



ITALIAN CONFERENCE **V** CONVEGNO NAZIONALE

AAI
ASSOCIAZIONE ANTITRUST
ITALIANA

23 - 24 MAGGIO / MAY 2019

I PRINCIPALI SVILUPPI
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL'UNIONE
EUROPEA E NAZIONALE

*MAIN DEVELOPMENTS
IN EUROPEAN
AND ITALIAN
COMPETITION LAW*

SESSIONE B1.

Programmi di *compliance*, sanzioni e *self-cleaning*

Alcuni aspetti "pratici" relativi al riconoscimento della compliance:

- i) quale circostanza attenuante nell'ambito dei procedimenti AGCM;***
- ii) quale misura di self-cleaning ai fini della partecipazione alle gare***

Avv. Domenico Gullo, DLA Piper Italy

1. La *compliance antitrust* quale circostanza attenuante

Dal punto di vista dell'avvocato che assiste le imprese, vengono in rilievo - tra l'altro - due profili strettamente collegati tra loro:

- l'**onere probatorio** gravante sull'impresa che intende beneficiare dell'attenuante
- il **termine massimo** entro il quale trasmettere all'AGCM la richiesta di valutazione del programma di *compliance*

Onere probatorio gravante sull'impresa

- Già le Linee Guida sulle sanzioni dell'ottobre 2014 precisavano, sulla base delle *best practices* internazionali, che "[L]a mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma" (punto 23)
 - Necessità di salvaguardare la vera finalità della *compliance* e contrastare possibili fenomeni di *cosmetic compliance*
- La prassi antecedente alle Linee Guida Compliance fa emergere:
 - l'ampia discrezionalità dell'AGCM nella valutazione dei programmi di *compliance antitrust*
 - un approccio rigoroso da parte dell'Autorità nel concedere l'attenuante, confermato dal giudice amministrativo

Le indicazioni delle Linee Guida Compliance

- Le Linee Guida sulla Compliance confermano che *"L'onere probatorio in ordine all'adeguatezza e all'effettiva applicazione del programma di compliance ricade sull'impresa coinvolta nel procedimento antitrust, che dovrà argomentare in maniera puntuale l'adeguatezza ed efficacia del programma adottato"* (punto 18)
- La richiesta, accompagnata da una **relazione illustrativa**, deve indicare:
 - le ragioni per cui il programma possa ritenersi adeguato
 - le iniziative adottate per darvi esecuzione
 - (nel caso di revisione di un programma preesistente) le caratteristiche del programma precedente, nonché i miglioramenti apportati
- E' necessario allegare *"apposita documentazione che includa, non solo gli atti di predisposizione del programma (come linee guida interne o manuali operativi) ma anche documenti che testimonino l'effettivo e concreto impegno al rispetto dello stesso"* (punto 20)

Alcuni spunti di riflessione

- Gli elementi di valutazione dovrebbero essere quelli che testimoniano l'adeguamento della realtà aziendale ai principi della compliance:
 - la trasmissione della documentazione da parte dell'impresa (e la valutazione da parte dell'Autorità) non dovrebbe risolversi in un esercizio formale (tipo "*checklist*"), ma perseguire un'analisi complessiva dell'adeguatezza e coerenza del programma di *compliance*
 - necessità di un **approccio sostanzialistico**
- Potrebbe risultare problematico per l'impresa trasmettere alcuni dei "*riscontri documentali*" interni menzionati dalle Linee Guida sulla Compliance (punto 23):
 - questioni di riservatezza; timore che una totale *disclosure* possa complicare la propria posizione nel procedimento

Termine per la richiesta di valutazione dei programmi di *compliance antitrust*

- Le Linee Guida sulla Compliance stabiliscono che "*Sono valutabili, ai fini dell'eventuale attribuzione dell'attenuante, esclusivamente i programmi di compliance adottati, attuati e trasmessi dalle Parti del procedimento entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria*" (punto 21)
- **Prassi antecedente:** i programmi trasmessi dopo l'invio della CRI non consentono un'adeguata valutazione da parte dell'Autorità, in particolare, dell'efficacia dell'attuazione del programma (provv. n. 26686 de 19 luglio 2017, 1742- *Tondini per cemento armato*, par. 341)
- Lo schema di Linee Guida posto in consultazione pubblica (aprile 2018) indicava la notifica della CRI come termine ultimo per considerare tempestiva l'adozione, la modifica, l'attuazione in concreto e la trasmissione del programma di *compliance*

Alcuni spunti di riflessione

- Il tema del termine è strettamente legato a quello dell'onere probatorio:
 - il termine di 6 mesi dall'avvio può mal conciliarsi con il tempo necessario per lo studio, l'adozione e l'attuazione di un programma di *compliance* adeguato ed efficace, soprattutto per le realtà aziendali di grandi dimensioni e operanti in più mercati
 - necessità di un approccio flessibile e valutabilità di **misure programmatiche**, se debitamente circostanziate
- Le Linee Guida sulla Compliance non prevedono espressamente meccanismi di interlocuzione tra l'Autorità e le imprese dopo la scadenza del termine:
 - necessità di instaurare un **contraddittorio** per eventuali chiarimenti e integrazioni

Alcuni spunti di riflessione

- Il termine per presentare la richiesta/relazione si inserisce in una fase non avanzata del procedimento:
 - possibile percezione della presentazione da parte dell'impresa come forma di ammissione di responsabilità
 - soprattutto nel caso di revisione di programmi preesistenti, le misure di *compliance* adottate risponderanno alle ipotesi di cui al provvedimento di avvio: ciò potrebbe accrescere tale percezione
 - diversamente dagli impegni, la richiesta dell'impresa è volta a ridurre la sanzione e non a chiudere il procedimento senza accertamento dell'infrazione
- Le Linee Guida sulla Compliance contengono un'espressa clausola di salvaguardia relativa al diritto delle imprese a non autoincriminarsi e al *legal privilege*
- Necessità di perseguire un giusto e delicato **equilibrio tra soddisfacimento dell'onere probatorio, esigenze di riservatezza e diritto di difesa**

2. La *compliance antitrust* quale misura di *self-cleaning*

- Violazioni del diritto *antitrust* come "gravi illeciti professionali" (art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei Contratti Pubblici)
- Possibilità per l'operatore economico di provare di "*aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*" (art. 80, comma 7 del Codice dei Contratti Pubblici)

Linee Guida ANAC n. 6

- L'adozione delle misure di *self-cleaning* deve intervenire entro il **termine fissato per la presentazione delle offerte**, avallato dalla giurisprudenza in ragione del fatto che "*una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe [...] alterativa della par condicio dei concorrenti*" (CdS, Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 598)
- Valutazione della stazione appaltante in **contraddittorio** con l'operatore economico:
 - attivabile solo se il concorrente si è dimostrato "*leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante (...)*" (Tar Lazio, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732)
 - oggetto del contraddittorio: tempo, qualità e portata delle misure di *self-cleaning* (Tar Lazio, Sez. III, 22 dicembre 2017, n. 12640)
- Decisione adeguatamente **motivata**

Analisi comparativa

Linee Guida Compliance

- *"Sono valutabili, ai fini dell'eventuale attribuzione dell'attenuante, esclusivamente i programmi di compliance adottati, attuati e trasmessi dalle Parti del procedimento entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria (...)" (punto 21)*

Linee Guida ANAC n. 6

- *"[l]'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte (...)" (punto 7.2)*

- Le Linee Guida ANAC sembrano lasciare alle stazioni appaltanti maggiore spazio per la considerazione delle misure programmatiche, ma non ancora completamente attuate

Grazie per l'attenzione

Avv. Domenico Gullo

Partner – DLA Piper Italy

domenico.gullo@dlapiper.com