



ICLA Italia – In House Competition Lawyers’ Association

Consultazione pubblica: Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust

ICLA (In House Competition Lawyers’ Association¹) è un’associazione informale di esperti in-house di concorrenza che si incontrano periodicamente per dibattere le novità normative e giurisprudenziali e condividere *best practices* in materia, nell’ottica di migliorare nel continuo la conformità alla normativa.

L’associazione – che al momento può contare sull’apporto di più di 350 associati provenienti da 23 paesi – è attiva a livello europeo ed internazionale e opera in Italia attraverso ICLA Italia, di cui fanno parte attualmente circa 80 membri.

ICLA si compone di individui che partecipano all’associazione a titolo personale portando l’esperienza acquisita nei più svariati settori di mercato, a beneficio della diversità e complementarità delle prospettive.

Il presente documento di risposta rappresenta il punto di vista di alcuni membri di ICLA Italia.

1. Premessa

ICLA Italia desidera esprimere il proprio apprezzamento per la scelta dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) di porre in consultazione lo “Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust” con la finalità di individuare *best practices* per orientare le imprese nella concreta implementazione dei programmi di compliance, anche alla luce dei criteri che l’AGCM intende adottare nella valutazione di tali programmi ai fini del possibile riconoscimento di un’attenuante.

L’esplicitazione dell’orientamento dell’AGCM sugli auspicati contenuti del programma, sulle modalità implementative che ne assicurano l’adeguatezza ed efficacia e, altresì, sul contenuto della richiesta di valutazione e considerazione da parte dell’Autorità, certamente incrementa la certezza giuridica e prevedibilità delle decisioni.

L’iniziativa si pone in continuità, a livello locale, con le Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie dell’Autorità emanate nel

¹ Per maggiori informazioni si veda il sito istituzionale, www.competitionlawyer.co.uk.

2014² e, a livello internazionale, con le varie iniziative intraprese - a partire, in particolare, dal 2010³ - da un numero consistente di autorità e dall'industria⁴.

Lo slancio internazionale dell'AGCM di cui siamo stati testimoni nel corso dell'ultimo quinquennio, con un ruolo da protagonista in ambito di organismi internazionali quali l'*International Competition Network (ICN)*, lo *European Competition Network (ECN)* e l'*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, è stato senza dubbio fondamentale ed ha contribuito ad un ulteriore affinamento e incremento del dialogo con gli stakeholders a tutti i livelli. Esso ha prodotto, attraverso un dibattito costruttivo, risultati importanti come le Linee Guida oggi in consultazione.

Più di ogni altra cosa, la valutazione positiva delle iniziative tese a sedimentare e migliorare nel continuo un'effettiva e concreta cultura di compliance antitrust a livello aziendale, oltre a porsi come ulteriore stimolo alla competitività e legalità, riconosce gli importanti sforzi che negli anni l'industria ha compiuto nella diffusione della cultura di conformità in materia di concorrenza, anche attraverso la predisposizione di strumenti di gestione del rischio adeguati, robusti ed effettivi.

Artefici di questi sforzi sono in primis gli *in-house lawyers*, con un ruolo fondamentale in questo processo, soprattutto dal punto di vista della governance e presidi di controllo interni. Gli *in-house lawyers*, quotidianamente, sono impegnati all'interno delle aziende in un'attività di consulenza specifica a livello trasversale, su input del vertice aziendale, promotore principale delle iniziative. La conoscenza profonda dello storico dell'azienda, del livello e qualità della cultura sulla conformità e sulla opportunità di intervenire – ed eventualmente con quali modalità, mezzi e tempi – per migliorarla/incrementarla è l'elemento pivot su cui ruota il processo di compliance di ogni impresa.

Come tale, è opportuno tenere il ruolo degli *in-house competition lawyers* in debita considerazione, perché fondamentale anche nella scelta di un (eventuale) supporto esterno da parte di soggetti terzi, ove necessario come ulteriore ausilio al fine di identificare senza ritardo comportamenti suscettibili potenzialmente di violare le regole poste a tutela della libera concorrenza e mitigare il rischio ad essi associato.

2. Considerazioni su tematiche specifiche

Fermi restando i sinceri apprezzamenti per le modalità ed i contenuti di questa iniziativa dell'Autorità, ICLA Italia ritiene opportuno rappresentare, con estremo spirito costruttivo, una serie di aspetti che a valle della consultazione potrebbero essere ulteriormente affinati, e con essi l'utilizzo e applicabilità delle Linee Guida oggetto di consultazione.

² La consultazione ha visto la partecipazione di ICLA Italia, si veda a tale proposito http://www.agcm.it/component/joomdoc/contributo/Contributo_ICLA.pdf/download.html.

³ "Compliance and Competition policy" speech by Joaquín Almunia, (former) Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy 25 ottobre 2010 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm.

⁴ Tra gli altri, "ICC Antitrust Compliance Toolkit", International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/publication/icc-antitrust-compliance-toolkit/>.

- **Ruolo delle associazioni di categoria:** la Relazione Illustrativa dedica un paragrafo alle riunioni di associazioni di categoria in cui si specifica espressamente che, qualora un'impresa vi partecipi, in tal caso il programma di compliance risulterebbe essere adeguato soltanto nella misura in cui fosse in grado di scongiurare efficacemente l'impresa dal rischio di coinvolgimento in cartelli.

Sarebbe opportuno dal nostro punto di vista stemperare l'apparente negatività che la consultazione sembra ricollegare alle associazioni di categoria meglio bilanciandone il ruolo. Se, da un lato, le associazioni sono il luogo naturale di incontro tra concorrenti (elemento che può obiettivamente facilitare ma non essere il necessario presupposto di un cartello), dall'altro, è necessario riconoscere al mondo dell'associazionismo un ruolo pro-competitivo, di stimolo all'innovazione (e.g. promozione standard di sicurezza) e al dialogo costruttivo in sede di advocacy. Con molta probabilità, diverse associazioni – oltre ad ICLA Italia – hanno risposto alla presente consultazione fornendo spunti importanti la cui genesi è frutto, nella gran parte dei casi, del dibattito tra membri concorrenti.

Si condivide l'opportunità che il programma di compliance aziendale disciplini la partecipazione (attuale o eventuale) a riunioni di associazioni di categoria da parte di rappresentanti di imprese. Tuttavia, vale la pena altresì evidenziare che se l'Autorità ritiene effettivamente che vi sia un rischio antitrust connaturato alle associazioni, a maggior ragione le future Linee Guida dovrebbero promuovere ulteriormente l'adozione di programmi *in primis* da parte di queste ultime, in linea con le *best practices* internazionali in materia⁵.

Cio detto, vale la pena evidenziare - come dato di fatto degli ultimi anni - che numerose associazioni di categoria, in Italia ed all'estero, si sono proattivamente dotate di idonei strumenti e prassi comportamentali per garantire la compliance nell'ambito delle attività associative (inclusi naturalmente gli incontri tra associati), sovente sotto la supervisione di un esperto di settore.

Si segnala, a tale proposito, che ICLA ha sviluppato e rispetta in modo effettivo e concreto, nello svolgimento delle proprie attività, specifiche linee guida di compliance antitrust⁶.

- **Misure disciplinari e normativa locale giuslavoristica:** lo Schema di Linee Guida ricollega l'efficacia del programma di compliance anche all'esistenza di un sistema interno di misure disciplinari e incentivi adeguati.

Sebbene tali elementi siano in linea generale da accogliere con favore in quanto in grado di incrementare in ultima analisi la cultura di compliance aziendale – ed è per tale ragione che gran parte delle autorità e pratiche promosse dall'industria ne promuovono l'implementazione – è opportuno valutarne preliminarmente la concreta possibilità di implementazione in Italia, tenendo in considerazione il quadro normativo giuslavoristico

⁵ Si veda a tale proposito il paragrafo 3.2.2.3 "Associations, Trade Unions, and Standard Setting Organizations (SSOs)" delle Compliance Guidelines pubblicate dal CADE nel gennaio 2016, http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/compliance-guidelines-final-version.pdf/view.

⁶ http://www.competitionlawyer.co.uk/ICLA/Documents_files/Competition%20compliance.pdf.

italiano che non pare consentire in modo così immediato l'applicazione di misure disciplinari al dipendente (a differenza di altri ordinamenti)⁷.

- **Domanda di clemenza e programmi antitrust:** secondo lo Schema di Linee Guida affinché un programma di compliance efficace – i.e. in grado di portare alla sollecita scoperta e interruzione della violazione prima che l'Autorità abbia condotto ispezioni o comunque prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio – possa beneficiare di un'attenuante fino al 15%, è necessario che l'impresa (o l'associazione di imprese) abbia altresì presentato domanda di *leniency* – ove applicabile, i.e. se si tratta di un'intesa orizzontale segreta – a valle della scoperta dell'illecito.

Parimenti, il programma deve essere considerato manifestamente inadeguato - e quindi non beneficiare di riduzioni - se l'impresa (o l'associazione di imprese), a seguito della scoperta della richiamata tipologia di intesa, non ponga termine all'infrazione e non presenti altresì, in tempi brevi domanda di *leniency*.

Ad avviso di ICLA Italia non pare opportuno creare correlazioni fra la presentazione di una domanda di clemenza e la possibilità che l'efficacia di un programma di compliance antitrust venga valutato dall'autorità, subordinando la seconda alla prima circostanza. Tali strumenti rispondono infatti a logiche e presupposti diversi (strumento di autodenuncia/presidio di compliance antitrust) e meritano pertanto di essere trattati autonomamente.

Il rischio, qualora si voglia mantenere tale correlazione, è quello di inibire pesantemente investimenti in programmi di compliance antitrust. L'adeguatezza del programma - e con essa la possibilità di ottenere un'attenuante fino al 15% - dovrebbe infatti essere ricondotta alla robustezza del programma ed in definitiva alla minimizzazione o eliminazione del rischio antitrust, conseguente all'interruzione tempestiva dell'illecito.

- **Recidiva:** nel caso di impresa che abbia implementato un programma di compliance prima dell'avvio di un procedimento istruttorio per la successiva presunta violazione (incorrendo nella recidiva), non pare condivisibile la scelta di non riconoscere l'attenuante per il fatto di averne già beneficiato in passato, prescindendo da un'attenta valutazione caso per caso delle circostanze concrete e tipologia delle violazioni poste in essere (e.g. caso di recidiva semplice vs caso di recidiva aggravata).

Inoltre, per quanto riguarda nello specifico l'istituto e l'applicabilità della recidiva, come già rappresentato, taluni presupposti necessiterebbero di essere maggiormente precisati al fine di evitare situazioni di incertezza giuridica in sede di applicazione⁸.

- **Programmi oggetto di impegni:** nel caso di un programma di compliance oggetto di impegni resi obbligatori sulla base dell'articolo 14-ter della Legge 287/90, lo Schema di Linee Guida inibisce in toto la possibilità di invocare da parte dell'impresa, in un successivo procedimento, la presunzione di adeguatezza ed efficacia dello stesso.

⁷ Per certi versi, le medesime valutazioni sono replicabili in relazione ai modelli di reporting interno (e.g. *whistleblowing*) che, ad oggi, anche in ambito intracomunitario sono ancora oggetto di discipline spesso non allineate e talvolta confliggenti con ulteriori normative parimenti applicabili al caso concreto (e.g. data privacy).

⁸ Si veda la risposta di ICLA Italia alla consultazione dell'AGCM *sub* nota 2.

Ad avviso di ICLA Italia tale previsione dovrebbe essere stemperata fornendo all'impresa la possibilità di valutarlo presuntivamente, nel successivo procedimento istruttorio, quanto meno alla stregua di "programma non manifestamente inadeguato". Infatti, laddove tale programma si fosse rivelato inefficace e non adeguato, tale circostanza avrebbe dovuto sfociare in un procedimento di inottemperanza agli impegni precedentemente concordati con l'Autorità.

- **Programma come circostanza aggravante:** sebbene risulti chiara l'eccezionalità con cui un programma di compliance potrebbe essere considerato alla stregua di una circostanza aggravante dall'AGCM, sarebbe invece opportuno meglio specificare in quali circostanze il programma potrebbe essere considerato tale, in quanto presupposto di "condotte volte ad impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità".

ICLA Italia riconosce l'opportunità di circoscrivere la previsione a ipotesi precise e concretamente realizzabili, stante in particolare l'effetto che l'attuale indeterminatezza potrebbe procurare per le aziende in termini di certezza giuridica, e quindi inibire investimenti in compliance antitrust.

3. Considerazioni conclusive

La positiva considerazione dei programmi di compliance come possibile circostanza attenuante da parte dell'Autorità nel 2014, ha riconosciuto gli importanti sforzi che l'industria, a tutti i livelli, ha compiuto nella diffusione della cultura di conformità in materia di concorrenza. Essa ha avuto l'effetto di promuovere ulteriormente investimenti in questo ambito migliorandone l'efficacia e la robustezza nel continuo, innescando al contempo un circolo virtuoso a beneficio di tutte le parti interessate.

Lo Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust oggetto di consultazione si inserisce in questo solco, fornendo ulteriori fondamentali indicazioni alle aziende per la concreta implementazione di programmi di compliance antitrust in grado di prevenire efficacemente la commissione di violazioni della normativa rilevante a beneficio di una cultura aziendale orientata alla competitività, concorrenza e legalità.

Sono queste iniziative che permettono agli stakeholders, ad ogni livello, di riconoscere il valore dell'attività di advocacy dell'Autorità.

E' noto come in mercati sempre più globali anche le regole sulla concorrenza tendano a convergere ed armonizzarsi, inclusa la compliance antitrust e la valutazione che di questi sforzi viene data da parte delle autorità localmente o su base più ampia (e.g. Unione Europea). Da questo punto di vista ICLA Italia apprezza la chiara considerazione, nelle Linee Guida, delle *best practices* sviluppate dalla comunità antitrust internazionale – oltre che europea e nazionale – di cui l'Autorità fa parte, svolgendo da anni un ruolo di primaria importanza nel dibattito che ha portato a definire gli elementi base di un programma che, se correttamente disegnato e implementato dall'azienda, potrà essere valutato come efficace e robusto.

ICLA Italia auspica pertanto che tale processo di armonizzazione e convergenza nella disciplina e valutazione dei programmi di compliance continui, facendo leva sulla spinta internazionale dell'AGCM. L'International Competition Network, in particolare, pare la sede naturale di

continuazione di un dibattito iniziato a livello locale a metà degli anni 2000 ma che oggi, data la globalizzazione sempre più massiva del business e delle aziende, non può che essere oggetto di trattazione a livello di organizzazioni internazionali in sede di cooperazione.

Cooperazione che deve necessariamente considerare l'apporto che al dibattito contribuisce a fornire l'industria.

Vale la pena infine evidenziare che, in alcuni ordinamenti, come quello europeo e soprattutto italiano, le spinte alla globalizzazione vengono ribilanciate dalla presenza nel tessuto economico di piccole e medie imprese (PMI) che a differenza delle aziende di maggiore dimensioni spesso scontano ancora un divario a livello culturale e di disponibilità economiche che spesso si sostanzia in un freno agli investimenti in antitrust compliance.

Si tratta di una fetta importante di economia, che dovrebbe essere destinataria di supporti e iniziative mirate⁹, finalizzate alla presa di coscienza dell'applicabilità astratta *erga omnes* delle normative antitrust e sulla concorrenza - indipendentemente dalla quota, più o meno importante, detenuta nei mercati in cui si opera¹⁰.

* * * * *

Come noto all'Autorità, ICLA risulta da anni attiva nel dibattito avente ad oggetto i programmi di compliance antitrust e nella promozione fra i propri membri e sull'esterno della cultura di conformità alla normativa sulla concorrenza.

L'associazione ha sviluppato e rispetta in modo effettivo e concreto, nello svolgimento delle proprie attività, specifiche linee guida di compliance antitrust¹¹.

ICLA rimane ovviamente disponibile ad un ulteriore futuro coinvolgimento nelle iniziative che l'AGCM continuerà ad intraprendere sia a livello italiano che internazionale nell'ambito della compliance antitrust, fulcro della nostra attività di *in-house competition lawyers*.

⁹ Quali ad esempio, attività formative e/o informative da parte dell'Autorità (e, auspicabilmente, da parte delle associazioni di categoria di appartenenza), oltre alla creazione di uno sportello o call center dedicato per rispondere alle domande/dubbi più frequenti.

¹⁰ Si vedano a tale riguardo, inter alia, le risultanze emerse a valle della pubblicazione del "*Competition Culture Project Report*" (capitolo "*The Business Community*" pag. 19 ss.) prodotto dall'ICN Advocacy Working Group, presentato in occasione della 14° ICN Annual Conference tenutasi a Sydney tra il 29 Aprile e il 1° maggio 2015, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1035.pdf>.

¹¹ Si veda la nota 6.