

COMMENTI E OSSERVAZIONI DEL GRUPPO A2A AL DOCUMENTO PER LA CONSULTAZIONE PUBBLICA: *LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST*

Con il presente documento il Gruppo A2A esprime le proprie considerazioni in relazione alle proposte illustrate dall'Autorità relativamente alle **Linee Guida sulla compliance antitrust** (nel seguito: Linee Guida) nell'ambito della consultazione pubblica avviata con il Provvedimento n. 27117, con cui l'Autorità ha inteso fornire alle imprese un orientamento circa:

1. la **definizione** del **contenuto** del **programma di compliance e degli strumenti a supporto**;
2. le modalità per la presentazione della **richiesta** dell'Operatore all'Autorità di **considerazione e valutazione** del **programma** ai fini del riconoscimento dell'eventuale **attenuante**;
3. i **criteri** che intende adottare nella **valutazione** del programma, ai fini del riconoscimento dell'attenuante.

Nel seguito alcune osservazioni puntuali e proposte di integrazione in merito a taluni aspetti contenuti nella documentazione pubblicata.

Sistemi incentivi/penalità

Le Linee Guida in consultazione evidenziano la necessità che il programma di compliance sia accompagnato da un adeguato *sistema di misure disciplinari ed incentivi funzionali al rispetto del programma e delle norme a tutela della concorrenza*.

Applicazione delle penalità: in quale contesto e in quale fase del procedimento

Premesso che la scrivente ritiene che la conformità delle condotte alle disposizioni normative di riferimento sia una responsabilità del dipendente, ad ogni livello di operatività, nel seguito si evidenziano alcune perplessità in merito alle caratteristiche di un sistema incentivante che possa essere ritenuto adeguato.

Rispetto a quanto prospettato nelle Linee Guida relativamente all'incentivazione delle condotte *compliant* con le disposizioni antitrust, si ritiene più appropriato per il conseguimento di tale finalità l'impiego di strumenti *disincentivanti* la violazione, quali misure di penalizzazione, individuate in ragione del comportamento non *compliant* posto in essere dal dipendente oltre che del relativo ruolo operativo.

Peraltro, l'esperienza passata evidenzia che il mero avvio di un'istruttoria non possa essere considerato di per sé indice di un comportamento non *compliant*. Le istruttorie possono, infatti, essere avviate sulla base di segnalazioni che si rivelano poi infondate - anche per questo motivo non costituiscono una variabile nel controllo dell'operatore - e possono concludersi con provvedimenti che in base alle verifiche dell'Autorità sanciscano la violazione, avverso ai quali l'operatore può opporsi ricorrendo alla giustizia amministrativa.

Di conseguenza pare evidente che il disincentivo non debba poter condizionare la remunerazione del dipendente fino alla scadenza dei termini per l'eventuale contestazione in sede amministrativa del deliberato dell'Autorità o fino a chiusura del procedimento giurisdizionale che l'operatore oggetto del provvedimento abbia ritenuto di attivare in considerazione dell'esito delle valutazioni

dell'Autorità. E' solo all'intervento del giudicato che le misure disincentivanti dovrebbero poter trovare applicazione.

Applicazione degli incentivi: in quale contesto e in quale fase del procedimento

Si ritiene, invece, che le misure *incentivanti* dovrebbero trovare applicazione al fine di stimolare le azioni volte alla piena operatività del programma stesso e al suo continuo miglioramento – azioni *preventive* dell'illecito antitrust poste in essere dal Responsabile dell'attuazione del programma nonché, con riferimento ai Gruppi di società, dai vertici del Gruppo e dai responsabili delle società che lo compongano, opportunamente sensibilizzati al riguardo dal Responsabile dell'attuazione del programma stesso.

Si ritiene, pertanto, che le Linee Guida dovrebbero prevedere che le misure di incentivazione/penalizzazione possano trovare applicazione tenendo in considerazione quanto sopra evidenziato.

Partecipazione alle riunioni delle associazioni di categoria

Si ritiene opportuno venga valorizzata dalle Linee Guida la previsione da parte delle aziende di una modalità operativa per cui i rapporti con le associazioni siano curati da personale non direttamente coinvolto nel business. Questa costituisce una misura di presidio rispetto al rischio di illecito antitrust individuato in relazione alla partecipazione degli operatori alle riunioni delle associazioni: in questo modo si riduce il numero delle occasioni di contatto diretto tra il personale delle diverse associate responsabile delle attività di business delle rispettive aziende, limitando lo scambio di informazioni che potrebbero essere utilizzate per finalità non concorrenziali e occasioni di contatto che potrebbero dar luogo a comportamenti anticompetitivi.

Per i casi in cui, invece, fosse opportuna la partecipazione del personale direttamente coinvolto nelle attività di business, si condivide l'attenzione posta dalle Linee Guida alle previsioni del Codice in merito all'introduzione di norme comportamentali di riferimento.

Sia per il personale non direttamente coinvolto nel business che per il personale direttamente coinvolto nel business, peraltro, si condivide la necessità e opportunità di una specifica formazione rispetto alle finalità presidiate dal programma di compliance antitrust dell'azienda.

Valorizzazione del presidio costituito da eventuali procedure aziendali finalizzate alla riduzione del rischio di illeciti antitrust

Si ritiene che le Linee Guida dovrebbero valorizzare l'efficacia di procedure di Gruppo che, seppure non completamente strutturate secondo le prescrizioni del regolamento rilevante ai fini dell'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni irrogate dall'Autorità, abbiano costituito riferimento/presidio efficace per la prevenzione o la riduzione del rischio di illeciti antitrust, in quanto elaborate in considerazione del contesto di mercato in cui l'Operatore si muove e per i quali l'operatore stesso sia in grado di attestare l'applicazione.

I criteri di riferimento sarebbero, infatti, in tale contesto del tutto comparabili a quelli proposti dal documento in consultazione per la redazione del Codice, anche se per contenuti e caratteristiche i documenti non potrebbero essere qualificabili come tali.

Laddove fosse poi dimostrato che tali procedure siano state attuate in modalità tali da renderne efficace il presidio (ad esempio con l'organizzazione di corsi di formazione, la condivisione con il personale dirigente delle finalità del progetto), tali strumenti potrebbero essere considerati alla

stregua di codici di compliance, e dunque poter condurre a sconto sull'importo delle sanzioni.

Si auspica, pertanto, che il documento possa integrare anche questa tra le fattispecie per le quali venga individuata una percentuale massima di sconto.

Adozione del Codice Compliance da parte delle singole società del Gruppo

Le Linee Guida in consultazione indicano che con riferimento ai gruppi di società, nell'ambito di procedimenti antitrust che coinvolgono anche la controllante, affinché il programma di compliance della capogruppo possa ritenersi adeguato, esso deve essere adottato ed implementato a livello di gruppo, sia da parte della società capogruppo, sia da parte delle controllate. Il testo precisa, inoltre, che l'adozione di un programma di compliance da parte della capogruppo non potrà essere adottato dalla stessa quale elemento sufficiente a sottrarsi alla responsabilità per la condotta anticoncorrenziale della sua controllata.

Stante quanto sopra richiamato in merito all'inidoneità del programma adottato dalla capogruppo a proteggerla dalla contestazione dell'illecito antitrust eventualmente posto in essere dalla sua controllata, pare contraddittorio che venga richiesta l'adozione del codice da parte di tutte le società del Gruppo.

Se, infatti, la direzione e il coordinamento sono considerate sufficienti dall'Autorità per l'imputabilità alla controllante della condotta della controllata, analogamente dovrebbero esserlo per la valorizzazione a vantaggio della controllata del programma adottato dai vertici del Gruppo, che nelle intenzioni dei vertici stessi sia considerato vincolante per tutte le società che ne sono parte.

Si ritiene, pertanto, che tale vincolo debba essere espunto dalle Linee Guida.

Percentuali di riduzione dell'importo delle sanzioni

In relazione a quanto proposto dall'Autorità in termini di tetto alla riduzione degli importi delle sanzioni applicabile in ciascuno degli scenari individuati dal documento in consultazione, riteniamo che sarebbe opportuno valutare un innalzamento dei valori soglia.

Ci sembra, infatti, che stanti tali riferimenti molte imprese nazionali potrebbero non ritenersi adeguatamente incentivate all'adozione di un programma di compliance, sostanzialmente contrastando il perseguimento delle finalità della misura.

La Relazione che accompagna il documento in consultazione motiva la valorizzazione dei cap prospettata riconducendoli a quelli in uso da parte delle principali Autorità Antitrust nazionali europee: peraltro, tali best practice non dovrebbero essere mutate per il nostro Paese, senza un relativo adeguamento alle peculiarità del tessuto imprenditoriale italiano, caratterizzato da una taglia mediamente più piccola di quella che si può osservare per il resto dei Paesi EU.

In un contesto come questo, infatti, il costo che il singolo operatore dovrebbe sostenere per l'adozione, l'applicazione e il continuo aggiornamento di un programma adeguato (non proporzionale alle dimensioni del soggetto) potrebbe risultare coperto solo in minima parte dalla riduzione della sanzione eventualmente irrogata nei suoi confronti in esito ad un procedimento.

Ci pare particolarmente indicativo a questo riguardo quanto osservato con riferimento all'attuazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 231/01 in merito all'adozione di un Modello Organizzativo Gestionale, che pure potrebbe risultare completamente esimente per la società,

evitandole in toto qualsiasi possibile conseguenza sanzionatoria. E' noto che la stragrande maggioranza delle piccole e medie imprese italiane non ha adottato un Modello, a causa della complessità e onerosità dell'adempimento. Sembra ragionevole prevedere che solo un livello significativamente appetibile della percentuale di sconto dell'ipotetica sanzione antitrust possa motivare imprese non di grandi dimensioni ad elaborare, adottare e applicare effettivamente un programma di compliance antitrust.

Efficacia del programma nella prevenzione dell'illecito: verifica preventiva e compendio delle best/worst practice

In chiusura un'ulteriore riflessione: le Linee Guida in consultazione non contemplano la possibilità per l'operatore di richiedere all'Autorità una valutazione preventiva del programma, che sarebbe opportuna allo scopo di finalizzarne al meglio i contenuti e la struttura, e conseguentemente l'efficacia.

Si capisce del resto che l'attività di verifica preventiva richiederebbe all'Autorità uno sforzo davvero ingente, che sottrarrebbe risorse umane e temporali ai compiti istituzionali cui è chiamata. In particolare, la verifica sarebbe auspicata da molti a conferma della compiuta *individuazione dei rischi di illecito antitrust* in considerazione del contesto in cui si opera, tra gli obiettivi a nostro avviso più sfidanti nell'elaborazione del programma.

Le disposizioni della legge Antitrust restano, infatti, piuttosto *generiche* nella definizione dei comportamenti vietati, che vengono descritti dal legislatore in funzione degli effetti che tali comportamenti determinerebbero per la concorrenza nei mercati.

L'individuazione delle diverse categorie e fattispecie di illecito antitrust dipende pertanto, ad oggi, da un'approfondita conoscenza della teoria della regolazione in materia di concorrenza e da un'attenta disamina dei provvedimenti delle Autorità Antitrust rivolti ad operatori dei mercati/settori in cui si operi (o di mercati/settori per caratteristiche analoghi a quelli in cui si operi), che costituiscono la giurisprudenza di riferimento per l'operatore.

L'Autorità ha da tempo pubblicato sul proprio sito un "Codice della Concorrenza", che propone una raccolta sistematica delle norme primarie e secondarie in materia di tutela e promozione della concorrenza.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che un'integrazione di tale Codice o la pubblicazione di un ulteriore documento di tale tipologia, che proponga un'elencazione il più diretta e puntuale possibile delle diverse categorie e fattispecie di illecito antitrust che possano rientrare nel disegno del legislatore, eventualmente accompagnate da riferimenti ad alcuni dei casi oggetto di valutazione da parte dell'Autorità, in cui la singola fattispecie di violazione sia stata contestata, e infine accertata (o meno), potrebbe ulteriormente sostenere gli operatori di tutti i mercati nell'attività di elaborazione del programma.

Tale compendio potrebbe accompagnare le Linee Guida con un vademecum che metterebbe la stessa Autorità nella condizione di diffondere, nell'autorevole competenza acquisita in tanti anni di operatività, la cultura della prevenzione dell'illecito antitrust, correttamente individuata tra gli elementi che più contribuiscono alla proliferazione dei comportamenti non conformi.