

1 SETTEMBRE 2020

QUANDO NEGOZIARE, QUANDO MEDIARE, QUANDO LITIGARE (E COME)

Diversi approcci in tempi di emergenza

Autori

GIAN PAOLO COPPOLA

MARCO IMPERIALE

LCA

INTRODUZIONE

La crisi sociale ed economica dovuta alla diffusione del COVID-19 costringerà tutti a rivedere e riesaminare un gran numero di contratti e, più in generale, di relazioni commerciali. Si tratta di un evento senza precedenti, che colpirà ogni settore economico ed ogni tipo di impresa, oltre che ogni tipo di persone. Ci saranno ritardi, sospensioni nei pagamenti, e una serie di eventi che influenzeranno l'esecuzione dei contratti e innescheranno controversie, spesso destinate a sfociare in contenziosi. Emergeranno moltissime questioni legali, talvolta semplici, talvolta molto complesse; abbiamo quindi pensato di esaminare e discutere le varie opzioni che aziende e persone possono intraprendere per risolvere una controversia.

Prima di entrare nel merito, un suggerimento. Vi invitiamo a considerare i paragrafi seguenti come dei consigli pratici piuttosto che come un'analisi giuridica approfondita. Ognuno di questi argomenti richiederebbe infatti interi articoli, se non libri, per essere elaborato adeguatamente. La nostra idea è pertanto quella di fornire spunti semplici, ma efficaci, che possano essere considerati utili dai nostri clienti e facili da implementare.

Siamo ovviamente a disposizione per qualsiasi ulteriore chiarimento in merito alle modalità e alle procedure qui di seguito indicate e, più in generale, in merito alla discussione dei vostri contratti e delle vostre questioni legali. Crediamo nel ruolo dell'avvocato come "business and legal advisor", e questo è il momento migliore per coinvolgere un professionista di fiducia, in grado di fornire una consulenza qualificata e di rappresentare un quadro giuridico completo per risolvere una situazione difficile.

Detto ciò, la nostra prima raccomandazione non può che essere quella di condurre un approfondito esame, dal punto di vista legale, del contenuto dei contratti, ovviamente in base alle circostanze di fatto. In particolare, le clausole contrattuali che dovranno essere esaminate e studiate saranno molto probabilmente quelle relative a forza maggiore, hardship, MAC (material adverse change) e clausole risolutive, ossia quelle clausole che *ipso facto* fanno scattare la risoluzione del contratto per insolvenza di una parte. L'esame servirà ad individuare i punti di forza, i punti deboli e le inevitabili incertezze di una controversia, e porterà il cliente e gli avvocati a scegliere la via migliore per risolvere il problema:

- negoziare
- mediare
- litigare.

QUANDO NEGOZIARE (E COME)

Come sostiene Chris Voss, uno fra i principali hostage negotiators dell'FBI, nonché voce di rilievo del settore, tutti negoziano più volte al giorno. Del resto, negoziamo quando parliamo del canone di locazione o delle bollette, quando chiediamo un aumento di stipendio, quando discutiamo con un fornitore per la mancata consegna della merce che avevamo ordinato oppure quando polemizziamo con una pay-tv per la cancellazione di un programma che ci interessava.

La negoziazione è, in genere, l'attività che precede la conclusione di un accordo. Tuttavia, quando si verificano degli imprevisti, tale attività può anche essere successiva a un accordo già concluso ed essere finalizzata a modificarne termini e condizioni (c.d. rinegoziazione).

Sotto il profilo prettamente giuridico, la negoziazione può essere l'antecedente di **i)** un accordo, **ii)** una mediazione (una procedura che coinvolge un professionista neutrale ed è volta a favorire la conclusione di un accordo tra le parti), **iii)** un contenzioso o un arbitrato (procedure che attribuiscono alle parti diritti o doveri specifici nei confronti di giudici o arbitri). Per semplicità, nel seguito parleremo di "parte" o "controparte" al singolare, supponendo che si tratti di una sola persona o società. Tuttavia, in buona parte dei casi, le trattative, le mediazioni e le cause coinvolgono più parti.

Quindi, cosa significa negoziare?

Negoziare significa **i)** avere una prospettiva completa di ciò che vogliamo e di ciò che la controparte vuole e **ii)** avere un'idea dettagliata delle ragioni che sostanziano le richieste nostre e della controparte. L'analisi di entrambi questi elementi, che sembrano immediati e facili da immaginare, non è scontata e può richiedere molto tempo.

La negoziazione, tuttavia, non è solo questo: è saper riconoscere la presenza e la posizione di tutti gli interlocutori al tavolo, è saper "distaccare" la controparte dalle questioni che stiamo discutendo (stiamo agendo in un certo modo a causa del comportamento della controparte o delle sue richieste?), è saper valutare le conseguenze di ciascuna delle nostre azioni.

Come si può immaginare, la negoziazione è una scienza che coinvolge, allo stesso tempo, competenze giuridiche e relazionali. Un professionista esperto, capace di gestire transazioni complesse e sofisticate, nel corso di una negoziazione, può raggiungere risultati straordinari, mediante l'adozione delle opportune strategie. Noi abbiamo dieci suggerimenti:

1. **prestare attenzione alle reazioni dell'altra parte.** Negoziare significa mantenere sempre gli occhi aperti: analizzare la reazione dell'altra parte alle proposte può essere molto efficace, soprattutto perché spesso ciò che non viene detto è più importante di ciò che viene detto.

Questo è fondamentale non soltanto nelle negoziazioni che avvengono nelle sale riunioni, ma anche in quelle che avvengono via telefono o videochiamata, e perfino in quelle che avvengono via email;

2. **cercare di evitare le proposte "prendere o lasciare".** Una negoziazione può essere un processo lungo e imprevedibile. In questo contesto, fare una proposta-*ultimatum*, anche se può apparire allettante, espone a un rischio molto elevato: la perdita, nei confronti della controparte, della reputazione che, come noto, è difficile da costruire e facile da perdere;
3. **prima di fare la proposta, cercare di motivarla.** Per ottenere buoni risultati, è fondamentale motivare la proposta che si formulerà, facendo riferimento ad elementi fattuali e giuridici. E ciò per due ragioni: **i)** anzitutto, l'esplicita motivazione rende evidente che la proposta è frutto di dovute considerazioni e questo è indice di rispetto nei confronti dell'interlocutore; **ii)** in secondo luogo, l'esposizione di "ciò che si vuole" non accompagnata dall'esposizione delle ragioni poste alla base della richiesta potrebbe causare un "effetto chiusura" sull'interlocutore, che smetterà di ascoltare e si concentrerà esclusivamente sulla controproposta;
4. **cercare di avere un approccio costruttivo, più che distruttivo.** Come hanno dimostrato Roger Fisher e William Ury in "Getting to Yes" (uno dei libri più importanti sulla scienza della negoziazione), avere una mentalità positiva e proattiva può garantire risultati molto soddisfacenti nel breve e nel lungo termine;
5. **anche quando sono coinvolti gli avvocati, usare con attenzione la "strategia del poliziotto buono/poliziotto cattivo"**¹. Questa strategia, pur essendo molto efficace in situazioni come quella dell'interrogatorio, potrebbe pregiudicare il rapporto con la controparte e, quindi, non garantisce sempre effetti positivi nelle transazioni commerciali;
6. **essere consapevoli dell'effetto anchoring.** Per varie ragioni di natura sociale e neurologica, è piuttosto difficile che l'accordo derivante dalla negoziazione abbia un contenuto molto distante rispetto alla prima proposta formulata². Pertanto, occorrerà riflettere bene sulla prima proposta da sottoporre a controparte: questa proposta, infatti, è decisamente molto più importante delle altre;
7. **prima di negoziare, individuare sempre "BATNA" e "WATNA"**, ossia lo scenario migliore e quello peggiore, in cui ci si troverà se non si raggiunge un accordo³. È fondamentale avere ben chiare queste alternative ancora prima di iniziare a negoziare, così come è importante preparare ogni possibile "piano b" o "piano c";

¹ La "strategia del poliziotto buono/poliziotto cattivo" consiste nel relazionarsi con la controparte, utilizzando due modalità opposte: l'una dolce ed empatica, mentre l'altra dura e severa.

² Tenere, peraltro, presente che la conclusione, in esito alla negoziazione, di un accordo molto distante dalla prima proposta incide negativamente sulla reputazione di chi ha formulato tale proposta.

³ "Best alternative to negotiated agreement" e "Worst alternative to negotiated agreement".

8. **cercare di fare più domande “aperte” che “chiuse”.** La negoziazione è anche un processo di condivisione di informazioni: proprio sfruttando bene le opportunità che la controparte mette a disposizione si possono, talvolta, ottenere intuizioni utili per definire la strategia più opportuna da attuare. In quest’ottica, può essere estremamente utile formulare domande, riferendosi alle “5W” (who, where, why, what, when) e alle “tre parole magiche” (how might we?);
9. **prendere un po' di tempo per riflettere.** Questo significa: **i)** analizzare e scrivere posizioni e interessi; **ii)** predisporre un elenco delle priorità; **iii)** aspettare prima di inviare un’email. Il tutto, nella consapevolezza che il tempo utilizzato per riflettere non è perso, ma guadagnato;
10. **tenere presente un range di possibili alternative di accordo, senza comunicarlo a controparte.** Avere un range di possibili alternative, definito tecnicamente “ZOPAs – zones of possible agreement”, è certamente molto utile come presupposto per la negoziazione. La condivisione di tale range con la controparte è, però, rischiosa, perché potrebbe incentivare la conclusione di un accordo più prossimo alla “parte inferiore” del range.

Siamo consapevoli del fatto che la maggior parte dei nostri clienti ritiene di poter gestire le trattative in autonomia. Un avvocato, tuttavia, può: **i)** fornire un quadro giuridico chiaro prima dell’inizio della trattativa (cosa succederà se andiamo in tribunale? Quali percentuali abbiamo di vincere? Quali sono i fondamenti legali delle controparti? Quali sono i costi?); **ii)** comunicare un feedback sincero sull’evoluzione della trattativa e sulle opportunità offerte dalla medesima; **iii)** curare la strategia nei minimi dettagli e, quindi, rendere più efficace la negoziazione.

QUANDO MEDIARE (E COME)

A volte le parti non sono in grado di raggiungere un accordo da sole (anche coinvolgendo gli avvocati). Per questo motivo, possono decidere di avviare una mediazione, ossia - parlando in termini volutamente semplificati - una procedura che coinvolge un professionista per sbloccare una situazione di stallo. L'avvio di una mediazione può essere anche una mossa strategica da fare prima del contenzioso, per sperare in un risultato migliore di quello che si avrebbe con la causa⁴ o per essere più consapevoli dei nostri interessi, delle nostre posizioni e delle nostre esigenze. Infine, e soprattutto ove le parti chiedano al mediatore un approccio più “valutativo”, un professionista esterno può condurle a formulare proposte che hanno maggiori probabilità di portare ad un accordo, o addirittura fare una

⁴ Secondo una ricerca dell'Università di Stanford, coinvolgere un mediatore aiuta le parti a raggiungere risultati migliori, soprattutto perché reagiscono in modi diversi quando la formulazione della proposta viene da una figura neutrale e non da una parte (per ulteriori informazioni, Ross, Lee "Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution").

proposta egli stesso. Ciò premesso, la mediazione non è solo un metodo per raggiungere un accordo. È anche uno strumento che aiuta ad avere una visuale più completa della situazione. Infatti, anche se tutto ciò che avviene in mediazione è strettamente confidenziale, passare un po' di tempo con la controparte e il mediatore risulta essere utile nella maggior parte dei casi.

Guardando l'istituto da un altro punto di vista, la mediazione è da considerarsi come una procedura che "guarda avanti", sia in termini legali che di rapporto con la controparte, mentre il contenzioso e l'arbitrato sono procedure che "guardano indietro" (le parti chiedono a un giudice o a un arbitro di decidere su qualcosa che è già accaduto). Inoltre, mentre il contenzioso e l'arbitrato sono basati su regole precise, la mediazione tende ad essere una procedura maggiormente informale.

Dal punto di vista operativo, la mediazione è molto simile in Italia e all'estero. Tuttavia, ci sono alcune differenze che sono significative. Ad esempio, in Italia, la partecipazione alle sessioni di mediazione può essere obbligatoria in campi specifici (come i contratti bancari, la diffamazione o le questioni condominiali)⁵. Inoltre, nel nostro paese l'accordo raggiunto in mediazione costituisce titolo esecutivo⁶, mentre all'estero, nella maggior parte dei casi, ha natura contrattuale. Infine, almeno nella nostra esperienza, la mediazione in Italia tende ad essere gestita con più incontri di breve durata, mentre all'estero si tende ad avere meno sessioni ma più lunghe. Sia in Italia che all'estero, comunque, sono coinvolti professionisti iscritti a specifici registri (non necessariamente avvocati), con apposite competenze, formati per aiutare le parti a risolvere i loro problemi. Per questo motivo, consigliamo alle parti di partecipare attivamente per raggiungere il miglior risultato possibile.

Ora, quali sono i principali pro e contro della mediazione?

Pro

- È possibile raggiungere rapidamente un accordo. A volte anche un incontro può essere sufficiente;
- secondo la legge italiana, quando l'accordo è firmato dalle parti e dagli avvocati, costituisce titolo esecutivo;
- di solito, le parti sono in grado di mantenere un buon rapporto fra di loro (e talvolta anche di continuare la relazione commerciale);

⁵ Il concetto di partecipazione obbligatoria è interpretato in modo molto diverso nei tribunali italiani. Il più delle volte il requisito riguarda la partecipazione ad un incontro introduttivo, e non alla sessione. Tuttavia, ci sono delle eccezioni, ed è possibile che i giudici chiedano alle parti di avviare una mediazione durante il giudizio. Per quanto riguarda i settori che, nel diritto italiano, sono soggetti a mediazione obbligatoria: diritti reali, successioni, patti di famiglia, leasing e prestiti, affitto di imprese, responsabilità medica e sanitaria, assicurazioni, contratti bancari e finanziari.

⁶ Perché l'accordo sia titolo esecutivo è richiesta la sottoscrizione sia delle parti che degli avvocati.

- c'è spazio per soluzioni creative. Il mondo della mediazione è pieno di aneddoti su proposte insolite formulate durante gli incontri, e non è rara la possibilità di uscire dalla sala riunioni con un accordo inaspettato, ma soddisfacente;
- i costi relativi alle spese legali, sia a livello di ore fatturabili che di onorari fissi, saranno notevolmente inferiori rispetto a quelli di un contenzioso in sede civile o arbitrale;
- la mediazione è assolutamente riservata, sia per quanto riguarda ciò che avviene negli incontri che a livello di comunicazione verso l'esterno (a meno che le parti non si accordino diversamente).

Contro

- Le parti si accorderanno probabilmente su somme o soluzioni diverse rispetto a quelle che auspicavano all'inizio. È difficile che una parte con buone possibilità di vincere raggiunga la stessa somma di denaro che le sarebbe stata assegnata in sede giudiziale;
- da un punto di vista emotivo, la possibilità di "dare qualcosa a qualcuno", o "raggiungere un compromesso" può essere difficile da accettare;
- quando la mediazione riguarda quelle che le parti considerano "questioni di principio", è molto difficile raggiungere un accordo;
- la mediazione ha dei costi, che devono essere pagati da entrambe le parti. Questo si differenzia dal contenzioso nel diritto italiano, dove – almeno in teoria – la parte soccombente deve sostenere tutte le spese;
- il contenzioso può avere un valore strategico. Fare causa a una parte ha molte conseguenze economiche, reputazionali e personali;
- in caso di mediazione, è probabile che l'inizio del contenzioso venga rinviato di settimane o mesi. Gli incontri di mediazione richiedono tempo per essere programmati, e a volte l'agenda degli avvocati e delle parti può essere ricca di impegni;
- raggiungere un accordo è una possibilità, non una certezza.

Con riferimento al ruolo delle parti, il suggerimento è di approcciarsi alla mediazione con una mentalità molto aperta e creativa. Nella nostra esperienza, è consuetudine che una parte inizi la procedura con uno stato d'animo pessimista, credendo che sia "tempo perso" e che raggiungere un accordo con l'altra parte sia di fatto impossibile. Tuttavia, i dati dei più importanti centri di mediazione (inclusa la Camera Arbitrale di Milano) ci mostrano che, soprattutto nelle controversie civili e commerciali, la possibilità di un accordo è molto alta. Le percentuali sono variabili, in base al paese e in base al settore economico, ma possiamo dire che più della metà delle mediazioni si concludono positivamente⁷.

⁷ Per quanto riguarda l'Italia, questo dato si riferisce alle mediazioni che superano lo scoglio del "primo incontro". Per maggiori informazioni sulle percentuali di accordi sul territorio italiano, e più in generale sull'adozione di procedure alternative di

Un altro suggerimento è quello di “fare i compiti a casa”, cioè fare analisi approfondite sia delle questioni giuridiche che delle eventuali questioni tecniche. Quanto più sono chiare e definite la nostra posizione e quella della controparte, tanto più saremo in grado di articolare il nostro pensiero nell'ambito delle sessioni di mediazione.

Infine, consigliamo di partecipare di persona agli incontri. La mediazione può essere gestita online (ancor di più in questo periodo). A volte gli avvocati possono essere delegati. Ma è comunque un processo di parte, e i vantaggi di essere tutti seduti allo stesso tavolo sono innegabili.

Per quanto riguarda il coinvolgimento degli avvocati, e tenendo conto che in Italia la loro partecipazione è il più delle volte obbligatoria, suggeriamo di lavorare ad una strategia con loro, definendo quali elementi devono essere condivisi, quali comportamenti tenere, e come avvicinarsi agli incontri.

QUANDO LITIGARE/QUANDO AVVIARE UN PROCEDIMENTO ARBITRALE (E COME)

In alcuni casi, come sappiamo, il contenzioso è inevitabile. A volte la controparte decide di non partecipare alle sessioni di mediazione o fa proposte non ricevibili; a volte il comportamento della controparte è semplicemente inaccettabile, per motivi che magari rimangono incomprensibili. In questi e altri casi è inevitabile rivolgersi al giudice o optare per l'arbitrato. Come nei casi precedenti, secondo noi è difficile definire quali approcci sono corretti e quali approcci sono sbagliati. È meglio individuare, di volta in volta, quelli appropriati. Talvolta è bene negoziare, talvolta è bene coinvolgere un mediatore, talvolta occorre litigare. E anche quando occorre litigare, spesso sarà utile ricominciare a negoziare, o rivolgersi a un mediatore.

Così come nel caso della mediazione, abbiamo optato per una breve analisi dei vari pro e contro. Inoltre, per essere sintetici, abbiamo tenuto conto sia del contenzioso che dell'arbitrato. Tuttavia, ci sono differenze significative tra i due istituti⁸.

risoluzione delle controversie, consigliamo di consultare il rapporto 2018 sull'ADR in Italia, disponibile sul sito <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/centro%20studi%20pubblicazioni/10-decimo-rapporto-giustizia-alternativa.pdf>.

⁸ Le differenze sono molteplici e comprendono la natura dell'istituzione (pubblica o privata), la scelta di professionisti specifici (nell'arbitrato), il diverso grado di autonomia delle parti, i tempi ed anche i costi, generalmente più elevati nel campo dell'arbitrato.

Pro

- Se le cose andranno bene, la parte recupererà l'intero importo richiesto più gli interessi e le spese legali, almeno secondo la legge italiana. In paesi come gli Stati Uniti, invece, di regola le parti dovranno comunque pagare le rispettive spese legali nonostante l'esito vittorioso (almeno nella maggior parte dei casi);
- il contenzioso, in linea di principio ed entro certi limiti, è pubblico (non così, invece, l'arbitrato). I comunicati stampa dopo una causa, o le stesse sentenze, possono avere un valore commerciale strategico;
- dal punto di vista emotivo, "vincere" dopo una lunga battaglia può essere un'emozione inestimabile per la parte;
- il cliente non sarà costretto ad incontrare l'altra parte di persona.

Contro

- Il procedimento può essere estremamente lungo. Se nel frattempo la controparte ha problemi di liquidità, o addirittura fallisce, tutti gli sforzi risulteranno inutili;
- le spese sono molto più elevate rispetto ai casi di negoziazione e mediazione. Ricordiamo che non bisogna considerare solo i compensi degli avvocati, ma anche quelli dei consulenti tecnici e, in caso di arbitrato, gli onorari degli arbitri e dell'istituzione arbitrale;
- soprattutto nei paesi di civil law, è quasi impossibile essere "sicuri" di vincere. Non è improbabile che gli avvocati forniscano percentuali sulla possibilità di un esito positivo, tuttavia una percentuale non è una certezza, e può essere molto soggettiva.

Per quanto riguarda il come, riteniamo che il contenzioso, nonostante il necessario intervento dell'avvocato⁹, non sia solo "a lawyers' game". La parte ha un ruolo significativo e cruciale. Per questo motivo, e citando Jerry Maguire, l'agente sportivo interpretato da Tom Cruise, "aiutateci ad aiutarvi". Ecco alcuni suggerimenti per farlo:

- mostrateci tutti i dati, dateci tutte le informazioni. Secondo la nostra esperienza, migliore e maggiormente definito è il quadro, più possiamo esservi di supporto. Forse un documento che considerate irrilevante è fondamentale. Forse una firma sul contratto che ritenete vincolante non lo è. Forse l'incontro che avete dimenticato di menzionarci rappresenta un punto chiave per la nostra futura strategia;

⁹ A volte in Italia, e soprattutto per le sentenze relative a somme più basse, possono esserci delle eccezioni. Tuttavia, la presenza di avvocati in tutte le fasi del procedimento è un pilastro del nostro sistema giuridico.

- non abbiate paura di informarci anche di azioni che reputate sbagliate. Non siamo giudici (sia in senso morale che giuridico). Siamo qui per sostenervi e decidere una strategia con voi. Citando un proverbio latino, siamo una vostra estensione (*longa manus*);
- siate coerenti con la strategia che decidiamo insieme. Non c'è niente di peggio che decidere un approccio in un incontro con un cliente e poi scoprire che il giorno successivo il cliente ha fatto esattamente il contrario. Questo non solo è pericoloso considerando il rapporto con la controparte, ma anche per l'esito del contenzioso;
- fidatevi di noi. Se diciamo qualcosa è per tutelarvi.

IL NOSTRO RUOLO

È un comune cliché che gli avvocati siano necessari ai clienti solo in caso di contenzioso (o arbitrato), mentre le trattative (e - a volte - le mediazioni) possono essere gestite in modo autonomo. Paradossalmente, a volte è vero il contrario. Grazie alle loro conoscenze giuridiche e alla loro esperienza, gli avvocati possono aiutare il cliente a scegliere la migliore alternativa, modellando l'approccio con la controparte e, più di ogni altra cosa, fornendo un'analisi qualificata della situazione.

Il rapporto che abbiamo con i nostri clienti ci porta di solito a soddisfare nel migliore dei modi i loro interessi (o almeno a limitare i danni). Possiamo essere un supporto strategico per una strategia di negoziazione, un buon interlocutore in una sessione di mediazione, o il supporto legale di cui avete bisogno nello scenario del contenzioso e dell'arbitrato.

La cosa più importante che teniamo a sottolineare, comunque, è che siamo qui. Siamo qui per aiutarvi nei momenti difficili, come abbiamo fatto in quelli migliori. Sentitevi liberi di contattarci per discutere un problema giuridico complesso, una strategia, un rapporto con una controparte.

Ogni crisi porta con sé un'enorme quantità di opportunità. Con il lavoro di squadra, ci sono più probabilità di raggiungerle.

QUANDO NEGOZIARE, QUANDO MEDIARE, QUANDO LITIGARE (E COME)

Gli autori:



Gian Paolo Coppola
avvocato
gianpaolo.coppola@lcalex.it



Marco Imperiale
avvocato e innovation officer
marco.imperiale@lcalex.it