



CONFINDUSTRIA

Schema Linee
Guida
compliance
antitrust AGCM

Maggio 2018

Premessa

Lo scorso aprile, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, l'AGCM o l'Autorità) ha approvato in via preliminare uno schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, accompagnato dalla Relazione Illustrativa, sottoponendolo a consultazione pubblica.

L'Autorità intende così a offrire alle imprese un orientamento circa la definizione del contenuto dei programmi di *compliance* e i criteri adottabili nella loro valutazione, ai fini del riconoscimento dell'attenuante prevista dalle linee guida sulle modalità di calcolo delle sanzioni antitrust.

Confindustria esprime apprezzamento per l'iniziativa dell'AGCM, condividendone appieno i dichiarati obiettivi di *policy*, volti a promuovere una cultura della concorrenza nel tessuto imprenditoriale, valorizzare l'efficacia preventiva di programmi di *compliance* idonei e assicurare certezza giuridica riguardo ai criteri per la valutazione degli stessi.

Si tratta, infatti, di un'iniziativa coerente con l'approccio delle Linee Guida per la *compliance* antitrust delle imprese, adottate da Confindustria già nell'aprile 2016, tenendo conto delle *best practice* europee, nella convinzione dell'importanza della prevenzione c.d. *positiva*

Confindustria, inoltre, valuta positivamente la volontà dell'Autorità di continuare a raccogliere e considerare i contributi valutativi degli *stakeholder*, sul presupposto che una regolamentazione condivisa conduca a una migliore applicazione delle norme.

Nel merito, il documento si presenta chiaro e in linea di principio condivisibile. Tuttavia, diversi aspetti e, in particolare, il delicato rapporto tra i programmi di *compliance* e quelli di clemenza, appaiono meritevoli di attenzione. Di seguito si riportano alcune osservazioni.

Osservazioni

1. Sistema di incentivi (par. 14; RI, par. 18, let. v)

Secondo le indicazioni dell'Autorità, il programma di *compliance* dovrebbe prevedere un adeguato sistema di misure disciplinari e incentivi funzionali al rispetto del programma stesso e, in ultima istanza, delle norme antitrust.

Come può leggersi anche nelle Linee Guida di Confindustria, il successo e l'effettività di una strategia di *compliance* antitrust dipende anche dalla previsione di specifiche sanzioni disciplinari, come conseguenza delle violazioni della normativa antitrust e del programma appositamente adottato per evitarle. Si tratta di un aspetto di particolare importanza a fini sia dissuasivi sia dimostrativi del serio impegno dell'impresa alla *compliance*.

Pertanto, la previsione di tali sanzioni si ritiene sufficiente a garantire un'adeguata efficacia deterrente. Gli incentivi - di natura economica e non

rappresentano senz'altro un altro valido strumento deterrente da prevedere però come eventuale.

2. Relazione illustrativa e documentazione (parr. 17 ss.; RI, parr. 19 ss.)

Per poter beneficiare dell'attenuante, l'AGCM richiede all'impresa interessata di presentare un'apposita richiesta di valutazione del programma, accompagnata da una relazione illustrativa che dimostri l'adeguatezza del programma alla prevenzione degli illeciti antitrust nonché la sua effettiva ed efficace applicazione. A quest'ultimo riguardo, la relazione illustrativa dovrebbe essere corredata da documentazione che includa, non solo atti di predisposizione del programma, ma anche atti applicativi dello stesso.

Tra la documentazione da produrre, non si condivide la necessità di ricomprendervi: discussioni tra alti esponenti aziendali nelle quali si valuta la conformità al programma di specifiche iniziative da assumere; segnalazioni di possibili violazioni del programma; richiami al rispetto del programma da parte del *top management* anche in termini di direttive puntuali relative a singole iniziative (RI, par. 31).

Si tratta, infatti, di interlocuzioni interne in ordine ad azioni che l'impresa ha intrapreso o intende intraprendere e che non appaiono rilevanti ai fini della valutazione dell'Autorità in ordine alla corretta applicazione del programma. Per di più, queste interlocuzioni potrebbero connotarsi per un elevato livello di confidenzialità, tale da non giustificare una loro esibizione verso l'esterno.

Inoltre, la relazione non può essere trasmessa all'Autorità successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) (par. 29). Posto che l'onere probatorio circa l'adeguatezza e l'effettiva applicazione del programma di *compliance* ricade sull'impresa coinvolta nel procedimento istruttorio, quest'ultima, per poter beneficiare dell'attenuante per tale programma, dovrebbe poter depositare, invece, la relativa relazione anche successivamente alla CRI. Diversamente, l'impresa sarebbe costretta a richiedere un'attenuante prima ancora della contestazione di un illecito; illecito che peraltro potrebbe non essere neppure accertato con il provvedimento finale.

Non solo, ma la valorizzazione di un programma di *compliance* ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante sarebbe certamente più agevole ed efficace se formulata a valle della CRI, a tutela di un pieno esercizio del diritto di difesa.

3. Trattamento premiale dei programmi adottati dopo e di quelli adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio (parr. 26 ss; RI parr. 46 ss)

L'Autorità precisa che, ai fini del beneficio dell'attenuante, non sia sufficiente la sola approvazione del programma ma occorra la fattiva e concreta attuazione dello stesso *in tempo utile* per consentirne la valutazione nel corso del procedimento (par. 27).

Potrebbe allora essere utile chiarire preliminarmente quando un programma possa considerarsi definitivamente adottato (ad esempio, può ritenersi definitivamente adottato un programma dal contenuto pienamente aderente a quello indicato dall'Autorità, che non abbia assicurato l'implementazione completa di tutte le misure in esso previste in tempo utile, *i.e.* entro la CRI?).

Ciò anche in quanto, secondo l'approccio seguito dall'Autorità stessa nonché secondo l'orientamento più generale, un programma di *compliance* è un processo necessariamente circolare che, in quanto tale, deve formare oggetto di monitoraggio e miglioramento continuo.

4. Trattamento premiale dei programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio (parr. 30 ss; RI, 49 ss)

Nelle Linee Guida sui criteri di quantificazione delle sanzioni (par. 23), l'Autorità ha annoverato tra le circostanze attenuanti l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali, con l'avvertenza che la sua mera esistenza non equivale di per sé a una circostanza attenuante dovendosi dimostrare l'effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto in esso previsto.

In questa sede, l'Autorità sembra spingersi oltre, dichiarando che i programmi di *compliance* adeguati che abbiano funzionato efficacemente, permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio, sono i candidati ideali al trattamento premiale più consistente, fino al 15% della sanzione da irrogare. (par. 31; RI parr. 44, 50-1). A ciò si aggiunge che, nei casi in cui è applicabile l'istituto della clemenza, l'attenuante fino al 15% può essere riconosciuta solo qualora, a seguito della scoperta dell'illecito, venga presentata domanda di clemenza prima della notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria (par. 32; RI parr. 52-4).

Si tratta di un evidente irrigidimento dei criteri di valutazione, che sembra condurre a una forma di ravvedimento operoso finalizzato al ripristino della legalità questa volta in ambito antitrust. I programmi di *compliance* sarebbero così sempre più prossimi ai meccanismi di *leniency* invece che a quelli di prevenzione, con implicazioni discutibili sia rispetto agli obiettivi della *compliance* sia rispetto alla tutela del pieno esercizio del diritto di difesa.

Considerazioni analoghe valgono altresì per le previsioni relative ai programmi manifestamente inadeguati. Infatti, viene stabilito che un programma di *compliance* sia da ritenersi manifestamente inadeguato se, scoperta l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, non si provvede a interromperla e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza (par. 35; RI, par. 61).

Nello stesso solco si colloca anche il paragrafo successivo, secondo il quale i programmi di *compliance* pre-istruttoria, che non abbiano permesso tempestivamente la scoperta e l'interruzione/denuncia dell'illecito prima delle ispezioni, non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace. Tuttavia, se non risultano manifestamente inadeguati, possono beneficiare di un'attenuante fino al 10% a condizione che vengano integrati e attuati dopo l'avvio del procedimento istruttorio (par. 36, RI, parr. 45, let. *ii*) e 63).

Pertanto, con questa impostazione, si corre il rischio di arrivare a esiti poco coerenti: un programma di *compliance* efficace - in quanto ha permesso di scoprire tempestivamente e interrompere un'infrazione - consentirebbe di beneficiare di un trattamento premiale solo fino al 5% laddove, nei casi di applicabilità dell'istituto, non venga presentata una domanda di clemenza; un programma di *compliance* non del tutto efficace - in quanto non ha permesso di scoprire tempestivamente e di interrompere un'infrazione - se non presenta indizi di manifesta inadeguatezza e viene modificato e attuato può beneficiare di un'attenuante fino al 10%.

Pertanto, si propone prioritariamente di evitare l'introduzione di criteri di valutazione ulteriori rispetto a quelli del già citato paragrafo 23 delle Linee Guida sui criteri di quantificazione delle sanzioni. Inoltre, si propone di rivedere il perimetro delineato dai paragrafi in commento, in particolare escludendo qualsiasi riferimento all'onere in capo all'impresa investigata di dover procedere tempestivamente, ai fini premiali, a denunce o altre iniziative di analogo tenore sostanziale.

In subordine, si consideri quanto segue.

Programmi adeguati ed efficaci

In ordine ai programmi adottati prima dell'avvio di un'istruttoria che abbiano funzionato efficacemente, si prevede genericamente che gli stessi possano beneficiare di un'attenuante fino al 15% (par. 31; RI, parr. 44 e 50). Al riguardo, sarebbe opportuno precisare che il trattamento premiale può ricadere nell'intervallo compreso tra il 10% - che rappresenta la soglia massima per il trattamento premiale di programmi pre-avvio non manifestamente inadeguati e integrati (par. 36; RI, par. 45) - e il 15%. Ciò al fine di limitare la discrezionalità dell'Autorità nell'apprezzamento dei programmi medesimi.

Quanto, poi, ai criteri indicati per il riconoscimento di questa attenuante - scoperta dell'infrazione prima dell'apertura dell'istruttoria e interruzione

della stessa in tempi brevi (par. 31; RI, par. 51) - gli stessi possono ritenersi ragionevoli con esclusivo riferimento ai casi di *hard-core restrictions*. Infatti, si tratta di casi nei quali la finalità della restrizione della concorrenza è *in re ipsa* e rispetto ai quali il grado di incertezza circa la configurabilità dell'illecito appare ridotta.

Con riferimento, invece, a fattispecie diverse dalle precedenti e, in particolare, a ipotesi di abuso di posizione dominante, che si caratterizzano per ampi margini di opinabilità (c.d. aree grigie), i predetti criteri sollevano notevoli perplessità.

Sembrerebbe, infatti, che il riconoscimento dell'attenuante più consistente sia da escludersi laddove l'impresa abbia rilevato la condotta ma non l'abbia ritenuta suscettibile di integrare gli estremi di un illecito, diversamente dalla valutazione dell'AGCM di cui al provvedimento di avvio dell'istruttoria.

Tuttavia, in presenza di fattispecie di illeciti concorrenziali non palesi, il trattamento premiale non dovrebbe essere ancorato alla valutazione di merito effettuata dall'impresa circa la correttezza o meno della condotta posta in essere. A fronte di tali fattispecie, invece, dovrebbe ritenersi che un programma di *compliance* abbia funzionato efficacemente laddove abbia consentito di individuare la tematica rilevante, la stessa sia stata portata all'attenzione delle competenti funzioni e l'intera organizzazione aziendale sia conformata al loro parere.

In queste ipotesi, dunque, l'elemento dirimente ai fini del riconoscimento dell'attenuante piena dovrebbe essere rappresentato dalla corretta implementazione dei processi di gestione del rischio previsti dal programma di *compliance*, necessari a prevenire e scongiurare le infrazioni antitrust.

Inoltre, dovrebbe essere chiarito che, laddove intervenga la cessazione della condotta, anche in caso di mancata presentazione di una domanda di clemenza, è possibile fruire dell'attenuante in misura inferiore al 15% ma almeno pari al 10%. Infatti, sebbene si comprenda l'esigenza dell'Autorità di incentivare l'istituto della *leniency*, la scoperta tempestiva e la cessazione in tempi brevi dell'illecito dovrebbe essere valorizzata, trattandosi di un obiettivo prioritario della *compliance*.

Programmi manifestamente inadeguati

Nell'elenco a titolo esemplificativo degli indici di manifesta inadeguatezza del programma, l'AGCM ricomprende anche il coinvolgimento diretto o indiretto del *top management* nell'illecito (par. 34; RI, parr. 55 ss).

I termini di questo coinvolgimento dovrebbero essere circoscritti. Infatti, gli esempi menzionati (AD partecipa alle riunioni di un cartello oppure fornisce istruzioni a un dipendente che vi partecipa e/o viene aggiornato al riguardo e non assume iniziative per interrompere la condotta illecita - RI, par. 59) fanno unicamente riferimento a elementi sintomatici di cartelli, ma

non anche a elementi sintomatici di altre fattispecie altrettanto illecite, come quelle che si sostanziano in abuso di posizione dominante, tuttavia connotate da un più elevato margine di opinabilità (v. *sopra*).

Pertanto, in assenza di indicazioni precise circa i termini del coinvolgimento dei vertici aziendali in condotte anticoncorrenziali diverse dai cartelli, l'indice in commento dovrebbe venire in rilievo soltanto per i casi di *hard-core restrictions*. Diversamente, infatti, verrebbe a configurarsi in capo alla società una sorta di *probatio diabolica*: in astratto, ai fini del coinvolgimento di un *top manager*, potrebbe ritenersi sufficiente che lo stesso figuri tra i destinatari di una comunicazione riguardante la condotta contestata. Ciò potrebbe tradursi in un disincentivo all'adozione di programmi di *compliance*, a maggior ragione se si considera che, come indicato anche dall'Autorità, l'*endorsement* e il pieno coinvolgimento di tutto il *management* rappresentano uno dei principali elementi costitutivi di tali programmi.

Programmi non manifestamente inadeguati

I programmi adottati prima dell'avvio di un'istruttoria che non abbiano mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace ma che non presentino indici di manifesta inadeguatezza possono beneficiare di un'attenuante fino al 10%, sempre che vengano adeguatamente modificati e attuati dopo l'avvio dell'istruttoria (par. 36, RI, parr. 45, let. *ii*) e 63).

Anche qui sarebbe opportuno precisare subito che il trattamento premiale può ricadere nell'intervallo compreso tra il 5% - che rappresenta la soglia massima per il trattamento premiale di programmi pre-avvio manifestamente inadeguati ma modificati (par. 33; RI, parr. 45, let. *i*) e 62) e di programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio (par. 26; RI, par. 46) - e il 10%. Ciò sempre al fine di limitare la discrezionalità valutativa dell'Autorità.

Sarebbe poi auspicabile qualche precisazione in ordine all'ambito interessato.

In particolare, sembrerebbe pacifico - come dimostrano anche i precedenti delle autorità di concorrenza inglese e francese menzionati dall'AGCM (RI, parr. 8-9) - che rientri in questo ambito il caso di un programma dal contenuto pienamente aderente a quello indicato dall'Autorità, che sia stato avviato prima dell'apertura dell'istruttoria ma che non abbia assicurato l'implementazione completa di tutte le misure in esso previste in tempo utile, *i.e.* entro la CRI. Infatti, non si può non considerare la sensibilità mostrata da un'impresa riguardo le tematiche antitrust a prescindere dall'attività ispettiva svolta dall'Autorità.

Infine, potrebbe essere utile qualche esemplificazione. Ad esempio, dovrebbe beneficiare di questo trattamento premiale un programma che, pur aderendo pienamente alle indicazioni dell'AGCM e pur funzionando efficacemente, ciononostante non abbia consentito di prevenire l'illecito a

causa della colpa o del dolo di un singolo dipendente. In un caso del genere, le modifiche da apportare al programma medesimo ai fini del trattamento premiale potrebbero consistere anche solo in un rafforzamento dell'attività di formazione (parr. 11-2).

5. Impresa recidiva (parr. 40-1; RI, parr. 68-70)

In presenza di una condotta recidiva: *i)* potrà essere concessa un'attenuante non superiore al 5% a fronte di un programma di *compliance* adottato prima dell'istruttoria e modificato dopo l'avvio della stessa; *ii)* non potrà essere concessa alcuna attenuante se l'impresa in un precedente procedimento sanzionatorio abbia già beneficiato dell'attenuante per l'adozione di un programma.

La formulazione di questa seconda previsione appare troppo ampia e penalizzante. Infatti, non sembra tenere in debito conto che le condotte suscettibili di integrare illeciti ai sensi della normativa antitrust sono molteplici e non tipizzabili *ex ante*.

Pertanto, si dovrebbe quantomeno limitare la portata di tale previsione, circoscrivendone l'applicazione soltanto all'ipotesi in cui l'istruttoria e il precedente procedimento sanzionatorio abbiano a oggetto lo stesso tipo di condotta e tra i due interventi dell'Autorità sia intercorso un intervallo di tempo congruo e predefinito.

6. Associazioni di imprese

Nello spiegare quando un programma di *compliance* possa ritenersi adeguato, l'AGCM, a titolo esemplificativo, fa riferimento al caso di imprese che partecipano a riunioni di associazioni di categoria. In tale caso, l'impresa interessata dovrà dimostrare che le misure previste dal programma siano tali da proteggerla efficacemente dal rischio di rimanere coinvolta in discussioni dal contenuto anticompetitivo (par. 21).

La fattispecie anticoncorrenziale che viene in rilievo è evidentemente quella dello scambio di informazioni, fattispecie alla quale nella prassi applicativa si sta facendo sempre più di frequente ricorso. In particolare, appare sempre più diffuso il convincimento che le associazioni rappresentino il luogo e/o lo strumento della strategia collusiva delle imprese associate alle stesse.

In proposito, si ritiene necessario evidenziare come questo assunto, espressione di un'impostazione pregiudiziale tutt'altro che condivisibile, non possa essere in alcun modo considerato un dato acquisito.

Infatti, le associazioni di imprese, lungi dal poter essere considerate di per sé come "luoghi" o "strumenti" di comportamenti collusivi da parte delle imprese associate, sono al contrario - e prima di tutto - entità che promuovono nel sistema imprenditoriale la coscienza di valori sociali e civili, concorrono a sviluppare con le Istituzioni, le organizzazioni

economiche, politiche, sociali e culturali nazionali, europee e internazionali, forme di collaborazione utili a perseguire in comune più vaste finalità di progresso e sviluppo. In più, esse svolgono un ruolo importante di stimolo al miglioramento dell'efficienza dei mercati, sia in termini di condizioni di accesso che di funzionamento degli stessi. In particolare, attraverso le associazioni, le singole imprese possono più facilmente raggiungere obiettivi che, da sole, non riuscirebbero a realizzare.

In virtù di queste finalità, le associazioni di imprese agevolano e promuovono il contatto e la cooperazione tra i propri membri, senza che ciò di regola rilevi sotto il profilo antitrust. Partire da una premessa opposta e pre-concetta pur in assenza di qualsivoglia elemento di riscontro, rischia non solo di ledere il diritto costituzionalmente garantito di incontrarsi in sede associativa, ma addirittura di disincentivare gli operatori economici dall'aderire alle associazioni di settore.

Rischio che si palesa ancor più pericoloso alla luce della recente impostazione della Commissione europea, che intende considerare come base di calcolo delle sanzioni a carico delle associazioni la somma dei fatturati mondiali di ciascuna delle imprese associate attive sul mercato interessato dall'infrazione nonché prevedere, ai fini del pagamento delle predette sanzioni, una forma di responsabilità solidale e sussidiaria delle imprese associate.

Resta inteso, poi, e sarebbe utile chiarirlo espressamente, che il trattamento premiale riconosciuto alle imprese per programmi di *compliance* adeguati ed efficaci dovrebbe valere altresì per le associazioni di imprese che adottano strategie di *compliance* in linea con le indicazioni dell'Autorità.