

TeLex Anie

NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI



Segnalazioni giuridiche a cura
del Servizio Centrale Legale

N. 10 Anno XXIII
Ottobre 2018

DIRITTO DELLA CONCORRENZA E PROGRAMMI DI COMPLIANCE – PUBBLICATE LE LINEE GUIDA DELL'AGCM IN MATERIA DI PROGRAMMI DI COMPLIANCE ANTITRUST AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELL'ATTENUANTE SULLA SANZIONE DA COMMINARE IN CASO DI ILLECITI ANTICONCORRENZIALI

Lo scorso 4 ottobre l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha pubblicato le proprie Linee Guida sulla compliance antitrust (*Linee Guida*), volte a fornire alle imprese degli orientamenti circa la definizione del contenuto dei programmi di *compliance* antitrust e i criteri che l'AGCM intende adottare nella valutazione di tali programmi ai fini del riconoscimento di una circostanza attenuante sulla possibile sanzione per illeciti anticoncorrenziali. Quanto al contenuto del programma di *compliance* antitrust, parametro di riferimento fondamentale nella valutazione dello stesso è rappresentato dall'idoneità sostanziale di detto programma a svolgere una "funzione preventiva" degli illeciti antitrust. L'idoneità del programma dovrà essere valutata caso per caso in relazione alla natura, dimensione e posizione di mercato dell'impresa interessata, nonché con specifico riferimento al tipo di attività che questa svolge e ai conseguenti rischi antitrust a cui è esposta. Ciò presuppone un'approfondita analisi preventiva delle aree di ciascuna impresa nei quali vi possono essere i maggiori rischi di porre in essere illeciti antitrust, con la conseguente determinazione delle attività di prevenzione e/o gestione più adeguate per minimizzare o eliminare del tutto detti rischi. Il programma deve inoltre essere proporzionato alla complessità dell'organizzazione aziendale e all'articolazione dei livelli di *management*.

In termini di efficacia, l'AGCM ha identificato alcuni requisiti relativi sia al contenuto, sia all'effettiva attuazione del programma di *compliance*, il quale in primo luogo deve "...richiede[re] il chiaro riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale e l'impegno, continuo e duraturo, al suo rispetto...". Ciò comporta altresì la destinazione di risorse sufficienti all'elaborazione, attuazione e monitoraggio del programma, nonché l'individuazione di un soggetto responsabile del programma che risponda direttamente ai vertici aziendali.

Un programma di *compliance* antitrust efficace presuppone altresì lo svolgimento di un'attività di formazione adeguata alla dimensione e al contesto aziendale e l'aggiornamento periodico del personale con

eventuale predisposizione di manuali e guide *ad hoc*. Inoltre, è fondamentale la definizione di processi gestionali idonei a ridurre il rischio di violazioni della normativa sulla concorrenza, ad esempio mediante l'adozione di modelli di *reporting* interno ovvero di un sistema di *whistle-blowing*, nonché lo svolgimento di attività periodica di *due diligence*, *audit* e approfondimenti periodici, consulenze legali di soggetti terzi e di ogni altra iniziativa che consenta il periodico monitoraggio e l'eventuale aggiornamento del programma. Anche l'adozione di un adeguato sistema di misure disciplinari e di incentivi funzionali al rispetto del programma e, più in generale, della normativa antitrust costituisce un importante elemento valutato dall'AGCM ai fini dell'accertamento dell'efficacia del programma.

I programmi considerati efficaci dall'AGCM sono meritevoli di considerazione al fine dell'ottenimento di un attenuante sulla eventuale sanzione per un'infrazione antitrust. L'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio che intenda beneficiare di detta attenuante per il proprio programma di *compliance* dovrà presentare all'AGCM un'apposita richiesta accompagnata da una relazione illustrativa che spieghi

- (i) le ragioni per cui il programma possa ritenersi adeguato alla prevenzione degli illeciti antitrust; e
- (ii) le iniziative concrete poste in essere dall'impresa per l'effettiva ed efficace applicazione del programma.

Secondo le Linee Guida l'attenuante in esame può essere riconosciuta dall'AGCM sia a programmi di *compliance* adottati precedentemente all'avvio del procedimento istruttorio, sia a quelli adottati in seguito. Questi ultimi, tuttavia, a condizione che detti programmi siano stati "...adottati, attuati e trasmessi dalle Parti del procedimento entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria...". Il momento di adozione del programma di *compliance* rileva comunque ai fini della quantificazione dell'attenuante da riconoscere, che non potrà essere superiore al 5% nel caso di programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio dell'istruttoria, mentre può arrivare fino al 15% per programmi "...adeguati che abbiano funzionato efficacemente permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio...".

Tuttavia, nelle fattispecie in cui è applicabile l'istituto della clemenza (ossia nel caso di cartelli), detta attenuante del 15% per il programma pre-avvio potrà essere riconosciuta solo qualora, a seguito della scoperta dell'illecito, l'impresa abbia presentato la domanda di clemenza prima dell'avvio del procedimento istruttorio e/o di eventuali ispezioni condotte dall'AGCM. Di contro, deve ritenersi manifestamente inadeguato un programma di *compliance* se, nell'ipotesi in cui sia applicabile l'istituto della clemenza, l'impresa

interessata non provveda a porre termine all'infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di *leniency*. Tali previsioni suscitano invero qualche perplessità, in quanto sembrerebbero contrastare con la natura squisitamente volontaria dell'istituto della clemenza previsto dalla normativa antitrust. Inoltre, stante da un lato il beneficio della piena immunità a chi per primo partecipa al programma di clemenza in relazione ad una data infrazione e, dall'altro, l'automatica valutazione di inadeguatezza in relazione ai programmi di *compliance* non seguiti da una domanda di *leniency*, è evidente che la possibilità di avere una attenuante per il programma di *compliance* aggiungerebbe ben poco al sistema degli incentivi a cooperare in relazione a possibili cartelli. I programmi considerati manifestamente inadeguati non possono beneficiare di alcuna riduzione della sanzione sotto forma della relativa attenuante, salvo il caso in cui l'impresa presenti delle modifiche sostanziali al programma stesso dopo l'avvio dell'istruttoria, potendo in tal caso ottenere un trattamento premiale fino al 5%. I programmi pre-avvio che non hanno dimostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e l'interruzione dell'illecito prima delle ispezioni da parte dell'AGCM – ma che comunque non risultino manifestamente inadeguati, possono beneficiare di un'attenuante sino al 10% della sanzione, a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di *compliance* e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento istruttorio (e comunque entro sei mesi dalla notifica dell'avvio dell'istruttoria). Particolari previsioni sono altresì dettate in materia di recidiva, che comporta una sostanziale riduzione dell'importo dell'attenuante, di programmi adottati nell'ambito dei gruppi di imprese, occorrendo che questi vengano attuati a livello di gruppo, nonché con riferimento alla valenza del programma di *compliance* che sia stato oggetto di impegni presentati dall'impresa per concludere il procedimento istruttorio senza l'accertamento di un'infrazione e resi obbligatori dall'AGCM, non sussistendo in tal caso alcuna "...presunzione di adeguatezza ed efficacia..." di detti programmi per ipotesi di condotte future. Infine, l'AGCM ha individuato talune ipotesi eccezionali in cui l'esistenza di un programma di *compliance* può essere considerata come circostanza aggravante, ovverosia (i) il caso in cui il programma sia stato utilizzato per agevolare o nascondere l'infrazione, ovvero impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'AGCM e vi sia prova che le indicazioni contenute nel programma siano state concretamente seguite; (ii) il caso in cui l'impresa sia recidiva e abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione all'esito della precedente istruttoria per aver

adottato un programma di *compliance*. In tale circostanza si terrà conto di tale elemento in sede di commisurazione dell'aggravante per recidiva; e (iii) nel caso di applicazione dell'attenuante per il programma di *compliance* e successivo avvio di un procedimento per inottemperanza alla diffida dell'AGCM, tale elemento, pur non rappresentando una circostanza aggravante, potrà essere comunque preso in considerazione dall'AGCM al fine della determinazione della gravità dell'infrazione e, conseguentemente, della quantificazione della sanzione.

Le Linee Guida in commento si applicano ai procedimenti istruttori avviati dall'AGCM successivamente alla data della loro pubblicazione.

Avv. Martina Bischetti
Freshfields Bruckhaus Deringer

CONTRATTUALISTICA

IL CORRISPETTIVO DEL PATTO DI NON CONCORRENZA POST-CONTRATTUALE PUÒ ESSERE ESCLUSO NEL CONTRATTO DI AGENZIA

La Suprema Corte negli ultimi anni si è espressa, in due importanti sentenze (Cassazione n. 12127/2015 e 13796/2017), in favore della derogabilità del principio dell'onerosità del patto di non concorrenza post-contrattuale dell'agente.

Com'è noto, l'art. 1751-bis, secondo comma, del codice civile (introdotto dall'art. 23.2 della legge 29/12/2000, n. 422) così dispone:

"L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:

- 1) *alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo;*
- 2) *alle cause di cessazione del contratto di agenzia;*
- 3) *all'ampiezza della zona assegnata all'agente;*
- 4) *all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente."*

Occorre anzitutto chiarire che la questione riguarda unicamente gli agenti che esercitano l'attività in forma individuale, di società di persone o di società di capitali

con un solo socio, dal momento che il principio dell'onerosità del patto non si applica alle società a responsabilità limitata ed alle altre società di capitali con pluralità di soci.

Inoltre, tale principio, non trova applicazione rispetto a contratti conclusi prima dell'entrata in vigore di tale norma, avvenuta il 1° giugno 2001: tale interpretazione, confermata anche da altre sentenze, discende dal generale principio *tempus regit actum*, in base al quale la validità del contratto dev'essere valutata sulla base delle norme in vigore nel momento in cui esso è stato concluso (art. 11 delle preleggi).

Tuttavia, le due sentenze sopra citate, oltre a ribadire il suddetto principio dell'irretroattività della norma (applicabile in entrambi i casi, trattandosi nella specie di contratti conclusi prima del 2001) aggiungono però che, anche con riferimento ai contratti stipulati successivamente al 2001, il principio dell'onerosità debba considerarsi in effetti derogabile ed il compenso possa quindi essere escluso dalle parti nel contratto. In particolare, il ragionamento seguito dalla Cassazione nelle due sentenze sopra citate si basa su due argomenti:

- L'onerosità è prevista come obbligo del preponente dall'art. 1751-bis, ma non a pena di nullità; quindi, le parti possono derogare "atteso che la non specifica valorizzazione economica dell'impegno può giustificarsi come conveniente nel contesto dell'intero rapporto di agenzia".
- L'onerosità non è diretta alla tutela di un interesse pubblico generale.

A ciò si può aggiungere l'argomentazione che la direttiva non prevede alcun compenso a fronte dell'assunzione dell'obbligo di non concorrenza post-contrattuale.

In senso contrario, si potrebbe però sostenere che il suddetto principio è stato espresso dalla Cassazione in entrambe le sentenze qui commentate come *obiter dictum*, dato in entrambi i casi la nuova disposizione non trovava applicazione, per ragioni temporali.

Inoltre, si potrebbe aggiungere che – quanto meno per i contratti interni italiani – gli Accordi Economici Collettivi ribadiscono l'onerosità del patto (indicando i criteri per la quantificazione del corrispettivo) e sembrano lasciare spazio unicamente a deroghe in senso più favorevole agli agenti.

Alla luce di tali sentenze, comunque, potrebbe essere utile per le aziende valutare se ed in che termini possa convenire procedere ad una modifica dei contratti in essere con i propri agenti, sotto questo profilo.

Avv. Silvia Bortolotti
BBM studi legali associati

PUBBLICATO IL DECRETO LEGISLATIVO DI ARMONIZZAZIONE AL GDPR: NOVITÀ IN MATERIA DI LAVORO, SANZIONI E PICCOLE E MEDIE IMPRESE ^(*)

In data 4 settembre 2018, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo n. 101/2018 di armonizzazione della normativa nazionale al Regolamento Ue n. 679 del 2016 ("GDPR"). La parte generale del Codice Privacy italiano risulta sostituita quasi integralmente dalle disposizioni del Regolamento, sicché le norme su principi, basi giuridiche del trattamento, informativa e consenso previgenti sono abrogate e sostituite da quelle europee. Quanto alla parte speciale, di seguito una carrellata sulle principali novità, partendo da quelle in materia giuslavoristica.

Curriculum Vitae. Il d.lgs. 101/2018 stabilisce che l'informativa ex art. 13 GDPR vada fornita al momento del "primo contatto utile", successivo all'invio del curriculum. Nei limiti delle finalità stabilite dall'articolo 6, paragrafo 1) lettera b) del Regolamento UE, il consenso del candidato al trattamento dei dati personali contenuti nel curriculum non è richiesto.

Controlli a distanza. Viene fatta espressamente salva la disciplina dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (come modificata nel 2015 dal Jobs Act) e viene altresì confermata la sanzione penale ex art. 38 l. 300/1970 per i casi di violazione del comma 1 dell'art. 4 Stat. Lav.

Consenso dei minori. In relazione all'offerta diretta di "servizi della società dell'informazione", il consenso potrà essere espresso al compimento dei 14 anni di età. Al di sotto di tale soglia, il consenso andrà prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale.

Codici deontologici e autorizzazioni generali. Il Legislatore ha deciso di garantire la continuità facendo salvi, per un periodo transitorio, i provvedimenti del Garante e le autorizzazioni, che saranno oggetto di successivo riesame. Il Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento di carattere generale da porre in consultazione e da pubblicarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, individuerà le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali che risultino compatibili con le disposizioni del GDPR e del decreto legislativo 101/2018 e, ove occorra, provvederà al loro aggiornamento. Le autorizzazioni generali sottoposte alla predetta verifica, e che dovessero essere ritenute incompatibili con il GDPR, cesseranno di produrre effetti.

Il Garante è, inoltre, chiamato a promuovere l'emanazione delle regole deontologiche concernenti il trattamento dei dati personali in alcuni settori (lavoro,

giornalismo, statistica e ricerca scientifica), coinvolgendo i soggetti interessati ed effettuando una consultazione pubblica.

Semplificazioni per PMI. Gli adempimenti privacy per le PMI saranno semplificati. Il nuovo articolo 154-bis, comma 4 del Codice Privacy (introdotto dal Decreto 101) prevede: "In considerazione delle esigenze di semplificazione delle micro, piccole e medie imprese, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE, il Garante per la protezione dei dati personali, nel rispetto delle disposizioni del Regolamento e del presente Codice, promuove, nelle linee guida adottate a norma del comma 1, lettera a), modalità semplificate di adempimento degli obblighi del titolare del trattamento".

Sanzioni. Il legislatore italiano ha deciso di avvalersi della facoltà, concessa dal GDPR a tutti gli Stati membri, di prevedere sanzioni penali per alcune violazioni della normativa sulla privacy, che vanno ad aggiungersi alle severe sanzioni amministrative previste dal Regolamento (fino a 20 milioni di euro o al 4% del fatturato mondiale annuale lordo). Vengono penalmente sanzionati: • il trattamento illecito di dati personali; • l'acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala; • la comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala; • le false dichiarazioni rese al Garante; • l'inosservanza dei provvedimenti del Garante; • La violazione del comma 1 dell'art. 4 Stat. Lav..

A fronte di un sistema sanzionatorio amministrativo particolarmente ampio e rigoroso, caratterizzato da una forte dissuasività, alcuni tra i primi commentatori hanno posto in evidenza un possibile profilo di violazione del divieto di ne bis in idem, con riguardo a talune condotte. Ai sensi dell'art. 22 comma 13 del d.lgs 101/2018, "Per i primi otto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Garante per la protezione dei dati personali tiene conto, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e nei limiti in cui risulti compatibile con le disposizioni del regolamento (UE) 2016/679, della fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie".

Dati personali concernenti persone decedute. Merita infine di essere menzionata la norma che si occupa dei dati delle persone decedute. I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del GDPR riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione. L'esercizio dei predetti diritti non è ammesso quando ciò sia vietato per legge, o quando - limitatamente "all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione" - l'interessato lo abbia espressamente vietato con dichiarazione scritta ed

inequivoca. L'eventuale divieto non potrà, comunque, produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte di terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato, nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi.

*Avv. Damiana Lesce, Avv. Paola Lonigro e
Avv. Valeria De Lucia
Trifirò & Partners Avvocati*

^(*) Vedere anche Telex ANIE settembre 2018, Approfondimento del mese.

FAQ DEL GARANTE SUL REGISTRO DELLE ATTIVITÀ DI TRATTAMENTO

Il Garante privacy ha pubblicato sul proprio sito istituzionale le FAQ contenenti le istruzioni per la **tenuta del Registro delle attività di trattamento** (di seguito: "Registro") di cui all'art. 30 del GDPR. Di seguito, il *link* alle FAQ:

<https://www.garanteprivacy.it/home/faq/registro-delle-attivita-di-trattamento>.

Tra le principali questioni oggetto delle FAQ, si segnalano i chiarimenti in merito ai **soggetti privati obbligati alla tenuta del Registro**. Sul punto, le FAQ specificano che sono tenuti a predisporre e aggiornare il Registro:

1. le imprese e le organizzazioni con almeno 250 dipendenti;
2. ogni titolare o responsabile (incluse imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti) che effettui trattamenti che possano presentare un rischio – anche non elevato – per i diritti e le libertà dell'interessato;
3. ogni titolare o responsabile (incluse imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti) che effettui trattamenti non occasionali;
4. ogni titolare o responsabile (incluse imprese o organizzazioni con meno di 250 dipendenti) che effettui trattamenti di dati "sensibili" o "giudiziari".

Con riferimento alla nozione di "organizzazioni", le FAQ chiariscono che essa ricomprende anche le associazioni, le fondazioni e i comitati.

Quanto alle imprese e alle organizzazioni **con meno di 250 dipendenti obbligate alla tenuta del Registro**, le FAQ precisano che possono beneficiare di alcune **semplificazioni** e, pertanto, limitare la redazione del Registro alle sole specifiche attività di trattamento rischiose, non occasionali ovvero aventi ad oggetto dati "sensibili" o "giudiziari" (es. se il trattamento dei dati sensibili si riferisce solo a quelli inerenti un solo

lavoratore, il Registro potrà essere predisposto e mantenuto esclusivamente con riferimento a tale limitata tipologia di trattamento).

In allegato alle FAQ, il Garante privacy ha pubblicato, per i trattamenti del titolare e quelli del responsabile, **2 modelli di Registro semplificato per le PMI**. I modelli si aggiungono a quello di Confindustria per le attività del titolare.

FAQ DEL GARANTE SULLA DEFINIZIONE AGEVOLATA DEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI

Il Garante privacy ha pubblicato sul proprio sito istituzionale le FAQ contenenti le indicazioni operative per la **definizione agevolata dei procedimenti sanzionatori pendenti al 25 maggio 2018**. Di seguito, il *link* alle FAQ:

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9045581>.

Infatti, l'art. 18 del D.Lgs n. 101/2018, di adeguamento della disciplina nazionale al GDPR, consente a coloro che entro il 25 maggio scorso abbiano ricevuto la notificazione ovvero la contestazione immediata di una violazione privacy di definire il relativo procedimento sanzionatorio mediante il pagamento di una somma pari a 2/5 del minimo edittale previsto per la sanzione applicata.

In particolare, le FAQ chiariscono che la definizione agevolata:

- vale per i procedimenti sanzionatori pendenti al 25 maggio 2018. Sono, pertanto, escluse le procedure che nel frattempo si concludono con l'adozione di un provvedimento di ordinanza-ingiunzione da parte del Garante privacy e quelle i cui atti di contestazione, sebbene relativi a violazioni commesse prima del 25 maggio 2018, siano stati notificati successivamente a tale data;
- è ammessa per le violazioni di cui agli artt. 161, 162, 162-bis, 162-ter, 163, 164, 164-bis co. 2, 33 e 162 co. 2-bis del Codice privacy;
- è valida fino al 18 dicembre 2018. Successivamente a tale data, il contravventore può pagare l'intero importo contenuto nell'atto di contestazione oppure, entro il 16 febbraio 2019, presentare al Garante privacy memorie difensive. Esaminate le memorie, l'Autorità potrà disporre l'archiviazione degli atti o adottare specifica ordinanza-ingiunzione. Sul punto, le FAQ precisano che il termine per disporre l'archiviazione degli atti o per adottare una specifica ordinanza-ingiunzione è di 5 anni (art. 28 della legge n. 689/1981) e che tale termine è stato espressamente interrotto dal D.Lgs n. 101 (art. 18, co. 5). Pertanto, considerato che il nuovo termine

decorre dal 19 settembre 2018 (data di entrata in vigore del D.Lgs n. 101/2018), esso scadrà il 19 settembre 2023:

- si calcola sul minimo edittale previsto per la sanzione applicata, indipendentemente dall'importo della sanzione indicato nell'atto di contestazione. A tal fine, l'Autorità ha predisposto una tabella con gli importi da corrispondere per ogni violazione rilevante ai fini della definizione agevolata.

Infine, le FAQ ricordano che, qualora il contravventore non optasse né per la definizione agevolata del procedimento entro il 18 dicembre 2018, né per la presentazione delle memorie difensive entro il 16 febbraio 2019:

- se l'atto di contestazione contiene la determinazione della sanzione, esso assume automaticamente il valore dell'ordinanza-ingiunzione: pertanto, il contravventore sarà tenuto al pagamento dell'intero importo entro 60 giorni (16 febbraio 2019), decorsi inutilmente i quali l'Autorità procederà all'iscrizione a ruolo dell'importo indicato nell'atto di contestazione;
- se l'atto di contestazione non contiene la determinazione della sanzione (es. violazioni relative alle misure minime di sicurezza, di cui agli artt. 33 e 162, co. 2-*bis* del Codice privacy), decorso il termine del 16 febbraio 2019, l'Autorità adotterà l'ordinanza-ingiunzione (o disporrà l'archiviazione), al fine della quantificazione della sanzione da applicare.

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Avv. Silvia Bortolotti, BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis (Torino) - Avv. Ludovico Dezio e Avv. Marialaura Frittella, Cocuzza & Associati, Studio Legale (Milano) - Avv. Martina Bischetti, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) - Avv. Paola Lonigro, Avv. Damiana Lesce, Avv. Valeria De Lucia e Avv. Vittorio Provera, Trifirò & Partners Avvocati (Milano).

Proprietario ed editore:

Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESSE ELETTRONICHE
ED ELETTRONICHE



REPUBBLICA ITALIANA

Pubblicazione a cura di:

Servizio Centrale Legale
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246
e-mail legale@anie.it
Diffusione via web www.anie.it

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI CENNI DI RECENTE GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Cassazione Penale, Sez. VI, n. 41768 del 13.09.2017 - Componenti del Modello organizzativo
Sistemi di gestione aziendale – Prescrizione – Vicende modificative

I Giudici di legittimità hanno avuto modo di esprimersi su diversi profili della disciplina 231, di interesse per le imprese.

In relazione al rapporto tra i Modelli organizzativi e i **sistemi di gestione aziendale certificati** e alla struttura dei Modelli stessi, la Suprema Corte rileva che *“i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal D. Lgs. n. 231 del 2001, perché non contenevano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello e si riferivano eminentemente al controllo della qualità del lavoro nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale”*.

Inoltre, in via incidentale, la Corte conferma l'importanza delle diverse componenti del Modello organizzativo, inclusi il **Codice etico** e il **sistema disciplinare**, laddove rileva che il Modello non solo era stato adottato *“in data successiva a quella di commissione dei reati presupposto, ma non conteneva, tra l'altro, né il codice di comportamento e le relative procedure, né il codice etico, né le procedure per la conoscenza dei modelli, né il sistema sanzionatorio”*.

La Suprema Corte fornisce alcune indicazioni anche in relazione al tema della prescrizione del reato, rilevando che *“la pronuncia di sentenza di prescrizione nei confronti degli imputati persone fisiche non produce alcun pregiudizio per l'ente, sia perché non implica per questo alcun vincolo formale in ordine alla ricostruzione del fatto, sia perché non esonera l'accusa dal dimostrare puntualmente l'esistenza del reato presupposto, sia perché non impedisce all'ente di chiedere l'ammissione e produrre prove utili ad escludere o a far ragionevolmente dubitare della sussistenza del fatto di reato quale imprescindibile componente della “fattispecie complessa” da cui discende la responsabilità amministrativa”*.

Infine, i Giudici di legittimità precisano che, in relazione alle modalità di contestazione dell'illecito all'ente nell'ipotesi in cui intervengano **vicende modificative**, *“gli illeciti amministrativi, nelle imputazioni, debbono essere riferiti alle società originariamente responsabili, e non necessariamente anche agli enti che rispondono ex post in caso di trasformazione, fusione, anche per incorporazione, o scissione”*. [...] l'indicazione dell'ente originariamente responsabile è sufficiente ai fini di una compiuta descrizione dell'addebito, mentre in relazione agli enti subentranti rileva solo la corretta instaurazione del contraddittorio, attraverso una regolare citazione a giudizio contenente le ragioni da cui inferire il titolo di responsabilità.

Cassazione Penale, Sez. IV, n. 16713 del 16.04.2018 – Modelli organizzativi

La Corte di Cassazione ha affrontato il tema dell'efficacia esimente dei Modelli organizzativi, ribadendo quanto già precisato in altre pronunce. In particolare, i Giudici di legittimità hanno stabilito che, ai sensi dell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001, *“la responsabilità dell'ente per i reati di omicidio colposo o lesioni colpose commesse da suoi organi apicali con violazione della normativa in materia di sicurezza o igiene del lavoro potrà essere esclusa soltanto dimostrando l'adozione ed efficace attuazione di modelli organizzativi (per i quali soccorre il disposto del D. Lgs. n. 81 del 2008, art. 30) e l'attribuzione ad un organismo autonomo del potere di vigilanza sul funzionamento, l'aggiornamento e l'osservanza dei modelli adottati”*.

Cassazione Penale, Sez. II, n. 52316 del 09.12.2016 – Organismo di Vigilanza

La Corte di Cassazione si è pronunciata sui poteri attribuiti dal D. Lgs. n. 231/2001 all'Organismo di Vigilanza. Con particolare riguardo alla predisposizione di un Modello organizzativo la Suprema Corte rileva che *"l'approntamento di un modello, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 1, lett. b), non è sufficiente ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza di modelli, attribuita a un **organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo**. Tuttavia, iniziativa e, principalmente, controllo, possono essere ritenuti effettivi e non meramente "cartolari", soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato: non a caso, l'art. 6, comma 2, lett. d), prevede una serie di obblighi di informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, al fine evidente di consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto); inoltre, l'art. 6, comma 2, lett. e), prevede un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (ovviamente per rendere "credibile" il potere di controllo)"*.

Cassazione Penale, Sez. III, n. 6742 del 12.02.2018 - Sequestro

La Corte di Cassazione ha esaminato la fattispecie del sequestro eseguito ai fini della confisca per equivalente – art. 53, co. 1-bis, d. lgs. 231/2001 – precisando che, in tale circostanza, il custode amministratore giudiziario consente l'utilizzo e la gestione dei beni oggetto della misura agli organi societari al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali. I Giudici di legittimità osservano che *"la ratio di tale disposizione è evidentemente quella di evitare che la disposta misura cautelare possa paralizzare l'ordinaria attività aziendale pregiudicandone la continuità e lo sviluppo e la funzione assegnata al custode amministratore giudiziario è quella di vigilare sull'utilizzo e sulla gestione dell'azienda e di riferirne all'autorità giudiziaria. La nomina dell'amministratore giudiziario è, dunque, presupposto imprescindibile per l'esercizio dell'attività aziendale e nel caso in cui venga omessa la parte interessata ha un onere di impulso di adire il giudice che procede, ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2001, art. 47"*.

Cassazione Penale, Sez. III, n. 47312 del 13.10.2017 – Sequestro in caso di fusione

La Corte di Cassazione si è pronunciata sull'ipotesi del sequestro preventivo ai fini di confisca per equivalente, nel caso di fusione tra società. A tale proposito i Giudici di legittimità precisano che *"la società incorporante risponda dei fatti della società incorporata ex art. 2504-bis c.c.; una prospettiva alla quale, a parere di questo Collegio, deve essere data continuità, quantomeno nel senso, imposto dai principi in materia di responsabilità penale, che il sequestro preventivo possa essere sì disposto sui beni formalmente intestati alla società incorporante, ma nei limiti in cui essi fossero riferibili alla società incorporata al momento della fusione"*.

Cassazione Penale, Sez. II, n. 11209 del 17.03.2016 – Obbligo risarcitorio – Misure cautelari

La Corte di Cassazione ha confermato alcuni importanti principi in primo luogo in merito all'applicazione delle misure cautelari, precisando che *"il sistema punitivo della responsabilità da reato degli enti assume, pena l'inefficacia, un carattere prettamente preventivo, volto a configurare sanzioni e misure cautelari per prevenire la commissione dei reati attraverso la strutturazione regolativa dell'organizzazione capace di controllare, da sé, se stessa. Ne consegue che le disposizioni funzionali alla regolarizzazione, attraverso schemi rigorosi, dell'organizzazione dell'ente tale da impedire la reiterazione dei reati, devono essere interpretate con il massimo rigore per poter perseguire la massima efficacia. Il che si traduce nella diretta consegna alle persone danneggiate, nella specie agli enti locali danneggiati dalla attività di corruzione, delle somme costitutive del risarcimento del danno prodotto ovvero con modalità che garantiscano la presa materiale della somma risarcita su iniziativa del danneggiato, senza la necessità di una ulteriore collaborazione per la traditio dell'ente risarciente."*

I Giudici di legittimità hanno poi rilevato che *“la semplice costituzione di un trust non può, di per sé, essere considerata adempimento dell'**obbligo risarcitorio** previsto dall'art. 17, lett. a), essendo tale strumento condizionato al passaggio in giudicato della sentenza di condanna nel giudizio penale. Il legislatore, infatti, esige - quanto alla procedura di revoca della misura per il verificarsi delle ipotesi previste dall'art. 17 (procedura che, come ricordato dalla 6^a Sezione di questa Corte nella sentenza n. 18634/14 è alternativa alla ricorrenza delle altre ipotesi di revoca sopravvenuta della misura cautelare) - che l'ente anticipi il risarcimento del danno che potrebbe essere costretto a pagare all'esito del giudizio di merito”*. Inoltre, secondo la Corte, l'art. 17 *“presuppone gioco forza una determinazione del danno e delle conseguenze non per iniziative unilaterali, ma in virtù di una collaborazione o comunque contatto tra parti contrapposte, tale da doversi ritenere efficace l'essersi adoperato come preteso dalla disposizione richiamata”*

In relazione al collegamento tra l'art. 49 e l'art. 45 del d. lgs. 231/2001, la Corte di Cassazione afferma che *“il pericolo di recidiva è stato apprezzato da questa Corte ai fini della sussistenza del periculum legitimante l'applicazione, nelle more del procedimento, della **misura cautelare**, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 45, che, come noto, richiede, oltre la sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato, che vi siano fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede”*.