



UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA

Dipartimento di Scienze Umane

Il Privilegio Legale nella Direttiva Private Enforcement. Ambiti, limiti e opportunità

Valeria Falce - Valeria.Falce@unier.it

Università Europea di Roma

XXVII Convegno AIDA su La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP), Milano, 15 maggio 2015

La Direttiva 2014/104/UE

Il punto di partenza:

garantire l'effettività degli artt. 101 e 102 del TFUE

La strada da intraprendere:

realizzare il coordinamento tra gli ordinamenti degli Stati membri in materia di risarcimento del danno antitrust

Il metodo da seguire:

definire un sistema risarcitorio dalla funzione compensativa

Le scelte di merito:

tra continuità e novità

Privilegio Legale: Inquadramento

Espressione del Diritto personale e fondamentale alla Privacy

Corollario del principio relativo all'effettivo esercizio del diritto di difesa dei soggetti che siano sottoposti ad un procedimento legale, ex art. 6 CEDU

Privilegio Legale: applicazione

Tra chi opera:

Rapporto avvocato-cliente nell'ambito del quale il primo fornisce un servizio di collaborazione all'amministrazione della giustizia e la sua è un'attività intesa a fornire, in piena indipendenza e nell'interesse superiore della giustizia, l'assistenza legale. Questa tutela ha come contropartita la disciplina professionale, imposta e controllata nell'interesse generale

Che cosa è:

Il carattere di riservatezza riconosciuto a determinate comunicazioni tra cliente ed avvocato ai fini della formazione della prova nei vari procedimenti giurisdizionali

Privilegio Legale: ambito

A cosa si estende:

AM & S del 1982 (C-155/1979): tutta la corrispondenza oggetto di scambio tra impresa e avvocato dall'apertura del procedimento in poi, nonché quella anteriore che avesse presentato elementi di connessione con l'oggetto del procedimento e che fosse stata ricevuta o inviata da avvocati esterni indipendenti ed abilitati alla professione forense in uno degli Stati membri

Hilti del 1990 (T- 30/1989): anche alle note interne meramente riproduttive di comunicazioni e pareri giuridici provenienti da avvocato esterno

Akzo Nobel n. 125 del 2007 (T- 125/2003 e T- 253/2003): anche i documenti preparatori redatti esclusivamente al fine di chiedere un parere giuridico all'avvocato esterno

Privilegio Legale: limiti

Cosa non copre:

I fatti alla base e oggetto delle comunicazioni non risultano ricoperti da riservatezza per il solo fatto di essere stati comunicati al legale e, per altro verso, possono essere utilizzati come prova e opposti alla persona sottoposta al procedimento qualora siano divenuti noti in altra maniera

La corrispondenza con l'avvocato interno (c.d. in-house lawyer) perché: 1) lo scambio non avviene nell'ambito del diritto alla difesa del cliente e poggia su un rapporto di impiego; 2) l'"indipendenza" rispetto all'impresa è *condicio sine qua* non per partecipare alla corretta amministrazione della giustizia e fornire assistenza legale (AM & S del 1982; Akzo Nobel C-550/2007)

Privilegio Legale: limiti

Cosa non copre:

Il concetto di indipendenza dell'avvocato viene determinato non solo in positivo, mediante un riferimento della disciplina professionale, bensì anche in negativo, vale a dire con la mancanza di un rapporto di impiego (sentenza del 6 settembre 2012, cause riunite C-422/2011 C- 423/2011)

Ne deriva che, tanto per la dipendenza economica dell'avvocato interno quanto per i suoi stretti legami con il suo datore di lavoro, l'avvocato interno non gode di un'indipendenza professionale paragonabile a quella di un avvocato esterno (Sentenza del 14 settembre 2010 n. 550, C-550/07)

La Direttiva 2014/104/UE

“I giudici nazionali garantiscano in modo pieno la **riservatezza delle comunicazioni tra avvocati e clienti** prevista dal diritto dell’Unione e nazionale allorquando ingiungono la divulgazione delle prove” (art. 5,§6)

La Direttiva si **allinea agli indirizzi della giurisprudenza** e in quanto tale non promuove un’effettiva armonizzazione

Regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione

L'istituzione rifiuterà di comunicare un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela:

- dell'interesse pubblico, in ordine alla sicurezza pubblica, alla difesa, alle relazioni con i paesi terzi o alla politica economica e finanziaria;
 - della vita privata e dell'integrità dell'individuo;
 - degli interessi commerciali di una persona fisica o giuridica;
 - delle procedure giurisdizionali e della **consulenza legale**;
 - degli obiettivi delle attività ispettive, di indagine e di revisione contabile;
 - del processo decisionale di un'istituzione
-

Regolamento (CE) n. 1/2003

Articolo 15: Cooperazione con le giurisdizioni nazionali

Nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato **le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri** in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.

Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

26. Vi sono altre eccezioni alla trasmissione di informazioni da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali. In particolare la Commissione può **rifiutare** di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per **preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità**, in particolare **pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidatale** (45). Di conseguenza, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le informazioni presentate volontariamente da un'impresa che abbia richiesto un trattamento favorevole senza il consenso di quest'ultima

Applicazione trasversale

- a) **ambiti e limiti della discovery** (verifica dei presupposti e bilanciamento degli interessi; valutazione del fumus di fondatezza della pretesa; accesso nella garanzia della riservatezza)

- b) **classi di documenti** (prevalenza dell'interesse generale e contemperamento)

Black list

Divieto assoluto alla divulgazione di prove rientranti nelle seguenti categorie:

- a) dichiarazioni di imprese legate ad un programma di trattamento favorevole;
- b) proposte di transazione

Per ciò che è al di fuori del perimetro, principi generali (afferenza, pertinenza, rilevanza, riservatezza)

Grey list

Documentazioni predisposte ai fini del procedimento amministrativo

Si tratta di informazioni presentate da persone fisiche o giuridiche specificatamente ai fini di un procedimento antitrust, ovvero predisposte dalla stessa autorità nel corso del procedimento

I giudici nazionali possono procedere all'ingiunzione della divulgazione delle predette prove solamente dopo che l'autorità garante della concorrenza abbia chiuso il procedimento e **garantendo la riservatezza delle comunicazioni Legally Privileged**

White list

La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo dell'autorità garante della concorrenza e che non rientrano in nessuna delle categorie di cui al presente articolo può essere ingiunta in ogni momento ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, fatto salvo il presente articolo

Ferme le esigenze di salvaguardia del diritto alla **riservatezza delle comunicazioni avvocato-cliente**

Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

nuova versione 26. Vi sono altre eccezioni alla trasmissione di informazioni da parte della Commissione alle giurisdizioni nazionali. In particolare la Commissione può rifiutare di trasmettere informazioni alle giurisdizioni nazionali per **preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare gli interessi dell'Unione europea o di evitare che, pregiudicando l'assolvimento dei compiti ad essa affidati, ne siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza.**

La trasmissione di informazioni ai giudici nazionali **non deve compromettere l'efficacia dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza da parte della Commissione e, in particolare, non deve interferire con le indagini in corso né con il funzionamento dei programmi di trattamento favorevole e delle procedure di transazione."**

Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

26 bis. A tal fine, la Commissione non trasmetterà in alcun momento alle giurisdizioni nazionali le seguenti informazioni ai fini del loro uso in azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione degli articoli 101 o 102 del trattato:

- dichiarazioni ufficiali d'impresa legate a un programma di trattamento favorevole ai sensi dell'articolo 4 bis, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 773/20043;
- proposte di transazione ai sensi dell'articolo 10 bis, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 773/20044.

Il presente punto non pregiudica la situazione di cui all'articolo 6, paragrafo 7, della direttiva 2014/104/UE

Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE

26 ter. Per quanto riguarda altri tipi di informazioni, la Commissione non trasmetterà alle giurisdizioni nazionali le seguenti informazioni ai fini del loro uso in azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione degli articoli 101 o 102 del trattato prima di aver chiuso il procedimento nei confronti di tutte le parti oggetto dell'inchiesta mediante l'adozione di una decisione di cui agli articoli 7, 9 o 10 del regolamento (CE) n. 1/2003 o prima di aver in altro modo chiuso il suo procedimento amministrativo:

- informazioni **preparate da persone fisiche** o giuridiche specificamente ai fini del procedimento della Commissione,
- informazioni che la Commissione ha redatto e trasmesso alle parti nel corso del suo procedimento.

Quando è invitata a trasmettere le suddette informazioni ai giudici nazionali per scopi diversi dall'uso nelle azioni per il risarcimento del danno a seguito della violazione degli articoli 101 o 102 del trattato, la Commissione applicherà in linea di principio la limitazione temporale di cui al primo comma, al fine di tutelare le proprie indagini in corso

Questioni «interne» ed «esterne» in sede di recepimento

La Direttiva si propone di **superare la asimmetria informativa attraverso il sapiente ricorso al principio bilanciamento**

Il sistema di presunzioni, la vincolatività della decisione antitrust, l'alleggerimento dell'onore di allegazione, etc. rischiano, in assenza di **adeguati contrappesi**, di determinare uno **sbilanciamento «alla rovescia»**

Il recepimento è un'occasione per calibrare gli interessi:

- a) ritornare sul dossier «in-house lawyer»
- b) valutare l'operatività della dottrina del work product

Attorney product

«Written or oral materials prepared by or for an attorney in the course of legal representation, especially in preparation for litigation. Generally, an opposing party may not discover or compel disclosure of work product. In limited circumstances, however, an opposing party may discover or compel disclosure of work product upon a showing of "substantial need" and "undue hardship”

«A rule that an opposing party generally may not discover or compel disclosure of written or oral materials prepared by or for an attorney in the course of legal representation, especially in preparation for litigation. In limited circumstances, however, an opposing party may discover or compel disclosure of work product upon a showing of "substantial need" and "undue hardship”

Attorney product

Estensione della riservatezza a “opinion work product”, o materiali, c.d. “tangible work product”, predisposte ai fini della difesa del cliente durante un procedimento legale ovvero per situazioni in cui vi sia una potenziale probabilità che possa seguire un contenzioso giudiziale?

Le rivendicazioni dei consulenti in materia di IP possono costituire un precedente per allargare dal punto di vista soggettivo l’ambito del Legal Privilege?

Il ruolo dell'AGCM

In ogni caso, all'AGCM spetterà la funzione di «cerniera»: il compito di contemperare le esigenze del private con quelle del public enforcement nel caso specifico

...e auspicabilmente il ruolo di «gap filler»: interpretando principi e norme nel rispetto dei diritti fondamentali

comunicazioni e linee guida benvenute in un'ottica di certezza e prevedibilità

Bibliografia essenziale

Chieppa, R., «L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità», in *Concorrenza e mercato*, n. 21 (2014), pp. 279

Taddei Elmi G., «Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello Americano e la proposta di direttiva UE del 2013», in *Concorrenza e mercato*, n. 21 (2014), pp. 183

Muscolo G., Tesauro G. (a cura di), «Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano», Napoli, Editoriale scientifica, 2013

Benvenuto L., «Il sistema della discovery e del diritto di «informazione» nel Codice della proprietà industriale», in *Rivista di diritto industriale*, LVI, n. 2 (2007), pp. 108 – 122

Muscolo G., «Il ruolo del giudice nel governare l'acquisizione delle prove», in *Concorrenza e mercato*, n. 21 (2014), p. 287

Iannuccelli P., «Torniamo al Trattato! Peri il superamento della distinzione tra Public e Private enforcement del diritto della concorrenza», in *Concorrenza e mercato*, n. 21 (2014)

Siragusa M., «L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano», in *Concorrenza e mercato*, n. 21 (2014),

Amoroso A. Imwinkerried E.J., «The application of Attorney-Client Privilege to interactions among clients, attorneys, and expert in the Age of Consultants: The need for a more precise, fundamental analysis», in *UC Davis Legal Studies Research Paper Series* published by School of law University of California Davis, April 2010

Holtz J., «Legal Professional Privilege in Europe: a Missed Policy Opportunity», in *Journal of European Law & Practice Advance Access* published by Oxford University Press, June 2013

Pais Antunes L., «Just another brick in the wall: communications with in – house lawyers remain unprotected by legal privilege at the European Union Level», in *Journal of European Law & Practice Advance Access* published by Oxford University Press, January 2011



UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA

Dipartimento di Scienze Umane

Grazie dell'attenzione

Valeria Falce - Valeria.Falce@unier.it