i) un accordo tra il vicepresidente di Microsoft Corporation, Umberto Paolucci e il Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione; ii) la visura societaria da cui si evince che la Srl è costituita per la quota di maggioranza dalla Microsoft Corporation e per la restante quota da una società soggetta a direzione e coordinamento della Microsoft Corporation, con sede a Redmond, come la Microsoft americana; iii) il sito Microsoft, che nella parte riguardante i contatti rinvia direttamente alla Microsoft srl.

Da questi elementi si evincerebbe che se fosse stato nell'interesse di Microsoft il distinguere le posizioni societarie e giuridiche, sarebbe stato suo preciso onere darne adeguata pubblicità.

In ogni caso la difesa del promotore ha insistito affinché fosse autorizzata, con lo strumento della chiamata del terzo ai sensi dell'art. 269 c.p.c., la chiamata nel giudizio della Microsoft Corporation, deducendo che la questione della legittimazione potrebbe così essere risolta una volta per tutte in un *simultaneus processus* e che un simile rimedio sarebbe comunque compatibile con l'azione di classe, rivolgendosi il divieto di cui ai commi 10 e 11 dell'art. 140 bis al solo caso dell'intervento volontario. Replicando ai rilievi di parte convenuta circa la carenza di legittimazione passiva, in favore del produttore Asustech, la difesa di Donvito ha allegato, sub doc. 35, una delega per il rimborso da cui si evinceva la sussistenza di un rapporto contrattuale tra licenziante (Microsoft Corp.) e produttore (Asustech).

In replica alle eccezioni di inammissibilità dell'azione di classe, la difesa dell'attore ha osservato come sia irrilevante la consapevolezza del consumatore al momento dell'acquisto circa i contenuti della licenza e come, al contrario, questi possa essersi determinato all'acquisto, proprio perché confortato dalla consapevolezza di poter restituire il prodotto ed ottenere il rimborso del prezzo.

Per quanto riguardava la sua posizione personale, ha rilevato come l'essere a capo di un'organizzazione di consumatori non poteva precludergli la possibilità di effettuare acquisti in qualità di consumatore.

Quanto all'identità e omogeneità dei diritti individuali, tutti coloro che avessero acquistato un computer contenente un prodotto Microsoft preinstallato e non voluto, dovevano ritenersi portatori di identici ed omogenei diritti individuali nei confronti del produttore / installatore.

1.4. In risposta alle doglianze di Donvito attinenti al ruolo svolto dalla s.r.l. Microsoft, quest'ultima ha rappresentato come l'oggetto sociale della medesima convenuta sia quello indicato nello statuto, ovvero agente senza rappresentanza per la promozione di contratti relativi a software, ad attrezzature connesse ai computer, a parti di ricambio ed a servizi informatici, come indicato nella visura camerale prodotta sub doc.4.

Quanto ai profili di identità delle cariche societarie, Microsoft ha rilevato che non vi sia un membro del CdA di Microsoft USA che rivesta un ruolo sociale in Microsoft S.r.l., avendo quest'ultima una responsabilità sociale, civile e penale, del tutto autonoma.

La figura del Sig. Paolucci, fondatore di Microsoft S.r.l., il quale rivestirebbe cariche anche in Microsoft EMEA e Microsoft Corporation (vicepresidente, senior chairman), non potrebbe dare adito a fraintendimenti, in quanto si tratterebbe di cariche meramente onorifiche, e, in ogni caso, non sarebbe strano che personalità di una società del gruppo rivestano più cariche all'interno del gruppo stesso.

Non vi sarebbe inoltre spazio nel nostro ordinamento per una responsabilità di gruppo tra società internazionali, con diversa soggettività giuridica.

Infine la difesa della resistente ribadisce la terzietà di Microsoft nel rapporto contrattuale di compravendita del PC, intervenuta tra il produttore, Asustech e il Sig. Vincenzo Donvito, e la contrarietà dell'oggetto sociale di Microsoft S.r.l. rispetto alla vendita di licenze "retail".

Non vi sarebbe nessun reindirizzamento automatico tra il sito Microsoft Corporation e Microsoft Italia s.r.l., in quanto il reindirizzamento sarebbe solo conseguente ad una schermata di supporto tecnico, scritta in italiano.

Anche il presunto rapporto contrattuale tra produttore e licenziante sarebbe stato dedotto strumentalmente non attenendo ai rimborsi, bensì al supporto tecnico e, in ogni caso, non ci sarebbe nessun rapporto contrattuale validamente provato.

Quanto all'ammissibilità dell'azione e della possibilità di chiamare in causa terzi, la difesa Microsoft cita eminente dottrina che sostiene come la tutela collettiva non possa essere azionata nei confronti di gruppi di imprese e come la nuova disciplina non contenga un rinvio all'art. 269 c.p.c..

Inoltre, la norma prevede che si debba proporre azione nei confronti del produttore, davanti al giudice territorialmente competente, che è quello in cui ha sede il convenuto, e, solo ove questi non abbia sede in Italia, sarebbe possibile chiamare il fornitore che abbia distribuito il prodotto a mente dell'art. 116 cod.consumo.

Osserva poi la difesa della convenuta come la preclusione per la chiamata del terzo sia frutto di una precisa scelta del legislatore, in quanto nella prima versione dell'art. 140 bis, quest'opzione era presente, essendo stata eliminata nel testo definitivo.

L'azione sarebbe inoltre inammissibile per carenza di un rapporto contrattuale tra le parti a norma dell'art. 140 bis secondo comma lett. a).

L'individuazione del produttore quale legittimo contraddittore sarebbe inoltre stata effettuata in concreto dallo stesso attore dal momento che avrebbe indirizzato una lettera alla Asustech (doc. 4 Donvito).

Microsoft s.r.l. è società che svolge solo attività di agente senza rappresentanza per la promozione di contratti relativi a software ad attrezzature connesse al computer ed a parti di ricambio e a servizi informatici, ma è soggetto distinto da Microsoft Corporation. Non produce software, non è titolare di diritti di proprietà intellettuale, non stipula in qualità di licenziante contratti di licenza inerenti al software, non ha alcun rapporto contrattuale né d'altro tipo con i produttori di computer.

La difesa Microsoft ha in ogni caso contestato la ricorrenza dei presupposti per l'azione di classe, sulla base dei seguenti profili:

- 1) carenza della qualità di consumatore in capo a Donvito (art. 3 Cod.Cons.), essendo egli il presidente di ADUC; inoltre non sarebbe ravvisabile alcuna debolezza informativa in capo al promotore, conoscendo egli pienamente quello che andava ad acquistare e la finalità propria dell'acquisto;
- 2) mancata ricezione della richiesta di rimborso da parte della convenuta;
- 3) mancanza di interesse ad agire in capo all'attore, non essendo egli parte dei contratti di licenza diversi da quello EULA Windows 7 Starter OEM, cosicché non può vantare alcun diritto, pretesa o interesse in merito ai software diversi da quello da lui ottenuto in licenza;
- 4) inoltre l'attore avrebbe proposto un'azione di mero accertamento, mentre l'azione di classe è a fini risarcitori;
- 5) mancanza di identità o omogeneità dei diritti individuali dei consumatori chiamati ad aderire: l'azione di classe è volta a tutelare i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c..

Nel caso di specie l'impresa legittimata sarebbe solo il produttore di PC, mancando l'identità dei contratti, l'identità della controparte, l'identità del prodotto, l'identità delle modalità di esercizio del diritto negli episodi raccontati ad ADUC dai lettori del sito, in

cui peraltro non sarebbe menzionata Microsoft, riguardando le lamentele esclusivamente i produttori di PC;

6) ADUC non sarebbe adeguata a curare gli interessi della classe, avendo scarsa rappresentatività, essendo in conflitto con il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, avendo offerto consulenze legali a pagamento e risultando infine carente sotto il profilo della solidità finanziaria;

7) infine, sarebbe ravvisabile un conflitto di interessi in capo al Donvito, portatore degli interessi della classe e rappresentante dell'associazione per il cui tramite l'azione è proposta.

La difesa di Microsoft S.r.l. ha concluso per la declaratoria di inammissibilità dell'azione e perché sia data opportuna pubblicità al provvedimento, chiedendo che sia dichiarata la totale estraneità di Microsoft, il suo difetto di legittimazione passiva, in ogni caso il rigetto dell'azione con condanna, in via riconvenzionale, del promotore e di ADUC al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

2.1. Il Collegio ritiene pregiudiziale e dirimente rispetto ad ogni altra eccezione sollevata dalla difesa della convenuta e rispetto ad ogni altra questione delineata nella procedura la problematica inerente l'individuazione del soggetto passivo della proposta azione.

La questione si pone in termini di carenza di legittimazione passiva della Microsoft s.r.l., o per meglio dire di verifica dell'effettiva titolarità passiva del rapporto controverso (cioè dell'identificabilità o meno nel convenuto del soggetto tenuto alla prestazione richiesta dall'attore, secondo gli insegnamenti di Cass. n. 8040 del 2006, n. 548 del 2002), questione che determina l'infondatezza della domanda proposta nei confronti della medesima società italiana, unica convenuta nel giudizio proposto da Vincenzo Donvito, per il tramite di ADUC.

2.2. Deve innanzitutto disattendersi l'eccezione di legittimazione attiva in capo a Donvito, come pure l'eccezione di non rappresentatività in capo allo stesso dei diritti fatti valere con la proposta azione di classe.

In primo luogo, infatti, deve escludersi che la sola circostanza che Vincenzo Donvito rivesta la qualifica di Presidente e legale rappresentante di ADUC sia idonea a sottrarre lo stesso dalla possibilità di farsi portavoce di una azione di classe esercitata per il tramite della predetta associazione.

Se è vero che la qualifica di legale rappresentante di un'associazione non è sufficiente a legittimare il singolo per la promozione dell'azione di classe, d'altra parte una simile qualifica non può di per sé escludere tale soggetto dal proporre detta azione, laddove lo stesso si trovi nella posizione di essere personalmente leso nei diritti denunciati con l'azione in questione.

Nel momento in cui Donvito si è reso acquirente di un personal computer già dotato del software preinstallato Windows 7 Starter, sia pure al fine di provocare una fattispecie a fronte della quale una categoria di consumatori potesse dirsi lesa dal comportamento denunciato, lo stesso Donvito si è venuto a trovare nella situazione di soggetto vittima del preteso abuso e, quindi, legittimato a promuovere l'azione per la tutela dei diritti della classe, ponendosi quale consumatore-capofila.

2.3. Né può dirsi manifestamente infondata l'intentata azione per la semplice ragione che Vincenzo Donvito abbia dedotto una fattispecie di natura extracontrattuale. In primo luogo, si deve rilevare come il sistema voluto dal legislatore con l'art. 140 bis nel testo da ultimo riformato, non veda come indispensabile un rapporto contrattuale, fonte di obbligazioni reciproche tra le parti della proposta azione, dal momento che il ricordato articolo 140 bis, secondo comma, oltre a fare riferimento, nella previsione di cui alla lettera a), ai diritti contrattuali, fa riferimento, nella lettera b), ai diritti nei confronti del produttore, che prescindono da un rapporto contrattuale diretto e, nella lettera c), al diritto al ristoro del pregiudizio subito a causa di pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. Ed è a quest'ultime due ipotesi (lett. b e c) che l'azione proposta sembra riferirsi.

2.4. Risulta invece fondata, ad avviso di questo collegio, l'eccezione di parte convenuta a proposito della propria carenza di legittimazione passiva, sia pure intesa come questione di merito nei termini sopra precisati (punto 2.1). Ed invero, questo Collegio innanzitutto non condivide le prospettazioni di parte attrice circa la sostanziale identità tra la Microsoft S.r.l., società di diritto italiano, e la Microsoft Corporation, società statunitense.

Pur considerando che si tratta di società appartenenti allo stesso gruppo e che il *thema decidendum* dedotto in giudizio potrebbe in astratto rientrare nell'oggetto sociale della Microsoft S.r.l., tuttavia non può superarsi che si tratti di due società aventi personalità giuridica diversa, utilizzando considerazioni che poco o nulla hanno di giuridico.

Anche il rilievo che alcune persone fisiche (per la verità un solo soggetto) rivestano posizioni nell'una e nell'altra società, non vale certo ad incrinare il principio della diversità dei soggetti giuridici, della completa autonomia patrimoniale, gestionale e di ogni inerente responsabilità che fa capo all'una ed all'altra persona giuridica.

Si potrebbe quindi prendere in considerazione la richiesta, formulata nell'interesse dell'attore con la memoria del luglio 2011, di chiamare in causa la Microsoft Corporation, ai sensi degli artt. 103 e 269 c.p.c..

Si può in linea di principio rilevare come questo Collegio non escluda che la procedura, ancorché informale e rapida consigliata dal legislatore per l'azione di classe, possa conciliarsi con l'ordine di chiamata in causa del terzo.

Il principio riguardante "l'equa, efficace e sollecita gestione del processo", di cui al comma 11 della disposizione in esame, deve comunque trovare un bilanciamento con il principio di economia processuale e, quindi, ben potrebbe risultare coerente con la chiamata di un soggetto nel giudizio, dal momento che ciò realizzerebbe un equo contemperamento della salvezza dell'azione proposta e dell'economia del procedimento realizzata tramite il *simultaneus processus*.

Del resto, l'esclusione dell'intervento del terzo a norma dell'art. 105 c.p.c., di cui al comma 10, non può che intendersi limitato a tale espresso istituto giuridico e non esteso ad altre forme di completamento del contraddittorio, dovendosi rilevare che proprio l'esclusione dal testo originario delle diverse forme di chiamata nel giudizio di altre parti processuali dimostra - contrariamente a quanto preteso dalla difesa della convenuta - come l'intenzione del legislatore sia stata quella di escludere puramente l'intervento nel procedimento per azione di classe su iniziativa di terzi. Tale esclusione si giustifica nel rilievo che eventuali interventi dal lato attivo dovrebbero esprimersi con le forme e i tempi delle adesioni (comma 9 lett.b), mentre dal lato passivo il divieto vale a prevenire possibili interventi dilatori, non necessari alla disamina delle domande proposte con l'azione di classe, fatta eccezione per quelle fattispecie in cui l'intervento del terzo sia valutato come imprescindibile o per la sussistenza di un litisconsorzio necessario, o perché giudicato opportuno dal giudice, nell'ambito del potere di valutazione a questo rimesso.

2.5. Al contrario, la fattispecie che viene qui in esame attiene ad una questione diversa da quella dell'integrazione del contraddittorio rappresentata da parte attrice, riguardando

per

il problema dell'individuazione del soggetto legittimato sotto il profilo della responsabilità di fronte al comportamento oggetto del denunciato abuso.

Parte attrice, infatti, fonda la propria domanda su di una generica affermazione di vessatorietà della clausola contenuta nel contratto di licenza software Windows OEM, chiedendo di dichiarare la nullità parziale o totale della versione OEM delle licenze dei software Microsoft, ovvero (punto b) delle conclusioni) l'accertamento dell'inadempimento contrattuale in ordine ai fatti come esposti in narrativa e la risoluzione del contratto, qualora ritenuto in essere, con condanna della Microsoft "a titolo cumulativamente e/o alternativamente di restituzione dell'indebito e/o di risarcimento del danno diretto".

Così inquadrata le domande svolte, non può che concludersi che parte attrice abbia inteso agire nei confronti del soggetto con il quale ha concluso il contratto di compravendita del PC, nel quale si trovava già inserito il software Windows 7 Starter.

D'altra parte, se pure si volesse ritenere che l'azione proposta sia fondata sulle previsioni di cui alle lettere b) e c) dell'art. 140 bis comma II, non si potrebbe prescindere dalle deduzioni in fatto contenute nella narrativa dell'atto introduttivo e quindi dal riferimento all'acquisto del PC in questione, effettuato presso Asustech o comunque rispetto al quale il produttore è pacificamente da individuarsi nelle società Asustech.

Neppure l'eventuale deduzione del profilo di cui alla lettera c) della norma indicata consentirebbe di ricondurre la fattispecie a responsabilità di Microsoft. Invero, l'eventuale pratica commerciale scorretta o il comportamento anticoncorrenziale, per la verità quest'ultimo neppure espressamente dedotto (sulla scorrettezza della pratica commerciale parte attrice svolge un argomento a pag. 9 della memoria autorizzata del luglio 2011 e forse l'argomento era già ricostruibile dalle deduzioni dell'atto introduttivo, onde può ritenersi un lecito chiarimento svolto con la memoria), non potrebbero che essere ricondotti a responsabilità della medesima Asustech.

2.6. Il tentativo operato dalla difesa di parte attrice di fare riferimento agli altri software regolati dalle condizioni EULA Windows 7 OEM, 7 Retail, Vista OEM, Vista Retail, XP OEM, XP Retail, per unificare tutti detti comportamenti in capo a Microsoft Corporation deve essere disatteso. L'atto introduttivo ha esaminato una pluralità di contratti di licenza aventi un differente oggetto (alcuni riguardanti licenze "retail", e non licenze OEM come nel caso di specie, tutti comunque diversi dal software preinstallato

nel PC oggetto dell'acquisto da parte del promotore). I produttori di PC, nel caso di specie Asustech, sono assolutamente liberi di decidere quale sistema operativo preinstallare sui propri PC e ciò è pienamente dimostrato dalla presenza sul mercato di personal computer privi di alcun software preinstallato e/o dotati di sistemi operativi diversi da Windows.

Il produttore di PC esegue un'attività di cosiddetta "parametrizzazione" della versione "base" del sistema operativo, al fine di renderlo il più possibile adeguato alle caratteristiche della sua macchina, come ad esempio: verifiche (tests) sul corretto funzionamento del sistema operativo con la sua macchina; attivazione del sistema operativo, aggiornamenti del sistema operativo, sempre con riferimento alle caratteristiche della sua macchina; personalizzazione del sistema operativo al fine di rendere funzionanti i dispositivi hardware presenti sul computer (BIOS, lettori CD, lettori DVD, etc.). Si deve inoltre preoccupare di rendere operativi, attraverso il sistema operativo scelto, gli altri software che il medesimo produttore decida di preinstallare sul PC (software che, nella maggior parte dei casi, non sono software Microsoft, come ad esempio: browser, antivirus, tutti i driver per i dispositivi hardware presenti sul computer, etc.), e quindi di inserire il proprio logo. Infine, il produttore del PC offre agli acquirenti attività di supporto e servizi relativi al sistema fornito nel suo complesso (hardware e software preinstallati). Il sistema operativo OEM è quindi parte integrante e fondamentale del PC, oggetto dell'acquisto, per come è stato conformato dal produttore. In base a quanto sopra rilevato si deve ritenere che il licenziante del sistema operativo OEM non possa che essere il produttore stesso del PC, il quale appunto offre alla propria clientela un prodotto completo e funzionante. Il descritto meccanismo appare ben indicato e chiarito nell'EULA Windows 7 Starter OEM, nel quale si legge: *"Le presenti condizioni di licenza costituiscono un contratto tra il licenziatario e il produttore del computer che distribuisce il software con il computer..."*.

Nel caso di software "retail" (ovverosia di un prodotto software reso disponibile agli utenti attraverso i canali distributivi ordinari, "al dettaglio" appunto) il consumatore può acquistare una confezione del software (vale a dire i supporti di memorizzazione che contengono il codice oggetto del software), provvedendo quindi ad installare autonomamente tale software sul proprio PC. Tale sistema rende evidente che nel caso di un software "retail" chi concede in licenza il software non può che essere il



produttore del software stesso, dato che è il produttore di detto software ad offrire tale prodotto agli utenti. Questo rilievo convince del fatto che analogamente il produttore del PC, che offra il PC recante il software preinstallato, si pone come licenziante del software preinstallato nei confronti dell'acquirente del PC. E' quindi a tale società che deve rivolgersi chi abbia doglianze da far valere rispetto a detto software ed alla relativa licenza.

Rilevato che la legittimazione, pure affermata in capo al Donvito, e la posizione personale fatta valere nel giudizio (ed idonea a proporre agli eventuali cointeressati l'azione alla classe) non può che essere limitata all'acquisto da parte dello stesso di un software Windows 7 Starter OEM, si deve ritenere che il soggetto cui può essere imputato il mancato soddisfacimento della pretesa di rimborso da parte dell'acquirente sia necessariamente il produttore Asustech.

2.7. Né può pensarsi che all'errata individuazione del soggetto passivamente tenuto al rimborso o comunque a rispondere del comportamento denunciato si possa ovviare mediante lo strumento dell'integrazione del contraddittorio. A ciò si oppone la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (cui si ritiene di dover prestare piena adesione), la quale esclude che il Giudice possa disporre d'ufficio l'intervento in causa del terzo, realizzando una tale iniziativa non già il legittimo intento di consentire nel *simultaneus processus* l'individuazione del vero obbligato, bensì l'indebita intenzione di correggere in via officiosa la supposta erroneità della *vocatio in jus* da parte dell'attore, in tal modo incorrendo nel vizio di extrapetizione (Cass. nn. 22939/2007, 13908/2007, 13165/2007 e 2676/2004).

Infatti, parte attrice ha chiesto la chiamata in causa della Microsoft Corporation, soggetto estraneo ai fatti denunciati rispetto ai quali può affermarsi la legittimazione attiva del Donvito, ma non ha chiesto la chiamata in causa di Asustech, unico soggetto che, alla luce di quanto fin qui considerato, può essere ritenuto legittimo contraddittore rispetto agli addebiti quivi denunciati. E' significativo infatti che il precedente invocato dalla stessa difesa attrice, quali soluzione a sé favorevoli, abbia visto quale convenuta la società Hewlett Packard, che era la produttrice del computer oggetto dell'acquisto (vedi all. 18 al ricorso).

2.8. I rilievi sopra svolti inducono a concludere per l'inammissibilità dell'azione promossa da Vincenzo Donvito per il tramite di ADUC, per manifesta infondatezza nei confronti della convenuta s.r.l. Microsoft.

Ragioni di novità delle questioni e di incertezza della materia, nonché di parziale soccombenza della convenuta su alcune delle eccezioni proposte, depongono per la compensazione delle spese processuali fra le parti e per l'esclusione di ogni statuizione ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

Quanto alla pubblicazione del dispositivo richiesta dalla convenuta ai sensi del comma 8 dell'art. 140 bis Cod. Consumo, sembra a questo Collegio che debba essere posto a carico del promotore l'onere di provvedere alla pubblicazione sul quotidiano Il Corriere della Sera, con le modalità di cui in dispositivo.

P.Q.M.

la Sezione Specializzata in materia di Proprietà Industriale e Intellettuale del Tribunale di Milano,

decidendo sull'azione di classe proposta ai sensi dell'art. 140 bis del D.lgs. n. 206/05,

dichiara l'inammissibilità per manifesta infondatezza della domanda proposta da Vincenzo Donvito, tramite ADUC-Associazione per i Diritti degli Utenti e dei Consumatori, nei confronti della s.r.l. Microsoft, con sede in Segrate (Milano-Italia), per errata individuazione del soggetto passivo;

dispone l'integrale compensazione fra le parti delle spese processuali;

ordina a parte attrice di provvedere a propria cura e spese alla pubblicazione dell'intestazione e del dispositivo della presente ordinanza, per una sola volta sul quotidiano "Il Corriere della Sera" in caratteri doppi del normali, entro 60 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza.

Si comunichi.

Così deciso nella camera di consiglio del 20 ottobre 2011

Il Presidente

dott. MARINA ANNA TAVASSI

