

---

ALESSANDRO MUSELLA

---

## IL CONTRATTO DI *OUTSOURCING* DEL SISTEMA INFORMATIVO

---

**SOMMARIO:** 1. Descrizione e qualificazione giuridica del contratto. — 2. L'oggetto del contratto. — 3. Le obbligazioni del fornitore. — 4. Le obbligazioni del cliente. — 5. Durata e cessazione anticipata del contratto. — 6. Inadempimento e responsabilità. — 7. I contratti collegati — la disciplina dell'utilizzo del software. — 8. Sicurezza e riservatezza dei dati. — 9. I riflessi della legge 31/12/1996 n. 675.

---

### 1. DESCRIZIONE E QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO.

---

**C**on il termine *outsourcing* si suole definire, nel corrente linguaggio economico e in particolare in quello dell'informatica, quel processo aziendale consistente nel ricorso a fonti esterne per svolgere attività che tradizionalmente venivano svolte utilizzando risorse interne all'impresa<sup>1</sup>.

L'*outsourcing* è un fenomeno aziendale che riguarda tutti i settori dell'attività di impresa e non soltanto la specifica area dell'informatica. In quest'ottica generale esso esprime un modello organizzativo, diffusosi a partire dagli anni settanta, che trae origine e motivazione sia dalla necessità di ridurre i costi, sia dall'esigenza di aumentare la flessibilità e quindi la competitività aziendale, concentrando gli sforzi e le risorse produttive sull'*attività principale* dell'impresa, « esternalizzando » quelle fasi produttive aventi ad oggetto prodotti e servizi marginali rispetto al *core business*.

La gestione di queste ultime attività è infatti destinata a produrre risultati peggiori, nel loro rapporto tra prestazioni e costi, rispetto a quanto possa accadere in aziende per le quali esse costituiscano il principale filone produttivo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Si v. M. RICCIARDI, *Informatica aziendale e outsourcing. Motivazioni e prospettive*, in *Economia & Management*, 6/1991.

<sup>2</sup> I fattori che determinano tale peggioramento sono da individuarsi nella tendenza del management a dedicare le risorse migliori alle attività fondamentali aumentando alla lunga le probabilità di involuzio-

ne nella qualità e nelle prestazioni delle attività secondarie, mentre i costi di queste ultime sono, in genere, destinati ad aumentare per la difficoltà di adeguare rapidamente gli organici alle oscillazioni delle esigenze, di controllare la crescita delle spese indirette, dei costi di struttura, ecc.

Inoltre è assai più probabile che le aziende specializzate riescano, sotto gli sti-

Nel settore dell'informatica aziendale, il fenomeno *outsourcing* non può certo essere considerato un'invenzione recente: esso ha infatti attraversato una prima fase di sviluppo, che ha sostanzialmente coinciso con la diffusione dei processi di elaborazione dati nell'area delle imprese, nella quale gli operatori specializzati del settore mettevano a disposizione delle aziende clienti i cosiddetti *centri servizio* che si occupavano di gestire singole procedure informatiche (es. retribuzioni, magazzino, fatturazioni, ecc.) per un cliente che, generalmente, non era dotato di alcun sistema informatico oppure stava allestendo il proprio centro di elaborazione dati<sup>3</sup>.

Il concetto di *outsourcing* informatico è invece oggi radicalmente mutato e, in un certo senso, segue un percorso esattamente inverso rispetto a quello che caratterizzava la prima fase di sviluppo; si tratta infatti di un processo di esternalizzazione in forza del quale il cliente trasferisce, in tutto o in parte, la propria funzione *edp* (*elettronic data processing*) che già esiste ed è costituita da un sistema informatico completo e, in generale, da un'organizzazione di beni e di personale, ad un fornitore-partner esterno<sup>4</sup>.

Gli attuali servizi di *outsourcing* nel campo dell'informatica aziendale sono estremamente eterogenei e coprono una gamma di prestazioni che spazia dall'affidamento all'esterno di attività specifiche a contenuto prevalentemente tecnico (es. codifica programmi e manutenzione impianti) sino alla delega di tutte le attività di sviluppo e di gestione operativa delle strutture informatiche (il cosiddetto « *facilities management* »).

Proprio quest'ultima dimensione del fenomeno *outsourcing* è quella che appare maggiormente bisognosa di un approfondito studio anche in campo giuridico; ciò in ragione dell'importanza strategica che un simile accordo assume nella vita e nel futuro di un'impresa e per l'estremo grado di necessaria indeterminatezza che è tipico di tali rapporti a causa della loro lunga durata e dell'ambiente altamente tecnologico in cui si inseriscono.

La prassi contrattuale conosce quattro tipologie di accordi di *outsourcing*: le prime due sono il c.d. *transfer outsourcing*, nel quale un'impresa trasferisce al fornitore del servizio la piena proprietà dell'intero ramo di azienda che si occupa della gestione del proprio sistema informativo ed il c.d. *simple outsourcing* che, rispetto al precedente, non comporta alcuna dismissione di settori aziendali, ma semplicemente la cessazione dell'attività sino a quel momento svolta all'interno dell'azienda e la sua acquisizione sul mercato esterno, sotto forma di servizio.

Le due ulteriori fattispecie tipizzate dalla prassi, peraltro entrambe riconducibili alla prima categoria sopramenzionata, sono il c.d. *joint-venture outsourcing* ed il c.d. *group outsourcing*: nel primo il trasferimento del settore informatico dell'azienda avviene a favore di una società *mista*, il cui capitale è suddiviso tra cliente e fornitore secondo gli schemi tipici della *joint-venture*; nel secondo la società a favore della quale è stato at-

---

moli imposti dal mercato per la sopravvivenza, capitalizzando esperienze ed economie di scala, a migliorare continuamente le loro prestazioni in termini di produttività e di qualità.

<sup>3</sup> Questa prima fase di sviluppo dell'*outsourcing* informatico è caratterizza-

ta, dal punto di vista giuridico, dalla diffusione dei c.d. *computer services contracts*, per un'analisi dei quali si v. C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, Milano, 1997, p. 81.

<sup>4</sup> Si v. M. RICCIARDI, *op. cit.*, p. 104.

tuato il trasferimento del ramo di azienda rimane invece interamente controllata dal cliente.

L'elemento comune a tutte le tipologie di accordi appena descritte è comunque la stipula di un contratto di fornitura di servizi tra due distinti soggetti giuridici (cliente e fornitore), avente ad oggetto la gestione del sistema informativo aziendale, contratto che, inteso nel suo nucleo essenziale, può essere ricondotto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, al tipo dell'appalto di servizi<sup>5</sup>.

A tale conclusione si può giungere procedendo per esclusione delle possibili alternative offerte dal codice civile.

La figura del contratto d'opera è estranea alla natura di tipico contratto d'impresa che contraddistingue l'*outsourcing*: esso, infatti, consistendo nell'affidamento a terzi di una specifica funzione aziendale, presuppone per sua natura l'esistenza di un'organizzazione d'impresa in capo al fornitore e quindi esclude quella prevalenza del lavoro proprio dell'assuntore del servizio che, invece, caratterizza il contratto di prestazione d'opera e lo distingue dall'appalto<sup>6</sup>.

La locazione di cose, sebbene ricorra frequentemente tra i negozi giuridici collegati all'*outsourcing*, rimane comunque una prestazione meramente accessoria rispetto all'obbligazione di fare che caratterizza questo contratto, e non può quindi influire, in base al principio dell'assorbimento, sulla determinazione della sua natura giuridica<sup>7</sup>. Nel caso dell'*outsourcing*, infatti, l'impresa fornitrice del servizio assume su di sé il rischio della gestione del sistema informativo aziendale e l'organizzazione dell'attività al fine di raggiungere il risultato promesso in contratto, mentre il godimento dei beni che costituiscono tale sistema rimane un aspetto meramente accessorio e strumentale rispetto alle prestazioni che formano l'oggetto principale del contratto.

Analogamente può essere risolta la questione della scelta tra appalto di servizi e somministrazione, sempre in favore del primo tipo: il criterio utile al fine di compiere tale distinzione è ancora quello della prevalenza, una volta rilevata la primaria importanza delle prestazioni di fare facenti capo al fornitore rispetto a quelle di dare<sup>8</sup>.

La tesi che fa riferimento alla natura delle prestazioni prevalenti trova inoltre inconfutabile conferma nel contenuto dell'art. 1559 c.c.,

<sup>5</sup> Propendono per tale configurazione tutti gli autori che sino ad oggi si sono occupati dell'argomento. Si v. in particolare F. CARDARELLI, *La cooperazione fra imprese nella gestione di risorse informatiche: aspetti giuridici del c.d. outsourcing*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 94; M.S. SPOLIDORO, *La qualificazione giuridica dell'outsourcing*, in AA.VV. *Atti del convegno, I contratti di outsourcing*, Milano, 31 maggio 1995; C. CERIANI, *I contratti di outsourcing*, in *Atti del conv. I contratti dell'informatica*, Milano, 23 ottobre 1996.

<sup>6</sup> Sull'elemento differenziale tra i due tipi contrattuali si v. RUBINO-IUDICA, *Appalto*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, pp. 26 e ss.

<sup>7</sup> Si v. GIANNATASIO, *Appalto*, in *Trattato Dir. Civ. e Comm.*, Cicu-Messineo, pp. 33 e 34; MANGINI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. Sist. Civ. e Comm.*, Bigiavi, p. 47.

<sup>8</sup> Secondo la dottrina prevalente si ha somministrazione quando l'obbligazione di consegnare un opus già compiuto costituisce il precipuo oggetto del negozio, rappresentato da prestazioni periodiche o continuative di cose. Si v. RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 51; GIANNATASIO, *Permuta, contratto estimatorio. Somministrazione*, in *Trattato Dir. Civ. e Comm.*, Cicu-Messineo, p. 222; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 178 e ss..

nel quale si precisa che le prestazioni periodiche o continuative da parte del somministrante devono avere ad oggetto cose, e nell'art. 1655 c.c., dove invece si afferma espressamente che l'appalto può consistere nel compimento di un servizio, anche con cadenza periodica<sup>9</sup>. Ciò non esclude comunque l'eventuale applicazione all'*outsourcing*, in forza del richiamo operato dall'art. 1677 c.c., delle norme sulla somministrazione, se ed in quanto compatibili. A tale proposito un ragionevole criterio guida al fine di una eventuale utilizzazione delle disposizioni in materia di somministrazione potrebbe essere il riferimento all'importanza dell'elemento fiduciario: tanto maggiore fosse la rilevanza dell'intuitus personae tanto più limitata dovrebbe essere l'applicabilità delle norme in tema di somministrazione<sup>10</sup>.

## 2. L'OGGETTO DEL CONTRATTO.

Come si è visto, l'obiettivo di un accordo di *outsourcing* del sistema informativo è quello di affidare ad un terzo, più o meno indipendente, la gestione di tutte o parte delle operazioni informatiche dell'organizzazione di impresa del cliente, in base alle esigenze dell'organizzazione stessa. Nella sua estensione più ampia, il fornitore del servizio di *outsourcing* acquista la proprietà di tutti i beni (*hardware e software*) destinati alla funzione informatica dell'impresa cliente e tutto il personale addetto a tale funzione passa alle dipendenze del fornitore.

Normalmente quest'ultimo diviene responsabile di tutte le operazioni informatiche del cliente, della gestione e manutenzione dei programmi applicativi e dell'altro *software* di sistema e della progettazione, sviluppo e miglioramento dei nuovi sistemi.

Il fornitore diviene altresì responsabile delle trattative con i venditori di *hardware* e generalmente di tutte le altre attività che siano necessarie per la gestione dell'installazione informatica.

Il personale del fornitore, necessario per le operazioni quotidiane, viene stabilmente stanziato presso l'organizzazione del cliente.

Una particolarità del contratto di *outsourcing* è che le attività di due organizzazioni indipendenti di beni e persone vengono ad essere consolidate in una. È questo aspetto dell'accordo che garantisce sostanziali risparmi al cliente ed il profitto per il fornitore.

L'estrema ampiezza dei compiti del fornitore, tale da porre il contratto di *outsourcing* sulla linea di confine che intercorre tra contratti sinallagmatici e di natura associativa, rende quindi particolarmente complessa, ma anche di vitale importanza, la definizione dell'oggetto del contratto e, in particolare, delle prestazioni che devono essere svolte dal fornitore del servizio.

Questa esigenza di determinazione si scontra tuttavia con la difficoltà pratica di dover descrivere l'intera gamma delle attività svolte da una funzione aziendale costituita da un'organizzazione spesso complessa di beni

<sup>9</sup> In senso contrario Cass, 16 febbraio 1956, n. 447, in *Foro pad.*, 1956, I, 833.

<sup>10</sup> Così A. BALLESTRERI, nota a Coll.

arb., 11/11/1985, Simar srl/Merzario spa, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 635.

e di personale operativo<sup>11</sup>; considerando altresì che ogni definizione sarebbe comunque limitata dall'impossibilità di prevedere in anticipo le modifiche successive che un contratto di questo tipo necessariamente richiede.

Per questi motivi, nella prassi contrattuale la soluzione comunemente adottata è quella di stabilire le categorie principali di attività che formeranno oggetto del contratto, riservando agli allegati tecnici e ad un manuale operativo, quest'ultimo da redigersi nel corso del periodo transitorio che solitamente precede l'erogazione dei servizi, la determinazione dei dettagli e delle procedure di esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In linea generale, le attività che formano oggetto del contratto possono essere ricondotte alle seguenti categorie<sup>12</sup>:

- servizio di elaborazione dati;
- gestione rete di trasmissione dati;
- servizio di manutenzione;
- servizio di ripristino in caso di emergenza (*Business Recovery*);
- servizio di assistenza centralizzato;
- sviluppo di progetti.

Nell'ambito di tali categorie generali le parti possono scegliere di ricomprendere la seguente gamma di prestazioni<sup>13</sup>:

- gestione tecnico-operativa delle risorse *hardware* di tipo centrale;
- gestione tecnico-operativa dei sottosistemi di memoria di massa (es. dischi e nastri magnetici, dischi ottici, etc.);
- gestione tecnica del *software* di base e di ambiente;
- schedulazione delle attività di elaborazione;
- elaborazione di procedure *batch* e *Tele Processing*;
- produzione ed invio delle stampe;
- salvataggi e ripristini dei danni, con le modalità tecniche concordate;
- conservazione dei dati residenti presso il Centro Servizi del Fornitore, per il tempo che verrà concordato tra le parti (copia di sicurezza negli armadi ignifughi e *refresh* annuale dei supporti magnetici);
- gestione sistematica della sicurezza fisica e logica dei dati;
- gestione della rete primaria di trasmissione dati, nelle componenti *hardware* e *software* (con ciò si intendono le unità di controllo linee locali/remote e le linee di connessione fra di esse ed il Centro Servizi del Fornitore);
- formazione del personale;
- trasferimento di *know-how*;
- consulenza ed assistenza.

Oltre alle attività in senso stretto, il contratto deve necessariamente prevedere quali tra le risorse strumentali del sistema informativo debbano es-

<sup>11</sup> Secondo M. BENDER, *Computer Contracts - Negotiating and drafting guide*, vol. II, *The facilities management contract*, Times Mirror Books, per definire con precisione le responsabilità del fornitore occorrerebbe tenere un diario dell'operato dell'intera organizzazione informatica del cliente per un periodo di più di un anno per poi tradurre tutte le informazioni raccolte in forma contrattuale. Una tale pro-

cedura richiederebbe forse più tempo per redigere il contratto che per dargli esecuzione.

<sup>12</sup> Si v. al riguardo condizioni generali di contratto di outsourcing del sistema informativo pubblicate in C. ROSSELLO, *op. cit.*, pp. 172 e ss.

<sup>13</sup> Si v. A.B.I., *La banca e il sistema informativo: contratti e garanzia di qualità*, Roma, 1996, pp. 34 e ss.

sere messe a disposizione dal fornitore e quali invece continuano a fare capo al cliente<sup>14</sup>.

Argomento di cruciale importanza è poi quello attinente alla regolamentazione degli eventuali mutamenti delle prestazioni facenti capo al fornitore, sia sotto il profilo dei contenuti e modalità di dette attività che sotto quello della loro entità.

Si tratta infatti di un'eventualità altamente probabile nel quadro di un rapporto contrattuale come quello in esame, caratterizzato da elevati contenuti tecnologici e da una durata pluriennale, raramente inferiore ai tre anni.

Si pensi, ad esempio, alle innovazioni delle componenti *hardware* o *software* del sistema che il fornitore ha interesse ad effettuare nel corso del rapporto<sup>15</sup> ed alle automatiche conseguenze che esse possono produrre sulle modalità di esecuzione delle prestazioni e sul contenuto dei servizi destinati al cliente. Altra ipotesi frequente è poi quella in cui debbano essere necessariamente apportate delle modifiche ai contenuti dei servizi a causa di un mutamento della normativa vigente, sopravvenuto nel corso del contratto<sup>16</sup>.

L'importanza di una specifica regolamentazione contrattuale sul punto è dettata dalle indubbie difficoltà che l'interprete, chiamato a risolvere eventuali questioni inerenti tali mutamenti, è destinato ad incontrare nell'individuare una disciplina legale applicabile.

Nonostante la già vista riconducibilità del contratto di *outsourcing* al tipo dell'appalto di servizi, difficilmente potrà farsi riferimento, nell'ipotesi in esame, alle disposizioni di cui agli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c., dettate in materia di variazioni imprevedibili dell'opera appaltata<sup>17</sup>.

Non va dimenticato che, secondo la previsione dell'art. 1677 c.c., qualora l'appalto abbia ad oggetto, come nel caso in esame, prestazioni continuative di servizi, le norme dettate per l'appalto d'opera si applicano ad

<sup>14</sup> In particolare, dovrà essere disciplinata la ripartizione delle seguenti risorse strumentali, tutte necessarie per l'erogazione dei servizi:

- elaboratori e relativa « configurazione di sistema »;
- periferiche;
- apparecchiature per trattamento *output* (stampanti, imbustatrici, ecc.);
- memorie di massa (dischi, nastri e cartucce, dischi ottici, ecc.);
- strumenti di *monitoring* e/o misurazione;
- apparati di comunicazione per le trasmissioni di rete;
- collegamenti TLC e linee di trasmissione dati;
- *software* di base e di ambiente;
- *software* applicativo.

<sup>15</sup> Questo interesse è dettato proprio dalla natura economica del contratto di *outsourcing*, nell'ambito del quale le possibilità di profitto per l'impresa fornitrice sono indissolubilmente legate alla capacità

di quest'ultima di realizzare sostanziali economie di scala mediante un capillare sfruttamento delle proprie risorse tecnologiche a beneficio di un numero sempre più elevato di utenti, sfruttamento che non può essere efficacemente realizzato senza un intenso impegno sul fronte di una costante innovazione dei beni strumentali. Inoltre, in molti casi, l'aspetto dell'innovazione non è soltanto un interesse economico del fornitore, ma addirittura un obbligo cui quest'ultimo deve sottostare per contratto.

<sup>16</sup> Un esempio di variazione necessaria delle prestazioni facenti capo al fornitore è costituito dai nuovi adempimenti imposti dalla legge n. 675/96 « Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento di dati personali », di cui si parlerà *infra*, par. 9), pp. 369 e ss.

<sup>17</sup> Per una visione generale in merito a tali disposizioni si rimanda a RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, pp. 234 e ss.; GIANNATTASIO, *Appalto*, *cit.*, pp. 159 e ss.

esso solo in quanto compatibili e che il requisito della compatibilità appare escluso proprio dalla ratio delle disposizioni in tema di variazioni dell'opera. Il sistema delineato dagli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c. è infatti completamente incentrato su un criterio di valutazione dell'effetto prodotto da tali variazioni rispetto al valore finale di un'opera compiuta (e quindi non di un servizio), destinata per sua natura ad entrare stabilmente nel patrimonio del committente una volta terminata.

Si tratta comunque di norme che, quand'anche ritenute compatibili con la figura dell'appalto continuativo di servizi, potrebbero portare a oggettive incongruenze nell'ambito dei rapporti tra le due parti del contratto di *outsourcing*.

La disciplina prevista dall'art. 1659 c.c., nella parte in cui vieta all'appaltatore di introdurre variazioni alle modalità dell'opera senza il preventivo consenso del committente, costituirebbe infatti un impedimento indiretto difficilmente superabile alla legittima facoltà del fornitore di investire sull'innovazione ed il miglioramento dei propri beni strumentali, per lo meno in tutti i casi in cui tali investimenti determinino un mutamento dei contenuti o delle modalità di erogazione del servizio.

Ancora, pur in presenza di un espresso consenso del cliente all'effettuazione di un'innovazione delle componenti *hardware* o *software*<sup>18</sup>, il fornitore potrebbe essere tenuto ad una riduzione del corrispettivo in proporzione alle mutate caratteristiche del servizio, riduzione che finirebbe per vanificare i benefici economici degli investimenti effettuati<sup>19</sup>.

Onde poter superare questi ed altri problemi applicativi, il contratto di *outsourcing* dovrà quindi contenere un'accurata disciplina pattizia che consenta di gestire senza conflittualità gli eventuali cambiamenti della natura, modalità, contenuti e quantità dei servizi di competenza del fornitore.

Innanzitutto al fornitore deve essere riconosciuta la facoltà di apportare modifiche alle risorse tecnologiche di cui si avvale nell'esecuzione del contratto anche se tali modifiche comportino una variazione delle modalità e contenuti dei servizi.

Tale facoltà deve tuttavia essere subordinata ad alcune condizioni:

- che le modifiche vengano congruamente preannunciate;
- che le variazioni apportate siano compatibili con il *software* applicativo e con le altri componenti del sistema che siano rimaste di competenza del cliente in modo da evitare che quest'ultimo, per effetto della facoltà at-

<sup>18</sup> Per un esempio di clausola contrattuale in base alla quale l'evoluzione del software di sistema diviene addirittura un obbligo imposto dal cliente al fornitore, si v. A.B.I., *La Banca e il Sistema Informativo, Parte Seconda*, cit., p. 52: « Il Fornitore è tenuto a mantenere aggiornato il software di base e ad installarne le nuove release, concordando anticipatamente i tempi e le modalità con il Cliente, e fornendogli tutte le informazioni atte a mantenere costantemente aggiornato il proprio personale tecnico. A tale proposito il Cliente si impegna all'adeguamento

delle applicazioni alla evoluzione del software di base ».

<sup>19</sup> A tale conclusione dovrebbe giungersi in base alla tesi che, nell'ipotesi di variazione dell'opera introdotte su iniziativa dell'appaltatore e con l'approvazione del committente, attribuisce a quest'ultimo il diritto ad una eventuale riduzione del corrispettivo qualora la variante apportata dia luogo ad una riduzione delle dimensioni dell'opera o ad un eventuale abbassamento della sua qualità. Sull'argomento si v. RUBINO-IUDICA, op. cit., p. 252.

tribuita al fornitore, si trovi esposto all'obbligo di sopportare costi di adeguamento non previsti;

- che gli *standard* di qualità ed i parametri fissati per valutare l'adempimento del fornitore rimangano inalterati;
- che il fornitore non possa comunque pretendere alcun aumento dei corrispettivi contrattuali per effetto delle modifiche effettuate.

Analogamente, al cliente dovrà essere riconosciuto il diritto di ottenere, previo preavviso, incrementi (anche temporanei) nei quantitativi dei servizi contrattuali da lui usufruiti<sup>20</sup> come, ad esempio, lo spazio disco disponibile, con conseguente diritto del fornitore ad un aumento dei corrispettivi che, in genere, sarà determinabile in base ai criteri già fissati nel contratto<sup>21</sup>.

Più problematica si presenta la scelta circa la disciplina della possibilità del cliente di ordinare variazioni qualitative e di contenuto: in questo caso, infatti, un vero e proprio obbligo del fornitore di apportare ai servizi resi tutte le modifiche richieste dal cliente parrebbe legittimo per la sola ipotesi di variazioni cosiddette *necessarie*, in quanto scaturenti dalla necessità di adeguare l'attività del sistema informativo a sopraggiunte innovazioni normative<sup>22</sup>.

Le variazioni dettate dalla mera volontà del cliente dovrebbero invece essere rimesse ad una nuova negoziazione, magari secondo un canone di buona fede sancito nel contratto stesso<sup>23</sup>.

### 3. LE OBBLIGAZIONI DEL FORNITORE.

La gran parte delle prestazioni che formano oggetto di un contratto di *outsourcing* del sistema informativo, escluse quelle aventi natura di vera e propria consulenza intellettuale, vengono assunte dal fornitore quali obbligazioni di risultato, in sintonia con la già vista riconducibilità di tale contratto allo schema tipico dell'appalto.

Diviene pertanto di cruciale importanza, ai fini di una completa disciplina del rapporto contrattuale, la determinazione dei livelli o standard dei servizi erogati dal fornitore, la fissazione dei parametri per misurarli e delle procedure di monitoraggio per una costante verifica del raggiungimento e mantenimento di tali standard<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Questa facoltà potrebbe essere opportunamente limitata facendo riferimento al criterio dettato dall'art. 1560 c.c. per il contratto di somministrazione, in base al quale l'entità della somministrazione si determina in base al *normale fabbisogno del somministrato*. Secondo la comune interpretazione, quello del *normale fabbisogno* è infatti un criterio di tipo oggettivo, utile al fine di escludere ogni eventuale determinazione rimessa al mero arbitrio del cliente.

<sup>21</sup> Si v. *infra*, par. 4), p. 858.

<sup>22</sup> Questo obbligo sarebbe inoltre in sintonia con la natura di accordo di portata quasi associativa che, per lo meno sotto

l'aspetto economico, viene riconosciuta all'*outsourcing*. Il contratto dovrebbe comunque prevedere il correlato obbligo del cliente di corrispondere un'equa indennità.

<sup>23</sup> Si v. sul punto condizioni generali di contratto di *outsourcing* del sistema informativo pubblicate in C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 183 e 193.

<sup>24</sup> L'essenzialità di questi tre elementi per la predisposizione di una esaustiva disciplina contrattuale è concordemente affermata da tutti gli autori che si sono occupati dell'*outsourcing*. Tra gli altri, si v. M. REBEIRO, *Information technology outsourcing*

La fissazione del livello qualitativo delle prestazioni del fornitore è infatti l'unica soluzione che può permettere alle parti di effettuare una corretta valutazione dell'adempimento del contratto da parte del fornitore stesso, sia sotto il profilo dell'esattezza, dell'inesistenza di vizi e difformità o, in generale, dell'adeguatezza della prestazione resa, sia sotto l'aspetto dell'importanza dell'inadempimento eventualmente accertato, ai fini di un'eventuale risoluzione dell'intero contratto.

Lo specifico apparato di garanzie ricavabili dall'ordinamento non consente infatti di raggiungere un livello accettabile di accuratezza nella disciplina e distribuzione del rischio contrattuale, specie alla luce della estrema complessità e del rilevante valore economico che, di solito, caratterizzano un accordo di *outsourcing*.

Si pensi infatti alla disciplina codicistica (artt. 1667-1668 c.c.) relativa alla garanzia per vizi e difformità dell'opera, istituto che, attesa la riconducibilità dell'*outsourcing* al tipo dell'appalto di servizi, costituisce il punto di riferimento normativo in tema di valutazione dell'adempimento del fornitore<sup>25</sup>. Ebbene, l'operatività di tale garanzia contrattuale è fortemente condizionata dalla maggiore o minore incisività ed esaustività della disciplina contrattuale specie nell'ipotesi di contratti atipici, relativamente poco conosciuti non solo all'ordinamento giuridico, ma anche allo stesso settore tecnico cui appartengono.

Ciò in quanto la difformità dell'opera altro non è che una discordanza del lavoro eseguito dall'appaltatore rispetto alle prescrizioni contrattuali ed è quindi una categoria destinata ad avere una rilevanza tanto maggiore quanto più ampia e minuziosa sarà la descrizione contrattuale delle caratteristiche e degli standard che le prestazioni oggetto del servizio dovranno avere<sup>26</sup>.

L'efficacia della garanzia legislativa potrà e dovrà quindi essere massimizzata mediante l'inserimento nel contratto di un'apposita clausola contenente l'impegno del fornitore a raggiungere e mantenere determinati livelli di servizio, la cui descrizione dettagliata sarà contenuta negli allegati tecnici<sup>27</sup>.

*cing: negotiating the legal and commercial minefield*, in *Business law rev.*, 1996, p. 75; R. P. BIGELOW, *Computer contracts. Negotiating and drafting guide. The facilities management contract.*, cit., cap. 10.04, pp. 72 e ss.; R. CROGAN and P. BEN-YEHUDA, *Outsourcing of data processing operations*, in 8 (1991) *Computer Law Journal*, pp. 1 e ss.; M.S. SPOLIDORO, *La qualificazione giuridica dell'outsourcing*, cit., p. 14; F. CARDARELLI, *Aspetti giuridici del c.d. outsourcing*, cit., pp. 91 e ss..

<sup>25</sup> Sull'applicabilità della garanzia ex artt. 1667-1668 c.c. agli appalti di servizi si v. RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., p. 360; IANNUZZI, *L'appalto. Rassegna di giurisprudenza commentata*, vol. 1, Milano, 1978, p. 313.

<sup>26</sup> Si tenga altresì presente che, nell'applicazione della garanzia per vizi e difformità, le prescrizioni contrattuali prevalgono

sulle regole dell'arte (che determinano invece le qualità o modalità che l'opera deve avere, anche in mancanza di specifica pattuizione) e quindi, se per contratto si è disposto che in qualche punto l'opera debba essere in modo particolare o anche diverso dal normale, è a queste prescrizioni che l'appaltatore deve attenersi e l'opera è regolare se è conforme ad esse (così RUBINO-IUDICA, *L'appalto*, cit., p. 359).

<sup>27</sup> I principali requisiti di qualità che, nella prassi contrattuale, assurgono al ruolo di livelli o standard di servizio sono:

- *tempestività di risposta on-line*;
- *disponibilità dei servizi applicativi*;
- *durata delle elaborazioni batch*;
- *puntualità nell'apertura dei servizi on-line*;
- *numero interruzioni di servizio*;
- *integrità e correttezza formale dei supporti output prodotti*;

Nella fissazione dei valori limite di tali livelli di servizio, le parti dovranno operare con grande cautela: l'efficacia di tutto il sistema di controllo del fornitore dipende infatti dalla scelta di soglie di riferimento adeguate e realmente indicative della qualità delle prestazioni. A tal fine occorre tenere presente che il più delle volte l'accordo di *outsourcing* è il primo atto di « esternalizzazione » compiuto dal cliente e che, quindi, gli unici parametri disponibili al momento della stipula del contratto sono quelli relativi al funzionamento del sistema informatico sotto la gestione interna<sup>28</sup>. La determinazione degli standard contrattuali delle prestazioni del sistema dovrà quindi essere compiuta sia utilizzando i dati relativi alla fase precedente all'esecuzione dell'accordo — quando la funzione informativa era ancora gestita all'interno dell'impresa cliente — sia mediante il rilevamento di tali prestazioni nel corso del periodo di transizione (di solito tre mesi) che precede la piena operatività del contratto<sup>29</sup>.

La garanzia relativa alla qualità ed adeguatezza dell'adempimento del contratto da parte del fornitore dovrà essere ovviamente accompagnata dalla fissazione dei metodi per il calcolo dei livelli di servizio<sup>30</sup>, e delle procedure che le parti dovranno seguire nell'arco della durata dello stesso

— tempo di risposta ai malfunzionamenti;

— tempo di intervento e di ripristino;

— tempi di consegna delle stampe.

Sul punto si v. A.B.I., *La Banca e il Sistema Informativo, Parte Seconda*, cit., pp. 49 e ss..

<sup>28</sup> Si tratterà di dati di per sé insufficienti perché, con il nuovo contratto, il cliente ricercherà comunque un miglioramento delle *performances*, ma soprattutto, il più delle volte, tali dati saranno scarsamente utili in quanto il contratto di *outsourcing* si accompagnerà ad una radicale trasformazione ed innovazione del precedente sistema.

<sup>29</sup> La rilevazione dei livelli di servizio nel periodo di transizione sarà compiuta congiuntamente dalle parti ed andrà a formare uno specifico allegato tecnico le cui risultanze costituiranno l'integrazione ed il completamento delle disposizioni contrattuali contenenti le garanzie di qualità minima dei servizi. Sul punto si v. A.B.I., *La Banca e il Sistema Informativo, Parte Seconda*, cit., pp. 49 e ss.; M. REBEIRO, op. cit., 75; C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 175 e 176; M. MELDOLI, *Le clause del contratto di outsourcing*, in *I contratti*, 1995, 639;.

<sup>30</sup> Ecco alcuni esempi di formule per il calcolo del valore dei singoli indicatori del livello di servizio:

— per la disponibilità dei servizi applicativi, ore di servizio effettivo diviso per il numero di ore pianificate, il tutto moltiplicato per 100;

— per la durata delle elaborazioni *batch*, numero di elaborazioni *batch* (procedure) eseguite entro il tempo massimo definito, diviso per il numero totale delle elaborazioni *batch* da eseguire per tipo/elaborazione;

— per la puntualità di apertura dei servizi *on-line*, numero dei ritardi nell'apertura per ogni applicazione (o per le applicazioni assunte come riferimento), rispetto agli orari concordati;

— per l'integrità e correttezza degli *output*, numero dei casi e frequenza di *output* non integri o afflitti da vizi di forma;

— per il tempo di risposta ai malfunzionamenti, durata massima del termine di attesa dalla segnalazione;

— per il tempo di intervento e ripristino, durata massima dell'intervento dal suo inizio all'eliminazione del guasto;

— per la tempestività della risposta *on-line*, sommatoria dei valori di *CPU time*, *wait time* e *overhead time*; ovvero numero di transazioni in ritardo, diviso per il numero totale di transazioni eseguite nel periodo temporale di riferimento (es. la giornata), per ogni applicazione;

— per la disponibilità del servizio *on-line*, percentuale di disponibilità erogata per applicazione calcolata come ore *on-line* effettive / ore *on-line* previste dall'orario contrattuale (disponibilità teorica); ovvero, numero e durata delle interruzioni del servizio verificatesi per ogni applicazione;

Sul punto si v. A.B.I., *La Banca e il Sistema Informativo, Parte Seconda*, cit., pp. 47-49; M. Meldoli, *Le clause del contratto di outsourcing*, cit., pp. 639-640.

per attuare un costante monitoraggio di tali livelli<sup>31</sup>, avendo l'accortezza di adottare sistemi di calcolo che consentano di escludere la responsabilità del fornitore per interruzioni, malfunzionamenti o interferenze a lui non imputabili<sup>32</sup>.

Come si è già avuto modo di sottolineare<sup>33</sup>, eventuali modifiche alle modalità o contenuti dei servizi erogati dal fornitore derivanti da innovazioni tecnologiche effettuate unilateralmente da quest'ultimo nel corso del rapporto non potranno essere causa di interferenza negativa dei livelli di servizio già fissati.

#### 4. LE OBBLIGAZIONI DEL CLIENTE-COMMITTENTE.

Alle obbligazioni che in base al contratto gravano sul fornitore del servizio corrisponde, ovviamente, l'obbligo di pagamento del prezzo da parte del cliente-committente.

Le clausole contrattuali più diffuse nella prassi prevedono una quota base di corrispettivo<sup>34</sup> ed una quota addizionale variabile<sup>35</sup>, la cui determinabilità viene fatta dipendere da una serie di parametri oggettivi che, nel complesso, dovrebbero esprimere il livello di « impiego » del sistema da parte dell'utente.

<sup>31</sup> L'esigenza di monitoraggio è solitamente perseguita con la previsione di rapporti scritti e riunioni congiunte a scadenza fissa o eventualmente con l'affidamento di un incarico di *auditing* ad una società di consulenza indipendente (sul punto si v. M. REBEIRO, *Information technology outsourcing: negotiating the legal and commercial minefield*, cit., p. 75).

<sup>32</sup> Dalla rilevazione dei livelli di servizio effettivi dovranno ad esempio essere esclusi i fermi programmati del sistema o quelli dovuti a cause di forza maggiore (disastro, indisponibilità della rete pubblica di trasmissione dati, ecc.); le interruzioni dei servizi richieste dal cliente; fermi e/o malfunzionamenti causati da programmi applicativi non gestiti dal fornitore ma direttamente dal cliente.

Per evitare di addossare al fornitore i problemi imputabili alla rete di comunicazione (sempreché questi non abbia la responsabilità della gestione della rete stessa) è stato inoltre proposto di scomporre il valore del livello di servizio (L) nelle sue componenti principali secondo la formula  $L = L1 + L2$ , intendendosi con L1 il valore di L misurato ad *Host* e con L2 il valore di L misurato nella rete (si v. A.B.I., *La Banca e il Sistema Informativo, Parte Seconda*, cit., pp. 49).

<sup>33</sup> Si v. *supra*, par. 2).

<sup>34</sup> Questa prima componente del prezzo viene calcolata dalle parti partendo da uno studio delle prevedibili esigenze mini-

me di impiego del sistema e della quantità di risorse *hardware* che dovranno essere assorbite, sulla base delle caratteristiche strutturali dell'impresa destinata ad usufruire dell'*outsourcing*. Le parti dovranno avere cura di specificare se questa quota del corrispettivo sia fissa ed immutabile, anche in presenza di un impiego effettivo del sistema inferiore alle aspettative, ovvero se e in quale misura essa possa essere soggetta a diminuzioni. Solitamente, la variabilità della componente-base del prezzo, anche se prevista, viene comunque limitata prevedendo che i decrementi annui per minor consumo non possano comunque superare una certa percentuale dei fattori di cui le parti hanno tenuto conto per predisporre il profilo di impiego minimo previsto (si v. ad esempio M. MELDOLI, *Le clausole del contratto di outsourcing*, cit., p. 644).

<sup>35</sup> La seconda componente del corrispettivo ha invece lo scopo di far pagare al cliente, in base all'effettivo « consumo », l'utilizzo delle risorse di sistema che risulti eccedente rispetto ai valori minimi di impiego sulla base dei quali è stata determinata la quota base del prezzo. I parametri di riferimento cui può essere ancorata questa quota addizionale sono la *potenza richiesta*, la *quantità di spazio disco utilizzata*, le *pagine di output*, il *numero di chiamate help desk*, il *numero di utenti collegati in rete* (si v. sempre M. MELDOLI, *Le clausole del contratto di outsourcing*, cit., p. 644).

Il corrispettivo potrà essere omnicomprendivo, e cioè inclusivo di ogni e qualsiasi attività, costo od onere effettuata o sostenuti dal fornitore per l'esecuzione di tutte le obbligazioni previste nel contratto, ovvero, in alternativa, espressamente non comprendivo di quelli che nella prassi anglosassone sono stati definiti « *pass-through costs* », termine con il quale vengono identificati tutti i costi inerenti a prestazioni non direttamente effettuate dal fornitore e comunque non riconducibili sotto la sua responsabilità (es. rete di telecomunicazioni, specifiche licenze *software*, assicurazioni, ecc.). Queste voci di costo possono essere espressamente escluse dal corrispettivo contrattuale, prevedendo che esse debbano essere pagate direttamente dal cliente ovvero, se anticipate dal fornitore, rifatturate da questi all'utente in base al loro costo effettivo e documentato.

Le disposizioni contrattuali appena descritte sono destinate ad operare in presenza di un quadro contrattuale stabile, nel quale l'unico mutamento ipotizzato è quello quantitativo del maggiore o minore « consumo » delle risorse già previste al momento della stipula, in relazione alle eventuali oscillazioni del fabbisogno del cliente.

Una variazione dei corrispettivi contrattuali può tuttavia rendersi necessaria anche in presenza di una modifica alle modalità e al contenuto delle prestazioni contrattuali o alla natura e tipologia delle risorse messe a disposizione del cliente, ovvero ancora nell'ipotesi di mutamento del costo di uno o più elementi cui le parti hanno fatto riferimento ai fini della determinazione del corrispettivo di base.

Si è già osservato<sup>36</sup> che, nell'ipotesi di mutamenti connessi ad interventi apportati unilateralmente dal fornitore sulle risorse tecnologiche, dovrebbe essere esclusa per contratto ogni variazione dei corrispettivi contrattuali.

Per quanto riguarda invece eventuali variazioni dei servizi erogati rese necessarie da fattori estranei alla iniziale previsione delle parti<sup>37</sup>, pare difficilmente negabile il diritto del fornitore ad un aumento del corrispettivo la cui determinazione, essendo connessa ad una variazione qualitativa e non meramente quantitativa del servizio, dovrà essere preferibilmente rimessa, in mancanza di accordo tra le parti, ad un terzo arbitratore. Punto di riferimento ai fini di tale valutazione saranno, in primo luogo, i criteri utilizzati al momento della stipula del contratto per la fissazione del corrispettivo base, ovvero il più generale principio secondo cui l'appaltatore non dovrebbe risentire alcun danno dalla variazione dei servizi oggetto del contratto, avendo diritto a ricevere un trattamento economicamente equivalente a quello che avrebbe avuto in assenza di tali mutamenti. A questo proposito non si potrà prescindere dall'eventuale aumento di risorse tecnologiche ed umane richieste al fornitore per far fronte alle variazioni necessarie, dalle maggiori difficoltà di esecuzione e dal miglioramento dei livelli di servizio che indirettamente dovesse derivare dai mutamenti apportati.

Infine, nell'ipotesi di variazione imprevedibile dei costi di produzione dei servizi, a parità di modalità e contenuti delle prestazioni, in mancanza di apposite pattuizioni contrattuali<sup>38</sup>, troverà applicazione la disciplina

<sup>36</sup> Si v. *supra*, par. 2), pp. 856 e ss.

<sup>37</sup> Si v. *supra*, par. 2), p. 856.

<sup>38</sup> Per un esempio di clausola di ade-

guamento prezzo si v. sempre C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 180.

prevista dall'art.1664, primo comma, c.c. in quanto giudicata compatibile con la struttura dell'appalto di servizi ad esecuzione continuata<sup>39</sup>.

È bene evidenziare che, oltre al pagamento del corrispettivo, fanno generalmente capo al cliente una serie di obbligazioni accessorie tra cui, nella gran parte dei contratti, l'acquisizione e gestione del *software* applicativo, l'obbligo di garantire al fornitore la disponibilità di spazi a norma di legge presso la propria sede nella misura necessaria all'esecuzione del contratto, la gestione della modulistica per le stampe e l'onere di ottenere dai terzi interessati il consenso all'eventuale trasferimento dei contratti inerenti il sistema informativo la cui responsabilità sia destinata a passare in capo al fornitore.

## 5. DURATA E CESSAZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO.

Un accordo di *outsourcing* è solitamente un contratto a tempo determinato caratterizzato dalla previsione di un termine di durata pluriennale, che raramente sarà inferiore a 5 anni.

Sulla fissazione di tale termine incidono profondamente sia la necessità del fornitore di rispettare e completare i cicli di ammortamento dei beni acquisiti in occasione della stipula del contratto, sia la considerazione che i benefici economici ed il miglioramento della qualità del sistema, pianificati dal cliente, richiedono più di un esercizio annuale per essere pienamente evidenti.

Nella determinazione della durata dell'accordo, le parti dovrebbero inoltre tenere conto del fatto che un contratto di questo tipo richiede necessariamente un periodo di transizione, nel corso del quale si realizza il trasferimento del sistema informativo in capo al nuovo fornitore<sup>40</sup>, e che pertanto il termine di durata non dovrebbe decorrere dalla data di conclusione del contratto, ma da quella, successiva, di completamento del piano di trasferimento del sistema.

Nell'ipotesi in cui le parti inseriscano una clausola di rinnovo tacito del contratto alla sua scadenza, il periodo minimo di preavviso per l'eventuale disdetta o diniego di rinnovazione automatica dovrà essere piuttosto ampio (certamente non inferiore a 6 mesi), sempre in considerazione dell'estrema complessità e dell'alto grado di integrazione delle rispettive organizzazioni d'impresa che caratterizza questo tipo di rapporti commerciali, e quindi delle difficoltà che il cliente è destinato ad affrontare prima di reperire un diverso fornitore del medesimo servizio o di ritornare ad una gestione « interna » del proprio sistema informativo.

Il contratto può comunque avere termine prima che sia decorso il periodo di durata stabilito dalle parti, per effetto del recesso anticipato di una di esse.

<sup>39</sup> In tal senso si v. Cass., 14 luglio 1980, n. 4514, in *Mass. Giust. Civ.*, 1980 e, relativamente agli appalti pubblici, Cons. Stato, 28 aprile 1976, n. 152, in *Cons. stato*, 1977, I, 1380; Cons. Stato, 9 gennaio 1976, n. 1310, in *Cons. stato*, 1976, I, 986. Per la dottrina GIANNATTASIO,

*Appalto*, cit., pp. 134 e135. Contrario all'applicabilità dell'art. 1664 c.c. all'appalto di servizi è invece RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 499.

<sup>40</sup> Si v. *Condizioni generali di contratto di outsourcing di sistema informativo*, in C. ROSSELLO, *op. ult. cit.*, pp. 175 e 176.

Su questo argomento si impongono alcune riflessioni: prima fra tutte la constatazione che l'ordinamento, anche in mancanza di una espressa patteggiamento in tal senso, riconosce al committente la possibilità di recedere dal contratto<sup>41</sup>.

In secondo luogo la considerazione che, quando l'oggetto del contratto è costituito, come nel caso in esame, da un'intera funzione organizzativa di un'azienda, esiste sempre il rischio che le parti superino un « punto di non ritorno » e cioè entrino in una fase (che solitamente coincide con il periodo iniziale del contratto) nella quale ritrasferire all'interno il settore affidato al fornitore esterno è impossibile senza causare gravi perdite all'azienda stessa<sup>42</sup>.

Quindi, per quanto riguarda la posizione del cliente, più che prevedere in contratto una facoltà di recesso anticipato che, come abbiamo visto, è già riconosciuta dalla legge, sarà importante intervenire escludendo o comunque circoscrivendo entro limiti ben determinati l'entità del credito spettante al fornitore in forza dell'art. 1671 cod. civ., in caso di eventuale esercizio della cennata facoltà da parte del committente.

L'ipotesi del recesso anticipato del fornitore, se espressamente prevista nel contratto, dovrà invece essere esclusa per il periodo che abbiamo denominato « di non ritorno », onde evitare che il cliente si trovi esposto al rischio di un grave pregiudizio.

Al momento della cessazione del contratto, sia essa anticipata o dovuta al normale decorso del termine di durata ovvero ancora imputabile all'inadempiamento di una delle parti, sorge comunque il problema del trasferimento della funzione informativa aziendale ad altro fornitore ovvero del suo ritorno all'interno dell'organizzazione del cliente. Questa fase « *post-contrattuale* » deve necessariamente trovare un'accurata disciplina nel contratto che consenta di affrontare senza conflittualità i problemi che la caratterizzano.

<sup>41</sup> In dottrina, C. CERIANI, *I contratti di outsourcing*, cit., ha sostenuto l'applicabilità al contratto di *outsourcing* dell'art. 1671 cod. civ. nella parte in cui prevede che il committente può recedere dal contratto anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. In generale, hanno affermato l'applicabilità dell'art. 1671 cod. civ. all'appalto di servizi: Cass., 13 luglio 1983, n. 4783, in *Foro it.*, 1984, I, 186; Pret. Bari 21 marzo 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 1287. Contrari a questa tesi RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 500 e CARNELUTTI, *Prestazione continuativa di servizio e recesso unilaterale*, nota a Pret. Bari 21 marzo 1954, cit. In effetti l'applicabilità dell'art. 1671 cod. civ. non appare in linea con l'effettiva natura giuridica della fattispecie contrattuale in esame che abbiamo visto essere riconducibile al tipo dell'appalto di servizi ad esecuzione continuata.

Sembrirebbe quindi più corretto individuare la normativa di riferimento, per il caso di recesso delle parti, nell'ambito della disciplina della somministrazione e, in particolare, nell'art. 1569 cod. civ. che, nell'ipotesi di contratto a tempo indeterminato, riconosce ad entrambe le parti la facoltà di recedere dal contratto, salvo soltanto l'obbligo del preavviso e di provvedere al pagamento delle prestazioni già eseguite dal fornitore o in corso di esecuzione.

<sup>42</sup> R.P. BIGELOW, *Computer contracts. Negotiating and drafting guide. The facilities management contract.*, cit., p. 75. Sulla necessità di individuare tecniche di conservazione del contratto alternative alla risoluzione, di per sé insoddisfacente nella situazione di « monopolio bilaterale » venutasi a creare tra le parti, quale caratteristica di fondo di tutti i contratti ad oggetto informatico cfr. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., p. 26 s.

Innanzitutto occorre tenere presente che la gran parte degli accordi di *outsourcing* prevede, oltre alla prestazione del servizio, l'acquisizione convenzionale dell'intero settore informatico dell'azienda cliente da parte del fornitore (c.d. *transfer outsourcing*)<sup>43</sup> e che pertanto, al termine del contratto, le parti dovranno necessariamente porre in essere il processo inverso di trasferimento della proprietà di tali *assets* in capo al committente.

Questa operazione contrattuale è tuttavia resa più complessa dai mutamenti, spesso assai rilevanti, che l'apparato *edp* oggetto dell'accordo avrà subito nel corso dello svolgimento del rapporto; entrambe le parti hanno infatti interesse a che il sistema non divenga obsoleto e le sue componenti *hardware* e *software* vengano costantemente aggiornate, mediante nuovi investimenti, da parte del fornitore. Quest'ultimo inoltre, al fine di realizzare quelle economie di scala che costituiscono la sua principale fonte di profitto, tenderà ad integrare in maniera sempre più radicale il settore informatico dell'utente con la propria organizzazione d'impresa, rendendo in tal modo progressivamente più labile ed indefinita la linea di confine tra la sua azienda ed il complesso dei beni e del personale che facevano capo al cliente.

Nella fase di redazione del contratto di *outsourcing* le parti dovranno quindi avere ben presenti queste difficoltà future e cercare di porre in essere una disciplina contrattuale che consenta di raggiungere i seguenti obiettivi<sup>44</sup>:

- l'identificazione dell'apparato di beni, personale e contratti vari che costituisce il sistema informativo aziendale del cliente, sia al momento della conclusione dell'accordo, sia nel corso del suo svolgimento;

- il corretto mantenimento di tutti i beni che costituiscono il sistema informativo oggetto del contratto e che dovranno essere restituiti al cliente al momento della sua cessazione o risoluzione;

- la protezione di tutte le informazioni necessarie per l'operatività del sistema e la loro piena accessibilità da parte del committente al termine del rapporto;

- la preventiva fissazione di un meccanismo di determinazione del prezzo di trasferimento delle componenti del sistema al cliente;

- evitare o comunque minimizzare gli effetti di un eventuale fallimento del fornitore del servizio.

- assicurare al cliente che l'operatività del suo sistema informativo non subirà alcuna interruzione nella fase di dismissione dei servizi da parte del fornitore.

I principali accorgimenti utilizzabili a tale fine sono:

- redazione di un inventario di tutti i beni, materiali e immateriali, servizi, anche di proprietà di terzi o forniti da terzi, che costituiscano o comunque siano necessari per il funzionamento del sistema informativo del cliente al momento della conclusione dell'accordo, nonché la creazione di un sistema di registrazione e monitoraggio di essi durante lo svolgimento del rapporto;

<sup>43</sup> Per le varie tipologie di accordi di *outsourcing* si v. *supra*, par. 2), p. 852.

<sup>44</sup> Le osservazioni che seguono sono in

gran parte tratte da M. MOSS-M. GORDON, *Outsourcing. Planning for the inevitable disentanglement*, in *Comp. lawyer*, 1992, n. 12.

— definizione dei principi che dovranno regolare l'aggiornamento e gli eventuali mutamenti delle varie componenti del sistema nel corso dell'esecuzione del contratto;

— previsione di un diritto di veto del cliente su ogni acquisizione di nuove componenti *hardware* o *software*;

— la redazione di un manuale contenente tutte le procedure operative relative all'esecuzione dei servizi erogati dal fornitore;

— l'obbligo del fornitore di assicurarsi il preventivo consenso di tutti i terzi (es. produttori di *software* o società di *leasing*) aventi diritti sulle componenti del sistema, al trasferimento di esse in capo al committente o al nuovo fornitore da quest'ultimo prescelto;

— assicurare l'accesso del cliente a tutta la documentazione tecnica ed ai codici sorgente relativi al nuovo *software*;

— disciplinare i diritti di privativa intellettuale derivanti dallo svolgimento delle attività oggetto del contratto, ripartendone la proprietà tra il fornitore ed il cliente ed assicurando comunque un diritto di licenza perpetuo ed illimitato a favore del cliente<sup>45</sup>;

— stabilire l'obbligo del fornitore di conservare i beni materiali costituenti il sistema informativo facente capo al cliente e di provvedere alle necessarie coperture assicurative;

— ribadire la piena proprietà del cliente su tutti i dati e le informazioni che sono state oggetto dei servizi di elaborazione da parte del fornitore, stabilendo l'obbligo di quest'ultimo di provvedere alla loro sicurezza e riservatezza<sup>46</sup> e di restituirli secondo i tempi, le modalità, i supporti ed i costi già concordati o da concordarsi, possibilmente secondo criteri predeterminati;

— l'obbligo del fornitore di partecipare alla predisposizione di un piano di « migrazione », secondo i principi già utilizzati per la fase di transizione successiva alla conclusione del contratto, e di dare attuazione a detto piano, dando piena collaborazione all'eventuale nuovo fornitore esterno;

— l'obbligo del fornitore di continuare ad eseguire il servizio anche per un congruo periodo successivo al termine del contratto o alla sua risoluzione, sino a che il sistema informativo del cliente non sarà autonomamente operativo, per essere stato ritrasferito all'interno dell'azienda di quest'ultimo ovvero ad un nuovo fornitore esterno;

— nel caso in cui il cliente scelga di ritornare ad una gestione « interna » del proprio sistema *edp*, l'obbligo del fornitore di provvedere all'addestramento del personale necessario per l'esecuzione delle attività che vengano nuovamente trasferite.

Per quanto riguarda il rischio di fallimento del fornitore e la necessità di evitare le conseguenze negative che da tale situazione deriverebbero al cliente (eventualità di un'improvvisa interruzione del servizio, impossibilità di recuperare la proprietà di quelle componenti del sistema che erano state temporaneamente trasferite al fornitore, ecc.), non sembra che esista

<sup>45</sup> Sull'argomento si v. *infra*, par. 7), p. 867.

<sup>46</sup> Si v. *infra*, par. 8), pp. 868 e ss.

alcun rimedio di natura esclusivamente contrattuale idoneo a soddisfare tale esigenza.

L'unica soluzione efficace pare essere di tipo strategico e dovrebbe consistere nell'impostare l'intero accordo di *outsourcing*, secondo lo schema del c.d. *joint-venture outsourcing*, richiedendo al fornitore la creazione di una specifica società da lui controllata, la cui unica attività d'impresa sia l'acquisizione del sistema informativo del cliente e la sua gestione secondo le condizioni stabilite nel contratto di *outsourcing*. In questo modo si otterrebbe il risultato di « isolare » il patrimonio attinente a tale sistema dalle influenze e dai rischi delle altre attività d'impresa svolte dal fornitore, custodendolo in una società caratterizzata da un flusso di ricavi sicuro e costante e da obiettivi prefissati che consentono di prevedere in anticipo gli investimenti necessari ed, in buona parte, i costi di esercizio. Inoltre il cliente potrebbe assumere una posizione di socio di minoranza in tale società, esercitando una vasta gamma di poteri di controllo e supervisione che, nell'ambito del semplice contratto di fornitura del servizio, gli sarebbero preclusi.

## 6. INADEMPIMENTO E RESPONSABILITÀ.

La normativa di riferimento applicabile al contratto di *outsourcing* in caso di inadempimento di una delle parti è costituita dalle disposizioni previste nella parte generale del codice civile dedicata ai contratti (Libro IV, Titolo II, Capo XIV — artt. 1453 e ss), cui si affiancano gli artt. 1667 e 1668 cod. civ. in materia di appalto e l'art. 1564 in tema di somministrazione<sup>47</sup>.

Il quadro generale ricavabile dall'esame delle norme sopracitate conferma la rilevanza, ai fini di un'eventuale risoluzione del contratto, del presupposto costituito dalla gravità dell'inadempimento e ciò sia con riguardo alla posizione del cliente che a quella del fornitore.

Per il primo, il combinato disposto degli artt. 1455 e 1564 cod. civ. non lascia dubbi circa la necessità che il suo eventuale inadempimento possa giustificare la risoluzione solo se rivesta notevole importanza e sia tale da menomare la fiducia dell'altra parte nell'esattezza dei successivi adempimenti.

Per quanto riguarda la posizione del fornitore, anche nell'ipotesi in cui non possa trovare applicazione la normativa generale<sup>48</sup>, dovendo entrare in funzione lo speciale meccanismo previsto dall'art. 1668 cod. civ. relativamente alla garanzia per vizi e difformità, la risoluzione del contratto

<sup>47</sup> Nel senso dell'applicabilità dell'art. 1564 cod. civ. agli appalti di servizi, in base al richiamo contenuto nell'art. 1677 c.c., si è espressa la giurisprudenza più recente. Si v. in particolare T. Napoli, 24-11-1994, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1995, p. 42; T. Catania, 28-09-1990, in *Giur. merito*, 1992, p. 605; P. Napoli, 03-03-1990, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, p. 1077.

<sup>48</sup> È opinione ormai consolidata che le disposizioni specifiche in tema di inadempimento del contratto di appalto (artt. 1667-1668 cod. civ.) integrano, ma non escludono i principi generali in materia di inadempimento contrattuale, applicabili questi ultimi quando non ricorrono i presupposti delle norme speciali. Sul punto si v. Cass., 16/10/1995, n. 10772, in *Mass. Foro it.*, 1995.

sarà comunque subordinata alla circostanza che le conseguenze dell'inadempimento dell'appaltatore siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione<sup>49</sup>.

Dalle suesposte considerazioni emerge pertanto che le parti, a meno che non accettino di subordinare l'eventualità di una risoluzione del contratto ad un accertamento rimesso alla discrezionalità del giudice nel valutare la gravità delle mancanze della parte inadempiente, dovranno necessariamente fare ricorso allo strumento della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 cod. civ.<sup>50</sup>.

Il contenuto di tale clausola sarà strettamente collegato, per quanto riguarda l'inadempimento del fornitore, allo specifico sistema di garanzie poste a carico di quest'ultimo nell'ambito del contratto<sup>51</sup>. In altre parole lo scopo di una previsione contrattuale delle cause di risoluzione di diritto, sarà quello di richiamarsi alle specifiche garanzie contrattuali fornite da ciascuna delle parti, stabilendo la soglia minima oltre la quale il mancato raggiungimento dei risultati associati a tali obbligazioni potrà giustificare la risoluzione del contratto, e così sottraendo tale valutazione alla discrezionalità dell'organo che sia chiamato a dirimere un'eventuale controversia<sup>52</sup>.

Nel predisporre la clausola in esame, le parti dovranno comunque tenere ben presente che la risoluzione del contratto di *outsourcing*, soprattutto per il cliente, può risultare in molti casi un male peggiore degli inadempimenti verificatisi nel corso della sua esecuzione<sup>53</sup>, avendo quindi cura di specificare che è sempre facoltà della parte adempiente di non avvalersi della clausola risolutiva espressa e di agire per il corretto adempimento del contratto, fatto salvo ovviamente il diritto al risarcimento del danno.

Prima ancora di esaminare il profilo dei danni risarcibili a seguito dell'inadempimento contrattuale, occorre preliminarmente affrontare la questione dell'efficacia dell'eventuale risoluzione e, in particolare, verificare se nel contratto di *outsourcing* essa abbia o meno natura retroattiva. Sull'argomento incidono con particolare rilevanza i risultati cui si è pervenuti a proposito della qualificazione giuridica di questo tipo di contratto<sup>54</sup>: la

<sup>49</sup> Secondo RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., p. 404, « l'aver richiesto una idoneità totale dell'opera importa che nell'appalto il legislatore ha non solo specificato l'estremo generico della gravità dell'inadempimento, posto dall'art. 1455 cod. civ., ma ha derogato a quest'ultima norma generale, richiedendo una gravità maggiore di quella ordinariamente sufficiente ».

<sup>50</sup> Sul ruolo della clausola risolutiva espressa ai fini della predeterminazione dell'importanza di un determinato inadempimento contrattuale si v. Cass., 26 novembre 1994, n. 10012, in *I Contratti*, 1995, 145; Cass., 28 gennaio 1993, n. 1029, in *Foro it.*, 1993, I, 1470; Cass., 4 dicembre 1991, in *Mass. Foro it.*, 1991; Cass., 27 giugno 1987, n. 5710, in *Mass. Foro it.*, 1987 e Cass., 8 luglio 1983, n. 4591, in *Mass. Foro it.*, 1983.

<sup>51</sup> Si v. *supra*, par. 3), pp. 856 e ss., a proposito dell'obbligazione del fornitore di garantire il raggiungimento ed il mantenimento di determinati standards e livelli di servizio.

<sup>52</sup> Si tenga presente che nell'appalto la clausola risolutiva espressa viene ritenuta valida ed efficace solo se riferita a vizi dell'opera predeterminati e specificati e non anche se pattuita genericamente per qualsiasi difetto.

<sup>53</sup> A questo proposito vale quanto già osservato in tema di recesso facoltativo delle parti (si v. *supra*, par. 5), p. 860). Sul punto si v. anche M. REBEIRO, *Information technology outsourcing: negotiating the legal and commercial minefield*, cit., p. 77.

<sup>54</sup> Si v. *supra*, par. 1), pp. 852 e ss.

sua natura di appalto di servizi ed il carattere continuato o periodico delle prestazioni, una volta che sia terminata la fase di transizione ed avviamento del nuovo sistema, inducono infatti a negare che, in linea generale, l'eventuale risoluzione si estenda alle prestazioni già eseguite. Ciò non significa ovviamente che, in caso di inadempimento del fornitore, tutte le prestazioni da questi eseguite prima della risoluzione del contratto debbano essere ugualmente pagate. In questa ipotesi il corrispettivo dovrà infatti essere adeguatamente ridotto in proporzione alla minore utilità ricavata dal cliente e salvo comunque il diritto al risarcimento dei danni. Se addirittura i servizi resi dal fornitore siano stati così inferiori agli *standards* e così difettosi da impedire al committente di trarne una qualche utilità, allora il diritto al compenso potrà essere interamente negato, senza con ciò contraddire la regola appena affermata circa l'irretroattività della risoluzione, essendo tale conseguenza una pura e semplice applicazione del diritto alla riduzione del prezzo<sup>55</sup>.

Sia nell'ipotesi di risoluzione che in quella in cui la parte adempiente preferisca agire per l'esatto adempimento, il contraente inadempiente sarà tenuto all'integrale risarcimento del danno contrattuale imputabile al proprio comportamento.

L'individuazione dell'esatta portata di tale responsabilità e la sua corretta valutazione economica sono le due problematiche di maggiore complessità, anche in virtù del particolare oggetto del contratto di *outsourcing* di sistema informatico.

I principi generali in materia di responsabilità contrattuale devono infatti essere opportunamente adattati alla particolare natura di un accordo come quello in esame, dove le conseguenze più gravi di un malfunzionamento non sono quasi mai di tipo diretto, semplicemente riconducibili ad una perdita di beni o altri investimenti materiali dell'azienda cliente.

La reale incidenza economica del sistema *edp* non è data dal suo costo, ma dal ruolo essenziale che esso svolge nella totalità delle attività di gestione e produzione dell'impresa, per cui un suo inadeguato funzionamento o addirittura il suo blocco si traducono quasi istantaneamente in una serie di *danni* provocati dal complessivo peggioramento dell'intera attività aziendale<sup>56</sup>.

Il rischio da inadempimento contrattuale che grava sul fornitore del servizio è quindi costituito dai seguenti fattori<sup>57</sup>:

- danni fisici;
- conseguenze dell'interruzione o cattivo funzionamento del servizio<sup>58</sup>;

<sup>55</sup> In tal senso, per la dottrina, RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., p. 410.

<sup>56</sup> Si v. sull'argomento S. TRAVERSO, *Assicurazione e software*, in *Dir. inform. e inf.*, 1987, pp. 312 e ss.

<sup>57</sup> Sul punto si richiama la dottrina in materia di danno informatico e, in particolare ROSSELLO, *La responsabilità da inadeguato funzionamento di programmi per elaboratore elettronico: aspetti e problemi dell'esperienza nord-americana*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p. 123 ss (e più re-

centemente Id., *I contratti dell'informatica*, cit., p. 16 s.); G. FINOCCHIARO, *Il danno informatico*, in *Contr. e impr.*, 1992, pp. 1190 e ss.; G.B. FORLINO, *Assicurazione e diritto informatico: i contratti assicurativi di base*, in ALPA e ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, pp. 361 e ss..

<sup>58</sup> Le perdite da interruzione sono state identificate, tra l'altro, nella perdita di contratti o di immagine sul mercato con

— costi di ripristino della piena operatività del sistema<sup>59</sup>.

La valutazione economica di tali rischi, se non presenta particolari problemi per la prima e per la terza voce<sup>60</sup>, è invece assai problematica per quel che concerne le perdite conseguenti all'interruzione del servizio, a causa delle difficoltà obiettive che si incontrano nel fornire la prova del nesso causale ex art. 1223 cod. civ. o addirittura dell'esistenza stessa del danno, dell'entità della perdita e, non ultimo trattandosi di responsabilità contrattuale, della sua prevedibilità<sup>61</sup>.

Questo ampio margine di indeterminazione si scontra con le principali esigenze dei due contraenti: il fornitore deve cercare, per quanto possibile, di traslare verso terzi il rischio da inadempimento mediante la stipula di apposite coperture assicurative, mentre il cliente ha la necessità di poter contare su un meccanismo che gli consenta un pronto ed immediato ristoro delle perdite subite, evitandogli di dover ricorrere ad un lungo e complesso contenzioso e consentendogli, in questo modo, anche di esercitare una ragionevole pressione psicologica nei confronti del fornitore.

È per questi motivi che, nella prassi contrattuale, si assiste al costante utilizzo di specifiche pattuizioni volte all'esclusione della responsabilità del fornitore per i danni (definiti impropriamente come) indiretti ed all'inserimento di clausole penali.

conseguente perdita di clientela, spese finanziarie indotte dall'utilizzazione dell'informatica, perdite per responsabilità professionale o contrattuale, perdite per responsabilità civile di gestione aziendale (gestione paghe o contabilità), gestione transazioni bancarie o di controllo e regolamentazione dei processi industriali, perdite per responsabilità civile da prodotto, responsabilità civile per perdita di dati ed informazioni. L'elencazione è riportata da STORACE, *La copertura assicurativa del rischio informatico*, in questa *Rivista*, 1986, pp. 652 e ss.

<sup>59</sup> Le principali componenti di questa voce di danno sono i costi aggiuntivi del personale (straordinari, festività e ferie non godute, trasferte), incarichi a consulenti esterni, costi di progettazione e attuazione di nuovi stampati per la manualizzazione temporanea di procedure precedentemente informatizzate, costi di utilizzo e avviamento di eventuale sistema sostitutivo, ecc. Si v. sempre STORACE, *op. cit.*, p. 658.

<sup>60</sup> Per i danni fisici come per gli oneri connessi alla prosecuzione del servizio esistono una molteplicità di criteri di riferimento (costo di acquisizione, valore di bilancio, valore di mercato, ecc.) tali da consentire di raggiungere risultati ampiamente affidabili.

<sup>61</sup> Sull'argomento si v. FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 1190 e ss. Secondo tale A., poiché nella gran parte dei casi le perdite indirette riguardano la mancata realizzazione di eventi futuri ed incerti, la dimostrazione

dell'esistenza stessa del danno potrà essere fornita solo facendo riferimento alla perdita delle possibilità di realizzazione dell'evento favorevole piuttosto che all'evento stesso (si tratta della teoria che sostiene il risarcimento della cd. *perdita di chance*, per la quale si rinvia a BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, pp. 47 e ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il danno per la perdita di un'utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, pp. 213 e ss.; GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, pp. 141 e ss). Per quanto attiene alla valutazione dei danni di questo genere, lo strumento più efficace sembra essere la determinazione equitativa ad opera del giudice ex art. 1226 cod. civ. (per un'applicazione in campo informatico si v. Trib. Roma, 20 novembre 1987, in questa *Rivista*, 1988, pp. 492 e ss.). Il limite costituito dalla risarcibilità dei soli danni prevedibili, si fonda sull'assunto secondo cui la multifunzionalità degli strumenti informatici renderebbe impossibile o comunque estremamente difficile prevedere le varie tipologie di danni connesse ad un malfunzionamento. Detto assunto viene solitamente superato facendo riferimento, come parametro per l'individuazione del danno risarcibile, alla specifica attività svolta dal cliente e, soprattutto, sostenendo la prevedibilità di tutte quelle conseguenze riconducibili al mancato rispetto di specifiche garanzie di risultato.

Le prime, restringendo l'ambito del rischio contrattuale gravante sul fornitore, permettono a quest'ultimo di far coincidere l'area della sua responsabilità con quella coperta dalle proprie polizze assicurative che, per le ragioni appena viste, non si estendono mai alle perdite di carattere finanziario<sup>62</sup>. Detta tipologia di clausole contrattuali deve ritenersi generalmente valida, specie se inserita in un contratto tra imprese com'è l'*outsourcing*, con il solo limite inderogabile fissato dall'art. 1229 cod. civ., secondo cui è da ritenersi nulla la previsione contrattuale in forza della quale una parte venga preventivamente esonerata da responsabilità per inadempimento doloso o gravemente colposo<sup>63</sup>.

Le clausole penali comportano una preventiva quantificazione tra le parti dell'entità del danno risarcibile in caso di inadempimento di una di esse ed esonerano il danneggiato da qualsiasi onere probatorio in merito: esse sono largamente utilizzate in ogni contratto di appalto e quindi trovano costante applicazione anche nell'*outsourcing* di sistema informativo<sup>64</sup>. Se non viene espressamente fatta salva la risarcibilità del danno ulteriore secondo le regole generali, la clausola penale può costituire di per sé un efficace strumento di limitazione quantitativa della responsabilità contrattuale.

In ultima analisi, non va dimenticata la disciplina dettata dall'art. 1227, secondo comma, cod. civ., a proposito del danno evitabile con l'ordinaria diligenza: in ossequio a tale principio si può sostenere che, nel contratto di *outsourcing*, il cliente abbia l'onere di prevedere e disciplinare l'operatività di un servizio di *disaster recovery*<sup>65</sup> e che, in mancanza di tale strumento, egli non possa pretendere il risarcimento di quella parte dei danni che si sarebbero potuti evitare con l'entrata in funzione di detto servizio.

## 7. I CONTRATTI COLLEGATI — LA DISCIPLINA DELL'UTILIZZO DEL SOFTWARE.

Nell'ambito dei vari contratti collegati, necessari per l'esecuzione dell'accordo di *outsourcing* del sistema informativo, quelli aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o del diritto d'uso del software suscitano indubbiamente le maggiori problematiche.

La prima ipotesi che va presa in considerazione riguarda l'esistenza di programmi di proprietà di terzi che siano utilizzati dal cliente nel proprio sistema in base ad un normale contratto di licenza d'uso.

<sup>62</sup> Si v. sempre S. TRAVERSO, *op. cit.*, p. 618.

<sup>63</sup> Si v. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, pp. 40 e ss; BESSONE, *Les clauses de limitation et d'exclusion de la responsabilité en droit italien*, in *Rapports nationaux au IX Congrès International de droit comparé*, (Teheran 1974), Milano, 1974, pp. 138 e ss, traduzione italiana in *Riv. dir. comm.*, 1974, pp. 323 e ss.

<sup>64</sup> Si v. M. MELDOLI, *Le clausole del contratto di outsourcing*, cit., p. 648; *Condizioni generali di contratto di outsourcing di sistema informativo*, in C. ROSSELLO, *op. cit.*, p. 179.

<sup>65</sup> Il servizio di *disaster recovery* ha lo scopo di garantire all'utente la continuità delle prestazioni essenziali del sistema edp anche nell'ipotesi di interruzione totale dei servizi da parte del fornitore. Per una più ampia descrizione si v. C. ROSSELLO, *op. cit.*, pp. 126 e ss.

Qualora le parti abbiano convenuto che tali programmi debbano continuare ad essere utilizzati anche nell'esecuzione del contratto di *outsourcing*, sorge infatti l'esigenza di garantire al fornitore del servizio la possibilità di lavorare con tali programmi in piena legittimità e senza commettere alcuna violazione dei contratti di licenza in essere con i terzi proprietari del *software*.

Tuttavia questa esigenza difficilmente può essere realizzata senza un diretto coinvolgimento di tali soggetti e, in particolare, in mancanza del loro consenso espresso in merito all'utilizzazione dei programmi da parte del fornitore del servizio.

Ciò a causa, in primo luogo, della stessa normativa in materia di tutela del *software*, in base alla quale il concetto di *riproduzione* di un programma è tale da ricomprendere anche il semplice utilizzo dello stesso<sup>66</sup>. Con la conseguenza che l'uso, in quanto comporta sempre una riproduzione del software, debba essere autorizzato dall'autore o dal soggetto titolare dei diritti di sfruttamento del programma<sup>67</sup>.

In secondo luogo, perché le clausole dei contratti di licenza d'uso più diffusi nella comune prassi contrattuale prevedono diverse restrizioni alle possibilità di utilizzo del programma da parte del licenziatario, tra cui l'obbligo di utilizzo su una o più macchine determinate ed il tassativo divieto di trasferire a terzi i diritti e le facoltà che formano oggetto del contratto di licenza.

L'indispensabilità del consenso da parte dei terzi titolari dei diritti di sfruttamento del *software* in questione non potrebbe peraltro legittimare comportamenti volti ad imporre al licenziatario o alla società di *outsourcing* condizioni contrattuali inique quale contropartita per l'ottenimento della suddetta autorizzazione. A questo proposito, un efficace punto di riferimento al fine di ricercare, anche a livello normativo, un criterio distin-

<sup>66</sup> Si v. R. RISTUCCIA-V. ZENO-ZENCovich, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, in *Dir. inf. e informat.*, 1994, pp. 233 e ss, secondo cui « l'obiettivo del legislatore è stato quello di riservare all'autore del programma non solo la riproduzione, ma anche l'uso dello stesso. Sotto le vesti del diritto di autore si è in sostanza introdotta un'esclusiva dal contenuto analogo a quello delle privative industriali ».

<sup>67</sup> L'art. 64-ter, n. 1) l. dir. aut. prevede che « Salvo patto contrario, non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64-bis, lettere a) e b), allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori ». La deroga così introdotta alle attività riservate è necessaria per consentire l'utilizzo del programma e la correzione degli errori, che vengono in tal modo ricondotte alle « libere utilizzazioni » e che diversamente, in assenza di tale deroga, richiederebbero l'autorizzazione del titolare dei diritti sul programma.

Peraltro la disposizione in questione fa salvo ogni patto contrario. Di conseguenza, il diritto dell'utilizzatore ad effettuare le attività di riproduzione ecc. di cui alla lett. a) e le attività di traduzione, adattamento, trasformazione e modificazione di cui alla lett. b) dell'art. 64-bis, in quanto necessarie per l'uso del programma, potrebbe essere circoscritto e limitato rispetto alla previsione di legge da apposite clausole contrattuali. Secondo una certa interpretazione dottrinale, comunque, le attività di caricamento e di svolgimento del programma indispensabili per l'uso (conforme a destinazione) di una copia che si ha diritto di utilizzare in base ad un valido titolo (ad es. licenza d'uso), nonché la correzione degli errori, farebbero parte di un « nucleo minimo essenziale » dei diritti dell'utilizzatore, non intaccabile per contratto (cfr. in argomento ROSSELLO, *I contratti dell'informatica nella nuova disciplina del software*, cit., pp. 52-55, ove ulteriori riferimenti).

tivo tra condizioni e comportamenti contrattuali legittimi e non, potrebbe essere individuato nelle disposizioni di cui agli artt. 85 e 86 del trattato CEE e, per le fattispecie meramente interne, negli artt. 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990 n. 287<sup>68</sup>.

Se infatti l'esistenza o l'essenza di un diritto di proprietà intellettuale deve essere considerata immune, in forza del disposto dell'art. 222 del Trattato di Roma, dall'applicazione della normativa comunitaria posta a tutela della concorrenza, le concrete modalità di esercizio di tale diritto non possono dirsi a priori sottratte dalla sfera di influenza delle regole suddette<sup>69</sup>.

In particolare, l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale non è contrario all'art. 86 solo nel caso in cui un'impresa che occupi una posizione dominante sul mercato non utilizzi tale diritto quale strumento per abusare della posizione stessa ovvero qualora esso, in base alle specifiche condizioni economiche e contrattuali con le quali viene esercitato dal titolare, non abbia l'effetto di limitare la concorrenza<sup>70</sup>.

Alla luce di questi principi, le clausole dei contratti di licenza di programmi per elaboratore volte a circoscrivere l'uso del *software* nell'ambito di ben determinate finalità, luoghi e periodi temporali, ovvero contenenti divieti di trasferimento a terzi dei programmi, potrebbero ritenersi illegittime qualora travalichino l'interesse del licenziante di assicurarsi un'adeguata remunerazione in proporzione al concreto utilizzo del programma<sup>71</sup>.

Ciò potrebbe verificarsi proprio nell'ipotesi in cui simili clausole vengano utilizzate al solo fine di esercitare una pura e semplice restrizione allo sfruttamento del prodotto da parte del licenziatario ovvero vengano strumentalizzate al fine di esercitare un arbitrario rifiuto di concessione dell'autorizzazione all'uso del programma, o per imporre condizioni non eque, royalties eccessive o comunque non dovute, ovvero ancora obblighi di approvvigionamento di particolari servizi di manutenzione non giustificati dalle esigenze tecniche di mantenimento della qualità del prodotto.

Proprio l'ipotesi che qui ci interessa, e cioè l'uso del programma non solo da parte dell'originario licenziatario ma anche da parte del fornitore del servizio di *outsourcing*, non sembra costituire una minaccia verso il citato diritto del titolare del *software* ad una giusta remunerazione. Con la stipula del contratto di *outsourcing* la dimensione quantitativa di utilizzo e sfruttamento del programma non può ritenersi mutata, in quanto il fornitore si avvarrà del *software* soltanto al fine di soddisfare le originarie esigenze del licenziatario. Appare quindi ragionevole sostenere che i

<sup>68</sup> Sul punto si v. R. RINALDI, *Considerazioni in tema di direttiva comunitaria sul software e applicabilità degli artt. 85 e 86 del trattato di Roma alle licenze di software*, in *Dir. ind.*, 1993, p. 217.

<sup>69</sup> Si v. sempre R. RINALDI, *op. cit.*, p. 225.

<sup>70</sup> Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si v. Hoffmann-La Roche vs. Centrafarm, caso 102/77, in *ECR*, 1978,

p. 1139; Consorz. It. Componentistica Ricambio Auto e Maxicar vs. Regie National des Usines Renault, caso 53/87, in 4 *CMLR*, 1988, p. 332; Volvo vs. Enkveng Ltd, caso 238/87, in 4 *CMLR*, 1989, p. 122. Con riguardo all'applicazione dell'art. 85, Coditel vs. Ciné Vog Film, caso 262/81, in *ECR*, 1982, p. 3381.

<sup>71</sup> La Commissione CEE (*Green paper on the Copyright and the Challenge of*

soggetti titolari dei diritti sul *software*, all'atto di concedere o meno l'autorizzazione al licenziatario di trasferire la licenza al fornitore del servizio di *outsourcing* o comunque di autorizzare quest'ultimo all'uso dei programmi, siano comunque tenuti a non adottare comportamenti (es. rifiuto arbitrario, richiesta di ulteriori corrispettivi non commisurati ad un più ampio utilizzo del *software*) che possano dirsi in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza.

Ad ogni buon conto, a prescindere da ogni valutazione circa la discrezionalità e sindacabilità del potere dei terzi proprietari dei diritti sul *software*, il problema dell'ottenimento della loro autorizzazione dovrà necessariamente essere affrontato nella fase precedente la stipula del contratto di *outsourcing*<sup>72</sup>.

In particolare, il cliente dovrà preliminarmente effettuare una capillare revisione al fine di assicurarsi che tutti i programmi utilizzati nel proprio sistema informativo siano muniti delle necessarie licenze d'uso. Una volta compiuto tale accertamento, dovrà negoziare con i terzi il necessario consenso all'uso dei programmi da parte del fornitore. Questo consenso potrà consistere in un trasferimento delle licenze d'uso direttamente in capo alla società di *outsourcing*, ovvero in una semplice autorizzazione preventiva che consenta al fornitore di utilizzare il *software* per tutta la durata del contratto di *outsourcing*<sup>73</sup>. Il fornitore del servizio potrà partecipare in prima persona a queste attività ovvero rimanerne estraneo limitandosi ad inserire nel contratto un'apposita clausola nella quale il cliente garantisca espressamente che il diritto di utilizzare il *software* applicativo e di sistema sia assicurato da idonee licenze d'uso.

---

*Technology*, 1988, par. 5.6.12, p. 191), con specifico riferimento ai programmi per elaboratori, ha riconosciuto che il titolare di essi ha il diritto esclusivo di autorizzarne la riproduzione. Ne consegue che egli è altresì autorizzato, in base ai principi in materia di diritto d'autore, a limitarne l'uso in base al tempo, al fine e al luogo ove tale uso può essere effettuato. Queste restrizioni, sempre secondo la Commissione, sono giustificate in quanto tendano ad assicurare che il licenziante ottenga una remunerazione che corrisponda all'effettivo uso da parte del licenziatario. Si v. inoltre Corte di Giustizia, *Coditel vs. Ciné Vog Films* (n. 1), caso 62/79, in *ECR*, 1980, p. 881; *Coditel vs. Ciné Vog Films* (n. 2), caso 262/81, *cit.*; *Warner Bros.*, caso 156/86, in *ECR*, 1988, p. 2605 ove la Corte ha stabilito che il diritto ad una giusta remunerazione costituisce parte dell'«essenza» dei diritti di proprietà intellettuale del licenziante.

<sup>72</sup> In caso contrario, alla luce delle considerazioni svolte all'inizio di questo paragrafo, la società fornitrice del servizio ed il cliente restano esposti a tutte le responsabilità previste dalla vigente normativa nell'ipotesi di violazione dei diritti dell'autore o del titolare del software. Un

esempio di tali rischi ci viene offerto dalla cronaca giudiziaria degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, dove la *Computer Associates* ha lanciato un'azione legale contro la EDS (uno dei maggiori operatori mondiali nel campo dell'*outsourcing*) e contro una controllata inglese di tale società, proprio adducendo una violazione dei propri diritti di proprietà intellettuale per utilizzo non autorizzato, da parte di EDS, dei propri programmi. Il caso è stato successivamente transatto dalle parti con la stipula di un accordo globale, in forza del quale EDS si è garantita una licenza illimitata, per sé e per tutti i propri clienti presenti e futuri, avente ad oggetto il *software* prodotto da *Computer Associates*.

<sup>73</sup> Tra le due soluzioni la seconda appare senza dubbio preferibile. Trasferire la licenza al fornitore significa che, nell'ipotesi di risoluzione o di scioglimento del contratto di *outsourcing*, il cliente dovrà negoziare con i terzi anche la risoluzione della licenza d'uso o il suo nuovo trasferimento. Mantenere la titolarità dei contratti di licenza consente invece di assicurarsi il pieno controllo delle relazioni con i licenzianti senza che l'eventuale risoluzione del contratto di *outsourcing* possa avere alcuna ripercussione su tali rapporti.

Decisamente meno problematica dovrebbe invece presentarsi la disciplina contrattuale dell'utilizzo dei programmi quando la proprietà degli stessi compete direttamente ad una delle parti del contratto di *outsourcing*.

Una simile ipotesi si verifica quando venga deciso di mantenere l'uso di *software* già esistente e di proprietà del cliente<sup>74</sup>, oppure quando sia stato pianificato l'impiego di programmi provenienti dal fornitore, o perché già esistenti e di proprietà di quest'ultimo, ovvero ancora perché non ancora esistenti, ma destinati ad essere sviluppati dal fornitore nell'arco dell'esecuzione del contratto di *outsourcing*.

In questo caso, non essendo coinvolti soggetti estranei al contratto principale, nessun problema sorge, ovviamente, circa ogni necessaria autorizzazione reciproca all'utilizzo del *software* in questione, che può anche ritenersi implicita nella stipula stessa dell'accordo di *outsourcing*. L'unica fattispecie meritevole di una disciplina contrattuale *ad hoc*, dovrebbe essere quella relativa ai programmi specificamente sviluppati dal fornitore nell'ambito dello stesso accordo di *outsourcing*. In quest'ultimo caso, trattandosi di *software* che verrà ad esistenza soltanto dopo la stipula di tale contratto, le parti dovranno stabilire a chi competerà la proprietà dei programmi e predisporre i necessari strumenti negoziali volti a garantire al cliente la possibilità di usare tale *software* anche dopo il termine del contratto di *outsourcing*.

Questa problematica potrà essere risolta, come del resto avviene nella prassi contrattuale relativa ai contratti di sviluppo<sup>75</sup>, secondo una delle seguenti modalità alternative: attribuendo la proprietà e tutti i diritti di utilizzazione economica dei programmi direttamente al cliente, oppure stabilendo che, pur rimanendo il *software* di proprietà del fornitore, al cliente compete un contratto di licenza d'uso illimitato sia nel tempo che nello spazio, destinato quindi a rimanere in vigore anche una volta cessato il rapporto contrattuale con il fornitore, che assicuri al cliente la facoltà di trasferire l'uso dei programmi in capo ad un nuovo fornitore di servizi di *outsourcing*.

Qualora venga percorsa la seconda alternativa, al fine di garantire il cliente dal rischio di fallimento del fornitore che porterebbe alla risoluzione del contratto di licenza, le parti dovranno altresì predisporre un meccanismo di deposito fiduciario dei codici sorgente del *software* (comprese tutte le eventuali versioni di aggiornamento) e di tutta la necessaria documentazione tecnica, con la previsione che tali elementi vengano rilasciati al cliente in caso di insolvenza dichiarata del fornitore.

<sup>74</sup> Di solito si tratterà di programmi personalizzati che il cliente ha creato specificamente per il proprio sistema informativo, avvalendosi direttamente del proprio personale ovvero stipulando con i terzi dei contratti di sviluppo di *software* in forza dei quali abbia acquisito la piena titolarità di tutti i diritti di utiliz-

zazione e sfruttamento del prodotto sviluppato. Per una panoramica sul contratto di sviluppo *software* si v. C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, cit., pp. 80 e ss.

<sup>75</sup> Si v. sempre C. ROSSELLO, *op. ult. cit.*, pp. 82 e 83.

### 8. SICUREZZA E RISERVATEZZA DEI DATI.

Sebbene il tema della sicurezza e segretezza dei dati sia un argomento comune a tutti i contratti ad oggetto informatico, esso assume un'importanza del tutto preminente nel contratto di *outsourcing*.

Questo perché le prestazioni oggetto del contratto comportano necessariamente un accesso illimitato del fornitore del servizio alla totalità delle informazioni della società cliente, alla quale dovrà pertanto essere pienamente garantito il diritto alla protezione e segretezza dei propri dati.

Un primo approccio al problema, può consistere nell'ottenere dal fornitore del servizio di *outsourcing* una generale garanzia di segretezza e riservatezza riguardante tutti i dati e le informazioni aziendali accessibili attraverso il sistema informativo.

Questa garanzia, comunque indispensabile in un ordinamento nel quale (salve le considerazioni che seguiranno sulla recentissima legge 675 del 1996) non esiste un generale obbligo di riservatezza nell'esecuzione del contratto, dovrà preferibilmente essere integrata da una specifica disciplina delle procedure minime volte ad evitare la perdita o la violazione della segretezza delle informazioni dell'utente del servizio.

A tale riguardo, sotto il profilo della sicurezza fisica dei dati, il fornitore dovrà necessariamente obbligarsi a garantire le seguenti prestazioni:

- salvataggio periodico ed archiviazione dei dati<sup>76</sup>;
- progettazione, adozione e controllo successivo di specifiche misure di protezione contro incendi, allagamenti ed ogni forma di intrusione di persone non autorizzate<sup>77</sup>;
- stipula di idonea polizza assicurativa da aggiornarsi in base all'evoluzione del contratto<sup>78</sup>.

Per quanto attiene invece all'aspetto della segretezza ed inviolabilità dei dati ed informazioni del sistema (la cosiddetta *sicurezza logica*) si ritiene che le esigenze da soddisfare siano:

- *l'integrità*: ossia la certezza che l'informazione non subisca manipolazioni da parte di soggetti diversi da colui che la ha immessa nel sistema;
- *l'autenticità*: intesa come garanzia dell'identità dell'autore dell'informazione;

<sup>76</sup> Si tratta del cosiddetto servizio di « *Business recovery* » che ha lo scopo di garantire al cliente non solo la sopravvivenza dei dati contenuti nel sistema informativo, ma anche il pronto ripristino in caso di eventi fisici che compromettano l'integrità e l'operatività del Centro Elaborazione Dati dell'azienda. In base a tale servizio il fornitore dovrà assicurare al cliente le seguenti prestazioni: esecuzione dei salvataggi dei dati e del *software* applicativo di cui si vuole garantire il ripristino; la conservazione dei salvataggi in apposito ambiente dotato di requisiti di idoneità e sicurezza; disponibilità di personale appositamente addestrato per l'espletamento delle attività di ripristino; la connessione del centro di *Recovery* con le sedi del cliente; disponibi-

lità delle risorse umane ed organizzative necessarie per un nuovo avviamento delle applicazioni *software* del cliente; esecuzione di test periodici di verifica del servizio e della connettività tra centro principale e centro remoto di *recovery*.

<sup>77</sup> Per un'interessante panoramica di tali misure si v. A.B.I., *op. cit.*, p. 56.

<sup>78</sup> Si tenga peraltro presente, come già osservato, che difficilmente una polizza assicurativa potrà indennizzare danni come quelli derivanti dalla perdita di dati ed informazioni, in quanto trattasi di danni di natura consequenziale, non strettamente correlati a beni materiali. Sul punto si v. G.B. FORLINO, *Assicurazione e diritto informatico: i contratti assicurativi di base*, *cit.*, pp. 361 e ss.

- *l'accessibilità*: consistente nella possibilità di regolamentare e quindi limitare l'accesso ai dati ed alle informazioni contenute nel sistema;
- *la confidenzialità*: intesa come garanzia che l'informazione sia resa disponibile dal sistema solo per i soggetti che abbiano diritto di accedervi<sup>79</sup>.

Anche in questo caso, il perseguimento delle esigenze di *sicurezza logica* del sistema richiederà una disciplina contrattuale non limitata alla generica previsione dell'obbligo di segretezza, ma in grado di fornire, anche grazie all'ausilio degli allegati tecnici, un quadro sufficientemente completo del complesso degli adempimenti minimi cui il fornitore sarà tenuto nel corso del contratto<sup>80</sup>.

Infine, per entrambi gli aspetti della sicurezza fisica e logica, dovrebbe essere prevista dal contratto una procedura di certificazione e revisione del sistema di controllo predisposto e gestito dal fornitore, da affidarsi ad un soggetto specializzato designato dalle parti contraenti o dal cliente e da effettuarsi, una prima volta, al momento della stipula del contratto (in particolare al termine del *periodo di transizione*) e, successivamente, con cadenza annuale.

Nell'affrontare il tema della sicurezza e riservatezza dei dati occorrerà comunque tenere sempre presenti due considerazioni di principio: la prima è che il sistema informativo oggetto del contratto di *outsourcing* è solitamente costituito da sistemi centrali e da sistemi periferici e che per questi ultimi, rimanendo essi sotto la sfera di utilizzo del cliente, l'onere di tutela dell'integrità dei dati e delle informazioni (per lo meno sotto il profilo della *sicurezza fisica*) dovrà necessariamente continuare a fare capo al cliente.

La seconda, sempre collegata alla struttura del sistema, è che i dati e le informazioni, nella gran parte dei casi, viaggiano su rete pubblica ed il fornitore del servizio di *outsourcing* non può ragionevolmente garantire la sicurezza fisica e logica di tale rete.

## 9. I RIFLESSI DELLA LEGGE 31/12/1996 N. 675.

L'argomento della riservatezza e della tutela dei dati e delle informazioni contenuti nel sistema informativo oggetto del contratto di *outsourcing* riveste oggi una particolare rilevanza in relazione alla disciplina dettata

<sup>79</sup> Si v. IMPERIALI-IMPERIALI, *La tutela dei dati personali*, Roma, 1997, p. 142.

<sup>80</sup> A questo proposito i principali adempimenti che potrebbero essere posti a carico del fornitore sono: utilizzazione di metodologie che consentano il controllo e la restrizione degli accessi al sistema; installazione e mantenimento di prodotti *software* idonei a garantire la sicurezza dei dati; recepimento a livello di sistemi centrali del sistema di autorizzazioni all'accesso predisposto dal cliente; segnalazione al cliente di tutti i tentativi di accesso non autorizzato; divieto di asportazione, senza specifica autorizzazione, di qualsiasi supporto magnetico contenente dati o informazioni del cliente; obbligo di limitare

l'accesso al sistema da parte dei propri addetti ai soli atti necessari per l'esecuzione del contratto. Da parte sua il cliente dovrebbe impegnarsi ad assegnare a ciascun utente un'autorizzazione di accesso al sistema di ampiezza proporzionata alle mansioni ed al ruolo di ciascuno di essi, a controllare tutti i tentativi di accesso non autorizzato adottando le misure conseguenti, a sottoporre a periodica revisione il sistema delle autorizzazioni all'accesso, ad autorizzare in via preventiva il fornitore a derogare agli obblighi di segretezza previsti in contratto in caso di richieste di informazioni o di ispezioni da parte di pubbliche autorità dotate di poteri di indagine e controllo.

dalla legge n. 675 del 31 dicembre 1996 (intitolata « *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento di dati personali* »), entrata in vigore l'8 maggio 1997<sup>81</sup>.

Come è noto, la legge costituisce il provvedimento di attuazione in Italia della direttiva comunitaria 95/46/CE del 24 ottobre 1995.

Il suo scopo è quello di regolare il conflitto esistente tra i contrapposti interessi del titolare di una banca dati e del soggetto al quale i dati si riferiscono, conflitto riconducibile alla contrapposizione esistente tra il diritto all'informazione, da una parte, e i diritti alla riservatezza ed all'identità personale, dall'altra parte.

La disciplina dettata dalla legge 675 è tesa ad introdurre una serie di limitazioni ed adempimenti riguardanti le attività di TRATTAMENTO, COMUNICAZIONE e DIFFUSIONE dei dati personali<sup>82</sup>. In particolare, dette attività vengono consentite soltanto in presenza di determinati presupposti tra i quali, principalmente, il consenso espresso dell'interessato (ossia della persona cui i dati si riferiscono), da provarsi per iscritto, previa informazione dello stesso circa gli elementi essenziali che contraddistinguono il trattamento dei dati.

Ai fini della sua applicazione, la legge individua le figure del *titolare* dei dati personali e del *responsabile* del trattamento quali soggetti passivi dei vari obblighi da essa previsti<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Per un approfondimento sui contenuti e sui primi indirizzi interpretativi della nuova legge, oltre agli innumerevoli interventi apparsi sugli organi di stampa (si v. per tutti Aa.Vv., *Guida alla tutela della privacy*, in *Guida al Diritto-Il Sole 24 ore*, Roma, Dicembre 1997), si segnalano i commentari analitici di E. GIANNANTONIO, M. LOSANO, V. ZENO-ZENGOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, Padova, 1997; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997; Ricc. IMPERIALI-ROS. IMPERIALI, *La tutela dei dati personali. Vademecum sulla privacy informatica*, Roma, 1997; V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997. Si v. inoltre per un inquadramento generale e di sintesi ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in questa *Rivista*, 1997, pp. 703 ss.; FINOCCHIARO, *Una prima lettura della legge 31-12-1996, n. 675*, in *Contratto e impresa*, 1997, pp. 299 ss.

<sup>82</sup> Per *dato personale* si intende « qualunque informazione relativa ad una persona fisica, persona giuridica, ente o associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale ».

A tale concetto si contrappone quello di dato anonimo da intendersi come « il

*dato che, in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile* », che invece è escluso dall'applicazione della legge.

La definizione di *trattamento* è estremamente ampia e finisce per ricomprendere qualsiasi operazione effettuata sui dati personali, con o senza l'ausilio di supporti informatici o automatizzati (il trattamento dei dati consiste in « qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati »).

Tra le operazioni che costituiscono trattamento la legge definisce e disciplina in maniera specifica la comunicazione e la diffusione dei dati. La prima attività è definita come « il dare conoscenza dei dati personali ad uno o più soggetti determinati, diversi dall'interessato, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione ». Per diffusione si intende invece « il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione ».

<sup>83</sup> Il *titolare* è colui che effettua o intende effettuare il trattamento di dati per-

La complessità degli adempimenti richiesti a questi due soggetti e le gravi sanzioni, anche di natura penale, previste in caso di inottemperanza agli obblighi appena descritti, impongono di identificare la qualificazione sog-

sonali ed al quale competono le decisioni in ordine alle finalità ed alle modalità di detto trattamento; a suo carico la legge pone gli obblighi di seguito descritti.

— **La notificazione:** chiunque costituisca una banca dati, o proceda al trattamento di dati personali ovvero decida di cessare tale trattamento è tenuto a notificare tali fatti all'Autorità Garante, comunicando con l'occasione una serie di informazioni sulla banca dati (art. 7 n. 4). L'omessa o infedele notificazione sono oggetto di *sanzione penale*.

— **Le modalità di raccolta e la qualità dei dati:** il titolare della banca dati ha l'obbligo di trattare lealmente e lecitamente i dati, di raccogliervi e registrarli per scopi determinati, espliciti e legittimi, di trattarli in modo non incompatibile con tali scopi. Inoltre i dati devono essere esatti, aggiornati (se necessario), pertinenti, completi e non eccedenti rispetto agli scopi del trattamento. Essi dovranno infine essere conservati in una forma che ne consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario in base agli scopi del trattamento. La violazione degli obblighi sulle modalità di trattamento e sugli standard di qualità dei dati non è oggetto di specifiche sanzioni, ma legittima l'interessato che da tale violazione abbia subito un pregiudizio a richiedere il *risarcimento del danno, anche non patrimoniale*.

— **La sicurezza dei dati:** i dati personali oggetto di trattamento devono essere custoditi e controllati, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al processo tecnico, alla natura dei dati ed alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione, perdita, anche accidentale, di accesso non autorizzato, di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della banca dati. Le misure di sicurezza da adottare in via preventiva, saranno oggetto di apposito regolamento che doveva essere emanato entro il termine di 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge. La mancata adozione delle misure minime di sicurezza, come individuate dalle emanande disposizioni regolamentari, configura il *reato di omessa adozione di misure di sicurezza*, introdotto dall'art. 36 della legge stessa. Inoltre, sotto il profilo

civilistico, colui che abbia cagionato ad altri un danno, per effetto del trattamento dei dati, incorre in una *responsabilità risarcitoria*, a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. In via transitoria, sino alla piena operatività dei regolamenti inerenti le misure minime di sicurezza (precisamente sei mesi dopo l'entrata in vigore), i dati dovranno essere custoditi in maniera tale da evitare un incremento dei rischi soprariocordati. Nessuna responsabilità penale sarà configurabile sino a che non sarà terminata questa fase transitoria.

— **Il trasferimento dei dati all'estero:** il trasferimento dei dati in un paese non appartenente all'Unione Europea, deve essere preventivamente notificato al Garante e può essere attuato solo dopo che siano decorsi quindici o venti giorni dalla data della notifica a seconda che si tratti di dati ordinari o sensibili. Inoltre per attuare il trasferimento è necessario il *consenso dell'interessato ovvero la ricorrenza delle circostanze equipollenti al consenso di cui all'art 28 della legge*. Il trasferimento può essere vietato dal Garante qualora esso debba avvenire verso paesi che non abbiano un sistema di tutela dei dati personali *adeguato* e, nel caso di dati *sensibili*, di livello equivalente a quello previsto dall'ordinamento italiano.

Il *responsabile* è « *la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione, e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento dei dati personali* ». La designazione del responsabile è facoltativa e non esonera il titolare da responsabilità.

Il ruolo ed i compiti affidati al responsabile devono essere analiticamente indicati per iscritto. Il titolare resta comunque tenuto ad impartire precise istruzioni al responsabile, a vigilare sul corretto rispetto delle stesse ed è comunque l'unico soggetto cui competono le decisioni in ordine alle finalità e alle modalità del trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza.

È bene precisare che, senza un atto formale di designazione ed attribuzione dei nuovi compiti, il responsabile *edp* non può assumere automaticamente il ruolo di *responsabile* del trattamento dati personali.

gettiva del fornitore dei servizi di *outsourcing*, rispetto alla disciplina introdotta con la legge 675/96<sup>84</sup>.

È infatti innegabile che l'oggetto stesso dell'accordo di *outsourcing*, salvo il caso in cui esso consista nella semplice fornitura di potenza elaborativa e spazio disco, comporti necessariamente il compimento di un'attività di *trattamento* dei dati personali contenuti nel sistema informativo da parte dell'impresa che eroga il servizio. Occorre pertanto capire a quale titolo — e cioè se come *titolare*, come *responsabile*, come *incaricato* o come semplice soggetto terzo — tale impresa acceda ai dati personali esistenti nel sistema del cliente ed effettui operazioni di trattamento su di essi.

Pare da escludere che essa possa essere considerata *titolare*, visto che la legge (art.1, comma 2, lett. d) fa coincidere tale figura con quella del soggetto cui spetta il potere di determinare, in piena autonomia, le finalità e le modalità del trattamento e che un simile potere, per la sua valenza strategica e dispositiva, è inconciliabile con il ruolo di mero fornitore di servizio che compete all'*outsourcer* del sistema informativo<sup>85</sup>.

Sempre in base alla definizione contenuta nella legge 675 (art. 19), l'impresa fornitrice del servizio di *outsourcing* non potrebbe essere considerata come semplice incaricato, poiché tale figura deve ritenersi strettamente riferita alle sole persone fisiche che appartengano all'organico d'impresa del *titolare* o del *responsabile*<sup>86</sup>.

La veste che appare più consona ai contenuti dei poteri e delle funzioni attribuite all'*outsourcer* è quindi quella di *responsabile*, cioè di soggetto (anche persona giuridica) preposto dal *titolare* al trattamento dei dati personali<sup>87</sup>. Poiché tuttavia, il ruolo di *responsabile* non viene acquisito auto-

---

Oltre al *titolare* ed al *responsabile*, la legge contempla la figura dell'*incaricato*, qualificabile come il soggetto (necessariamente una persona fisica) preposto dal titolare della banca dati o dal responsabile al compimento delle operazioni inerenti il trattamento e/o la comunicazione e diffusione.

<sup>84</sup> L'esigenza di un approfondimento è espressamente segnalata da S. FADDA in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, (a cura di) E. GIANNANTONIO, M. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, cit., p. 82.

<sup>85</sup> Tra i primi commentatori della legge 675/96 c'è chi ha sostenuto la possibilità di delegare il ruolo stesso e le funzioni di titolare del trattamento (si v. in particolare A. ZAMPETTI, *I soggetti del trattamento di dati: ambito di competenza, esercizio e limiti della delega di funzioni*, su <http://www.privacy.com>).

Una conferma all'orientamento più restrittivo qui sostenuto è stata tuttavia fornita dalla stessa Autorità Garante nella pronuncia resa in data 11 dicembre 1997 (pubblicata in *Aa.Vv., Guida alla tutela della privacy*, cit, pp. 97-98).

<sup>86</sup> In tal senso IMPERIALI-IMPERIALI, op. cit., p. 80; S. FADDA in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*, (a cura di) E. GIANNANTONIO, M. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, cit., p. 82. Di parere contrario è invece L. BONZANINI, *Attività bancaria e tutela dei dati personali*, in *Banca borsa ecc.*, 1998, I, p. 217.

<sup>87</sup> Secondo la ricostruzione di L. BOZZI in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, (a cura di) V. CUFFARO, V. RICCIUTO, cit., pp. 106 e 107 «*l'elemento forse più interessante, e più illuminante, della figura del responsabile è che, contrariamente agli altri soggetti definiti dall'art. 1, l'interessato e il titolare, non si tratta di un soggetto portatore di un interesse proprio*». Secondo l'A. la figura del responsabile si distinguerebbe quindi per la mancanza di un interesse «*diretto e proprio*» all'attività di trattamento dei dati personali. Ebbene, questa ricostruzione appare perfettamente calzante al fine di inquadrare la posizione del fornitore dei servizi di *outsourcing* rispetto all'applicazione della legge 675/96.

maticamente, ma deve essere espressamente e formalmente conferito dal titolare, le parti, in occasione della stipula del contratto di *outsourcing*, dovranno provvedere a redigere un apposito atto di nomina in conformità a quanto previsto dall'art. 8 della legge 675/96. In mancanza di tale formale investitura, il fornitore del servizio di *outsourcing* dovrebbe invece essere considerato come un terzo estraneo al quale i dati personali vengono semplicemente comunicati dal titolare<sup>88</sup>.

Difficile dire quale possa essere la soluzione preferibile per le parti nel quadro di una corretta gestione del contratto: la mancata designazione del fornitore quale responsabile del trattamento comporta sicuramente un aggravamento degli adempimenti necessari per ottemperare agli obblighi di informativa degli interessati e di raccolta del loro consenso<sup>89</sup>.

Inoltre, in base alla previsione contenuta nell'art. 10, comma 3, della legge, al medesimo obbligo di informativa sarebbe a sua volta tenuto ad adempiere anche il fornitore dei servizi di *outsourcing* il quale, relativamente a quell'autonoma attività di trattamento effettuata per conto del cliente, dovrebbe provvedere anche all'acquisizione del consenso dagli interessati, salvo i casi di esclusione previsti dalla legge (art. 12)<sup>90</sup>.

D'altra parte, la configurazione del rapporto contrattuale cliente — fornitore secondo lo schema *titolare-responsabile*, se da un lato è una scelta destinata a semplificare l'adempimento degli obblighi di informa-

<sup>88</sup> In base alla definizione contenuta nella direttiva 95/46/CE sono « terzi »: *la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che non sia la persona interessata, il responsabile del trattamento, l'incaricato del trattamento e le persone autorizzate all'elaborazione dei dati sotto la loro autorità diretta*.

<sup>89</sup> Il cliente, in quanto titolare dei dati personali che verrebbero comunicati al fornitore dei servizi, è tenuto a rendere edotti gli interessati circa tale attività di comunicazione e, nella gran parte dei casi, ad ottenere da questi ultimi un espresso consenso alla predetta comunicazione. L'attività di comunicazione a terzi dei dati personali da parte del titolare è infatti assoggettata all'obbligo del preventivo consenso degli interessati (art. 20, lett. a), legge 675/96) e tale consenso, contrariamente a quanto avviene per il semplice trattamento, non è mai presunto ed è sempre necessario salvo le eccezioni previste dall'art. 20, lett. da b) ad h), ipotesi che tuttavia, ad esclusione dell'ultima, non appaiono normalmente applicabili al rapporto *cliente-outsourcer*. Solo nel caso di *group-outsourcing* (si v. *supra*, par. 1), p. 852) le comunicazioni tra questi due soggetti potrebbero essere ammesse anche senza il consenso degli interessati in quanto ef-

fettuate tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo di società ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. (art. 20, lett. h, legge 675/96).

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. d), l'obbligo di informativa dovrebbe considerarsi correttamente adempiuto mediante la generica indicazione della categoria di soggetti alla quale i dati vengono comunicati (si v. sul punto il modello di informativa predisposto dall'ABI nella circolare 14 agosto 1997, in *Banca borsa ecc.*, 1998, I, pp. 232 e ss.).

<sup>90</sup> L'onere rappresentato da questa ulteriore informativa potrebbe essere evitato soltanto nell'ipotesi in cui il cliente si sia fatto carico di fornire agli interessati un' informativa di contenuto più ampio (non limitata cioè all'indicazione della categoria dei soggetti destinatari della comunicazione) e contenente informazioni dettagliate tali da consentire l'esatta identificazione del fornitore e la conoscenza di tutti gli elementi inerenti l'autonoma attività di trattamento svolta da quest'ultimo soggetto sui dati ricevuti dal cliente. La legittimità di questa informativa che potremmo definire « cumulativa » sembra emergere dalla circolare ABI 14 agosto 1997, *cit.*, p. 235. Sul punto si v. L. BONZANINI, *op. cit.*, pp. 224 e ss.

tiva e raccolta del consenso, ha il difetto di esporre il cliente ad eventuali responsabilità verso gli interessati nell'ipotesi di mancato rispetto degli obblighi di sicurezza o di altre violazioni della legge da parte del fornitore<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Stando alla formulazione dell'art. 18 della legge 675 (« *Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile* ») è ragionevole prevedere che il titolare ed il responsabile del trattamento siano entrambi legittimati passivi nell'ipotesi in cui venga promossa un'azione risarcitoria per violazione delle disposizioni di legge. Sul punto si v. S. SICA in *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/1996*,

(a cura di) E. GIANNANTONIO, M. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, cit., p. 184; D. CARUSI in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, (a cura di) V. CUFFARO, V. RICCIUTO, cit., p. 378 e M. AMBROSOLI, *La tutela dei dati personali e la responsabilità civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 306. Per la giurisprudenza in materia di responsabilità indiretta del committente per i danni subiti da terzi nell'esecuzione del contratto di appalto si rimanda a Cass., 30 maggio 1996, n. 5007, in *Foro it.*, 1996, I, 3738.