

Contratto-tipo di manutenzione del software con clausole standard commentate

I contratti di manutenzione del software

Tra i contratti relativi al software, e anzi all'intero settore informatico, quello di manutenzione è una delle tipologie più diffuse, e spesso un "accessorio" indispensabile per poter utilizzare al meglio il software fatto sviluppare o acquisito con licenza: con questo contratto, infatti, l'utilizzatore si garantisce l'assistenza al corretto utilizzo del software, la correzione degli errori e, soprattutto, la durata nel tempo del software stesso, attraverso il suo costante aggiornamento.

Con la pubblicazione che viene qui presentata prosegue l'attuazione del progetto di promozione delle buone prassi contrattuali avviato dalla Camera di Commercio di Torino insieme al Dipartimento di Informatica e a quello di Scienze giuridiche dell'Università di Torino.

Scopo del progetto è supportare le imprese nella redazione dei contratti nel settore dell'informatica, ponendo a loro disposizione modelli di clausole contrattuali commentate, concepite per realizzare una disciplina equilibrata dei contrapposti interessi dei contraenti.

Come per la precedente pubblicazione, attinente al contratto di sviluppo del software, anche per la realizzazione di questo documento la Camera di Commercio di Torino ha coinvolto giuristi, imprenditori del settore ICT e rappresentanti delle associazioni di categoria piemontesi.

Si ringraziano per il pregevole lavoro svolto tutti i partecipanti all'iniziativa e, in particolare, il prof. Raffaele Caterina, l'ing. Sergio Rabellino, il prof. Franco Sirovich e l'avv. Massimo Travostino, la dott. Arianna Bortolotti, referente per i contratti-tipo della Camera di Commercio di Torino e la dott.ssa Anna Grazia Sbiroli dell'Ufficio Affari legali della Camera di Commercio di Torino, che ha coordinato il tavolo di lavoro locale.

Premessa

La complessa – e controversa – disciplina giuridica del software, unita all'assenza di specifiche disposizioni normative che regolino i relativi contratti, danno origine a svariate difficoltà applicative per le imprese che operano nel settore, o che comunque hanno necessità di acquisire programmi per elaboratore per la loro attività imprenditoriale.

La prassi contrattuale del settore, infatti, è caratterizzata dall'ampia libertà consentita dall'ordinamento alle parti nel disciplinare i loro rapporti ed è spesso influenzata dai modelli angloamericani, tutt'oggi dominanti nel settore del software e dell'information technology: ne consegue un ampio ventaglio di comportamenti e modelli contrattuali, che spesso riportano clausole e formule divenute consuete nella prassi, ma che sono retaggio di contesti e ordinamenti diversi da quello italiano. Da qui la difficoltà di individuare e tipizzare modelli contrattuali organici, coerenti con il nostro ordinamento. L'elevata complessità e delicatezza di tali contratti si riscontra tanto nella fase propedeutica e preparatoria al contratto (dove il fornitore dovrebbe assistere l'utilizzatore nell'accurata analisi delle proprie esigenze e delle soluzioni che è in grado di offrire) quanto nella fase della redazione della disciplina contrattuale, quanto, infine, nella fase dell'esecuzione del contratto medesimo.

Proprio per questo motivo si rende tanto più utile l'opera di analisi, l'individuazione e il commento delle migliori prassi contrattuali del territorio relative ai contratti di software, al fine di cristallizzare e diffondere le clausole che più spesso possono essere utilizzate proficuamente dalle imprese. Di qui sorgono le motivazioni del lavoro svolto in questo ambito dalla Camera di Commercio di Torino: dopo l'accertamento degli Usi della Provincia di Torino nel mercato dell'informatica, la programmazione di numerosi seminari, svoltisi nel biennio 2009/2010, dedicati all'analisi degli aspetti più problematici della negoziazione e redazione dei contratti a oggetto informatico e la redazione del documento relativo agli usi ed alle clausole commentate del contratto di sviluppo software, la Camera di Commercio dedica il presente lavoro agli usi e alle clausole commentate di uno dei più diffusi contratti a oggetto informatico, il contratto di manutenzione del software. Le clausole che vengono qui presentate riguardano alcuni tra i più rilevanti aspetti del rapporto contrattuale, relativo alla manutenzione del software e trovano la loro collocazione nell'ambito di un testo contrattuale

completo. Nonostante non vi sia un vero e proprio obbligo di legge in tal senso, infatti, vista la natura e la complessità del rapporto, facilmente suscettibile di generare contenziosi tra le parti, è necessario che il contratto di manutenzione sia disciplinato e redatto per iscritto. L'utilizzo delle clausole proposte dovrà, pertanto, ogni volta essere attentamente coordinato con il testo contrattuale nel quale queste vengono inserite. La redazione e l'interpretazione del contratto sono attività che devono essere condotte con estrema attenzione: spesso aspetti che paiono trascurabili si rivelano determinanti al momento dell'esecuzione del contratto. La predisposizione accurata del testo contrattuale consente di chiarire e risolvere preventivamente molte situazioni che, diversamente, in assenza di una chiara ed esplicita previsione contrattuale, condurrebbero inevitabilmente a un conflitto e un contenzioso.

Per questo, prima di passare all'analisi delle clausole e del contesto normativo rilevante nel quale esse sono chiamate a produrre i propri effetti, ci pare indispensabile richiamare l'attenzione degli operatori su una serie di elementi essenziali che devono improntare il rapporto tra le parti per il successo dell'attività negoziale e della redazione del testo contrattuale: facciamo riferimento, in particolare, a diligenza, professionalità, buona fede e correttezza reciproca. Aspetti che, si noti, non sono soltanto di "etica" professionale, ma che sono "giuridicizzati" dall'ordinamento nell'ambito della disciplina generale dei contratti, tanto che la loro violazione è suscettibile di comportare la diretta responsabilità della parte che se ne rende colpevole. L'art. 1337 del Codice civile, infatti, dedicato alle trattative e responsabilità precontrattuale, prevede che «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede». La violazione di tale obbligo è fonte di responsabilità precontrattuale, che può essere invocata anche nel caso in cui sia stato concluso un valido contratto, qualora, ad esempio, si provi che le condizioni o il contenuto del contratto si rivelino più gravosi per una parte di quello che sarebbero stati se l'altra parte avesse esplicitato le informazioni che avrebbe dovuto fornire in sede di conclusione del contratto: informazioni, ad esempio, relative all'effettiva utilità e funzioni di un servizio di manutenzione straordinaria che il prestatore di servizi sapeva non essere di interesse del Committente ma che, ciò nonostante, ha indotto quest'ultimo ad acquistare. Analogo discorso va fatto per quanto riguarda la diligenza nell'adempimento: l'articolo 1176 del Codice civile prevede, infatti, che «nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia».

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

In ogni caso, date le finalità del presente documento destinato primariamente alle imprese, si farà in modo di limitare per quanto possibile i riferimenti e gli approfondimenti strettamente normativi, che rimangono comunque fonte di discussioni e dibattiti aperti tra i giuristi, per concentrarsi sugli aspetti applicativi e operativi di interesse immediato per gli operatori.

Le clausole possono trovare la collocazione sia in contratti completi, dotati di tutti gli elementi necessari – dunque anche quelli economici – per la conclusione del rapporto contrattuale; sia in documenti che costituiscono condizioni generali di contratto o accordi quadro, destinati a disciplinare un numero indeterminato di rapporti, con una generalità indefinita di clienti, che devono poi essere integrati con gli elementi commerciali relativi allo specifico contratto.

Le clausole presentate sono accompagnate da sintetici commenti che danno conto dell'esistenza di eventuali alternative alle clausole proposte ed esplicitano presupposti e condizioni per un migliore e più consapevole utilizzo delle medesime: una sorta di "istruzioni per l'uso" del presente documento dedicato agli operatori, che potranno renderne più agevole la fruizione. È bene, in ogni caso, ricordare che la redazione di tali contratti, specie quando sono di importanza rilevante per l'azienda che li stipula, deve essere affidata alla supervisione di un professionista esperto del settore.

1. Il contratto di manutenzione del software

1.1. La tutela del software nel diritto italiano

Giova anzitutto premettere alcuni brevi cenni in merito alla disciplina del software prevista dal nostro ordinamento.

Sulla scorta della normativa comunitaria che regola la materia, nel diritto italiano il software (insieme di programmi, procedure, regole, documenti, pertinenti all'utilizzo di un sistema informatico) è disciplinato dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 (*Protezione del diritto d'autore e di diritti connessi al suo esercizio*, come integrata dal d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (e successive modifiche), che ha dato attuazione in Italia alla direttiva comunitaria 90/250/CEE in materia di tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

Il software, pertanto, è tutelato alla stregua di un'opera dell'ingegno di carattere creativo, quali sono quelle che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura e alla cinematografia, disciplinate dalla legge sul diritto d'autore. All'autore titolare del diritto d'autore sul programma spettano, di conseguenza, tanto i diritti esclusivi di sfruttamento economico (artt. 64 *bis*, 64*ter* e 64 *quater* legge 633/1941) quanto i diritti morali di cui agli artt. 20 e ss. legge 633/1941. Contro la violazione dei diritti esclusivi sul software la legge prevede stringenti disposizioni, tra le quali sanzioni anche di natura penale.

Pur non potendo in questa sede affrontare l'argomento in modo approfondito, va, tuttavia, dato quanto meno atto del fatto che, oltre alla tutela del software quale opera dell'ingegno di carattere creativo (tutela che protegge il modo in cui il programma è estrinsecato, in qualunque sua forma, codice oggetto o sorgente che sia) spesso le imprese che sviluppano software cercano di tutelare le operazioni, i concetti, le idee che stanno alla base del funzionamento di un programma per elaboratore, richiedendone la brevettazione (e pur tenendo conto dell'esplicito divieto di brevettabilità dei programmi per elaboratore in sé e per sé considerati).

La legge non contiene, invece, specifiche disposizioni che definiscono e regolamentano i contratti che hanno a oggetto la creazione, l'uso, la cessione, la modifica – né tanto meno la manutenzione – del software. Il legislatore ha regolato unicamente l'ipotesi del software creato dal lavoratore subordinato nell'ambito delle mansioni assegnategli o su istruzioni impartitegli dal datore di lavoro (art. 12 *bis* legge 633/1941) stabilendo che a quest'ultimo spetta la titolarità del diritto esclusivo di utilizzazione economica del programma realizzato dal proprio dipendente, salvo diverso accordo tra le parti.

1.2. Il contratto di manutenzione del software: la prassi commerciale e l'inquadramento giuridico

Con l'espressione "contratto di manutenzione software" si fa riferimento a un accordo di durata prolungata nel tempo (solitamente annuale, con rinnovo che può essere spesso automatico qualora una delle parti non dia disdetta) che riguarda la fase successiva a quella dello sviluppo del software, o comunque all'acquisizione da parte di un'impresa del diritto di utilizzare il programma, solitamente attraverso una licenza d'uso. Attraverso i servizi di manutenzione l'utilizzatore del software mira ad assicurarsi un costante aggiornamento del programma, la correzione degli errori (spesso le licenze d'uso sono molto restrittive in merito alle garanzie di funzionamento dei programmi) e un'assistenza al corretto utilizzo del medesimo. I software di utilizzo professionale, infatti, richiedono spesso un aggiornamento costante che, per determinati prodotti, ne condiziona imprescindibilmente l'utilizzabilità: pensiamo, ad esempio, ai programmi utilizzati per la tenuta della contabilità o l'elaborazione di paghe e contributi, che necessitano del costante adeguamento alle disposizioni normative e regolamentari del settore. L'adeguamento può anche consistere semplicemente nell'aggiornamento di tabelle di configurazione che riportano ad esempio le aliquote da usare nei calcoli, ma senza questi adeguamenti l'utilità del programma è sostanzialmente nulla. In tali casi, dovrebbe essere lo stesso contratto di licenza a prevedere le prestazioni di manutenzione e aggiornamento perché la concessione del diritto di utilizzare il software dovrebbe andare di pari

passo con il suo costante aggiornamento e manutenzione. In altri casi, le prestazioni del software sono di natura tecnica (ad esempio software che controllano il funzionamento di macchinari) e l'esigenza della manutenzione del software o dell'*upgrade* a funzioni più evolute o perfezionate non è necessariamente legata alla licenza d'uso: l'utilizzatore può anche decidere di utilizzare il software acquistato in licenza senza usufruire del servizio di manutenzione. Va detto, però, che l'uso di questi software richiede spesso l'assistenza da parte della casa produttrice, piuttosto che un servizio di manutenzione correttiva volto a surrogare le ridotte garanzie spesso connesse alla licenza d'uso del software. Le imprese informatiche, pertanto, strutturano spesso le loro offerte in modo tale da rendere estremamente opportuno, se non di fatto necessario, concludere un contratto di manutenzione del software acquisito, in modo da consolidare il rapporto commerciale con il cliente e monitorare il livello di soddisfazione, evitando che questo ceda a offerte della concorrenza.

I contratti di manutenzione dei programmi per elaboratore devono adattarsi a un'ampia varietà di situazioni e rapporti, sia con riferimento all'oggetto sia con riferimento alle parti del contratto. Il contratto, infatti, e la sua relativa disciplina variano a seconda che le parti (sia il prestatore dei servizi di manutenzione, sia il soggetto che ne usufruisce) siano professionisti o ditte individuali, piccole o grandi imprese; così come in funzione dell'oggetto, a seconda che si tratti di software standard (c.d. "da banco", ovvero *off the shelf* o "pacchettizzato"), ovvero di software sviluppato appositamente per il committente (c.d. *custom made*, o "customizzato"), di cui quest'ultimo ha acquisito, in tutto o in parte, la proprietà, ovvero di software costituito (in tutto o in parte) da programmi *open source*.

Data l'estrema varietà dei rapporti contrattuali che ne scaturiscono, è necessario individuare alcuni elementi di base cui fare riferimento e ancorare le clausole contrattuali qui proposte. Pertanto, sulla base dell'analisi dei rapporti più ricorrenti e consolidati nel – pur vario – panorama degli usi attestati nella provincia tra le imprese del settore, il tipo di contratto di manutenzione cui si fa qui riferimento è caratterizzato dai seguenti aspetti.

- 1) Il contratto è stipulato tra imprenditori e ha a oggetto un programma per elaboratore destinato a essere utilizzato per fini professionali e non per uso personale.
- 2) Prestatore del servizio è un'impresa organizzata alla quale è applicabile la disciplina del contratto di appalto (artt. 1655 e ss. c.c.) ovvero un prestatore d'opera autonomo cui può essere applicabile la disciplina del contratto d'opera intellettuale (artt. 2222 e ss.).
- 3) Il software oggetto del contratto di manutenzione è un software standard "a pacchetto", commercializzato a diversi clienti e non sviluppato su commessa e destinato a uno specifico cliente. Tale software, pertanto, viene utilizzato dal soggetto che usufruisce del contratto di manutenzione in base a una licenza d'uso regolarmente acquisita dal cliente e in corso di validità. La proprietà del software è, invece, di un altro soggetto: il proprietario del software può essere sia la stessa impresa che svolge l'attività di manutenzione sul software, sia un soggetto terzo a questa collegato o non collegato. Ciò che merita qui evidenziare è che l'impresa che svolge l'attività di manutenzione del software dovrà necessariamente avere la disponibilità del codice sorgente, in quanto le attività oggetto della manutenzione richiedono di operare sul codice del software. Tale disponibilità può anche essere indiretta, in quanto il soggetto che si assume per contratto l'obbligo di manutenzione può a sua volta aver stipulato un contratto di manutenzione con un soggetto che ha la disponibilità del codice sorgente. Il committente a favore del quale viene svolto il servizio non ha la disponibilità del codice sorgente, oppure ne ha disponibilità (nel caso di software sviluppato *ad hoc* per il committente e di proprietà di quest'ultimo), ma non ha la capacità tecnica di effettuare in prima persona gli interventi coperti dal contratto di manutenzione.
- 4) Il servizio di manutenzione svolto dall'impresa è standard, offerto a una generalità indefinita di possibili clienti e non personalizzato sulla base delle esigenze di un certo soggetto. Anche nell'ambito di tali contratti si possono, comunque, stabilire termini e condizioni (ad esempio, tariffe orarie) destinati a prevedere interventi e servizi richiesti *ad hoc* nell'ambito del rapporto contrattuale, dedicati a specifiche esigenze del cliente.

5) Il software oggetto dei contratti di manutenzione qui considerati, inoltre, non è a codice sorgente aperto, o *open source*: i contratti aventi a oggetto tale tipologia di software, infatti, presentano specifiche peculiarità che li connotano, avendo a oggetto un novero di servizi e prestazioni più ampie della semplice manutenzione, e che possono sensibilmente variare in funzione del modello contrattuale sulla base del quale il software *open source* è messo in circolazione dal titolare dei diritti di utilizzazione economica sullo stesso.

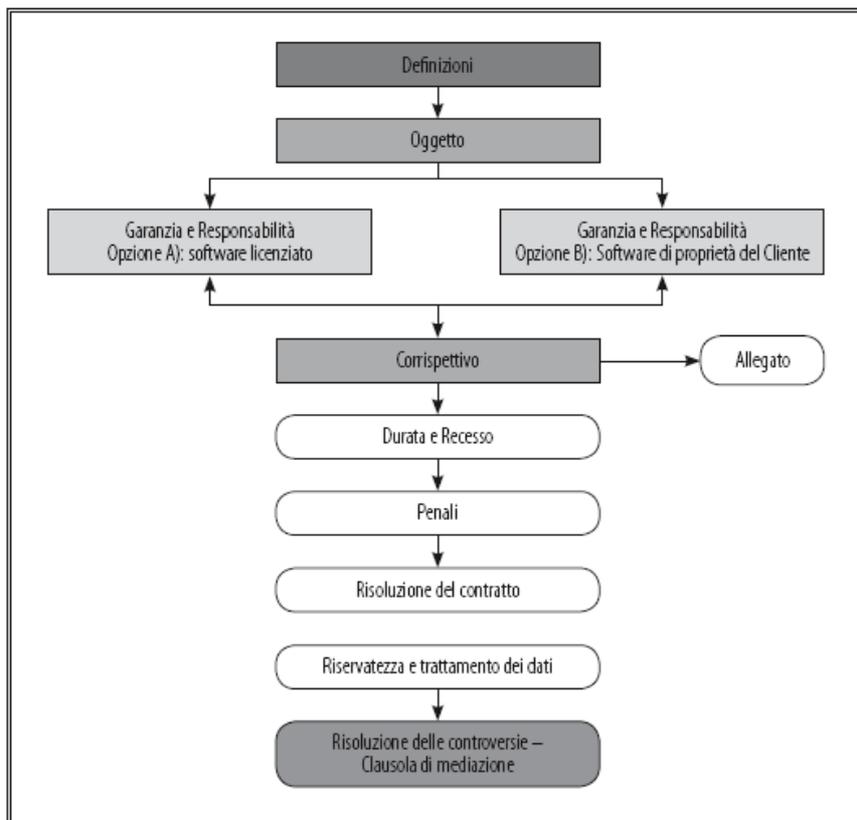
Al servizio di manutenzione si accompagna generalmente il servizio di assistenza: il cliente a favore del quale vengono prestati tali servizi, infatti, non è quasi mai in grado di distinguere tra le diverse attività e la prassi stessa li propone quasi sempre in combinazione tra loro, essendo la linea di demarcazione tra l'assistenza e la manutenzione il più delle volte vaga e imprecisa. Dalla rilevazione svolta, infatti, è emerso che nella prassi commerciale della provincia di Torino non risultano definizioni consolidate di "manutenzione" software e di "assistenza" software. È quindi essenziale che un buon contratto contenga definizioni precise dei termini utilizzati perché non si può fare riferimento a una prassi e a una terminologia consolidate.

Volendo darne una caratterizzazione all'interno di questo documento, abbiamo adottato le seguenti definizioni che sono usate da alcuni operatori. Non è necessario adottare esattamente queste nei contratti, ma suggeriamo con forza di includere le definizioni adottate all'interno del contratto.

Dal punto di vista più strettamente giuridico abbiamo già rilevato l'assenza – sia nel Codice civile sia nella legge sul diritto d'autore – di specifiche disposizioni che disciplinino il contratto di manutenzione: trattasi, pertanto, di un contratto atipico, in quanto non appartiene ad alcuna tipologia di contratto specificamente prevista dalla legge. Fondamentale importanza rivestono, pertanto, le pattuizioni contrattuali con cui le parti decidono di disciplinare il proprio rapporto. Gli aspetti che non trovano una esplicita sistemazione nell'assetto contrattuale stabilito dalle parti verranno, infatti, disciplinati in via analogica dalle norme del Codice civile ed, eventualmente, della legge sul diritto d'autore che saranno ritenute applicabili al rapporto contrattuale in questione. Ovviamente tale operazione comporta quasi sempre margini di incertezza, tanto che per evitare il più possibile discussioni e contenziosi appare sempre preferibile che le parti formulino una disciplina contrattuale chiara e completa, che rispecchi effettivamente le intenzioni dei contraenti e che sia il meno possibile soggetta a integrazioni attraverso l'applicazione analogica di altre disposizioni.

La natura del contratto di manutenzione è generalmente assimilata al contratto di appalto di cui agli artt. 1655 e ss. del Codice civile, alla cui disciplina generalmente si rinvia a integrazione di quanto pattuito dalle parti. Sulla qualificazione – e sul regime di responsabilità – può incidere anche l'elemento soggettivo dell'impresa che fornisce il servizio: se si tratta, infatti, di un prestatore d'opera individuale o piccolo imprenditore che per lo svolgimento dell'attività utilizzano prevalentemente il lavoro proprio o del proprio nucleo familiare rispetto all'organizzazione aziendale, possono trovare applicazione le norme che disciplinano il contratto d'opera (artt. 2222 e ss. del Codice civile) in deroga alle disposizioni relative al contratto d'appalto. Facciamo riferimento, in particolare, agli artt. 2230 e ss. del Codice Civile, che disciplinano la prestazione d'opera intellettuale e il relativo, più favorevole regime di responsabilità nel caso in cui l'attività comporti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, trasformando così un'obbligazione c.d. "di risultato" (in cui in buona sostanza è rilevante soltanto il risultato finale e non come l'appaltatore si deve comportare) in obbligazione c.d. "di mezzi" (in cui il prestatore d'opera è tenuto ed è responsabile di utilizzare la diligenza professionale necessaria a rendere il servizio pattuito, a prescindere dall'esito effettivo dell'attività). In ogni caso, fatti salvi i limiti inderogabili di legge, la disciplina contrattuale prevale su quella prevista dal Codice civile: per questo le Software House tendono a inserire clausole che limitano la propria responsabilità, prevedendo – come nel caso dei prestatori d'opera intellettuale – l'adempimento a un dovere di diligenza piuttosto che il conseguimento di un risultato vero e proprio e inserendo nel contratto limitazioni di responsabilità assimilabili a quelle applicabili al prestatore d'opera intellettuale chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 Codice civile).

Diagramma delle clausole



2. I modelli di clausola

Clausola-tipo 1 - Definizioni

L'Assistenza telefonica e/o on line ha a oggetto un servizio di helpdesk via telefonica e/o telematica (via e-mail o web form) dedicati, dalle orealle ore di tutti i giorni feriali, al fine di offrire supporto al Cliente per il corretto ed efficiente utilizzo del Programma e la soluzione dei problemi operativi che possono emergere nell'utilizzo del Programma.

La Manutenzione correttiva comprende gli interventi sul Programma effettuati dalla Software House al fine di correggere malfunzionamenti o errori del Programma (*bug*), sulla base dei test e delle segnalazioni ricevute dai Clienti.

La Manutenzione adattativa comprende tutti gli interventi sul Programma effettuati dalla Software House volti a consentirne l'interfacciamento e l'interoperabilità con altri programmi per elaboratore, piattaforme software e sistemi operativi diversi rispetto a quelli previsti dal contratto di licenza, anche sulla base delle segnalazioni ricevute dai Clienti. Con il servizio di Manutenzione adattativa, ad esempio, il Programma potrà essere modificato per consentirne l'utilizzo con versioni successive di sistemi operativi e l'interoperabilità con nuovi programmi per elaboratore.

La Manutenzione evolutiva comprende tutti gli interventi sul Programma effettuati dalla Software House al fine di migliorarne il funzionamento e l'usabilità, aggiungere nuove funzioni e caratteristiche, adeguarlo all'evoluzione normativa e del contesto di riferimento e, di norma, viene fornita attraverso il rilascio di nuove versioni del Programma.

Il servizio di Assistenza straordinaria consiste nell'effettuazione di interventi *ad hoc* presso il Cliente sulla base delle sue specifiche esigenze.

Clausola tipo 2 - Oggetto del contratto

1. Il presente contratto ha a oggetto la prestazione da parte della Software House a favore del Cliente del servizio di Assistenza e Manutenzione del Programma, a fronte del pagamento del Corrispettivo da parte del Cliente, secondo quanto stabilito dall'articolo

2. Il servizio di Assistenza e Manutenzione è riservato esclusivamente ai soggetti che sono titolari di una regolare licenza d'uso del Programma e consente al Cliente, per tutta la durata del Contratto, di usufruire di tutti gli aggiornamenti, le modifiche, i miglioramenti e le evoluzioni del Programma eventualmente sviluppate dalla Software House durante il periodo di durata del Contratto, con le modalità previste dall'art., nonché dei servizi di Assistenza, come di seguito precisato.

3. Il servizio di Assistenza e Manutenzione comprende le seguenti attività:

- Assistenza telefonica e on line
- Manutenzione correttiva
- Manutenzione adattativa
- Manutenzione evolutiva
- Assistenza straordinaria

4. L'Assistenza telefonica e on line è disponibile dalle orealle oredi tutti i giorni feriali.

5. La Software House si impegna a fornire il servizio di Assistenza per mezzo di personale adeguatamente qualificato.

6. La Software House si riserva di programmare gli interventi di Manutenzione correttiva accorpandoli in un certo numero di rilasci nel corso dell'anno.

7. In ogni caso di aggiornamenti rilasciati nell'ambito dell'attività di Manutenzione la Software House garantisce che gli stessi siano compatibili con gli archivi generati o usati dalle versioni precedenti, oppure, in caso contrario, si impegna a fornire uno strumento di conversione automatico e completo al nuovo formato degli archivi precedenti.

8. Il Cliente ha la facoltà di segnalare alla Software House gli errori e i malfunzionamenti del Programma e la necessità di adattamenti ad altri programmi e sistemi operativi e qualsiasi miglioria del Programma che possa essere ritenuta utile. La Software House analizzerà le richieste e valuterà la fattibilità nell'ambito dei servizi di Manutenzione oggetto del Contratto, con la diligenza media propria del settore. In ogni caso tutti i servizi di Manutenzione sono erogati sulla base delle correzioni, degli adattamenti e delle evoluzioni del Programma che la Software House deciderà di implementare sulla base della propria esclusiva discrezionalità e senza alcun obbligo circa periodicità, tempistiche, tipologia o numero di interventi da effettuare.

9. I servizi di Manutenzione saranno erogati attraverso le modalità che la Software House riterrà di volta in volta più opportune, come ad esempio l'invio di *patch* che il Cliente dovrà installare sul Programma, ovvero di nuove versioni del Programma che andranno a sostituire quella precedente. Salvo diversa indicazione della Software House, il Cliente è tenuto ad installare gli aggiornamenti e adeguare il Programma effettuando gli interventi e seguendo le istruzioni indicate dalla Software House, al fine di poter continuare ad usufruire regolarmente del servizio di Manutenzione.

10. Una versione del programma che risulti differente dalla versione licenziata per più del % del codice non sarà inclusa nella Manutenzione oggetto del presente contratto.

11. Nel caso di richiesta di intervento di Assistenza Straordinaria, la Software House si impegna a intervenire con un proprio incaricato entro ore lavorative dal momento della richiesta del cliente. In ogni caso la Software House si impegna soltanto ad effettuare con la diligenza media propria del settore gli interventi a mezzo di personale adeguatamente qualificato, e non presta alcuna garanzia per quanto concerne i risultati di tali interventi.

Clausola-tipo 3 - Garanzia e limitazione responsabilità

Opzione A

1. Il Programma consegnato o comunque messo a disposizione del Cliente dalla Software House in esecuzione del Contratto di manutenzione è coperto dalla medesima garanzia e dalle medesime limitazioni previste dal Contratto di licenza d'uso (ovvero: di sviluppo software). Tale garanzia è unica ed esclusiva, sostituisce ogni altra garanzia di legge o pattizia, entro i limiti e salvo il rispetto di eventuali norme inderogabili di legge applicabili. Fatta eccezione per la suddetta garanzia, il Programma consegnato in esecuzione del contratto di manutenzione è fornito "così com'è" e tutti i rischi per l'utilizzo del medesimo rimangono in capo al Cliente. È comunque esclusa qualsiasi garanzia di qualità o di idoneità per uno scopo particolare, di conformità a specifiche esigenze del Cliente tecniche, commerciali, industriali o di qualsiasi natura, diverse dalle specifiche tecniche di riferimento del software fornite dalla Software House.
2. La Software House si impegna a fornire un servizio eseguito in conformità allo standard di diligenza media propria del settore, a regola d'arte, da personale adeguatamente qualificato.
3. In ogni caso, fatti salvi i limiti inderogabili di legge nel caso di dolo o colpa grave, la Software House sarà responsabile per i danni di qualsiasi genere che dovessero essere sofferti dal Cliente in relazione alle prestazioni rese, inclusi i danni derivanti al Cliente da vizi originari o sopravvenuti dei prodotti, nei limiti di un importo complessivo non superiore al valore del canone annuale di manutenzione (*oppure: non superiore al valore di n..... canoni annuali di manutenzione*).

Opzione B

1. Con riferimento al Programma rilasciato in esecuzione del contratto di manutenzione, la Software House garantisce il Cliente contro vizi o difetti che ne diminuiscano in modo apprezzabile l'idoneità del software all'uso descritto dal manuale d'uso che lo accompagna.
2. La garanzia può essere fatta valere per tutto il periodo di durata del contratto di manutenzione e per i sei mesi successivi alla sua cessazione (*oppure: per un periodo di..... mesi dal rilascio ufficiale del medesimo, a prescindere dal momento della sua installazione nelle apparecchiature del Cliente*), sempre che siano rispettate tutte le condizioni e le indicazioni per l'installazione e l'utilizzo.
3. La denuncia di eventuali vizi o difetti che diminuiscano in modo apprezzabile l'idoneità del software all'uso indicato nel manuale d'uso deve essere fatta, a pena di decadenza, per iscritto, a mezzo raccomandata a/r o posta elettronica certificata da inviarsi all'indirizzo della Software House indicato all'art.del Contratto, entro e non oltre giorni dalla scoperta.
4. La Software House emette la relativa fattura non prima di 5 giorni lavorativi successivi al ricevimento del rendiconto da parte del Cliente, ove quest'ultimo non sollevi contestazioni come previsto dal precedente comma 3. In caso di contestazioni che ritenga non fondate, prima di emettere la fattura la Software House dovrà fare pervenire al Cliente una relazione scritta contenente le proprie controdeduzioni.
5. I pagamenti devono avvenire entro e non oltregiorni dalla emissione delle fatture da parte della Software House.

c) Disposizioni generali sul corrispettivo; interessi di mora in caso di ritardato pagamento

1. Tutti i corrispettivi sono da intendersi, ove non diversamente indicato, al netto dell'IVA e inclusivi di tutte le altre imposte, le tasse e gli oneri di qualsiasi genere, presenti e futuri, inerenti a qualsiasi titolo al Contratto. [*si può eventualmente aggiungere: Il canone annuale è stato determinato autonomamente dalla Software House, sulla base delle proprie valutazioni ed è da considerare fisso e invariabile, indipendentemente da qualsiasi imprevisto o eventualità, anche in deroga all'art. 1664 c.c.*]
2. In caso di ritardo nei pagamenti rispetto alla scadenza pattuita, senza necessità di formale costituzione in mora il Cliente è tenuto dal giorno successivo alla scadenza del termine del

pagamento a corrispondere gli interessi stabiliti dall'art. 5 del d.lgs. del 9 ottobre 2002 n. 231, pari al saggio di interesse stabilito semestralmente dalla Banca centrale europea di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/2002, pubblicato con comunicazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze sulla Gazzetta Ufficiale, maggiorato di 7 punti percentuali.

Clausola-tipo 5 - Mediazione

Tutte le controversie nascenti dal presente contratto saranno devolute a un tentativo di conciliazione presso l'Organismo di mediazione della Camera di Commercio die risolte secondo il regolamento da questa adottato.

3. I commenti ai modelli di clausole

Commento alla clausola “Definizione”

Servizio di Assistenza software

Si denomina Servizio di Assistenza quello per cui l'impresa informatica, dietro pagamento di un corrispettivo, mette a disposizione del cliente le conoscenze, la professionalità e il tempo dei suoi tecnici per supportare e assistere il Cliente all'uso ottimale di un software. Può essere convenuto che il servizio sia prestato a distanza attraverso assistenza telefonica e telematica, oppure mediante intervento diretto *on site* presso il Cliente.

Servizio di Manutenzione software

Si denomina generalmente Servizio di Manutenzione quello per cui l'impresa informatica si obbliga, dietro pagamento di un corrispettivo, a svolgere a favore del Committente – che sia legittimato all'utilizzo del software – un servizio di correzione di errori o malfunzionamenti (*bug*) del software e inviare al medesimo gli eventuali aggiornamenti – non implicanti la trasformazione del software – del programma per elaboratore, che l'impresa informatica rilascia nel corso del periodo di efficacia del contratto.

Cosa si intenda per “manutenzione” del software è ovviamente molto opinabile, e si assiste sul mercato all'uso di terminologie a volte oscure che distinguono *Manutenzione correttiva*, *Manutenzione adattativa*, *Manutenzione evolutiva*, al crescere dell'ammontare delle modifiche che ci si impegna a effettuare sul software per venire incontro alle esigenze del Cliente. Al di là della terminologia usata (che, ripetiamo, può benissimo essere diversa) è certamente vero che è diverso l'onere a intervenire per *correggere errori del programma* (errori rispetto a una qualche “promessa di funzionalità” che si può desumere da documenti di varia natura che sarà bene specificare), da quello *per adattare il programma al mutare di condizione di utilizzo* (che dovrebbero essere ben specificate nel contratto), a quello *per fare evolvere le funzionalità del programma* per meglio soddisfare le esigenze del Committente. Non necessariamente un contratto di manutenzione deve specificare l'obbligo a fornire questi tre livelli di intervento, ma è chiaro che il livello di manutenzione contrattualizzato deve essere specificato con precisione nel contratto.

È altresì da sottolineare che anche in presenza di un contratto di manutenzione il produttore si riserva sempre la possibilità di escludere dal contratto stesso la fornitura di successive versioni del programma che a suo insindacabile giudizio vengano valutate “revisione sostanziale” e quindi un nuovo programma. Per acquisire l'uso di tale nuova versione il Committente dovrà stipulare un nuovo contratto di acquisto, tipicamente a condizioni economiche agevolate. Nel contratto-tipo, che più oltre riportiamo, viene proposta l'indicazione quantitativa della percentuale di modifica del sorgente del programma che esclude il nuovo programma dalla manutenzione. È chiaro che questa indicazione, nonostante sia utilizzata nella prassi, è molto difficile da verificare da parte del

Committente; d'altro canto è estremamente opinabile stabilire se nuova versione sia effettivamente una "revisione sostanziale" del programma oggetto del contratto di manutenzione.

Commento alla clausola "Oggetto"

La clausola presentata offre un ampio ventaglio dei vari servizi che possono essere oggetto di un contratto di manutenzione software. Si va da interventi di manutenzione in senso stretto – correttiva, adattativa ed evolutiva – a prestazioni di assistenza ordinaria che solitamente accompagnano gli interventi di manutenzione; alla assistenza straordinaria che può essere prevista per inquadrare possibili esigenze del Committente, imprevedibili al momento della stipula del contratto.

È possibile altresì prevedere un numero massimo di interventi a cui il Cliente ha diritto, così come la durata massima degli stessi (ad esempio: «Il Cliente ha diritto a un numero massimo di 15 interventi della durata massima di 20 minuti ciascuno nel corso di ciascun anno di vigenza del contratto di manutenzione») Per quanto riguarda la Manutenzione adattativa ed evolutiva, la clausola è stata strutturata in modo tale da stabilire un limite percentuale (che, in linea di massima, non dovrebbe essere inferiore al 30%) di variazioni del codice sorgente che distingue gli interventi di manutenzione vera e propria dalla realizzazione di software differenti rispetto a quello licenziato. Nei casi di rilascio di nuovi software, quasi sempre le imprese prevedono condizioni e termini di favore per i licenziatari dotati di un valido contratto di manutenzione per la sostituzione o comunque l'acquisizione della licenza del nuovo software che sostituirà quello precedente.

Il tema è strettamente legato a quello del mantenimento e dell'aggiornamento del software da parte dell'impresa che ne ha la proprietà: raramente le case produttrici di software prevedono l'impegno a mantenere in uso il software concesso in licenza e, ad esempio, a garantire nel tempo un efficiente servizio di manutenzione e aggiornamento. I Clienti sono, pertanto, di fatto lasciati in balia delle decisioni di convenienza commerciale o di mercato dell'impresa software, ovvero delle sorti della medesima, che in caso di cessazione dell'attività – volontaria o provocata da situazioni esterne, quali ad esempio una crisi d'impresa – cesserebbe anche la prestazione del servizio di manutenzione, impedendo di fatto in alcuni casi l'uso del software medesimo. Tale inconveniente può essere, almeno in parte, scongiurato attraverso la previsione del deposito del codice sorgente presso terze parti fiduciarie, in modo da poter consentire a terzi la prestazione dei medesimi servizi in caso di inadempimento della Software House.

Commento alla clausola "Garanzia e limitazione di responsabilità"

La natura atipica del contratto di manutenzione e la varietà delle prestazioni da esso previste incidono sul sistema delle garanzie e della responsabilità dell'impresa software nei confronti del Cliente. Tutti i contratti prevedono limitazioni e deroghe al regime di responsabilità, anche in considerazione delle difficoltà tecniche e della impossibilità pratica di garantire – anche con la migliore diligenza professionale – software esenti da errori o *bug*, che potrebbero comportare conseguenze e danni anche di notevole entità. In altre parole, nella prassi, le pattuizioni contrattuali tendono a derogare alle garanzie previste dalla legge e alla responsabilità dell'appaltatore in favore di forme di garanzia che mirano ad assicurare che i servizi vengano resi in modo professionale e diligente, a prescindere da quello che può essere il risultato finale.

In altre parole, nella prassi compaiono spesso clausole – retaggio di modelli contrattuali di provenienza statunitense – di totale esclusione di responsabilità: a parte i profili di nullità a fronte dell'inderogabilità della responsabilità dovuta a dolo o colpa grave della parte, non è stato ritenuto opportuno proporle in questa sede perché risultano eccessivamente squilibrate in favore della Software House e non operano un equo contemperamento degli interessi delle parti.

Diverso è, invece, il caso in cui le parti disciplinino contrattualmente gli aspetti del contratto relativi alla garanzia e alla responsabilità, adottando le opportune forme in caso di limitazioni ed esenzioni contenute in condizioni generali di contratto, moduli o formulari (artt. 1341 e 1342 c.c., che prevedono l'apposita doppia sottoscrizione della clausola di limitazione della responsabilità). Tale prassi risulta, infatti, corretta e da incoraggiare, in quanto non lascia questi delicati aspetti

all'applicazione analogica di disposizioni normative spesso di incerta e controversa individuazione. Entro i limiti di legge, dunque, è bene che le parti convenzionalmente disciplinino tanto le garanzie per i vizi del software rilasciato in esecuzione del contratto di manutenzione, aumentandole o diminuendole rispetto a quanto previsto dalla legge, quanto la responsabilità della Software House per l'inadempimento del contratto (ad esempio per il mancato rilascio di aggiornamenti). Le clausole proposte, pertanto, sono state pensate e redatte in questa ottica di bilanciamento e contemperamento di interessi tra le parti. Non sono, ovviamente, le uniche possibili; e, anzi, possono anche essere variamente combinate tra loro. Con riferimento al secondo modello, ad esempio, il limite di valore della responsabilità può essere inserito nella seconda tipologia di clausola e, viceversa, le modalità di denuncia dei vizi possono essere previste nella prima tipologia di clausola.

Peraltro, va anche messo in luce che nella prassi spesso garanzia e responsabilità si confondono e si sovrappongono, anche se concettualmente dal punto di vista giuridico si tratta di due profili che vanno tenuti distinti. La garanzia riguarda l'oggettivo funzionamento del programma e di norma prescinde da una negligenza o da una colpa del manutentore nello svolgimento della sua attività. La responsabilità per inadempimento rileva con riferimento alle attività svolte dalla Software House per l'adempimento del contratto (ad esempio, mancato rilascio di aggiornamenti; mancata effettuazione delle correzioni e inerzia della Software House nonostante le segnalazioni dei Clienti di fronte a evidenti *bug* ed errori): l'inadempimento – di norma – implica la colpa o il dolo del manutentore, eccezione fatta per i casi di responsabilità c.d. "oggettiva".

Per quanto riguarda la garanzia relativa al codice rilasciato in esecuzione del contratto di manutenzione, va sottolineata l'esigenza di coordinamento e coerenza con la garanzia relativa al software oggetto della licenza d'uso: si deve, infatti, in linea di principio evitare che vi siano porzioni di codice soggette a una garanzia diversa da altre porzioni di codice. Pertanto, ad esempio, con riferimento alla garanzia si possono efficacemente riportare semplicemente le medesime condizioni di garanzia cui è soggetto il software concesso in licenza, oggetto del contratto di manutenzione (che si troveranno nel contratto di licenza d'uso o di sviluppo software, se quest'ultimo è *custom made*).

In quest'ottica, le due diverse clausole di garanzia e limitazione di responsabilità sono state concepite con riferimento a due diverse ipotesi. La prima ipotesi è quella che il contratto di manutenzione debba coordinarsi con il contratto di licenza d'uso del software oggetto dell'attività di manutenzione e le relative garanzie da quest'ultimo previste. Nella seconda ipotesi, invece, il contratto di manutenzione è autonomo rispetto a rapporti contrattuali aventi a oggetto la licenza d'uso del software, e dalle eventuali garanzie ivi previste: la sua operatività, pertanto, prescinde dall'esistenza di un diverso e ulteriore rapporto contrattuale tra le parti. Nel primo modello proposto, pertanto, il contratto di manutenzione è strettamente correlato a un contratto di licenza d'uso del software e la garanzia offerta dalla Software House rimanda a quella prevista dal contratto di licenza. Il secondo modello non postula l'esistenza di una ulteriore garanzia inerente al contratto di licenza d'uso e prevede, pertanto, una apposita e specifica garanzia avente a oggetto il software rilasciato in esecuzione del contratto di manutenzione. Si tratta di una garanzia del tutto autonoma e indipendente: in questo caso sarà necessario verificare che le eventuali garanzie previste da eventuali contratti di licenza o altri rapporti contrattuali aventi a oggetto il software siano compatibili, anche sotto un profilo pratico e operativo, con quella prevista dal contratto di manutenzione.

In assenza di specifiche disposizioni del contratto relative al regime della garanzia del software consegnato in esecuzione del contratto di manutenzione, se ci riferiamo a contratti di manutenzione aventi a oggetto software standard concesso in licenza d'uso al Cliente (e non *custom made* di proprietà del Cliente stesso), sarà ragionevole fare riferimento in via analogica agli artt. 1578 e seguenti del Codice civile previsti per i vizi della cosa concessa in locazione. Ovviamente il riferimento varia se il titolo in base al quale è rilasciato il software in adempimento del contratto di manutenzione è assimilabile alla vendita (ad esempio nel caso in cui la manutenzione abbia a

oggetto software di proprietà del Committente e dunque anche il relativo software rilasciato nel contratto di manutenzione sia di proprietà del Committente): in tale caso le norme cui fare riferimento saranno quelle relative alla garanzia per la vendita e per il contratto di appalto d'opera.

Commento alla clausola “Corrispettivo”

Nel caso di cui alla lettera a) va rilevato che, nel caso fosse previsto un rinnovo automatico del contratto, sarebbe possibile l'inserimento al secondo comma di una clausola del seguente tenore:

Nel caso di variazioni del listino prezzi, la Software House comunicherà al Cliente le nuove tariffe in vigore per i Servizi offerti almeno 30 giorni prima della scadenza del termine decorso il quale il contratto s'intende automaticamente rinnovato: in caso di rinnovo del Contratto il successivo canone annuale sarà calcolato sulla base del nuovo listino prezzi comunicato dalla Software House al Cliente.

Al terzo comma della lettera a), invece, sempre nel caso sia previsto il rinnovo automatico del contratto, potrà essere aggiunta la seguente frase:

Per gli anni successivi al primo, il pagamento dovrà avvenire entro e non oltre i 30 giorni successivi alla data di emissione della relativa fattura da parte della Software House, fattura che sarà emessa successivamente al rinnovo del Contratto.

Per quanto riguarda, invece, le disposizioni generali sul corrispettivo di cui alla lettera c), si segnala che la previsione del terzo comma in tema di interessi di mora rispecchia quanto previsto dalla legge, applicabile automaticamente anche in caso di mancata esplicita previsione contrattuale. Le parti, in ogni caso, possono convenzionalmente derogare a tale disciplina prevedendo, ad esempio, un tasso di interesse inferiore a quello previsto dal d.lgs. 231/2002 (come ad esempio il tasso legale di cui all'art. 1224 c.c.). Va, inoltre, segnalato che entro il 16 marzo 2013 dovrà essere data attuazione alla nuova Direttiva 2011/7/UE contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali, con conseguenti modifiche alla disciplina oggi prevista dal d.lgs. 231/2002.

Commento alla clausola di “Mediazione”

La mediazione è una procedura alternativa alla giustizia ordinaria, nella quale un mediatore imparziale ed indipendente aiuta le parti a trovare un accordo, che soddisfi al meglio le loro esigenze. Si tratta di uno strumento che consente di risolvere le controversie civili e commerciali, vertenti su diritti disponibili, in maniera semplice ed efficace, senza formalità di procedura.

La mediazione è stata disciplinata dal decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, che prevede l'obbligo, prima di adire la giustizia ordinaria, di esperire un tentativo di mediazione con riferimento alle materie elencate nell'art. 5.

Con riguardo ai seguenti settori: diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato affitto di azienda, risarcimento del danno da responsabilità medica, risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa, contratti assicurativi, bancari e finanziari, l'obbligo è entrato in vigore il 21 marzo 2011.

Per le restanti materie elencate nell'art. 5, condominio e risarcimento del danno da circolazione di veicoli, l'obbligatorietà del tentativo di mediazione entrerà invece in vigore il 20 marzo 2012. Il tentativo di mediazione può comunque essere esperito, ai sensi del d.lgs. 28/2010, anche con riferimento ad altre tipologie di controversie, su libera iniziativa di una parte oppure quando è previsto da un'apposita clausola contrattuale o statutaria o ancora su invito del giudice.

La procedura di mediazione è rapida: deve, infatti, concludersi in quattro mesi e il primo incontro tra le parti viene fissato entro poche settimane dalla presentazione della domanda di mediazione.

Nella mediazione viene garantita la massima riservatezza: tutti coloro che intervengono a qualunque titolo nel procedimento sono tenuti a mantenere la riservatezza in merito alla stessa e, salvo diverso accordo tra le parti, ogni informazione acquisita e dichiarazione resa nel corso di tutta la procedura non potrà essere utilizzata in un futuro giudizio che verta sulla medesima controversia.

La mediazione è una procedura dai costi predeterminati: le tariffe sono, infatti, fissate secondo le indicazioni del d.m.180/2010.

Va, infine, ricordato che il d.lgs. 28/2010 prevede che il procedimento di mediazione si svolga presso Organismi iscritti nell'apposito Registro tenuto dal Ministero della Giustizia. A Torino, presso la Camera di Commercio, è attivo il Servizio di conciliazione, iscritto al n. 122 del Registro sopracitato.