

Roma, 30 giugno 2014

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

Per e-mail: consultazione.lineeguidasanzioni@agcm.it

Oggetto: Consultazione pubblica sulla bozza di “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”.

Con la presente intendiamo sottoporre all’attenzione dell’Autorità alcune brevi considerazioni in merito alla consultazione pubblica in oggetto (le “Linee Guida”).

Concordiamo pienamente con l’Autorità nel ritenere che le Linee Guida rappresentano un importante passo in avanti verso una maggiore trasparenza e prevedibilità delle sanzioni applicabili agli illeciti concorrenziali e che loro adozione potrà influire positivamente tanto nell’incoraggiare comportamenti virtuosi da parte delle imprese che nel facilitare un pieno sindacato giurisdizionale sull’operato dell’Autorità.

In particolare, si intende qui esprimere un positivo apprezzamento per la scelta dell’Autorità di includere, tra le possibili circostanze attenuanti, l’adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance. L’espresso riconoscimento di una simile circostanza attenuante costituirà un ulteriore incentivo alle imprese che credono nella cultura della concorrenza e impegnano risorse nell’attività di compliance.

Nel merito, l’Autorità propone di considerare tra le possibili circostanze attenuanti “...l’adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali. La mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerato di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma”¹.

A nostro avviso, la previsione di una simile circostanza attenuante potrà davvero costituire un buon incentivo per indurre le imprese a predisporre e rispettare validi programmi di compliance laddove per altro si tenga presente che le Linee Guida prevedono che “di regola, l’incidenza di ciascuna delle

¹ V. punto 23 della bozza di Linee Guida.

circostanze considerate dall’Autorità ai sensi dei paragrafi che seguono non sarà superiore/inferiore al 15% dell’importo di base”².

Come si osserverà meglio nel prosieguo, l’approccio che l’Autorità intende adottare è in linea con quello di altre autorità nazionali della concorrenza europee, ed è quindi importante perché potrebbe indurre altre autorità nazionali a muoversi, a loro volta, nella stessa direzione. Va da sé che ciò potrebbe sensibilizzare anche la Commissione europea a prendere in considerazione la possibilità di rivedere la propria policy in materia di sanzioni. Come è noto, infatti, discostandosi dalla propria precedente prassi, la Commissione attualmente non tiene conto dell’esistenza di programmi di compliance nel determinare le sanzioni antitrust³, per quanto la stessa Commissione incoraggia le imprese ad adottare detti programmi.

Ciò premesso, le brevi considerazioni che seguono attengono essenzialmente a tre questioni ritenute particolarmente rilevanti per le imprese che intendano adottare (e rispettare) uno specifico programma di compliance:

- (i) lo specifico ambito di applicazione della circostanza attenuante prevista dalle Linee Guida;
- (ii) le *best practice* europee e nazionali quali *benchmark* di comparazione e l’onere probatorio a carico delle imprese;
- (iii) la relazione tra i programmi di compliance e il riconoscimento del segreto professionale ai legali interni di impresa.

1. RICHIESTA DI CHIARIMENTI SULL’AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CIRCOSTANZA ATTENUANTE

La Proposta di Linee Guida prevede tra le possibili circostanze attenuanti “l’adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance” e afferma anche che “la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerato di per sé una circostanza attenuante...” (sottolineatura aggiunta).

Come osservato, altre autorità nazionali della concorrenza tengono già conto dei programmi di compliance nel determinare la sanzione in caso di violazione delle norme sulla concorrenza. Ci si riferisce, in particolare, alla *Competition and Market Authority* nel Regno Unito (già *Office of Fair Trading*), all’*Autorité de la Concurrence* in Francia e al *Consiliul Concurenței* in Romania, per limitarsi al solo contesto europeo.

² V. punto 20 della bozza di Linee Guida.

³ V. il documento “Rispettiamo le regole” pubblicato dalla Commissione europea nel 2012, p. 19. Il principio è stato applicato in diverse decisioni della Commissione ed è stato recitato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (v., ad es., Tribunale dell’Unione europea, sent. 13 luglio 2011, causa T-138/07, *Schindler Holding e a. / Commissione*, § 282; Tribunale dell’Unione europea, sent. 13 luglio 2011, causa T-141/07, *General Technic-Otis e a. / Commissione*, § 247; Tribunale dell’Unione europea, sent. 12 dicembre 2007, cause riunite T-101/05 e T-111/05, *BASF e UCB / Commissione*, § 52; Corte di Giustizia dell’Unione europea, sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02 P, *Dansk Rørindustri e a. / Commissione*, § 373).

- Nel Regno Unito, la *Competition and Market Authority* riconosce valore di circostanza attenuante all'implementazione di un programma di compliance antitrust, a prescindere dal fatto che un siffatto programma venga adottato prima dell'eventuale commissione dell'illecito antitrust o immediatamente dopo la sua scoperta. Nel 2011, l'Office of Fair Trading ha pubblicato delle linee guida dettagliate per incentivare le imprese a dotarsi di programmi di compliance antitrust, fornendo al contempo specifiche raccomandazioni e suggerimenti pratici per la predisposizione degli stessi. Un programma di compliance efficace, che risponda ai requisiti delle linee guida, può dar luogo ad una riduzione del 10% della sanzione.
- In Francia, invece, l'*Autorité de la Concurrence* opera una distinzione tra i programmi di compliance attuati *ante factum* e quelli invece adottati successivamente alla scoperta di un illecito, e che le imprese si impegnano ad adottare nell'ambito delle procedure di *settlement*. I programmi già adottati al momento della commissione dell'illecito (anche nei casi di cartello) possono dar luogo ad una riduzione della sanzione a condizione che l'impresa dimostri di aver posto fine alla violazione prima dell'inizio dell'indagine da parte dell'*Autorité*. Nel secondo caso, invece, l'eventuale impegno delle imprese di adottare uno specifico programma di compliance (o a migliorare quello eventualmente già in essere) nell'ambito delle procedure di *settlement*, può dar luogo ad un'ulteriore (rispetto a quella prevista per il *settlement*) riduzione della sanzione, in genere fino al 10%. Come l'autorità della concorrenza britannica, anche l'*Autorité* ha pubblicato specifiche linee guida (nel 2012) per la predisposizione di efficaci programmi di compliance.
- In Romania, il *Consiliul Concurentei* riconosce valore di circostanza attenuante all'esistenza e all'effettiva implementazione di programmi di compliance, con la possibilità di concedere una riduzione della sanzione del 10%.
- Infine, anche l'*Autorité belge de la Concurrence* ha preso in considerazione la possibilità di adottare una simile iniziativa sulla scia dei modelli vigenti nel Regno Unito e in Francia.

In questo contesto, sarebbe auspicabile che l'Autorità Garante riconosca valore di circostanza attenuante ai programmi di compliance in linea con la *Competition and Market Authority* britannica, il cui approccio sembra dare il "giusto" incentivo alle imprese riconoscendo loro una riduzione della sanzione a prescindere dal fatto che il programma di compliance venga adottato prima della commissione dell'illecito antitrust o immediatamente dopo la sua scoperta, a condizione però che il programma sia in linea con la guidance fornita dall'autorità.

La bozza di Linee Guida sembra essere aperta ad una simile possibilità, ma sarebbe opportuno un chiarimento esplicito da parte dell'Autorità.

Nello stesso senso, sarebbe altresì opportuno chiarire se l'Autorità intende prendere in considerazione, ed eventualmente in che modo, l'adozione di un programma di compliance nell'ambito della procedura di accettazione degli impegni ai sensi dell'art. 14-ter della Legge 287/1990.

2. LE BEST PRACTICE EUROPEE E NAZIONALI QUALI BENCHMARK DI COMPARAZIONE E L'ONERE PROBATORIO A CARICO DELLE IMPRESE

Una seconda questione di rilievo pratico particolarmente rilevante per le imprese è quella relativa alla predisposizione di un programma di compliance che possa essere ritenuto “efficace”, dal momento che l’Autorità pone uno specifico onere probatorio a carico delle imprese che intendano beneficiare di questa specifica circostanza attenuante.

La proposta di Linee Guida sembra limitare l’applicabilità della circostanza attenuante ai programmi di compliance che siano in linea con le “*best practice europee e nazionali*”, e prevede anche che “*La mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerato considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma*”.

Si concorda nel ritenere che ciascuna impresa dovrebbe dotarsi di un programma di compliance specifico alla propria organizzazione e che questo sia in grado di prevenire, o comunque attenuare, i rischi antitrust del settore di attività in cui essa opera. È altresì chiaro che il ruolo dell’Autorità non è quello di prescrivere, in via generale e preventiva, i singoli elementi di un programma di compliance antitrust, né, tanto meno, quello di approvare i programmi eventualmente adottati dalle imprese.

È altresì condivisibile l’approccio dell’Autorità Garante di inserire un riferimento diretto alle *best practice* europee e nazionali quale *benchmark* a cui le imprese potranno allinearsi per valutare l’adeguatezza e l’effettività dello specifico programma di compliance adottato o da adottare. Le *best practice* internazionali, in ultima analisi suggeriscono l’adozione di *procedure* volte all’identificazione, valutazione, limitazione e revisione dei rischi, che ciascuna impresa deve declinare tenendo conto delle proprie specificità.

Tuttavia, sarebbe utile un ulteriore passaggio, e cioè che anche l’Autorità Garante predisponga una *guidance* specifica come già fatto dalle autorità della concorrenza di Francia e Regno Unito.

La questione non è di poco conto, nella misura in cui le imprese che predispongono un programma di compliance e si impegnano ad attuarlo in modo effettivo, potrebbero comunque non beneficiare dell’eventuale riduzione della sanzione, se non saranno in grado di soddisfare lo specifico onere probatorio posto a loro carico dall’Autorità che, allo stato, consiste nella “*dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma*”.

Pertanto, se, da un lato, è chiaro che l’Autorità non può e non deve “certificare” *a priori* la bontà di un programma di compliance, sarebbe tuttavia molto utile se le imprese potessero fare affidamento quanto meno sui criteri o elementi che l’Autorità ritiene possano costituire indice di “*effettivo e concreto impegno al rispetto del programma di compliance*”. Per quel che qui rileva, si osserva che le imprese non possono neppure fare affidamento su precedenti europei, atteso che, come noto, la policy della Commissione è nel senso di non tenere conto dei programmi di compliance e delle misure eventualmente adottate in concreto. Anzi, attualmente, in base al diritto europeo anche una misura estrema quale è il

licenziamento dei responsabili delle infrazioni⁴ non verrebbe presa in considerazione per valutare “l’effettivo e concreto impegno” al rispetto di quanto previsto dal programma di compliance.

3. PROGRAMMI DI COMPLIANCE E RICONOSCIMENTO DEL SEGRETO PROFESSIONALE

Da ultimo, si intende portare all’attenzione di codesta Autorità la delicata questione del riconoscimento del “privilegio” del segreto professionale (*legal privilege*) che attualmente è riservato ai soli legali indipendenti esterni alle imprese⁵.

È un dato di fatto inconfutabile che oggi i legali interni abbiano assunto un ruolo sempre di maggior rilievo nella vita dell’impresa. Ma, contrariamente alla “comune” percezione, il maggior coinvolgimento dei legali interni nella gestione del business, non implica che le soluzioni da loro proposte siano “piegate” alle esigenze del business. Al contrario, l’attività dei legali interni si fonda sempre sul rispetto delle regole, anche in materia antitrust, laddove, nel contesto specifico dei procedimenti avviati dalle autorità della concorrenza, la loro attività costituisce espressione piena del diritto di difesa.

Per quanto riguarda l’oggetto specifico della presente consultazione, è di tutta evidenza che il riconoscimento del privilegio del segreto professionale ai legali interni di impresa costituirebbe poi uno strumento essenziale per l’effettiva implementazione di un efficace programma di compliance, con evidenti ricadute sulla diffusione di comportamenti virtuosi all’interno dell’impresa.

Ciò dovrebbe valere in particolare per quelle società che si dotano di un programma di compliance antitrust che prevede l’impegno specifico della società a rispettare la normativa sulla concorrenza e a non tollerare comportamenti illeciti o non etici da parte di tutto il personale.

È però necessario che il quadro giuridico di riferimento riconosca questo dato di fatto incontrovertibile. In questo modo il management e i dipendenti potrebbero consultare in assoluta libertà i legali interni senza il timore che certe comunicazioni, e le informazioni in esse contenute, debbano essere divulgate successivamente⁶. Di contro, la consapevolezza che le proprie comunicazioni potrebbero essere utilizzate contro l’azienda, può indurre i legali interni delle imprese a non segnalare per iscritto al management eventi o comportamenti potenzialmente illeciti, con grave pregiudizio per l’efficacia dell’attività di compliance aziendale.

⁴ V. decisione della Commissione nel caso COMP/E-1/38.823 - *PO/Elevators and Escalators* del 21 febbraio 2007 (para. 684), confermata con sentenza del Tribunale dell’Unione Europea dell’13 luglio 2011 nelle cause riunite *General Technic-Otis Sàrl* (T-141/07), *General Technic Sàrl* (T-142/07), *Otis SA e altri* (T-145/07) e *United Technologies Corporation* (T-146/07) c. *Commissione europea*, [2011] II-04977 (para. 247).

⁵ La Corte di giustizia dell’Unione europea ha più volte ribadito il principio secondo cui può beneficiare della tutela della riservatezza solo la corrispondenza scambiata con un “avvocato indipendente”, cioè non legato all’impresa da un rapporto di impiego. La tutela in base al principio della riservatezza non si estende invece agli scambi all’interno di un’impresa o di un gruppo con avvocati interni. V. Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenza 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals / Commissione*, § 43 - 44.

⁶ Si veda in tal senso anche il documento predisposto dall’OECD, “*Promoting Compliance with Competition Law*”, 30 agosto 2012, p. 246.

A nostro avviso, la presente consultazione costituisce quindi un'opportunità da non perdere per aprire una riflessione seria sul riconoscimento del privilegio del segreto professionale anche ai legali interni dell'impresa.

In conclusione, accogliamo pertanto con favore l'iniziativa dell'Autorità, che si inquadra in un orientamento che ha trovato ampio riscontro fra le autorità nazionali più sensibili all'esigenza di bilanciare l'efficacia deterrente delle sanzioni con la necessità di fornire alle imprese dei seri incentivi per includere la compliance antitrust in una moderna cultura di impresa.

Siamo a disposizione dell'Autorità per un proficuo dialogo sulle questioni brevemente illustrate sopra e su ogni altro punto qui non trattato relativo alle Linee Guida.

Con osservanza,

Avv. Gabriele Accardo