

**Risposta dell'ABI alla consultazione  
pubblica dell'AGCM in merito allo  
"Schema di Linee Guida sulla  
*compliance antitrust*"**

Maggio 2018

Il presente documento contiene le osservazioni dell'Associazione Bancaria Italiana alla bozza di "Linee Guida sulla *compliance* antitrust", sottoposto a pubblica consultazione (unitamente alla relazione illustrativa) dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 23 aprile 2018.

L'ABI – nel precisare sin d'ora il proprio positivo orientamento sull'impianto e i contenuti delle Linee Guida – ritiene utile svolgere nei paragrafi che seguono alcune considerazioni volte a sottolinearne alcuni aspetti specifici.

Si ringrazia l'AGCM per l'attenzione che vorrà porre alle osservazioni di seguito illustrate.

\* \* \*

## **1. Considerazioni introduttive**

Sotto un profilo generale, l'Associazione intende manifestare piena condivisione e apprezzamento per l'iniziativa dell'Autorità di predisporre apposite Linee Guida volte a fornire alle imprese indicazioni in materia di programmi di *compliance* antitrust.

Si tratta di scelta che si pone in continuità con quanto già chiarito dall'AGCM nel 2014 nell'ambito delle "Linee Guida sulle sanzioni antitrust" laddove si è indicata - tra le circostanze attenuanti da valutare in sede di quantificazione della sanzione - "l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practices* internazionali".

Invero, l'adozione di specifiche Linee Guida sulla *compliance* antitrust segna una tappa importante nel percorso avviato dall'Autorità diversi anni orsono con l'obiettivo di riconoscere uno specifico rilievo – accanto all'enforcement – alla diffusione della "cultura della concorrenza" e, conseguentemente, della *compliance*.

Tale obiettivo di policy è stato da ultimo evidenziato dal Presidente dell'AGCM in occasione della presentazione della relazione annuale dell'Autorità nel maggio 2017.

Ad avviso dell'Associazione – come già evidenziato nel 2014 in occasione della consultazione sulle citate Linee Guida in materia di sanzioni – la scelta di dare specifico rilievo ai programmi di *compliance* in termini di circostanza attenuante e di fornire alle imprese indicazioni in materia è sicuramente apprezzabile.

Infatti, se è vero che il costo sopportato dall'azienda per implementare il proprio programma di *compliance* è "ripagato" in primis dalla sensibile riduzione del rischio di incorrere in illeciti (e quindi in sanzioni) antitrust, è anche evidente che l'esplicito riconoscimento di un potenziale beneficio collegato al *compliance programme* incentiva ulteriormente l'interesse delle imprese a dotarsene.

Nello specifico, preme evidenziare che nel comparto bancario – anche a seguito delle modifiche intervenute con la "modernizzazione" del diritto antitrust – si è progressivamente sviluppata una maggiore sensibilità e consapevolezza in ordine alle tematiche attinenti la concorrenza.

A ciò ha fatto seguito una più alta attenzione verso la costituzione di appositi presidi – diversamente articolati in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni delle singole realtà aziendali – cui compete la verifica del rispetto della disciplina antitrust.

Si tratta di funzioni che si inseriscono nel più ampio contesto del sistema dei controlli interni che rappresenta un elemento fondamentale del sistema di governo societario delle banche.

Ciò posto, si formulano di seguito alcune specifiche osservazioni che – ad avviso dell'Associazione – potrebbero rendere le nuove Linee Guida più "fruibili" dalle imprese e stimolarle ad una sempre maggiore attenzione al rispetto delle regole di concorrenza.

Le osservazioni seguono l'articolato delle Linee Guida.

## **2. Criteri di valutazione per il trattamento premiale dei programmi di *compliance***

Lo Schema in consultazione enuncia ai par. IV e V i criteri di valutazione che l'AGCM intende seguire ai fini del trattamento premiale dei programmi di conformità antitrust.

Il primo criterio distintivo riguarda la tempistica di adozione del programma essendo previsto un diverso trattamento a seconda che detto programma sia stato adottato prima o dopo l'avvio del procedimento istruttorio.

Nello specifico, lo Schema - ponendo l'accento sulla "prevenzione" - gradua l'attenuante della sanzione in modo da riconoscere un trattamento premiale potenzialmente più favorevole ai programmi adottati prima dell'avvio del procedimento.

In questa logica, è riconosciuta ai programmi adottati pre-avvio dell'istruttoria un'attenuante fino al 15% della sanzione da irrogare mentre ai programmi post avvio l'attenuante massima è fissata al 5%.

**2.1 Programmi adottati dopo l'avvio del procedimento istruttorio** – Invero, si condivide pienamente la scelta di esplicitare che l'effetto attenuante possa essere riconosciuto – ed in misura diversa – sia ai programmi di conformità posti in essere prima e indipendentemente dalla commissione dell'illecito sia ad iniziative tempestivamente realizzate a valle della violazione alle regole antitrust.

Ciò posto, l'aver circoscritto al 5% la massima attenuante per i programmi adottati post avvio potrebbe non essere sufficiente ad incentivare le imprese ad investire le necessarie significative risorse per dotarsi di *compliance programmes* adeguati.

In questa prospettiva, il riconoscimento di una attenuante con un tetto massimo più ampio – ad es. pari al 10% - potrebbe apparire maggiormente funzionale allo scopo.

Del resto, un'attenuante di tale portata, negli ultimi anni, è stata in più occasioni riconosciuta dall'Autorità Garante ad imprese che si sono tempestivamente ed efficacemente dotate (post avvio dell'istruttoria) di programmi di conformità "adeguati"<sup>1</sup>.

Tale scelta – considerata l'ampia discrezionalità riconosciuta all'AGCM nella valutazione del *quantum* delle circostanze attenuanti nel singolo caso concreto – non sembra porsi in contrasto con le scelte di policy alla base dello Schema di Linee Guida in consultazione.

### **In sintesi:**

*si propone di modificare il § 26 delle Linee Guida innalzando al 10% la misura massima dell'attenuante che può essere riconosciuta ai programmi adottati ex novo dopo l'avvio del procedimento istruttorio.*

**2.2 Programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio** – In relazione ai programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, lo Schema in consultazione

<sup>1</sup> Cfr. AGCM, provv. n. 26705 del 25 luglio 2017, *Aumento prezzi del cemento*, nonché provv. n. 25882 del 24 febbraio 2016, *Tassi sui mutui nelle province di Bolzano e Trento*.

introduce un'articolata disciplina volta a graduare l'attenuante meritevole di considerazione sotto il profilo premiale.

Anzitutto, lo Schema prende in considerazione i "**programmi efficaci**" ossia "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".

Tali programmi "sono i candidati ideali al trattamento premiale più consistente, **fino al 15%** della sanzione da irrogare" (cfr. § 31).

Il successivo paragrafo precisa 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)".

Quest'ultimo paragrafo è oggetto di approfondimento anche nella relazione illustrativa laddove si ribadisce che il riconoscimento dell'attenuante massima del 15% è subordinata al ricorrere di due condizioni cumulative: i) l'impresa ha adottato un programma adeguato che le ha consentito di scoprire l'illecito prima dell'apertura dell'istruttoria da parte dell'Autorità; e ii) l'impresa ha interrotto la condotta entro un tempo sufficientemente breve ovvero, nei casi di applicabilità dell'istituto, ha presentato domanda di clemenza prima dello svolgimento di ispezioni da parte dell'Autorità (cfr. § 51).

Ancor più nettamente si esprime la parte successiva dello Schema in consultazione. Nello specifico, l'Autorità, dopo aver chiarito che "*nessuna riduzione della sanzione può essere accordata per programmi preesistenti all'avvio dell'istruttoria che siano manifestamente inadeguati*" (§ 33), aggiunge:

*"Un programma di compliance è altresì da ritenersi manifestamente inadeguato se un'impresa o un'associazione di imprese scopre l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale e non provvede a porre termine all'infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza ai sensi dell'art. 15 comma 2-bis della legge n. 287/90 e della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni" (cfr. § 35).*

La scelta di subordinare necessariamente il riconoscimento dell'attenuante per il programma di *compliance* "efficace" (in quanto ha permesso di scoprire e porre termine all'infrazione) alla presentazione di una domanda di clemenza non sembra condivisibile e

rischia di “scoraggiare” la predisposizione di detti programmi da parte delle imprese.

Invero, i due istituti rispondono a logiche diverse: il primo si muove nella logica della promozione della cultura della concorrenza e della prevenzione degli illeciti per cui si riconosce all’impresa più diligente e volenterosa un’attenuante massima del 15% della sanzione.

Il secondo costituisce invece uno strumento premiale volto a stimolare la tempestiva denuncia da parte delle imprese dei cartelli segreti a cui abbiano preso parte attraverso il riconoscimento alla denunciante di un’esonazione (che può essere anche totale) dalla sanzione.

La diversa finalità dei *compliance programmes* è ben spiegata nel documento in consultazione laddove, ai fini del riconoscimento dell’attenuante, è chiarito che “l’efficacia del programma dipende dalla sua capacità di prevenire o gestire i rischi antitrust nell’attività di impresa, al fine di minimizzarli o eliminarli del tutto” (§ 10).

In definitiva dunque un programma di *compliance* che abbia “minimizzato/eliminato” il rischio antitrust – attraverso l’interruzione tempestiva dell’illecito – è pienamente adeguato e, come tale, meritevole di beneficiare “di per sé” dell’attenuante massima del 15% (a prescindere dunque dalla presentazione di un’istanza di *leniency* cioè di clemenza).

Del resto, la correlazione tra programmi di conformità e *leniency* prefigurata nello Schema non pare neppure in linea con l’indirizzo della Commissione Europea, considerato che la DG Concorrenza ha in più occasioni chiarito che i programmi di *compliance* e i *leniency programs* costituiscono due strumenti distinti ed indipendenti tra di loro<sup>2</sup>.

Infine, il menzionato necessario legame creato dalle Linee Guida tra concessione dell’attenuante e programma di clemenza, comporterebbe un disallineamento in merito alla concreta operatività del programma di *compliance* all’interno della singola realtà aziendale. Infatti, a seconda che il potenziale illecito antitrust in rilievo ricada o meno nel campo applicativo della *leniency*<sup>3</sup>, il programma si sostanzierebbe in un mero strumento prodromico all’autodenuncia ovvero, nel secondo caso, in un presidio di conformità aziendale alle regole di concorrenza.

<sup>2</sup> Cfr. il documento “*Rispettiamo le Regole*” del 2013 e la “*Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*”, 2006/C 298/11.

<sup>3</sup> L’istituto della clemenza si applica ai “cartelli segreti” mentre ne restano esclusi gli accordi verticali e gli abusi di posizione dominante.

Alla luce di quanto esposto – al fine di incoraggiare le imprese e le loro associazioni alla predisposizione di efficaci *compliance programmes* – sembra opportuno:

- rivedere il § 32 dello Schema eliminando il riferimento all'istituto della clemenza quale condizione per il riconoscimento di un'attenuante fino al 15% per il programma che abbia funzionato efficacemente permettendo all'impresa la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio.
- riconsiderare la definizione di programma di *compliance* "manifestamente inadeguato" (cfr. § 35), in modo da ricompredervi esclusivamente i casi in cui il programma medesimo non abbia consentito all'impresa di scoprire l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale e di porvi fine.

### **In sintesi:**

*si propone di:*

- *rivedere il § 32 delle Linee Guida eliminando il riferimento all'istituto della clemenza quale condizione per il riconoscimento di un'attenuante fino al 15% per il programma che abbia funzionato efficacemente permettendo all'impresa la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio;*
- *riconsiderare la definizione di programma di compliance "manifestamente inadeguato" (cfr. § 35), in modo da ricompredervi esclusivamente i casi in cui il programma medesimo non abbia consentito all'impresa di scoprire l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale e di porvi fine.*

### **3. Impresa recidiva**

Lo Schema in consultazione prevede che "un'attenuante non superiore al 5% potrà essere concessa a un'impresa recidiva già dotata di un programma di *compliance* solo a fronte della presentazione di modifiche dello stesso dopo l'avvio del procedimento istruttorio" (§ 40).

La scelta di considerare rilevante, ai fini del riconoscimento dell'attenuante, la condotta recidiva dell'impresa è coerente con la logica di prevenzione su cui si fondano i programmi di *compliance*.

Ciò posto, a fini di chiarezza è necessario che lo Schema specifichi quali elementi qualifichino come “recidiva” un’impresa.

A questo fine, traendo spunto da quanto disposto nelle Linee Guida in tema di sanzioni, si potrebbe qualificare come recidiva l’impresa che abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di istruttoria.

**In sintesi:**

*si propone di specificare nel testo delle Linee Guida quali elementi qualifichino come “recidiva” un’impresa.*

*A questo fine, si potrebbe qualificare come recidiva l’impresa che abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di istruttoria.*