

LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST – OSSERVAZIONI DELL’ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA

1. INTRODUZIONE

Nel ringraziare l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**”) dell’opportunità offerta di presentare osservazioni allo schema di Linee Guida sulla *Compliance*, l’Associazione Antitrust Italiana saluta con particolare favore l’iniziativa, in quanto volta ad offrire maggiore chiarezza alle imprese in merito ai requisiti che i programmi di *compliance* devono rispettare al fine di un loro riconoscimento premiale in caso di applicazione delle sanzioni.

Tale iniziativa acquista specifico valore tenuto conto del particolare momento storico nel quale essa si colloca. In un contesto in cui, infatti, da un lato, è entrato in vigore il D. Lgs. 19.1.2017 n. 3 in materia di risarcimento danni antitrust e, dall’altro, si registra un crescente ricorso all’applicazione delle fattispecie penali nel contesto di violazioni antitrust che comportano l’alterazione dei pubblici incanti, l’esposizione delle imprese alle conseguenze di eventuali violazioni della normativa *antitrust* è considerevolmente aumentato. Risulta, pertanto, determinante che siano mantenuti concreti incentivi affinché le imprese continuino a investire nell’introduzione e mantenimento di programmi di *compliance* antitrust, evitando invece che le ripercussioni di eventuali accertamenti di illeciti siano tali da scoraggiare la prevenzione e repressione di eventuali condotte anticoncorrenziali. L’AAI è invero convinta che, al di là del trattamento premiale in caso di istruttoria/sanzione, il reale valore aggiunto dei programmi di *compliance* antitrust risieda nella diffusione della cultura antitrust tra le imprese, così da favorire un pro-attivo adeguamento da parte delle stesse al dettato della normativa.

È proprio nell’ottica di instaurare con l’AGCM un proficuo dialogo volto a preservare gli incentivi delle imprese ad adottare efficaci programmi di *compliance*, che l’AAI formula le seguenti osservazioni, auspicando che le stesse possano contribuire alla predisposizione di un testo di Linee Guida che coniughi l’interesse di *public enforcement* dell’AGCM a diffondere una cultura di *compliance* antitrust con l’interesse privato degli operatori ad un adeguato bilanciamento costi-benefici in relazione all’adozione ed implementazione di efficaci programmi di *compliance*.

2. OSSERVAZIONI ALLO SCHEMA DI LINEE GUIDA

2.1. OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE

1. *Deterrenza* (deterrence) o *scoperta anticipata del presunto illecito* (detection). Lo schema di Linee Guida richiama tra i propri obiettivi di *policy* "la prevenzione degli illeciti antitrust attraverso la tempestiva adozione di programmi di compliance efficaci". Alcuni passaggi del testo sembrano declinare quest'obiettivo nel senso che, per verificare l'efficacia di un programma di *compliance*, occorra guardare non solo alla sua capacità di *deterrenza* nei confronti degli illeciti concorrenziali, ma anche e soprattutto alla sua idoneità a intercettare lo specifico illecito oggetto del procedimento nel quale l'impresa chiede una riduzione della sanzione, prima dell'avvio del procedimento stesso (c.d. capacità di *detection*). Ad es., ai parr. 36-37 a pag. 7, si afferma che un programma di *compliance* teoricamente efficace, ma adottato prima del procedimento, sarebbe inadeguato o comunque avrebbe delle "lacune" per il fatto stesso che sia stato avviato il procedimento in questione. E che tali "lacune" debbano essere colmate mediante adeguate "modifiche al programma" dopo l'avvio del procedimento, per poter beneficiare di un trattamento sanzionatorio più favorevole. Questa logica incontra due obiezioni:

(i) l'efficacia di un programma di *compliance* in termini di *deterrenza* o di capacità nella individuazione di eventuali illeciti (anche diversi da quello oggetto del procedimento avviato) può essere apprezzata oggettivamente, in funzione delle numerose altre caratteristiche indicate nello Schema di Linee Guida. L'avvio di un procedimento nei confronti dell'azienda (che è peraltro un presupposto necessario affinché sorga in capo all'AGCM l'esigenza di valutare il programma) è un evento possibile anche quando essa attui un programma di *compliance* serio, strutturato ed efficace, secondo i suddetti parametri. La commissione di un illecito può derivare infatti da decisioni e condotte segrete di singoli individui, che non sono sempre *a priori* individuabili, tantomeno in anticipo rispetto all'azione delle autorità. Applicando al diritto della concorrenza e all'intero sistema di *public* e *private enforcement* lo stesso metro di giudizio proposto dallo Schema di Linee Guida, si potrebbe concludere che il sistema stesso richiede "modifiche ... idonee a colmare le lacune" che ne hanno "impedito l'efficace funzionamento", ogni volta che si verifichi un illecito *antitrust*. Tra l'altro, si osserva che la funzione primaria di un programma di *compliance* è di prevenzione generale e *deterrenza* degli illeciti antitrust, mentre la *detection* dei medesimi è

generalmente riservata a processi di *audit* e *due diligence* che intervengono occasionalmente nella vita di una azienda e in concomitanza con eventi particolari, e non sono tendenzialmente collegati a un programma di *compliance*;

(ii) sul piano legale, l'avvio del procedimento non presuppone la commissione di un illecito, ma una mera possibilità o probabilità, poiché l'eventuale accertamento segue necessariamente l'istruttoria e avviene con il provvedimento finale. Poiché in base allo Schema di Linee Guida le imprese non possono chiedere un'attenuazione della sanzione allegando il proprio programma di *compliance* dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie, in pratica le lacune del programma e le eventuali modifiche da apportarvi dovrebbero sempre essere identificate con riguardo a ipotesi non comprovate di illecito. Tale circostanza acuisce le incertezze in capo alle imprese stesse. Inoltre, la natura ipotetica degli illeciti indicati nel provvedimento di avvio non consente di fondare un giudizio solido sulla efficacia deterrente del programma e sulle conseguenti modifiche da apportare, poiché nel corso dell'istruttoria i contorni dell'illecito stesso potrebbero mutare in misura significativa o le ipotesi iniziali potrebbero non essere confermate.

2.2. OSSERVAZIONI SPECIFICHE

2. Pag. 3, par. 12: il perimetro delle divisioni più esposte al rischio di condotte anticoncorrenziali è in costante mutamento, basti pensare all'impatto della *digital economy* sulle strategie di *pricing* e gestione dei dati da parte delle imprese. Potrebbe pertanto essere opportuno sottolineare che anche il personale esposto a possibili condotte anticoncorrenziali può variare nel tempo. Si propone di rendere più esplicito questo punto al fine di rafforzare il messaggio che l'attività di formazione non si esaurisce in un'attività isolata – come sottolineato appunto dall'AGCM – ma prevede un aggiornamento periodico che tenga conto anche dell'evoluzione del mercato in cui opera l'impresa e del *business model*/organizzazione interna di quest'ultima.
3. Pag. 4, par. 14. Si parla di misure disciplinari per il responsabile della *compliance* antitrust. Forse andrebbe chiarito che questa responsabilità è da escludersi nei casi in cui si riesca a dimostrare che la violazione non è imputabile ad errori nell'impostazione e implementazione del programma, ma a violazioni/negligenze di specifici soggetti all'interno dell'impresa. Inoltre, al fine di garantire l'efficacia del programma di

compliance ed evitare che i dipendenti della società che si siano resi responsabili di violazioni non siano incentivati a nascondere tali infrazioni per evitare l'irrogazione di sanzioni nei loro confronti, sarebbe opportuno precisare che un programma di *compliance* possa ritenersi adeguato anche laddove preveda che coloro che denunciano la commissione di infrazioni antitrust nel contesto degli audit o attraverso i canali predisposti nell'ambito dei programmi di *compliance* (ad esempio gli strumenti di *whistleblowing*) possano essere immuni dall'applicazione di misure disciplinari. In senso conforme, devono leggersi le previsioni di cui alla L 30 novembre 2017, n. 179, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato", che mirano a salvaguardare gli incentivi del dipendente a segnalare all'azienda eventi di cui sia venuto a conoscenza, potendo contare sull'immunità da misure disciplinari.

4. Pag. 4, par. 16. Al fine di fornire alle imprese maggiore certezza circa le modalità di aggiornamento del programma di *compliance*, sarebbe opportuno fornire indicazioni in merito alla tempistica di tale aggiornamento.
5. Pag. 4, par. 20. Introduce il tema della dimostrazione della effettiva attuazione del programma, da leggersi anche alla luce dei §§ 30-33 della Relazione illustrativa. Particolarmente al § 31 della Relazione, l'AGCM invita la produzione di documentazione relativa a valutazioni interne dell'impresa in merito a possibili violazioni antitrust, diverse da quelle oggetto di indagine, al fine di dimostrare la concreta attuazione del programma ("*discussioni [...] nelle quali si valuta la conformità al programma di antitrust compliance di specifiche iniziative da assumere*", "*segnalazioni di possibili violazioni del programma*", "*richiami al rispetto del programma [...] e/o direttive puntuali relative a singole iniziative*", "*documentazione attestante l'effettiva messa in atto di verifiche periodiche*" incluse "*misure correttive per il caso in cui le verifiche diano conto di possibili deviazioni del programma*"). Per quanto l'obiettivo dell'AGCM sia comprensibile, questa documentazione riguarda vicende interne che, se rilevanti, potrebbero essere portate all'attenzione dell'AGCM nell'ambito di richieste di clemenza o comunque di contatti informali volti a presentarle in via preventiva. Considerato che nella selezione della documentazione l'impresa quantomeno implicitamente connoterebbe in maniera negativa le condotte segnalate, il rischio è che l'informativa richiesta possa trasformarsi in una sorta di ammissione (sia pure relativa a condotte diverse da quelle oggetto di investigazione), cui

sarebbe condizionata la concessione di possibili riduzioni di sanzione. Per evitare tale compressione dei diritti di difesa delle imprese investigate, si suggerisce di eliminare il riferimento a documentazione/informazioni interne alla società relative a possibili violazioni antitrust quali elementi a supporto della concreta attuazione del programma.

6. Pag. 5, par. 21. Dalla descrizione delle evidenze che la società dovrà fornire al fine di dimostrare l'idoneità del programma di *compliance* a ridurre il suo rischio antitrust, sembra potersi evincere che l'efficacia di un programma non verrebbe messa in discussione laddove la violazione, ad esempio, (i) abbia riguardato un aspetto non contemplato nel programma (e non ragionevolmente contemplabile), o sia dovuta a (ii) negligenza di un dipendente della società. Tale interpretazione consentirebbe di fornire un adeguato incentivo alle imprese ad impostare il proprio programma di *compliance* secondo modalità che, pur garantendone l'efficacia, non escluda il beneficio della premialità nella misura in cui la violazione non è oggettivamente imputabile alla condotta della società.
7. Pag. 5, par 22. Si indica che uno dei requisiti per un adeguato programma di *compliance* è che vi sia un *reporting* agli organi di governo dell'impresa. In caso di *reporting* al CdA, ad esempio, se nel CdA siedono rappresentanti della holding, tale elemento non dovrebbe essere usato per argomentare una forma di *parental liability*.
8. Pag. 5, par. 23. Anche in questo caso, l'onere di "*spiegare in dettaglio*" i possibili "*motivi*" per cui l'impresa richiedente sia stata comunque indagata e di indicare eventuali "*mutamenti della condotta*" attuati in ottica di *compliance* porta l'impresa stessa a dover esprimere, prima della comunicazione delle risultanze istruttorie, una posizione su temi delicati, che potrebbero pregiudicare l'esercizio dei diritti di difesa nel corso del procedimento. Ad esempio, l'ammissione che una condotta sia stata modificata in quanto ritenuta critica in ottica di *compliance* potrebbe essere assimilata a una auto-incriminazione e prevenire eventuali successive difese fondate sulla affermazione della piena legalità delle condotte investigate. Al fine di bilanciare l'esigenza di premiare solo programmi di *compliance* efficaci con le esigenze di difesa delle imprese, potrebbe forse essere sufficiente che le Linee Guida chiedano di dare particolare enfasi alle misure di attuazione del programma attuate dopo l'avvio del procedimento (già previste dal programma o di nuova introduzione) e di spiegare – in una prospettiva generale e non con

specifico riguardo alle condotte investigate – in che modo consentano di meglio raggiungere gli obiettivi del programma stesso.

9. Pag. 6-7, par. 32-39. Si prevede che la riduzione della sanzione nella misura massima del 15% è possibile solo se il programma di *compliance*: (i) sia stato adottato prima dell'avvio del procedimento istruttorio, (ii) abbia consentito la scoperta e l'interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio e (iii) l'impresa abbia presentato una domanda di clemenza prima dell'avvio dell'istruttoria nel caso di fattispecie cui sia applicabile tale istituto. L'obbligo di presentare domanda per un programma di clemenza appare particolarmente oneroso, in maniera tale da disincentivare fortemente la stessa adozione del programma di *compliance*. Ciò in quanto sebbene la *leniency* possa mettere al riparo da sanzioni antitrust, essa espone l'impresa e i suoi manager ad un duplice rischio: (i) il rischio di risarcimento danni in sede civile; (ii) il rischio penale, in particolare in caso di fattispecie di *bid rigging*. L'impresa che non voglia esporsi a tali rischi, quindi, potrebbe rinunciare ad adottare il programma di *compliance* trovandolo privo di benefici concreti. Sarebbe di conseguenza opportuno prevedere che sia sufficiente, ai fini del massimo beneficio sanzionatorio, l'individuazione e la interruzione della infrazione o, al più, garantire alle imprese che non abbiano proposto domanda di clemenza una riduzione della sanzione pari ad almeno il 10%.
10. Pag. 7, par. 34. Si prevede che un programma di *compliance* adottato prima dell'avvio dell'istruttoria debba ritenersi manifestamente inadeguato (e quindi non possa comportare una riduzione della sanzione) nel caso in cui siano stati coinvolti nell'illecito i vertici del *management* aziendale. Sembrerebbe, da tale passaggio, che la riduzione della sanzione non sia ammessa anche nel caso in cui un'impresa, a seguito dell'avvio del programma di *compliance*, abbia individuato un'infrazione antitrust nella quale sia coinvolto il *management* e vi abbia posto termine. In via preliminare, andrebbe chiarito che per *management* si intende *top management* (par. 59 della Relazione). Ciò posto, tale interpretazione potrebbe comportare un forte disincentivo all'adozione di un programma di *compliance*: laddove il *management* sia coinvolto in un'infrazione, l'impresa non sarebbe in alcun modo incentivata ad avviare un programma di *compliance*, cosciente del fatto che lo stesso, in ogni caso, non comporterebbe alcuna riduzione della sanzione. Sebbene l'interpretazione sopra illustrata sembri sconfessata dalla Relazione Illustrativa, al cui paragrafo 59 si legge che "*nessuna riduzione della sanzione può [...] essere accordata a un'impresa che abbia adottato un*

programma di compliance e ponga in essere o continui un'attività illecita con il coinvolgimento dei propri top managers" sarebbe opportuno precisare nelle stesse Linee Guida che tale presunzione di inadeguatezza sia valida solo laddove l'infrazione nella quale sia coinvolto il *management* abbia avuto inizio o sia continuata successivamente all'avvio del programma di *compliance*.

11. Pag. 8, parr. 40 e 43. Andrebbe valutato più accuratamente l'ambito soggettivo di applicazione della recidiva nel caso di gruppi e, in particolare, di gruppi multinazionali. Infatti, l'AGCM dovrebbe ritenere rilevanti soltanto gli eventuali 'precedenti' a carico della/e società oggetti di (potenziale) indagine o, al più, delle società del gruppo attive a livello nazionale.
12. Pag. 8, par. 41 (cfr. anche par. 46). Per le imprese recidive che abbiano già beneficiato di una riduzione, la preclusione assoluta di ulteriori riduzioni, anche nel caso di modifiche ulteriori del programma adottate dopo il procedimento, appare una soluzione eccessivamente drastica, considerato che gli illeciti rilevanti ai sensi degli artt. 101 e/o 102 TFUE possono avere natura molto diversa. Appare opportuno contemplare la possibilità di condurre una valutazione caso per caso della tipologia di recidiva e della sostanza delle nuove misure adottate. In quest'ottica, andrebbe chiarito che l'ipotesi della recidiva ricorre unicamente laddove l'infrazione oggetto di istruttoria sia identica a quella precedentemente commessa dall'impresa, sulla falsariga dell'istituto previsto in sede penale (art. 99 c.p.). Inoltre, appare opportuno circoscrivere l'arco temporale entro cui si applica l'istituto della recidiva (5 anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto dell'istruttoria).
13. Pag. 8, par. 43. Prevede che, con riferimento ai gruppi di società, nei procedimenti che coinvolgano anche la controllante, il programma di *compliance* possa ritenersi adeguato solo se adottato e attuato a livello di gruppo, da parte della capogruppo e delle controllate. Nel caso di *joint-venture* co-controllate da due società appartenenti a gruppi diversi, ciascuno dei quali dotato di un proprio programma di *compliance*, la circostanza di cui al par. 43 potrebbe non verificarsi per entrambe le controllate. Si potrebbe allora specificare che in tal caso il par. 43 non sia applicabile (e quindi ciascuna società possa far valere l'adeguatezza del proprio eventuale programma di *compliance*, a prescindere dalla situazione delle altre).

14. Pag. 8, par. 44. Prevede che l'adozione di un programma di *compliance* da parte della controllante non *"potrà essere addotto dalla stessa quale"* elemento sufficiente per sottrarsi alla responsabilità per condotte anticoncorrenziali della controllata. Il divieto di allegazione potrebbe essere sostituito con la locuzione *"sarà"* (es.: *"L'adozione di un programma [...] non [sarà un] elemento sufficiente [...]"*, in quanto lo Schema di Linee Guida dovrebbe vincolare le valutazioni dell'AGCM, non le facoltà di allegazione delle imprese. Non è chiaro inoltre se il par. 44 confermi i normali principi in materia di *parental liability*. Sarebbe forse opportuno specificare che l'adozione del medesimo programma di *compliance* da parte della controllata e della controllante non sarà preso in considerazione come indizio di *parental liability*, trattandosi di un adempimento richiesto dallo stesso Schema di Linee Guida, a prescindere dall'effettivo esercizio del controllo.
15. Pag. 8, par. 45. Si prevede come aggravante l'ipotesi che il programma sia usato per porre in essere condotte volte a *"impedire, ostacolare o comunque a ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità"*, ad esempio qualora la società *"risponda a richieste di informazioni in maniera incompleta o ponga in essere condotte ostruzionistiche nel corso delle ispezioni"*. Queste condotte sono però pienamente punibili, anche mediante l'applicazione delle opportune aggravanti, a prescindere dalla loro eventuale previsione in un programma di *compliance*. Inoltre, sarebbe opportuno che lo Schema di Linee Guida precisasse cosa si intenda per *"condotte ostruzionistiche"*, escludendo che tra queste possano rientrare i normali atti di esercizio dei diritti di difesa, spesso indicati dettagliatamente nei programmi di *compliance*.

* * *