

Spettabile
Autorità Garante della Concorrenza
e del Mercato
Piazza G. Verdi 6/a
00198 Roma

via email: consultazione.compliance@agcm.it

Cologno Monzese, 22 maggio 2018

**OGGETTO: CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLO SCHEMA DI LINEE GUIDA SULLA
COMPLIANCE ANTITRUST**

Con la presente la scrivente fornisce in allegato le proprie osservazioni inerenti la consultazione pubblica sullo schema di “*Linee guida sulla compliance Antitrust*” in oggetto (provvedimento n. 27117 del 5 aprile 2018) pubblicato sul Bollettino AGCM n.15 del 23 aprile 2018.

Con osservanza.



Mediaset S.p.A.
Un Procuratore
Dott.ssa Gina Nieri

Il presente documento contiene le osservazioni della società Mediaset S.p.A. sullo “schema di linee guida sulla *compliance* antitrust” sottoposto a consultazione pubblica dall’Autorità con provvedimento n. 27117, del 5 aprile 2018.

1. Preliminarmente, Mediaset desidera ringraziare l’Autorità per aver consentito agli interessati di esprimere il proprio punto di vista su una questione, come quella dei programmi di *compliance* in materia di concorrenza, di palese interesse rispetto alla futura attività di *enforcement* delle norme antitrust la cui applicazione è rimessa alla competenza dell’Autorità, oltre che rispetto a possibili futuri assetti organizzativi delle imprese.

2. Mediaset desidera, altresì, manifestare il proprio apprezzamento per l’orientamento dell’Autorità, già espresso in sede di “Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie”, che tende a valorizzare ed incentivare l’adozione di modelli di *compliance*, anche mediante valutazione dei medesimi sul piano della quantificazione di eventuali sanzioni. Si tratta, infatti, di orientamento che, da un lato, riconosce l’ineliminabile complessità dei processi decisionali ed operativi nell’ambito di organizzazioni aziendali molto articolate, e d’altro lato fornisce adeguati incentivi a dispiegare adeguati sforzi nell’allestimento e nell’applicazione di modelli di *compliance* realmente efficaci.

3. Lo schema di Linee Guida appare, peraltro, sotto vari aspetti più avanzato rispetto alle sporadiche indicazioni in tema di rilevanza dei programmi di *compliance* fornite, ormai alcuni anni orsono, dalla Commissione Europea¹, benché, in effetti, il quadro dell’antitrust UE in materia appaia più variegato rispetto a quanto potrebbe desumersi da tali indicazioni, o dalla citazione (parziale) della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Schindler Holding*, ad opera della decisione del TAR Lazio, n. 9048/17, riportata al punto 37 della relazione illustrativa dello schema di Linee Guida.

In particolare, mentre alcune decisioni della Commissione degli anni ottanta e novanta avevano riconosciuto la rilevanza dell’adozione di programmi di *compliance* ai fini del trattamento sanzionatorio², all’inizio degli anni duemila l’organo antitrust dell’Unione sembra aver mutato il proprio orientamento, escludendo, in linea di massima, la rilevanza dei programmi di *compliance* quale circostanza attenuante³.

¹ Ci si riferisce, in particolare, al passaggio spesso ricordato del discorso dell’allora Commissionario alla concorrenza Almunia del 25 ottobre 2010, *Compliance and Competition Policy*, secondo cui “To those who ask us to lower our fines where companies have a compliance programme, I say this: if we are discussing a fine, then you have been involved in a cartel; why should I reward a compliance programme that has failed? The benefit of a compliance programme is that your company reduces the risk that it is involved in a cartel in the first place. That is where you earn your reward”. Impostazione analoga è fatta propria dalla *brochure* della Commissione *Compliance Matters. What Companies can Do Better to Respect EU Competition Rules*, del 2012, pag. 21, pur con qualche sfumatura. La tesi di Almunia, in effetti, è un paralogismo fondato su una prognosi postuma, che priverebbe di validità la stessa idea di *compliance*, in qualsiasi campo, non soltanto antitrust.

² Ad esempio, le decisioni 82/853 *National Panasonic*; 85/79 *Deere*; *Toshiba* 91/532; 92/426 *Parker Pen*.

³ Ad esempio, le decisioni 2004/206 *Flood flavour enhancers*; 2002/742 *Citric acid*; 2003/2 *Vitamins*; 2003/675 *PO Video Games*.

La giurisprudenza europea ha escluso che l'iniziale orientamento vincolasse la Commissione, riconoscendo, in sostanza, la sussistenza di un potere discrezionale dell'organo antitrust⁴.

4. La stessa sentenza della Corte di Giustizia *Schindler*, ai nn. 143 e 144, non fa proprio l'argomento della Commissione, riportato al n. 142, secondo cui "la ricompensa spettante a un programma [di *compliance*] è, idealmente, l'assenza di comportamenti anticoncorrenziali, ma non una riduzione dell'ammenda per una partecipazione ad un'intesa che ha comunque avuto luogo"⁵, ma si limita a rilevare che, nel caso di specie, il programma di *compliance* si era rivelato del tutto inadeguato, ed aveva, anzi, reso maggiormente difficile l'accertamento dell'illecito, non potendo, quindi, come è ovvio, fungere da attenuante.

La sentenza richiama, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott (n. 185); nel medesimo documento (n. 99) l'Avvocato Generale mostra, rispetto al tema generale dei programmi di *compliance*, un atteggiamento ben più sfaccettato rispetto a quello fatto proprio dalla Commissione: "*Può essere che un compliance program non riesca ragionevolmente ad impedire ogni sia pur minimo illecito. Ma un compliance program che «funzioni» deve essere in grado di impedire efficacemente gravi e perduranti illeciti in materia di intese, come pure di portare alla luce le illegalità commesse e di porre immediatamente fine alle stesse*".

5. L'impostazione fatta propria dallo schema di Linee Guida, basata, appunto, sulla valutazione caso per caso dell'adeguatezza e dell'effettività del programma di *compliance*, non solo risulta, dunque, del tutto coerente con il principio interpretativo sancito dall'art. 1, comma 4, l. 287/90, ma può offrire spunti per ulteriori, auspicabili riflessioni in sede antitrust europea.

6. Si condivide, altresì, la scelta dello schema di Linee Guida, conforme alle indicazioni della Commissione⁶, di lasciare a ciascuna impresa la definizione delle caratteristiche del programma di *compliance*, evitando di imporre, od anche soltanto di suggerire, soluzioni preconfezionate, secondo il modello fatto proprio, viceversa, da alcuni degli orientamenti stranieri menzionati alla pag. 2 della Relazione illustrativa; a questo modo, è assicurato che, salve le valutazioni di competenza dell'Autorità, ogni impresa possa decidere di dotarsi del programma più idoneo alle caratteristiche proprie e del mercato in cui opera.

7. Si condivide l'indicazione prevista al n. 20 della Relazione illustrativa dello schema di Linee Guida, secondo cui il programma "non deve suscitare dubbi in relazione agli obblighi di collaborazione con l'Autorità", ad esempio in caso di eventuali ispezioni. Al tempo stesso, tuttavia, si ritiene necessario sia espressamente consentito all'impresa di fornire indicazioni ai propri dipendenti e collaboratori circa l'esercizio del diritto di difesa, e le prerogative che sono riconosciute, in ciascuna fase del procedimento, ai soggetti che ne sono parti. Allo stesso modo, si

⁴ Si tratta, in particolare, della giurisprudenza citata dalla *brochure* "*Compliance Matters*", che sembra, tuttavia, trarre dalle pronunce un principio, in effetti mai affermato, che escluderebbe tout court ogni possibile rilevanza dei programmi di *compliance* ai fini del trattamento sanzionatorio (Trib. Primo Grado, 15 marzo 2006, causa T – 15/02, *Basf AG*, n. 266; Id. 12 dicembre 2007, cause T – 101/05 e T – 111/05, *Basf e UCB SA*, n. 52, oltre alla sentenza del medesimo Tribunale nel caso *Schindler*).

⁵ Vale a dire la tesi sostenuta dal Commissario Almunia nel discorso citato.

⁶ Cfr. la *brochure* "*Compliance Matters*", più volte citata.

ritiene sia necessario consentire espressamente all'impresa di fornire informazioni ed istruzioni al proprio personale circa i requisiti formali e le limitazioni dei poteri dell'Autorità e dei suoi collaboratori, compresi gli organi di Polizia giudiziaria. Il principio di leale collaborazione, da recepirsi doverosamente nei programmi di *compliance*, in altri termini, non può dare luogo ad ambiguità od attenuazioni quanto alle garanzie procedurali.

8. Appare condivisibile l'estensione dei programmi di *compliance* ad eventuali rischi di abuso di posizione dominante. Tuttavia, si ritiene necessario che si tenga conto, in particolare rispetto all'attività di analisi del rischio *antitrust* ed alle indicazioni operative fornite ai dipendenti e collaboratori dell'impresa nel contesto del programma, di eventuali situazioni di incertezza quanto all'effettiva sussistenza di una posizione di dominanza, che possono caratterizzare, ad esempio, mercati che attraversano fasi di rapida evoluzione, derivanti dal progresso tecnologico e/o da mutamenti di scenario economico, come alcuni dei mercati in cui opera la scrivente società.

Non può esigersi, in altri termini, che la mera eventualità di sussistenza di una posizione dominante conduca, di per sé, alla necessità che il programma imponga di attenersi alle più stringenti regole che discendono dalla speciale responsabilità imposta all'impresa che occupa una posizione dominante, con le conseguenze pregiudizievoli che ne deriverebbero, rispetto alla maggiore libertà d'azione di cui godono i concorrenti, qualora la posizione dominante si riveli, in realtà, non sussistente.

A questo proposito, si ritiene dovrebbe essere considerato sufficiente che il programma di *compliance* preveda regolari verifiche ed analisi di mercato, svolte sulla base dei dati disponibili e secondo una corretta metodologia, volte ad accertare la sussistenza di un'eventuale posizione di dominanza. Non potrebbe, tuttavia, giungersi ad un'automatica conclusione di non adeguatezza del programma qualora l'eventuale conclusione, raggiunta dall'impresa a seguito di tali verifiche, circa la non sussistenza di una posizione dominante, fosse smentita all'esito di un'istruttoria svolta dall'Autorità (quanto meno considerando che l'analisi istruttoria si svolge in base a dati ed elementi molto più ampi, acquisibili dall'Autorità, rispetto a quelli disponibili per l'impresa, e che l'accertamento della posizione dominante sconta un inevitabile margine di discrezionalità).

9. Suscita perplessità il – pur comprensibile – riferimento del punto 13 dello schema di Linee Guida alla necessità che siano consentite dal programma segnalazioni interne in **forma anonima** di possibili violazioni. Se l'anonimato può costituire una garanzia per il segnalante, d'altro canto esso appare poco compatibile con il principio di lealtà che deve informare qualsiasi rapporto di lavoro o di collaborazione in ambito aziendale. La forma anonima, inoltre, riduce la possibilità di valutare l'effettiva attendibilità della segnalazione, e le motivazioni che sottostanno alla stessa. Potrebbe essere preferibile, in quest'ottica, prevedere che eventuali trattamenti sfavorevoli, se non addirittura punitivi, a danno del segnalante, qualora la segnalazione si riveli fondata, costituiscano aggravanti in sede di valutazione del programma, ed in generale della condotta dell'impresa, da parte dell'Autorità.

10. Con riferimento al n. 14 dello schema di Linee Guida, si ritiene condivisibile la previsione di incentivi al rispetto del programma, anche per promuovere eventuali segnalazioni di situazioni di rischio, o di violazioni; tuttavia, si ritiene dovrebbe essere consentita la previsione di trattamenti

sfavorevoli nel caso di abuso, da parte di dipendenti e collaboratori, degli strumenti previsti dal programma, compreso il caso di segnalazioni manifestamente prive di fondamento.

11. Con riferimento al punto 16 dello schema di Linee Guida, si suggerisce l'eliminazione, nel riquadro, delle parole "in quanto la mancanza di riscontri negativi potrebbe discendere proprio dall'inabilità del programma a farli emergere". Se, infatti, è del tutto condivisibile il riferimento alla necessità di una costante verifica di adeguatezza del programma, non può neppure pretendersi che, nell'attuazione dello stesso, si parta da una sorta di presunzione della sussistenza, nell'attività dell'impresa, di condotte illecite, con la conseguente necessità di un costante inasprimento del programma e di una costante intensificazione delle attività attuative, allo scopo di rintracciarne la prova.

12. Desta, altresì, perplessità il riferimento, al n. 18 ed al n. 37 dello schema di Linee Guida (v. anche nn. 22 e 31 della Relazione illustrativa), alla nozione processualistica di "onere della prova" in ordine all'adeguatezza ed all'effettività del programma di *compliance*. Considerata la natura di procedimenti amministrativi propria delle istruttorie antitrust, parrebbe preferibile fosse previsto che l'impresa dovrà fornire all'Autorità ogni utile elemento di valutazione, salva la necessità che l'Autorità stessa indichi comunque, nel provvedimento, le specifiche motivazioni che giustificano la definizione del trattamento sanzionatorio (mentre, secondo la logica processualistica, potrebbe essere sufficiente la mera constatazione del fatto che l'onere probatorio non è stato assolto).

Nella stessa ottica, si ritiene che l'indicazione degli elementi che "testimonino l'effettivo e concreto impegno" al rispetto del programma (n. 19 dello schema di Linee Guida) non possa essere assoggettata ad una regola di prova documentale, ma possa assumere anche altre forme, tra cui la testimonianza di dipendenti e collaboratori.

13. Il n. 23 dello schema di Linee Guida prevede che la relazione illustrativa fornita dall'impresa dovrà includere indicazioni circa "quali possano essere stati i motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell'indagine dell'Autorità". Si tratta di accertamento non agevole, che potrebbe in molti casi risolversi in valutazioni di carattere congetturale. Eventuali lacune del programma, d'altro canto, dovrebbero comunque essere fatte emergere in sede di modifiche al programma che non si sia rivelato manifestamente inadeguato, secondo quanto previsto dal n. 37, punto ii) dello schema di Linee Guida. Nel caso di programma manifestamente inadeguato, i motivi del coinvolgimento dell'impresa nell'infrazione, rispetto al programma, sono *in re ipsa*.

14. Rispetto al n. 24 dello schema, si osserva che, salvo casi del tutto particolari, le tempistiche del procedimento sono difficilmente tali da far sì che programmi adottati dopo l'avvio dell'istruttoria possano condurre al conseguimento di "esiti". L'adozione di "iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione", d'altro canto, costituisce una distinta circostanza attenuante, secondo quanto previsto dal n. 23, primo trattino, delle Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni, già pubblicate dall'Autorità.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento al punto 27 dello schema di Linee Guida.

Inoltre, l'effettività del programma potrà costituire oggetto di successiva valutazione nel caso specifico in cui il medesimo costituisca oggetto di impegni, assunti ai sensi dell'art. 14 *ter*, l. 287/90

(ipotesi richiamata, in modo del tutto condivisibile, dal n. 42 dello schema di Linee Guida), con i relativi presidi sanzionatori, e la possibilità di riapertura dell'istruttoria, nel caso di mancato rispetto, anche sotto il profilo della non effettiva applicazione del programma di *compliance*.

15. Si esprime perplessità rispetto al n. 29 dello schema (v. anche il n. 33). In effetti, la comunicazione delle risultanze istruttorie costituisce l'atto mediante cui l'impresa è posta in condizione di avere piena conoscenza degli accertamenti compiuti dall'Ufficio, e quindi di individuare l'effettivo contenuto dell'infrazione contestata; d'altro canto, la serietà del programma ben può essere valutata sulla base dei contenuti dello stesso e della coerenza rispetto alla specifica infrazione contestata, come ricostruita dalla comunicazione delle risultanze istruttorie.

Si aggiunge, a questo proposito, che la giurisprudenza amministrativa citata al n. 36 della Relazione illustrativa si riferisce alla rilevanza dei programmi di *compliance* con riferimento alla distinta possibile attenuante rappresentata dall'opera prestata dall'agente per l'eliminazione degli effetti dell'infrazione, di cui al n. 23, primo trattino della comunicazione sulla quantificazione delle sanzioni (TAR Lazio, 15 dicembre 2017, n. 12407⁷). Mentre, in effetti, dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie non è possibile verificare l'idoneità del programma di *compliance* ad eliminare od attenuare gli effetti sul mercato dell'infrazione già commessa (anche ammesso che un programma di *compliance* possa avere questa capacità), appare, invece, possibile verificare l'idoneità del programma stesso a prevenire eventuali futuri illeciti.

16. Con riferimento al n. 26 dello schema, si osserva che la diminuzione prevista, in misura massima pari al 5%, nel caso di programma adottato dopo l'avvio dell'istruttoria, sembra eccessivamente ridotta, soprattutto in comparazione con il caso previsto dai nn. 36 e segg. (programma adottati prima dell'avvio dell'istruttoria, non manifestamente inadeguati).

L'approccio adottato dalle Autorità di concorrenza del Regno Unito e della Francia, sul punto, che prevede una riduzione sino ad un massimo del 10%, in base ad una valutazione caso per caso, nell'ipotesi di programma adottato dopo l'avvio del procedimento, parrebbe preferibile, poiché meglio idoneo a favorire l'adozione dei programmi, e quindi a prevenire futuri illeciti.

17. Rispetto a quanto previsto dai nn. 31 e 32 dello schema, parrebbe opportuno un più preciso coordinamento con la comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni nell'ambito del c.d. "programma di clemenza".

Posto che le riduzioni previste dallo schema dovrebbero applicarsi nel solo caso in cui trovino applicazione le diminuzioni di sanzioni previste dal "programma di clemenza" (nn. 4 e 5 della relativa comunicazione: nel caso di non imposizione delle sanzioni non avrebbe, ovviamente, senso il concetto di "riduzione"), la comunicazione relativa a tale programma sembra consentire la presentazione della relativa domanda anche in corso di istruttoria.

In effetti, è possibile che, dopo l'avvio dell'istruttoria, l'applicazione del programma di *compliance* faccia emergere elementi utili a fornire all'Autorità "materiale probatorio" avente le caratteristiche previste dai nn. 4 e 5 della comunicazione sul programma di clemenza. In questo caso, sarebbe comunque giustificata un'ulteriore riduzione della sanzione in ragione, appunto, dell'esistenza e del

⁷ Che motiva citando, a sua volta, TAR Lazio, sentenza n. 4099/16.

funzionamento del programma di *compliance*, nonostante questo si sia rivelato non idoneo ad impedire del tutto l'illecito.

Si suggerisce, dunque, di eliminare la previsione di cui al n. 32 dello schema, secondo cui l'attenuante relativa al programma di *compliance* potrebbe trovare applicazione soltanto in caso di presentazione della relativa domanda prima della notifica dell'avvio dell'istruttoria, e di precisare che tale attenuante può aggiungersi alle riduzioni previste dai nn. 4 e 5 della comunicazione sul programma di clemenza, qualora il modello di *compliance* abbia condotto al rinvenimento di materiale probatorio avente i requisiti cui alla comunicazione sulla clemenza.

18. Lo schema sembrerebbe escludere dalla riduzione più alta (15%) i casi in cui non trovi applicazione il "programma di clemenza", come il caso delle intese verticali o delle intese orizzontali diverse dai cartelli; tuttavia, è possibile che anche in questi casi un programma di *compliance* conduca alla cessazione dell'illecito anteriormente all'eventuale procedimento istruttorio, e quindi si riveli del tutto idoneo allo scopo. Si suggerisce, quindi, l'introduzione di una riduzione della sanzione anche per questa ipotesi, in modo analogo a quanto accade nella prassi francese.

19. Con riferimento a quanto previsto dal n. 45 dello schema di Linee Guida, in relazione all'ipotesi di "condotte ostruzionistiche nel corso delle ispezioni", richiamando quanto osservato al punto 7 che precede, si ritiene sia necessario precisare che in nessun caso saranno considerate aggravanti, od indizi di non adeguatezza del programma di *compliance*, indicazioni contenute nel medesimo volte a rendere edotti dipendenti e collaboratori dell'impresa circa le prerogative alla stessa riconosciute nell'ambito del procedimento, a partire dal diritto alla difesa, ed i limiti dei poteri di accertamento dell'Autorità, compresi i poteri ispettivi.