

CHIOMENTI

**OSSERVAZIONI
ALLO SCHEMA DI LINEE GUIDA
SULLA COMPLIANCE ANTITRUST
(Boll. n. 15/2018 del 23 aprile 2018)**

CHIOMENTI

I. INTRODUZIONE

Il presente documento ha lo scopo di presentare alcune considerazioni dello studio Chiomenti nell'ambito della consultazione pubblica avviata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità" o "AGCM") sullo schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust ("Schema"), come esplicito dalla relazione illustrativa di accompagnamento ("Relazione"), pubblicato sul Bollettino dell'AGCM n. 15/2018 del 23 aprile 2018.

Anzitutto, accogliamo con grande favore la decisione dell'Autorità di dotarsi di Linee Guida sulla Compliance Antitrust ("Linee Guida"), in quanto siamo certi che esse costituiscano un valido strumento per incrementare la certezza del diritto e per lo stesso sviluppo della cultura concorrenziale. Inoltre, desideriamo manifestare il nostro apprezzamento per la scelta dell'Autorità di avviare consultazioni pubbliche sullo Schema, così da consentire il più ampio coinvolgimento degli operatori del settore nel processo. In quest'ottica di collaborazione si pongono le nostre osservazioni, che ci auguriamo possano costituire un valido spunto di riflessione per l'Autorità.

II. ENTRATA IN VIGORE DELLE LINEE GUIDA

Lo Schema e la Relazione non forniscono 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.

In particolare, l'attuazione/adeguamento di un programma di ottemperanza efficace (cioè conforme alle Linee Guida) richiederà alle imprese l'adozione di complesse misure organizzative caratterizzate da tempi particolarmente lunghi. A tal riguardo, basti pensare ai tempi connessi all'organizzazione di attività di addestramento (le quali presuppongono il coinvolgimento di tutte le funzioni aziendali a "rischio antitrust") o alla nomina del responsabile del programma (ove infatti una figura idonea a tale ruolo non sia già presente all'interno dell'organico aziendale, le imprese dovranno necessariamente esperire procedure di selezione *ad hoc*). Inoltre, la corretta adozione di un programma di ottemperanza postula un delicato raccordo con gli altri presidi normativi-organizzativi di cui sono dotate la generalità delle imprese (modelli organizzativi ex legge 231/2001, programmi di segnalazione di illeciti, etc.).



CHIOMENTI

Le considerazioni appena esposte valgono soprattutto per gruppi societari particolarmente complessi, ove l'attuazione di un programma di ottemperanza non solo richiede il non facile coordinamento di diverse funzioni aziendali, ma anche il coinvolgimento della società capogruppo ed eventualmente delle altre entità a questa affiliate. Al riguardo, lo stesso Schema (sezione VIII) prevede che, nel caso di gruppi societari, al fine di ottenere il riconoscimento della circostanza attenuante o aggravante in relazione all'adozione di un programma di ottemperanza, è necessario che quest'ultimo sia efficacemente adottato da ciascuna società affiliata al gruppo, richiesta che, come si dirà meglio nella Sezione IX del presente documento, appare eccessiva.

Alla luce di questo, pertanto, si invita l'Autorità ad introdurre nelle Linee Guida una disposizione che escluda dall'ambito applicativo i procedimenti ancora in corso e, più in generale, preveda un periodo di "grazia" (stimabile in circa 12 mesi dall'adozione delle Linee Guida) per consentire alle imprese di attuare/adequare i propri programmi di ottemperanza in maniera efficace.

In assenza di una siffatta previsione, le imprese sarebbero costrette ad adeguarsi alle Linee Guida in un arco temporale estremamente ristretto, a detrimento dell'effettività dei propri programmi di ottemperanza e, quindi, della possibilità di beneficiare di un trattamento premiale ai sensi delle Linee Guida. Le imprese maggiormente danneggiate dalla mancata previsione di un periodo di "grazia" sarebbero quelle coinvolte in procedimenti sanzionatori in corso, le quali vedrebbero vanificati gli eventuali sforzi compiuti al fine dotarsi di un programma di ottemperanza in linea con le più generiche indicazioni fornite nelle *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 ("Linee Guida sulle Sanzioni"* che, tra l'altro, appaiono concedere un trattamento più favorevole di quello oggi previsto dallo Schema) ma con tutta probabilità non conforme alle più specifiche prescrizioni contenute nelle Linee Guida.

III. CONTENUTI DEL PROGRAMMA DI OTTEMPERANZA: NECESSITA' DI UNA MODULAZIONE A SECONDA DELLA DIMENSIONE DELL'IMPRESA (§§4-16)

Lo Schema (sezione II) identifica le "componenti tipiche" di un programma di ottemperanza efficace e, quindi, sostanzialmente idoneo a svolgere una funzione preventiva degli illeciti anticoncorrenziali.

Tali componenti sono: (i) la creazione e diffusione di una cultura di impresa volta al rispetto della normativa concorrenziale; (ii) l'identificazione e valutazione del rischio concorrenziale specifico dell'impresa; (iii) la previsione di attività di formazione; (iv) l'attuazione di sistemi di gestione dei processi a rischio concorrenziale; (v) l'introduzione di un sistema di incentivi e,

CHIOMENTI

conseguentemente, di misure disciplinari per i soggetti che violano le norme concorrenziali; (vi) l'attività di verifica ed il miglioramento continuo del programma di ottemperanza.

In proposito, tuttavia, si sottolinea che né lo Schema né la Relazione chiariscono se tali elementi siano da considerarsi un elenco tassativo (onde in assenza di ciascuno di essi, il trattamento premiale previsto dallo Schema non può essere riconosciuto) o se, piuttosto, costituiscano uno schema flessibile (nel qual caso, l'Autorità sarà chiamata a valutare l'efficacia in concreto del programma in ragione delle caratteristiche dell'impresa che lo ha adottato).

Sul punto, si rileva che lo stesso Schema riconosce che la struttura di un programma di ottemperanza deve essere parametrata alla dimensione e complessità organizzativa di ogni impresa. In particolare, *"solo un programma disegnato e attuato in coerenza con le caratteristiche dell'impresa e il contesto di mercato in cui opera può [...] essere considerato adeguato e potenzialmente efficace"* (§5).

In senso analogo si è espressa l'autorità di concorrenza francese secondo cui *"[a compliance programme] must be a tailor-made project to fit the company's markets, products, organisation, culture and decision-making structure. There is no 'one size fits all' programme. In assessing the relevance and the likely robustness of compliance programmes submitted in the course of an antitrust settlement, the Autorité takes into account the specificities of each organisation and the resources at its disposal. In that respect, SMEs are not expected to set up programmes that are identical to those of larger firms"*¹.

E in effetti, dal momento che l'adozione di un programma di ottemperanza contenente tutti gli elementi di cui alla sezione II dello Schema costituirebbe un onere molto gravoso per le imprese di piccole dimensioni, tali imprese potrebbero essere disincentivate dall'adottare un siffatto programma, oltre che per i motivi che di seguito si diranno, anche in ragione del regime premiale scarsamente incisivo diviso nello Schema.

Alla luce di quanto precede, si suggerisce che nelle Linee Guida venga esplicitato che l'elenco delle "componenti tipiche" di cui alla sezione II dello Schema non rappresenta una elencazione tassativa della struttura minima di un programma di ottemperanza efficace, quanto una mera indicazione di presidi organizzativi che le imprese possono attuare tenendo conto, oltre che del profilo di rischio, anche della propria dimensione economica.

¹ Autorité de la concurrence, *Antitrust compliance and compliance programmes: Corporate tools for competing safely in the marketplace*, pag. 7, disponibile al seguente indirizzo: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/brochure_conformite_uk.pdf.

CHIOMENTI

Qualora si voglia ritenere il menzionato elenco di componenti tipiche come tassativo, si suggerisce comunque l'introduzione di una graduazione del contenuto dei programmi di ottemperanza in base alle dimensioni e alla complessità organizzativa di ciascuna impresa.

In proposito, si richiama l'esempio dell'autorità australiana (la *Australian Competition and Consumer Commission*), la quale ha previsto quattro diversi schemi di programma di ottemperanza, modulandone il contenuto secondo la dimensione ed il profilo di rischio di ciascuna impresa². Detta autorità, peraltro, sottolinea che tali contenuti costituiscono ciò che la stessa "*considers advisable*" per le imprese che adottano volontariamente un programma di ottemperanza o ciò che la stessa è "*likely to accept*" nei programmi di ottemperanza adottati nel corso di procedimenti amministrativi.

IV. TERMINE PER LA COMUNICAZIONE DEL PROGRAMMA DI OTTEMPERANZA ALL'AGCM

Altro aspetto che si invita l'Autorità a chiarire è quale sia il termine ultimo per la concreta attuazione di un programma di ottemperanza attuato dopo l'avvio di un procedimento istruttorio.

A tal riguardo, il **§29 dello Schema** stabilisce che non possono essere ammessi i programmi "*trasmessi*" successivamente alla CRI (senza ulteriori specificazioni), mentre il **§36 della Relazione** sembra ritenere che, come regola generale, a precedere l'invio della CRI alle imprese non debba essere soltanto l'adozione del programma di ottemperanza, ma anche la sua attuazione in concreto e trasmissione all'Autorità.

In proposito, si ritiene che prevedere che un programma di ottemperanza debba essere integralmente attuato prima della CRI può in talune occasioni risultare eccessivamente gravoso per le imprese. Come visto, infatti, molti degli aspetti organizzativi di un programma di ottemperanza (ad esempio, la nomina del responsabile del programma) possono richiedere tempi particolarmente lunghi (soprattutto nel caso di gruppi societari di importanti dimensioni) che mal si conciliano con i tempi dei procedimenti istruttori dell'AGCM, anche alla luce del fatto che le risorse aziendali sono già impegnate nelle attività difensive, proprio in relazione a tali procedimenti.

Dovrebbe dunque essere contemplata la possibilità per le imprese di poter beneficiare del trattamento premiale previsto dalle Linee Guida nel caso in cui l'adozione di alcuni (limitati) aspetti del proprio programma di ottemperanza sia stata deliberata prima della notifica della

² Per un accesso a tali schemi si rinvia al seguente indirizzo: <<https://www.accc.gov.au/business/business-rights-protections/implementing-a-compliance-program>>.

CHIOMENTI

CRI, anche se la concreta attuazione avrà luogo successivamente a tale comunicazione. Ad esempio, non dovrebbe essere ostativa all'ottenimento del trattamento premiale la circostanza in cui la nomina del responsabile del programma di ottemperanza sia stata deliberata dall'impresa e comunicata all'AGCM prima della notifica della CRI, ma la nomina dello stesso responsabile sia fatta in un momento di poco successivo. Tutto ciò considerato anche che lo Schema prevede comunque un trattamento premiale diminuito per tutti i casi di 'tardiva' adozione di un programma, cioè a dire successivamente all'avvio del procedimento.

V. RIMODULAZIONE DEGLI SCAGLIONI DI RIDUZIONE DELLA SANZIONE PREVISTI DALLO SCHEMA

Si ritiene che il trattamento premiale attualmente previsto dallo Schema possa rappresentare un incentivo insufficiente per l'adozione di un programma di ottemperanza da parte delle imprese.

In primo luogo, pur comprendendosi l'approccio dell'Autorità, di favorire l'adozione di programmi di ottemperanza pre-avvio, accordando a questi ultimi un trattamento premiale più favorevole, non si può sottacere il fatto che l'entità della riduzione della sanzione prevista per i programmi di ottemperanza adottati post-avvio (fino al 5% della sanzione da irrogare) non riflette a sufficienza gli oneri economici di cui le imprese devono farsi carico al fine di attuare tale presidio organizzativo e, al contempo, non valorizza sufficientemente l'impegno delle imprese ad informare i propri futuri comportamenti al rispetto della normativa concorrenziale.

Alla luce di questo, si propone all'Autorità di prevedere che la riduzione fino al 10% della sanzione debba applicarsi anche con riferimento (i) ai programmi di ottemperanza adottati *ex novo* nel corso di un procedimento istruttorio, se prima della notifica della CRI; e (ii) ai programmi adottati pre-avvio (prescindendo dalla loro eventuale inadeguatezza) che vengano poi adeguatamente integrati prima della notifica delle CRI. A questo proposito, notiamo che sia l'autorità di concorrenza francese sia quella inglese garantiscono una riduzione della sanzione fino al 10% alle imprese che introducono o modificano programmi di ottemperanza a seguito dell'avvio del procedimento. Riteniamo, quindi, che sarebbe opportuno attestarsi su tale valore, anche per garantire alle imprese un incentivo effettivo ad adottare un programma di ottemperanza successivamente all'avvio di un'istruttoria.

VI. IL TRATTAMENTO PREMIALE DEI PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA ADOTTATI DOPO L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO (§§26-29)

Fermo restando quanto illustrato nella Sezione precedente, nel caso in cui l'Autorità dovesse confermare la struttura attualmente prevista nello Schema, si osserva quanto segue.

CHIOMENTI

- a) Il §26 dello Schema stabilisce che, *“salvo casi eccezionali”*, non sarà possibile attribuire una riduzione, a titolo di circostanza attenuante, superiore al 5% ad un'impresa che adotti un programma di ottemperanza adeguato dopo l'avvio dell'istruttoria. Tuttavia, non viene fornita alcuna indicazione circa le fattispecie che potrebbero essere considerate dall'Autorità quali 'casi eccezionali'.

Considerato che uno degli obiettivi che l'AGCM intende perseguire attraverso l'adozione dello Schema è la *“certezza giuridica in ordine ai criteri di valutazione dei programmi di compliance ai fini del riconoscimento dell'attenuante”* sarebbe opportuno indicare, anche a titolo esemplificativo, quali siano le possibili circostanze *“eccezionali”* che potrebbero condurre l'Autorità a concedere un'attenuante superiore al 5% in ipotesi di programmi post-avvio.

- b) Circa il criterio di quantificazione dell'attenuante, il §28 dello Schema stabilisce che questa *“sarà commisurata alla completezza e alla qualità del programma presentato (adeguatezza), ma anche alla maggiore o minore possibilità da parte dell'Autorità di verificare la fattiva, concreta e continuativa implementazione e attuazione del programma”*.

Anche tale criterio di quantificazione dell'attenuante è irragionevolmente penalizzante per le imprese che adottino programmi di ottemperanza dopo l'avvio del procedimento, discriminando queste ultime rispetto a quelle che, nella stessa situazione (dopo l'avvio del procedimento) si limitino ad integrare programmi esistenti non manifestamente inadeguati. Mentre ai sensi del §28 la quantificazione dell'attenuante (fino ad un massimo del 5%) avviene sulla base del contenuto del programma e della possibilità per l'AGCM di verificare la concreta attuazione dello stesso, il §39 (relativo alla quantificazione dell'attenuante in caso di integrazione - nel corso del procedimento - di un programma non manifestamente inadeguato) stabilisce che ai fini di tale quantificazione, per la quale già è stabilito un tetto massimo di riduzione maggiore (fino al 10%), l'Autorità prenderà in considerazione solo il contenuto del programma preesistente e delle integrazioni apportate nel corso del procedimento.

Tale situazione si verifica peraltro in un caso in cui l'obiettivo dell'Autorità di riconoscere un trattamento premiale potenzialmente più favorevole ai programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio sarebbe già pienamente garantito attraverso la percentuale massima di attenuante prevista (5% per i programmi post-avvio e 10% per i programmi integrati nel corso del procedimento). Anche per tale ragione, pertanto, il criterio per la quantificazione in concreto della percentuale di attenuante concessa

CHIOMENTI

dovrebbe essere il medesimo per entrambe le ipotesi previste dallo Schema. In caso contrario, le imprese che adottano programmi c.d. post-avvio risulterebbero doppiamente svantaggiate: non solo avuto riguardo al livello massimo di attenuante massima disponibile, ma anche in termini di onere della prova, potendo raggiungere tale livello tramite un programma di ottemperanza completo e di alta qualità, solo dimostrandone la *“fattiva, concreta e continuativa implementazione e attuazione”*.

Suggeriamo pertanto una modifica del §28, con riferimento al quale andrebbe utilizzato lo stesso criterio di quantificazione dell'attenuante previsto dal §38 per i programmi non manifestamente inadeguati integrati nel corso del procedimento: il criterio della completezza e della qualità del programma in funzione delle caratteristiche dell'impresa e del contesto di mercato in cui opera.

VII. IL TRATTAMENTO PREMIALE DEI PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA ADOTTATI PRIMA DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO (§§ 30-39)

1) PROGRAMMI EFFICACI

- a) Il §32 dello Schema stabilisce che *“nelle fattispecie in cui è applicabile l'istituto della clemenza, un'attenuante fino al 15% per il programma pre-avvio può essere riconosciuta solo qualora, a seguito della scoperta dell'illecito, l'impresa o l'associazione di imprese presenti la domanda di clemenza prima che l'Autorità abbia condotto ispezioni in relazione alla medesima ipotesi collusiva (o comunque prima della notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria)”*.

Ora, la concessione di un'attenuante fino al 15%, subordinata alla domanda di clemenza, sembra un'ipotesi destinata a rimanere meramente teorica. Quando un'impresa decide di autodenunciarsi (in particolare in fase pre-avvio) è motivata a farlo dalla possibilità di ottenere l'immunità totale, non certo dalla possibilità di ottenere una riduzione della sanzione per il programma di ottemperanza. L'impresa che per prima presenti una domanda di clemenza, tra l'altro, si gioverebbe necessariamente dell'immunità sanzionatoria a prescindere dalla predisposizione di un programma di ottemperanza.

In questo scenario, il requisito della domanda di clemenza sembrerebbe paradossalmente idoneo a disincentivare l'adozione da parte delle imprese dei programmi di ottemperanza pre-avvio. L'efficace perseguimento dell'obiettivo della massima diffusione della cultura concorrenziale attraverso l'adozione di programmi di

CHIOMENTI

ottemperanza imporrebbe l'eliminazione di ogni riferimento al deposito dell'istanza di clemenza come requisito necessario per ottenere un'attenuante fino al 15%.

Inoltre, il requisito della richiesta di clemenza genera una disparità di trattamento tra le tipologie di violazioni per le quali è applicabile l'istituto della clemenza e le altre fattispecie che non prevedono il suddetto istituto. Basti pensare, infatti, che, a parità di caratteristiche del programma, un'impresa in posizione dominante che abbia tenuto un comportamento abusivo potrebbe beneficiare di uno sconto fino al 15% della sanzione, mentre un'impresa che abbia partecipato ad un'intesa, per ottenere il medesimo trattamento premiale, sarebbe costretta ad autodenunciarsi: a tacere del fatto che la previsione di tale attenuante avrebbe un effetto utile solo laddove la domanda di clemenza non fosse presentata per prima, e quindi lo sconto fino al 15% costituirebbe un elemento del tutto accidentale.

Per le ragioni appena esposte, si ritiene che lo Schema limiti l'applicazione del trattamento premiale nella sua entità massima (fino al 15% della sanzione da applicare) ad un novero eccessivamente ristretto di casi, privandolo così della sua reale utilità pratica. Si suggerisce, pertanto, all'Autorità di modificare lo Schema nel senso di prevedere l'applicabilità dell'attenuante in questione in tutti quei casi in cui le imprese abbiano adottato un programma di ottemperanza pre-avvio adeguato ed efficace (cioè, che metta le imprese nella condizione di porre termine ad eventuali condotte anticoncorrenziali), senza che però venga richiesto alle imprese di presentare domanda di clemenza rispetto agli illeciti nei quali queste dovessero sapere di essere coinvolte.

- b) Nella denegata ipotesi in cui l'Autorità dovesse confermare il requisito della clemenza ai fini della concessione dell'attenuante, lo Schema andrebbe integrato chiarendo quale sia la percentuale massima di attenuante applicabile alle imprese che, dotate di programma pre-avvio, abbiano interrotto l'illecito ma non abbiano presentato domanda di clemenza (nelle ipotesi in cui sia applicabile l'istituto della clemenza).

Si deve considerare, infatti, che la predisposizione di una domanda di clemenza è un'operazione complessa che richiede attività di verifica interne, spesso a livello sovranazionale. Per tali ragioni ben potrebbe accadere che l'Autorità avvii un procedimento prima che l'impresa abbia avuto modo di raccogliere tutti gli elementi necessari per presentare la propria domanda di clemenza. Lo Schema non disciplina ipotesi di questo tipo trattando solo i casi di programmi pre-avvio che:

CHIOMENTI

- hanno permesso di scoprire, interrompere e denunciare l'illecito (§§ 31-32 dello Schema), per i quali è prevista un'attenuante fino al 15%;
 - hanno permesso la scoperta dell'infrazione ma non la sua tempestiva interruzione e denuncia (§35 dello Schema), per i quali è prevista un'attenuante fino al 5% in caso di integrazione del programma dopo l'avvio del procedimento;
 - non hanno permesso la tempestiva scoperta, interruzione e denuncia dell'illecito (§36 dello Schema), per i quali è prevista un'attenuante fino al 10% in caso di integrazione del programma dopo l'avvio del procedimento.
- c) Il §31 dello Schema prevede un trattamento premiale "*fino al 15%*" ma non fissa alcuna soglia minima. Ciò implica che l'Autorità, potendo quantificare l'attenuante in misura compresa tra 0 e 15% potrebbe, ad esempio, concedere un'attenuante del 5% tanto ad un programma adeguato ed efficace, adottato pre-avvio e che abbia consentito la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito, quanto ad un programma adeguato adottato *ex novo* dall'impresa dopo l'avvio del procedimento.

Questo potrebbe costituire un forte disincentivo all'adozione di programmi di ottemperanza pre-avvio, adeguati ed efficaci. Le imprese, infatti, potrebbero valutare come più economicamente vantaggiosa l'adozione di un programma di ottemperanza post-avvio (da adottarsi solo nel caso dell'effettiva apertura di un'istruttoria), anziché agire in un'ottica di prevenzione dell'illecito con l'adozione di programmi pre-avvio. Riteniamo dunque che possa essere opportuno specificare per ciascuna categoria di programma di ottemperanza il valore minimo e il valore massimo dell'attenuante applicabile (*i.e.* 0-5%; 5-10%; 10-15%).

- d) Lo Schema, infine, tace in merito al criterio che l'Autorità intende utilizzare per la quantificazione in concreto dell'attenuante prevista per i programmi di ottemperanza "*efficaci*" (fino ad un massimo del 15%). Tale criterio, è al contrario espressamente previsto con riferimento ai programmi che meritano un trattamento premiale più modesto (in tal senso, §§28 e 38 dello Schema e nostre osservazioni svolte nella Sezione VI, lett. b). Sarebbe pertanto necessario specificare che i medesimi criteri di quantificazione dell'attenuante indicati al §38 (ossia la completezza e la qualità del programma in funzione delle caratteristiche dell'impresa e del contesto di mercato in cui opera) si applichino anche ai programmi adeguati ed efficaci adottati prima dell'avvio.

CHIOMENTI

2) PROGRAMMI MANIFESTAMENTE INADEGUATI

Fermo restando quanto illustrato nella Sezione V del presente documento, nel caso in cui l'Autorità dovesse confermare la struttura attualmente prevista nello Schema, si osserva quanto segue.

a) Con riferimento al coinvolgimento nell'illecito dei "*vertici del management aziendale*" (§34 dello Schema):

(i) L'espressione "*a titolo esemplificativo*" utilizzata al §34 per introdurre l'elenco dei tre indici di manifesta inadeguatezza di un programma di ottemperanza (e cioè, gravi carenze del contenuto del programma, assenza di elementi probatori dell'effettiva attuazione del programma, coinvolgimento nell'illecito dei vertici della gestione aziendale), sembrerebbe indicare che tali fattori siano da considerarsi disgiuntivi e che, pertanto, il solo coinvolgimento nell'illecito dei vertici della gestione aziendale possa essere sufficiente a rendere manifestamente inadeguato un programma di ottemperanza pre-avvio, eliminando in radice la possibilità per l'impresa di beneficiare della percentuale massima di attenuante anche in caso di tempestiva interruzione e denuncia dell'illecito. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il nuovo amministratore delegato dell'impresa promuova l'adozione di un programma di ottemperanza efficace che permette la scoperta e l'interruzione di un illecito avvenuto negli anni in cui l'impresa era amministrata da un diverso amministratore e/o consiglio di amministrazione. Il regime previsto dallo Schema comporterebbe un trattamento iniquo. Infatti, se da un lato è ragionevole che l'Autorità consideri il coinvolgimento (magari marginale e temporalmente circoscritto) nell'infrazione, al pari degli altri elementi del caso concreto, dall'altro, in sede di quantificazione dell'attenuante, è innegabile che tale coinvolgimento non può assurgere, da solo, a presunzione assoluta di inadeguatezza dell'intero programma di ottemperanza. Se così fosse, tra l'altro, i vertici aziendali non avrebbero alcun incentivo ad adottare un programma di ottemperanza nel caso di previo coinvolgimento nell'illecito, consapevoli che lo stesso programma non sarebbe, in ogni caso, meritevole di valutazione ai fini della concessione dell'attenuante.

(ii) Inoltre, riteniamo che si imponga una più dettagliata specificazione di cosa debba intendersi per "*vertici aziendali*". Non è chiaro, infatti, se in tale categoria possano rientrare, oltre ai componenti del consiglio di amministrazione e al preposto di una sede secondaria (cfr. §60 della Relazione) anche altre figure aziendali apicali quali, ad esempio, il direttore generale, il direttore commerciale o il direttore finanziario.

CHIOMENTI

- b) Per le ragioni di cui si è detto alla Sezione VII, (1), lett. a), la previsione del requisito della presentazione della domanda di clemenza ai fini del riconoscimento della percentuale massima di attenuante (§35 dello Schema) pare criticabile (oltre che inadeguata rispetto alle finalità perseguite dalle Linee Guida). Pertanto, coerentemente con la nostra proposta di eliminare tale requisito dal novero di quelli necessari per ottenere il trattamento premiale più favorevole, riteniamo che esso sia da eliminare anche con riferimento all'ipotesi di cui al §35 dello Schema, relativo alla definizione di programma "*manifestamente inadeguato*".

3) PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA NON MANIFESTAMENTE INADEGUATI

- a) Il §36 dello Schema lascia intendere che i programmi non manifestamente inadeguati adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio e che non abbiano permesso la tempestiva "*scoperta e interruzione/denuncia*" dell'illecito prima delle ispezioni possono beneficiare di un'attenuante "*fino al 10%*" a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di ottemperanza e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento e prima della CRI. Il §66 della Relazione, inoltre, sembrerebbe indicare – ma il punto non è del tutto chiaro – che lo scaglione di riduzione previsto per le suddette fattispecie non sia da considerare come compreso tra 0 e 10% ma tra 5% e 10%.

Considerato che uno degli obiettivi perseguiti dall'Autorità con l'adozione dello Schema è ottenere certezza giudica in merito ai criteri di valutazione dei programmi di ottemperanza ai fini dell'ottenimento dell'attenuante, riteniamo che lo Schema debba essere integrato definendo chiaramente il valore minimo e il valore massimo della percentuale di attenuante eventualmente applicabile all'impresa.

Inoltre, per le ragioni esposte nella Sezione VII, (1), lett. a) in merito alla previsione del requisito della presentazione della domanda di clemenza ai fini del riconoscimento della percentuale massima di attenuante, riteniamo che debba essere espunta la parola "*denuncia*" contenuta nel §36 dello Schema.

- b) Il §39 dello Schema stabilisce che "*il prolungato coinvolgimento in illeciti di durata nella vigenza di un programma di compliance sia da ritenersi tipicamente sintomatico dell'incapacità di quest'ultimo a svolgere una funzione preventiva degli illeciti antitrust. Tale circostanza sarà tenuta in considerazione dall'Autorità nella valutazione del programma ai fini della concessione e/o quantificazione dell'attenuante*".

CHIOMENTI

Riteniamo, anzitutto, che l'elemento della durata dell'illecito sia già valorizzato nella determinazione dell'importo della sanzione ai sensi del §15 delle Linee Guida sulle Sanzioni (*"l'importo ottenuto applicando una determinata percentuale al valore delle vendite verrà moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione"*). Il §39 dello Schema rischia dunque di avere un effetto moltiplicatore che è dubbio l'Autorità si proponga di ottenere.

Qualora l'Autorità volesse comunque mantenere il §39 dello Schema andrebbe, in primo luogo, definito il periodo temporale rilevante ai fini di configurare il *"prolungato coinvolgimento"* richiesto per l'applicazione della norma. Si ritiene in proposito che per *"prolungato coinvolgimento"* dovrebbe intendersi la partecipazione ad illeciti per un periodo superiore ai cinque anni.

Andrebbe, inoltre, eliminato il termine *"concessione"* presente nell'ultima frase del §39. Infatti, il *'prolungato coinvolgimento in illeciti di durata'* dovrebbe essere considerato solo quale criterio per la quantificazione dell'attenuante (fino ad un massimo del 10%), ma non anche quale criterio per la sua concessione. In tale ultima ipotesi, l'impresa dotata di un programma non manifestamente inadeguato non avrebbe alcun incentivo a integrare il programma di ottemperanza se la partecipazione prolungata all'infrazione comporti - nonostante le modifiche apportate - la mancata concessione dell'attenuante. Verrebbero in tal modo vanificati due degli obiettivi perseguiti dall'Autorità con l'adozione dello Schema e cioè la promozione della cultura della concorrenza e la prevenzione degli illeciti concorrenziali.

VIII. IMPRESA RECIDIVA (§§ 40-41)

- a) Con riferimento alle imprese recidive, si ritiene che il trattamento premiale previsto sia tale da disincentivare l'adozione di programmi di ottemperanza da parte di quest'ultime. Si consideri, peraltro, che le Linee Guida sulle Sanzioni considerano di già l'elemento della recidiva nella determinazione dell'importo della sanzione stabilendo che l'importo base possa essere aumentato fino al 100% nel caso di impresa recidiva (§22 delle Linee Guida sulle Sanzioni). Si ritiene, pertanto, eccessivamente restrittivo il trattamento premiale previsto dallo Schema, in combinazione con quello previsto per la imposizione delle sanzioni.
- b) Andrebbero, altresì, chiariti alcuni aspetti della nozione di *"impresa recidiva"*:

CHIOMENTI

- (i) Occorrerebbe chiarire che la definizione di impresa recidiva è la medesima utilizzata nel §22 delle Linee Guida sulle Sanzioni e, cioè, 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"*.
- (ii) Inoltre, appare necessario specificare se sarà considerata recidiva anche l'impresa richiedente l'applicazione dell'attenuante che, pur non avendo essa stessa commesso un'infrazione del diritto della concorrenza nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria, faccia comunque parte di un gruppo di imprese cui appartiene un'impresa che possa essere considerata recidiva ai sensi del §22 delle Linee Guida sulle Sanzioni.

In proposito, da un punto di vista prettamente letterale, il suddetto §22 fa esplicito riferimento alla *"stessa impresa"* che abbia infranto le regole del diritto della concorrenza. È noto che ai sensi delle regole di concorrenza, la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

- (iii) Infine, qualora dovesse optare per la definizione di 'impresa' come 'singola unità economica', l'Autorità dovrebbe chiarire se possa insorgere recidiva nel caso in cui l'impresa richiedente la riduzione dell'importo dell'ammenda appartenga ad un gruppo di imprese in cui altra impresa affiliata abbia infranto il diritto concorrenziale in un mercato diverso da quello oggetto dell'istruttoria. Il §22 delle Linee Guida sulle Sanzioni sembrerebbe escludere una simile interpretazione poiché si riferisce a *"una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti"*: ciò sembrerebbe presupporre l'identità del mercato (quantomeno del prodotto) rilevante su cui l'infrazione precedente e quella successiva abbiano inciso.

IX. PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA NELL'AMBITO DI GRUPPI DI IMPRESE (§§ 43-44)

- a) Il §43 dello Schema stabilisce che *"con riferimento ai gruppi di società, nell'ambito di procedimenti antitrust che coinvolgono anche la controllante, affinché il programma di compliance della società capogruppo possa ritenersi adeguato, esso deve essere adottato*

CHIOMENTI

e implementato a livello di gruppo, sia da parte della società capogruppo, sia da parte delle controllate”.

Il testo della disposizione – attraverso l'utilizzo del plurale “*controllate*” senza altra specificazione – sembra indicare che l'impresa controllata che ha commesso l'infrazione e la sua controllante possono richiedere che venga loro riconosciuta l'attenuante per il programma di ottemperanza solo se:

- (i) entrambe abbiano adottato e attuato un programma di ottemperanza e
- (ii) il suddetto programma sia stato adottato e attuato da tutte le altre controllate del gruppo – anche se estere – e pur se non coinvolte nel procedimento nonché, per ipotesi, operanti in mercati del prodotto e/o geografici completamente diversi.

Ovviamente, si può presumere, il programma di ottemperanza in questione per poter rientrare in uno degli scaglioni di riduzione previsti dallo Schema dovrà avere tutte le caratteristiche richieste dallo Schema in termini di contenuti, qualità e possibilità per l'AGCM di verificare la sua continuativa e concreta attuazione.

Ciò detto, si osserva quanto segue:

- (i) Una simile interpretazione richiederebbe alla società capogruppo di adottare e far adottare programmi di ottemperanza ‘adeguati’ anche a società controllate attive, ad esempio, in giurisdizioni in cui non esiste una normativa a tutela della concorrenza o essa sia profondamente diversa da quella nazionale o dove l'adeguatezza di un programma di ottemperanza è valutata in base a criteri diversi – che potrebbero essere più o meno restrittivi, o addirittura confliggenti – da quelli predisposti dall'AGCM. Non pare necessario sottolineare quali conseguenze si verrebbero a dispiegare in simili ipotesi. In particolare nel caso in cui la responsabilità della controllante si determini sulla mera base della presunzione giuridica di controllo, a noi pare che non possa essere richiesto altro che un programma che assicuri adeguati supervisione e controllo degli illeciti concorrenziali determinatisi nella struttura del gruppo e che l'obbligo di attuazione di programmi di ottemperanza aventi le caratteristiche indicate dall'Autorità possa estendersi necessariamente solo alla giurisdizione italiana.
- (ii) Una tale interpretazione della norma, inoltre, sarebbe contraria agli obiettivi perseguiti dall'Autorità in termini di “*promozione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale*” e di “*prevenzione degli illeciti antitrust*”

CHIOMENTI

attraverso la tempestiva adozione di programmi di compliance efficaci". Le notevoli risorse (economiche e umane) che dovrebbero essere messe in campo per attuare un sistema di ottemperanza quale quello descritto nello Schema, infatti, potrebbero disincentivare, e anzi quasi sicuramente disincentiverebbero, particolarmente nel caso di grandi gruppi multinazionali, le imprese ad investire in tal senso, considerato, inoltre, che in alcuni casi la percentuale massima di riduzione prevista è solo del 5%.

- (iii) Peraltro, considerato che ai fini della definizione di 'gruppo' rileva la nozione di "unità economica costituita da più persone fisiche o giuridiche" (§74 della Relazione) sviluppata dalla giurisprudenza UE, il riferimento al plurale "controllate", da un lato, rischierebbe di estendere l'applicazione della norma anche a imprese che pur appartenendo allo stesso gruppo non rientrano nella nozione di "unità economica" e, dall'altro, implicherebbe un aggravio di tempo e risorse sia per l'AGCM (in termini di maggiore attività 'istruttoria') che per le parti del procedimento (in ordine alla loro attività difensiva). Infatti, l'AGCM – prima di valutare se il programma di ottemperanza della controllante sia stato adottato e attuato da parte delle 'controllate' e sia meritevole ai fini dell'attribuzione dell'attenuante – dovrebbe, di volta in volta, verificare se le diverse società 'controllate' (incluse quelle non coinvolte nel procedimento istruttorio e persino quelle estere) rientrino o meno nella nozione di 'unità economica'.

Riteniamo, pertanto, che il §43 dello Schema debba essere riformulato precisando che esso sarà applicabile solo nelle ipotesi in cui la società controllante è parte del procedimento e che – ai fini della concessione dell'attenuante – l'Autorità valuterà esclusivamente i programmi di ottemperanza posti in essere (i) dalla singola società controllata che ha commesso l'infrazione e (ii) dalla società controllante che ha partecipato essa stessa all'infrazione o che è chiamata a rispondere della violazione commessa dalla società controllata ai sensi della c.d. *parental liability*.

- b) Lo Schema, inoltre, dovrebbe essere integrato disciplinando le seguenti ipotesi:
- (i) solo una, tra la società controllante o la società controllata che ha commesso l'infrazione, è dotata di un programma di ottemperanza (o adotti un programma post-avvio) ai sensi dello Schema;
 - (ii) la controllante e la società controllata che ha commesso l'infrazione sono dotate (o adottano post avvio) di programmi di ottemperanza meritevoli di un diverso



CHIOMENTI

grado di attenuazione della sanzione. Ad esempio: la controllante ha un programma pre-avvio meritevole di una riduzione fino al 10% e la controllata un programma post-avvio meritevole di una riduzione fino al 5%; la controllante è dotata di un programma pre-avvio non manifestamente inadeguato (meritevole di una riduzione della sanzione fino al 10%) e la controllata di un programma pre-avvio efficace (meritevole di una riduzione della sanzione fino al 15%).

Lo Schema dovrebbe riservare una valutazione più favorevole ai casi in cui sia solo la società controllata che ha commesso l'infrazione ad essere dotata (o ad adottare post avvio) di un programma di ottemperanza adeguato ai sensi dello Schema. Andrebbe, inoltre, valutato più favorevolmente il caso in cui la società controllante non dotata di programma sia coinvolta nel procedimento meramente sulla base del principio della presunzione di responsabilità della controllante rispetto al caso in cui la società controllante non dotata di programma abbia partecipato direttamente all'infrazione. Dovrebbe, infine, differenziarsi tra la situazione in cui si determini se l'ultima controllante ha adottato un programma adeguato nel caso in cui l'illecito sia stato compiuto dalla controllata, e quello in cui sia invece la controllante ad essere direttamente coinvolta e si richieda - a nostro sommesso avviso in modo del tutto abnorme - che una qualunque controllata del gruppo abbia adottato o adotti *ex novo* un programma di ottemperanza soddisfacente.

- c) Considerate le diverse ipotesi di cui alla lettera b), (i) e (ii) precedente, dovrebbero inoltre, essere chiariti i criteri di quantificazione e redistribuzione dell'attenuante considerato che nelle ipotesi di c.d. responsabilità della controllante la sanzione dell'Autorità è solitamente unica e comminata in solido alla società controllante e alla società controllata.

Ciò riveste una importanza pratica assai rilevante, in particolare in quanto l'Autorità ha preso recentemente a coinvolgere nelle sue istruttorie le ultime controllanti, senza prova alcuna di un loro coinvolgimento, meramente sulla base del principio della presunzione di responsabilità della controllante. Considerato che la conseguenza, di fatto spesso assai più rilevante, che il coinvolgimento della controllante comporta è l'elevazione del tetto massimo del 10% del fatturato, lo Schema dovrebbe chiarire come saranno disciplinate le ipotesi di cui alla lettera b), (i) e (ii) precedente evitando che l'effetto pratico sia, ad esempio, quello di rendere ininfluente, ai fini della riduzione della sanzione, il programma di ottemperanza posto in essere dalla sola impresa controllata.

CHIOMENTI

- d) Infine, il §44 dello Schema sembra fare riferimento alla nozione di 'responsabilità della controllante' nel prevedere che l'adozione di un programma di ottemperanza da parte della società capogruppo *"non potrà essere adottato dalla stessa quale elemento sufficiente a sottrarsi alla responsabilità per la condotta anticoncorrenziale della sua controllata"*.

Riteniamo, tuttavia, che tale disposizione debba essere integrata precisando che l'adozione di un programma di ottemperanza a livello di gruppo non sarà considerato un indice ai fini della configurazione della c.d. 'influenza determinante' e pertanto della responsabilità della controllante per l'infrazione posta in essere dalla sua controllata. In caso contrario, sarebbe fortemente disincentivata l'adozione di programmi di ottemperanza nell'ambito di gruppi di imprese – facendo scaturire conseguenze giuridiche ben più gravose di qualsivoglia diminuzione della sanzione prevista dallo Schema – specie con riferimento ai casi di applicazione della mera 'presunzione di responsabilità della controllante' in quanto sarebbe ulteriormente indebolita la possibilità per le imprese di vincere la suddetta presunzione.

X. LA CONSIDERAZIONE DEI PROGRAMMI DI OTTEMPERANZA QUALE CIRCOSTANZA AGGRAVANTE (§§ 45-47)

- a) Il §45 dello Schema sembra indicare che un programma di ottemperanza possa essere considerato quale circostanza aggravante laddove contenga indicazioni che impediscano, ostacolino o comunque ritardino l'attività istruttoria dell'AGCM e vi sia prova che tali indicazioni siano state concretamente seguite dall'impresa. Il punto andrebbe a nostro avviso chiarito delimitando l'ambito di applicazione della norma, soprattutto rispetto al diritto della parte a non autoincriminarsi, e in particolare esplicitando cosa debba intendersi per *"impedire"*, *"ostacolare"* o *"ritardare"* l'attività istruttoria dell'Autorità.

Ad esempio, non può ritenersi finalizzata ad ostacolare le indagini dell'Autorità l'indicazione rivolta ai dipendenti dell'impresa di attenersi, nel corso delle ispezioni e delle audizioni informali, ai fatti, senza esprimere valutazioni personali potenzialmente autoincriminanti. Nello stesso senso, non può negarsi il diritto dei rappresentanti dell'impresa a cui vengano rivolte domande in sede d'ispezione, a riservarsi di rispondere successivamente per iscritto ove non siano certi delle risposte. Similmente, riteniamo che nessun rimprovero possa essere mosso al rappresentante dell'impresa che, in sede di ispezione, domandi lo stralcio di un documento coperto da segreto professionale o riguardante un mercato diverso da quello oggetto dell'istruttoria. Allo stesso modo,

CHIOMENTI

devono considerarsi lecite le linee guida che raccomandino al personale la corretta formazione dei documenti.

Neppure la Relazione specifica cosa debba intendersi per *"impedire"*, *"ostacolare"* o *"ritardare"* l'attività istruttoria dell'Autorità. Essa, infatti, richiama presunti 'atteggiamenti non cooperativi' (§20) che i dipendenti dovrebbero evitare in occasione delle ispezioni dell'Autorità citando come esempio il provvedimento n. 26901 dell'AGCM adottato a conclusione del procedimento A/500 che, tuttavia, non fornisce molte indicazioni utili per l'interprete, alla luce del fatto che le parti passanti rilevanti del provvedimento risultano omissate.

Pertanto, in particolare con riferimento al delicato contesto delle ispezioni, riteniamo che l'Autorità debba specificare con precisione la casistica delle indicazioni che, contenute nei programmi di ottemperanza e poi realizzatesi in concreto, siano idonee a trasformare in circostanza aggravante ciò che normalmente costituisce una circostanza attenuante. Questo rileva anche al fine di evitare che le imprese, volendo rivolgere ai propri dipendenti istruzioni di comportamento perfettamente lecite ma in ipotesi 'sgradite' all'Autorità, ricorrano a canali informali di comunicazione che avrebbero l'unico effetto di ostacolare la supervisione dell'Autorità stessa.

- b) Il §46 dello Schema stabilisce che *"se l'impresa è recidiva e ha già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito della precedente istruttoria per aver adottato un programma di compliance, si terrà conto di tale elemento in sede di commisurazione dell'aggravante per recidiva"*.

Riteniamo utile al proposito un'indicazione circa l'impatto che l'aver già beneficiato di una riduzione della sanzione derivante da un programma di ottemperanza possa avere nella procedura di quantificazione dell'aggravante della recidiva. L'applicazione del principio di proporzionalità, infatti, imporrebbe di limitare ad un massimo del 15% l'incidenza di tale elemento sulla quantificazione della recidiva, in quanto sarebbe del tutto sproporzionata una penalizzazione comminata in misura maggiore rispetto al massimo trattamento premiale irrogabile per un programma di ottemperanza.

- c) Considerazioni analoghe debbono essere fatte con riferimento alla circostanza che l'aver già beneficiato di una riduzione della sanzione per un programma di ottemperanza costituirebbe, per l'impresa nei cui confronti viene avviato un procedimento di inottemperanza, un elemento di cui tener conto in sede di determinazione della gravità dell'infrazione (§47 dello Schema). Riteniamo che anche con riferimento a questa ipotesi,

CHIOMENTI

sia necessario considerare che il limite dell'aggravante non possa eccedere l'importo effettivamente riconosciuto a titolo di attenuante.