

Asia Pacific
Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

Europe, Middle East
& Africa
Abu Dhabi
Almaty
Amsterdam
Antwerp
Bahrain
Baku
Barcelona
Berlin
Brussels
Budapest
Cairo
Casablanca
Doha
Dubai
Dusseldorf
Frankfurt/Main
Geneva
Istanbul
Jeddah*
Johannesburg
Kyiv
London
Luxembourg
Madrid
Milan
Moscow
Munich
Paris
Prague
Riyadh*
Rome
St. Petersburg
Stockholm
Vienna
Warsaw
Zurich

The Americas
Bogota
Brasilia**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Juarez
Lima
Mexico City
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
Sao Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Associated Firm

** In cooperation with
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

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

Oggetto: Consultazione sullo Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust

Egregi Signori,

con la presente lo Studio Professionale Associato a Baker McKenzie intende offrire il proprio contributo sottoponendo all'attenzione di Codesta Autorità alcune osservazioni in merito allo Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust.

In premessa, vorremmo anzitutto esprimere il nostro apprezzamento per la decisione di procedere all'adozione di linee guida finalizzate ad orientare le imprese nella definizione dei contenuti dei propri programmi di compliance nonché alla identificazione dei criteri che l'Autorità adotterà nella valutazione degli stessi. Del pari, accogliamo con favore l'opportunità concessa a tutti i soggetti interessati di presentare le proprie osservazioni sullo Schema di Linee Guida, partecipando così alla loro definizione.

Nel seguito, ci permettiamo di sottoporre all'attenzione dell'Autorità le nostre osservazioni sullo Schema di Linee Guida secondo l'ordine degli argomenti in esso adottato.

A. La richiesta di valutazione del programma ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attenuate

L'adeguatezza del programma alla prevenzione degli illeciti antitrust

- Al Punto 21 dello Schema di Linee Guida, e più in particolare nel box esemplificativo, l'Autorità fornisce alcune esempi di best practice cui le imprese dovrebbero attenersi per garantire l'efficacia dei propri programmi di compliance.

Avv. Gianfranco Di Garbo
Avv. Aurelio Giovannelli
Avv. Fabio Brembati
Avv. Pierfrancesco Federici
Avv. Alberto Semeria
Avv. Alberto Fornari
Avv. Raffaele Giarda
Avv. Andrea Cicala
Avv. Lorenzo de Martinis
Dott. Comm. Massimo Giaconia
Avv. Pietro Bernasconi

Avv. Uberto Percivalle
Avv. Massimiliano Biolchini
Dott. Comm. Francesco Pisciotto
Dott. Comm. Carlo Gnetti
Avv. Paola Colarossi
Avv. Mario D'Avossa

Avv. Alessandra Calabrese
Avv. Nicola Crispino
Avv. Roberto Cursano
Avv. Alessandra Fabri
Avv. Barbara Faini
Avv. Serena Fantinelli
Avv. Francesco Florenzano
Avv. Paolo Galli
Avv. Francesca Rubina Gaudino
Prof. Avv. Francesco Goisis
Avv. Gaetano Iorio Fiorelli

Avv. Rodolfo Gherardo La Rosa
Avv. Carlo Lichino
Avv. Marco Marazzi
Avv. Rita Marchetti
Avv. Carlo Marinelli
Avv. Chiara Marinozzi
Avv. Cinzia Massara
Avv. Alessandro Matteini
Avv. Eugenio Muschio
Avv. Domenico Mino Palumbo
Avv. Alessandro Pennisi

Avv. Riccardo Pennisi
Avv. Luca Pescatore
Avv. Silvia Picchetti
Avv. Giuliana Polacco
Dott. Comm. Alberto Pregaglia
Avv. Alessia Raimondo
Avv. Ludovico Erasmo Rusconi
Dott. Comm. Michele Santocchini
Avv. Giorgio Telarico
Avv. Antonio Luigi Vicoli
Avv. Luca Vincenzi

A nostro avviso, l'esempio riportato con riferimento alla partecipazione di imprese a procedure di gara è eccessivamente generico allorché prevede che un programma di compliance efficace dovrebbe proteggere le imprese "dal rischio di contatti e discussioni con imprese sue potenziali concorrenti in sede di gara".

Come noto, la normativa antitrust non proibisce *tout court* forme di collaborazioni, contatti o discussioni con i concorrenti che anzi, in alcune occasioni, possono avere natura pro-competitiva anche nell'ambito di procedure di gara. Leggendo l'esempio riportato nel box, invece, l'impressione che se ne trae è che qualsiasi contatto o discussione con i concorrenti sia considerata illecita e come tale idonea a privare di efficacia il programma di compliance societario.

Ciò considerato, riterremo utile introdurre nell'esempio richiamato una precisazione idonea a chiarire che l'impresa dovrà dimostrare che il programma di compliance è stato elaborato ed attuato in modo da preservarla dal prendere parte a contatti o discussioni aventi natura anticoncorrenziale. Sugeriremmo quindi rispettosamente di integrare l'esempio riportato nel box come segue:

*"Allo stesso modo, un'impresa attiva nella fornitura di beni e servizi alla pubblica amministrazione, che partecipa sistematicamente a procedure di gara, dovrebbe dimostrare che il programma è stato elaborato e attuato in modo tale da proteggerla efficacemente dal rischio di contatti e discussioni **illecitamente restrittive della concorrenza** con imprese sue potenziali concorrenti in sede di gara, sia evitando di assumere l'iniziativa di tali contatti, sia adottando accorgimenti opportuni a evitare occasioni di contatto potenzialmente pericolose (ad esempio, nelle scelte relative alla eventuale formazione di RTI e di accordi di sub-appalto, o nell'interazione tra le imprese e la stazione appaltante)".*

L'effettiva ed efficace attuazione del programma

- Nel Punto 22 dello Schema di Linee Guida, l'Autorità specifica che la relazione illustrativa delle modalità di attuazione del programma di compliance deve dare indicazione delle iniziative applicative concretamente poste in essere e della documentazione a supporto.

Nel box relativo, l'Autorità individua una serie di documenti che l'impresa può utilizzare a tale fine. A questo riguardo, ci sembra che la gamma di documenti elencati, seppur a titolo di esempio, sia particolarmente ampia e rischi di porre in capo all'impresa un onere probatorio particolarmente pervasivo. Questo vale in particolare per la menzione delle "interlocuzioni di chiarimento sul significato del programma" le quali, non necessariamente potrebbero aver avuto forma scritta (non di rado, infatti, i chiarimenti sul contenuto della normativa possono avvenire oralmente specialmente in

ambito societario ove si privilegiano di solito forme di comunicazioni snelle ed informali) ed inoltre potrebbero porre un'impresa nella difficile condizione di fornire all'Autorità documenti potenzialmente auto-incriminanti con potenziale compressione del diritto di difesa.

Suggeriremmo pertanto di modificare il paragrafo rilevante del box come segue:

"È, d'altra parte, onere dell'impresa dimostrare che l'implementazione e il rispetto del programma di compliance è parte integrante dell'attività d'impresa dando prova, attraverso la produzione di adeguati riscontri documentali (come e-mail o altra documentazione interna all'impresa) di un'attività continua e regolare finalizzata alla prevenzione degli illeciti, ad esempio mediante interlocuzioni di chiarimento sul significato del programma, richiami specifici al rispetto del programma da parte dei vertici dell'impresa, verifiche sullo stato di attuazione del programma e misure premiali/correttive, in aggiunta a periodici corsi di formazione e aggiornamento."

- Punto 23 dello Schema di Linee Guida, ove l'Autorità individua il contenuto minimo della relazione illustrativa prevedendo, inter alia, che essa debba fornire indicazione di *"ii) quali possano essere stati i motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell'indagine dell'Autorità"*.

A nostro avviso, prevedere che la relazione illustrativa debba anche contenere l'indicazione succitata appare eccessivo e al contempo ininfluenza ai fini della valutazione dell'Autorità. Da una parte, infatti, come l'Autorità potrà apprezzare nessun programma di compliance, per quanto ben redatto ed efficacemente implementato, può costituire una piena ed assoluta garanzia nei confronti di possibili discostamenti dalla normativa antitrust. Dall'altra, come noto, l'avvio di un procedimento non ne pregiudica il suo esito e, pertanto, non costituisce di per sé sintomo di illiceità della condotta oggetto di istruttoria.

Riterremo rispettosamente, quindi, che l'Autorità dovrebbe limitarsi a chiedere che la relazione illustrativa contenga una descrizione dettagliata delle iniziative adottate dall'impresa per dare piena attuazione al programma di compliance ed assicurare il rispetto della normativa antitrust senza dover necessariamente assumere una valenza giustificativa. In conseguenza, suggeriremmo di espungere il punto ii) dal paragrafo 23, come di seguito illustrato:

"Per i programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, la relazione illustrativa, insieme con la documentazione ad essa allegata, dovrà spiegare in dettaglio tutte le attività svolte per la sua effettiva implementazione, indicando: i) per quali ragioni le iniziative applicative

concretamente poste in essere siano da ritenere efficaci modalità di attuazione di un programma adeguato; ii) ~~quali possano essere stati i motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell'indagine dell'Autorità;~~ iii) eventuali mutamenti della condotta oggetto di indagine in applicazione del programma di compliance".

B. Il trattamento premiale dei programmi di compliance adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio

Programmi efficaci

- Punto 32 dello Schema di Linee Guida. L'Autorità indica che nel caso di programmi di compliance adottati prima dell'avvio di un'istruttoria, un'attenuante fino al 15% può essere riconosciuta solo se *"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)"*.

Così facendo l'Autorità collega ontologicamente due programmi che logicamente dovrebbero rimanere distinti stante anche la loro diversa natura. Se infatti i programmi di clemenza rappresentano uno strumento investigativo idoneo a portare a conoscenza dell'Autorità quei cartelli segreti più ardui da scoprire ed a farle acquisire materiale probatorio che sarebbe altrimenti difficile reperire, lo scopo e l'obiettivo di un programma di compliance è ben diverso. Come indicato anche dall'Autorità in premessa allo Schema di Linee Guida, l'obiettivo primario di un programma di compliance è infatti quello di promuovere la cultura antitrust in ambito aziendale e, per tale via, di prevenire eventuali illeciti antitrust.

Introducendo, come avviene al Punto 32, una sorta di pregiudiziale tra programma efficace, il solo a cui può essere tributato il trattamento premiale più consistente (i.e. fino al 15%), e presentazione di una domanda di clemenza (nei casi in cui l'istituto è applicabile), il rischio è che il programma di clemenza finisca per essere utilizzato sistematicamente dalle imprese come una misura di compliance anche rispetto a quelle condotte che non dovessero rientrare propriamente nell'ambito di applicazione del programma di clemenza.

Ciò considerato, a nostro avviso, il riconoscimento di un'attenuante fino al 15% dovrebbe essere accordato a quell'impresa (o associazione di imprese) che, in seguito alla scoperta di un illecito, interrompa la condotta, se del caso, adottando delle misure interne volte ad impedire che una simile condotta ripetersi (come peraltro già indicato al Punto 31 dello Schema di Linee Guida). Tale soluzione appare a nostro avviso più in linea con lo spirito e gli obiettivi di un programma di compliance e, al contempo,

manterrebbe intatto il valore del programma di clemenza quale strumento investigativo.

Inoltre occorre tenere presente la mancata armonizzazione tra norme penali e normativa antitrust anche alla luce dei recenti protocolli d'intesa firmati tra AGCM e le Procure della Repubblica di Roma e Milano.

Attualmente, qualora un programma di compliance porti alla luce condotte collusive in sede di gara pubblica, la valutazione sul se utilizzare o meno il programma di clemenza è suscettibile di essere influenzata dalla mancata protezione dei soggetti coinvolti per eventuali responsabilità sotto il profilo penale.

Da quanto sopra, emerge che ridurre la percentuale di riduzione premiale da ricondurre all'attenuante in caso di mancata attivazione di un programma di clemenza, potrebbe ingiustificatamente penalizzare gli sforzi di una impresa genuinamente impegnata nel realizzare e mantenere un programma di compliance efficace. Un tale irrigidimento potrebbe produrre paradossalmente un effetto addirittura frenante di condotte virtuose.

Suggeriamo quindi di eliminare il Punto 32 dello Schema di Linee Guida.

Programmi manifestamente inadeguati

- Punto 35 dello Schema di Linee Guida. In questo paragrafo, l'Autorità sembra quasi considerare quale indice di manifesta inadeguatezza la circostanza che un'impresa (o associazione di imprese) abbia scoperto un illecito e non abbia provveduto anche a presentare una domanda di clemenza.

Questa previsione, a nostro avviso, solleva le medesime perplessità descritte al paragrafo che precede con riferimento al Punto 32 dello Schema di Linee Guida. In conseguenza, analogamente a quanto sopra rilevato, il nostro suggerimento sarebbe di modificare il testo del paragrafo espungendo qualsiasi collegamento al programma di *leniency* come di seguito suggerito:

"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".

C. Impresa recidiva

- Con riferimento ai Punti 40 e 41 dello Schema di Linee Guida, concernenti la misura dell'attenuante applicabile ad un'impresa recidiva, riteniamo che le previsioni ivi contenute dovrebbero essere riviste.

Da una parte, in un'ottica di certezza del diritto, riterremmo auspicabile che l'Autorità chiarisca l'ambito di applicazione della recidiva con riferimento sia alla natura dell'illecito che al mercato coinvolto. In aggiunta, nella medesima prospettiva, auspichiamo che la formulazione dei punti succitati sia rivista così da essere applicabile soltanto nei confronti di imprese la cui violazione della normativa antitrust sia stata accertata con decisione passata in giudicato.

Sotto altro profilo, a nostro avviso, la previsione contenuta nel Punto 41 dello Schema di Linee Guida dovrebbe essere eliminata. Difatti, escludere del tutto ed *ex-ante* la possibilità di attenuante per un'impresa "recidiva" che ha ottenuto, in un precedente procedimento, una riduzione della sanzione per aver introdotto un programma di compliance potrebbe rappresentare un disincentivo al mantenimento di un programma di compliance aggiornato ed efficacemente applicato. Ciò specialmente qualora il perimetro della nozione di recidiva non sia specificato nel senso sopra auspicato.

D. Programmi di compliance nell'ambito di gruppi di imprese

- Riguardo al Punto 44 dello Schema di Linee Guida, ci permettiamo di notare che, pur condividendone la sostanza, la formulazione della previsione dovrebbe essere modificata e la circostanza che la società capogruppo abbia adottato un programma di compliance applicato efficacemente a tutte le società del gruppo dovrebbe assumere una connotazione positiva.

La formulazione in negativo della previsione dà quasi l'impressione che l'Autorità voglia aumentare l'onere della prova che incombe sulla società capogruppo nel caso di condotte illecite poste in essere dalle controllate. A ben vedere, sembra quasi che l'Autorità con questa disposizione voglia porre le basi per una più decisa connotazione della responsabilità parentale quale responsabilità oggettiva.

In un'ottica di promozione della cultura della concorrenza, riterremmo invece preferibile privilegiare una formulazione del Punto 44 tale da far sì che l'adozione ed efficace implementazione di un programma di compliance da parte della società capogruppo assuma una connotazione positiva in sede di valutazione della eventuale responsabilità per condotte delle società controllate.

A tal fine, ci permettiamo di suggerire quanto segue:

"L'adozione di un programma di compliance e la sua efficace implementazione (adeguatamente documentata) da parte della capogruppo sarà quindi valutata quale circostanza attenuante nei casi in cui alla stessa può essere imputata una responsabilità per la condotta anticoncorrenziale della sua controllata".

E. La considerazione dei programmi di compliance quale circostanza aggravante

- Al Punto 45 dello Schema di Linee Guida, l'Autorità prende in considerazione la possibilità che l'esistenza di un programma di compliance possa essere considerata circostanza aggravante, seppur in ipotesi eccezionali.

A nostro avviso, la previsione contenuta al Punto 45 sconta una eccessiva genericità; genericità che non viene meno neppure dalla lettura dell'esempio riportato nel punto in discussione, esempio che - come indicato chiaramente - si riferisce ad una ipotesi già sussumibile tra le circostanze aggravanti elencate al paragrafo 21 delle Linee Guida in materia di Sanzioni.

Ciò considerato, il nostro suggerimento sarebbe di identificare più chiaramente il novero delle "ipotesi eccezionali" - magari utilizzando riferimenti esemplificativi simili a quelli contenuti nelle linee guida predisposte nel giugno 2011 dall'allora Office of Fair Trading della Gran Bretagna, che fanno riferimento a situazioni in cui in modo chiaro ed incontestabile *"the purported compliance programme had been used to facilitate the infringement, to mislead the OFT as to the existence or nature of the infringement, or had been used in an attempt to conceal the infringement"* - in presenza delle quali l'adozione di un programma di compliance può costituire una circostanza aggravante

- Punto 46 dello Schema di Linee Guida. A nostro avviso questa specifica previsione relativa alle imprese "recidive" dovrebbe essere eliminata. Essa infatti rappresenta un forte disincentivo all'adozione ed al mantenimento di programmi di compliance efficaci posto che, come pacifico, nessun programma di compliance rappresenta garanzia di assoluta aderenza alla normativa antitrust e dunque può escludere che un'impresa si trovi di nuovo ad esser parte di un procedimento antitrust nonostante un genuino sforzo di compliance. L'opportunità di eliminare il Punto 46 della Schema di Linee Guida si manifesta in particolar modo nel caso in cui la nozione di recidiva non sia ridefinita nella direzione auspicata nei paragrafi precedenti.

* * *

Nel ringraziare ancora per l'opportunità fornita, porgiamo cordiali saluti.

Studio Professionale Associato a Baker McKenzie