



ASSOLOMBARDA

General Counsel Talks

I contributi della Legal Community
di Assolombarda

DISPENSA

N°12/2018

A cura del Settore

Fisco e Diritto d'Impresa

General Counsel Talks

I contributi della Legal
Community di Assolombarda

INTRODUZIONE

Nel corso del 2018, Assolombarda ha organizzato una serie di tavoli di lavoro dedicati specificatamente ai Giuristi di Impresa, per prendere in esame alcune delle principali e più attuali tematiche in diritto.

Il duplice obiettivo era approfondire la conoscenza e incrementare il coinvolgimento nelle attività dell'Associazione di una figura professionale fondamentale per la vita dell'impresa, per ruoli e responsabilità e per sua natura incline allo studio, agli approfondimenti e a una relazione tutta "*intra moenia*", attraverso occasioni di incontro e di scambio tra colleghi.

Sono stati quindi coinvolti i Direttori di uffici legali di importanti aziende, che hanno apprezzato e condiviso con entusiasmo il progetto e che si sono resi disponibili a guidare i lavori dei tavoli, ognuno per una specifica materia, mettendo a fattor comune le proprie conoscenze e esperienze.

Grazie al loro intervento, in Assolombarda è stato possibile discutere dei principi e delle procedure portanti della *governance*, dei modelli organizzativi 231, dell'affidamento degli incarichi a studi legali attraverso il *beauty contest*, di *privacy* e di GDPR proprio nel momento della sua entrata in vigore, di e-commerce e anche di *influencer*.

E' stato inoltre dato vita ad un confronto approfondito sulle modalità di gestione dei contratti di appalto e sui loro principali rischi e sull'impatto della tecnologia 4.0 sul lavoro degli uffici legali.

Per lasciare la massima libertà ideativa ai partecipanti, non sono state definite linee guida dei lavori o format organizzativi, ma ogni tavolo ha dato a se stesso la scansione che ha ritenuto più adeguata. Unico vincolo per tutti, la scrittura di un *paper* conclusivo.

I frutti di questi lavori sono ora raccolti nella presente dispensa, che – oltre alle tesi emerse – contiene casi studio e modelli operativi che ci auguriamo possano essere utili alle imprese nel loro fare quotidiano.

Da ultimo, ma non meno importante: Assolombarda crede che l'eredità dei tavoli superi il contributo tecnico e si esprima, anche e soprattutto, nella creazione di legami spontanei di relazioni professionali che continueranno nel tempo.

Un ringraziamento particolare ai partner dell'iniziativa 4c Legal e ACC Europe.

Arrivederci alla prossima edizione!

Si ringraziano per la collaborazione (in ordine alfabetico):

Avv. Alessandra BINI

IBM Italia S.p.A.

Avv. Giuseppe CATALANO

Assicurazioni Generali S.p.A.

Avv. Renato GALASSO

Istituto Europeo di Oncologia

Avv. Massimo MARINELLI

Prelios S.p.A.

Avv. Andrea MORETTI

ebay

Avv. Alessandro RENNA

4cLegal

Avv. Valérie RUOTOLO

HP Italia S.r.l.

INDICE

- 1. Beauty Contest digitale: come scegliere gli avvocati e i consulenti di cui l'azienda ha bisogno**
- 2. Governance Imprese e Gruppi: inquadramento e linee guida**
- 3. Il modello organizzativo dell'azienda: proteggersi dalla responsabilità amministrativa 231 e gestire al meglio i processi**
- 4. Privacy e Data Protection: la gestione dei dati in azienda alla luce delle nuove normative**
- 5. E- Commerce: set-up, gestione contrattuale e punti di attenzione**
- 6. Legal 4.0: gestire la digital disruption negli uffici legali delle aziende**
- 7. Appalti e Forniture: aspetti chiave della contrattualistica**

Il progetto è stato condotto sotto la supervisione di Guido Marzorati, Direttore Settore Fisco e Diritto d'Impresa di Assolombarda e di Cristian Ferraris, Direttore Settore Organizzazione, Sviluppo e Rapporti Associativi di Assolombarda e con il coordinamento di Elena Tiberio, responsabile Servizi legali all'impresa di Assolombarda.

Gruppo di lavoro dei General Counsel

Il beauty contest
digitale: come
scegliere gli avvocati
e i consulenti di cui
l'azienda ha bisogno

Il documento è il risultato dell'attività svolta dal Gruppo di Lavoro guidato dall'Avv. Alessandro Renna, *Founder, CEO presso 4cLegal* e costituito da (in ordine alfabetico):

Accossato	Gianpaolo	Magneti Marelli S.p.A.
Cangiano	Fabio	SPIG S.p.A.
Catapano	Sara	Sorgenia S.p.A.
d'Agnessa	Antonietta	4cLegal
Faillace	Giovannamaria	Enel S.p.A
Manzetti	Diego	AIG Europe
Marangoni	Luca	Bravonext S.A.
Marchetti	Leonora Marialuisa	Boehringer Ingelheim Italia S.p.A.
Marinelli	Massimo	Prelios S.p.A.
Orlando	Angelica	Sorgenia S.p.A.
Piccaluga	Federico	Gruppo Duferco
Robutti	Giacomo	AIG Europe
Romersi	Alessandra	Magneti Marelli S.p.A.
Sanna	Ramona	Prelios S.p.A.
Sperti	Valentino	4cLegal
Tanganelli	Ferdinanda	Kruk Italia S.r.l. ¹

¹ Ai predetti giuristi non potranno essere attribuite opinioni ulteriori rispetto a quelle riferite testualmente nel documento in forma "virgolettata". In ogni caso si precisa che le opinioni riferite sono espresse a titolo personale e non dell'impresa presso cui essi svolgono la loro attività.

Sommario

Prefazione: il problema del cambiamento

1. Perché parlare di Beauty Contest Digitale al mondo delle Imprese
2. Il “Legal Procurement”: obiettivi, vincoli e opportunità
3. Due approcci al Legal Procurement: affidamento diretto e Beauty Contest Digitale
4. Affidamento diretto e Beauty Contest Digitale: valutazioni rispetto agli obiettivi, i vincoli e le opportunità del legal procurement
 - 4.1. Affidamento diretto
 - 4.2. Beauty Contest Digitale
5. Conclusione
6. Ringraziamenti

PREFAZIONE: Il problema del cambiamento

di Massimo Marinelli (Group General Counsel Prelios)

Nell'approfondire il tema del "Beauty Contest Digitale", è certamente utile e necessario un corretto approccio e approfondimento di tutti i risvolti ed implicazioni di merito e di metodo, quali il processo di selezione delle competenze idonee, l'acquisto a condizioni di mercato, il rispetto delle normative, l'adesione alle best practice e il confronto con l'affidamento diretto.

Tuttavia, un corretto ed efficace approccio, che intenda guardare con realismo ad un "nuovo" modo di gestire il legal procurement, non può prescindere dal porsi il problema del "cambiamento". Si perché il beauty contest digitale richiede, anche e soprattutto, un cambiamento culturale che incide profondamente sui meccanismi tradizionali e consolidati nell'acquisire i servizi legali.

Presupporre il cambiamento culturale è apparentemente un fatto normale e poco preoccupante: al giorno d'oggi, in un mondo del lavoro e della vita di tutti i giorni in continua evoluzione sembra un concetto ampiamente riconosciuto ed accettato... almeno sul piano teorico. Quando però ci spostiamo dalla prospettiva dei principi generali a quella della concreta applicazione, emergono tutti i limiti e rischi che possono rallentare il cambiamento.

Sotto tale profilo, volendo analizzare la tematica superando "falsi miti", senza "eccessivi pudori" e con un po' di "autocritica", rileviamo che all'interno delle aziende il necessario cambiamento culturale – che implica il passaggio da una gestione tradizionale nell'acquisizione dei servizi legali (affidamento diretto e beauty contest non strutturati) ad un'altra più moderna ed evoluta (beauty contest digitale) – richiede di "osservare" e comprendere qual è l'approccio dei diversi attori che possono partecipare al relativo processo.

Non potendo certo, in questa sede, analizzare in dettaglio le diverse forme di organizzazione aziendale che – in funzione di diversi assetti proprietari, dimensioni, complessità, settore in cui operano – possono variare in maniera anche molto rilevante, possiamo però in linea generale riferirci ai seguenti soggetti e funzioni, con i rispettivi ruoli/competenze, esigenze e priorità.

Certamente le funzioni di approvvigionamento/acquisti (Procurement), di controllo (Internal Audit) e gestione rischi (Risk Management) vedono con favore e senza riserva alcuna l'utilizzo di sistemi strutturati, trasparenti e tracciabili per il legal procurement (qual è il beauty contest digitale), in quanto – nell'ambito ed in conformità alle proprie competenze – consente di perseguire al meglio i relativi obiettivi, rispettivamente, di acquisizione dei servizi alle migliori condizioni economiche,

di evitare che l'acquisizione di tali servizi possa prestarsi ad un utilizzo "improprio" a danno dell'azienda (sotto molteplici profili che non è il caso qui di analizzare, ma che tutti possono ben intuire) e di proteggere l'azienda dai molteplici rischi che, conseguentemente, ne potrebbero derivare.

Ci sono poi le funzioni di business e di staff che possono essere i beneficiari/utilizzatori diretti dei servizi legali esterni, in relazione alle rispettive esigenze, che - per oggettive e fondate ragioni - potrebbero invece privilegiare la selezione diretta, sulla base della positiva esperienza maturata in precedenti occasioni o della conoscenza delle particolari competenze riconosciute ad un legale esterno piuttosto che ad un altro, avendo come prioritario obiettivo quello del risultato finale. Alla base di questo ragionamento, però, vi è certamente l'erronea convinzione - come sarà successivamente meglio chiarito - che l'utilizzo del beauty contest digitale escluda o limiti fortemente la valutazione soggettiva/discrezionale e l'intuitu personae nella scelta del legale esterno, che rimangono invece pienamente utilizzabili ed anzi rafforzati, perché possono fondarsi su un set informativo più strutturato e completo.

Non dobbiamo, poi, in questo contesto dimenticare il Vertice aziendale che, a volte, per le stesse motivazioni delle funzioni di business e di staff o per più ampie logiche "relazionali" nell'interesse aziendale e di gestione della specifica operazione/esigenza legale per il buon esito della stessa, può tendere a privilegiare l'affidamento diretto.

In tutto questo, qual è il ruolo della Funzione Legale (General Counsel, Direttore Affari Legale e Societari, Chief Legal Officer... come sappiamo i nomi possono essere molto diversi, ma medesime sono in genere le competenze e responsabilità)? Indubbiamente compito non facile, in quanto la Funzione Legale deve, da un lato, porsi nei confronti di tutti gli attori richiamati come il "garante" di una scelta corretta, efficiente ed efficace, rispondendo dei relativi risultati e, dall'altro, può essa stessa incontrare i medesimi meccanismi che possono "frenare" non tanto il cambiamento culturale, quanto la pratica attuazione dello stesso, pur avendolo convintamente condiviso in via di principio (magari anche a causa di un approccio "pigro", causato dalle urgenze della quotidianità, trovando più agevole la scelta diretta piuttosto che il confronto e la gestione di diverse opzioni competitive).

Quanto sopra, si precisa, non vuole in alcun modo disconoscere l'importanza dell'intuitu personae e la valenza di un'esperienza diretta e positiva maturata con un determinato legale esterno, ma si deve altresì ricordare e sottolineare, senza "timidezza" o "reticenza", che - volendo e dovendo, in ogni caso, prescindere da profili di natura patologica - la soggettività e ragionevole discrezionalità non può mai essere intesa come "arbitrio".

D'altro canto, va doverosamente considerata - tra i vari attori coinvolti - anche la posizione del legale esterno che, in un determinato contesto, potrebbe ritenere di avere acquisito una "rendita di posizione" grazie a quella logica relazionale che spesso caratterizza i rapporti ad un certo livello con l'azienda. In tal senso, è necessario un cambiamento culturale anche da parte dei legali esterni, che possono essere indotti ad una "obsoleta" difesa di posizioni acquisite (in un mercato che è, però, già cambiato e sta cambiando sempre più velocemente), magari anche per una malintesa diffidenza a vedersi coinvolti in processi competitivi di cui hanno poco (ingiustificatamente) fiducia, in un contesto di cui non conoscono i contorni e di cui "sentono" di non poter "governare" lo svolgimento.

In tale scenario, la Funzione Legale può certamente svolgere un ruolo chiave sia (i) nel contribuire alla necessaria evoluzione culturale e, quindi, verso una condivisa disponibilità e valutazione positiva (nel proprio interesse) anche da parte dei legali esterni per tale nuova "visione" del mercato dei servizi legali, che (ii) nel creare le condizioni per cui il cambiamento culturale possa essere, comunque, indotto dalla stessa richiesta del mercato delle prestazioni professionali: il "cliente" ben può indurre il "fornitore" ad adeguarsi nella misura in cui vi è una generale condivisione nell'evoluzione dello standard e delle best practice di mercato.

In ogni caso, un modo per superare le possibili apparenti contraddizioni, o meglio, contrapposizioni tra le diverse esigenze o ritenute posizioni può essere quello di considerare il beauty contest digitale come lo strumento di legal procurement da utilizzare tendenzialmente in via privilegiata, ma che non esclude affatto l'affidamento diretto; anzi, i presupposti, criteri e meccanismi alla base del beauty contest digitale possono ben aiutare ad utilizzare meglio l'affidamento diretto, quando ritenuto effettivamente necessario/preferibile per oggettive e tracciabili motivazioni.

Ciò ricordando sempre che soggettività/discrezionalità e intuitu personae non significano affatto arbitrio e chiarendo/ribadendo, quindi, che le diffidenze verso un'evoluzione del mercato dei servizi legali basato sul beauty contest digitale sono sostanzialmente ingiustificate e spesso rappresentano un "infondato alibi" di resistenza al cambiamento, il quale rischia di penalizzare le aziende ed il mercato stesso del legal procurement che, invece, da tale evoluzione potranno certamente trarre nuove opportunità ed importanti benefici/vantaggi.

1. PERCHÉ PARLARE DI BEAUTY CONTEST DIGITALE AL MONDO DELLE IMPRESE

Ogni attività economica è regolata dal diritto, tanto nella sua fase fisiologica, tendente alla creazione di valore, quanto nella sua fase patologica, volta a definire criticità e problemi.

In questo contesto, è chiaro **il ruolo svolto dagli avvocati nell'ascesa, nello sviluppo e nella cessazione di un'impresa e del suo business**. Ed è altrettanto chiaro perché la scelta di un avvocato (o di uno studio legale, se si vuole valorizzare l'aspetto organizzato della professione²) diventa fattore critico per imprenditori e manager.

Da questa considerazione deriva la preliminare attenzione che vogliamo rivolgere in questo Paper alle modalità con le quali il mondo dell'impresa entra in relazione con il mondo degli avvocati e quindi, in estrema sintesi, alle modalità con cui le imprese scelgono i **partner**³ con cui fare un pezzo, più o meno lungo, del loro percorso di vita.

Il tema in questione viene talora chiamato "**procurement di servizi legali**", volendosi enfatizzare il fatto che la scelta di un avvocato e l'affidamento di un incarico realizzano, in ultima analisi, l'**acquisto di un "servizio", che è il servizio legale**⁴.

Questa terminologia tende a collocare il rapporto tra impresa e avvocato nel solco di una relazione **cliente-fornitore**, ponendo più di qualche criticità culturale ma avendo il pregio - nella sua ovvietà - di sottolineare la rilevanza dello scambio di utilità economiche tra le due parti: una offre prestazioni professionali, l'altra un compenso economico.

In questo contesto si colloca la nascita in Italia, nel 2014, del c.d. "beauty contest digitale": un nuovo modo e un nuovo stile con cui il mondo dell'impresa entra in relazione con il mondo degli avvocati.

² Nel prosieguo si preferirà il riferimento ad "avvocato" piuttosto che a "studio legale". Questo in considerazione del carattere "personale" della prestazione legale e dell'obiettivo di incontrare più facilmente la sensibilità delle PMI che vedono il proprio referente più nel singolo professionista piuttosto che nell'organizzazione.

³ Interessante notare come la recente norma UNI ISO 37001:2016 sui sistemi di prevenzione della corruzione definisca i consulenti -tra i quali rientrano evidentemente gli avvocati- come "**soci in affari**".

⁴ La definizione dell'assistenza legale quale servizio è utilizzata, per esempio, dal Codice dei Contratti Pubblici (v. d.lgs. 50/2016, art. 17, comma 1, lett. d)).

2. IL “LEGAL PROCUREMENT”: OBIETTIVI, VINCOLI E OPPORTUNITÀ

Obiettivi

Parlare di beauty contest digitale implica affacciarsi alla più generale tematica del già citato **legal procurement**.

L'impresa, grande o piccola, ricorre a un avvocato per la gestione delle più diverse questioni legali. Quale che sia la necessità di assistenza, è chiaro quali sono i due principali obiettivi di qualsiasi impresa che intenda rivolgersi a un avvocato:

1. **ottenere un servizio professionale qualificato e pragmatico;**
2. **pagare un compenso proporzionato e di mercato.**

L'impresa che acquista un servizio inadeguato o paga onorari fuori mercato sopporta in effetti un vero e proprio danno: potrà trattarsi di un contratto scritto male e che darà problemi, di una causa persa perché mal gestita o di uno spreco di risorse aziendali. In ogni caso, nulla che un imprenditore o un bravo manager possa ritenere soddisfacente.

Vediamo quindi come l'impresa può perseguire i citati due obiettivi.

Premessa: l'importanza delle informazioni

Per scegliere bene occorre disporre di **informazioni ampie e accurate**: una scelta compiuta senza o con modeste informazioni disponibili presenta alte probabilità di non essere la migliore. Questo principio, apparentemente banale, vale anche per la scelta di un avvocato⁵. Se l'impresa vuole perseguire i sopra citati **obiettivi qualitativi ed economici** è quindi fondamentale che acquisisca preventivamente delle adeguate informazioni circa l'avvocato cui ipotizza di affidare un incarico.

Per valutare adeguatamente queste informazioni è poi essenziale svolgere delle “**comparazioni**”: paragonando aspetti qualitativi ed economici è possibile pervenire a una scelta ponderata su quale sia l'avvocato migliore per l'esigenza da soddisfare (si tratta, come vedremo, della **premessa “logica”** su cui si fonda il beauty contest digitale).

Un'assistenza qualificata e pragmatica

⁵ Per dirla con **CANGIANO**, Head of Legal Department SPIG S.p.A. “tanto più la scelta sarà informata tanto più sarà adeguata nell'ottica dell'assegnazione finale dell'incarico”.

Primo obiettivo scegliere un avvocato “bravo”, in grado di prestare un’assistenza legale di qualità.

A tal fine, gli elementi che l’impresa potrà acquisire circa gli avvocati candidati al ricevimento dell’incarico sono i seguenti:

- a) la **preparazione tecnica**, che potrà risultare da voto di laurea, attività di docenza, pubblicazioni, partecipazioni a convegni, attività formative, certificazioni;
- b) l’**esperienza in questioni analoghe a quelle oggetto di assistenza e/o a favore di clienti appartenenti alla medesima tipologia dell’impresa** (aventi quindi analoghe opportunità / problematiche da affrontare). È bene ricordare che il sistema normativo italiano richiede ormai, per complessità, una forte specializzazione dei professionisti⁶;
- c) la **concretezza e adeguatezza dell’approccio** proposto dall’avvocato per la gestione della questione (tempi di risposta, metodo di lavoro, sistema di reportistica ecc.).

Alcuni **errori** che talvolta le imprese compiono sono:

1. affidarsi all’avvocato fiduciario in aree e settori su cui il fiduciario non ha tuttavia competenze ed esperienze specifiche⁷;
2. affidarsi ad avvocati c.d. “blasonati” sul mercato senza verificare in concreto le esperienze e competenze rilevanti per il tipo di assistenza legale richiesta;
3. non acquisire documentazione dalla quale possa evincersi che l’avvocato scelto possiede i necessari requisiti di carattere qualitativo, denotando così un approccio superficiale e non facilmente giustificabile in caso di eventuali audit e verifiche interne all’impresa.

Un compenso proporzionato e di mercato

Scegliere un avvocato bravo non è tutto. Un’impresa deve infatti premurarsi di pattuire il pagamento di un compenso ragionevole per il servizio legale acquistato.

⁶ Per completezza è utile sottolineare come tutti i grandi avvocati abbiano comunque una “sensibilità giuridica” di carattere generale. Tuttavia, è indubbio che in certi settori del diritto e del business, anche per la frequenza degli aggiornamenti normativi, una buona assistenza potrà essere prestata solo da avvocati che hanno sviluppato competenze fortemente verticali. “E’ bene aver elaborato un’esperienza significativa in segmenti industriali affini rispetto a quelli dell’azienda cliente”, per dirla con **CANGIANO**.

⁷ Interessante lo spunto di **CANGIANO**, secondo cui “Non esiste il migliore consulente legale, esiste solo il più adatto, c.d. “proper”, il più adeguato rispetto alle esigenze dell’azienda in quel dato momento storico”. Analogamente **MARANGONI**, secondo cui “l’obiettivo è saggiare non tanto la bravura del professionista quanto la sua idoneità rispetto alla realtà aziendale di riferimento e alle sue peculiari esigenze”.

Come noto, salvi i limitati casi di applicazione della normativa sul c.d. “equo compenso”⁸, il mercato legale è un mercato nel quale il compenso viene determinato **consensualmente** da cliente e avvocato⁹.

Per altro verso, l’avvocato è tenuto a presentare un **preventivo di spesa** al cliente prima del ricevimento dell’incarico¹⁰, in modo che la scelta di acquisto sia effettuata in modo pienamente consapevole. In questo ambito è quindi lo stesso legislatore a garantire l’acquisizione di informazioni essenziali da parte del cliente.

Al cliente spetta quindi valutare “soltanto” se il preventivo ricevuto reca una proposta di compenso effettivamente proporzionata e di mercato.

Al riguardo, è bene notare che il lavoro dell’avvocato è essenzialmente una prestazione intellettuale: esperienze, competenze, abilità e attenzione sono il vero oggetto della prestazione. Chiaro quindi quanto sia difficile operare una valorizzazione economica oggettiva: è uno di quei casi in cui, si potrebbe dire, “**il prezzo lo fa il mercato**”.

Per valutare quindi se il compenso proposto da un avvocato in un preventivo è effettivamente di mercato, la soluzione più naturale è quella di **paragonare tale compenso con quello proposto da altri avvocati** che -ovviamente- sono ritenuti idonei da un punto di vista qualitativo.

Alcuni **errori** che talvolta le imprese compiono sono:

1. essere soddisfatti di ricevere uno sconto dall’avvocato. Se non si sa qual è il compenso di mercato per una data prestazione, il mero ottenimento di uno sconto non fornisce alcuna garanzia di ragionevolezza del compenso pattuito;
2. valutare la ragionevolezza del compenso proposto paragonandolo al compenso applicato dal medesimo avvocato in passato per prestazioni analoghe. È evidente che il termine di paragone (ossia il compenso applicato dall’avvocato in passato) è a sua volta da verificare: non è detto che fosse di mercato;
3. svolgere un’equazione del tipo costo alto = livello alto / costo basso = livello basso. Abbiamo visto che la prestazione legale è una prestazione intellettuale: non si vendono

⁸ V. l. 172/2017, art. 19-quaterdecies.

⁹ V. DM 55/2014, art. 1.

¹⁰ V. L. 124/2017.

tessuti più o meno pregiati o cibi più o meno raffinati, articoli rispetto ai quali (talvolta) il prezzo costituisce indicatore di qualità.

Vincoli

Le imprese private non hanno dei “vincoli” normativi specifici nello scegliere i loro avvocati. Tuttavia, vi sono norme delle quali può rendersi necessario tener conto. In particolare:

1. D.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti

Sempre più imprese adottano il modello organizzativo ex dl.gs. 231/2001, ossia un sistema di regole e procedure interne che disciplinano l'attività d'impresa in modo da prevenire la commissione di taluni reati¹¹.

Spesso i modelli organizzativi disciplinano internamente i loro processi di acquisto di servizi (tra i quali rientrano quelli legali) e/o le modalità di selezione dei collaboratori (tra cui gli avvocati) prevedendo di implementare alcuni principi chiave quali **trasparenza, tracciabilità, concorrenza**.

Questi principi sono funzionali a prevenire, tra l'altro, la commissione del **reato di corruzione**, che è tra i reati dai quali può derivare una responsabilità amministrativa dell'impresa. Si tratta di un reato che può essere collegato all'affidamento di incarichi professionali, processo che pertanto si definisce tipicamente “**sensibile**” ai sensi del d.lgs. 231/2001¹².

2. Art. 19-quaterdecies della l. 172/2017 sul c.d. “equo compenso”

Soltanto qualora i rapporti tra impresa (che non sia una PMI) e avvocato siano regolati da convenzioni predisposte unilateralmente dall'impresa stessa, trova applicazione la recente disciplina del c.d. “equo compenso”.

Le previsioni essenziali sono due:

¹¹ Scopo del modello organizzativo è di offrire un'**esimente** all'impresa qualora venga commesso, nell'interesse o a favore dell'impresa, un reato compreso tra quelli specificamente previsti (denominati “reati presupposto”).

¹² A mero titolo esemplificativo, la corruzione potrebbe verificarsi qualora (i) l'avvocato corrispondesse denaro al dirigente d'impresa quale “corrispettivo” per l'incarico ricevuto (corruzione tra privati) ovvero (ii) l'avvocato utilizzasse parte del compenso ricevuto dall'impresa per corrompere un pubblico ufficiale allo scopo di anticipare i tempi di lavorazione di una pratica (corruzione ai sensi dell'art. 318 del codice penale).

a) **il cliente è tenuto a** corrispondere in favore dell'avvocato un compenso "equo", ossia "proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della Giustizia ...";

b) **clausole vessatorie**: si prevede un catalogo di clausole di cui viene stabilita la **nullità** (azionabile soltanto dall'avvocato)¹³.

3. D.lgs. 254/2016 sulle informazioni non finanziarie

Le imprese private che si occupano di attività di interesse pubblico (banche e compagnie assicurative) e quelle che, per dimensioni e struttura, coinvolgono interessi diffusi (es. quotate, SGR, SIM), sono tenute a pubblicizzare alcune **informazioni di carattere non finanziario** relative alla loro attività¹⁴. Nello specifico, il d.lgs. 254/2016 prevede che le citate imprese, definite come "enti di interesse pubblico", debbano presentare una "*dichiarazione individuale di carattere non finanziario*" che "*nella misura necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività d'impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotta, copre i temi ... attinenti alla lotta contro la corruzione attiva e passiva*" ... e contiene informazioni relative alla "**f) lotta contro la corruzione sia attiva sia passiva con indicazione degli strumenti a tal fine adottati**" (art. 3). Come visto sopra, l'affidamento di un incarico legale può essere interessato da condotte corruttive e, pertanto, il relativo processo risulta sensibile ai sensi della normativa in parola.

¹³ Si tratta delle clausole che prevedono (i) la riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto, (ii) l'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto, (iii) l'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve eseguire a titolo gratuito, (iv) l'anticipazione delle spese della controversia a carico dell'avvocato, (v) l'imposizione all'avvocato della rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione, (vi) termini di pagamento superiori a 60 giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, (vii) in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, il riconoscimento all'avvocato soltanto del minore importo previsto in convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte, (viii) in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, l'applicazione della nuova disciplina -se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione- anche agli incarichi pendenti o comunque non ancora definiti o fatturati, (ix) la spettanza del compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale solo in caso di sottoscrizione del contratto.

¹⁴ V. d.lgs. 254/2016.

Opportunità

Le best practice

L'affidamento di incarichi legali è anche toccato da quelle che si definiscono generalmente "best practice": linee guida di diversa natura che indicano le modalità ottimali per svolgere taluni processi d'impresa.

Sul nostro argomento, assumono rilevanza quelle di seguito indicate.

1. Linee Guida alla compilazione dei Modelli Organizzativi 231 approvate da Confindustria e dal Ministero della Giustizia nel 2014.

Si occupano dell'acquisto di servizi (tra cui vi sono quelli legali) raccomandando che l'impresa, con finalità di prevenzione della corruzione, preveda: (i) criteri e modalità di assegnazione del contratto, (ii) ricorso alla **procedura di assegnazione diretta solo per casi limitati e chiaramente individuati, adeguatamente motivati e documentati**, (iii) modalità e criteri per la predisposizione e l'approvazione del **bando di gara**, nonché per la definizione e approvazione di short vendor list, (iv) **modello di valutazione delle offerte (tecniche/economiche)** informato alla trasparenza e a criteri il più possibile oggettivi.

2. Lo standard UNI ISO 37001:2016, relativo al sistema di gestione anticorruzione

Questo standard definisce il "**socio in affari**" come la "*parte esterna con cui l'organizzazione ha o progetta di stabilire qualsivoglia relazione commerciale*", indicando a titolo esemplificativo i "**consulenti**" e quindi gli avvocati.

La selezione dei soci in affari è assoggettata ai c.d. "**controlli non finanziari**", che hanno lo scopo di ridurre il rischio di corruzione in relazione ai soci in affari: (i) svolgere una procedura di "**due diligence**" finalizzata a verificare "*se il socio in affari abbia le **qualifiche, l'esperienza e le risorse necessarie***"¹⁵; (ii) valutare se ogni pagamento da effettuarsi al socio in affari sia **ragionevole e proporzionato** rispetto a tali servizi ("ciò

¹⁵ **MARANGONI**, *Legal Counsel Bravonext SA*, sottolinea l'importanza di una due diligence, che denomina "background check", per esempio per ottenere dichiarazioni di "assenza di conflitti di interesse".

*è particolarmente importante onde evitare che il socio in affari utilizzi parte del pagamento ricevuto dall'organizzazione per pagare tangenti per conto o a vantaggio dell'organizzazione"; (iii) aggiudicare appalti (nozione che nella terminologia UNI ISO comprende anche gli incarichi ai professionisti), "laddove ciò sia possibile e ragionevole, solo dopo che si sia svolto un processo di **bando di gara equo e, se del caso, trasparente tra almeno tre offerenti**"; (iv) fornire gli strumenti e gli schemi appropriati di supporto al personale (per esempio creare un "flusso di lavoro **informatizzato**").*

Per sintetizzare, le best practice sopra menzionate indicano chiaramente il loro favore per una scelta del professionista basata su meccanismi **concorrenziali tracciabili e documentati**: è evidente, del resto, che questo genere di procedure rende più difficile realizzare scelte orientate (non all'interesse dell'impresa ma) alla realizzazione di reati di corruzione.

I rating ESG

Nella community degli affari la reputazione dell'impresa riveste un'importanza fondamentale. Essa deriva certamente dalle performance finanziarie ma anche, secondo un'opinione in via di rapido consolidamento, dalle **performance "non finanziarie"**, per tali intendendosi le modalità con cui l'impresa affronta tematiche che riguardano -utilizzando la terminologia anglosassone invalsa- **Environmental, Social e Governance**. Queste modalità sono in grado di generare buona o cattiva reputazione e di influire sulla reputazione -e quindi sul valore del brand- dell'impresa.

Per quanto qui rileva, giova ricordare che sotto il nome di "Governance" rientrano le policy di organizzazione e governo dell'impresa, incluse quelle finalizzate alla tutela della legalità e alla prevenzione della corruzione.

Ecco che, anche questo riguardo, la modalità con cui l'impresa sceglie i propri avvocati -e dunque acquista servizi legali- sono in grado di risolversi in un vantaggio, in uno svantaggio o in un'irrelevanza dal punto di vista economico.

La conformità dei processi di scelta degli avvocati alle best practice in materia di prevenzione della corruzione è certamente un elemento in grado di generare valore reputazionale presso

gli stakeholder dell'impresa¹⁶. La non conformità può generare un danno reputazionale qualora si verificano reati -per esempio- di corruzione ovvero, in assenza di tali o altri reati, può semplicemente risultare indifferente rispetto alla creazione di valore reputazionale (si tratterebbe in sostanza di un'occasione persa).

3. DUE APPROCCI AL LEGAL PROCUREMENT: AFFIDAMENTO DIRETTO E BEAUTY CONTEST DIGITALE

Dopo aver accennato agli obiettivi, i vincoli e le opportunità del legal procurement, possiamo ora ad esaminare i due possibili approcci concreti delle imprese alla materia. Si tratta di approcci essenzialmente antitetici.

Affidamento diretto

Con questa nozione si intende la scelta di un avvocato senza alcun confronto concorrenziale. Si tratta certamente della modalità di scelta più classica e tradizionale oltre che, ancor oggi, più diffusa nella prassi.

Alla base di questo approccio si trova tipicamente il c.d. “**rapporto fiduciario**”, ossia una pregressa relazione che conduce l'impresa ad affidarsi a un avvocato in considerazione della soddisfazione derivante dalla gestione di precedenti incarichi¹⁷.

In questa prospettiva, la competizione non è ritenuta necessaria e la definizione del contenuto dell'incarico -incluso l'ammontare degli onorari- non prevede un confronto con il mercato e con le proposte formulate da altri avvocati. In questo caso si dice che la scelta avviene “**intuitu personae**”.

¹⁶ Tra gli stakeholder: (i) l'azionariato e il top management, (ii) i dipendenti della direzione legale, (iii) gli avvocati esterni e (iv) i follower a vario titolo dell'impresa. Per tutti questi soggetti, l'adozione di best practice ispirate ai migliori principi di gestione è evidentemente -salve patologie e indifferenze colpevoli- una garanzia o comunque una “buona notizia”. Secondo **CATAPANO** “1. la direzione legale che gestisce in questo modo [i.e. con il beauty contest digitale] l'affidamento di servizi legali si crea un certo grado di reputazione internamente all'azienda; 2. non solo, una reputazione siffatta ha immediata risonanza anche al di fuori dell'azienda, lì dove i professionisti esterni si trovano ad approcciarsi con tale procedura percepiscono il valore; 3. la società di per sé diviene, infine, testimone di una modalità di lavoro virtuosa, patrimonio comune dell'intera azienda”.

¹⁷ Un affidamento diretto può avvenire basarsi anche sulla buona reputazione vantata dall'avvocato sul mercato oppure sul c.d. “passa parola”. In questi casi tuttavia, non essendovi una fiducia maturata in modo “diretto” dall'impresa, è più facile che l'affidamento passi per una qualche procedura comparativa.

Il beauty contest digitale

L'alternativa all'affidamento diretto è il beauty contest, ossia la procedura competitiva e comparativa. Se essa si svolge online su una piattaforma (invece che su strumenti "tradizionali" come mail, pdf, lettere, telefonate), ecco che siamo di fronte al c.d. "**beauty contest digitale**". Con questa accezione si intende, in particolare, il processo digitale sviluppato in Italia nel 2014 da 4cLegal¹⁸, articolato in 4 passaggi.

1. Incarico e requisiti. L'impresa descrive l'oggetto dell'incarico che deve affidare, le esperienze e le competenze necessarie, i requisiti organizzativi eventualmente rilevanti (es. disporre di una sede in una determinata località) e ogni altro elemento utile a delineare la propria esigenza di assistenza;
2. Invito. L'impresa sceglie gli studi dai quali vuole ricevere un'offerta di assistenza debitamente articolata, potendo coinvolgere sia i suoi eventuali fiduciari sia studi precedentemente non noti.
3. Chiarimenti. L'impresa riceve eventuali domande di chiarimento e fornisce riscontro a tutti gli studi partecipanti alla procedura.
4. Decisione. L'impresa riceve le offerte formulate dagli studi invitati, le compara¹⁹ e quindi sceglie a quale studio affidare l'incarico, spesso dopo aver effettuato colloqui di approfondimento vis-à-vis²⁰.

L'intera procedura può richiedere, a seconda delle esigenze dell'impresa e della complessità dell'incarico, dalle 24 ore alle due settimane di tempo.

Il beauty contest digitale vede nella **concorrenza** la sua essenza e nel **confronto tra le diverse opzioni di mercato** un passaggio essenziale per svolgere una scelta consapevole e ponderata²¹. Il fatto che si tratti di una procedura che si svolge su una piattaforma assicura il tracciamento automatico di ogni fase e la disponibilità di evidenze documentali.

¹⁸ Sulla piattaforma www.4clegal.com, nella quale sono iscritti oltre 600 studi legali di diversa natura e caratterizzazione (internazionali, territoriali, multidisciplinari, monopratice ecc.), oltre a 170 imprese appartenenti ai più diversi settori di business.

¹⁹ **TANGANELLI**, Legal Support Section Manager di Kruk Italia, sottolinea come l'analisi delle offerte non possa "prendere in considerazione il criterio del prezzo più basso ma invece quello dell'offerta di livello qualitativamente più elevato"

²⁰ **MARANGONI** sottolinea "l'importanza dei colloqui di persona con il professionista prima dell'affidamento dell'incarico: è necessario toccare con mano la qualità e le skills dell'avvocato prima di sceglierlo, nel rapporto B2B è fondamentale".

²¹ "Il beauty contest è l'arena, il foro in cui si incontrano domanda e offerta in maniera sana", secondo **CANGIANO**.

Il beauty contest digitale **non è contrario al rapporto fiduciario**, anzi: proprio perché la scelta a valle di un beauty contest digitale è basata su evidenze oggettive è ragionevole che si crei un rapporto di fiducia autentico²².

**4. AFFIDAMENTO DIRETTO E BEAUTY CONTEST DIGITALE:
VALUTAZIONI RISPETTO AGLI OBIETTIVI, I VINCOLI E LE OPPORTUNITA' DEL LEGAL
PROCUREMENT**

I due approcci sopra brevemente descritti possono essere valutati tenendo in considerazione gli obiettivi, i vincoli e le opportunità legate al legal procurement aziendale. Di seguito si propone una c.d. SWOT analysis, ossia una verifica dei punti di forza, dei punti di debolezza, delle opportunità e delle minacce legate ai due modelli.

AFFIDAMENTO DIRETTO	
Punti di forza	Punti di debolezza
<p>1. La scelta dell'avvocato è veloce e non richiede uno sforzo di analisi e comparazione. Questo può essere utile per affrontare questioni urgenti</p>	<p>1. Non c'è un confronto "qualitativo" e quindi non c'è evidenza oggettiva circa la bontà della scelta rispetto ad altre opzioni disponibili. Il rischio di acquistare un servizio legale di qualità inadeguata o non ottimale è più alto</p> <p>2. Non c'è un confronto "economico" e quindi non c'è evidenza sul fatto che il compenso pattuito con l'avvocato è di mercato. Il rischio di pagare un compenso non proporzionato è più alto</p> <p>3. In presenza di un modello organizzativo 231 che preveda trasparenza, tracciabilità e concorrenza nell'acquisto di servizi / nella scelta di professionisti, si sarebbe in presenza di una violazione, con</p>

²² "Nella misura in cui il rapporto fiduciario è sano, questo potrà solo essere confermato da un beauty contest attraverso una messa in competizione da cui uscirà il giusto balance per l'azienda", come affermato da **PICCALUGA**, General Counsel di Duferco Group. Secondo **CATAPANO**, Legal Counsel di Sorgenia SpA, "non si deve pensare a un'antitesi tra le modalità di approccio al legale esterno quanto ad un completamento virtuoso, uno sviluppo che spero vada sempre più implementandosi".

	<p>conseguente rischio patrimoniale per l'impresa in caso di commissione di reati presupposto (responsabilità amministrativa ex d.lgs 231/2001)</p> <p>4. L'approccio non corrisponde alle best practice anticorruzione e non è in grado di generare valore reputazionale per l'impresa (anzi, può generare un danno in caso di reati commessi in relazione all'affidamento di incarichi legali)</p>
Opportunità	Minacce
<p>1. Il rapporto consolidato con l'avvocato - tipico nell'affidamento diretto- può portare vantaggi all'impresa in termini di flessibilità</p>	<p>1. Un rapporto consolidato può portare a un "rilassamento", con rischio di performance peggiori e onorari non competitivi</p> <p>2. L'assenza di un vero e proprio processo può prestare il fianco a scelte opache e orientate a finalità corruttive.</p> <p>3. Non c'è una vera e propria procedura e quindi l'iter decisionale presenta rilevanti margini di soggettività. La correttezza della scelta è più opinabile</p>

BEAUTY CONTEST DIGITALE	
Punti di forza	Punti di debolezza
<p>1. La procedura prevede la raccolta e la comparazione di elementi qualitativi relativi agli avvocati candidati all'assistenza. L'impresa sceglie liberamente ma con un set di informazioni ampio e adeguato rispetto al tipo di assistenza necessario</p> <p>2. La procedura prevede il confronto tra i compensi proposti da una pluralità di avvocati invitati liberamente dall'impresa. Si può verificare agevolmente qual è il compenso di mercato ed essere sicuri di acquistare a condizioni economiche ragionevoli</p> <p>3. La procedura realizza i principi della compliance aziendale tipicamente presenti nei modelli organizzativi con riferimento all'acquisto di servizi / alla scelta di professionisti (trasparenza,</p>	<p>1. Per quanto semplificata e standardizzata, la procedura di beauty contest digitale richiede più tempo per arrivare alla scelta dell'avvocato rispetto a un affidamento diretto. Nel migliore dei casi il beauty contest digitale richiede 24 ore.</p>

<p>tracciabilità, concorrenza) e ottimali per il rispetto di normative finalizzate alla prevenzione della corruzione (d.lgs. 254/2016)²³</p> <p>4. La procedura è conforme alle best practice anticorruzione ed è quindi in grado di generare valore reputazionale presso gli stakeholder dell'impresa²⁴</p>	
Opportunità	Minacce
<ol style="list-style-type: none"> 1. Il beauty contest digitale consente di entrare in contatto con nuovi professionisti e nuove competenze (senza che l'impresa sia in alcun modo obbligata a "cambiare avvocato"). Questo vale soprattutto se, come raccomandabile, prima dell'affidamento di un incarico si svolgono colloqui vis-à-vis 2. In ambiti complessi o nuovi per l'impresa, l'esame di offerte redatte da esperti consente di mettere meglio a fuoco le effettive esigenze dell'impresa 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Le evidenze del beauty contest digitale possono portare a non confermare la fiducia in un avvocato. Questo può accadere quando si riscontri che altri avvocati vantano maggiori competenze e sono significativamente più competitivi. È possibile dover uscire dalla c.d. "comfort zone"²⁵

²³ Al riguardo, secondo **MARCHETTI**, Legal Counsel di Boehringer Ingelheim Italia S.p.A., il beauty contest digitale permetterebbe di "realizzare i principi di trasparenza e tracciabilità richiamati nel Modello Organizzativo, documentando in modo oggettivo le ragioni che hanno portato al conferimento di un incarico ad un determinato consulente piuttosto che ad un altro". Nello stesso senso **ROBUTTI**, legal counsel di AIG Europe Limited, secondo cui "il beauty contest consente di rendicontare e motivare in maniera oggettiva le ragioni dell'affidamento del servizio ad un determinato professionista, con un chiaro passo avanti in termini di trasparenza dei processi".

²⁴ Secondo **CATAPANO**, il beauty contest "testimonia una corretta gestione delle consulenze esterne costituendo, altresì, un parametro di diligenza aziendale. È così che il General Counsel che adotta il beauty contest diviene promotore di un sistema virtuoso dalla portata capillare, la cui prima conseguenza è un chiave proprio di reputation".

²⁵ Interessante la considerazione di **CANGIANO**, secondo cui "Il General Counsel può permettersi di proporre il beauty contest sfidando gli equilibri pregressi se è solido rispetto al management e a fronte di un approccio serio. In questo senso è una questione di leadership". Secondo **MARANGONI** "Il beauty contest è uno strumento di crescita personale per il General Counsel: procedimentalizzare la motivazione delle proprie scelte". Anche **TANGANELLI** sottolinea come l'adozione del beauty contest passi per "un processo di acquisizione di leadership, da intendersi quale creazione e mantenimento di un alto valore di autorevolezza. In tale contesto, diventa fondamentale far comprendere al resto della classe manageriale locale, ma anche alla casa madre nel caso di multinazionali, l'importanza del beauty contest che, tra i suoi prioritari obiettivi, azzeri qualunque residuo di interferenza interna nella selezione delle consulenze legali". Sul "problema" della "forma mentis" nella prospettiva di un'affermazione generale del beauty contest digitale, **TANGANELLI** sottolinea che l'affermazione del beauty contest è "un processo lungo e non immediato, richiedendo un cambiamento di forma mentis che nella sua fase di incardinazione appare come una visione in cui credere fermamente". **CATAPANO** sottolinea come esso riguardi sia lo studio legale sia l'azienda, precisando poi che "lato studi legali, ancora troppo spesso il beauty contest viene visto come una minaccia allo status quo, pur rappresentando per questi una concreta opportunità. Si tratta, infatti, di una nuova modalità di gestione dell'incarico".

CONCLUSIONE

Il beauty contest digitale è oggi di fronte alla più grande sfida, che non è quella di affermarsi come paradigma ottimale di legal procurement, ma di risvegliare -in un ambito di importanza cruciale per il Paese- il desiderio di cambiare le cose in meglio e di trasformare i principi in azione.

Questo Paper non è un lavoro concluso ma soltanto l'avvio di un'ampia sollecitazione al cambiamento rivolta a tutte le imprese. L'avvocato è per le imprese una risorsa preziosa: sceglierlo bene o male significa maturare successi o insoddisfazioni, occorre farsi delle domande.

È in questo contesto che il beauty contest digitale vuole proporsi come un'innovazione utile per l'imprenditore e per i manager. A patto di non rifugiarsi dietro al credo di chi dice "facciamo come al solito" o "ha sempre funzionato così". Credo che ha già dimostrato, nell'epoca attuale, tutta la sua inadeguatezza e pericolosità.

"Le grandi innovazioni avvengono nel momento in cui la gente non ha paura di fare qualcosa di diverso dal solito" (Georg Cantor)

La partita è aperta.

RINGRAZIAMENTI

Il presente Paper è stato redatto tenendo in considerazione i proficui incontri svoltisi presso Assolombarda, nel primo semestre 2018, con numerosi autorevoli General Counsel e Giuristi d'Impresa di seguito menzionati. Il loro contributo di analisi, testimonianza e opinione è il vero valore di questa esperienza di confronto e approfondimento e a loro va ogni ringraziamento per la disponibilità e professionalità dimostrata.

Nulla tuttavia sarebbe accaduto se non vi fosse stata l'eccezionale capacità della Responsabile Legal di Assolombarda Elena Tiberio di stimolare, valorizzare e coordinare l'attività del tavolo di lavoro che ha visto come mentore e leader i rappresentanti della startup 4cLegal Alessandro Renna e Valentino Sperti.

Infine, ma non certo per importanza, un grande ringraziamento va a Cristian Ferraris, Direttore Organizzazione, Sviluppo e Rapporti Associativi Assolombarda, che per primo ha creduto nella validità e nelle potenzialità del progetto "Tavoli di Lavoro dei General Counsel" e nell'importanza del beauty contest digitale per il mondo dell'impresa.

Il lavoro qui iniziato vedrà successivi approfondimenti e rappresenta l'inizio di un percorso di innovazione per tutto il mercato legale italiano.

Gruppo di lavoro dei General Counsel

Governance

Imprese e Gruppi:

inquadramento e

linee guida

Il tema del “governo dell’impresa”, delle sue finalità e del funzionamento equilibrato degli organismi preposti alla gestione è assai complesso e dalle molteplici sfaccettature, in funzione delle dimensioni, della natura, degli interessi da perseguire e delle peculiari caratteristiche organizzative dell’impresa.

Il lavoro svolto dal “Tavolo *Governance*” ha avuto lo scopo non già di esaurire, né tantomeno di risolvere, le tante problematiche sottese alla *governance* di imprese e gruppi, ma di metter a fattor comune le diverse competenze ed esperienze maturate sul campo dalle strutture deputate alle funzioni legale e *compliance* per enucleare alcuni concetti chiave, utili a comprendere e, quindi, guidare ed agevolare i processi di *governance* nei contesti aziendali, promuovendo, nel contempo, alcune riflessioni che potrebbero risultare utili anche in un’ottica *de iure condendo*.

Il documento è il risultato dell'attività svolta dal Gruppo di Lavoro guidato dall'Avv. Giuseppe Catalano, *Company Secretary and Head of Corporate Affairs* di Assicurazioni Generali S.p.A. e costituito da (in ordine alfabetico):

Adami	Antonio	Canadian Solar Construction S.r.l.
Antonucci	Paolo	Bolton Group
Baccetti	Enrico	Boehringer Ingelheim Italia S.p.A.
Bersani	Sergio	Life Technologies Italia Part Of Thermo Fisher Scientific
Bonante	Andrea	Moncler Group
De' Donato	Filippo	Isagro S.P.A.
Di Salvia	Elena	Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.A.
Frugieuele	Giovanni	Accenture S.p.a.
Morrone	Marta	Accorhotels Italia S.r.l.
Piccaluga	Federico	Duferco Group
Rapetti	Paolo	Gruppo Cimbali S.p.A.
Ravasini	Helena	Huawei Technologies Co. Ltd
Sechi	Antonio	Banca Mediolanum
Tettamanti	Gabriele	Gruppo San Donato Sistemi E Servizi S.C.A.R.L
Tiberio	Elena	Assolombarda
Tosetti Dardanelli	Giorgio	Diners Club Italia S.r.l.
Vesurga	Alessandro	Canali S.P.A.

1. Gli attori della governance: la proprietà

L'analisi della realtà empirica ha consentito di osservare che qualunque struttura di *governance*, più o meno complessa che sia, poggia su due pilastri fondamentali, la **proprietà** e la **gestione**, cui si affianca il **sistema di controllo**, che si fa via via più complesso con l'espandersi delle dimensioni e della rilevanza dell'ente di cui trattasi.

Detti pilastri trovano espressione ed interagiscono tra loro, nei diversi sistemi di amministrazione codificati nel nostro ordinamento giuridico. Si è altresì potuto constatare, come l'efficienza gestionale di un'impresa sia fortemente influenzata dalla proprietà, ovvero:

- dalla intensità della partecipazione/controllo della proprietà/azionisti;
- dalle modalità attraverso cui vengono esercitati i diritti e le prerogative collegate alla qualità di proprietario/azionista;
- dalla capacità della proprietà/azionisti di indirizzare e comunicare le scelte gestionali.

Il tema dell'esercizio dei diritti proprietari e quello delle modalità attraverso cui lo stesso si estrinseca sono strettamente collegati. L'ordinamento positivo offre svariate nozioni di "controllo", da quella generale codicistica, di cui all'art. 2359 c.c. a quelle contenute nelle legislazioni di settore (bancario, finanziario, assicurativo), a quelle di matrice pubblicistica, sino alla nozione comunitaria – oggi codificata nella legislazione in materia di contratti pubblici - di "controllo analogo", che rappresenta l'apice della intensità della partecipazione azionaria (la proprietà/azionista controlla interamente l'impresa) e dell'intervento nella gestione (la gestione è sistematicamente indirizzata dalla proprietà/azionista che controlla l'attuazione degli indirizzi).

Tutte le varie nozioni sono, però, riconducibili al concetto di “**influenza**”, più o meno intensa, più o meno verificabile in concreto, (anche attraverso atti formali di indirizzo e coordinamento) che la proprietà/azionista è in grado di esercitare sull’impresa e, quindi sul *management*. Molto spesso, tale influenza viene esercitata di fatto, prescindendo dalla misura della partecipazione del socio che la esercita¹

A tale riguardo, dal Tavolo è emerso che, nella misura in cui la proprietà/azionista riesca ad “influenzare” la gestione, definendo ed esprimendo **obiettivi strategici, chiari di medio-lungo periodo**, si da consentire al *management* di assumere decisioni rilevanti per la gestione, l’impresa è in grado di “resistere” a situazioni di incertezza e di continuare a creare valore nell’ottica dell’efficienza.

In assenza di tali condizioni, l’impresa rischia di essere maggiormente esposta a fattori endogeni, quali ad esempio processi di avvicendamento generazionale nelle imprese familiari o esogeni, quali ad esempio cambi politici nelle imprese ad azionariato pubblico.

Dal punto di vista proprietario, si auspica di facilitare sempre di più **l’accesso per le imprese ai mercati di capitali**, attraverso processi trasparenti – ma, al tempo stesso, non molto costosi – di quotazione, al fine di poter attrarre capitale privato anche all’interno di realtà piccole e medie, in modo da poter competere con migliori chance di successo in un mercato sempre più internazionale e sempre più connesso senza dover ricorrere sistematicamente al finanziamento presso il ceto bancario. Tale accesso dovrebbe avvenire simmetricamente rispetto ad una **trasparenza degli assetti proprietari e dei meccanismi d’influenza, nonché dell’eventuale esercizio dei poteri di direzione e coordinamento**.

¹ È risultato molto utile, a questo proposito, recepire i suggerimenti provenienti dalle prassi recentemente affermatesi in tema di partecipazione alla stessa procedura ad evidenza pubblica, per l’aggiudicazione di lotti distinti, di due o più società, a fronte del rischio di esclusione laddove si possa configurare una situazione di controllo e/o di collegamento tra le stesse così come regolato dall’art. 2359 c.c. In questi casi, infatti, oltre alle situazioni previste dalla suddetta norma, le imprese possono comunque attestare che, pur trovandosi in una situazione di controllo o di collegamento, abbiano formulato la loro offerta autonomamente, specificando il contesto societario e gli elementi che concorrono a determinare l’autonomia dell’offerta. Il nucleo di tale attestazione, vale a dire il concetto di autonomia decisionale dell’ente, può rilevarsi molto utile per individuare le vere situazioni di controllo e collegamento.

In quest'ambito, potrebbero essere ulteriormente sviluppati alcuni elementi di flessibilità già presenti nell'attuale normativa, permettendo di costruire strumenti azionari che più strettamente gli interessi dei singoli investitori, eventualmente staccandosi, soprattutto nelle realtà meno strategicamente rilevanti, dal principio *one share-one vote*, parallelamente a quanto avviene altrove (v. Olanda).

Da questo punto di vista, potrebbe essere necessario/utile riaprire alcune possibilità di riconoscimento premiale, in termini di consolidamento della proprietà, per gli investitori di lungo periodo e, in termini di riconoscimento economico, per gli investitori di più breve periodo. Un esempio potrebbe essere quello delle azioni Sviluppo, già sperimentato con un certo successo dalla Società Isagro S.p.A. (quotata alla Borsa di Milano nel segmento STAR), che permette – per l'appunto - la raccolta di risorse aggiuntive mantenendo al contempo stabile l'assetto di controllo della società.

2. Gli attori della governance: la gestione/il management

Il Tavolo di Lavoro si è poi occupato degli attori del governo societario e di come, nella pratica, le società vengono gestite. Ci si è occupati, in particolare, dei seguenti aspetti:

1) Corrispondenza tra modello organizzativo e sistema di delega di poteri

Il sistema di deleghe di poteri descrive compiti e poteri che la società attribuisce ai propri amministratori, dipendenti e collaboratori per lo svolgimento delle attività aziendali, dall'alta amministrazione sino ai ruoli operativi. Esso disciplina i meccanismi decisionali interni all'ente societario, nonché i relativi livelli approvativi (attribuzione di funzioni), e il conferimento della rappresentanza verso terzi. Potere decisionale interno all'organizzazione aziendale e potere di rappresentanza possono, in tutto o in parte, coincidere.

In generale, il sistema di deleghe di poteri deve essere ispirato a un criterio di coerenza tra ruoli, responsabilità e poteri conferiti. Per ogni ruolo deve essere previsto il conferimento di poteri adeguati all'assolvimento dei compiti e delle responsabilità effettivamente previsti dalle regole di funzionamento societario e dai documenti organizzativi.

Ciò consente di mitigare il rischio di creazione di meccanismi di governance informale o di fatto, separata, parallela (ed eventualmente prevalente) su quella formalizzata.

Le deleghe di poteri conferite devono essere inoltre coerenti (per numero ed estensione delle singole attribuzioni) alle concrete necessità operative della società. Il sistema deve essere tempestivamente adeguato ai mutamenti del modello o della struttura organizzativa, a seguito del continuo monitoraggio sulla governance da parte delle funzioni competenti.

L'applicazione di questo criterio consente di mitigare il rischio di proliferazione di centri decisionali e l'opacità dei relativi processi, che rende problematica la ricostruzione del meccanismo di delega e la conseguente attuazione delle scelte aziendali.

La facoltà di ulteriormente delegare compiti e poteri deve essere opportunamente limitato secondo analoghi principi di coerenza con il sistema, necessità ed effettività della subdelega. Il limite in questione ha il fine di mitigare il rischio di perdita di controllo sulla corretta formazione delle approvazioni interne e sul compimento degli atti negoziali rilevanti verso i terzi.

Il sistema di deleghe di poteri può prevedere opportuni meccanismi di segregazione tra ruoli/funzioni, laddove si possano riscontrare sovrapposizioni gerarchiche e/o funzionali tra approvatori ed esecutori (ad esempio per quanto riguarda approvazioni interne di spese e relativi atti negoziali), a mitigazione del rischio di inefficacia dei meccanismi di controllo. Un meccanismo alternativo di mitigazione può essere realizzato tramite opportuni momenti di verifica collegiale (comitati societari o manageriali), sia al momento dell'assunzione delle decisioni, sia nel corso della loro esecuzione nel caso di attività che non si esauriscano in un unico atto negoziale (es.: progetti complessi a durata prolungata nel tempo).

Devono essere fatte salve le opportune esigenze di flessibilità e adattabilità del sistema, onde evitare il continuo ricorso ad atti formali di modifica e correzione. I criteri esposti devono inoltre tenere conto del principio di proporzionalità, in funzione della complessità dimensionale e operativa di ciascuna società, evitando di gravare gli enti societari di oneri formali e procedurali eccessivi in rapporto alle concrete esigenze aziendali.

2) La *four-eyes rule*: limitazione dei rischi o rischi di eccessive limitazioni?

La *four-eyes rule* (ossia, la previsione di poteri esercitabili "a firma congiunta") è un meccanismo di controllo dell'esercizio dei poteri delegati relativamente immediato, intuitivo e di semplice implementazione. È sufficiente prevedere nell'atto di conferimento che i poteri debbano essere esercitati congiuntamente con altro procuratore identificato nell'atto, oppure con altro procuratore munito di identici poteri.

L'efficacia di tale principio deve essere valutata tenendo conto dell'effettiva segregazione di ruoli\funzioni esistente tra i due firmatari, ossia l'esclusione di qualsiasi rapporto di subordinazione, anche funzionale tra di essi. Un ulteriore criterio applicativo si può

ritrovare nella scelta di firmatari congiunti di analoga seniority e standing aziendale, sia per l'evidente correlazione col principio di segregazione citato, sia a mitigazione del rischio che la presenza di un altro firmatario possa intaccare la valenza dell'esercizio del potere di firma (anche) come momento di controllo dell'attività preparatoria dell'atto negoziale da autorizzare\stipulare, nonché di assunzione di responsabilità per la firma.

In ogni caso, la *four-eyes rule* non appare, di per sé, sufficiente quale strumento di mitigazione dei rischi insiti nel conferimento di poteri a firma singola. Inoltre, un utilizzo esteso del principio potrebbe costituire una complicazione, specialmente in enti caratterizzati da minori dimensioni o complessità, senza che tale aggravio sia compensato da significativi vantaggi in termini di sicurezza.

Tenuto conto di quanto sopra evidenziato, il rischio insito nel conferimento di poteri a firma singola può essere temperato dalla previsione di processi adeguatamente strutturati, con una chiara definizione di ruoli e poteri degli attori coinvolti, con la previsione di momenti di condivisione\controllo delle attività già compiute, nei quali l'esercizio del potere giunga all'esito di un iter ben formalizzato, in particolare nel rispetto di talune competenze (ad es., nel settore del rispetto dell'ambiente e della sicurezza del lavoro).

Per le attività che comportano l'erogazione di pagamenti, è possibile attribuire a una funzione specialistica la gestione del processo di acquisto dei beni\servizi, con l'uso di albi o elenchi di fornitori e il sistematico ricorso al metodo della gara tra più offerte.

Infine, l'esercizio del potere a firma singola può trovare un momento di controllo a posteriori tramite la previsione di adeguati meccanismi di rendicontazione, sia per via gerarchica, sia a organi collegiali interni all'azienda, sia al Consiglio di Amministrazione per le attività più rilevanti.

3) **Forma degli atti di conferimento**

Al fine di identificare la forma più idonea da adottare per il conferimento di deleghe è necessario distinguere tra: (i) deleghe con rilevanza interna e (ii) deleghe con rilevanza esterna.

Le deleghe con rilevanza interna sono atti che attribuiscono poteri/doveri a soggetti inseriti nell'organizzazione aziendale in relazione ad attività idonee a produrre effetti

limitatamente ed esclusivamente entro il perimetro dell'azienda. Dunque per loro natura non idonei ad impegnare l'ente nei confronti dei terzi.

La forma dell'atto di conferimento delle deleghe interne può dunque assumere, in linea di principio, caratteristiche totalmente flessibili, fino all'attribuzione con forma orale. In ossequio ai principi di buona *governance* e, peraltro, conformemente alle indicazioni contenute nelle Linee Guida di Confindustria "Per la costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001 aggiornate al marzo 2014 ("Linee Guida"), è comunque opportuno che venga adottata la forma scritta: affinché sia possibile documentare - anche nel tempo - il sistema organizzativo adottato.

Le deleghe con rilevanza esterna. In questo caso al delegato è attribuito il potere di rappresentare l'ente nei confronti dei terzi per il compimento di atti impegnativi. Anche in questo caso, in linea di principio, la forma dell'atto di conferimento potrebbe assumere anche la forma orale, laddove vige il principio per cui la forma dell'atto di conferimento segue la forma prescritta per l'atto che il delegato è chiamato a stipulare. In conformità all'art. 1392 c.c.

Ciò premesso, anche in questo caso (ed a maggior ragione) è opportuno che l'atto di conferimento rivesta la forma scritta. Fermo restando che laddove tra le attribuzioni del delegato sia contemplata anche la possibilità di stipulare atti per cui la legge richiede la forma dell'atto pubblico sarà necessario che l'atto di conferimento originario rivesta la medesima forma (dunque sia contenuto in una "procura notarile").

4) **La pubblicità degli atti di conferimento**

In relazione alle deleghe interne, pertanto, sarà sufficiente che l'atto di conferimento sia reso noto, nelle forme opportune (intranet, mail, etc.), a seconda della platea dei destinatari, nel contesto aziendale. Ad esempio, in tema di delega di funzioni conferita in ambito sicurezza sul lavoro ex art. 16 D.lgs. 81/08, è necessario che venga data adeguata pubblicità all'interno dell'azienda in relazione a tale atto. L'atto verosimilmente non potrà essere opposto ai dipendenti qualora il datore non li abbia portati a conoscenza della sua esistenza e del suo contenuto.

Per le deleghe con rilevanza esterna, occorre distinguere, se i relativi poteri rappresentativi siano stati attribuiti a soggetti che nel contesto aziendale rivestano particolari ruoli

organizzativi idonei a qualificarli come ausiliari interni (quali, ad esempio, il Direttore Generale o il Direttore di Funzione), oppure no.

Nel primo caso infatti, la pubblicità dell'atto, nelle forme prescritte dalla legge, ha lo scopo di limitare i poteri di rappresentanza che competono per legge a tali soggetti in virtù della loro collocazione organizzativa: come disposto dagli articoli 2203 e ss. del cod. civ. in tema di "istitutore" e "procuratore". In tal caso, la procura, ai sensi dell'art. 2206 cod. civ., deve essere autenticata ed iscritta presso l'ufficio del registro: in mancanza non avrà effetti limitativi.

Nella seconda ipotesi, invece, il potere rappresentativo si fonda sull'atto di conferimento: in mancanza di una valida procura la società non potrà essere impegnata nei confronti dei terzi. Il terzo contraente deve quindi preoccuparsi di verificare che il rappresentante della società sia investito (tipicamente con procura) di poteri rappresentativi adeguati.

La tutela fornita dal sistema di pubblicità-notizia dei poteri può essere vanificata da condotte che ingenerino nei terzi situazioni di legittimo affidamento sull'esistenza di assetti difformi da quelli oggetto di pubblicità. È pertanto necessario che si presti la massima cura nell'evitare tali condotte.

Da rilevare che le società si possono anche riferire a forme esterne di conferimento dei poteri diverse dalla procura speciale al singolo rappresentante, ad es. tramite legalizzazione di verbali dell'organo gestorio o atti risolutivi dell'Amministratore Delegato o del Direttore Generale, al fine di ridurre i costi connessi, appunto, alla redazione del singolo atto notarile. È chiaro, infatti, che eventuali forzature del potere di rappresentanza da parte del dipendente difficilmente potranno condurre alla caducazione del rapporto giuridico con il terzo, di cui si dovrebbe dimostrare la mala fede: più facilmente, potrà essere fatto valere l'abuso del potere di rappresentanza interno da parte del delegato.