

**Consultazione pubblica dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
sullo schema di “Linee Guida sulla *compliance* antitrust”**

Commenti di Intesa Sanpaolo S.p.A.

Premessa

Intesa Sanpaolo S.p.A. (di seguito “ISP”) è il gruppo bancario nato nel 2007 dalla fusione di Banca Intesa S.p.A. e Sanpaolo IMI S.p.A., due grandi realtà bancarie italiane caratterizzate da valori comuni. ISP si colloca tra i più importanti gruppi bancari dell’eurozona ed è attivo in Italia nei principali settori di attività bancaria e finanziaria (*retail, corporate e wealth management*). Inoltre, ISP rientra tra i principali gruppi bancari in diversi Paesi del Centro-Est Europa e nel Medio Oriente e Nord Africa.

Sin dalla fusione, ISP si è caratterizzata come una delle imprese più attive in tema di *compliance* (di seguito anche “*conformità*”) antitrust, ciò anche in virtù degli impegni resi obbligatori dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche “AGCM” o “Autorità”) con la decisione di approvare la fusione Banca Intesa/Sanpaolo IMI, che prevedevano l’adozione di un programma di *compliance* antitrust e la creazione di un *team* a ciò dedicato¹.

I. Commenti generali

ISP esprime apprezzamento per l’iniziativa dell’Autorità di sottoporre a consultazione pubblica lo schema di “Linee Guida sulla *compliance* antitrust” (di seguito le “Linee Guida”) e di uniformarsi alle c.d. *best practice* europee e internazionali² per quanto concerne le modalità di definizione e adozione di linee guida in materia di *compliance*. La previsione di tali Linee Guida risponde a un auspicio manifestato già in occasione della ricomprensione dei programmi di *compliance* antitrust nel compendio delle condizioni attenuanti per il calcolo della sanzione³, e la scrivente lo interpreta come un ulteriore manifesto e consapevole riconoscimento degli sforzi posti in essere dall’industria per la diffusione sempre più capillare di una cultura di conformità antitrust.

In una cornice di certezza del diritto, che tali Linee Guida certamente contribuiscono a rafforzare, i vantaggi derivanti dall’adozione e dall’attuazione di un programma di *compliance* efficace sono

¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 20 dicembre 2006, Provvedimento n. 16249, C8027 - BANCA INTESA/SANPAOLO IMI.

² In questo senso, si intende sottolineare il ruolo fondamentale che fino ad oggi ha avuto per il mondo dell’impresa il c.d. *compliance toolkit* preparato dall’International Chamber of Commerce (ICC) nel 2013 (ICC, *The ICC Antitrust Compliance Toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies*, 2013, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf>).

³ 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 (22 ottobre 2014).

maggiori rispetto ai costi che ne discendono; per tale ragione ISP concorda con l’affermazione dell’Autorità che le Linee Guida “*stimoleranno la promozione e la diffusione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale*”⁴. Proprio in virtù del valore che si attribuisce al principio generale della certezza del diritto, pur ribadendo il vivo apprezzamento per l’iniziativa dell’Autorità e per i contenuti proposti nelle Linee Guida, ISP intende tuttavia presentare alcune puntuali considerazioni relativamente ad alcuni punti del documento meritevoli di attenzione e di ulteriore affinamento.

II. Il contenuto del programma di compliance antitrust

Si ritiene di fondamentale importanza che il programma di *compliance* antitrust sia posto in essere e implementato tenendo in considerazione le specificità del mercato nel quale l’impresa è attiva. ISP concorda dunque con l’Autorità nel sostenere l’inapplicabilità del principio “*one-size fits all*”, poiché le esigenze e i mezzi possono variare sensibilmente a seconda della dimensione, della natura e del settore di attività delle imprese.

Ciò detto, è d’altra parte vero che un programma di *compliance*, perché possa essere efficace, deve dotarsi di alcuni elementi fondamentali, che dovranno trovare naturalmente attuazione in coerenza con il contesto specifico in cui opera l’impresa e con le caratteristiche della stessa.

II.1 La compliance antitrust come parte integrante della cultura e della politica aziendale

2

ISP concorda nel ritenere che elementi fondamentali e imprescindibili di qualsiasi programma di *compliance* antitrust siano (i) il coinvolgimento e l’impegno dei vertici aziendali e (ii) l’individuazione di risorse dedicate all’attuazione del programma (il **responsabile del programma**).

A tale ultimo riguardo, laddove si individua come necessario il riconoscimento in capo a quest’ultimo di autonomia e indipendenza nello svolgimento dei propri compiti, ISP ritiene nient’affatto superfluo suggerire che – mutuando quanto fatto da altre Autorità della concorrenza – tra i requisiti necessari in capo al responsabile del programma sia espressamente ricompreso il **conferimento effettivo dei poteri necessari** – oltre che delle risorse – per poter presidiare il rispetto della normativa antitrust, per assicurare che il ruolo del responsabile del programma non si riduca all’attività di controllo e reporting, senza alcuna possibilità di agire per la gestione, l’implementazione e il miglioramento del programma stesso.

Infatti, la previsione della figura del responsabile del programma di per sé, seppur compendiata dalla previsione di un riporto diretto ai vertici aziendali, può non essere sufficiente a garantirne l’efficacia, ancor più nelle realtà aziendali di grandi dimensioni o di natura internazionale.

⁴ Relazione illustrativa dello schema di linee guida sulla *compliance* antitrust, punto 3.

II.2 Attività di formazione e know-how

Per quanto riguarda l'elemento della formazione, ISP concorda nel ritenere che la predisposizione di un Manuale non può di per sé considerarsi sufficiente alla diffusione della cultura di *compliance* e che è fondamentale istituire programmi di formazione e di aggiornamento periodico. A tale riguardo, un unico suggerimento riguarda **l'opportunità di valorizzare – insieme alle attività di formazione tradizionali – in senso più ampio le iniziative di sensibilizzazione, o meglio di formazione smart**. Infatti, le nuove tecnologie stanno profondamente modificando l'approccio delle persone alla formazione e si ritiene pertanto opportuno che gli investimenti sostenuti dalle imprese per innovare i canali di diffusione della cultura antitrust trovino spazio e riconoscimento anche in sede di valutazione del programma di *compliance* antitrust.

II.3 Sistema di incentivi

Per ciò che attiene alla possibilità di prevedere nei programmi di conformità alla normativa della concorrenza **sistemi premiali e sanzioni disciplinari**, ISP sottolinea innanzitutto come la praticabilità di una tale previsione debba essere valutata alla luce del (prevalente) quadro normativo giuslavoristico.

Ferme restando le perplessità sopra esposte circa la percorribilità della previsione di incentivi e misure disciplinari, ISP desidera inoltre richiamare l'attenzione dell'Autorità sulla opportunità di una tale previsione, che rischierebbe di snaturare e svilire, anziché rafforzare, il valore dei programmi di *compliance* antitrust. Infatti, ad avviso della scrivente, da un lato la previsione di incentivi rischierebbe di ingenerare dubbi circa il carattere "ordinario" e non "straordinario" del rispetto e dell'osservanza delle regole (di concorrenza, in questo caso); dall'altro, l'introduzione di misure disciplinari indebolirebbe anziché rafforzare gli sforzi – sottesi all'adozione e implementazione di un programma di *compliance* antitrust – volti a diffondere una vera e propria cultura antitrust in azienda, minando anche la capacità dell'impresa di intercettare, bloccare ed eventualmente riportare all'Autorità le condotte illecite.

Ad abundantiam, si sottolinea come tutte le considerazioni sopra esposte debbano considerarsi a maggior ragione valide laddove l'Autorità consideri la possibilità – suggerita dalle Linee Guida – di definire incentivi e misure disciplinari per il responsabile del programma di *compliance*, "affinché questi sia adeguatamente motivato ad assicurare la piena operatività ed efficacia del programma stesso"⁵. A tale ultimo riguardo, ISP intende inoltre manifestare il proprio scetticismo rispetto alla *ratio* sottostante nonché alla base giuridica idonea a legittimare l'inserimento nei programmi di *compliance* antitrust di una simile previsione: essa sembrerebbe infatti considerare quella del responsabile del programma come un'obbligazione di risultato piuttosto che di mezzi. Invero, se è legittimo presumere che il responsabile del programma usi la diligenza necessaria nello svolgimento del proprio incarico, ad avviso della scrivente non è ugualmente legittimo presumere l'esistenza di un rapporto di causalità necessaria tra l'attività da questi svolta (per l'attuazione del programma di

⁵ Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, punto 14.

conformità) e l'esito della stessa, muovendosi il responsabile del programma in un contesto – quello aziendale – costellato di fattori estranei e concomitanti, da quest'ultimo non dominabili.

III. La richiesta di valutazione del programma ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attenuante

ISP valuta positivamente l'intenzione dell'Autorità di formalizzare e tipizzare la documentazione necessaria (**relazione illustrativa e documentazione a supporto**) per richiedere il riconoscimento dell'attenuante in caso di violazioni della normativa della concorrenza. È altresì positiva la specificazione che l'Autorità propone del contenuto della relazione illustrativa, attraverso la quale le aziende che intendono beneficiare della riduzione della sanzione devono chiarire perché il programma di *compliance* è adeguato e idoneo a ridurre il rischio antitrust. Unitamente all'esplicitazione dell'orientamento dell'Autorità sugli auspicati contenuti del programma di *compliance*, tali previsioni accrescono la certezza giuridica e la prevedibilità delle decisioni del Garante.

Ciò premesso, ISP osserva che, con preciso riferimento alle aziende che hanno adottato i programmi prima dell'avvio del procedimento istruttorio, le Linee Guida richiedono alle imprese di indicare “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”⁶.

In questo senso, ISP intende segnalare la difficoltà insita nello spiegare i motivi per cui l'impresa si sia trovata coinvolta in una presunta violazione, nonostante l'adozione di un programma di *compliance*. Invero, si evidenzia come la presentazione della richiesta di valutazione si collochi temporalmente in un momento in cui la violazione della normativa antitrust è solo “presunta” dall'Autorità e non ancora accertata. Qualora l'impresa intendesse comunque evidenziare gli sforzi posti in essere per mitigare il rischio di violazioni della normativa e presentare la documentazione a supporto richiesta, ciò equivarrebbe nella sostanza ad un'auto-incriminazione, scoraggiando la presentazione di qualsiasi richiesta⁷.

4

IV. Il trattamento premiale dei programmi di compliance adottati dopo/prima l'avvio del procedimento istruttorio

ISP esprime apprezzamento per l'approccio dell'Autorità, volto a valorizzare i programmi di *compliance* ai fini della riduzione delle sanzioni, sia nel caso in cui essi siano adottati *ex novo* dopo l'avvio del procedimento istruttorio, sia nel caso in cui siano stati già adottati prima dell'avvio dell'istruttoria.

⁶ Linee Guida, *cit.*, punto 23.

⁷ In questa sede è opportuno soltanto ricordare che il principio generale di divieto all'auto-incriminazione trova pacifica applicazione anche nel diritto della concorrenza, tanto nazionale quanto comunitario (Tribunale di primo grado dell'Unione europea sentenza 20 aprile 1999, Cause riunite T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, ECLI:EU:T:1999:80, p. 457, e Consiglio di Stato sentenza 23 aprile 2002, n. 2199, *RC Auto*).

In questo senso, ISP loda l'intenzione dell'Autorità di riconoscere valore ai programmi di conformità adottati prima dell'avvio dell'istruttoria e **non manifestamente inadeguati**, ma coglie l'occasione della presente consultazione per evidenziare l'opportunità di rimuovere la prospettata differenziazione tra programmi "efficaci" e "non manifestamente inadeguati", in favore di un trattamento premiale unico fino al 15%, indipendente dal momento in cui sia avvenuta la scoperta dell'illecito e connessa invece alla adeguata integrazione del programma e all'attuazione di modifiche sostanziali. A tale ultimo proposito, ISP concorda certamente con l'Autorità sull'importanza di riconoscere – ai fini dell'attenuante – un ruolo centrale all'apporto di "modifiche sostanziali"⁸ o di "integrazioni adeguate"⁹ ai programmi di *compliance* esistenti ai tempi della presunta violazione.

Tuttavia, nella qualificazione e valutazione della sostanzialità delle modifiche e dell'adeguatezza dell'integrazione, si evidenzia la necessità di tenere conto dei tempi necessari all'interno di organizzazioni aziendali complesse, al fine di considerare idonee anche **azioni rapide**, quali formazioni e *due diligence ad hoc*. Infatti, se da una parte il breve intervallo di tempo intercorrente tra l'avvio del procedimento istruttorio e la CRI rende sicuramente possibile l'attuazione di iniziative di miglioramento del programma esistente, le medesime tempistiche non si conciliano con i processi necessari affinché le modifiche vengano integrate e formalmente recepite nella documentazione costitutiva del programma di *compliance*. È di tutta evidenza che si renderebbe impossibile apportare una "modifica sostanziale" o una "integrazione adeguata" al programma di *compliance* nei tempi richiesti dalle Linee Guida, qualora tale modifica o integrazione dovesse essere formalmente riportata nella documentazione ufficiale dell'azienda.

5

Inoltre, con riferimento al rapporto fra *compliance* e *leniency*, nei casi in cui tale istituto è applicabile, ad avviso della scrivente appare **ingiustificata la qualificazione come "manifestamente inadeguati"** di quei programmi di conformità che (ai sensi del **punto 35** delle Linee guida) non abbiano permesso la presentazione della domanda di clemenza, pur avendo – al contrario – garantito l'individuazione e l'interruzione dell'illecito.

Pertanto, ISP suggerisce di **non subordinare il riconoscimento dell'attenuante alla presentazione della domanda di clemenza** (punti 32 e 35), rispondendo i due istituti a logiche diverse.

⁸ Linee Guida, *cit.*, punto 33, in riferimento ai programmi manifestamente inadeguati.

⁹ Linee Guida, *cit.*, punto 36, in riferimento ai programmi non manifestamente inadeguati.

V. *Impresa recidiva*

Come già sottolineato in occasione della consultazione sulle Linee Guida sulla determinazione della sanzione adottate dall’Autorità nel 2014¹⁰, per una maggiore certezza del diritto, ISP sottolinea innanzitutto la necessità di precisare nelle Linee Guida che, **al fine di valutare l’esistenza di una recidiva, la nuova infrazione deve essere fondata sul medesimo presupposto giuridico e la medesima qualifica legale della precedente infrazione.**

Inoltre, nel caso di **società appartenenti allo stesso Gruppo**, ISP ritiene fondamentale che, per qualificare come recidiva un’impresa, le Linee Guida si adeguino all’orientamento della giurisprudenza comunitaria, secondo cui ai fini della recidiva è necessario che le infrazioni siano state commesse dalla stessa impresa destinataria, in un momento precedente, di contestazione di addebiti e pronuncia di condanna¹¹. Pertanto, ISP ritiene di fondamentale importanza che l’AGCM espliciti nella versione definitiva delle Linee Guida che **la nozione di impresa recidiva debba essere riferita alla singola entità giuridica che ha commesso la prima violazione** alla normativa antitrust e, di conseguenza, non ad altre entità giuridiche, appartenenti al medesimo gruppo, che hanno agito successivamente in maniera illecita.

VI. *Programmi di compliance e impegni ex art. 14-ter della legge 287/1990*

Con particolare riferimento ai programmi di *compliance* adottati dall’impresa nell’ambito di impegni assunti con l’Autorità ai sensi dell’art. 14-ter della legge 287/1990, l’attuale testo delle Linee Guida chiarisce che vi è una **assenza di presunzione** di adeguatezza per tali programmi. ISP, da parte sua, ritiene che i programmi di conformità adottati a seguito di impegni dovrebbero invece essere almeno considerati, per loro natura, come **non manifestamente inadeguati**, a meno che non vi siano ragioni oggettive per ritenerli tali.

VII. *La considerazione dei programmi di compliance quale circostanza aggravante*

Infine, in merito alla possibilità di considerare un programma di *compliance* come aggravante in caso di presunte violazioni antitrust, l’Autorità dovrebbe tenere in debita considerazione che, qualora un programma di *compliance* avesse la conseguenza di impedire o ostacolare le indagini, tale programma non deterrebbe neppure le caratteristiche minime per poter essere considerato a monte come strumento di *compliance*. Pertanto, per evitare confusione sulla reale finalità dei programmi di conformità al diritto della concorrenza, ISP propone di eliminare tale ipotesi di

¹⁰ Commenti di Intesa Sanpaolo S.p.A. alla Consultazione pubblica sulle Linee Guida relative alla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni irrogate dall’Autorità in materia di concorrenza 15 maggio 2014.

¹¹ Il giudice dell’Unione europea, infatti, ha evidenziato come due società appartenenti allo stesso gruppo, che hanno entrambe violato la normativa antitrust in due momenti diversi, non debbano essere considerate responsabili di un’infrazione precedente per la quale esse non sono state direttamente sanzionate dalla Commissione e rispetto alla quale non sono state in grado di presentare i loro argomenti per contestare l’eventuale esistenza di un’unità economica con la società destinataria della prima decisione. Sul punto si veda Tribunale dell’Unione europea sentenza 27 marzo 2014, Cause T-56/09 e T-73/09, ECLI:EU:T:2014:160, pp. 312-320.

aggravante dalle Linee Guida, ritenendo, peraltro, sufficiente quanto già previsto dalle Linee Guida sulle sanzioni adottate a fine 2014¹².

VIII. Ulteriori considerazioni

Da ultimo, ma non per importanza, ISP rileva come le Linee Guida appaiano destinate esclusivamente alle imprese e non anche alle associazioni di categoria. Fermo restando il ruolo indiscutibilmente benefico e pro-concorrenziale delle associazioni di categoria, ISP ritiene opportuno che le Linee Guida menzionino espressamente i programmi di *compliance* delle **associazioni di categoria**, i quali potrebbero rappresentare un utile strumento di prevenzione degli illeciti antitrust. Ciò può essere ancor più vero per le imprese di minori dimensioni che, in ragione delle limitate risorse in loro possesso, potrebbero trarre grande beneficio da un programma di conformità in prima battuta adottato dalle associazioni di categoria a cui aderiscono.

Considerazioni finali

In conclusione del presente contributo, ISP intende evidenziare nuovamente il suo apprezzamento per l'iniziativa dell'Autorità, lodandone l'ispirazione. Ad ogni modo, i suggerimenti sopra indicati sarebbero in grado – a parere della scrivente – di migliorare ulteriormente le Linee Guida ora in consultazione, ponendo altresì l'Italia all'avanguardia fra le giurisdizioni che si sono impegnate in analoghe iniziative. ISP resta, ovviamente, a completa disposizione dell'Autorità per eventuali precisazioni e per ulteriori commenti sulle Linee Guida.

Milano, 29 Maggio 2018

Antitrust Affairs

Direzione Centrale Institutional Affairs

Chief Institutional Affairs and External Communication Officer

¹² Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni, *cit.*