

**RISPOSTA ALLA CONSULTAZIONE**  
**DELLA**  
**AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**  
**SULLO SCHEMA DI**  
***LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST***

**23 MAGGIO 2018**



**Freshfields Bruckhaus Deringer**

## 1. INTRODUZIONE

- 1.1 Freshfields Bruckhaus Deringer (**FBD**) desidera innanzitutto esprimere vivo apprezzamento per l'iniziativa di codesta Autorità di adottare delle *Linee Guida sulla compliance antitrust* (le **Linee Guida**) che siano di ausilio per orientare le imprese a meglio definire il contenuto di un programma di *compliance* idoneo ad essere positivamente considerato ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante prevista dalle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie adottate da codesta Autorità, unitamente ai criteri che l'Autorità intende seguire a tali fini oltre che per avere dato la possibilità ai terzi interessati di formulare osservazioni prima della loro formale adozione.
- 1.2 Le osservazioni di seguito formulate si basano sull'esperienza acquisita nell'assistenza alle imprese coinvolte in procedimenti avviati dall'Autorità e dalla Commissione Europea nonché sulla conoscenza delle discipline similari applicate nei principali ordinamenti europei. In particolare si è tenuto conto dei profili e delle criticità che hanno finora caratterizzato le valutazioni dei programmi di *compliance* da parte di codesta Autorità dopo l'adozione delle 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.
- 1.3 Le riflessioni esposte sono riconducibili esclusivamente al pensiero dei professionisti di FBD e non rappresentano l'opinione di alcuno dei clienti da noi assistiti.

## 2. OSSERVAZIONI GENERALI

### (i) *Approccio caso per caso*

- 2.1 In via generale segnaliamo l'opportunità di considerare che l'adozione delle Linee Guida non dovrebbe pregiudicare la possibilità di una valutazione caso per caso del programma di *compliance*, da parte dell'Autorità, all'interno del contesto specifico di ciascun procedimento. Ciò per evitare che la stessa Autorità resti di fatto vincolata da previsioni di riduzioni minime e massime di un'eventuale sanzione che potrebbero tradursi in esiti distorsivi (come esemplificato *infra* in sede di commento su alcune disposizioni specifiche).
- 2.2 In assenza di tale possibilità, l'adozione delle Linee Guida nella loro attuale formulazione potrebbe correre il rischio di incidere negativamente in sede di adozione e "configurazione" del programma di *compliance* da parte dell'impresa, ed in ultima analisi tradire l'obiettivo, riconosciuto ed enunciato

nelle Linee Guida, di incentivare programmi predisposti “su misura”, alla luce delle caratteristiche specifiche dell’impresa e delle sue attività. Ciò, tanto più ove si consideri – come argomentato in maggiore dettaglio *infra* – che la *ratio* primaria dei programmi di *compliance* (e delle Linee Guida in commento) dovrebbe essere l’adozione di misure e politiche interne aziendali che, appunto partendo dall’identificazione specifica delle aree di rischio di ciascun *business*, agevolino la prevenzione, la rilevazione e la pronta (auto)correzione di condotte anti-competitive da parte della stessa impresa (e non, invece, da parte dell’Autorità). In particolare, strumenti e *policy* di *enforcement*, quali *in primis* l’istituto della *leniency*, dovrebbero pertanto essere distinte e separate dalle valutazioni relative all’adeguatezza ed efficacia di un programma di *compliance*.

(ii) ***Prassi e linee guida straniere***

- 2.3 L’esigenza di salvaguardare una valutazione dei programmi di *compliance* caso per caso appare coerente con l’approccio fatto proprio da altre autorità *antitrust* nazionali, che non prevedono, in genere, scaglioni percentuali rigidi come quelli previsti nella versione attuale delle Linee Guida.
- 2.4 In particolare, la *Competition and Markets Authority* sostiene come la creazione di sistemi di prevenzione e *compliance antitrust* debba avere come parametri fondamentali le caratteristiche della singola impresa e dell’ambiente in cui opera. Tali elementi, oggetto di valutazione caso per caso, sono decisivi per valutare l’efficacia dei programmi.<sup>1</sup>
- 2.5 Anche l’Autorità *antitrust* francese sottolinea la necessità di costruire programmi fatti su misura con riguardo alla specifica impresa.<sup>2</sup>
- 2.6 L’Autorità *antitrust* tedesca ha a sua volta dichiarato di non proporre una lista di parametri rigidi per la qualificazione automatica di un programma di *compliance* come adeguato o inadeguato: si ritiene esplicitamente, infatti, che

---

<sup>1</sup> Competition and Markets Authority (CMA) – The Institute of Risk Management, *Competition Law Risk. A Short Guide*, Version 2.0, 2017, capitolo 6. Cfr. altresì Office of Fair Trading, *How your business can achieve compliance with competition law*, pubblicato nel giugno 2011 e successivamente adottato dalla CMA: “*The OFT recognises that a 'one size fits all' approach is not appropriate for competition law compliance and that the appropriate actions to achieve a compliance culture will vary, for example depending on the size of business and the nature of the risks identified*” (par. 1.2).

<sup>2</sup> Cfr. Autorité de la Concurrence, *Antitrust Compliance and Compliance Programmes. Corporate Tools for Competing Safely in the Marketplace*, 2012, sez. 3: “*It is essential to the success of a compliance programme that it is designed by and for the company. It must be a tailor-made project to fit the company’s market, products, organisation, culture and decision-making structure. There is no ‘one size fits all programme’.*”

un approccio eccessivamente formalistico rischierebbe di avere risvolti controproducenti.<sup>3</sup>

2.7 Da questo punto di vista, ci si chiede altresì, in via preliminare, se soluzioni rigide e difformi da quelle adottate in altri paesi (ad es. in relazione allo spazio assai angusto lasciato al pieno riconoscimento della circostanza attenuante: v. *infra*), non debbano essere evitate nella prospettiva di una sempre maggiore armonizzazione delle normative *antitrust* nazionali. Ciò, in particolare, ove si consideri che l'adozione di programmi di *compliance* avviene spesso da parte di gruppi multinazionali in relazione alle proprie attività svolte in una pluralità di Paesi (siano essi membri o meno dell'Unione Europea).

**(iii) *Il contemperamento tra flessibilità applicativa e certezza giuridica***

2.8 Al contempo, ovviamente, non possiamo non riconoscere l'estrema utilità dello sforzo profuso nella bozza in consultazione teso ad aumentare il livello di certezza giuridica per le imprese. Si ritiene tuttavia che tale condiviso obiettivo possa e debba essere perseguito mediante definizioni di criteri e parametri adattabili alle circostanze del caso di specie, senza preclusioni rigidamente definite, tanto più ove queste ultime – come si spiegherà – appaiono connesse ad elementi esogeni rispetto alla qualità intrinseca del programma di *compliance* come adottato ed implementato dall'impresa.

**(iv) *Imprese mono-prodotto***

2.9 Infine, sempre come commento generale, si intende approfittare di questa opportunità per evidenziare ancora una volta il tema, più ampio, delle criticità della modalità di determinazione delle sanzioni a carico delle imprese mono-prodotto. Come noto, rispetto a queste imprese sussiste infatti, seguendo l'approccio dell'Autorità nel caso di infrazioni considerate particolarmente gravi (i.e. importo base calcolato a partire dal 15% delle vendite dei beni/servizi oggetto dell'infrazione), una probabilità molto alta che la sanzione finale coincida con il tetto legale del 10% del fatturato della società.

2.10 Con riguardo alla circostanza attenuante connessa ad un programma di *audit*, il rischio è che la riduzione della sanzione di cui possa beneficiare l'impresa diventi in concreto irrilevante, stante l'alta probabilità che il valore dell'ammenda vada a coincidere con il predetto *cap* del 10%.Ciò, neutralizzando ogni riduzione (finanche del 15%) ottenuta dall'impresa in virtù del programma di *compliance*, finisce per incidere in modo fatale

---

<sup>3</sup> Cfr. OECD documento DAF/COMP/WD(2011)28, *Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law*, Nota della delegazione della Germania, 2011, par. 30: “*The Bundeskartellamt refrains from providing any kind of check list that automatically qualifies a programme as effective, since this might actually be counter-productive*”.

sull'incentivo dell'impresa mono-prodotto ad investire in un siffatto programma, dato che quest'ultimo probabilmente non potrà comportare alcun beneficio concreto sulla sanzione finale eventualmente irrogata dall'Autorità.

\*\*\*

2.11 Di seguito, le osservazioni proposte in relazione a specifiche previsioni delle Linee Guida.

### 3. OSSERVAZIONI IN MERITO A PREVISIONI SPECIFICHE

(i) *Motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell'indagine dell'Autorità (par. 23)*

3.1 Per quanto riguarda la valutazione in merito all'effettiva ed efficace attuazione del programma di *compliance*, per i programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, il par. 23 delle proposte Linee Guida pone taluni oneri probatori ulteriori in capo all'impresa, la quale deve spiegare in dettaglio, nella relazione illustrativa, altresì "...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...".

3.2 Tale onere corre il rischio di tradursi in una vera e propria *probatio diabolica* in capo all'impresa, laddove l'Autorità adottasse un approccio interpretativo restrittivo e basato su di una valutazione *ex post* del programma, la cui "*effettiva ed efficace attuazione*" potrebbe essere difficilmente dimostrata dall'impresa che si è comunque trovata coinvolta nel procedimento istruttorio. In tale ottica, sembra infatti (almeno in astratto, e *prima facie*) che l'impresa potrebbe riuscire in tale arduo sforzo probatorio facendo leva su un ristretto novero di circostanze, ad esempio dimostrando che:

(i) alla stregua di quanto previsto per i modelli organizzativi in materia di responsabilità amministrativa degli enti e delle società di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e *s.m.i.* (**D.lgs. n. 231/2001**), le presunte violazioni della normativa *antitrust* contestate all'impresa nell'ambito del procedimento istruttorio sono conseguenza di azioni poste in essere da dipendenti che sono stati in grado di aggirare tutte le cautele e i presidi predisposti dall'impresa medesima, mediante il programma di *compliance*, al fine di impedire la commissione di illeciti concorrenziali. Tuttavia, si ritiene che simile onere probatorio, oltre che risultare particolarmente complesso e gravoso per l'impresa interessata, potrebbe apparire poco appropriato nel contesto del diritto *antitrust*, ove – ancora più che in ambito penale – il confine fra liceità o meno della condotta è spesso assai difficile da

tracciare, se non addirittura “mobile” a seconda delle circostanze specifiche del caso, quali le quote di mercato detenute dall’impresa (ad es. rispetto ad accordi verticali coperti o meno da una esenzione di blocco) o degli effetti delle condotte sul mercato;

(ii) le condotte indagate differiscano in concreto da quanto ritenuto ragionevolmente prevedibile da parte dell’azienda al momento della predisposizione e attuazione del programma di *compliance*, date la caratteristiche dell’impresa e dei (principali) mercati in cui essa opera;

(iii) le medesime condotte – come segnalato poc’anzi – appaiano particolarmente dubbie e complesse in un’ottica di preventiva qualificazione giuridica (e, conseguentemente, difficili da prevedere al momento della predisposizione del programma di *compliance*).

3.3 Riteniamo, pertanto, che tale onere probatorio potrebbe rivelarsi sostenibile solo laddove l’approccio valutativo adottato dell’Autorità sia rigorosamente di tipo *ex ante*. Più nello specifico, l’impresa dovrebbe quindi provare, e l’AGCM verificare, l’adeguatezza del programma di *compliance* sulla base delle circostanze soggettive e oggettive dell’impresa e dei mercati rilevanti al momento della predisposizione dello stesso (o del suo aggiornamento) e, conseguentemente, valutare l’imprevedibilità (o oggettiva difficoltà di prevedere) delle condotte successivamente oggetto di indagine, ferma naturalmente restando la necessità di un periodico e regolare aggiornamento e valutazione del rischio alla luce delle mutate condizioni di mercato e del contesto normativo di riferimento.

3.4 Alla luce di quanto precede, si ritiene che il requisito probatorio di cui al par. 23, lettera ii) dovrebbe essere eliminato ovvero, quantomeno, interpretato alla luce delle valutazioni sopra condotte (*in primis*, necessaria valutazione *ex ante* del programma di *compliance*). Laddove l’Autorità decidesse comunque di mantenere tale previsione, si ritiene che questa dovrebbe precisare che l’indicazione da parte dell’impresa “...dei motivi per i quali l’impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell’indagine dell’Autorità...” non possa essere comunque interpretata come una confessione da parte dell’impresa medesima della commissione dell’illecito *antitrust* alla stessa contestato e, più in generale, pregiudicare in alcun modo i diritti di difesa a questa garantiti.

**(ii) Riconoscimento della riduzione fino al 15% solo qualora il programma abbia portato all’interruzione della condotta ovvero alla presentazione di una domanda di clemenza (par. 30-32)**

- 3.5 L'introduzione di tale regola non pare condivisibile per una pluralità di ragioni, riassunte qui di seguito.
- (a) *In primis*, ancorare il riconoscimento della riduzione fino al 15% alle circostanze relative (i) alla tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito e, se applicabile, (ii) alla presentazione della domanda di clemenza, è chiaramente espressione di una valutazione *ex post* del programma di *compliance*, in luogo di una valutazione preventiva come richiederebbe invece la funzione stessa svolta da tale programma. Infatti quest'ultimo, laddove non si verificasse l'interruzione della condotta o la presentazione di una domanda di clemenza, verrebbe automaticamente giudicato non meritevole del massimo riconoscimento di un'attenuante; tali fatti, tuttavia, prescindono sia dalle qualità obiettive del programma di *compliance* (afferendo piuttosto a scelte distinte dell'impresa successiva alla scoperta di una infrazione), sia dalle modalità con cui lo stesso è stato implementato. Come meglio precisato *infra*, costituisce un orientamento consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza – per quanto concerne la materia dei “modelli” di cui al Decreto Legislativo n. 231/2001, ma conferente ai presenti fini alla luce della chiara comunanza di *ratio* fra le due normative – che le valutazioni dell'idoneità dei predetti “modelli” non possano mai essere “postume”.
- (b) In secondo luogo, tale regola rischia di porsi in contrasto con le esigenze di tutela di specifiche garanzie e di diritti di difesa, quali il riconosciuto diritto di non autoincriminazione<sup>4</sup>. Specificatamente, il mantenimento di una simile previsione comporterebbe che nel momento in cui venisse scoperto l'illecito, la condizione necessaria per garantire (e ottenere) una piena valorizzazione del programma di *compliance* sarebbe la formulazione di una domanda di clemenza
- (c) In ogni caso, anche a voler condividere un simile approccio, desta gravi perplessità quanto attualmente previsto nelle Linee Guida con riguardo al limite all'accesso alla riduzione fino al 15%. Il par. 32 prevede, in effetti, che “[n]elle 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)...”. In altre parole,

---

<sup>4</sup> Come noto, il riportato divieto di autoincriminazione si sostanzia nell'impossibilità dell'Autorità, così come della Commissione europea., di “imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione” (Corte di giustizia dell'Unione Europea, 18 maggio 1989, C-374/87, *Orkem e a. c Commissione*).

per le “...*fattispecie in cui è applicabile l’istituto della clemenza...*”, sussiste il requisito della (tempestiva) presentazione di una domanda di *leniency* quale presupposto per poter ambire ad ottenere il massimo riconoscimento della circostanza attenuante oggetto delle Linee Guida. Ciò a sua volta potrebbe essere interpretato come segue, ossia che al di fuori di un contesto di *leniency* la piena valorizzazione premiale dell’adozione di un adeguato programma di *compliance antitrust* sia disponibile solo con riferimento ad abusi di posizione dominante e ad intese verticali<sup>5</sup>, e sempre e che le condotte siano già state interrotte prima dell’avvio delle indagini.

- (d) In altre parole, per i cartelli – che dovrebbero essere il *target* principale dei programmi di clemenza – l’attenuante prevista dalle Linee Guida è potenzialmente massima quando in concreto – a seconda dei casi – essa potrebbe diventare irrilevante (in quanto a seguito della domanda di clemenza si ottiene l’immunità) o molto meno rilevante (ad es. nel caso della riduzione del 50% della sanzione sempre in virtù della *leniency*). Peraltro il fatto che ci siano state o meno già ispezioni (ad es. dopo la domanda di clemenza proveniente da altre parti) è un fattore esterno, ed indipendente, rispetto alla qualità del programma di *compliance*.
- (e) Più in generale, si ritiene che il sistema della *leniency* contenga già al proprio interno misure incentivanti con riferimento alla decisione avente ad oggetto il se, come e quando procedere o meno ad una (tempestiva) autodenucia. Per questo, non appare opportuna la sovrapposizione, a livello normativo e di *policy*, di questo delicato sistema di incentivi, con quello previsto con riguardo ai programmi di *compliance*: ciò, in particolare, nella misura in cui l’obiettivo di queste Linee Guida è – o almeno, si ritiene – dovrebbe essere quello di convincere le imprese ad investire in tali presidi organizzativi per ridurre a monte il rischio di verificarsi di condotte anticoncorrenziali.
- (f) Alla luce di quanto precede, infatti, l’attuale formulazione delle Linee Guida potrebbe avere l’effetto perverso di ridurre l’incentivo all’adozione di un programma di *compliance* efficace e completo, con i relativi investimenti che ciò richiede, posto che: (i) il suo pieno riconoscimento dipende in larga parte da fattori esogeni rispetto a tale programma; (ii) è stabilito dalla stessa Autorità che la piena valorizzazione della circostanza attenuante *de quo* è automaticamente preclusa se alla scoperta di un illecito rientrante nel campo di applicazione del programma di clemenza non segue una domanda (tempestiva) di *leniency*, che l’impresa potrebbe invece voler evitare sulla base di altre,

---

<sup>5</sup> Astrattamente, lo stesso potrebbe dirsi con riguardo ad intese orizzontali che non costituiscano cartelli ovvero intese per oggetto. Tuttavia, data la crescente tendenza a qualificare un novero sempre più ampio di intese come infrazioni “per oggetto”, ci si chiede se questa precisazione sia davvero rilevante in pratica.

legittime considerazioni (*in primis*, voler evitare il contenzioso civile *antitrust* che a quella “confessione” quasi inevitabilmente seguirebbe; ovvero cercare di evitare determinate conseguenze reputazionali connesse all’accertamento di una infrazione a proprio carico).

3.6 In conclusione, nel caso (qui non auspicato) in cui voglia collegarsi la piena valorizzazione di un programma di *compliance* alla presentazione di una domanda di clemenza, il regime attualmente previsto nelle Linee Guida rischia di alterare gli incentivi ad effettuare i significativi investimenti necessari alla predisposizione di un programma di *compliance* (*ex ante*) adeguato, contrariamente allo scopo principale delle Linee Guida.

**(iii) Attenuante solo fino al 5% in caso di mancata interruzione dell’infrazione scoperta ovvero di mancata presentazione di una domanda di clemenza (par. 35)**

3.7 Le stesse critiche di cui alla sezione che precede (*sub (ii)*) possono rivolgersi – *mutatis mutandis* – a quanto disposto al par. 35, data la rigida limitazione all’attenuante ivi prevista a prescindere dalle qualità obiettive del programma di *compliance* adottato dall’impresa.

3.8 Inoltre, tale previsione conferma la grave limitazione della piena efficacia, come circostanza attenuante, del programma di *compliance* ai fini del riconoscimento dell’attenuante, prevedendo che “...un programma di *compliance* è altresì manifestamente inadeguato se un’impresa o un’associazione non provvede a porre termine all’infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza...”. A tale qualificazione, evidentemente operata *ex post*, viene infatti collegato un potenziale trattamento premiale solo fino al 5% (par. 33).

**(iv) Attenuante fino al 10% in caso di programmi non manifestamente inadeguati (par. 36)**

3.9 Il par. 36 delle proposte Linee Guida dispone che i programmi di *compliance* adottati prima dell’avvio del procedimento istruttorio “...che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e la interruzione/denuncia dell’illecito prima delle ispezioni da parte dell’Autorità – ma che non risultano manifestamente inadeguati possono beneficiare di un’attenuante fino al 10% a condizione che l’impresa integri adeguatamente il piano di *compliance* e inizi a darvi attuazione dopo l’avvio del procedimento istruttorio (e prima della CRI)...”.

3.10 Dalla lettura di questa previsione, emerge ancora una volta, ed in modo ancora più evidente, un approccio teso a valutare solo *ex post* l’adeguatezza del

programma di *compliance*, quando invece – come anticipato – si ritiene opportuno che detta valutazione avvenga in un’ottica *ex ante*.

- 3.11 Infatti, vincolare la valutazione sull’adeguatezza del programma esclusivamente all’idoneità dello stesso di permettere la tempestiva scoperta e l’interruzione/denuncia dell’illecito prima delle ispezioni disposte dall’Autorità fa sì che debbano considerarsi sempre e comunque inadeguati programmi di *compliance* che invece, sulla base di una valutazione *ex ante* relativa alle circostanze soggettive e oggettive dell’impresa e del mercato sussistenti al momento della loro predisposizione (e successivi aggiornamenti) nonché della relativa attuazione, avrebbero potuto ragionevolmente considerarsi idonei, efficaci e adeguati a prevenire illeciti *antitrust* della stessa specie di quelli oggetto del procedimento avviato dall’Autorità.
- 3.12 Sul punto, si ritiene opportuno richiamare i principi affermati in giurisprudenza con riferimento alla valutazione dei modelli organizzativi adottati dagli enti e dalle società ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, per i quali è richiesta “...una valutazione “*ex ante*”...” da parte dell’organo giudicante “...per accertare in concreto se, prima della commissione del fatto, l’impresa aveva adottato un modello di organizzazione e gestione che potesse considerarsi efficace per prevenire i reati poi verificatisi...” (Ufficio Indagini Preliminari Milano, 08 gennaio 2010, in Foro ambrosiano 2010, 3, 350).
- 3.13 Peraltro, ai fini della sussistenza dell’esimente prevista dal medesimo D.lgs. n. 231/2001, la giurisprudenza sembra richiedere, per le valutazioni di idoneità e adeguatezza relative a modelli organizzativi adottati “*ex ante*”, un minor rigore rispetto a quelli adottati “*ex post*” (ossia, a norma dell’art. 17 del D.lgs. n. 231/2001, dopo il verificarsi del reato “presupposto” e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado), i quali appunto presuppongono “...una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello “*ex ante*”, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell’apparato organizzativo e operativo dell’ente che hanno in concreto favorito la commissione dell’illecito...” (Tribunale Roma, 14 aprile 2003).
- 3.14 Alla luce di ciò, si ribadisce l’esigenza che l’Autorità deliberi espressamente di adottare un approccio di analisi che valuti l’effettiva idoneità e adeguatezza del programma di *compliance* sulla base delle circostanze soggettive e oggettive dell’impresa e del mercato rilevante sussistenti al momento della predisposizione, e dei successivi adattamenti, del programma medesimo, nonché alla luce della sua attuazione, non potendosi invece attribuire carattere dirimente, ai fini di tale valutazione, al fatto che detto programma non abbia permesso la scoperta “tempestiva” e l’interruzione/denuncia dell’illecito *antitrust* prima dell’inizio delle ispezioni da parte dell’Autorità.

3.15 Inoltre, sempre con riferimento ai rapporti tra domanda di clemenza e applicazione dell'attenuante relativa al programma di *compliance antitrust*, dalla lettura combinata dei par. 32 e 36 della corrente formulazione delle Linee Guida sembrerebbe potersi concludere – come già segnalato *supra* – che, ad eccezione dei casi in cui l'impresa presenti una domanda di clemenza, l'applicazione dell'attenuante del 15% per il programma “pre-avvio” è *de facto* possibile nei soli casi di restrizioni verticali e di abusi di posizione dominante già interrotti (grazie al programma di *compliance*) al momento dell'avvio dell'istruttoria. Con ciò circoscrivendo eccessivamente la portata della circostanza attenuante rappresentata dall'adozione dei programmi di *compliance*, potendo finanche disincentivarne l'utilizzo da parte delle imprese interessate, in contrasto con gli obiettivi delle Linee Guida medesime.

3.16 Alla luce di quanto esposto, si suggerisce pertanto di considerare l'opportunità che le valutazioni condotte dall'Autorità in merito all'adeguatezza del programma di *compliance* siano effettuate con un approccio *ex ante* che prenda in considerazione le caratteristiche dell'impresa e del mercato al momento dell'adozione (e successivi aggiornamenti) del programma, non ostando al riconoscimento dell'idoneità e adeguatezza la mancata tempestiva scoperta oltre che l'interruzione/denuncia dell'illecito prima delle ispezioni da parte dell'Autorità.

3.17 In subordine, e più nello specifico, si suggerisce in ogni caso di eliminare almeno il riferimento alla presentazione di un programma di clemenza come condizione necessaria, ove applicabile, al fine dell'applicazione dell'attenuante del 15% per il programma pre-avvio (di cui al par. 32) e come elemento dirimente ai fini della valutazione in merito all'adeguatezza del programma (ai sensi dei par. 35 e 36).

**(v) *Modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento da parte di imprese recidive (il par. 41)***

3.18 Il par. 41 delle proposte Linee Guida prevede che “...[n]essuna attenuante potrà essere concessa a un'impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di *compliance*. **Ciò anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento...**” (enfasi aggiunta).

3.19 Con riferimento a tale disposizione, si suggerisce di chiarire, a scanso di equivoci, che le modifiche in questione, considerate non rilevanti per il riconoscimento dell'attenuante connessa al programma di *compliance*, sono quelle eventualmente apportate dall'impresa a detto programma a seguito

dell'avvio del secondo procedimento istruttorio. Riferire dette modifiche, in alternativa, all'avvio del primo procedimento istruttorio, avrebbe infatti la (non condivisibile) conseguenza di eliminare ogni incentivo al miglioramento del programma di *compliance* da parte dell'impresa dopo l'accertamento di un illecito *antitrust*.

3.20 Ci si chiede inoltre se l'efficacia della previsione in commento non debba essere esclusa quantomeno nel caso di nuove infrazioni *antitrust* che, per le loro diverse caratteristiche, non possano essere collegate ad una confermata inidoneità del programma di *compliance* ad evitare il ripetersi di condotte uguali o simili a quelle sanzionate all'esito del primo procedimento da parte dell'Autorità.

**(vi) Nessuna presunzione di adeguatezza nel caso di un programma oggetto di impegni (par. 42)**

3.21 Con riguardo a questa previsione, ci si limita ad osservare come essa sembri essere una nuova manifestazione di un approccio valutativo *ex post* dei programmi di *compliance*.

3.22 In virtù della necessità – già sottolineata più volte – di valutare l'adeguatezza del programma *ex ante*, sarebbe invece ragionevole chiedere che vi sia una presunzione di adeguatezza del programma (nei suoi contenuti, benché non nella sua successiva applicazione) nel caso in cui lo stesso sia oggetto di impegni accettati dall'Autorità. Appare infatti opportuno che a questa valutazione preventiva dell'Autorità circa l'idoneità delle misure di *compliance* sottoposte al suo giudizio sia coerentemente attribuito un valore significativo anche successivamente, salva – s'intende – la prova dell'intervenuta inidoneità del programma (ad es. a fronte di intervenute e rilevanti modifiche dell'impresa e dei mercati in cui essa opera), ovvero della sua carente implementazione. Qualora lo scopo della previsione fosse quello di evitare una duplicazione del beneficio determinato a favore dell'impresa (chiusura senza infrazioni di un procedimento, circostanza attenuante in una istruttoria successiva) da uno stesso atto (l'adozione del medesimo programma), potrebbe valutarsi di escludere nelle Linee Guida la possibilità di accordare la riduzione per la circostanza attenuante per un periodo di tempo (es. 2 o 3 anni dall'accettazione dei rimedi in questione).

**(vii) Adozione ed implementazione del programma anche da parte delle società controllate (par. 43)**

3.23 Questa previsione potrebbe in qualche misura interferire con l'argomento difensivo di una completa indipendenza della società controllata rispetto alla

società madre (i.e. anche sul fronte della *compliance*) per il superamento della presunzione di *parental liability*.

3.24 Per evitare inopportune ed indesiderabili compressioni dei già angusti margini di difesa consentiti alle società controllanti (totalitarie), si ritiene quindi che, quantomeno, dovrebbe essere chiarito come la società controllata non debba necessariamente adottare lo stesso programma della capogruppo (anche alla luce del principio di adattamento delle misure alle proprie esigenze specifiche), e che la prima possa essere autonomamente promotrice e responsabile del proprio programma. Ciò coerentemente con un più ampio ragionamento difensivo nell'ambito del quale la *parent company*, a fronte del diligente accertamento circa il fatto che la controllata abbia dato adeguata importanza alla *compliance antitrust*, abbia lasciato quest'ultima libera nella concreta predisposizione di siffatte misure, non esercitando una influenza decisiva nella sua operatività.

***(viii) La considerazione dei programmi di compliance quale circostanza aggravante (par. 45-47)***

3.25 Infine, si esprimono perplessità circa la possibilità che una condotta di ostacolo alle attività di indagine (ai sensi dell'art. 22 delle Linee Guida sulle sanzioni) possa essere realizzata concretamente mediante un programma di *compliance*, a tacere delle difficoltà probatorie che, in ogni caso, sussisterebbero al riguardo.

3.26 Tali perplessità paiono confermate da una rapida disamina comparatistica. In particolare, l'Autorità *antitrust* francese, nelle proprie linee guida in materia, sottolinea come in nessun caso si possa tenere conto dell'esistenza di un programma di *compliance* come circostanza aggravante (quand'anche il *top-management* sia responsabile della violazione).<sup>6</sup>

3.27 Più nello specifico, con riguardo all'attuale testo delle Linee Guida, non risulta di agevole comprensione il par. 46. In particolare, non si comprende come l'Autorità terrà conto del beneficio della riduzione goduto in passato in sede di commisurazione dell'aggravante per recidiva. Dalla Relazione di accompagnamento (par. 79), così come dal tenore della sezione delle Linee Guida qui in commento, sembra dedursi che l'Autorità darà ancor più rilevanza, sul piano sanzionatorio, alla ricorrenza della recidiva; tuttavia, non è chiara la misura di questo impatto, e si ritiene che maggiori ragguagli al riguardo sarebbero di aiuto all'interprete.

\* \* \*

---

<sup>6</sup> Autorité de la Concurrence, *Framework Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*, 2012, par. 26.

Gli scriventi restano a disposizione dell'Autorità per qualsiasi chiarimento.

**23 maggio 2018**

**Freshfields Bruckhaus Deringer**