

## IL *LEGAL PRIVILEGE* NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA COMUNITARIA: ISTRUZIONI PER L'USO

### 1. INTRODUZIONE

Il *legal privilege* è il principio del diritto della concorrenza in base al quale, ricorrendo determinate condizioni, è fatto divieto ad un'Autorità antitrust di avere accesso alle comunicazioni intercorse tra avvocato e cliente.

In quanto segue, vengono precisate le condizioni alle quali viene riconosciuta la protezione delle comunicazioni tra cliente e avvocato così come chiarite dal giudice comunitario, da ultimo, nella sentenza *Akzo* del settembre 2007<sup>1</sup>. Vengono inoltre fornite alcune linee guida per la redazione e l'archiviazione di documenti contenenti comunicazioni tra avvocato e impresa.

### 2. II PRINCIPIO DEL *LEGAL PRIVILEGE*

Come è noto, nei procedimenti relativi all'applicazione delle regole di concorrenza, la Commissione europea dispone di un ampio potere di indagine e di accertamento. La Commissione può raccogliere le informazioni e procedere agli accertamenti necessari per la repressione delle infrazioni alle regole di concorrenza (artt. 17-22 del Regolamento (CE) n. 1/2003<sup>2</sup>). In particolare, i regolamenti comunitari autorizzano la Commissione a prendere visione dei "documenti aziendali" (vale a dire i documenti relativi all'attività dell'impresa sul mercato) attraverso richieste di informazioni, audizioni con imprese in possesso di informazioni rilevanti per il procedimento istruttorio e accertamenti ispettivi. Su questo ultimo punto,

---

1 Sentenza del Tribunale di primo grado del 17 settembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione*, cause riunite T-125/03 e T-253/03, non ancora pubblicata in *Racc.*

2 Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GUCE L 1 del 4 gennaio 2003 p. 1.

occorre anche ricordare che il Regolamento (CE) n. 1/2003 ha notevolmente ampliato i poteri della Commissione, consentendo alla stessa di effettuare accertamenti ispettivi anche in locali diversi da quelli aziendali (ivi compreso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale di un'impresa), qualora ciò risulti necessario per accertare un'infrazione grave all'art. 81 o all'art. 82 del Trattato CE.

L'ampia portata dei poteri della Commissione incontra, tuttavia, un limite nel carattere riservato di taluni documenti aziendali. In questo senso, il *legal privilege* rappresenta un'eccezione ai poteri istruttori di un'Autorità antitrust. Tale eccezione è stata riconosciuta a livello comunitario per la prima volta nella sentenza *AM & S* del maggio 1982<sup>3</sup> ed è stata confermata e precisata, da ultimo, nella sentenza *Akzo*.

Il rispetto della riservatezza relativamente a talune comunicazioni fra gli avvocati e i loro clienti risponde all'esigenza, riconosciuta in tutti gli Stati membri, di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, il quale è tenuto, per dovere professionale, a redigere in modo indipendente *pareri giuridici* in favore di chiunque ne abbia bisogno. Alla luce di tale principio, la Corte ha considerato che la tutela della riservatezza della *corrispondenza* tra avvocati e clienti costituisca un complemento necessario del pieno esercizio dei diritti della difesa (sentenza *AM & S*, parr. 18 e 23).

Il *legal privilege* trova applicazione anche nel diritto italiano. Sia a livello comunitario che nazionale, tuttavia, non esiste alcuna codificazione di tale principio che rimane, pertanto, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

---

3 Sentenza della Corte di Giustizia del 18 maggio 1982, *AM & S c. Commissione*, causa 155/79, in *Racc.* p. 1575.

### 3. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL *LEGAL PRIVILEGE*

#### – *Documenti soggetti al legal privilege*

La Corte, nella sentenza *AM & S*, espone il principio secondo il quale sono coperte dal *legal privilege* le comunicazioni tra impresa e avvocati, alle seguenti condizioni:

- la corrispondenza deve essere scambiata nell'ambito e nell'interesse dei diritti della difesa del cliente e
- essa deve provenire da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto di lavoro dipendente (sentenza *AM & S*, par. 21).

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo della protezione, la sentenza *Akzo* precisa che gli avvocati devono essere strutturalmente, gerarchicamente e funzionalmente indipendenti rispetto all'impresa che beneficia dell'assistenza (sentenza *Akzo*, par. 168). Inoltre, essi devono essere membri di un Ordine forense di uno degli Stati membri dello Spazio Economico Europeo e soggetti alle norme disciplinari e deontologiche di tale Ordine.

In merito all'ambito oggettivo della protezione medesima, la tutela si riferisce a tutta la corrispondenza scambiata dal momento in cui ha inizio il procedimento amministrativo, ma può essere estesa anche alla corrispondenza anteriore che presenti elementi di connessione con l'oggetto di un siffatto procedimento.

#### – *Estensione della protezione ai documenti preparatori*

Il Tribunale, nella sentenza *Akzo*, ha inteso per documenti preparatori quei documenti di lavoro o di sintesi che un'impresa prepara allo scopo di riunire informazioni che saranno utili, se non indispensabili, all'avvocato per comprendere il contesto, la natura e la portata dei fatti a proposito dei quali viene richiesta la sua assistenza. Tali documenti, anche se non sono stati scambiati con un avvocato o non sono stati predisposti per essere materialmente trasmessi ad un avvocato, possono comunque beneficiare della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti, nell'ipotesi in cui siano stati elaborati esclusivamente al fine di chiedere un parere giuridico ad un avvocato, nell'ambito dell'esercizio dei diritti della difesa (sentenza *Akzo*, par. 122).

Al contrario, il semplice fatto che un documento sia stato l'oggetto di discussioni con un avvocato non sarebbe sufficiente a conferirgli tale tutela.

#### – *Comunicazione con i legali interni dell'impresa*

A livello comunitario, il principio della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti non trova applicazione alle comunicazioni tra impresa e "*legale interno*", ovvero un legale legato da un rapporto di lavoro dipendente con l'impresa in questione.

Tale principio trova applicazione anche qualora il legale interno sia iscritto a un Ordine forense (possibilità riconosciuta in taluni Stati membri) e la comunicazione in questione sia finalizzata alla richiesta di parere a un legale esterno.

#### – *Sintesi dei pareri forniti da consulenti giuridici esterni*

La sentenza *Akzo* estende l'ambito oggettivo del *legal privilege* alle note interne, diffuse nell'ambito dell'impresa, che si limitano a riportare il testo o la sostanza di comunicazioni con avvocati indipendenti, contenenti pareri giuridici.

Al riguardo è stato precisato, infatti, che il principio della tutela concessa alle comunicazioni fra avvocato e cliente non può venir meno solo perché il contenuto delle comunicazioni e dei pareri giuridici è stato riprodotto in documenti interni all'impresa.

### 4. PROCEDURA DA SEGUIRE NEL CASO DI ACCERTAMENTI ISPETTIVI

#### – *Ispezioni della Commissione*

Come detto, il *legal privilege* rappresenta un'eccezione al principio generale che consente alla Commissione di avere accesso alle informazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dell'indagine antitrust.

In considerazione della sua natura eccezionale, il *legal privilege* è soggetto a interpretazione restrittiva. Esso, inoltre, può essere fatto valere solo qualora l'impresa sia in grado di provare ai funzionari della Commissione che i documenti aziendali, per i quali viene rifiutato l'accesso, soddisfano le condizioni cui è subordinata la loro tutela legale. Nel fornire tali elementi di prova, l'impresa non è tenuta a svelare il contenuto del documento controverso.

Quanto all'individuazione degli elementi rilevanti al fine di avvalersi del *legal privilege*, occorre ancora fare riferimento ai chiarimenti offerti nella sentenza *Akzo*, ove si legge che: "l'impresa interessata può indicare alla Commissione quali sono l'autore e il destinatario del documento, illustrare le rispettive funzioni e responsabilità e far riferimento allo scopo e al contesto nel quale il documento è stato redatto. Allo stesso modo, essa può menzionare il contesto nel quale il documento è stato trovato, la maniera in cui è stato classificato o gli altri documenti con i quali esso sia in rapporto" (sentenza *Akzo*, par. 80).

Ove la Commissione ritenga che tale prova non sia stata fornita, spetta ad essa ordinare la produzione della corrispondenza in questione e, se necessario, infliggere all'impresa ammende o penali di mora al fine di sanzionare il rifiuto, da parte di quest'ultima, vuoi di fornire gli ulteriori elementi di prova considerati necessari dalla Commissione, vuoi di produrre i documenti che la Commissione ritenesse non presentare carattere riservato legalmente protetto (sentenza *AM & S*, parr. 29-31).

Inoltre, se l'impresa rifiuta ai funzionari della Commissione la consultazione sommaria di un documento, questi possono inserire una copia del documento in una busta sigillata e, in seguito, prelevare in attesa della successiva definizione della controversia (c.d. procedura della busta sigillata).

Alla luce della particolare natura del principio di tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti, si deve considerare che la presa di conoscenza, da parte della Commissione, del contenuto di un documento riservato costituisce di per sé una violazione di detto principio.

Ne consegue che, qualora la Commissione non sia soddisfatta degli elementi e dei chiarimenti forniti dai rappresentanti dell'impresa sotto indagine, al fine di provare che il documento interessato è tutelato dalla riservatezza, essa non ha il diritto di prendere immediatamente conoscenza del contenuto del documento. Prima di poter fare ciò, la Commissione è tenuta ad adottare una decisione nella quale formalizzare la propria intenzione di accedere al documento. Avverso tale decisione, l'impresa interessata potrà dunque adire il Tribunale e, se del caso, il giudice dell'urgenza (sentenza *AM & S*, par. 32).

L'impresa può dunque adire il Tribunale, anche quale giudice dell'urgenza, nei seguenti casi:

- o la Commissione ha negato la tutela derivante dal *legal privilege* sia in sede di accertamento

ispettivo o successivamente su un documento oggetto della procedura della c.d. busta sigillata;

- o la Commissione ha inflitto all'impresa ammende o penali di mora al fine di sanzionare il rifiuto di fornire gli ulteriori elementi di prova considerati necessari dalla Commissione al fine di valutare la sussistenza del beneficio del *legal privilege*, o di produrre i documenti che la Commissione ritenesse non presentare carattere riservato legalmente protetto.

– *Ispesioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)*

L'AGCM non ha adottato linee guida in materia di documenti coperti dal *legal privilege* rinvenuti nel corso di accertamenti ispettivi. Inoltre, il giudice amministrativo italiano non è mai stato chiamato a pronunciarsi in materia. Dunque, a livello nazionale non esistono regole codificate, o introdotte a livello giurisprudenziale, che stabiliscano il comportamento che i funzionari dell'AGCM devono adottare nel momento in cui sia loro negato l'accesso ad un documento in quanto, a parere dell'impresa, protetto da *legal privilege*.

Al riguardo, tuttavia, si ritiene che, in virtù della circostanza secondo la quale l'AGCM conforma le proprie procedure a quanto avviene in ambito comunitario, non sussista alcun motivo per non interpretare il *legal privilege*, a livello nazionale, mutuando i principi comunitari.

In particolare, tale posizione è confermata dal fatto che nel sistema giuridico italiano il legale d'impresa, anche in possesso di tutti i requisiti richiesti per l'iscrizione all'Ordine degli avvocati, è un lavoratore subordinato e non può essere ammesso a tale Albo. Quindi mancano i presupposti di indipendenza richiesti dalla giurisprudenza comunitaria affinché possa estendersi ai legali d'impresa il principio della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti.

## 5. LINEE GUIDA PER LA REDAZIONE E L'ARCHIVIAZIONE DEI DOCUMENTI

Dalle indicazioni offerte dalla giurisprudenza, possono essere desunte alcune linee guida utili per la redazione e l'archiviazione di documenti coperti dal *legal privilege*:

- o i documenti dell'impresa (ivi comprese le e-mail), contenenti la descrizione di una determinata pratica commerciale da

- sottoporre all'analisi di un avvocato esterno, devono essere archiviati o conservati in modo che sia chiaro che essi sono destinati alla richiesta del parere legale;
- nella redazione di tali documenti, occorre attenersi rigorosamente ai fatti senza alcuna valutazione sulle motivazioni e obiettivi della pratica commerciale in questione;
  - occorre assicurarsi che l'avvocato esterno sia membro di un Ordine forense di uno degli Stati appartenenti allo Spazio Economico Europeo;
  - tutte le comunicazioni tra l'impresa e gli avvocati esterni relative alla richiesta di pareri legali devono riportare, sia in prima pagina che nelle pagine seguenti, l'indicazione: “*Confidenziale - Contiene segreti commerciali - Comunicazione riservata avvocato/cliente*” o equivalenti;
  - le comunicazioni provenienti dagli avvocati esterni devono essere sempre redatte su carta intestata dello studio legale di appartenenza;
  - qualora si decida di far circolare all'interno dell'impresa il parere del legale esterno, non bisogna apportarvi alcuna modifica o commento, ma limitarsi al più ad una sua sintesi e a una nota di accompagnamento (ad esempio, “di seguito si riporta il testo del parere”);
  - se il documento riporta, accanto a considerazioni di carattere legale, anche dati di altro genere (ad esempio commerciale), è necessario separare sempre i vari elementi informativi, in modo da essere in grado di opporre il *legal privilege* su quella parte del

documento che concerne specificamente la comunicazione con il legale esterno;

- la circolazione di comunicazioni contenenti il parere legale deve essere limitata all'interno dell'impresa unicamente a quei soggetti che hanno bisogno di prenderne conoscenza, poiché il carattere di *legal privilege* può venir meno se i documenti hanno una elevata diffusione;
- in caso di accertamento ispettivo, è bene opporre il *legal privilege* in modo tempestivo, secondo le modalità precedentemente descritte.

## 6. CONCLUSIONE

Il quadro sin qui delineato dimostra che il *legal privilege* comporta notevoli opportunità per le imprese ed altrettanti oneri. Infatti, affinché l'impresa sia in grado di avvalersi in modo corretto ed efficace di tale diritto alla riservatezza, sarà necessario che i documenti rilevanti siano preventivamente archiviati e conservati in conformità alle regole di condotta elaborate dalla prassi in materia.

In considerazione della delicatezza delle informazioni protette, è dunque assai importante assicurare il puntuale adempimento di tali formalità mediante lo svolgimento di *compliance programmes*, da parte di legali specializzati in diritto della concorrenza, dedicati alla formazione del personale in tema di *legal privilege* e, più in generale, della corretta condotta da tenere nel corso di ispezioni da parte delle Autorità antitrust.

*Per maggiori informazioni si prega di contattare:*

**Avv. Francesco Sciaudone**  
[francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com](mailto:francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com)

### GRIMALDIE ASSOCIATI

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200  
Milano – Via del Lauro, 9 - Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200  
Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

*La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.*