

**STUDIO LEGALE
AVV. PAOLO di MARTINO**

Piazza Aranci,18 Massa 54100
Tel.0585.46636 Fax 0585.47053

Via Cavour,15 Pontremoli 54027

Viale Gran Sasso,1 Milano 20131
Tel.02.29.52.02.05 Fax 02.29.52.75.40

Prot. n.6105-C/pdm
Anticipata via e-mail – Segue prioritaria

**Spett.le XXX S.p.a
Via xxx
20121 Milano (MI)
c.a. Amministrazione – Ufficio
contenzioso**

- RISERVATO -

**PARERE LEGALE
CONFIDENTIALITY AGREEMENT - Polonia -**

Richiesto di un parere dalla Spett.le società in indirizzo in ordine al *confidentiality agreement* (di seguito *c.a.*) *sub.* 1 ed in particolare sulla validità, applicabilità, effetti, integrazione, sostituzione, modifica di clausole e/o quant'altro necessario e utile ai fini della sottoscrizione dello stesso, esprimo le mie valutazioni come segue.

Lo stato attuale delle trattative, appena iniziate, come confermatomi dal dott. Renato Rossi, indurrebbero a fornire una interpretazione del *c.a.* alla stregua di un atto propedeutico e necessario per “sbolccare” le trattative, funzionale alla prosecuzione delle stesse e finalizzato alla conclusione del contratto stabilendo, al contempo, obblighi di segretezza, di non uso delle informazioni confidenziali sanzionati da una clausola generale di risarcimento del danno.

Il *c.a.*, infatti, a differenza delle “lettere d'intenti” (che rappresenterebbero un *quid pluris*) interviene proprio nella fase iniziale delle trattative subito dopo i primi contatti tra le parti ed opera, comunque, a prescindere dal buon esito o dal fallimento delle trattative (si veda appunto la durata dell'obbligazione § 9 commi 2: tre anni).

L'obbligazione che sorge, dunque, dalla sottoscrizione del presente atto sarebbe soltanto quella del rispetto delle regole stabilite per il trattamento dei

dati (tutto ciò che è elencato nel § 2 commi 1.-2.), nonché il rispetto del dovere di segretezza delle informazioni raccolte. Di regola tale dovere ha un significato più pregnante nel caso in cui le informazioni concernano, ad esempio, prodotti o processi brevettati o coperti dal diritto di autore e, più in generale, ogni qualvolta c'è il rischio che una parte possa indebitamente appropriarsi delle conoscenze tecniche e del *know-how* dell'altra parte.

Nel caso di specie ciò che più di tutto, mi pare, si debba tutelare sono le informazioni che verranno scambiate sui livelli di prezzo al fine di evitare che possano essere utilizzati magari per condurre trattative parallele. Sul punto avrò modo di ritornare.

Quanto alla definizione del contenuto delle **Confidential Information** (**Enterprise Secrecy – Official Secrecy** § 1 commi 1.-2.), letto alla luce del richiamo generico all'applicazione della legge polacca, esso troverebbe forse la sua *ratio* nella volontà di estendere il contenuto della definizione di "informazione riservata" rispetto a quello stabilito dal legislatore polacco. E' peraltro possibile che l'obbligo contrattuale assuma un ambito più ridotto di quello legislativo e viceversa (sul punto bisognerebbe ovviamente avere dimestichezza con il diritto polacco).

Il riferimento alle tipologie di atti riservati, comunque, è piuttosto generico e di stile e denota l'utilizzo di un modello standard di **C.a.**, non proprio studiato per il caso di specie.

Da quel che mi è stato riferito in ordine alla tipologia di contratto eventualmente da stipulare, riterrei forse opportuno specificare che tra gli atti coperti da riservatezza sono compresi in particolare **tariffe, livelli di prezzo, business plan, dettagli tecnico-operativi** (es. *addenda* al § 2 comma 2).

Non mi pare, poi, di aver individuato nel testo - salvo l'ampio spettro coperto dal dovere di riservatezza - una clausola di salvaguardia circa il divieto di condurre all'insaputa dell'altro contraente, trattative parallele con terzi mentre c'è già un negoziato in corso.

Si tratta dei c.d. *standstill agreements* ossia quelle clausole all'interno del **C.a.**, presenti e diffuse nella pratica commerciale internazionale, che richiamano per implicito il dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative, almeno per quegli ordinamenti che recepiscono il principio di *culpa*

in contraendo. Proprio sotto questo profilo riterrei sensato, magari, integrare il § 3 comma 1. con un *addenda* del tipo “**e comunque si impegnano a rispettare i principi generali di buona fede nelle trattative**”, oltre ad aggiungere un § 3 *bis* con una clausola del tipo “**Le parti si impegnano a non condurre all’insaputa dell’altro contraente, trattative parallele con terzi mentre c’è il negoziato in corso**”.

Ritengo sommessamente, poi, che data la presunta importanza di un futuro contratto, date le circostanze, i soggetti interessati, la lingua, la situazione burocratico-amministrativa e politica, elementi tutti che sfuggono ad un’attenta possibilità di esame, sia utile valutare l’inserimento di una clausola specifica sulla **convenienza del contratto**.

L’obbligo di informazione e di segretezza, infatti, rientra nel principio di lealtà e salvaguardia nelle trattative richiedendo di informare l’altra parte su tutte le circostanze di rilievo (presenti e sopravvenute) che riguardano l’affare. La violazione di tale obbligo è una “reticenza” che se contrattualizzata è (in astratto) più facilmente sanzionabile con una richiesta risarcitoria.

Vero è che per lo meno la giurisprudenza italiana, è sempre stata restia a riconoscere rilevanza risarcitoria al profilo della “convenienza del contratto”, ma nulla vieta nella autonomia contrattuale privata di inserire (es. § 4 *bis*) una clausola del tipo: “**Le parti si impegnano a darsi ogni comunicazione circa la natura, le difficoltà giuridiche e operative, la qualità dell’operazione e la convenienza o inutilità del contratto**”. Mi rendo conto, però, che l’inserimento di una simile clausola potrebbe portare ad uno “spostamento in avanti” delle pattuizioni quantomeno sotto il profilo interpretativo, trattandosi di clausola più da lettera di intenti che da **C.a.**

Una certa perplessità suscita il tenore della prima frase del § 6, non essendo ben chiaro quale debba essere in prima battuta il criterio di risoluzione di eventuali controversie, anche si tratta di formule rituali sulle quali riterrei di non intervenire.

Il rinvio, poi, ad un Arbitrato della Camera di Commercio di Varsavia a fronte di una contrattazione con una sorta di Azienda Pubblica Nazionale, lascia titubanti sulla eventuale serenità e libertà di giudizio. Meglio sarebbe, come avviene del resto in molti accordi simili, rinviare ad un arbitrato presso un autorevole organo di uno stato terzo diverso da quelli parte del **C.a.** come ad esempio l’**I.C.C.** in Parigi appunto. Verrebbe meno, così, la clausola di cui al §

7, pur essendo ammissibile la scelta della legislazione da applicare (quella polacca) anche di fronte ad un organo arbitrale terzo.

Nel complesso, comunque, mi pare una bozza di **C.a.** non particolarmente insidiosa e che non contiene clausole vessatorie, ma affetta da una certa genericità che potrebbe essere colmata con i suggerimenti (almeno alcuni) di cui sopra.

Mi rendo conto, peraltro, che una puntigliosa revisione della bozza potrebbe avere l'effetto negativo di infastidire controparte (come del resto non è da escludere anche l'effetto contrario).

A tal proposito ci si potrebbe limitare all'inserimento di solo alcune delle modifiche sopra suggerite e ritenute più importanti.

Sarebbe opportuno, infine, indicare sinteticamente nella descrizione delle società l'oggetto sociale, l'attività da esse svolte, in quanto seppur sottilmente, rappresenta un ulteriore elemento interpretativo circa lo scopo delle trattative e del contratto che se del caso si andrà a stipulare.

Segue indicazione di tutte le modifiche proposte di cui quelle evidenziate in carattere rosso, rivestono una maggiore importanza:

- *Incipit:* aggiunta alla descrizione di entrambe le parti contraenti dell'**[attività prevalente]**
- § 2 comma 2: *addenda* dopo le parole *summary elaborations* **[prezzi, business plan, dati tecnici e dettagli operativi] [prices, business plans, technical data and operative details]**
- § 3 comma 1: *addenda* della frase **[le parti si impegnano ad agire, nell'esecuzione dell'Accordo ed in pendenza delle trattative, in accordo all'esigenza della buona fede al fine di contemperare i loro legittimi interessi e diritti] [the parties commit themselves to act, in performance of the Agreement and in pending negotiations, according to the requirement of**

good faith in order to balance their legitimate interests and rights]

- § 3: *addenda* di un § 3 *bis* [Nel periodo di durata delle trattative, le parti si impegnano a non fare alcuna offerta o trattativa con terze parti per quel che attiene all'oggetto della loro futura collaborazione] [*For the period of their negotiations the parties commit themselves not to make any competitive bid, offer or negotiation with any third part concerning the subject of their future cooperation*]
- § 4: *addenda* di un comma 4 *bis* [Ciascuna parte si impegna a fornire all'altra tutte le informazioni sulla natura, caratteristiche, difficoltà esecutive, dell'Accordo e sulla sua validità, vantaggio ed utilità o sconvenienza] [*Each part commits herself to provide to the other one all the information about nature, features, difficulty in the fulfillment, of the Agreement and about its validity, benefit and utility or unprofitableness*]
- § 6: sostituzione dell'arbitrato della Camera di Commercio di Varsavia con l'arbitrato della *International Chamber of Commerce in Paris* e conseguente eventuale eliminazione del § 7 a favore dell'applicabilità della *European Union legislation*.

Se del caso sono a disposizione per ogni eventuale confronto su quanto sopra elaborato.

Con l'occasione siano graditi i migliori saluti.

Milano, lì xxx

Avv. Paolo di Martino

Bibliografia brevis

- C. Radicioni, in AA.VV. a cura di F. Galgano, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Tomo I, UTET, 1995
- G. Barile, in AA.VV. a cura di P. Cendon, *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Vol. XXIV, UTET, 2004
- M. Bianchi, D. Saluzzo, in AA.VV. a cura di Centro estero camere commercio piemontesi, *Il commercio internazionale – Guida pratica agli scambi con l'estero*, Il Sole 24 ore, 1993

**STUDIO LEGALE
AVV. PAOLO di MARTINO**

Piazza Aranci,18 Massa 54100
Tel.0585.46636 Fax 0585.47053

Via Cavour,15 Pontremoli 54027

Viale Gran Sasso,1 Milano 20131
Tel.02.29.52.02.05 Fax 02.29.52.75.40

- RISERVATO -

SEGUITO PARERE LEGALE

**STUDIO LEGALE
AVV. PAOLO di MARTINO**

Piazza Aranci,18 Massa 54100
Tel.0585.46636 Fax 0585.47053

Via Cavour,15 Pontremoli 54027

Viale Gran Sasso,1 Milano 20131
Tel.02.29.52.02.05 Fax 02.29.52.75.40

Prot. n.6105-C/pdm

Anticipata Fax - Segue via e-mail

**Spett.le XXX S.p.a
c.a. dott. G. Pilo
c.a. dott. R. Rossi**

**SEGUITO PARERE LEGALE
CONFIDENTIALITY AGREEMENT - Polonia -**

Facendo seguito alla corrispondenza intercorsa, presa visione delle correzioni apportate dal *Legal Department* della società polacca, tenuto conto altresì del tenore della risposta via e-mail del 23.02.2005 esprimo quanto segue.

Le modifiche appaiono sulla carta sostanzialmente accettabili atteso che non vanno ad incidere su quelle da noi indicate.

La cancellazione del sottotitolo, praticamente è fittizia per il fatto di essere stata inserita all'interno del corpo del § 1 comma 1 e, dunque, recepita.

L'eliminazione dell'oggetto delle società (per vero indicata anche per distrarre un po' l'attenzione dalla clausola di buona fede che a noi più interessava) non aggiunge e toglie nulla al tenore complessivo dell'atto.

L'aggiunta, importante, al § 2 comma 2 non è stata toccata.

La citata clausola di buona fede di cui al § 3 comma 1 è sostanzialmente integra in tutto il suo significato.

Se dovessi esprimere delle considerazioni a livello interpretativo anche alla luce delle poche righe indirizzate via e-mail al dott. Rossi direi che, tutto sommato forse, si è riusciti nell'intento non solo di non urtare il loro *modus operandi*, ma si è anche mostrato accuratezza, attenzione e interesse nel portare avanti la trattativa che sembrerebbe aver fatto un piccolo passo in avanti (non fosse altro per la stessa risposta con le correzioni in tempi piuttosto brevi).

Insistere nelle modifiche da noi apportate mi parrebbe inutile se non addirittura controproducente in considerazione di quanto sopra detto avendo praticamente accettato nella sostanza le nostre proposte.

Riterrei opportuno inviare una breve lettera o risposta scritta, non solo via e-mail (potrebbe essere cancellata, disconosciuta o quant'altro), del tenore che segue, finalizzata a far capire la seria intenzione di procedere nelle trattative, a mostrare apprezzamento e fiducia nell'operato della controparte (abbiamo anche accettato la loro legislazione) e non ultimo per importanza a documentare (nella "deviata" ottica giuridica) l'attività svolta nel corso delle trattative ai fini di una eventuale valutazione di comportamenti contrari al principio di correttezza e buona fede.

Risponderei, pertanto, così:

Dear sirs,

we have taken note of your e-mail of the 23 february 2005 and of your remarks about our request to partially modify the Confidentiality Agreement.

Consequently we accept the terms of the Agreement according to its last form and content.

Appreciating your work and your helpfulness.

Best regards

Gentili signori,

abbiamo preso atto della Vostra mail del 23 febbraio 2005 e delle Vostre considerazioni in merito alla nostra richiesta di modifica parziale dell'Accordo di Confidenzialità.

Accettiamo pertanto le condizioni dell'Accordo conformemente alla sua ultima forma e contenuto.

Con gli apprezzamenti per il Vostro lavoro e la Vostra disponibilità, inviamo i nostri migliori saluti.

Per quanto attiene l'eventuale analisi, seppur sommaria, della legislazione polacca sono in grado di rintracciarla su diversi siti fornitimi gentilmente dal Vice Console della Polonia, da me contattato, e farla tradurre da persona madrelingua di mia fiducia laureata in economia a Varsavia.

Se del caso, se le trattative andassero avanti, ritengo che questa persona possa essere indicata anche per fungere da interprete.

Non sarebbe una cattiva idea (per l'eventuale futura corrispondenza)rispondere oltre che in inglese anche in polacco, in quanto ciò potrebbe rappresentare un "dettaglio" di non scarsa importanza.

Sul punto, però, mi rimetto alle Vostre solite prudenti valutazioni anche in ordine all'utilità in considerazione degli ulteriori costi da sostenersi.

Rendo questo seguito di parere, con riserva di dedurre e argomentare alla luce di una Vostra risposta.

Il file dovrà essere trasmesso nel testo finale corretto e non solo via e-mail ma via posta con la lettera di accompagnamento di cui sopra.

Siano graditi cordiali saluti.

Massa, Milano li 24.02.2005

Avv. Paolo di Martino