

Osservazioni sulla Bozza di “Linee Guida sulla compliance antitrust”

ALLEN & OVERY

21 maggio 2018

1. INTRODUZIONE

1. In via preliminare si esprime completa condivisione relativamente agli obiettivi di *policy* che ispirano lo schema di linee guida sulla compliance antitrust oggetto di consultazione (**Linee Guida**).
2. La possibilità per le imprese di ottenere un beneficio direttamente collegabile all'adozione di efficaci programmi di compliance antitrust in un contesto di certezza e prevedibilità che le Linee Guida intendono assicurare sembra preferibile rispetto a quei sistemi in cui i benefici sono limitati ad un aumento della possibilità di prevenzione della violazione della normativa antitrust, ovvero di una sua rapida scoperta che possa consentire l'adozione di misure di contenimento del rischio (interruzione della violazione e, sussistendone i requisiti, adesione al programma di clemenza).

2. UNA QUESTIONE PRELIMINARE: CRITERI DI CALCOLO DELLA SANZIONE E INCENTIVO ALL'ADOZIONE DI UN PROGRAMMA DI COMPLIANCE EFFICACE

3. In tale ottica una prima considerazione riguarda la possibilità che nell'ambito dell'attuale sistema di calcolo delle sanzioni l'impresa che abbia adottato un efficace programma di compliance ottenga un effettivo beneficio consistente nella riduzione dell'ammontare che altrimenti avrebbe dovuto pagare. Tale possibilità è di fatto alquanto esigua nell'ipotesi classica di un'intesa anticoncorrenziale di natura orizzontale allorché le imprese coinvolte sono monoprodotta o tendenzialmente monoprodotta.¹
4. Nella pratica si è infatti verificato che in tali casi il massimo edittale (10% del fatturato) era ampiamente superato anche dopo l'applicazione della riduzione derivante dalla circostanza attenuante relativa all'adozione del programma di antitrust compliance. La conseguenza è quindi un trattamento sanzionatorio che di fatto non premia le imprese virtuose che hanno adottato un programma di antitrust compliance.² Si viene così a perdere l'incentivo perseguito dall'Autorità attraverso la promessa di una riduzione della sanzione.

¹ Come osservato: "se la durata dell'infrazione è superiore agli otto mesi e la condotta è (quantomeno) grave, in assenza di attenuanti anche applicando il "moltiplicatore di gravità" minimo per le intese orizzontali segrete (15%) la sanzione effettivamente applicata alle imprese monoprodotta non può che assestarsi sulla soglia massima del 10% del fatturato complessivo dell'impresa. ... le linee guida italiane – divergendo sul punto rispetto agli orientamenti europei – limitano la possibilità di apprezzare le attenuanti, fissando una soglia massima di sconto pari al 50% dell'importo di base; di conseguenza, se la sanzione di base è pari ad almeno due volte la soglia legale massima, anche la più elevata riduzione ammessa dalle linee guida non avrebbe alcun effetto sulla sanzione effettiva" (v. F. GHEZZI, *Imprese monoprodotta, imprese controllate e sanzioni antitrust nella recente prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*, 2016, p.827).

² Dal 22 ottobre 2014, data di pubblicazione 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 (**Linee Guida Sanzioni**), l'Autorità ha qualificato l'adozione di un programma di compliance come circostanza attenuante nell'ambito di fattispecie relative ad intese in 7 casi: **I777** - Tassi sui mutui nelle province di Bolzano e Trento; **I780** - mercato del calcestrutto in Veneto; **I783** - Accordo tra operatori del settore vending; **I789** - Agenzie di modelle; **I792** - Gare ossigenoterapia e ventiloterapia; **I793** - Aumento prezzi cemento; e **I796** - Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE.

5. La soluzione, peraltro già adottata almeno in un caso dall' Autorità,³ potrebbe consistere nel valorizzare il par. 34 delle Linee Guida Sanzioni, secondo cui: “*Le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione*”. L'utilizzo di tale previsione potrebbe trovare un espresso riconoscimento nelle Linee Guida in ossequio al principio di certezza giuridica che costituisce uno degli obiettivi di *policy* da esse perseguita.
6. In particolare, una riduzione ai sensi del paragrafo 34 delle Linee Guida Sanzioni, potrebbe trovare riconoscimento per i programmi di compliance efficaci adottati prima o dopo l'avvio del procedimento istruttorio (mentre dovrebbero essere esclusi quelli non manifestamente adeguati e manifestamente inadeguati anche se poi modificati). In tale ottica, le Linee Guida dovrebbero prospettare all'impresa la possibilità di ottenere una riduzione del massimo edittale altrimenti applicabile di una certa percentuale coincidente con quella normalmente applicabile. Tale riduzione verrebbe quindi di fatto applicata dopo e non prima la riparametrazione della sanzione entro il massimo edittale.

3. IL CONTENUTO DEL PROGRAMMA DI ANTITRUST COMPLIANCE

7. Si condivide il contenuto del programma di compliance antitrust, così come descritto nella Sezione II delle Linee Guida, che opportunamente riflette le *best practices* internazionali. Di seguito ci si limita a suggerire alcune possibili integrazioni e modifiche.

Come mostrato dalla tabella che segue (che non tiene degli esiti delle successive impugnazioni avanti ai giudici amministrativi), in più della metà di questi casi il riconoscimento di un programma di compliance come circostanza attenuante non si è tradotto in una riduzione della sanzione.

Caso	N. di parti ad aver attuato programmi di compliance	N. di parti a cui l' Autorità ha riconosciuto la circostanza attenuante	Ammontare della riduzione di sanzione	Parti che pur vedendosi riconosciuta la circostanza attenuante, hanno ricevuto una sanzione pari al massimo edittale
<i>I777 -Tassi sui mutui nelle province di Bolzano e Trento</i>	11 : Federazione Raiffeisen, RK Oltradige, Valle Isarco, Brunico, Silandro, Prato-Tubre, Merano, Castelrotto-Ortisei, Tures Aurina, Wipptal e Lagundo	11 : Federazione Raiffeisen, RK Oltradige, Valle Isarco, Brunico, Silandro, Prato-Tubre, Merano, Castelrotto-Ortisei, Tures Aurina, Wipptal e Lagundo	10%	7 : Valle Isarco, Merano, RK Oltradige, Lagundo, Prato-Tubre, Wipptal e Silandro
<i>I783 - Accordo tra operatori del settore vending</i>	7 : Argenta, Ovdamic, GESA, Liomatic, Supermatic, Sogeda e IVS	5 : Argenta, Ovdamic, GESA, Liomatic e IVS	10%	4 : Argenta, Ovdamic, GESA, e IVS*
<i>I789 - Agenzie di modelle</i>	7 : Assem, Brave, Dman, Elite, Next, WhyNot e Women	7 : Assem, Brave, Dman, Elite, Next, WhyNot e Women	5%	7 : Assem, Brave, Dman, Elite, Next, WhyNot e Women
<i>I793 - Aumento prezzi cemento</i>	6 : Colacer, Cementir, Holcim, Altec, Italcementi e Barbetti	5 : Colacer, Cementir, Holcim, Altec e Italcementi	10%	4 : Colacer, Cementir, Holcim e Altec

³ Si veda, caso I783 - Accordo tra operatori del settore vending, para. 454 e ss.: “*Considerando le specifiche circostanze del caso concreto, l'Autorità ritiene appropriato applicare il punto 34 delle linee guida, che consente motivate deroghe all'applicazione delle medesime linee guida. ... una riduzione della sanzione del 10% è accordata a Ovdamic e Liomatic, in quanto tali società non risultano avere avuto un ruolo decisivo nella promozione, organizzazione e monitoraggio delle condotte contestate e risultano altresì aver adottato un programma di antitrust compliance*”.

(a) *Linee Guida, paragrafo 7*

8. Nella versione attuale delle Linee Guida si considera che un programma di compliance è parte integrante della cultura aziendale allorché i “*vertici aziendali*” sono coinvolti nell’attuazione e nel monitoraggio del programma, e il responsabile del programma risponde direttamente ai “*massimi vertici aziendali*”. Andrebbe probabilmente chiarito che nel caso l’impresa, come accade nella quasi totalità dei casi, è costituita in forma societaria, il consiglio di amministrazione (o di gestione) deve essere direttamente coinvolto nell’approvazione e gestione del programma. In tal modo si ha la certezza che il programma sia effettivamente parte della vita della società anche attraverso un’assunzione di piena responsabilità dell’organo di gestione nei confronti degli azionisti e in generale di tutti gli *stakeholder*.⁴

(b) *Linee Guida, paragrafi 8-10*

9. Nell’identificazione e valutazione del rischio antitrust specifico per l’impresa, sembra opportuno una più dettagliata illustrazione degli elementi che devono essere considerati sul modello del documento predisposto nel 2011 dall’allora OFT inglese.⁵
10. Tale elenco, comunque non esaustivo, dovrebbe includere quegli elementi di rischio collegati all’utilizzo delle nuove tecnologie, come ad esempio l’utilizzo di piattaforme internet *business to business* e *business to consumer* nei processi di acquisto e di vendita di prodotti e servizi, acquisizione e utilizzo dei *big data*, etc.

(c) *Linee Guida, paragrafi 11 e 12*

11. Lo svolgimento di attività di formazione e know-how è frequentemente un problema per le piccole e medie imprese dotate di minori risorse. A questo proposito potrebbe essere utile inserire una previsione che incoraggi lo svolgimento di tali attività nell’ambito delle associazioni di imprese (quindi con una suddivisione dei costi tra le imprese partecipanti).

⁴ Tale suggerimento garantirebbe anche un miglior coordinamento con la Sezione III delle Linee Guida in cui si fa opportunamente riferimento agli “*organi di governo dell’impresa*” (v. ad esempio, *sub par. 22*).
V. OFT - How your business can achieve compliance with competition law, giugno 2011, par. 33: “*In order to help identify potential risk areas, you should consider whether: • your customers are also your competitors; • your staff attend trade or professional association functions with your Competitors; • staff, particularly those in managerial or sales roles, often join your business from your competitors; • your employees seem to have commercially sensitive information about your competitor's pricing, cost structures or business plans; • you trade in a market in which people move among a comparatively small circle of businesses on a fairly regular basis, never staying with one business for very long; • you trade in a market in which 'everyone seems to know everyone else' in competing businesses; • you work in partnership with your competitors, for example, in joint Ventures; • you have staff who have contact with staff from your competitors, whether frequent or not; and/or • you trade in a market which has been subject to cartel investigations or lawsuits alleging cartels, either in the UK or elsewhere*”.

12. Da ciò potrebbe derivare l'ulteriore vantaggio di incoraggiare la diffusione della cultura antitrust attraverso quei soggetti che in numerosi casi hanno avuto un ruolo centrale o comunque facilitato la violazione del divieto delle intese restrittive della concorrenza.

(d) *Linee Guida, paragrafo 13*

13. Come noto, la Legge 30 novembre 2017, n. 179, che disciplina il *whistleblowing* non è direttamente applicabile agli illeciti antitrust, salvo i casi in cui tali illeciti abbiano anche una rilevanza penale. Tale lacuna è certamente un'occasione mancata in quanto avrebbe incentivato l'inclusione nei sistemi interni di identificazione e gestione dei rischi le violazioni della normativa antitrust.

14. Le Linee Guida potrebbero comunque specificare che un programma di compliance efficace deve includere misure di protezione almeno pari a quelle previste nella Legge 30 novembre 2017, n. 179 al fine di tutelare il dipendente che segnali una violazione da discriminazioni o ritorsioni.

(e) *Linee Guida, paragrafo 14*

15. Nella pratica uno degli ostacoli che limita il *whistleblowing* interno è il timore del dipendente di subire le sanzioni disciplinari applicabili in caso di violazioni della normativa antitrust. L'ipotesi è in particolare quella del dipendente che, dopo aver partecipato a condotte vietate, intenda dissociarsene riportando internamente la violazione, ma è appunto scoraggiato dalle possibili conseguenze negative di cui potrebbe essere destinatario.

16. A tal proposito può essere opportuno che le Linee Guida suggeriscano che l'impresa si impegni a stipulare accordi che prevedano una "*individual immunity*" a protezione del denunciante. Nell'ambito di tali accordi l'impresa potrebbe peraltro subordinare l'immunità del dipendente ad una completa collaborazione eventualmente necessaria al fine poter aderire con successo al programma di clemenza.⁶

17. Sempre al fine di garantire un'effettiva efficacia del programma, gli incentivi (o meglio, vere e proprie misure premiali) dovrebbero essere espressamente previsti anche per le segnalazioni di violazioni, oltre che per "*il rispetto delle procedure e dei processi del programma*".

(f) *Linee Guida, paragrafi 15-16*

⁶ Come noto, una delle condizioni per l'accesso al trattamento favorevole è "*adoperarsi perché i suoi attuali dipendenti - e, nella misura in cui ciò sia possibile, quanti siano stati dipendenti dell'impresa in un periodo precedente - possano, ove necessario, essere ascoltati in audizione dall'Autorità; tale obbligo include altresì il reperimento di tutte le informazioni e i documenti pertinenti a sostegno della domanda di trattamento favorevole in possesso di dipendenti e dirigenti prima del loro licenziamento o, laddove possibile, delle loro dimissioni*" (Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, par. 7, lett. b).

18. L'attività di auditing e di miglioramento continuo e aggiornamento del programma dovrebbe essere espressamente attribuita al responsabile del programma, e poi venire documentata attraverso un report periodico che il responsabile trasmette all'organo di gestione dell'impresa.
19. Tale report dovrebbe divenire il documento che dà conto della "vita" del programma di compliance, e quindi l'individuazione di eventuali criticità e nuovi rischi, le misure adottate, le proposte di modifica del programma, etc.
20. Tale documento dovrebbe avere quale ulteriore funzione di consentire all'impresa di documentare l'effettivo e concreto impegno al rispetto del programma antitrust da allegarsi alla relazione illustrativa di cui alla Sezione III delle Linee Guida.⁷

4. LA VALUTAZIONE DEL PROGRAMMA DI COMPLIANCE

(a) Tutela del divieto di autoincriminazione e del legal privilege

21. Il contenuto della richiesta di valutazione del programma di clemenza così come disciplinato nella Sezione III delle Linee Guida, in particolare con riguardo all'effettiva ed efficace attuazione del programma, si pone in una situazione di possibile contrasto con il divieto di autoincriminazione.
22. Si pensi al caso dell'impresa che per dimostrare l'implementazione del programma venga richiesta di produrre documentazione attinente a condotte potenzialmente in violazione della normativa antitrust (che siano oggetto dell'istruttoria, oppure diverse e/o ulteriori). Ancora, la richiesta di dimostrare i mutamenti delle condotte oggetto di indagini potrebbe implicare un'ammissione di colpevolezza in un momento in cui peraltro non si ha alcuna certezza che l'impresa abbia commesso una violazione della normativa antitrust non essendo stata ancora notificata la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.
23. Inoltre, un programma di compliance potrebbe del tutto legittimamente prevedere procedure che consentano in talune situazioni l'intervento diretto del consulente legale esterno a tutela del *legal privilege* nell'ambito del quale viene formata documentazione certamente utile per dimostrare l'effettiva implementazione del programma, ma che l'impresa dovrebbe poter non essere tenuta a consegnare all'Autorità senza subire come conseguenza il mancato riconoscimento della circostanza attenuante.
24. Le Linee Guida dovrebbero quindi riconoscere espressamente come limite all'obbligo di produzione di documentazione relativa all'effettiva implementazione del programma il divieto

⁷ Tali indicazioni sembrano peraltro coerenti con quanto previsto nel successivo paragrafo 22 delle Linee Guida.

di autoincriminazioni e il *legal privilege* in quanto garanzie imprescindibili a tutela del diritto alla difesa. Tali garanzie non dovrebbero incidere sull'applicabilità della circostanza attenuante.

(b) *Opportunità di un contraddittorio nell'ambito della valutazione del programma*

25. Le Linee Guida dovrebbero inoltre espressamente prevedere, soprattutto nel caso in cui gli Uffici non ritengano che la relazione illustrativa e la documentazione allegata siano sufficienti per ritenere adeguato il programma di compliance, che venga formulata una richiesta di informazioni e/o documentazione alla parte, nonché se del caso che essa venga sentita in audizione.⁸ Tale forma di contraddittorio assicurerebbe un'adeguata valutazione del programma.
26. Inoltre, attraverso tale contraddittorio si consentirebbe alla parte di adottare, prima dell'invio della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, quelle modifiche necessarie per soddisfare lo standard richiesto. Ciò sarebbe peraltro coerente con la *ratio* dell'istituto che è appunto quella di incentivare l'adozione di programmi di compliance efficaci.

5. IL TRATTAMENTO PREMIALE DEI PROGRAMMI DI COMPLIANCE

27. In via generale si condivide l'impostazione delle Linee Guida che individuano gli scaglioni percentuali relativamente al trattamento premiale a seconda che il programma sia stato adottato prima o dopo l'avvio dell'istruttoria.

(a) *Linee Guida, paragrafi 26-29*

28. Con riferimento al trattamento premiale per i programmi adottati dopo l'avvio dell'istruttoria, si potrebbe prevedere espressamente un'eccezione *in melius* (più del 5%) riferita a quei casi in cui il programma abbia consentito all'impresa di individuare e documentare la reiterazione (o un tentativo di reiterazione) della condotta oggetto di istruttoria informandone l'Autorità.
29. Ciò potrebbe tipicamente avvenire in un caso di cartello, in cui i dipendenti dell'impresa si attivino (o vengano contattati per) proseguire, anche dopo l'inizio dell'istruttoria, attività illecite. Pare infatti che l'efficacia del programma nell'individuazione del tentativo di violazione (o dell'avvenuta violazione) e l'atteggiamento dell'impresa che prontamente si attiva per far cessare la condotta e riportarla all'Autorità, dovrebbe meritare uno speciale trattamento di favore.

⁸ Si ritiene in particolare che un incontro con il responsabile del programma potrebbe essere estremamente utile per valutarne l'effettività.

(a) *Linee Guida, paragrafi 30-32*

30. Si ritiene che il rapporto tra adozione di un programma di compliance efficace, trattamento premiale e programma di clemenza meriti una più approfondita riflessione nell'ambito della stesura della versione finale delle Linee Guida.
31. Come noto, a livello europeo nel periodo antecedente l'introduzione del programma di clemenza, l'adozione di un programma di compliance efficace permetteva alle imprese di ottenere una riduzione dell'ammontare della sanzione.⁹ L'orientamento è poi cambiato dopo l'introduzione dell'istituto della *leniency*: la Commissione europea ha negato valore di circostanza attenuante ai programmi di compliance e la correttezza di tale orientamento è stata confermata dalle Corti europee.¹⁰
32. La ragione a supporto di tale mutato orientamento è che l'impresa che adotta un programma di compliance efficace già ne beneficia indirettamente attraverso la possibilità di ottenere un'immunità ovvero una riduzione della sanzione aderendo al programma di *leniency*.¹¹ Non è invece ritenuto meritevole di un trattamento favorevole il solo fatto di aver adottato un programma di compliance che si è poi rivelato inefficace.
33. Il sistema italiano è quindi diverso da quello europeo in quanto premia l'impresa che adotta un programma di compliance efficace "direttamente", attraverso il riconoscimento di una circostanza attenuante, che non dipende dalla sua inidoneità a prevenire l'illecito antitrust.
34. In tale prospettiva un'impresa che ha adottato un programma di compliance efficace, che le ha dunque permesso di individuare l'esistenza di un'infrazione e in osservanza del quale ha cessato la condotta illecita, dovrebbe essere sufficiente a garantirle la possibilità di ottenere il miglior trattamento premiale disponibile.

⁹ V. ad esempio decisione della Commissione Europea, 7 dicembre 1982, caso IV/30.070 – *National Panasonic*, in cui si legge: "Inoltre deve essere tenuto conto del fatto che MET aveva informato la Commissione di aver intrapreso un'azione urgente per regolamentare globalmente le politiche di distribuzione delle sue filiali nella Comunità ... Il comportamento costantemente costruttivo adottato dalla direzione di MET, quanto meno dal mese di settembre 1981, deve essere preso in considerazione nel fissare l'importo dell'ammenda; le imprese in parola hanno adottato con un appropriato supporto legale un programma fattibile, ampio, dettagliato e attentamente considerato per tener conto della regolamentazione in materia di concorrenza. Si può considerare un'azione in tal senso come un passo positivo che contribuisce a rendere maggiormente edotti, e ciò ad ogni livello del gruppo circa l'impatto quotidiano della politica della concorrenza. Ciò tende inoltre a garantire che la gestione « senior » sia in grado di controllare l'operato dell'intero gruppo sul mercato, fissando norme interne efficaci, che siano conformi alle regole comunitarie della concorrenza" (paragrafi 67-68).

¹⁰ V. Tribunale UE, 6 marzo 2012, causa T-53/06 – *UPM-Kymmene c. Commissione*, par. 123-124; Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-501/11 – *Schindler e altri c. Commissione*, par. 144.

¹¹ Si legge a tal proposito nella Brochure della Commissione europea "Rispettiamo le regole – Cosa possono fare le imprese per rispettare meglio le regole di concorrenza dell'UE" pubblicata il 2 agosto 2013 "I meccanismi di individuazione di infrazioni presenti in una strategia di conformità efficace permettono inoltre di approfittare al meglio del programma di trattamento favorevole della Commissione. Concepito per portare alla luce gli accordi segreti tra concorrenti — accordi che rientrano tra le infrazioni più gravi contemplate dalla normativa in materia di concorrenza — il programma di trattamento favorevole offre alle imprese disposte a collaborare con la Commissione o con le autorità nazionali garanti della concorrenza una preziosa possibilità di ottenere l'immunità dalle ammende o una riduzione delle stesse" (pag. 17).

35. Aggiungere come ulteriore condizione il deposito di una richiesta di leniency porta ad una sovrapposizione di due istituti la cui funzione nel sistema italiano dovrebbe invece rimanere complementare: quella dei programmi di compliance è infatti di prevenire la violazione della normativa antitrust da parte dell'impresa ovvero interromperne la prosecuzione, mentre la funzione dei programmi di leniency è consentire all'Autorità di scoprire i cartelli. Nell'ambito di tale sistema non pare corretto che i programmi di compliance vengano utilizzati per alimentare i programmi di clemenza.
36. In tale contesto, la decisione di non chiedere la clemenza non dovrebbe incidere negativamente su quell'impresa virtuosa capace di identificare l'esistenza di una condotta vietata e che si attiva per interromperla. Tale decisione è infatti generalmente basata su considerazioni quali ad esempio la mancata certezza di soddisfare i requisiti stabiliti dalle regole che disciplinano il programma di clemenza,¹² oppure il timore di conseguenze negative che possono avere un forte impatto sull'impresa rispetto a cui il programma di clemenza non offre protezione (azioni di danno oppure sanzioni di natura penale allorché applicabili). Si tratta di considerazioni affatto estranee ai programmi di compliance il cui successo deve essere misurato esclusivamente sull'idoneità di prevenire ovvero interrompere violazioni della normativa antitrust.
37. Né appare convincente la motivazione illustrata nella relazione alle Linee Guida per supportare l'attuale scelta, cioè che altrimenti l'impresa potrebbe adottare un comportamento opportunistico attendendo l'inizio dell'istruttoria per poi immediatamente depositare una domanda di clemenza assicurandosi in tal modo una riduzione della sanzione sino al 65%.
38. Si tratta infatti di uno scenario probabilmente poco realistico. Tale calcolo scontrerebbe infatti il significativo rischio che la prima impresa che deposita la domanda di clemenza già fornisca tutti gli elementi relativi all'illecito, così precludendo la possibilità alla seconda impresa di "rafforzare in modo significativo" l'impianto probatorio in possesso dell'Autorità. Ciò potrebbe essere anche la conseguenza della rapidità di altre imprese ad aderire al programma di clemenza anche grazie al meccanismo del *marker*. Vi è poi da considerare che l'impresa che cessa la propria partecipazione ad un accordo di cartello, in quel momento è ben consapevole che, ricorrendone le condizioni, la propria decisione con forte probabilità potrà far scattare la proverbiale *race to the door* dell'Autorità.
39. Sul piano applicativo, si osserva infine che non è chiaro se la mancata adesione al programma di clemenza escluda l'applicabilità dell'attenuante, oppure limiti il trattamento premiale sino

¹² Tali incertezze possono riguardare la natura della fattispecie, l'elemento della segretezza, la capacità di fornire informazioni o evidenze decisive per l'accertamento dell'infrazione (si pensi ad esempio al caso dei dipendenti autori della violazione che abbiano distrutto le prove rendendo incerto l'effettivo contenuto delle condotte così come la possibilità di darne dimostrazione).

al 5% oppure al 10%. Il punto andrebbe chiarito dal momento che la decisione di non presentare una domanda di clemenza di per sé non rende il programma “manifestamente inadeguato”, né “non manifestamente inadeguato” secondo le definizioni utilizzate nella versione attuale delle Linee Guida.

(b) *Linee Guida, paragrafi 33-35*

40. Con riferimento ai programmi manifestamente inadeguati adottati prima dell'avvio dell'istruttorio, potrebbe essere valutata la possibilità di prospettare un trattamento premiale più elevato (ad esempio corrispondente a quello per i programmi non manifestamente inadeguati) in caso di adozione di misure di *self-cleaning* particolarmente incisive (ad esempio consistenti nella rinnovazione degli organi societari).

(c) *Linee Guida, paragrafi 40-41*

41. Ai fini dell'applicazione della recidiva, dovrebbe essere chiarito cosa avviene nel caso di processi di integrazione tra imprese a cui prenda parte un'impresa recidiva (anche nel caso abbia già beneficiato di una riduzione per aver adottato un programma di compliance).
42. Coerentemente con l'obiettivo di promozione e diffusione dei programmi di compliance, la partecipazione al processo di integrazione dell'impresa recidiva non dovrebbe avere un impatto negativo sulla nuova entità e sul suo incentivo a dotarsi di un programma efficace.

○*○*○*○*○*

Si ringrazia per la possibilità di intervenire nell'ambito di questa consultazione che, in modo fortemente innovativo, persegue un obiettivo di *policy* affatto importante come la promozione di una diffusa cultura della concorrenza, e si rimane a disposizione per qualsiasi ulteriore approfondimento dovesse essere ritenuto utile.

Allen & Overy Studio Legale Associato – Milano, 21 maggio 2018