

**Osservazioni relative allo schema di Linee Guida sulla
*Compliance Antitrust***

A) Considerazioni generali

Il 20 aprile 2018 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) ha pubblicato sul proprio sito l’avviso di apertura di una consultazione pubblica sullo schema di Linee Guida sulla *Compliance Antitrust*.

Nel ringraziare l’AGCM per l’opportunità di presentare osservazioni sullo schema di Linee Guida, lo studio Van Bael & Bellis si pregia di formulare le seguenti osservazioni, auspicando che esse possano contribuire alla predisposizione di un testo che coniughi l’interesse di *public enforcement* con la legittima aspettativa degli operatori volta ad un adeguato bilanciamento costi-benefici in relazione all’adozione ed attuazione di efficaci programmi di *compliance*.

B) Osservazioni di carattere generale

Lo schema di Linee Guida sembra operare una sostanziale equiparazione tra “adeguatezza” dei programmi di *compliance* e loro “efficacia”, nel senso che secondo l’AGCM sono da considerarsi “adeguati” solo i programmi che abbiano consentito di scoprire l’illecito oggetto del procedimento nel quale l’impresa chiede la riduzione della sanzione, prima dell’avvio del procedimento stesso. Ad esempio, al paragrafo 30 si afferma che un programma di *compliance* adottato prima del procedimento è da ritenersi *ipso facto* adeguato in quanto esso ha consentito la scoperta dell’illecito. Al contrario, il paragrafo 36 sembra suggerire che un programma che non abbia consentito la scoperta dell’illecito non possa considerarsi del tutto adeguato, tanto che esso è ammissibile come attenuante solo nel caso in cui sia modificato.

Tale impostazione logica, tuttavia, appare non pienamente condivisibile poiché l’adeguatezza di un programma di *compliance* in termini di prevenzione, deterrenza e quand’anche di capacità d’individuazione di

eventuali illeciti (potenzialmente anche diversi da quello oggetto del procedimento in cui l'impresa si trova coinvolta) dovrebbe essere valutata secondo parametri oggettivi, cioè in funzione delle caratteristiche del programma stesso menzionate nello schema di Linee Guida (contenuto, struttura, modalità di attuazione, modalità di aggiornamento, ecc.) piuttosto che sulla base di una valutazione contingente legata al fatto che il programma abbia o non abbia consentito la scoperta dell'illecito. Infatti, le possibilità di scoperta di un illecito dipendono da un gran numero di variabili – tra cui, ad esempio, le modalità di esecuzione dell'illecito stesso – e quindi non solamente dalla bontà del programma di *compliance*. Si pensi ad esempio al caso del dipendente infedele che si sia reso responsabile di condotte illecite tenute nascoste ai suoi diretti superiori, e persino ai suoi colleghi: tali condotte non sono sempre individuabili in anticipo rispetto all'azione dell'AGCM, nonostante la presenza di un serio programma di *compliance*. Pertanto l'avvio di un procedimento nei confronti dell'impresa interessata (che è peraltro un presupposto necessario affinché sorga l'esigenza di valutare il programma) è possibile anche in presenza di un programma di *compliance* affidabile, strutturato e teoricamente adeguato (secondo una valutazione *ex ante*) a identificare possibili pratiche illecite.

Occorre peraltro ricordare che l'avvio di un'istruttoria non equivale all'accertamento dell'illecito, che avviene (se del caso) solo col provvedimento finale. Poiché in base allo schema di Linee Guida (i) un programma che non abbia permesso la scoperta dell'illecito può beneficiare dell'attenuante solo qualora sia modificato, e (ii) tale modifica va presentata all'AGCM prima dell'adozione della CRI, ciò significa che le asserite lacune del programma e le eventuali modifiche da apportarvi dovrebbero sempre essere identificate con riguardo all'ipotesi di illecito delineata nel provvedimento di apertura, che tuttavia potrebbe non essere confermata dal provvedimento finale. Una tale impostazione, quindi, non consente un giudizio obiettivo sulla capacità del programma di scoprire presunti illeciti (che, si ricorda, secondo l'AGCM equivale *de facto* all'adeguatezza del programma stesso).

Pertanto, in ragione dei rilievi sopra formulati si ritiene che il giudizio sull'adeguatezza del programma di *compliance* dovrebbe essere sganciato

dalla circostanza che esso abbia o non abbia consentito la scoperta di un illecito, legandolo invece ad una valutazione obiettiva sulla struttura del programma stesso. Tale impostazione dovrebbe riflettersi in una disciplina più flessibile del trattamento premiale, in modo da incentivare realmente le imprese a dotarsi dei migliori meccanismi di *compliance* e, allo stesso tempo, permettere di calibrare la riduzione della sanzione alle caratteristiche del caso di specie.

C) Osservazioni sui singoli punti dello schema di Linee Guida

1. **Pag. 3 par. 12:** l’Autorità sottolinea l’importanza dell’attività formativa del personale per ciò che concerne il rispetto delle regole di concorrenza.

Per quanto attiene l’attività di formazione sarebbe consigliabile porre particolare enfasi sulla necessità che i programmi di *compliance* prevedano strumenti realmente efficaci di apprendimento dei principi antitrust da parte del personale. In particolare, dovrebbero essere incentivate le attività formative che prevedano un coinvolgimento effettivo del personale attraverso l’utilizzo di strumenti interattivi di semplice ed immediata comprensione.

In tal senso, sarebbe consigliabile ampliare la gamma degli strumenti esplicitamente menzionati dalle Linee Guida di cui le imprese possono avvalersi nell’ambito dell’attività formativa, includendovi - oltre ai tradizionali corsi di formazione, manuali, guide *ad hoc*, ecc. - anche i nuovi strumenti informatici messi a disposizione dall’innovazione tecnologica (programmi telematici per l’apprendimento interattivo, piattaforme di *e-learning*, ecc.).

2. **Pag. 3 par. 23:** in relazione ai programmi di *compliance* adottati prima dell’avvio del procedimento istruttorio, l’AGCM richiede che la relazione illustrativa spieghi dettagliatamente l’implementazione del programma medesimo.

La richiesta di fornire precise informazioni in merito ai “*motivi*” per cui l’impresa sia stata implicata nell’indagine e di indicare “*eventuali mutamenti della condotta oggetto di indagine in applicazione del programma di compliance*” sembra costituire un onere eccessivamente gravoso per

l'impresa, in quanto costringerebbe l'impresa stessa a prendere posizione su una serie di aspetti dell'istruttoria prima ancora di aver ricevuto la CRI. Addirittura, non può in linea di principio escludersi che, in talune circostanze, l'impresa si debba *de facto* auto-incriminare per beneficiare della circostanza attenuante, in violazione delle più elementari garanzie procedurali.

Si considera pertanto più appropriato che l'impresa sia tenuta esclusivamente ad illustrare le misure di attuazione del programma adottate dopo l'avvio del procedimento e le ragioni (di carattere generale) per cui tali nuove misure consentano di meglio raggiungere gli obiettivi del programma stesso.

3. **Pag. 4 par. 15:** l'AGCM sottolinea la necessità che il programma di *compliance* sia monitorato e, se del caso, aggiornato costantemente, così da risultare sempre in grado di prevenire illeciti anticoncorrenziali in maniera efficiente.

L'AGCM potrebbe fornire indicazioni di massima circa le tempistiche entro cui effettuare il monitoraggio del proprio sistema di *compliance*, onde eliminare un possibile fattore di incertezza.

4. **Pag. 4, par. 20:** l'Autorità rileva il possibile utilizzo di “*linee guida e manuali operativi*” quali “*atti di predisposizione del programma*” ovvero “*documentazione*” a sostegno della relazione illustrativa.

Si rimanda a quanto già argomentato *sub 1.* in merito alla necessità di prevedere la modernizzazione degli strumenti a disposizione dell'impresa nell'ambito dei meccanismi di *compliance*. Oltre agli strumenti “tradizionali” (manuali operativi, linee guida interne), le Linee Guida potrebbero menzionare gli strumenti informatici precedentemente indicati.

5. **Pagg. 6-7, par. 26, 31-33, 36:** l'AGCM quantifica la possibile riduzione della sanzione in base a tre scaglioni (15%, 10% e 5%) correlati all'efficacia del programma, cioè in funzione della scoperta-interruzione dell'illecito.

In coerenza con quanto illustrato *sub B*), ed un'ottica di maggiore flessibilità e - al tempo stesso - chiarezza, si suggerisce di delineare il trattamento premiale in modo da consentire una maggiore "individualizzazione" dell'attenuante in base alle caratteristiche del caso concreto.

Come già spiegato, l'entità dell'attenuante dovrebbe essere calibrata in base all'effettiva adeguatezza del programma di *compliance* (valutata secondo parametri oggettivi quali il suo contenuto e la sua concreta attuazione) e non solo in base alla circostanza che lo stesso abbia permesso l'individuazione di un illecito (che costituisce, semmai, un semplice *indice di efficacia*).

Tanto premesso, si osserva quanto segue:

- (i) sarebbe auspicabile individuare soltanto due soglie massime ai fini della riduzione della sanzione, a seconda che il meccanismo di *compliance* sia stato adottato prima (15%) o dopo (5%) l'avvio di un procedimento istruttorio. In questo modo:
 - a) si incentiverebbero le imprese a dotarsi di programmi di *compliance* senza attendere l'avvio di eventuali procedimenti;
 - b) l'esatta entità percentuale dell'attenuante sarebbe determinata in relazione all'adeguatezza complessiva del programma di *compliance*, valutata in base a parametri oggettivi: ciò spingerebbe le imprese a dotarsi in ogni caso di programmi completi e ben strutturati;
 - c) il fatto che il programma abbia o non abbia permesso l'individuazione e la fine dell'illecito prima dell'avvio dell'istruttoria sarebbe non già requisito per ottenere la riduzione massima, ma un semplice indice per la determinazione della percentuale della riduzione, alla luce delle caratteristiche del caso concreto;
- (ii) qualora un programma di *compliance* abbia consentito la scoperta di un illecito prima dell'avvio dell'istruttoria, la concessione dell'attenuante dovrebbe essere subordinata alla tempestiva cessazione dell'illecito stesso. Tale precisazione risponde ad

un'esigenza ovvia: non si può premiare con la concessione di un'attenuante un'impresa che, conscia di aver commesso una violazione, non si attivi per porvi fine;

- (iii) al contrario, non si ritiene opportuno subordinare l'ottenimento della circostanza attenuante a titolo di *compliance* alla presentazione della domanda di c.d. *leniency*, per ragioni essenzialmente sistematiche. Non bisogna, infatti, dimenticare che la *leniency* non è prevista per tutti gli illeciti *antitrust*, ma solo con riferimento alle intese orizzontali. Inoltre, la presentazione di una domanda di clemenza, per quanto possa certamente garantire un forte sconto sull'ammenda, non è certamente scevra da rischi per l'impresa interessata. Sarebbe quindi difficile immaginare che, in presenza di un illecito *antitrust*, in alcuni casi (accordi orizzontali) l'impresa sia tenuta ad auto-incriminarsi, mentre in altri casi (ad esempio, un abuso di posizione dominante) l'impresa possa limitarsi ad interrompere l'illecito per beneficiare dell'attenuante. Per tali motivi sarebbe preferibile tenere i due istituti (*leniency* e *compliance*) ben distinti sotto il profilo dello sconto sulla sanzione potenzialmente a disposizione delle imprese.

In conclusione, ogni impresa che dispone di un adeguato meccanismo di *compliance*, da valutarsi nella sua interezza in base a parametri oggettivi, dovrebbe aver diritto all'attenuante fino alle soglie massime previste (15% e 5%). Si ritiene che, in tal modo, le imprese siano maggiormente invogliate a predisporre meccanismi sempre più aggiornati e completi - e dunque anche efficaci - in modo da beneficiare di riduzioni maggiori.

6. **Pag. 8 par. 40 e 41:** il par. 40 prevede che un'impresa recidiva, dotata di un programma di *compliance*, possa beneficiare di una riduzione fino al 5% solo ove modifichi adeguatamente il programma dopo l'avvio dell'istruttoria. Ai sensi del par. 41, l'applicazione dell'attenuante è esclusa in caso di recidiva, ove l'impresa abbia già beneficiato in precedenza di una riduzione

della sanzione derivante dall'adozione di un programma di *compliance*.

Per quanto concerne la disciplina della recidiva, si osserva quanto segue:

- (i) l'istituto è già autonomamente preso in esame ai fini del calcolo dell'importo-base della sanzione (punto 22 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);
- (ii) l'applicazione della norma di cui al par. 41 disincentiverebbe le imprese ad investire nei programmi di *compliance*, una volta che sono state destinatarie di una sanzione *antitrust* ridotta per effetto della *compliance*.

Si auspica pertanto che all'impresa recidiva venga applicata la disciplina generale proposta al punto *sub 5* (applicazione delle soglie del 15% o del 5%, a seconda che il meccanismo di *compliance* sia stato adottato prima o dopo l'apertura dell'istruttoria relativa alla seconda violazione). L'esclusione da qualsiasi attenuante dovrebbe essere limitata al solo caso in cui l'impresa recidiva, pur avendo già beneficiato di una riduzione in virtù di programma di *compliance*, non abbia provveduto a modificarlo in modo adeguato. In tal modo resterebbe fermo il principio secondo cui un medesimo programma di *compliance*, in assenza di modifiche sostanziali, non può beneficiare due volte dell'attenuante.

Lo studio Van Bael & Bellis resta a disposizione per qualsiasi chiarimento si rendesse necessario e ringrazia nuovamente codesta Autorità per l'occasione concessagli.