

FRANCESCO CARDARELLI

LA COOPERAZIONE FRA IMPRESE NELLA GESTIONE DI RISORSE INFORMATICHE: ASPETTI GIURIDICI DEL C.D. « OUTSOURCING ».

SOMMARIO 1. Definizione. — 2. Outsourcing e contratti. Possibile aggregazione di connotazioni comuni sulla base della definizione del servizio dedotto come prestazione. — 3. Segue: le clausole predisposte dalle parti. — 4. Segue: outsourcing e tipi legali.

1. DEFINIZIONE.

Con il termine « outsourcing » » » si intende definire, secondo la prassi commerciale sviluppatasi negli USA, il fenomeno attraverso il quale viene affidato, in tutto o in parte, il sistema informativo di una impresa, azienda o ente ad un soggetto esterno.

Tale affidamento, peraltro, può contemplare una notevole gamma di soluzioni operative, che vanno dalla semplice erogazione di specifici servizi di elaborazione dati, alla predisposizione ed alla gestione di sistemi informativi (compresa la fornitura dell'hardware e del software, la gestione di reti di telecomunicazioni, le prestazioni offerte da personale specializzato), fino a giungere all'instaurazione di un vero e proprio rapporto di *partnership* tra l'impresa concedente e l'impresa fornitrice dei servizi¹. In alcuni casi più soluzioni operative sono presenti nell'ambito del medesimo rapporto contrattuale (o meglio si potrebbe parlare di più contratti tra loro collegati, che vincolano i medesimi soggetti, l'esecuzione del successivo — contratto — essendo subordinata alla realizzazione delle attività previste nel precedente, o

¹ Il fenomeno può essere complessivamente inquadrato nello sviluppo delle attività svolte da cd. « terze parti » nel mercato dell'informatica, e cioè di soggetti che « accompagnano, generalmente, alla loro attività distributiva e/o produttiva anche l'offerta di importanti servizi assistenziali,

consulenziali, specialistici all'utente finale » (v. A. TUNISINI, *Frontiere della terziarizzazione: lo sviluppo dei servizi delle « terze parti » nel mercato dell'informatica*, in *Economia e diritto del terziario*, 1991, 2, pagg. 481 e ss.).

allo spirare della sua durata): è questo il caso dell'outsourcing realizzato dalla Rank Organization PLC con la Hoskyns²; in alcuni casi un'unica soluzione operativa trova la sua realizzazione attraverso la creazione di vere e proprie joint-ventures con più imprese del settore, di diversa vocazione tecnologica, così come accade per il caso Kodak, IBM, Digital e Businessland³; nella maggior parte dei rapporti contrattuali in atto, l'outsourcing contempla essenzialmente la prestazione di specifici servizi (individuati secondo un'attendibile classificazione in *professional services*, *system integration* e *facilities management*), che se da un lato rivestono una importanza strategica per l'impresa alla quale sono forniti, dall'altro non necessariamente ne esauriscono il fabbisogno informativo (si consideri il caso di BNP-Transpac sull'outsourcing della rete di comunicazioni, o il caso MWM-EDS in tema di *facilities management*).

Dalla succinta esposizione delle diverse modalità attraverso le quali può trovare realizzazione l'outsourcing del sistema informativo, se ne inferisce che la definizione non può avere in sé alcuna rilevanza giuridica, proprio in relazione alla varietà dei rapporti e delle prestazioni che con essa si intendono individuare, ed al fatto che gli unici elementi certi che scaturiscono da una analisi (del tutto empirica) del fenomeno, sono la necessaria attribuzione all'esterno di attività e funzioni di impresa, e la loro attinenza alla prestazione di servizi e non alla realizzazione di opere (cioè, in senso tradizionale, alla modificazione dello stato materiale di cose esistente). Nè varrebbe, per ragioni che appresso saranno richiamate, individuare nella pertinenza con le tecnologie dell'informazione, un elemento giuridicamente qualificante del fenomeno, in quanto la specificità dell'oggetto non è di per sé sufficiente alla creazione di una categoria unitaria di fattispecie contrattuali (alla quale, ovviamente, far corrispondere una sostanziale omogeneità di disciplina⁴).

La conseguenza è che con il termine (di chiara provenienza aziendalistica) « outsourcing » si può individuare correttamente una particolare modalità organizzativa dell'impresa in relazione al proprio sistema informativo, che si traduce, nella prassi, in una serie di possibili contratti (di scambio o associativi) con imprese esterne, in cui, variamente articolato, il contenuto della prestazione risiede essenzialmente nella fornitura di servizi.

² I casi aziendali riportati nelle presenti pagine sono stati descritti in alcune riviste specializzate del settore. V. per una panoramica esauriente, A.G. HAMMERSMITH, *Taking an objective look at outsourcing*, in *I/S Analyzer*, 1990, 8, pagg. 1 e ss.

³ L'outsourcing realizzato dalle tre multinazionali citate costituisce un vero e proprio modello aziendale (sul quale v.,

per informazioni di carattere generale, il numero 111 dell'aprile 1991 della rivista *Zerouno*).

⁴ E' questa la tesi di G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in AA.VV. (a cura di G. ALPA e V. ZENO ZENOVICH), *I contratti di informatica*, Milano, 1987, pagg. 21 e ss.

2. OUTSOURCING E CONTRATTI. POSSIBILE AGGREGAZIONE DI CONNOTAZIONI COMUNI SULLA BASE DELLA DEFINIZIONE DEL SERVIZIO DEDOTTO COME PRESTAZIONE.

Il primo aspetto di giuridica rilevanza rispetto al nostro ordinamento del fenomeno outsourcing è quindi la valutazione delle possibili fattispecie contrattuali attraverso le quali una impresa (od ente) realizza l'obiettivo del trasferimento all'esterno di funzioni ed attività connesse all'elaborazione elettronica dell'informazione.

Una premessa di carattere generale induce a ritenere che non sia possibile la configurazione di una categoria unitaria di « computer contracts », dal momento che né la qualificazione dei singoli contratti (ove e se possibile), né la rilevanza dell'oggetto della prestazione, né la particolare natura dei beni considerati, possono essere valutati come parametri sicuri per una disciplina dai tratti unitari⁵. Tuttavia parte della dottrina⁶ ha cercato di evidenziare, con riferimento al genere contrattuale sopra richiamato, alcune caratteristiche ricorrenti che incidono, in modo costante, sulla formulazione delle clausole dei rapporti contrattuali di maggiore diffusione nella prassi. Tali caratteristiche sono state individuate nella frequenza al ricorso di più contratti tra loro collegati da vincoli di complementarietà (ad es. hardware e sua manutenzione); nella multifunzionalità dell'elaboratore elettronico (ai fini della individuazione, per ogni singolo caso, della sussistenza di una obbligazione di mezzi ovvero di risultato); nella diffusione socialmente trasversale dell'informatica, cioè nella sua capacità di coinvolgere, allo stesso tempo, piccoli utenti e grossi apparati produttivi (per dimostrare la sostanziale non riducibilità degli schemi contrattuali ai modelli utilizzati per l'impresa da un lato o, all'opposto, per la circolazione dei beni di consumo); nel divario di conoscenze tra fornitore ed acquirente (ciò che spiega la notevole ricorrenza a *disclaimer clauses*⁷ nei contratti di tipo standard a favore del primo). A seguito di una sia pur sommaria analisi dei casi di outsourcing verificatisi nella prassi, sembrerebbe che anche tali caratteristiche comuni vengano in realtà ridimensionate, se non addirittura tendano a sparire del tutto: a ben vedere, infatti, il fenomeno

⁵ La dottrina è sostanzialmente concorde con il punto V., per tutti, AA.Vv., *I contratti di informatica*, op. cit., e, più recentemente, G. ALPA, *Sulla qualificazione dei « contratti di informatica »*, in *Economia e diritto del terziario*, 1989, 2, pagg. 8 e ss.

⁶ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei cd. contratti di informatica*, in AA.Vv., *I contratti di informatica*, op. cit., pagg. 31 e ss.

⁷ La ricorrenza delle clausole di esone-

ro di responsabilità (in numerosi casi non del tutto legittima rispetto alle disposizioni del codice civile e delle leggi in materia) nei contratti in esame è piuttosto frequente, e deriva principalmente dall'applicazione, nella pratica commerciale, di modelli e schemi contrattuali elaborati in un contesto giuridico tendenzialmente diverso dal nostro. V. sul punto, di recente, R.A. FELDMAN, *Warranties and disclaimers in computer contracts*, in *The computer lawyer*, 1991, 2, pagg. 1 e ss.

dell'outsourcing si riferisce per lo più ad imprese (ad enti) di notevoli dimensioni per cui si rende opportuna (oltre che conveniente) una riduzione dei costi sopportati per il sistema informativo (in questo caso verrebbe a mancare l'elemento caratterizzante della diffusione socialmente trasversale del fenomeno).

L'outsourcing determina inoltre un'indubbia prevalenza dello schema della fornitura di servizi informatici sulla tradizionale configurazione di contratti di godimento di beni⁸: è l'elaborazione dei dati, o, più compiutamente, il corretto funzionamento del sistema informativo, a costituire il vero oggetto della prestazione, con la conseguenza che, nella maggior parte dei casi, i parametri di valutazione dell'esatto adempimento risiedono nella rilevanza del risultato conseguito dall'impresa affidataria, piuttosto che nella conformità dei mezzi, da questa utilizzati, alle varie determinazioni della prestazione dovuta. In ultimo appare ricorrente nell'outsourcing la circostanza che l'impresa o l'ente affidante siano già dotati di un proprio sistema informativo e che conservino sulla sua gestione un costante potere di controllo, quando non ritengano di avocare a sé alcune funzioni di importanza strategica (come lo sviluppo di particolare software): ciò comporta che il divario di conoscenze tra utente e fornitore sia in pratica notevolmente ridotto. Dal punto di vista giuridico la conseguenza più immediata consiste nel fatto che l'attenzione maggiore dell'interprete si sposti dalla fase prenegoziale, rispetto alla quale la dottrina e la giurisprudenza hanno correttamente individuato la sussistenza, a carico del contraente di maggiore competenza tecnologica, di una serie di *obligations de reinsegnement* (in Francia)⁹, e di conseguenze in caso di *misrepresentation* (negli USA)¹⁰, alla fase di esecuzione del contratto, nella quale più penetranti devono farsi i poteri di controllo, da parte dell'impresa affidante, sulla corretta esecuzione delle prestazioni dedotte.

Verificata l'impossibilità della riconduzione del fenomeno outsourcing ad una categoria unitaria preesistente (contratti di infor-

⁸ Sulla classificazione (del tutto empirica) dei ricorrenti modelli contrattuali nel settore, e sulla loro origine storica, v. G. ALPA, op. cit., pag. 9, e V. FROSINI, *I contratti di informatica*, in ID., *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988, pag. 269. Per la dettagliata analisi di tali schemi (con relativo formulario), v. E. BONAZZI/C. TRIBERTI, *Guida ai contratti di informatica*, Milano, 1988.

⁹ Sulle quali v., diffusamente, M. MONINA, *Contratti informatici ed obblighi di informazione*, in AA.VV., *I contratti di informatica*, op. cit., pagg. 115 e ss. Attraverso un'accurata analisi della giurisprudenza è possibile addirittura evidenziare una tipologia delle informazioni e del conse-

guente obbligo di loro divulgazione incombenente nei confronti del fornitore (si tratta, in ordine crescente per completezza e responsabilità, di *avis*, *reinsegnement*, *conseil*, *mise en garde*).

¹⁰ V., oltre alla nota che precede, C. ROSSELLO, *I contratti dell'informatica. Spunti di riflessione in comparazione con l'esperienza statunitense e francese*, in AA.VV. (a cura di G. ALPA), *I contratti di utilizzazione del computer*, Milano, 1984, pagg. 80 e ss.. Più in generale sul problema, v. F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella « terra di nessuno tra contratto e fatto illecito »: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 2, pagg. 539 ess.

matica), così come, del resto, ad un complesso omogeneo di rapporti che siano oggetto di un'analogia disciplina giuridica, occorre partire dalla individuazione delle singole prestazione per poter giungere alla definizione della natura delle obbligazioni assunte, da un lato, e dall'altro per affermare l'analogia con l'uno piuttosto che con l'altro modello legale tipico.¹¹ Questo approccio metodologico appare assolutamente inevitabile nei casi in cui l'oggetto della prestazione sia costituito dalla erogazione di servizi, ed in particolar modo di servizi che presentino delle caratteristiche di forte integrazione economica, sia dal punto di vista oggettivo (più servizi tra loro collegati oppure rapporti di scambio assieme alla prestazione di servizi), sia per ciò che concerne la loro erogazione da parte di un medesimo soggetto. Seguendo la dottrina che più efficacemente ha sostenuto la necessità di tale collocazione sistematica dei rapporti concernenti la prestazione di servizi¹², si ricavano dalla premessa alcune significative illazioni.

La prima consiste nel fatto che, partendo dalla enucleazione di tratti eventualmente comuni tra attività (giuridicamente) classificabili in modo diverso, se ne ricava la possibilità di aggregare i singoli rapporti, premessa l'atipicità degli schemi contrattuali in questione, in sottotipi economici¹³: un primo effetto di tale impostazione sull'outsourcing è quello di constatare che esso si realizza essenzialmente attraverso contratti di organizzazione, cioè negozi nei quali il servizio prestato debba avere per effetto l'organizzazione di beni o di servizi di una impresa, anche se beneficiari finali possono essere i dipendenti o i clienti di essa (ciò giustifica il ricorso, per il fenomeno in esame, a rapporti nel diritto nordamericano qualificabili come *partnership alliances*)¹⁴.

La seconda rileva ai fini della qualificazione della obbligazione assunta dal prestatore del servizio. Non essendo, infatti, in presenza di contratti destinati alla produzione di beni, per i quali l'oggetto della prestazione è un risultato previsto e concordato nelle proprie caratteristiche fisiche dalle parti, è certamente più complesso dedurre, sia pure in presenza di una accurata previsione pattizia, se l'esecuzione di una attività debba essere diretta a sod-

¹¹ Occorre ricordare che, in ordine al problema dell'individuazione della disciplina legale applicabile ai contratti che sfuggono alla definizione codicistica, la dottrina da tempo ha sperimentato l'adozione di differenti criteri (si passa dal sistema della sussunzione, e cioè dell'applicazione alla fattispecie delle regole dettate per lo schema contrattuale al quale possa essere assimilata, al metodo tipologico, che consente una maggiore graduazione delle scelte dell'interprete, ammettendosi che possano trovare applicazione, per un medesimo negozio, norme

espunte dalla regolamentazione di tipi legali diversi tra loro). Sulla questione, ancora aperta, v. di recente G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, pagg. 12 e ss.

¹² Cfr. G. SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1987.

¹³ *Op. ult. cit.*

¹⁴ Cfr., sul punto, G. SANTINI, *op. cit.*, pag. 80. Esempi di contratti di organizzazione, citati dall'Autore, possono essere l'assistenza nella costruzione o nel montaggio di opifici industriali, il *franchising*, la consulenza aziendale.

disfare uno specifico bisogno del committente (obbligazione di risultato) oppure sia sufficiente l'uso della normale, ovvero qualificata, diligenza nello svolgimento del servizio (obbligazione di mezzi). Dal momento che nell'outsourcing la prestazione dedotta consiste comunque in un « fare », è nella volontà delle parti, nella natura della attività svolta, nel modello legale di riferimento (eventuale) che tale qualificazione deve essere rinvenuta.

Sebbene si possa affermare che l'obbligazione di mezzi sia di più frequente rinvenimento nel lavoro intellettuale (ipotesi tendenzialmente da escludere nel caso dell'outsourcing dove appare rilevante la dimensione di impresa del soggetto affidatario del sistema informativo) e l'obbligazione di risultati ricorra più spesso nella figura dell'appalto di servizi (che appare in realtà, anche nelle elaborazioni dottrinarie, lo schema contrattuale di riferimento più appropriato per il fenomeno in esame), non se ne può ricavare il pedissequo ricorso alla interpretazione analogica per poter giungere alla individuazione della natura dell'obbligazione: è infatti nella volontà della parti il potere di definire con la maggior accuratezza possibile i parametri attraverso i quali sia valutabile l'esatto adempimento della stessa, purché sia rispettato nel ricorso al contratto atipico con il quale si realizza l'outsourcing, il limite della meritevolezza di tutela dell'interesse dedotto nel negozio¹⁵; viceversa, in mancanza di una espressa volontà pattizia, è nella natura stessa dei servizi in outsourcing, e dai modi attraverso i quali essi vengono esplicitati, che risiede la possibilità di ricavare la disciplina più appropriata per l'esecuzione della prestazione e l'individuazione delle connesse responsabilità in capo al prestatore.

Una terza conseguenza della premessa originaria, e cioè della rilevanza di una forte integrazione economica dei servizi prestati, si riflette sulla particolare configurazione assunta dallo strumento contrattuale utilizzato per l'affidamento all'esterno, in tutto o in parte, del sistema informativo. Due sembrano essere le ipotesi più frequentemente praticabili: la prima riguarda il caso di un unico contratto nel quale sia dedotta la prestazione di più servizi, la seconda il caso di contratti tra loro collegati, o per volontà delle parti, o per funzionalità dei servizi contemplati¹⁶. Non appare certo possibile affrontare in questa sede i complessi problemi che derivano dalla particolare configurazione di tali strumenti negoziali, rispetto ai quali, proprio le fattispecie concernenti l'infor-

¹⁵ In omaggio al principio dell'autonomia contrattuale sancita dall'art. 1322, 2 comma, del cc. V. però, sulla « fuga dal principio della libertà dei tipi » (corollario dell'autonomia delle parti) P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contratto e impresa*, 1990, 1, pagg. 43 e ss.

¹⁶ Siprenda ad esempio il collegamento reciproco tra i contratti stipulati dalla Kodak con tre diversi operatori del settore (IBM, Digital e Businessland), a ciascuno dei quali è stato affidato (o meglio, a ciascuna delle società costituite da questi con la Kodak) un segmento del sistema informativo, necessariamente connesso con gli altri due.

matica costituiscono esempi significativi dei diversi assetti contrattuali rinvenibili nella prassi commerciale (e rispetto ai quali non esiste a tutt'oggi un indirizzo interpretativo univoco e sicuro¹⁷). Basterà tuttavia sottolineare che nella prima delle due ipotesi suggerite, più servizi (magari connessi con forniture di prodotti) dedotti in un unico negozio possono dar vita ad un contratto misto, rispetto al quale si tratterà, di volta in volta, di stabilire se si debba assegnare al negozio una disciplina prevalente corrispondente alla prestazione preponderante sotto il profilo economico e funzionale, oppure provvedere ad una sorta di vivisezione del rapporto, scomponendolo in tante specifiche discipline quante sono le prestazioni oggettivamente (o soggettivamente) scindibili¹⁸.

Nella seconda ipotesi (collegamento negoziale) ovviamente verrà in evidenza il nesso teleologico tra i diversi contratti, la loro predisposizione per un fine coordinato ed unitario, con la conseguente applicazione delle regole particolari in materia di nullità parziale, dell'impossibilità parziale sopravvenuta, dell'inadempimento parziale, dell'eccezione di inadempimento sollevata da uno dei contraenti, per cui l'inadempimento di una parte può legittimare la non esecuzione delle prestazioni da altri dovute.

3. (Segue). LE CLAUSOLE PREDISPOSTE DALLE PARTI.

Secondo le argomentazioni sin qui sviluppate ci troviamo di fronte, nel caso dell'outsourcing, a contratti atipici (per il nostro sistema), spesso a causa mista o tra loro legati da un fine unitario e coordinato, nei quali la volontà delle parti è diretta alla individuazione di prestazioni che soddisfino, in modo immediato, il fabbisogno informativo dell'ente affidatario della organizzazione del proprio sistema di elaborazione dati (in senso ampio). Ciò giustifica ampiamente il costante richiamo, nella letteratura specializzata sull'argomento¹⁹, all'adozione di ogni possibile precauzione della fase di stipulazione del contratto, con particolare enfasi circa l'esatta individuazione di « chiari e misurabili livelli di servizio che il fornitore deve prestare, e delle penalità applicabili in caso di inadempimento dell'obbligazione », così come delle « modalità di recesso e dei casi di risoluzione del contratto, nonché la precisa determinazione della durata dello stesso, poiché non è sufficiente un generico accordo sull'avviamento o sul massimo sforzo realizzativo »²⁰.

¹⁷ Si vedano, a tale proposito, per limitare il richiamo alla sola materia qui in esame, i diversi contributi in AA.Vv., *I contratti di informatica*, op. cit.

¹⁸ V. G. SBISA', *Profili generali dei contratti di utilizzazione del computer*, in

AA.Vv., *I contratti di utilizzazione...*, op. cit., pag. 30.

¹⁹ Cfr. AA.Vv., *Outsourcing information systems services*, Butler Cox Foundation, 1991.

²⁰ *Loc. ult. cit.*

In ordine alle prestazioni normalmente oggetto dell'outsourcing, una attendibile classificazione²¹ si riferisce a servizi aggregabili in alcuni differenti gruppi: le telecomunicazioni, con servizi di progettazione delle reti, gestione e manutenzione delle stesse; le attività connesse con l'elaborazione dati, quali la pianificazione della produttività dell'hardware, la sua fornitura (che a rigore non costituisce servizio) e manutenzione, supporto al software applicativo, e la completa gamma dei cd. *computer services (data entry, pre-processing, ecc)*²²; lo sviluppo dei sistemi, nel quale rientrano la manutenzione del sistema esistente, la fornitura « chiavi in mano »²³ per sistemi nuovi (anche questo non è certo un servizio), ed ogni servizio di assistenza e sviluppo; in ultimo un gruppo di servizi residuali, quali pianificazione tecnica, ricerche e studi, formazione del personale. Altre classificazioni, comunque frutto di analisi di tipo aziendale, si riferiscono oltre che ai servizi concernenti le reti di telecomunicazioni (negozi del tipo *custom network contracts*), a servizi genericamente indicati come *facilities management*, comprendenti lo sviluppo di software applicativo, la fornitura del sistema, la formazione del personale (interno), le attività di programmazione, di consulenza e di predisposizione di personale tecnico (proprio) di adeguato livello²⁴.

Accanto alla definizione delle prestazioni, e alla durata del contratto (di solito non inferiore a 5 o 6 anni), alle cause di recesso anticipato e risoluzione, in particolare evidenza nella pratica degli operatori sono tenute le clause di determinazione del corrispettivo (generalmente un canone) dovuto al fornitore di servizi (tranne nei casi in cui questo diventi un partner, ovvero un socio, in senso tecnico-giuridico, dell'impresa affidante).

Allo stato attuale i fornitori di servizi (negli Stati Uniti d'America) prevedono clausole contrattuali standard nelle quali il corri-

²¹ *Loc. ult. cit.*

²² Cfr. una interessante classificazione dei servizi oggetto di contratti di informatica in AA.VV. (a cura del CENTRO CALAMANDREI), *I contratti di computers services*, in questa *Rivista*, 1988, pagg. 177 e ss.

²³ Si è rilevato che tra le varie formule contrattuali si è fatta largo, in tempi recenti, una soluzione operativa concernente l'acquisto di « sistemi » con formula cosiddetta « chiavi in mano ». L'espressione, che è ripresa dal gergo di altri settori commerciali, significa « pronto all'uso » e vuole indicare la particolare attenzione che i fornitori pongono, nella definizione dei sistemi, alla soluzione efficace dei problemi degli utenti, i quali (stando alle assicurazioni) dovrebbero poterli usare appena installati, senza ritocchi o integrazioni. La differenza tra questa soluzione e quella dell'acquisto delle macchine come pacchetti delle case costruttrici starebbe, oltre che in tale dichia-

rata qualità dei programmi applicativi (più o meno centrati sui bisogni degli utenti), anche nella responsabilità che i fornitori dei sistemi chiavi in mano assumono per il loro funzionamento complessivo e per il risultato concreto da raggiungere, non per il solo funzionamento delle macchine e dei programmi, separatamente. (I. D'ELA/C. CIAMPI, *L'informatica nella Pubblica Amministrazione*, Firenze, 1987, pag. 125). Sulla questione v. anche a. SPADARO, *Appalti e forniture di prodotti e servizi informativi nella Pubblica Amministrazione*, Rimini, 1990, pag. 44. In materia di contratti, con particolare riferimento allo schema elaborato della CECUA (Confederation of European Computer's Users Association) v. V. FROSINI, op. cit., pagg. 261 e ss.

²⁴ V. per i servizi di *facilities management*, J. S. MILLSTEIN, *Facilities management. Nuts and bolts of outsourcing agreements*, in *Computer law*, 1991, 6, pagg. 1 e ss.

spettivo della prestazione è fissato in relazione ad un certo numero di elaborazioni, appartenenti ad uno specifico livello di servizio, potenzialmente oscillabili nella misura contenuta tra il 5% ed il 10% in più o in meno della quantità prevista (con penali applicabili nel caso di superamento del limite). Gli elementi per la definizione del corrispettivo sono essenzialmente tre: il *baseline processing cost* — il costo dell'elaborazione stimato sul volume di lavoro dall'inizio del contratto; gli *additional volume charges* — il costo dipendente dall'incremento del volume di lavoro risultante dalla crescita interna o dall'acquisizione di ulteriori entità produttive; gli *inflation adjustments* — un correttivo annuale (basato sull'indice dei prezzi al consumo) per compensare il fornitore del servizio dei maggiori costi dipesi dall'inflazione. Tuttavia, secondo una ricerca condotta su alcuni contratti concernenti l'outsourcing²⁵, normalmente il fornitore di servizi è portato a negoziare liberamente tali clausole senza considerare altri importanti parametri per la definizione del corrispettivo. In particolare non si tiene abitualmente conto dell'incidenza di *business success units* (ad esempio un numero di applicazioni ed elaborazioni fisse, in particolare nel settore assicurativo e bancario), né di un livello predefinito di deterioramento del sistema (quantificabile secondo la fonte citata in 100 ore di elaborazioni al mese). Inoltre gli *additional volume charges* non sono specificati, nella maggior parte dei casi, nelle clausole contrattuali, che propongono in merito una generica ulteriore negoziazione tra le parti, senza che siano fissati criteri standard di oggettiva valutazione: appare ovvio che la non determinabilità del prezzo possa essere, in un prossimo futuro, elemento di forte instabilità di siffatti rapporti negoziali.

Per ovviare a tali incertezze sono stati proposti²⁶ alcuni significativi rimedi in sede di definizione del contratto: utilizzare un algoritmo di definizione del prezzo di facile comprensione; determinare metodi di misurazione mensili del volume di lavoro; prevedere un meccanismo per la soluzione di casi eccezionali; inserire una disposizione che preveda un incremento annuale (del 5% almeno) del volume di lavoro base; applicare tale incremento mensilmente e non al termine dell'anno solare; definire livelli standard di servizio e criteri per la valutazione; stabilire un incremento percentuale delle tariffe in misura almeno pari alla inflazione.

Altre clausole sono normalmente rimesse alla volontà delle parti, come ad esempio la tutela della riservatezza dei dati forniti dal cliente, e la predisposizione di adeguati sistemi di sicurezza. Tuttavia tali disposizioni sono già conosciute dalla prassi commerciale anche di altri paesi (compreso il nostro, dove l'assenza di una disciplina generale sulla riservatezza e la residuale efficacia di un ge-

²⁵ AA.Vv., *Outsourcing industry services*, Gartner Group, 1991.

²⁶ *Loc. ult. cit.*

nerico dovere di correttezza nell'adempimento dell'obbligazione secondo l'art. 1175 c.c., hanno suggerito l'inserimento di clausole ad hoc sugli obblighi riservatezza, di confidenzialità e di sicurezza dei dati in quasi tutti i contratti cd. di informatica).

4. (Segue). OUTSOURCING E TIPI LEGALI.

In ordine alla disciplina legale dei contratti attraverso i quali si realizza un rapporto di outsourcing, appare necessario il richiamo al criterio ermeneutico dell'analogia applicabile in tutti i casi in cui la volontà delle parti non sia sufficiente a regolare tutto il regolabile nell'ambito di singoli contratti innominati. Si può anzi dire che, proprio rispetto ai casi in cui il rapporto negoziale si sia instaurato in ordine a nuovi beni e servizi nel campo delle tecnologie dell'informazione, la dottrina e la giurisprudenza hanno prodotto un continuo sforzo di adeguamento delle più moderne forme contrattuali alle norme già dettate dal codice civile in ordine a fattispecie legalmente tipizzate.

In questa necessità di rinvenire, nel nostro ordinamento, delle connotazioni tipiche alle quali ricorrere in assenza di esplicite volizioni dei contraenti, balza subito evidente la sussumibilità della maggior parte dei contratti con i quali si realizza l'outsourcing nello schema dell'appalto di servizi, regolato dagli artt. 1655 e ss. del c.c. Il percorso già esplorato dalla dottrina²⁷ ha peraltro con certezza portato alla identificazione, nel tipo legale richiamato, dei cd. *computers services contracts*, concepiti come accordi in forza dei quali un centro elettronico di calcolo assume, con l'organizzazione ad impresa di appositi mezzi e con gestione a proprio rischio, il compimento di un servizio o di più servizi di elaborazione dati, normalmente a carattere periodico, verso un corrispettivo in denaro. Ad analoghe conclusioni è giunta peraltro la dottrina francese, rispetto ai contratti di *traitement a facon*, anche detti *service bureau*, qualificati come *contracts d'entreprise*²⁸; appare inoltre significativa l'affermazione²⁹ secondo la quale gli attuali rapporti di outsourcing trovano le loro radici nei tradizionali servizi professionali (d'informatica) e di *timesharing* (ossia di vera e propria locazione di un « tempo macchina ») da sempre considerati una tipica espressione dei contratti di *computer services*. Le stesse caratteristiche dell'appalto di servizi, sia pure nella speciale configurazione dovuta alla particolare materia informatica (lad-

²⁷ V. in particolare G. CRISCUOLI, *Una nuova figura di appalto: il computer services contract*, in AA.VV. (a cura di P. VERRUCOLI), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*, Milano, 1988; M. MOSCATI, *L'appalto di si-*

stemi e servizi informatici, in AA.VV. *I contratti di informatica*, op. cit.

²⁸ V. AA.VV., *Lamy Droit de l'informatique 1991*, Parigi, 1991, pagg. 173 e ss.

²⁹ V. AA.VV., *Outsourcing industry service*, cit.

dove la dottrina³⁰ considera possibile l'estensione di alcune norme concernenti l'appalto d'opera, in forza dell'elaborazione di una certa materia — i dati — fornita dal committente), inducono a ritenere che lo schema codicistico possa trovare larga applicazione negli eventuali rapporti di outsourcing nel nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio, al carattere fiduciario del rapporto, cioè alla rilevanza del cd. *fiduciary relationship* anglosassone, che comporta il rigido rispetto dei doveri di correttezza e di buona fede contrattuale (viepiù confermata dalla ricorrenza della clausola in precedenza richiamata). O, ancora, si pensi al contenuto della prestazione, che può essere il più vario in relazione alle capacità elaborative dei calcolatori; alla natura dispositiva, e pertanto derogabile dalle parti, dell'art. 1664 C.C. in materia di revisione del prezzo³¹; alla necessità della preventiva autorizzazione per i casi di subappalto (in forza della prevalenza dell'elemento dell'*intuitus personae*).

Una seconda ipotesi di schemi contrattuali richiamabili, ma che possono essere utilizzati solo in presenza di particolari condizioni può riguardare alcuni tipi di contratti associativi, con preferenza per l'associazione in partecipazione, e, in misura minore, i consorzi (con efficacia interna) o addirittura le società. Lo spunto per una simile ricostruzione proviene dai casi di outsourcing nei quali si è realizzata una *partnership* tra l'impresa affidante e la società (o le società, come nel caso Kodak³¹) affidataria della gestione del sistema informativo. Per la verità il termine che ricorre con maggiore frequenza nelle ricerche dedicate alla materia è quello di *strategic partnership alliances* che, più che definire una situazione di chiari contorni giuridici, allude al coinvolgimento, nella gestione di una risorsa strategica quale l'informazione aziendale, di imprese con vocazione industriale diversa da quella del partner principale.

Nel caso Kodak si è determinata la creazione di tre diverse società, con tre diversi soci, ciascuna delle quali ha assunto in proprio mezzi e personale già impiegati nella gestione del sistema informativo. Il termine *partnership* sta essenzialmente ad individuare una società priva di personalità giuridica, in cui ogni socio sia solidamente ed illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali (nel nostro ordinamento potrebbe essere assimilata alla società in nome collettivo). Tuttavia la non riproducibilità delle forme associative negli stessi termini dell'esperienza americana induce a ritenere che altri schemi contrattuali, dello stesso genere, ma di differente disciplina, possano trovare applicazione nei casi di outsourcing.

³⁰ V. G. CRISCUOLI, *Voce Computer Services contracts*, cit., pag. 1

³¹ *Loc. ult. cit.*

³² V. *supra*, nota 16.