

Avvocati d'affari e giuristi d'impresa a confronto sulla disparità di trattamento imposta dall'Ue

Legal privilege in cerca di regole

La riservatezza delle comunicazioni deve essere sempre tutelata

Pagina a cura
DI FEDERICO UNNIA

«In Italia la protezione delle comunicazioni fra un cliente ed il suo avvocato è più

limitata rispetto a quella assicurata da altri ordinamenti, ed addirittura assente nel caso in cui l'avvocato sia un legale d'impresa. Ciò pone le imprese italiane in una situazione di svantaggio rispetto a concorrenti stranieri, specialmente in situazione di contenzioso in



Bruno Cova

paesi che consentono la così detta discovery», dice Bruno Cova, partner dello studio Paul Hastings.

Il tema del legal privilege è al centro del dibattito anche in Italia. «In materia di tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti lo sviluppo recente più importante in Europa rimane ancora la sentenza Akzo della Grande sezione della Corte di giustizia Ue del settembre 2010», afferma Mario Siragusa, partner di Cleary Gottlieb. «Il giudizio ha avuto origine da accertamenti ispettivi compiuti dalla Commissione per accertare una possibile violazione delle regole di concorrenza.

La Corte ha ribadito il consolidato principio secondo cui nell'ordinamento Ue il riconoscimento del Lpp è subordinato a due requisiti cumulativi: da un lato, lo scambio con l'avvocato deve essere connesso all'esercizio del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, si deve trattare di uno scambio con un avvocato indipendente. Poiché si ritiene che il requisito d'indipendenza implichi l'assenza di qualsiasi rapporto d'impiego tra l'avvocato e il suo cliente, il Lpp non si estende alle

comunicazioni con avvocati interni all'interno di un'impresa o di un gruppo».

Il legal privilege è un diritto fondamentale del cliente di vedere tutelate le proprie comunicazioni con il proprio avvocato. In varie parti del mondo, inclusi gli Usa e l'Europa, si assiste al tentativo di ridurre l'ambito di esercizio di tale diritto o condizionando l'applicazione di agevolazioni



Mario Siragusa

nel corso di procedimenti alla sua rinuncia o contestandone l'applicazione a categorie di professionisti (ad es. la recente sentenza comunitaria nel caso Akzo in merito agli avvocati interni alle imprese anche se iscritti ad Albi professionali nazionali) o infine imponendo a carico degli avvocati specifici obblighi di informazione alle autorità competenti (come le normative Sec post caso Enron).

«È ovvio che in un mondo sempre più regolamentato e soggetto a normative complesse e vari livelli locali, nazionali, sovranazionali, la gestione dei rischi legali e il pieno e puntuale rispetto della legge non può prescindere dalla possibilità di per l'impresa e l'imprenditore di comunicare in modo franco, aperto e riservato con il proprio avvocato per ottenere un adeguato parere professionale che gli consente di assumere scelte manageriali consapevoli», dice Raimondo Rinaldi, della direzione affari legali e societari di ExxonMobil Italia.

Quali sono le possibili soluzioni percorribili in Italia? Secondo Siragusa «in Italia siamo attualmente ben lonta-

ni non dico dal riconoscimento del community-of-interest privilege del caso Cephalon ma anche da una situazione di effettività della tutela nei confronti degli organi in-

quirenti, sia penali sia amministrativi (in un giudizio pendente dinanzi al Tar Lazio abbiamo contestato la legittimità di un accertamento ispettivo compiuto dall'Autorità Antitrust italiana nell'ufficio di un avvocato interno della società iscritto all'elenco speciale annesso all'Albo degli avvocati). La bozza di riforma dell'ordinamento forense, poi, non ha colto l'occasione di sancire il principio del Lpp né, con specifico riguardo alle istanze dei giuristi d'impresa, di consentire loro, ove in possesso della necessaria abilitazione, di iscriversi all'albo degli avvocati, come previsto in altri paesi Ue, e godere così del Lpp in termini analoghi ai loro colleghi del libero foro».

La sensazione è che per prevenire possibili abusi si rischi di finire per negare alla radice il diritto. Su quali punti occorre quindi agire per risolvere questo delicato problema? «La soluzione», dice Rinaldi di Exxon, «sta nel ripartire dal principio per cui la confiden-

zialità della comunicazione è indispensabile per una comunicazione franca ed aperta tra cliente ed avvocato e per fornire od ottenere un parere



Raimondo Rinaldi

legale professionalmente accurato. Ciò giustifica la necessità di tale privilegio e il riconoscimento che l'applicazione è parte del processo di amministrazione della giustizia e della diffusione della cultura giuridica e del rispetto

della legge.

Occorrerà da un parte riaffermare e, ove non ancora disponibile, estendere tale diritto a tutti gli avvocati, interni o esterni all'impresa, che nell'esercizio della propria professione rendano un parere legale; dall'altra rafforzare gli strumenti a tutela dell'indipendenza dell'avvocato - per gli avvocati interni alle imprese anche tramite la definizione dell'organizzazione dell'impresa - provvedere, tramite gli ordini professionali, con sempre maggiore puntualità e serietà all'applicazione delle regole comportamentali ed etiche fino ad utilizzare, laddove necessario, lo strumento disciplinare».

© Riproduzione riservata

I RISVOLTI DELLA SENTENZA KING DRUG VS. CEPHALM

Negli Usa i giudici aprono alle strategie difensive

«Sempre acceso tra i giuristi d'impresa il dibattito sul c.d. legal privilege, il diritto del legale alla segretezza e riservatezza sull'attività prestata e su tutte le informazioni che siano acquisite o di cui è venuta a conoscenza in forza dell'incarico o in generale nelle attività difensive.

In Italia, come noto, questa tutela è fortemente limitata, creando non pochi problemi nello svolgimento delle attività difensive.

Una ventata di ottimismo, se così si può dire, è venuta da un recente caso americano, King Drug v. Cephalon, che ha riaperto il dibattito (in verità mai sopito) anche Oltreoceano. Si tratta di una decisione significativa in materia del «privilegio legale» in quanto i giudici americani hanno voluto precisare i limiti del cosiddetto «community of interest privilege».

Una situazione nella quale si possono trovare i difensori di due o più aziende coinvolte nel medesimo contenzioso e che ritengono di poter applicare il privilegio legale anche alle comunicazioni tra di loro in quanto attinenti a tale contenzioso. Il giudice Goldberg, nel definire i limiti del community of interest privilege, ha stabilito che esso possa estendersi unicamente alle comunicazioni attinenti all'effettiva definizione di una comune strategia difensiva. La finalità

del community of interest privilege è infatti proprio quella di permettere ai difensori di più aziende di concertare la strategia difensiva senza perdere il privilegio legale, trattandosi di comunicazioni non tra difensore e cliente ma tra difensori e più aziende sebbene con un interesse difensivo comune.

Nel caso King il giudice ha peraltro richiesto alla Barr Pharmaceutical di consegnare la corrispondenza intervenuta con una seconda azienda, il suo fornitore coinvolto nel medesimo contenzioso, Chemagis, ritenendo che non fosse pertinente alla definizione di una strategia difensiva e che pertanto il community of interest privilege non potesse essere invocato.

«Le Corti americane spesso si interessano del tema del privilegio legale, va sottolineato che la decisione King Drug v. Cephalon fa seguito a una recente decisione delle corti americane che ha riconfermato la piena legittimità del privilegio legale anche per i giuristi d'impresa e non solo per i professionisti esterni. Mi riferisco al caso Gucci America Ing v. Guess», spiega ad AvvocatiOggi Massimo Mantovani, direttore affari legali dell'Eni. La decisione King Drug è importante anche per i legali di Eni che beneficiano del privilegio legale, basti pensare



Massimo Mantovani

che Eni ha ben oltre 200 legali interni, dei quali circa 60 sono iscritti all'albo speciale in Italia e oltre 100 sono iscritti ad albi professionali in giurisdizioni straniere, dal momento che Eni opera globalmente in oltre 70 nazioni. «Come per i legali del libero foro, anche per i legali Eni occorre attenzione, alla luce della decisione King Drug e anche di altre precedenti decisioni delle Corti Ue e Us ove si è precisato che il legal privilege ha evidentemente dei limiti correlati alla finalità da proteggere e non può estendersi automaticamente a qualsiasi comunicazione o attività del legale».

Per il legale d'azienda il principio del legal privilege ha in particolare un caveat importante, ossia che si applica unicamente all'effettiva assistenza legale difensiva e non alle molteplici attività, non prettamente di pura assistenza legale, che un legale d'impresa può svolgere, ad esempio l'assistenza contrattuale, la consulenza strategica-regolatoria più legata al business che agli aspetti giuridici o altro. «Con la decisione King Drug sui limiti del «community of interest», conclude Mantovani, «si evidenzia ulteriormente l'esigenza per i legali d'azienda che beneficino del privilegio legale, ma non solo per loro, di dotarsi di regole interne e di un'organizzazione che non mettano in pericolo l'opponibilità del privilegio legale. In particolare mi riferisco alle modalità ed ai contenuti delle comunicazioni sia all'interno dell'azienda che con altri difensori».

© Riproduzione riservata