



**OSSERVAZIONI ALLO SCHEMA DI LINEE GUIDA SULLA
COMPLIANCE ANTITRUST**

(Boll. n. 15/2018 del 23 aprile 2018)



Milano, 8 giugno 2018

Via posta elettronica a consultazione.compliance@agcm.it

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione Generale per la Concorrenza
Piazza Verdi 6/A
Roma

CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLO SCHEMA DI LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST – OSSERVAZIONI

Ci sia consentito, anzitutto, esprimere il nostro positivo apprezzamento per la decisione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**" o "**AGCM**") di avviare una procedura di consultazione ("**Consultazione**") volta a raccogliere i commenti degli operatori, onde finalizzare linee guida sulla *compliance* antitrust aderenti alle esigenze del mercato ("**Linee Guida**").

Lo schema di Linee Guida oggetto della consultazione avviata con provvedimento n. 27117 del 5 aprile 2018 ("**Schema**"), così come esplicito nella relazione di accompagnamento (la "**Relazione**"), è volto ad individuare le migliori pratiche da seguire nella concreta implementazione dei programmi di ottemperanza adottati dalle imprese, anche ai sensi del par. 23 delle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’art. 15, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("**Linee Guida Sanzioni**").

La Consultazione rappresenta il segnale di una rinnovata attenzione manifestata dall’Autorità in merito all’esercizio della sua potestà sanzionatoria, ma ancor più con riguardo alla necessità di assicurare alle imprese una maggior certezza del diritto, favorendo al tempo stesso la promozione di una più elevata consapevolezza del rispetto delle norme poste a presidio della concorrenza.

Il presente documento intende offrire il contributo di una comunità composta di avvocati, economisti ed accademici, differenziati per ruolo, funzioni e formazione, ma accomunati dall’interesse per lo studio e l’applicazione del diritto e dell’economia della concorrenza, riunitisi di recente in un gruppo di lavoro denominato *Concorrenze*. Le osservazioni di seguito formulate traggono origine, pertanto, dall’esperienza acquisita dai componenti di tale gruppo, sia nell’assistenza a imprese coinvolte in procedimenti avanti l’Autorità e la Commissione Europea, sia dallo studio e dalla riflessione in merito alle medesime tematiche.

1. CARATTERISTICHE DELL'IMPRESA E NATURA DEL MERCATO

Lo Schema descrive i requisiti essenziali che un programma di ottemperanza deve avere affinché possa essere considerato idoneo a prevenire la violazione della normativa di concorrenza.

A questo proposito giova osservare che lo Schema dovrebbe a nostro avviso applicare parametri diversi alle piccole e medie imprese, parte fondante del tessuto industriale del nostro paese, al fine di assicurare un corretto bilanciamento tra esigenze preventive e di controllo e l'impegno in termini economici e di risorse che tali programmi possono comportare per le imprese.

Richiedere a imprese meno strutturate dal punto di vista dell'ottemperanza generale prima ancora che in tema di concorrenza, uno sforzo estremamente significativo, mirato ad avviare un programma di ottemperanza antitrust con le caratteristiche di quelli delineati dall'Autorità, appare potenzialmente controproducente e si espone al rischio di una risposta assai tiepida in quel particolare tessuto imprenditoriale.

Sembrerebbe, allora, opportuno che l'Autorità considerasse la possibilità di distinguere, all'interno dello Schema, tra programmi di ottemperanza di base, destinati a piccole e medie imprese (possibilmente disponibili, per esempio, presso le Camere di Commercio) e programmi di ottemperanza articolati e avanzati per le imprese di più ampia dimensione e di più matura esperienza (distinguendole, se del caso, anche sulla base di soglie di fatturato annuo).

2. PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA QUALI ELEMENTI POSTI A FONDAMENTO DELLA CULTURA AZIENDALE

Siamo dell'opinione che un programma di ottemperanza sia tanto più efficace quanto maggiore sia il coinvolgimento delle figure di alta dirigenza. È noto infatti che alle figure dirigenziali è assegnato il ruolo di promuovere e diffondere la cultura aziendale tra i dipendenti.

È in questo senso, pertanto, che accogliamo con favore l'individuazione di un responsabile del programma di ottemperanza, cui venga riconosciuta autonomia e indipendenza e che risponda direttamente ai massimi vertici aziendali (il "**Responsabile Ottemperanza**"). In quest'ottica, il Responsabile Ottemperanza avrebbe il ruolo di presiedere le attività di valutazione dei rischi concorrenziali, attraverso un costante monitoraggio sui processi interni del programma di ottemperanza.

Maggiore dettaglio potrebbe essere devoluto nello Schema ai requisiti essenziali di tale figura: si pensi alle linee di riporto interno, alla possibilità di irrogare misure disciplinari, alla specifica allocazione di stanziamenti interni per l'esecuzione, continua, di programmi antitrust. Tale livello di dettaglio forzerebbe le imprese a costruire la figura del Responsabile Ottemperanza non *per tabulas* ma con concreti sforzi organizzativi ed economici interni.

3. **INDIVIDUAZIONE E VALUTAZIONE DEI RISCHI ANTITRUST DA PARTE DELLE IMPRESE**

Per quanto attiene all'elaborazione di un'attenta analisi del rischio di violazioni del diritto concorrenziale, riteniamo che un metodo particolarmente efficace, nonché frequentemente utilizzato nelle attività di gestione dei rischi, sia quello elaborato dal *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* del Regno Unito ("**COSO Report**").

Siamo dell'avviso che l'implementazione di un programma di identificazione e valutazione dei rischi antitrust secondo i parametri delineati dal COSO Report potrebbe essere d'aiuto nella puntuale individuazione dei rischi, unitamente ad una stima del grado di impatto e di probabilità dei rischi medesimi.

4. **STRUMENTI DI CONTROLLO E DI GESTIONE DEL RISCHIO**

Siamo dell'opinione che i modelli di riporto interno e/o di segnalazione interna (*whistle-blowing*) di cui al par. 22 dello Schema debbano garantire l'anonimato dei segnalanti, al fine di incentivare adeguatamente i dipendenti al loro utilizzo. Riteniamo, infatti, che l'utilizzazione di sistemi di segnalazione anonima incoraggi i dipendenti a segnalare le criticità, evitando che questi subiscano ritorsioni, anche meramente fattuali, nell'ambiente lavorativo, specie se all'interno di imprese di dimensioni medie o piccole.

In alternativa, l'Autorità potrebbe descrivere modelli di protezione appropriati, volti a prevenire condotte ritorsive nei confronti dei segnalanti.

5. **ATTIVITÀ DI REVISIONE E DI MIGLIORAMENTO INTERNO DEI PROCESSI DI CONTROLLO DEI RISCHI**

In via di premessa, pare opportuno precisare che i processi interni di ottemperanza necessitano un costante monitoraggio e aggiornamento in base alle attività dell'impresa e agli sviluppi normativi e giurisprudenziali.

Suggeriamo, pertanto, che venga previsto con maggior dettaglio all'interno dello Schema un riferimento all'attività di monitoraggio. Ancor più, lo Schema potrebbe prevedere che l'attività di monitoraggio debba essere intrapresa con l'ausilio di consulenti esterni dotati di adeguate competenze professionali al fine di verificare l'adeguatezza del programma di ottemperanza in relazione alla natura e alle caratteristiche dell'impresa, ai mercati in cui essa opera, nonché con riguardo alla sua effettiva adozione all'interno delle singole unità operative.

6. **PREVISIONE DI UN TRATTAMENTO FAVOREVOLE PER I PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA ADOTTATI PRIMA O DOPO L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO**

In base a quanto attualmente previsto dalle Linee Guida Sanzioni, il trattamento premiale è riconosciuto sull'importo base della sanzione, piuttosto che sull'importo finale. Secondo tale modalità di calcolo, in molti casi la riduzione della sanzione rischierebbe di essere minima, se non nulla. Si pensi alle imprese mono-prodotto, per le quali la sanzione finale verrebbe rideterminata con maggiore probabilità in virtù del limite edittale del 10% del fatturato complessivo, onde il trattamento favorevole

previsto a fronte dell'adozione dei programmi di ottemperanza risulterebbe in pratica di ben rara applicazione. Con queste modalità pertanto non saranno rari i frangenti in cui in primo luogo gli incentivi per un'azienda di avviare programmi di ottemperanza (e sopportarne i relativi costi monetari e non monetari) saranno minimi o assenti, essendo nullo o assai limitato in pratica l'apporto di tali programmi nel ridurre le sanzioni.

Suggeriamo all'Autorità di modificare le Linee Guida Sanzioni (o comunque lo Schema), così da prevedere che la riduzione stabilita per l'adozione dei programmi di ottemperanza sia applicata direttamente alla sanzione finale, e non sull'importo base così come attualmente disciplinato. Con tale previsione, in una valutazione costi benefici, l'azienda avrà maggiori incentivi nell'adottare programmi di ottemperanza, il cui valore, legato alla mitigazione del rischio, dipenderà non solo dalla minore probabilità che i dipendenti incorrano in violazioni del diritto della concorrenza, ma anche dalla **certezza** di un abbattimento della sanzione nel caso in cui tali violazioni accadano.

Posta questa assai importante premessa, preme rilevare alcuni profili di incertezza giuridica circa gli attuali criteri di determinazione della sanzione. Considerato che l'Autorità intende perseguire l'obiettivo di garantire una maggior certezza giuridica in ordine ai criteri di valutazione dei programmi di ottemperanza ai fini del riconoscimento dell'attenuante, si ritiene opportuno che lo Schema descriva quali siano le possibili circostanze "eccezionali" tali da giustificare la concessione di un'attenuante superiore al 5% in ipotesi di programmi attuati successivamente all'apertura di un procedimento istruttorio.

Sempre nell'ottica di assicurare la certezza giuridica nella determinazione della riduzione delle sanzioni, in un'analisi costi benefici, l'esborso monetario necessario ad attuare un programma di ottemperanza non pare a nostro avviso inferiore rispetto alla potenziale riduzione della sanzione nella misura percentuale del 5% attualmente prevista per i programmi di ottemperanza adottati dalle imprese in seguito all'apertura del procedimento. Pertanto, un'incidenza minore sul fattore di incentivazione per le imprese all'adozione di programmi di ottemperanza in seguito all'avvio di un procedimento istruttorio rischierebbe di costituire il corollario di questo ragionamento.

Suggeriamo pertanto una revisione dello Schema che tenga conto della necessità di uniformare (e se non altro di avvicinare) il trattamento premiale previsto a fronte di programmi di ottemperanza adottati prima e dopo l'apertura di un procedimento.

Per quanto attiene al fatto che la concessione dell'attenuante fino al 15% sia subordinata alla domanda di clemenza, riteniamo che tale previsione configuri un'ipotesi di rara, se non addirittura impossibile, applicazione. E, d'altronde, non si può fare a meno di notare che la presentazione di una domanda di clemenza prima che l'Autorità abbia condotto ispezioni in relazione alla medesima ipotesi collusiva comporta già verosimilmente l'integrale esclusione dall'applicazione della sanzione amministrativa, a prescindere dall'implementazione di un programma di ottemperanza. Ne consegue che l'impresa che ha presentato la domanda avrà, *ex post*, ben poco interesse a far valere l'esistenza di un programma adeguato. E, allo

stesso modo, avrà, *ex ante*, un minor incentivo ad adottarne uno se è consapevole che in ogni caso ci si aspetta che essa presenti una domanda di clemenza.

Suggeriamo, pertanto, all'Autorità di modificare lo Schema, al fine di estendere l'applicabilità dell'attenuante in questione anche a tutti quei casi particolarmente meritevoli in cui le imprese abbiano adottato un programma di ottemperanza adeguato ed efficace, senza che venga necessariamente richiesta la presentazione di una domanda di clemenza rispetto agli illeciti nei quali queste dovessero sapere di essere coinvolte. Anche questa modifica avrebbe come esito il rafforzamento degli incentivi per le aziende ad avviare i programmi di ottemperanza.

Un'ultima considerazione in merito all'obiettivo di garanzia di certezza giuridica riguarda la valutazione del prolungato coinvolgimento dell'impresa in violazioni della normativa concorrenziale nella vigenza di un programma di ottemperanza, in particolare in merito a come tale coinvolgimento sia da ritenersi quale elemento sintomatico dell'incapacità dello stesso a svolgere la sua funzione preventiva. Va detto, tra l'altro, che l'aspetto della durata rientra tra gli elementi considerati anche dalle Linee Guida Sanzioni (al § 15), onde lo Schema rischia di generare un effetto amplificatore di tale aspetto che non è necessariamente in linea con gli auspici dell'Autorità.

7. APPLICABILITÀ DELLA CIRCOSTANZA ATTENUANTE NEI CONFRONTI DI IMPRESE RECIDIVE

Per quanto attiene alle imprese recidive, il trattamento previsto dallo Schema appare eccessivamente restrittivo, nonché disincentivante nei confronti delle imprese che vogliono adottare dei programmi di ottemperanza.

Occorrerebbe in primo luogo precisare che per impresa recidiva si intende un'impresa che *"abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata/e dall'Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria"*, così come previsto al § 22 delle Linee Guida Sanzioni. Inoltre, appare necessario specificare con maggior dettaglio l'eventualità di un'applicazione di tale previsione anche nei confronti di imprese non di per sé classificabili come recidive ma appartenenti a gruppi di imprese cui appartiene un'impresa recidiva.

8. IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ ALL'IMPRESA CAPOGRUPPO

Con riferimento ai gruppi di società, riteniamo anzitutto che l'adozione ed attuazione del programma di ottemperanza da parte della società capogruppo e delle sue controllate potrà considerarsi necessario ai fini della valutazione dell'adeguatezza dello stesso solo nel caso in cui la società controllante sia a sua volta parte del procedimento.

Lo Schema dovrebbe inoltre disciplinare le ipotesi in cui solo una tra la società controllante e la controllata che ha violato la normativa si sia dotata di un programma di ottemperanza e in cui la controllante e la società controllata che ha commesso l'infrazione si siano dotate di programmi di ottemperanza meritevoli di un diverso grado di attenuazione della sanzione. Questo anche in considerazione del fatto che

spesso la responsabilità della controllante si fonda su di una presunzione di responsabilità, e che essa è comunque responsabile in solido dell'illecito della sua controllata, onde sarebbe ben difficile differenziare le posizioni delle due (o più) imprese all'interno del gruppo.

Un ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda lo specifico caso di imprese comuni controllate da società appartenenti a diversi gruppi che abbiano implementato un proprio, e diverso, programma di ottemperanza antitrust, potenzialmente anche in ragione di diverse aree merceologiche in cui le società capogruppo possano operare (analoga situazione si può verificare fra controllante e controllata pure ove svolgano attività diverse).

In circostanze di tal genere, la previsione di una positiva valutazione di adeguatezza del programma solo se adottato e attuato a livello di gruppo da controllante e controllata pare non essere attuabile: si potrebbe considerare, pertanto, la possibilità in casi del genere che ciascuna società possa provare l'efficacia del proprio programma di ottemperanza senza che la specifica situazione delle altre divenga dirimente.

9. LA CONSIDERAZIONE DEI PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA QUALE CIRCOSTANZA AGGRAVANTE

Lo Schema non sembra fornire adeguata spiegazione in merito a quali siano le circostanze nelle quali il programma di ottemperanza possa essere considerato una circostanza aggravante. Si rileva a tal proposito che gli esempi citati nello Schema paiono riferirsi a circostanze aggravanti (*i.e.* impedire, ostacolare, o ritardare attività istruttoria dell'Autorità) già coperte dal par. 21 delle Linee Guida Sanzioni. Una tale duplicazione potrebbe indurre a credere che si applichino due distinte previsioni, e quindi due distinte aggravanti, per la medesima fattispecie.

Particolare menzione va anche fatta della necessità di chiarire il fatto che attività che legittimamente educino il personale di un'impresa ad evitare i rischi di una violazione delle regole di concorrenza o ad esercitare legittimamente nelle sedi appropriate il proprio diritto alla difesa non potranno in alcun modo considerarsi circostanze aggravanti.

10. ENTRATA IN VIGORE DELLE LINEE GUIDA

Lo Schema non fornisce indicazioni circa il momento di iniziale applicabilità delle Linee Guida.

Sul punto, ragioni di opportunità portano a ritenere che l'applicabilità delle Linee Guida non possa coincidere con l'adozione delle stesse da parte dell'Autorità, dovendo quest'ultima fornire alle imprese un sufficiente arco temporale per l'attuazione (o l'adeguamento, ove esistenti) di programmi di ottemperanza conformi alle Linee Guida.

Si invita dunque rispettosamente l'Autorità ad introdurre nello Schema una disposizione che preveda un periodo iniziale volto a consentire alle imprese di attuare/adeguare i propri programmi di ottemperanza in maniera efficace.

11. **TERMINE PER LA COMUNICAZIONE DEL PROGRAMMA DI OTTEMPERANZA ALL'AUTORITÀ**

La previsione circa l'integrale attuazione da parte dell'impresa del programma di ottemperanza prima della ricezione della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie ("CRI") può rivelarsi estremamente gravosa per le imprese. L'organizzazione di un programma richiede tempi lunghi che mal si conciliano con le scadenze fissate nel corso dei procedimenti istruttori dell'AGCM.

Riteniamo dunque che lo Schema debba prevedere la possibilità per le imprese di poter beneficiare del trattamento premiale previsto dalle Linee Guida Sanzioni anche nel caso di adozione di un programma di ottemperanza che, per comprovate ragioni, non abbia ancora conosciuto una completa attuazione prima della notifica della CRI. Inoltre, nel caso in cui il programma sia già stato attuato, riteniamo che la possibilità di valutare la sua idoneità a qualificarsi come circostanza attenuante sussista anche nel caso in cui esso venga illustrato e documentato successivamente alla ricezione della CRI ma prima del termine ultimo concesso alle parti del procedimento per depositare memorie e documenti.

*** ** ***

Rimaniamo a disposizione per qualsiasi chiarimento e approfondimento relativi a quanto precede e all'argomento dei programmi di ottemperanza in genere.

Ringraziando ancora una volta l'Autorità per la possibilità che ci è stata data di presentare le nostre osservazioni, trasmettiamo i nostri saluti più cordiali.

Concorrenze

info@concorrenze.eu